

**LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN EN EL SISTEMA TRANSMILENIO:  
ESQUEMA JURÍDICO Y PRÁXIS CONTRACTUAL.**

**Trabajo de grado como requisito para optar el título de  
MBA-Magíster en Administración: Gestión Pública**

**INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO**

**GUSTAVO QUINTERO NAVAS**

**Director**

**UNIVERSIDAD DE LOS ANDES**

**FACULTAD DE ADMINISTRACIÓN**

**MBA. MAGISTER EN ADMINISTRACIÓN: GESTIÓN PÚBLICA**

**BOGOTÁ D.C**

**2005.**

## TABLA DE CONTENIDO

|   |    |
|---|----|
| Introducción.....   | 11 |
| PRIMERA PARTE: .....  | 14 |
| SISTEMAS DE GESTIÓN Y REGULACIÓN EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN<br>PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE MASIVO URBANO. ....   | 14 |
| CAPÍTULO PRIMERO:.....  | 19 |
| EL PARTENARIADO PÚBLICO-PRIVADO EN LA GESTIÓN DEL SERVICIO<br>PÚBLICO DE TRANSPORTE: UN PROCESO Y UN MARCO INTEGRADOR<br>MEDIANTE LA SINERGIA CONCESIONAL CON VENTAJAS PARA LA<br>AUTORIDAD PÚBLICA. .... | 19 |
| A. ESTRUCTURA DEL MERCADO DE INTERÉS GENERAL DEL TRANSPORTE<br>MASIVO URBANO: PRIVATIZACIÓN, LIBERALIZACIÓN, REGULACIÓN Y<br>DERECHO DE LA COMPETENCIA. ....  | 25 |
| 1. Empresa pública y privatización: Factores de éxito en un proceso privatizador. ....  | 27 |

|  |    |
|--|----|
| 2. Modos de gestión para la financiación, construcción y operación de la infraestructura y el servicio de transporte masivo urbano: la gestión pública, la gestión mixta, y la gestión privada como modelo concesional. .... | 29 |
| 3. La estructura del mercado de interés general: privatización, liberalización, regulación, derecho administrativo privado y derecho de la competencia. ....   | 31 |
| <br>   |    |
| B. EL SISTEMA CONCESIONAL COMO INSTRUMENTO INTEGRADOR EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE MASIVO URBANO DENTRO DEL MERCADO DE INTERÉS GENERAL. ....  | 33 |
| <br>   |    |
| 1. Aspectos políticos, jurídicos y económicos de los contratos de concesión del servicio de transporte masivo urbano.....  | 37 |
| 2. Los contratos de concesión en el sistema de transporte masivo urbano y la gestión de los servicios de transporte colectivo urbano. ....   | 38 |
| 2.1. Exigencias de la autoridad organizadora, gestora y/o reguladora: .....  | 40 |
| 2.2. Respuestas del operador. ....   | 41 |
| <br>   |    |
| 3. Los principales riesgos para la autoridad pública, el operador privado y su adecuada distribución en los contratos de concesión de transporte público masivo urbano.....  | 42 |
| 3.1. Tipología de los riesgos comunes. ....  | 44 |
| 3.1.1. Los riesgos durante la fase de concepción – construcción o preoperativa. ...  | 44 |

|  |    |
|--|----|
| 3.1.2. Los riesgos durante la fase de operación. ....  | 47 |
| 3.1.3. Los riesgos permanentes según el entorno en que se ejecuta el contrato de<br>concesión. ....  | 49 |
| 3.1.4. Los riesgos específicos para el socio privado concesionario. ....                             | 50 |
| 3.1.5. Los riesgos específicos para el ente público concedente. ....                                 | 51 |
| 3.1.6. Atenuación de los riesgos. ....   | 51 |
| <br>   |    |
| 3.2. La Limitación de los riesgos en la fase de formulación o preoperativa .....                     | 52 |
| <br>   |    |
| 3.3. La Limitación de los riesgos en la fase de operación. ....                                      | 53 |
| <br>   |    |
| 3.4. La Asignación o adecuada distribución de los riesgos. ....                                      | 54 |
| <br>   |    |
| 3.4.1. Asignación de los riesgos en la fase preoperativa. ....                                       | 54 |
| 3.4.2 La asignación de los riesgos en la fase de operación. ....                                     | 55 |
| <br>   |    |
| CAPITULO SEGUNDO. ....   | 57 |
| <br>   |    |
| ESTRUCTURA JURIDICA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE LOS SERVICIOS<br>DE TRANSPORTE PÚBLICO URBANO. .... | 57 |
| <br>   |    |
| A. EL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONCESIONAL Y LA<br>PREPARACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. ....    | 58 |

|  |        |
|--|--------|
| 1. Preparación del contrato y procedimiento de selección del contratista .....   | 59     |
| 1.1. Estudios y evaluaciones previas: Estructuración técnica, financiera y jurídica.....   | 65     |
| 1.2. La Disponibilidad presupuestal y la garantía de financiación del proyecto.....  | 66     |
| 1.3. El estudio político de oportunidad y conveniencia.....  | 68     |
| 1.4. Resolución de apertura de la licitación pública.....  | 70     |
| 2. La Adjudicación del contrato de concesión. ....   | 70     |
| 3. Suscripción, legalización, perfeccionamiento, ejecución y liquidación del contrato de<br>concesión.....   | 71     |
| <br>B. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LAS PARTES FRENTE AL CONTRATO DE<br>CONCESIÓN.....  | <br>72 |
| 1. La posición jurídica de la administración concedente y del concesionario privado. ....  | 73     |
| 2. Potestades y facultades de las administraciones públicas como sujetos concedentes en<br>el contrato estatal de concesión para la prestación del servicio de transporte masivo<br>urbano. .... | 74     |
| 3. Régimen de exorbitancia del Estado en el contrato estatal de concesión.....   | 75     |

|   |    |
|---|----|
| 4. Modificación de la relación concesional frente al objeto del contrato y el equilibrio económico o financiero del mismo. ....                             | 78 |
| <br>  |    |
| C. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y DE LA REVERSIÓN DE LOS BIENES AFECTADOS A ESTE. ....   | 84 |
| <br>  |    |
| 1. Formas de extinción del contrato de concesión. ....  | 85 |
| 2. La cláusula de reversión en el contrato estatal de concesión. ....   | 86 |
| <br>  |    |
| D. GARANTÍA DEL CONCEDENTE PÚBLICO, DEL CONCESIONARIO PRIVADO Y CONTROL JURISDICCIONAL .....  | 88 |
| <br>  |    |
| CAPITULO TERCERO .....  | 89 |
| <br>  |    |
| LA EMPRESA TRANSMILENIO S.A. COMO ENTE PÚBLICO GESTOR, REGULADOR Y CONTRATANTE DE LA CONCESIÓN CON LOS AGENTES DEL SISTEMA DE TRANSPORTE MASIVO URBANO..... | 89 |
| <br>  |    |
| A. ANTECEDENTES DEL PROYECTO “SISTEMA TRANSMILENIO” COMO POLÍTICA PÚBLICA DE SOLUCION AL TRANSPORTE MASIVO URBANO EN BOGOTA. ....                           | 90 |
| <br>  |    |
| 1. La definición de la política pública de transporte masivo urbano en Bogotá. ....   | 93 |
| 2. Los Agentes del Sistema Transmilenio o Subsistemas de operación. ....  | 95 |

|  |     |
|--|-----|
| 2.1. El ente público gestor, de planeación y regulador del Sistema TransMilenio.....   | 99  |
| 2.2. Sistema de Operación de servicios troncales y de alimentación.....  | 101 |
| 2.4. El recaudador del Sistema TransMilenio.....   | 103 |
| 2.5. La Entidad Fiduciaria con el encargo de administrar los recursos del Sistema ..   | 104 |
| <br>   |     |
| B- CREACIÓN, NATURALEZA JURÍDICA Y ORDENAMIENTO LEGAL DE LA<br>EMPRESA TRANSMILENIO S. A.....  | 104 |
| <br>   |     |
| 1. Ordenamiento Legal de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-Transmilenio<br>S.A.....  | 106 |
| 2. Las Funciones de gestión, planeación, organización y regulación del Sistema de<br>Transporte masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital de Bogotá:<br>TRANSMILENIO. .... | 108 |
| 3. Estructura de ingresos, producto de la operación del Sistema TransMilenio. ....   | 110 |
| <br>   |     |
| SEGUNDA PARTE: .....   | 120 |
| <br>   |     |
| REGULACIÓN Y ESQUEMA JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN EN<br>EL SISTEMA TRANSMILENIO.....   | 120 |
| <br>   |     |
| CAPÍTULO PRIMERO.....  | 123 |

|  |     |
|--|-----|
| LA TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DEL SISTEMA<br>TRANSMILENIO. ....   | 123 |
| A. NATURALEZA Y ALCANCE DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN PARA<br>LA CONSTRUCCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA Y LA OPERACIÓN DEL<br>CENTRO DE CONTROL. ....  | 124 |
| 1. Los contratos de concesión para la construcción de troncales e infraestructura pública<br>para la Fase II: Esquema jurídico de concesión contratado por el IDU-<br>TRANSMILENIO S.A. .... | 126 |
| 2. El contrato de concesión para la operación del Centro de Control de Información y<br>Comunicación Satelital. ....   | 130 |
| B. NATURALEZA Y ALCANCE DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN PARA LA<br>OPERACIÓN DEL SISTEMA. ....   | 135 |
| 1. Los contratos de concesión para la operación del recaudo de los ingresos por concepto<br>de la tarifa–usuario como medio de pago para acceder al Sistema TransMilenio. ....               | 136 |
| 1.1.1. Niveles de Servicio del Agente Recaudador. ....   | 140 |
| 1.1.2. Administración del Riesgo en el contrato de concesión del Recaudo. ....   | 141 |
| 2. Los contratos de concesión con los Operadores Troncales. ....   | 143 |



|   |         |
|---|---------|
| 2.1 Operadores Troncales (Buses Articulados Rojos) .....  | 145     |
| 2.1.1. Administración del Riesgo en los contratos de concesión para la operación de los servicios troncales.....          | 147     |
| 2.1.2. Distribución de los riesgos en los contratos de concesión con los operadores Troncales.....                        | 148     |
| 2.1.3. Características de los contratos de concesión con los operadores troncales.....                                    |         |
| 3. Los contratos de concesión para la operación de los alimentadores (Buses verdes)..                                     | 150     |
| 4. Los contratos de concesión para la administración fiduciaria de los recursos del Sistema. ....                         | 152     |
| <br>CAPITULO SEGUNDO.....   | <br>155 |
| <br>LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN FRENTE A LA AUTO-SOSTENIBILIDAD Y EL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL SISTEMA. .... | <br>155 |
| <br>A. LA AUTO-SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA TRANSMILENIO.....   | <br>156 |
| <br>B. EL EQUILIBRIO FINANCIERO DE LOS CONTRATOS DE CONCESION DEL SISTEMA DE TRANSMILENIO. ....                           | <br>161 |
| 1. El concepto de equilibrio económico de los contratos y sus efectos en los contratos de concesión.....                  | 161     |

|  |     |
|--|-----|
| 2. Los contratos de concesión del Sistema Transmilenio frente al principio del equilibrio económico de los contratos. .... | 164 |
| CONCLUSIÓN .....   | 170 |
| BIBLIOGRAFÍA .....   | 174 |

## **Introducción**

El crecimiento de las grandes ciudades, la densidad poblacional y el desplazamiento de personas del campo a la ciudad, es un fenómeno social que ha tenido un impacto en las políticas públicas gubernamentales, en la medida en que ha demandado de las autoridades públicas tanto nacionales como locales la solución al incremento de demanda de usuarios en el servicio de transporte masivo.

El Estado ha tenido que recurrir a novedosos mecanismos de financiación para el diseño e implementación de políticas públicas de transporte masivo, de tal manera que se ha vendido combinando los distintos modos de gestión en la prestación del servicio de transporte, partiendo del modo de gestión directa en donde el Estado presta directamente el servicio, hasta llegar a la realización de sinergias entre el sector público y el privado, hasta el punto que en la actualidad cada vez mas las administraciones públicas, acuden al modo de gestión mixta y al privado, caso este último donde el Estado manteniendo la regulación, encarga al sector privado de la prestación del servicio.

Estas políticas públicas tienen como fin, permitir que el Estado pueda cada vez invertir en políticas sociales, tales como mas ecuación y salud, al tiempo que también garantiza otros bienes y servicios a los asociados, acudiendo al capital privado para que sean estos los que inviertan en la prestación moderna del servicio de transporte, garantizándole la recuperación de su capital mas la utilidad prevista.

Este trabajo, tiene como fin analizar la política pública de transporte masivo implementada en la última década en Bogotá D.C, analizando cómo a través del contrato de concesión se ha venido introduciendo el mas importante mecanismo de colaboración empresarial entre los gremios del transporte, los constructores, la banca de inversión en representación del sector privado, y la Nación que junto con el Distrito diseñaron e implementaron el Sistema TransMilenio.

Es por ello, que este trabajo en un primer momento se dedicará a analizar los aspectos teóricos, doctrinales, jurisprudenciales, así como la experiencia en distintos países del mundo, en la formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas de transporte masivo, identificando las ventajas de un partenariado público-privado y los factores de éxito en el sistema concesional para la implementación de una política de transporte masivo urbano.

Analizaremos la estructura del mercado de interés general, el fenómeno de la liberalización, privatización y regulación, como instrumentos que le permiten al Estado implementar una política pública de transporte masivo, acudiendo al sistema de colaboración empresarial con capital del sector privado, identificando los principales riesgos que se pueden presentar tanto para la autoridad pública concedente como para el particular concesionario en la ejecución de los proyectos concesionales.

Todo el marco anterior, nos servirá como herramienta de ilustración para analizar la segunda parte del trabajo, que se refiere exclusivamente a la Estructura, organización y funcionamiento del Sistema TransMilenio, señalando el rol que asumen tanto el agente público, como los

agentes privados, concentrándonos en el punto mas importante del Sistema, que no es otro que la estructuración del negocio, para lo cual basta con analizar las facultades de planeación, gestión y regulación de Transmilenio S.A; y los distintos contratos de concesión suscritos entre el agente público con los agentes privados, la forma como asumieron los riesgos, el carácter autosostenible del negocio, el equilibrio financiero del mismo y las fórmulas de remuneración de capital y la reversión.

Como los contratos fueron negociados y suscritos conforme al carácter único y particular del Sistema, y dado que se proyecta la construcción de la tercera fase entre doce previstas y hasta ahora se está implementando la parte final de la segunda fase, este trabajo se propone identificar el proceso de aprendizaje organizacional reflejado en los contratos de la primera fase a la segunda, y presentar algunas recomendaciones cuyo objetivo principal es el de avanzar en la mejora continua del Sistema, a partir de una de sus herramientas mas importantes como son los contratos de concesión.

**PRIMERA PARTE:**

**SISTEMAS DE GESTIÓN Y REGULACIÓN EN LOS CONTRATOS DE  
CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE  
MASIVO URBANO.**

Los contratos de concesión para la prestación de los servicios públicos de transporte, junto con el de obra, han sido de las tipologías contractuales de las que se ha ocupado la doctrina con mayor intensidad, ya que entre ellos existe un punto común de encuentro que lo constituye el servicio público cuyos destinatarios son los administrados o usuarios del mismo.

Desde la óptica del derecho comparado, el contrato de concesión ha tenido mayores desarrollos jurisprudenciales, legislativos y doctrinarios en el derecho español y francés, sobre todo en los relativos al sistema de transporte urbano en la generación, distribución y comercialización de energía eléctrica, el abastecimiento de agua potable, alcantarillado, aseo, en la construcción de obras públicas, en la prestación de servicios públicos domiciliarios, industriales y comerciales, servicios administrativos tercerizados etc.

En Colombia, al decir del Profesor Vásquez Franco<sup>1</sup>, la experiencia en materia concesional ha sido desafortunada, debido a la poca regulación jurídica en Colombia, y a la insuficiencia de

---

<sup>1</sup> VASQUEZ FRANCO, La Concesión Administrativa de Servicio Público, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1991, Pág. 3.

los estudios sobre estructuración jurídica, económica, técnica y financiera que genere un negocio equilibrado entre el Estado y los particulares.

El autor señala que la desconfianza en el sistema concesional colombiano, contribuyó a que a mediados del siglo pasado el negocio estatal de los ferrocarriles y de la exploración y explotación de hidrocarburos, fuera realizado directamente por entidades públicas, y ello condujo a que hacia 1950 fuera creada la estatal ECOPETROL que permaneció hasta el año 1964 realizando las exploraciones, explotaciones y comercializaciones del hidrocarburo directamente. De allí en adelante, su objeto social siguió desarrollandose a través de contratos de asociación o joint venture, teniendo en cuenta que requería no sólo la financiación de las empresas privadas multinacionales si no también toda su experiencia y tecnología.

Estos antecedentes, activan a los organismos de control penal, fiscal y disciplinario, a reaccionar de manera inmediata para la revisión y seguimiento permanente de los negocios estatales con los particulares a través de la institución concesional, a fin de evitar que se realicen negocios desequilibrados en contra del Estado y del interés público, como ocurrió en el pasado con el contrato de asociación suscrito entre la estatal Administración Postal Nacional-ADPOSTAL y la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia- AVIANCA, para la prestación del servicio de correo aéreo<sup>2</sup>.

Así mismo, el contrato celebrado entre la Empresa Distrital de Servicios Públicos -EDIS-, y el consorcio Compagnie Générale Des Eaux -Fanalca S.A para la recolección de basura para

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado colombiano, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de mayo 21 de 1987. Ponente, Magistrado Javier Henao Hadrón, Rad. 077. Revisión de contratos: Contrato de asociación núm. 028 de 1987, celebrado entre la Nación- Administración Postal Nacional, ADPOSTAL, y la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S.A. AVIANCA.

sectores específicos del Distrito de Bogotá, condujo a que el Consejo de Estado debió pronunciarse al respecto, señalando que era necesario renegociar las condiciones económicas de la concesión para que el Estado entrara a percibir participación porcentual teniendo en cuenta no solo la inversión del concesionario, sino también la rentabilidad del mismo<sup>3</sup>.

Pero como quiera que el Estado Nacional y territorial se ha visto obligado a insertarse en el mercado global, y dada la escasez de recursos públicos para financiar obras y la prestación de servicios que la comunidad cada vez reclama y requiere con mayor frecuencia; el Estado necesita implementar políticas públicas sectoriales que le permitan a las personas un desarrollo sostenible, y para ello ha tenido que acudir a los contratos de concesión, que a través de sus distintas generaciones ha permitido una sinergia entre el sector público y el privado.

El sector público garantiza a los administrados el suministro de un bien o servicio de manera eficiente y sostenible; y el segundo, es decir; el sector privado, logra hacer empresa, invertir en la cosa pública, con la garantía de su inversión en un horizonte del proyecto determinado, colaborando con el Estado a la consecución de sus fines.<sup>4</sup>

La experiencia en el pasado, ha servido para demostrar que los sistemas concesionales, per sé, no son un negocio inconveniente para el Estado, sino que requiere una adecuada planeación, estructuración financiera, técnica, económica y jurídica, dentro de un sistema de distribución de riesgos de manera adecuada, así como la definición y alcance del mantenimiento y ruptura del equilibrio financiero de los mismos.

---

<sup>3</sup> Contrato de Prestación de Servicios num. 048 de 1989, suscrito entre la Empresa Distrital de Servicios Públicos-EDIS- y el Consorcio COMPAGNIE GÉNÉRALE DES EAUX-FANACA-, S.A.

<sup>4</sup> Artículo 2º de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación Estatal.



En cuanto al sistema de remuneración, este puede estar atado a la tarifa que pague el usuario del servicio, asumiendo el riesgo de la demanda el concesionario, o el concedente, o bien distribuido entre ambos a través de una fórmula de demanda intermedia, tales como la garantía mínima de demanda de pasajeros por trayectos, troncales, estaciones o kilómetros recorridos por los buses, de acuerdo a las circunstancias objetivas que determinen cada estudio en particular.

En los contratos de concesión, en especial los que tiene por objeto cualquiera de las modalidades de transporte; la inversión privada tanto nacional como extranjera, sobre todo del la banca de inversión, han forzado la creación de condiciones que generen seguridad jurídica a los inversionistas, ya que la financiación de la infraestructura y operación del sistema de transporte requieren la inversión de gran cantidad de recursos, en los que la experiencia ha demostrado que el Estado ha tenido que garantizar ingresos mínimos a los flujos financieros del proyecto para asegurar su viabilidad.

Además, debe tenerse en cuenta el riesgo país por las actividades de grupos insurgentes y de otros grupos al margen de la ley, que amenazan cada día mas las concesiones en materia de transporte, la ocurrencia de siniestros colectivos, actos terroristas y demás acciones que impiden la movilidad urbana, intermunicipal o de transporte de carga, de pasajeros que pone en peligro la infraestructura, el material rodante, y el recaudo de los ingresos del Sistema.

Como quiera que en el país asistimos a la era de un nuevo modelo de prestación de servicio de transporte masivo, que combina las diferentes formas de gestión en la prestación del sistema

de transporte masivo urbano, es necesario señalar que según la experiencia en el mundo éste se puede prestar de la siguiente manera:

a) Directamente por el Estado, a través de empresas cuyo capital accionario es público ciento por ciento, evento en el cual debe acudir al endeudamiento, asumiendo los altos costos financieros de los créditos;

b) Indirectamente, a través de los particulares, en donde el Estado a través de contratos de concesión le permite al inversionista la construcción, administración y operación del servicio, a cambio de una tarifa, con garantía mínima de ingresos, para que luego del vencimiento del horizonte de la concesión, el concesionario a través de la cláusula de reversión le devuelva los bienes afectados a la prestación del servicio una vez hayan recuperado la inversión y la utilidad prevista y;

c) El sistema de gestión mixta, que consiste en la sinergia entre el Estado y el sector privado, en donde cada uno de estos sectores hace una inversión con una remuneración proporcional al capital invertido, aclarando que una parte del capital retorno del Estado no necesariamente se traduce en recursos económicos, sino que puede ser en capital social, es decir, en el bienestar que recibe el usuario de los servicios, expresada en seguridad al movilizarse, comodidad, disminución de tiempos entre un lugar y otro, etc.

## **CAPÍTULO PRIMERO:**

### **EL PARTENARIADO PÚBLICO-PRIVADO EN LA GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE: UN PROCESO Y UN MARCO INTEGRADOR MEDIANTE LA SINERGIA CONCESIONAL CON VENTAJAS PARA LA AUTORIDAD PÚBLICA.**

El término *partenariado*, viene de “*partner*” en inglés<sup>5</sup>, que significa “*persona o grupo al cual se asocia uno para la resolución de un proyecto*”, y en el caso que nos ocupa se trata de la asociación del sector público estatal, con el sector privado en donde el primero le entrega al segundo la prestación de un servicio, la construcción de una infraestructura, su operación administración y explotación, para que el concesionario recupere la inversión mas su utilidad dentro de un horizonte del proyecto, a cambio de una tarifa, tasa, contribución o cuota de amortización de capital e interés.

La obligación del concesionario privado es la de revertir o retornar los bienes afectados al patrimonio del Estado, quien debe seguir operando, administrando y explotando el servicio o la infraestructura directamente o a través de un nuevo contrato de concesión, pero que podría hacerlo directamente y de manera transitoria, mientras se producen los nuevos contratos de concesión se legalizan y se ejecutan.

Como quiera que los contratos estatales, están regulados por un conjunto normativo denominado “*derecho público de los contratos estatales*”, es necesario que la etapa de estructuración

---

<sup>5</sup> NAMBLARD, Corinnne. DAEI, bajo la dirección de Calude Martinand, *Le finacement privé des infrastructures publiques*, Paris, Francia. En *Finaciamento de infraestructuras y servicios colectivos*. PERROT Y CHATELUS, Presses Ponts et Chaussées, pág. 9, 1994.

financiera, jurídica y técnica de la concesión, así como la etapa precontractual que debe conducir a la licitación pública para la adjudicación del contrato al oferente mas favorable o ventajoso a la entidad pública, esté acompañado de un estudio de oportunidad y conveniencia, donde se verifiquen las ventajas que obtiene la administración pública al acudir al sector privado para concesionar la infraestructura, bien o servicio que se pretende construir, administrar u operar a través de particulares.

La experiencia francesa en la estructuración de las concesiones en materia de transporte, sugieren que los estudios de oportunidad y conveniencia verifiquen las ventajas estatales al decidir concesionar la prestación del servicio, y según los profesores Jean-Yves Perrot y Gautier Chatelus esas ventajas deben ser las siguientes<sup>6</sup>:

a) Un partenariado, que garantice servicios públicos de mejor calidad al menor costo para la sociedad. Los partenariados públicos-privados son por esencia entre autoridades públicas e inversionistas del sector privado para concebir, planear, financiar y operar proyectos de infraestructuras a través de contratos públicos concesionales, en donde no sólo se acude al sector privado para financiar proyectos de inversión con base en ingresos generados por la infraestructura, sino también recurrir a las competencias y experiencias en gestión del sector privado para realizar, administrar, operar proyectos públicos de manera eficiente a lo largo del horizonte del proyecto. De allí que podemos afirmar, que el núcleo esencial del contrato de concesión no está en la financiación y construcción de la infraestructura, sino en la eficiencia

---

<sup>6</sup> JEAN-YVES, Perrot; y GAUTIER, Chatelus. Financiamiento de Infraestructuras y Servicios Colectivos. Recurrir al partenariado público-privado. Las enseñanzas de las experiencias francesas en el mundo. Preces Ponts et Chaussées, 2001, París, pág. 16.

en la “*prestación del servicio público de transporte colectivo urbano*” percibida por el usuario y la rentabilidad del inversionista concesionario.

b) Beneficios financieros y presupuestarios para el Estado. Estos beneficios se traducen en:

(i). Aligerar las obligaciones presupuestarias estatales, en tanto el partenariado público-privado recurre a fondos privados, y con ellos es posible desarrollar proyectos sin ningún costo en el inmediato futuro para la autoridad pública, existiendo eventos en que el costo del servicio puede trasladarse a los usuarios, tales como peajes carreteros, pasajes y tarifas en el transporte masivo urbano.

Los usuarios, deben pagar un precio cercano a los costos reales, permitiendo conforme a su rentabilidad la distribución de utilidades entre el operador y la autoridad pública; y de contera es posible el desarrollo del proyecto y la prestación del servicio público sin agravar el servicio de la deuda pública o el presupuesto nacional, pudiendo el Estado destinar sus recursos a la prestación de otros servicios públicos esenciales y básicos que en ocasiones son deficitarios, tales como la salud, educación, saneamiento ambiental, la nutrición infantil etc.

(ii). Así mismo, permite la optimización en la ejecución del proyecto concesional, logrando una mejor integración y sinergia entre las fases de concepción, de construcción y de operación, con la condición de recurrir a una licitación única para las tres fases; una concepción innovadora, una reingeniería y una gestión eficiente; con un enfoque que busca minimizar los costos, una mejor operación del capital y la generación de ingresos conexos.

(iii). Una adecuada distribución de los riesgos, ya que los contratos de concesión son muy altos debido a las grandes inversiones financieras que deben realizar los concesionarios, razón por la cual en algunos eventos el Estado concedente se compromete a transferir al proyecto una suma determinada de dinero, por la incertidumbre en los costos de construcción y de operación, y la incertidumbre de los ingresos.

Los riesgos pueden ser previsibles e imprevisibles, lo que indica que los primeros una vez son identificados deben asignarse o distribuirse de manera equilibrada a las partes, y es posible transferir cierta parte de ellos a los operadores privados cuando estén en mejores condiciones que los particulares para soportarlos y cumplirlos y;

(iv). Evaluación del costo real del proyecto concesional. Estos son indispensables para poder asegurar la financiación del proyecto y a través a los inversionistas privados, de tal manera que si se encarga de esta labor a los privados, se evita la subestimación o la sobreestimación de los costos, conduciéndose a la estimación de los costos reales del proyecto que desde ya lo somete a un desarrollo equilibrado con relación a la inversión y a los flujos por concepto de ingresos del mismo.

c) Los beneficios económicos y sociales. La preocupación de los actores públicos y privados no puede ser únicamente el aspecto financiero del proyecto concesional, porque con el tiempo puede verse afectado y deslegitimado, ya que este debe asegurar el costo- beneficio entre la inversión en el proyecto, el beneficio económico tanto del concedente como del concesionario según lo estipulado en el contrato, pero necesariamente debe dar frutos sociales, es decir, que el usuario reciba una adecuada prestación del servicio público en términos de equidad social,

pues la autoridad pública no obstante entregó en concesión la operación del servicio, sigue siendo la responsable del servicio proporcionado a la comunidad.

De allí, que como lo afirma PERROT Y CHATELUS *“un buen montaje en partenariado público-privado libera a la autoridad pública de la carga de la inversión, le permite concentrarse en el control de la calidad del servicio, mientras que el operador privado, por ser su oficio, tratará de optimizar su inversión para brindar esta calidad de servicio requerida, y por otra parte el usuario se convierte en cliente, y el operador debe optimizar la calidad del servicio que le ofrece”*.<sup>7</sup> Además, estos beneficios económicos y sociales consisten en:

(i). la realización rápida y eficiente en la formulación, implementación y ejecución del proyecto al servicio del desarrollo económico, en cuanto se acelera su realización debido a la disponibilidad de los recursos que asegura la ejecución del proyecto, obteniendo mayores beneficios en corto tiempo para los usuarios, para el particular concesionario, y para el gobernante que observa con satisfacción la eficacia de su proyecto.

(ii). De otra parte, el proyecto contribuye a la modernización de la economía, en cuanto las infraestructuras se desarrollan y las nuevas tecnologías se introducen con mayor rapidez, lo que significa calidad de servicio y el proyecto puede tomar mejor en cuenta la demanda.

(iii). Acceso a los mercados financieros internacionales y locales, lo que informa mayores niveles de confianza del sistema financiero a la economía del país, apoyándose en operadores de mayores magnitudes que se estimulan en invertir en nuestro medio por el espaldarazo de la banca local e internacional.

---

<sup>7</sup> Op. Cit. PERROT Y CHATELUS, Pág. 19.

(iv). Beneficios sociales, en cuanto además de aumentar la calidad de vida de la comunidad, le permite a la autoridad pública liberarse de la destinación de recursos, para orientarlos en sectores deficitarios como salud, educación, protección social.

(v). Permitir un desarrollo ambiental sostenible a menores costos, ya que la operación del proyecto concesional implica afectar el ecosistema, lo que es asumido por el concesionario, tomando medida para corregir, paliar y reconstruir el impacto negativo que genere el proyecto en el medio ambiente.

(vi). Concentrar el papel del Estado en su propósito misional, de tal manera que se dedique a su papel de gran planificador de la economía y de la prestación eficiente de los servicios públicos.

(vii). Beneficios tecnológicos; ya que la concesión permite atraer expertos de alto nivel con gran experiencia internacional, constructores, operadores, ingenieros, financieros, juristas, que están al servicio de los concesionarios privados, pero también como asesores de las entidades estatales, pasando esta experiencia a las demás empresas o proyectos locales, formando personas en los distintos niveles de gestión de la concesión para su fase de transición y ejecución del proyecto.

d) Beneficios políticos. El Estado al desprenderse de la operación de la prestación del servicio de transporte para radicarla en el sector privado, está reorientando el papel de la autoridad pública hacia sus misiones y competencia centrales, redefiniendo el papel de la entidad



propietaria y operadora, para convertirse en una entidad reguladora y controladora; lo que le permite promover servicios eficientes, orientados por la demanda, obteniendo además beneficios sociales.

Así mismo, el contrato de concesión del servicio de transporte colectivo urbano, no implica ni significa privatización, ya que éste sólo permite atraer las inversionistas privados, sin que ello implique la enajenación de las misiones públicas en provecho del sector privado. Esta sinergia, es la delegación por colaboración que hace el Estado a un operador privado para proporcionar un servicio público por un tiempo determinado, conservando la autoridad pública su papel de definición de las misiones, objetivos, alcances, regulación y prestación del servicio de transporte, teniendo en cuenta que esta delegación es reversible o retornable, ya sea al final del periodo fijado o durante la ejecución del contrato por las causas estipuladas en este.

#### **A. ESTRUCTURA DEL MERCADO DE INTERÉS GENERAL DEL TRANSPORTE MASIVO URBANO: PRIVATIZACIÓN, LIBERALIZACIÓN, REGULACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.**

Las principales razones del aumento impresionante del gasto público<sup>8</sup>, guarda relación directa con la aumento considerable del gasto público social, tales como educación, sanidad (salud) y sobre todo seguridad social (pensiones, desempleo y otras atenciones sociales). Estos conceptos alcanzan el 40% del gasto público de los países europeos, lo que junto al servicio de la deuda, los gastos corrientes de personal de las administraciones públicas, elevan el 75% de l gasto vinculado de los Estados modernos, de tal manera que el margen que queda para una

---

<sup>8</sup> Perspectivas de la economía mundial. La política fiscal, Fondo Monetario Internacional, mayo de 1996.

política de inversión en infraestructura, investigación y tecnología, agricultura y servicios ciudadanos, es muy estrecho.<sup>9</sup>

Es importante determinar cuánto gasta el Estado, pero más trascendente es establecer en qué se lo gasta, y cuáles son las tareas que ha venido asumiendo el Estado en la provisión de bienes y servicios a la sociedad. Desde mediados del siglo XIX, el Estado asumió el papel de producir y promover algunas infraestructuras de obras y servicios que llevaba consigo el desarrollo de la sociedad industrial y de la vida urbana y junto a los servicios tradicionales, los Estados asumieron las grandes infraestructuras de transporte, las comunicaciones, los ferrocarriles, las carreteras, los puertos, más tarde los aeropuertos, grandes obras de regulación hidráulica, comunicaciones telegráficas, telefónicas, energía, explotación minera, carbón, electricidad, gas, petróleo y en los últimos tiempos energía nuclear.

Así mismo, el Estado asumió frente a las comunidades locales la responsabilidad de algunos servicios esenciales de la comunidad, tales como abastecimiento de agua, alumbrado público, suministro de energía eléctrica, saneamiento y alcantarillado, recolección de residuos sólidos; y por último el transporte urbano a través de tranvías, trolebuses, autobuses entre otros.<sup>10</sup>

Muchos de estos servicios, nacieron en principio con el régimen concesional, cuando a mediados del siglo XIX el nuevo mercado exigía nuevas actividades con mayor intervención estatal, tales como planificación, dirección y vigilancia, para lo cual no bastaba la mera actividad

---

<sup>9</sup> TERMES RAFAEL, Libro blanco sobre el papel del Estado en la economía española, Mundiprensa, Madrid, abril, 1996.

<sup>10</sup> ARIÑO ORTIZ GASPAS. Principios de derecho público económico, Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica, Segunda Edición, Fundación de Estudios de Regulación y Comares editorial, Granada 2001, pág. 260.

de ordenación y vigilancia, sino que exigía una actuación o un modo de gestión directa del Estado como prestatario de los servicios públicos, y aparece en ese entorno la concesión como solución.

La concesión administrativa, resultó ser la fórmula del Estado moderno que le permite a este dirigir sin gestionar; pero el Estado debió asumir la prestación directa de ciertas actividades, primero por la reversión de las concesiones vencidas en su plazo, y de otra por algunas crisis de las empresas o actividades concesionadas o concedidas. De allí, que a finales de siglo XX y a comienzos del XXI, observamos que el contexto global en que se deben establecer y operar las concesiones están dadas dentro del concepto y amenaza del fenómeno privatizador, liberalizador, regulador y de libre competencia.

### **1. Empresa pública y privatización: Factores de éxito en un proceso privatizador.**

La antítesis del sector público y de las empresas públicas, es el fenómeno privatizador. La privatización alude a la iniciativa pública que persigue reducir la intervención pública y aumentar la eficiencia económica, abandonando lo público y recurriendo a lo privado, en diversos campos como titularidad de la actividad, forma de gestión, régimen de propiedad, régimen jurídico, forma de financiación etc.

Privatizar, consiste en la retirada o huida del Estado de las actividades económicas de producción de bienes y servicios, y en este caso, privatizar significa el traspaso del patrimonio del Estado a propietarios privados.<sup>11</sup>

La privatización, entendida como el traspaso de empresas y de actividades al sector privado, es un fenómeno que es justificado por sus defensores en la ineficiencia de las empresas públicas, que se convertían en una carga al presupuesto público, fundada en lo siguiente: a) Razones económicas, en tanto las empresas públicas presentan vicios e ineficiencias que se traducen en una rentabilidad menor a la que obtiene la competencia en empresa privada.

b- Razones financieras, ya que las privatizaciones permiten reducir el déficit público y contener los gastos que la empresa pública genera, y con los ingresos obtenidos por la venta total o parcial de las empresas públicas los Estados podrían amortizar parte de su deuda, reducir el pago de los intereses que esta genera y quizá disminuir la presión fiscal a los contribuyentes durante algún tiempo.

d.- Razones políticas, en tanto al lado del debilitamiento de la empresa pública han surgido también argumentos liberalizadores que aconsejan un cambio de modelo de Estado y de sociedad.

d.- Razones legales, en cuanto los Estados se inserten en mecanismos de integración supranacional, tales como la Unión Europea, la Comunidad Andina de Naciones, el Tratado de Libre Comercio TLC, etc.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> HAMER, EBERHARD, Praxis de la privatización de servicios, en vol. Colección Revista IEE, 1985, núm.1. Pág. y sgs.

Finalmente, quiero precisar que los factores de éxito de un proceso privatizador son tres, a saber: a). Las garantías, transparencia y sometimiento a un procedimiento legal, que evite arbitrariedades, en cuanto deben valorarse las garantías legales y de buen gobierno que rodean el proceso privatizador.

b). Su contribución a la mejora de la eficiencia, lo cual viene ligado a la competencia y al nuevo modelo de regulación orientado al mercado.

c). Su contribución al replanteamiento de las tareas del Estado que debe retirarse definitivamente de la faceta de Estado productor de bienes y prestador de servicios.

## **2. Modos de gestión para la financiación, construcción y operación de la infraestructura y el servicio de transporte masivo urbano: la gestión pública, la gestión mixta, y la gestión privada como modelo concesional.**

Para la formulación, implementación y ejecución de un proyecto de infraestructura de transporte para la construcción, financiación y operación, existen tres formas o modelos de gestión, así:

La gestión pública, que comprende la gestión directa por la Administración a través de sociedades de capital público, como sociedades de economía mixta, empresas industriales y

---

<sup>12</sup> CUERVO GARCIA, Alvaro, Las privatizaciones en España, Cuadernos de Información Económica, núm. 119, febrero de 1997.

comerciales del Estado; la gestión mixta, en donde hay agentes públicos y privados como el Sistema TransMilenio de Bogotá ; y la gestión privada en donde el servicio es asumido, gestionado y prestado exclusivamente por los particulares, que es el modelo concesional de última generación.

La gestión directa por parte de la administración, se presenta cuando el Estado en sus distintos niveles, vale decir, la nación, el departamento, municipio o distrito, con dineros públicos, que pueden tener su fuente en créditos externo e interno, recursos propios o de cofinanciación, decide financiar un proyecto de infraestructura para la operación del transporte urbano, donde la Administración no solamente financia la construcción de la infraestructura, sino también que invierte en la maquinaria y equipos de transporte para la operación y puesta en marcha del sistema de transporte urbano, de tal manera que los ingresos estén constituidos por la tarifa que paga al usuario a la empresa pública que gestiona y preste el servicio.

Por su parte, la gestión pública también pueden ser realizada por un establecimiento público, cuya función es la de administrar, prestar y operar el sistema de transporte; así como también se puede hacer a través de sociedades de capital público, donde no haya participación privada alguna, sino que el responsable de la financiación del sistema de transporte es el Estado a través de entes del sector central o descentralizado de la administración, quien recauda la tarifa que paga el usuario del servicio de transporte, y cuyos ingresos contienen la fórmula de recuperación de la inversión mas la utilidad que el mismo Estado ha previsto obtener.

De otra parte, se hace gestión mixta cuando el sistema de transporte se reparte las tareas en varias empresas, tales como la creación de un ente regulador o gestor de capital ciento por

ciento público, con la coexistencia de varios agentes operadores o prestatarios del servicio tales como operadores troncales, alimentadores, recaudadores y ente fiduciario, en donde estos últimos son entes privados concesionarios del ente gestor privado, tal como se organizó el Sistema TransMilenio.

Por último, encontramos el modelo de gestión privada como modelo concesional por excelencia, en donde el Estado entrega en concesión totalmente a un ente privado la construcción, financiación, operación, prestador de un servicio público, en donde el papel del Estado es el de interventor del contrato, y el de ejercer la función de policía preventiva, de inspección y vigilancia, en tanto el particular realiza bajo su cuenta y riesgo la inversión, opera y presta el servicio, cuya recuperación de inversión y la utilidad obtenida es producto de la operación del negocio dentro de un horizonte del proyecto determinado, con una cláusula de reversión previamente estipulada.<sup>13</sup>

### **3. La estructura del mercado de interés general: privatización, liberalización, regulación, derecho administrativo privado y derecho de la competencia.**

En los últimos años, se ha venido generalizando e introduciendo un proceso de liberalización de los servicios públicos debido a las corrientes político-económicas de signo neoliberal. La liberalización implica, que el poder público deja de aplicar de manera exclusiva el derecho público en la gestión de la actividad publicitada y lleva también consigo una pérdida de áreas de regulación por parte del derecho administrativo. Los poderes públicos, una vez se fortalece la

---

<sup>13</sup> G. ARIÑO ORTIZ y L. LOPEZ DE CASTRO GARCIA-MORATO, El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia, ed. Montecorvo, Madrid, 1998.

liberalización de muchos servicios públicos, se reduce su presencia en el ámbito prestacional y económico, pues de un régimen de servicios públicos se pasa un sistema de liberalización que implica reducir el papel del Estado a funciones propiamente públicas de tipo regulador, que no obstante le permiten tener o mantener su presencia en el mercado, jugando un papel muy activo en la prestación y gestión del servicio.

Es necesario precisar, que la privatización tiene límites jurídico constitucionales, ya que esta jamás podrá afectar las funciones esenciales del Estado como la soberanía, la función de policía, recayendo solamente en aquellas funciones de tipo económico y prestacional.<sup>14</sup> En el mercado de interés general, surgen nuevos actores, esto es, el Estado a través de la liberalización desmonopoliza ciertas actividades industriales y comerciales, tales como el transporte y la prestación de servicios públicos domiciliarios, enajena su participación entregándola al sector privado, pero en ciertos eventos no se desprende totalmente de ella, sino que mantiene en el mercado una parte de la actividad.

El mercado de interés general atribuye la función de regulación del mercado a entes autónomos, que si bien son públicos, no dependen de control jerárquico o de tutela de los gobiernos centrales nacionales y locales. El desarrollo del mercado de interés general depende de cuanta garantía constitucional exista, es decir, en materia de iniciativa privada, de actividad individual, de libre competencia y de libertades económicas, el Estado las otorga sin más restricciones que las que le impone el constituyente, el legislador y el mismo mercado.

---

<sup>14</sup> F, GARRIDO FALLA, Privatización y reprivatización, RAP 126 (1991) pág. 23; A.TRONCOSO REIGADA, Privatización, empresa pública y Constitución, Págs. 149 a 458; GONZALES-VARAS IBANEZ, El derecho administrativo privado, Editorial Montecorvo; Madrid, 1996.



Las reglas que regulen las relaciones de las administraciones públicas con los administrados, vale decir, con los agentes del mercado de interés general, ya no es exclusivamente el derecho público administrativo, sino el derecho administrativo privado, pues el fenómeno privatizador y concesional, convierte al sector privado y a los concesionarios en este caso, en titulares de la función administrativa, por el sólo hecho de prestar por ejemplo un servicio público y es el escenario en que actúa el régimen jurídico que se conoce como derecho administrativo privado.

## **B. EL SISTEMA CONCESIONAL COMO INSTRUMENTO INTEGRADOR EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE MASIVO URBANO DENTRO DEL MERCADO DE INTERÉS GENERAL.**

En la actualidad, el tema que mas interés despierta en la liberalización del sector es el de transporte en sus distintas modalidades, en tanto es considerado como servicio público a cargo del Estado, pero cuando es liberalizado; se acude a los distintos mecanismos de gestión, es decir, la gestión pública del transporte cuando lo presta el Estado, la gestión mixta cuando se asocia con el sector privado, y la gestión privada cuando se enajenan las empresas públicas y se privatiza el sector, o se entrega a los particulares su prestación a través de la concesión, que es un instituto contractual frente al cual el Estado mantiene la interventoría, pero que en todos los eventos asume el papel regulador en la prestación del servicio y del mercado.

El servicio de transporte masivo urbano en las grandes ciudades y en las capitales de los países del mundo, es otro de los sectores regulados y que han permitido el desarrollo del derecho

administrativo económico moderno, es decir, la publicitación de la actividad de los particulares cuando presten el servicio de transporte, y la ius privatización de la actividad de transporte cuando el modo de gestión en su prestación es pública o mixta. El profesor García Martínez señala las características del sistema de transporte cuando el modo de gestión y prestación es el concesional, así<sup>15</sup>:

a) Es un sector estratégico por su trascendencia económica y política, en tanto es incuestionable su relevancia política y su importancia para factores determinantes para el desarrollo económico y la cohesión social del país, ya que las redes de transporte urbano permiten la movilidad de los miembros de la comunidad en el escenario de su hábitat, y ello tiene una relación directa con su lugar de trabajo, universidad, colegio, escuela, residencia o domicilio, centros asistenciales, recreativos, deportivos, clubes sociales, centros comerciales etc.

Tradicionalmente, la prestación del servicio de transporte urbano coincidía con los límites políticos territoriales de los municipios y distritos, pero el Estado contemporáneo en la actualidad asiste a la conformación de un nuevo modelo de prestación del servicio de transporte urbano, que debido al fenómeno de la conurbación por el crecimiento de las grandes ciudades ha sobrepasado los límites políticos, pues las áreas metropolitanas, y el nuevo concepto de ciudad región, plantea soluciones comunes a problemas comunes, sin importar que sobre ese espacio se ejerza jurisdicción por parte de varias autoridades locales.

---

<sup>15</sup> GARCIA MARTINEZ, Eloy. El sistema de transporte ante el nuevo modelo de Estado, en el Estado de las autonomías y el sistema de transporte, Ed. Instituto de Estudios de Transportes y Comunicaciones, Madrid, 1982, Pág. 135.

c) La segunda característica, es la concepción del servicio de transporte urbano como un sistema integrado intermodal, lo que significa que el transporte no es un conjunto agregado de actividades diversas e individualizadas, sino que se articula como un verdadero sistema integrado que conforma una unidad y debe ser considerado como un sistema.

Para que el Sistema de Transporte pueda calificarse como *integrado*, para el profesor Eloy García, existen factores que operan y son los siguientes:

1). Debe existir una red de cauces e instalaciones físicas (infraestructura), estaciones, portales, parqueaderos, centros de mantenimientos, troncales etc.

2) Modos o medios técnicos que posibilitan la movilidad de personas y cosas a través de las infraestructuras, de tal manera que se cuente con todos los bienes y capacidad instalada para ser denominada servicio de transporte masivo urbano; y de allí el calificativo de integrado.

3). La existencia de empresas de transporte, que utilizando la infraestructura, y contando con los recursos financieros, humanos, físicos, materiales, técnicos necesarios; organizan los servicios de transporte masivo integrado de carácter urbano, transportando personas de un lugar de la ciudad a otros, a través de una red vial principal o primarias, y la red complementaria o secundaria.<sup>16</sup>

4) La cuarta característica, hace relación a las internalidades del transporte, que hace relación al conjunto de peculiaridades que son intrínsecas al sistema de transporte, tales como:

---

<sup>16</sup> OP: CIT; pág. 135.

- a) Las redes viales son producto de una realidad histórica, como también producto de un proceso de descubrimiento tecnológico, o de decisiones políticas que conduce a una serie de infraestructuras funcionales.
- b) Las infraestructuras de los diversos modos de transportes deben ser consideradas como constitutiva de un sistema único.
- c) El proceso de innovaciones de productos y de tecnología, afecta de manera importante al funcionamiento operacional del sistema de transporte, ya que lo obliga a su actualización y constante modernización para lograr el acoplamiento constante de la movilidad en el escenario de las ciudades.
- d) Cada medio técnico de que se dispone para el funcionamiento de la infraestructura y para la operación del sistema, implica que debe existir una compatibilidad entre los medios electrónicos y tecnológicos de cada uno de los agentes prestatarios para que se puedan interconectar y articular en su operación que es única.
- e) Existen circunstancias que permiten que los agentes prestatarios en franca competencia, quieran prestar el servicio de manera mas eficiente y condiciones mas ventajosas al Estado regulador, para avanzar en la concesión de nuevas etapas y proyectos en la medida en que se avance en la ampliación de la cobertura de la red transportadora urbana de la ciudad<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> MARTIN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. Transportes, parte V, en Derecho Administrativo Económico II, S. MARTIN RETORTILLO, Dir, la Ley, Madrid, 1991, Pág. 848.

## **1. Aspectos políticos, jurídicos y económicos de los contratos de concesión del servicio de transporte masivo urbano.**

El contrato de concesión<sup>18</sup>, surge con el paso del Estado individualista al concepto de Estado gestor del servicio público, surgiendo lo que hoy se conoce como el contratista colaborador del Estado a través del cual la administración conservando la titularidad del servicio, hace uso de su atribución de reglamentación y vigilancia, desprendiéndose de su gestión y la traslada al empresario particular, dando paso a la concesión como figura típica del Estado liberal.<sup>19</sup>

La concesión tiene unas implicaciones jurídicas y económicas por el hecho concesional, ya que este es la órbita del régimen público, mientras que la colaboración del concesionario es la prestación del servicio que suscita la disolución entre conceptos de titularidad y gestión, que según VILLAR PALASI, para que pueda existir una concesión es presupuesto esencial una publicatio previa, es decir, la declaración estatal de la actividad como servicio público y la asunción de dicha titularidad o competencia por la administración.<sup>20</sup>

La concesión, que es una forma de colaboración del empresario particular, es un acto de derecho público de la administración que transfiere poderes jurídicos al particular, para que dentro de este régimen el concesionario en relación a la prestación del servicio se convierta en un agente público que le corresponde armonizar su interés empresarial con el poder de la

---

<sup>18</sup> J.L. VILLAR PALASI; Concesiones administrativas, Barcelona, N.E.J. Seix, 1952, págs. 690-691.

<sup>19</sup> GARRIDO FALLA, Tratado de derecho administrativo, vol. II, 7ª edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, Págs. 398-399.

<sup>20</sup> J.A. VILLAR PALASI, La intervención..., cit, Pág. 267.

administración que entra a privilegiar sus intereses generales y públicos frente a los de los particulares de la empresa concesionaria.<sup>21</sup>

En el régimen de la concesión, es trascendental la forma de remuneración del contratista por medio de las tarifas pagadas por los usuarios de los servicios -aunque no es la única fórmula de retorno-, ya que en ciertas circunstancias las administraciones públicas han acudido a otros mecanismos de financiación de los servicios para darle alcance a preocupaciones de tipos social y político. De allí, que la rentabilidad en la operación de un servicio de transporte público urbano, no necesariamente debe generar rentabilidad de capital, sino también rentabilidad social.

## **2. Los contratos de concesión en el sistema de transporte masivo urbano y la gestión de los servicios de transporte colectivo urbano.**

En la tipología de los contratos de concesión se verifica la existencia de la iniciativa económica pública y privada en la prestación de los servicios públicos, ya que de una parte la administración pública asume un comportamiento como empresaria del servicio, que busca superar la ineficiencia para hacer sinergia con el sector privado y prestar los servicios públicos de manera eficiente.

---

<sup>21</sup> GEORGES VEDEL, Derecho Administrativo, trad. De la 6ª. Ed., Madrid, Aguilar S.A., Ediciones, 1980, pág. 712.

Los servicios de transportes comparten la categoría de servicios en red, ya que al ser prestados por distintos agentes transportadores, recaudadores etc, tienen que compartir el uso de las infraestructuras y cada vez están más relacionados con los sistemas de información de los usuarios, y de reservación que contribuyen a estructurar la demanda de una manera intermodal.

Una adecuada organización de un sistema de transporte en su conjunto necesita que se tengan en cuenta muchas consideraciones e intereses a largo plazo, tales como el desarrollo de las necesidades de movilidad, ponderación de las zonas, capacidad de financiamiento, demanda que le competen al poder público; pero la colectividad también exige oportunidad en la prestación del servicio, eficiencia, ampliación de cobertura, de tal manera que es el sector público el que se ocupa de ellas.

El equilibrio entre la interacción del sector público y el privado depende del estado de las técnicas y del mercado, de tal manera que cuando existe un medio de transporte dominante, la intervención pública tiene como objetivo mantener cierto nivel de competencia para garantizar un nivel mínimo de servicio para todos los usuarios. El buen funcionamiento de los sistemas de transporte público no pueden reducirse al equilibrio financiero de los accionistas, pues los usuarios son muy exigentes y actualmente tienen acceso a medios de transporte individuales que compiten con los transportadores públicos.

La gestión delegada del servicio público de transporte urbano, es una práctica habitual en los países europeos y americanos, con diversas modalidades que van desde la concesión de largo plazo (tranvías, metro ligero) hasta el contrato con riesgos y peligros del operador y con obligaciones del servicio público.

En Europa, surge un movimiento tanto para el transporte periurbano como para el transporte regional para confiar a un nivel político descentralizado la misión de organizar el servicio (elección del modo de transporte, de las frecuencias, del precio), así como la selección del operador y la negociación con él en relación con un contrato determinado. Las obligaciones del servicio público, y en particular las frecuencias mínimas y las tarifas máximas, siempre deben compensarse si los costos son superiores a los ingresos.

La relación contractual como instrumento de gestión delegada, da lugar a la coexistencia de obligaciones recíprocas entre un operador y una entidad pública que se denomina entidad organizadora, gestora y/o reguladora y que puede ser un Estado, una región, un grupo de colectividades locales. Los rasgos más comunes de los contratos de concesión para el transporte colectivo urbano son los siguientes:

**2.1. Exigencias de la autoridad organizadora, gestora y/o reguladora:** Esta tiene como objetivo principal la prestación de un mejor servicio con la mínima contribución financiera y para ello recurre a la licitación pública con el objeto de seleccionar un operador de duración limitada, al término del cual la administración decide si opera el servicio directamente, o si ordena la apertura de otro proceso licitatorio. Para ello deberá tener en cuenta lo siguiente:

a. El operador requiere un nivel elevado de preparación y de experiencia profesional, que debe demostrarse, al igual que su capacidad financiera, teniendo en cuenta los compromisos financieros que debe asumir para la operación del servicio de transporte.



b. La autoridad pública debe definir la consistencia del servicio tales como la definición de itinerarios, rutas, interrupciones, frecuencias mínimas, tiempo de recorrido, ya que la autoridad pública persigue el beneficio social de los usuarios del servicio.

c. La autoridad pública, también debe tener la prerrogativa de definir la calidad del servicio, a través de instrumentos obligacionales previstos en el contrato, tales como compensaciones, multas, primas y penalizaciones a favor de la administración, que se traducen en la disponibilidad expresada en kilómetros recorridos; en la puntualidad en las frecuencias y rutas en cada una de las estaciones.

d. La otra prerrogativa de la autoridad pública, es el establecimiento de tarifas para los pasajeros, las cuales se discutirán cada vez que se afecte el costo en que incurren los operadores en sus operaciones para la prestación del servicio al usuario, según las fórmulas que adopten en el contrato.

e. La autoridad pública, también impone las condiciones sobre los articulados rodantes, ya de orden técnico, materiales, mecánicos, garantías y seguros, antigüedad, uso, kilómetros recorridos etc.

**2.2. Respuestas del operador.** Los operadores por su parte, tienen que cumplir numerosas obligaciones y adquirir considerables riesgos financieros para acceder a un contrato de concesión para la operación del sistema de transporte masivo, dentro de un mercado de libre competencia; de tal manera que debe cubrir riesgos en la inversión, la reducción de los costos y en el aumento de los ingresos.

En cuanto a los riesgos en la inversión está determinada por la rotación del material rodante, de tal manera que el plazo del contrato este acorde con la vida útil de cada articulado, teniendo en cuenta que la reducción de los costos, es responsabilidad de los operadores que den ser austeros en los gastos en que incurren para la operación sin que se sacrifique la calidad de la prestación del servicio; sin embargo, los constructores de la infraestructura suelen asumir el mantenimiento de las mismas, debido a la responsabilidad que tienen con la autoridad pública y el buen nombre de la compañía constructora.

El aumento de los ingresos, es tenido en cuenta por la autoridad organizadora que controla y establece las tarifas, y aunque participa en los mayores ingresos, los operadores participan usualmente en una cantidad mayor, debido al aumento de los costos para que el sistema de transporte genere más ingresos, que está determinado por el mayor número de pasajeros transportados.

### **3. Los principales riesgos para la autoridad pública, el operador privado y la adecuada distribución de los riesgos en los contratos de concesión de transporte público masivo urbano.**

El núcleo de un proyecto de partenariado público –privado es el análisis de los riesgos, ya que es a partir de este análisis que puede estructurarse , con consideraciones de factibilidad y de las medidas preventivas que se deben implementar para reducir los riesgos y mejorar la viabilidad del conjunto. En una concesión, el poder público y el operador privado tienen una posición jurídica opuesta, en tanto el primero busca prestar los servicios a la comunidad, mientras que el

operador privado busca una ganancia proporcional a la participación de los capitales invertidos, a sus competencias y a los riesgos asumidos.

El operador privado aporta su experiencia, capital de inversión, aptitudes, su capacidad de innovación, capacidad de gestión, eficiencia y sus posibilidades financieras. Dentro de este esquema, las partes se benefician, incluyendo el ciudadano-usuario o miembro de la comunidad, ya que es el destinatario del servicio público que se pretende satisfacer.

Con el fin de minimizar la aparición de los riesgos y de prever el remedio adecuado en caso de que se presenten, debe identificarse lo mas preciso posible los diferentes riesgos que pudiesen alterar el interés del proyecto. Estos son los siguientes: riesgos naturales, riesgos específicos para los operadores privados y para el poder público, y a analizar los medios para reducirlos y eliminarlos en la medida de lo posible, a través de:

- a) La identificación e inventario de riesgos.
- b) La evaluación cuantitativa y cualitativa del impacto potencial sobre el proyecto de una materialización de alguno de sus riesgos.
- c) La atenuación de estos riesgos.
- d) la asignación de cada riesgo residual al socio mas capaz de resolverlo.

### **3.1. Tipología de los riesgos comunes.**

Todo contrato de concesión lleva implícito riesgos que le son propios y comunes, y el éxito del contrato consiste en la evaluación previa de estos y la manera en que pueden ser administrados. Debe distinguirse los riesgos intrínsecos del proyecto, de los del entorno y clasificarlos de acuerdo a su periodo de aparición en la vida del proyecto y de su influencia directa o indirecta sobre los flujos de operación.

Así, hay que distinguir primero los riesgos susceptible de manifestarse en la fase de concepción- construcción o fase preoperativa, después, los que pudiesen afectar la fase de operación, y por último los riesgos ligados al entorno del proyecto.

**3.1.1. Los riesgos durante la fase de concepción – construcción.** Aquí podemos establecer los riesgos técnicos y los económicos financieros. Los riesgos en la fase de concepción- construcción o fase preoperativa, se derivan de la elección de las tecnologías y del desarrollo de la obra, y se producen por riesgos de sobrecostos, y por riesgos de retraso en la construcción y entrega de la infraestructura para el inicio de las operaciones.

3.1.1.1. Los riesgos técnicos de sobrecostos, pueden tener origen en el retraso de las autorizaciones administrativas y/o entregas de los terrenos, incidente geológico, mala estimación del contexto local, o falla de algún proveedor -contratista. Este puede provenir también de una estimación baja de los costos de obra y de equipo o de un cambio en la definición inicial del proyecto a solicitud de la autoridad pública.

Los factores de riesgo en la concepción en el marco del partenariado público –privado en donde la recuperación y la remuneración de los financiamientos recaen principalmente sobre los beneficios futuros, se debe resistir a la tentación de la mal denominada innovación tecnológica. En efecto, el empleo de una tecnología no probada conlleva riesgos de lanzamiento por falta de capacidad, de dificultad de operación, que pueden incluso plantear problemas de compatibilidad o de desempeño que podrían resultar fatales.

Se recomienda la prudencia necesaria en el empleo de nuevas tecnologías, que no deben llevar al rechazo de la innovación tecnológica, pues esta es parte integrante de la realización de una concesión cuando al recurrir a una u otra tecnología innovadora, es el único medio para realizar una obra o bien permite una baja significativa en los costos y en las cuotas.

El factor de riesgo de una buena ejecución, proviene a la vez del riesgo tecnológico y de la capacidad del constructor para realizar la obra. Este riesgo puede llevar tanto a un riesgo de retraso como de sobre costo, ya que este puede estar ligado a la incapacidad del constructor de garantizar el buen desarrollo del proyecto, pero también a otros factores de interacción entre los diferentes actores.

El riesgo de interfaz, se presenta, cuando en el proyecto intervienen varios constructores, ya sea por unión temporal o por subcontratación en donde cada uno de ellos, responden por el riesgo que asumen en la ejecución de su cuota parte contractual. Existen riesgos imprevisibles ligados a las condiciones exteriores en las que se ubica la infraestructura del proyecto

concesional tales como aquellos relativos a las condiciones climatológicas y a las condiciones del subsuelo etc.

3.1.1.2. Los riesgos económicos financieros. Los riesgos económicos están ligados al montaje del proyecto, y su consecuencia es que generaría un sobre costo o retraso y por ende un aumento en el costo del proyecto y una pérdida de rentabilidad económica del conjunto. Estos riesgos son los siguientes:

a. Los riesgos ligados a los parámetros financieros de referencia del contrato, que comprende el riesgo de indexación, que se presentan en los contratos de tracto sucesivo de largo plazo, cuyo precio no es fijo, pero está indexado a parámetros económicos como es el índice de precios al consumidor, al índice de precios al productor o al índice de precios al constructor etc. Por su parte el riesgo de tasa de interés surge, cuando el funcionamiento establecido para el periodo de construcción es de tasa variable; y el riesgo cambiario se presenta cuando los gastos y los ingresos se efectúan en divisas diferentes.

b. El cumplimiento de los compromisos y el refinanciamiento. El riesgo de refinanciamiento puede surgir cuando estos están garantizados por el periodo de ejecución de las obras, y se materializa si al finalizar el periodo, el proyecto no puede acceder a financiamientos a largo plazo para tomar el relevo de los que se vencen.

Por su parte, el riesgo de contrapartida puede surgir no sólo de una mala evaluación de la capacidad financiera del constructor, sino también de una mala evaluación de los subcontratistas, y esto puede traer como consecuencia que el constructor se vea en la

imposibilidad de cumplir con sus obligaciones contractuales, lo que llevaría a un riesgo de retraso.

### **3.1.2. Los riesgos durante la fase de operación.**

Una vez construida la infraestructura para la prestación del servicio de transporte e instalada la red de operaciones, es decir, culminada la etapa de formulación e iniciada la implementación del proyecto, viene la etapa de ejecución del mismo- igualmente denominada fase operativa-, en el que se pueden presentar riesgos que recaen sobre los costos de operación, siendo este mas grande en cuanto se extiende durante todo el horizonte o plazo del proyecto, lapso durante el cual no puede garantizarse la precisión de las previsiones. Los riesgos durante la etapa de ejecución u operación del proyecto son los siguientes:

3.1.2.1. El riesgo sobre el ingreso, que se puede clasificar en riesgo de frecuencia puro y en riesgo de precio. El primero, es característico de los proyectos de infraestructura principalmente para las obras de transporte totalmente nuevas, en tanto es mayor que en el mejoramiento, rehabilitación y mantenimiento de infraestructura existente, sobre todo si la obra o servicio esta en competencia con otros gratuitos o cuyo uso es menos oneroso. Esto genera caída en los ingresos, y es lo que denominamos riesgos directos de caída de los ingresos indirectamente ligados al nivel de la demanda y a la elasticidad del precio.

Los ingresos por si solos, sin aumento de los costos de operación, pueden entonces resultar insuficientes y puede deberse a varias causas como las siguientes: Desempeño del operador o

de algunos proveedores, interrupción del servicio, huelga, fallas técnicas, falta de pago, total o parcial de los subsidios, falta de abastecimiento de insumos dentro de las condiciones del contrato de concesión, falta de pago del concesionario a los operadores cuando la orden del pago por transferencia la hace un concesionario recaudador por orden del concedente.

3.1.2.2. Los riesgos de aumento en los costos de operación. Durante la ejecución del proyecto, los costos de operación también pueden aumentarse, por muchos factores que pueden intervenir tales como: Gestión menos rentable de lo previsto, omisión o subestimación de alguna categoría de costos, aumento en el precio de las materias primas o de ciertas compras, imprevistos climatológicos excepcionales, subestimación de los costos de conservación, de mantenimiento mayor y de renovación del equipo, aumento del monto entregado al concedente sin una contrapartida, o bien de mayores exigencias del poder público, y subcontratación de una parte de la operación lo que pudiera crear riesgo de interfaz.

3.1.2.3. Los riesgos financieros. Se presentan de la misma manera que en la fase preoperativa, en tanto los riesgos de tipo de cambio y de tasas de interés se mantienen entre mas elevado sea el plazo del contrato y de los reembolsos. En cuanto al riesgo de indexación, los contratos de operación son negociados en valor constante y revaluados a una tasa periódica mensual, bimensual, semestral o anualmente.



### **3.1.3. Los riesgos permanentes según el entorno en que se ejecuta el contrato de concesión.**

Estos riesgos no son atribuibles a las partes del contrato, sino al hecho de un tercero; pero pueden tener impacto y repercusiones financieras y comerciales sobre socios privados, así como repercusiones en el desempeño del servicio y sobre los costos del proyecto para la autoridad pública concedente.

3.1.3.1. Los riesgos de fuerza mayor y caso fortuito. Hace relación a hechos imprevisibles e irresistibles, como circunstancias naturales, un terremoto, deslizamiento, derrumbe, la prohibición de los permisos de trabajo para expertos extranjeros por parte de las autoridades nacionales, etc. Ello conduce a la disminución de ingresos y a la interrupción en la prestación del servicio.

3.1.3.2. Los riesgos macroeconómicos. Están determinados por el entorno económico nacional o internacional, por ejemplo las crisis financieras en América del sur y en Asia han mostrado las consecuencias de la caída de las divisas y tienen repercusiones directas sobre la rentabilidad de los proyectos.

3.1.3.3. Los riesgos jurídicos. Se puede presentar por el incumplimiento de la legislación local, debido a cambios repentinos por reformas a la ley vigente al momento de formular, implementar e iniciar las operaciones en disciplinas como: Derecho mercantil, bancario, fiscal, medio ambiente, la legislación específica al sector de actividad, los recursos jurídicos, en lo particular las cláusulas de arbitraje.

#### **3.1.4. Los riesgos específicos para el socio privado.**

El operador privado corre riesgos inherentes al negocio o actividad concesionada, que se conocen como el riesgo político a saber:

- a) Expropiación, nacionalización, decomiso y embargo;
- b) Cambio en las prioridades gubernamentales, legislación retroactiva, cambio del contexto institucional;
- c) Incapacidad de transferencia o de convertibilidad de los ingresos de un proyecto;
- d) El incumplimiento de la autoridad pública de los compromisos particulares o específicos asumidos con el fin de favorecer el partenariado, tales como las obligaciones contractuales de la autoridad concedente pública para con un concesionario privado para hacer posible la realización y el funcionamiento de la concesión, su funcionamiento, su respaldo por los aseguradores.

Estos compromisos pueden ser: La libre aplicabilidad de las tarifas, los compromisos de no competitividad, el otorgamiento a tiempo de todos los permisos y autorizaciones administrativas necesarias, la puesta a disposición de la infraestructura y de la red, la puesta a disposición de los terrenos, la no interferencia en la realización, el financiamiento o la

operación, y la indemnización en caso de compra o de rescisión unilateral sin que haya culpa del operador privado.

### **3.1.5. Los riesgos específicos para el poder público o ente concedente**

El poder público al confiar la operación del servicio de transporte, corre el riesgo de que se cree un monopolio privado que puede desbordarse y no tener en cuenta los principios de base del servicio público, tales como: Continuidad, adaptabilidad, transparencia e igualdad de acceso par todos. Frente a lo anterior, el poder público tendría que enfrentar los siguientes riesgos: Riesgos de interrupción de los trabajos y servicios; de sobrecostos; políticos en lo que concierne a los ciudadanos y a los usuarios; de recuperación del proyecto; de falta de desempeño; de imposibilidad de reemplazar al concesionario, y riesgos de congelamiento de las opciones futuras de acondicionamiento o de desarrollo.

### **3.1.6. Atenuación de los riesgos.**

Estos se pueden limitar, y los riesgos residuales que son aquellos imposible de prever se pueden distribuir de manera óptima. Los principios que permiten limitarlos en un contrato de concesión y que deben respetarse son los siguientes:

3.1.6.1. Expedición de un entorno jurídico reglamentario sólido y estable. El marco legal debe armonizarse para la regulación de los contratos de concesión en distintas generaciones, hasta llegar a la elaboración de plataformas jurídicas comunes.

3.1.6.2. Prever la flexibilidad, en cuanto a la renegociación de los contratos, ingresos mínimos, plazo del contrato etc.

3.1.6.3. Licitaciones con transparencia. Las reglas de la licitación y los criterios de decisión deben ser lo mas objetivo posible, de tal manera que se pueda asociar a los eventuales competidores a la redacción de los pliegos de condiciones definitivos, así como la necesaria asesoría que debe recibir la autoridad pública de los profesionales estructuradotes jurídicos, financieros y técnicos del proyecto.

3.1.6.4. Exigencia de una garantía a una entidad financiera, con el fin de asegurar los recursos para invertir en el proyecto, es decir, el futuro concesionario de garantizarle al Estado que cuenta con los recursos para financiar el proyecto.

### **3.2. La Limitación de los riesgos en la fase formulación:**

a) La elaboración de una buena definición técnica que permita evitar cambios durante la realización del proyecto;

b) Acudir a una tecnología ya probada;

c) Recurrir a un consorcio que agrupe a contratistas con una competencia técnica y una solidez financiera reconocidas;

- d) Utilizar el procedimiento de los contratos llave en mano y con precios y plazos globales;
- e) Establecer instrumentos de tasa fija o estabilizada por instrumentos de cobertura y cubriendo a la vez el periodo de construcción y el de operación;
- f) Controlar en lo posible el riesgo de cambio tanto en la etapa de construcción como en el de operación;
- g) Instaurar una comunicación fluida con los futuros usuarios del proyecto con el fin de tomar en cuenta sus preocupaciones.

### **3.3. La Limitación de los riesgos en la fase de operación.**

Reduce sustancialmente los riesgos en la fase de operación las siguientes previsiones:

- a) Recurrir a un operador experimentado y con solidez financiera suficiente que sea capaz de garantizar al concesionario y a los prestamistas los costos de operación;
- b) Haber realizado varios estudios de sensibilidad sobre los parámetros fundamentales del proyecto y optar por el montaje que más ventajas económicas, financieras y sociales suministre, con un mínimo de riesgos;
- c) Desarrollar una acción de comunicación eficaz y profunda con los clientes-usuarios y con la empresa civil;

d) Prever en las tarifas cláusulas de indexación y negociar entre los diferentes actores garantías de cambio;

e) Negociar entre el consorcio –concesionario y el concedente y las autoridades de tutela, las cláusulas de estabilidad legal y contractual, cláusulas de renegociación que permitan a un contrato de un plazo grande la adaptación a las evoluciones ( aumento de los costos, baja de los ingresos); cláusulas de indemnización, en caso de un cambio en el marco legislativo reglamentario por rescisión de la concesión; que los aseguradores nacionales, multilaterales o privados especializados cubran en sentido amplio el riesgo político de inversión; repartir el mercado entre varios operadores, lo que permite tener referencias y reducir el riesgo político ampliado.

### **3.4. La Asignación o adecuada distribución de los riesgos.**

Los riesgos se pueden limitar y reducir, pero es imposible que estos desaparezcan totalmente. De allí que los riesgos residuales, es decir, aquellos que aparecen luego de haber previsto todos los posibles deben ser asumidos por el socio mas apto para controlarlos, así:

**3.4.1. Asignación de los riesgos en la fase de concepción construcción.** Los riesgos de sobrecostos y de retraso, deben ser asumidos por el concesionario, ya que es el mas apto para controlar este riesgo. El constructor deberá garantizar la entrega de la obra dentro de los plazos y presupuesto previstos. Los accionistas del proyecto, también deben asumir, tales como la garantía de los préstamos de los accionistas durante la construcción, el financiamiento de los

sobrecostos por los accionistas, ya sea por un aumento del capital o por un financiamiento temporal por parte de los accionistas bajo la forma de deuda subordinada al reembolso previo de sus préstamos.

El riesgo de interfaz y de subcontratación debe ser asumido por el constructor, ya que puede controlar a los subcontratistas, y el riesgo de contrapartida debe asumirlo el constructor, ya que este depende de su capacidad financiera que está avalada por garantía bancaria. El riesgo de indexación, de tasas de interés y el cambiario, debe ser asumido por los accionistas y los prestamistas debido a que son los que tienen conocimiento para la negociación de acuerdo a las fluctuaciones del mercado.

**3.4.2 La asignación de los riesgos en la fase de operación.** Es un riesgo de frecuencia pura, de volumen y de precio, se reparten entre accionistas del proyecto, los operadores privados y el poder público concedente; sin embargo cuando el riesgo es muy alto y se requiere la implementación de una política pública con grandes dividendos sociales, pueden ser asumidos por el Estado a través de una garantía mínima de ingresos.

El riesgo de aumento de los costos de operación o de baja de los ingresos, pueden ser asignados en principio a los operadores, pero si se asignara a los usuarios y al concedente, debe establecerse una fórmula financiera que estructure el riesgo, de tal manera que se asigne en una justa circunstancia de equilibrio.

Los riesgos financieros de contrapartida debe ser asumidos por los operadores, accionistas, compradores, proveedores, mientras que el riesgo de indexación debe ser asumido a todos los agentes del sistema concesional con una misma fórmula financiera, pero el riesgo de tasa de interés debe ser asumido por instrumentos financieros, y el riesgo de cambio al ser un riesgo político soberano debe ser asumido por la entidad pública concedente.

Por último, es necesario precisar que los riesgos indirectos permanentes ligados al contrato, deben ser asumidos por la partes, al punto de no pérdida, mientras que los riesgos macroeconómicos deben ser asumidos por la autoridad pública concedentes. Así mismo, el Estado concedente debe asumir los riesgos jurídicos cuando haga uso del hecho del príncipe, si con ello se altera el equilibrio financiero del contrato en contra del concesionario, mientras que los riesgos jurídicos residuales al no poderse prever hace parte de aquellos derechos disponibles sobre los cuales se pueden establecer cláusulas de arreglo directo o arbitrales.



## **CAPITULO SEGUNDO.**

### **ESTRUCTURA JURIDICA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO URBANO.**

Los esfuerzos que se hacen en Colombia para que los proyectos de concesiones sean contratados y ejecutados de una manera transparente, adecuada y oportuna, están dirigidos a lo jurídico y en especial al proceso de licitación. El área técnica y en particular la de gerencia del proyecto e interventoría durante las fases de estructuración, diseño y ejecución han recibido poca atención, lo que hace que en Colombia estas áreas tengan desarrollo pobre y constituya el motor de ineficiencias, baja calidad y proclive a la corrupción.

Un proyecto de inversión, puede ser sencillo pero también complejo como el de desarrollar un sistema de transporte masivo para una ciudad y sea cual fuere el proyecto, este debe tener un objetivo definido, que debe lograrse dentro de un plazo y con un costo determinado en condiciones de sostenibilidad y estabilidad del proyecto en los términos inicialmente previstos.<sup>22</sup>

Es por ello que a continuación, señalaremos las principales fases tanto legales como técnicas y financieras para la preparación, ejecución y liquidación de un contrato de concesión cuyo objeto sea la prestación del servicio de transporte masivo urbano, y que fueron tenidas en

---

<sup>22</sup> BOTERO, José Fernando. Gerencia de proyectos y control. Gestión en proyectos de infraestructura, en Revista de Derecho Público No. 14, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, págs 165-192.

cuanta por la Empresa Transmilenio S.A, al momento de estructurar sus contratos de concesión para la operación del Sistema.

## **A. EL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONCESIONAL Y LA PREPARACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.**

El Estado acude a la institución del contrato de concesión, como técnica para obtener de los administrados la colaboración necesaria en el cumplimiento de las funciones que le son propias. En la formación de todo contrato estatal, se advierten etapas de actos preparatorios, actos constitutivos y actos de perfeccionamiento o confirmatorios.

En esta oportunidad, se trata de la preparación de un contrato especialísimo, por su objeto, por su forma de ejecución, por su financiamiento, plazo, regulación y por la destinación que tiene de satisfacer una necesidad pública, como la de prestar un servicio público de transporte masivo urbano local, con el desafío de modernizar un nuevo modelo de gestión en donde existe una sinergia entre lo público y lo privado, es decir, el interés público regulado por un ente estatal y el privado ejecutor del proyecto que previa garantía de una inversión con rentabilidad le apuesta a una política pública estatal.

Este tiene una triple función; de una parte la responsabilidad del Estado de implantar políticas públicas para solucionar problemas sociales y de la comunidad en términos de eficiencia; de otra parte, la satisfacción de las necesidades de movilidad de los usuarios del servicio; y por último, la utilidad en términos de rentabilidad que recibe el concesionario privado al tiempo

que le colabora al Estado y a la comunidad en la consecución de los fines que le son propios. De allí que procedamos a estudiar y analizar los principales pasos para la elaboración, adjudicación, suscripción y ejecución de contrato de concesión cuyo objeto se la explotación y prestación de un servicio público de transporte masivo, moderno y urbano.

## **1. Preparación del contrato y procedimiento de selección del contratista**

De acuerdo al artículo 32 de la Ley 80 de 1993, *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

*4.- Contrato de concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.*<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública”.

En el contrato de concesión existen dos partes, de una la autoridad pública concedente que pueden ser cualquiera de las establecidas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 así: *ARTICULO 2o. DE LA DEFINICION DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PUBLICOS.*

*Para los solos efectos de esta ley:*

*1o. Se denominan entidades estatales:*

*a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

*b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.*

*2o. Se denominan servidores públicos:*

*a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.*

b) *Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.*

*3o. Se denominan servicios públicos:*

*Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.*

*PARAGRAFO. Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades.*

De otra parte, los concesionarios pueden ser los distintos sujetos contractuales previstos en los artículos 6 y 7º del estatuto contractual, así: *ARTICULO 6o. DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales .*

*Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más.*

*ARTICULO 7o. DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. Para los efectos de esta ley se entiende por:*

1. *Consortio: 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 desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.*

2. *Unión Temporal: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.*

*PARAGRAFO 1o. Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.*

*Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.*

*PARAGRAFO 2o. Para efectos impositivos, a los consorcios y uniones temporales se les aplicará el régimen previsto en el Estatuto Tributario para las sociedades pero, en ningún caso, estarán sujetos a doble tributación.*

*PARAGRAFO 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.*

Así mismo, los contratos de concesión por ser de aquellos en donde de por medio está el interés general de la comunidad en la ejecución del objeto del mismo, se aplica el artículo 14, numeral 2º que hace obligatoria las cláusulas excepcionales al derecho común, en donde con el fin de restablecer la legalidad quebrantada e evitar la paralización de la obra o la prestación del servicio, la autoridad pública concedente puede tomar decisiones unilaterales previa garantía del debido proceso al concesionario; así como también una vez vencido el plazo del contrato, el concesionario deberá revertir al Estado concedente los bienes afectados a la ejecución del objeto de la concepción, de conformidad con la norma en comento que dispone:

*“ARTICULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

*1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.*

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

*Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.*

*20. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión”.*

La selección del concesionario siempre se hará por el procedimiento de licitación pública, ya que debido al plazo del contrato y la complejidad del objeto contractual no es posible adjudicar el contrato por el procedimiento de contratación directa, como tampoco por declaración de urgencia manifiesta. Es así como la licitación pública previa garantía de los principios constitucionales de la función administrativa prevista en el artículo 209 de la Carta Política, y de los principios legales contractuales previstos en la ley 80 de 1993 de libre concurrencia, selección objetiva, transparencia, responsabilidad, debe seleccionar al oferente o proponente mas favorable, es decir, el que consulte de mejor manera los intereses de la autoridad pública.

De allí, que el artículo 30, numeral 12, parágrafo del estatuto contractual establezca que *“Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos*



*técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública”.*

### **1.1. Estudios y evaluaciones previas.**

El proceso selectivo del concesionario, debe estar precedido de unos estudios y evaluaciones previas, ya que el éxito del futuro negocio jurídico depende de la debida planeación que proyecte y realice la autoridad pública contratante, y tales requisitos previos son los estudios jurídicos y técnicos, la existencia de la disponibilidad presupuestal y el estudio político, y las licencias requeridas.

El estudio técnico comprende los análisis técnicos del proyecto sobre las especificidades del objeto del contrato, esto es las condiciones de prestación del servicio, el contenido y magnitud de la infraestructura del transporte, estaciones, condiciones de recaudo, frecuencia de rutas, características de los buses, estudio de la demanda y la garantía de los ingresos mínimos.

Así mismo, el estudio técnico comprende el análisis jurídico sobre las condiciones y requisitos para la presentación, evaluación, adjudicación de las propuestas; ejecución y liquidación del contrato; así como la exigencia de permisos y autorizaciones previas, tales como las licencias ambientales, de construcción, de importación de articulados y demás equipos, el registro de la propiedad industrial y de derechos de autor sobre los bienes, marcas, diseños industriales y programas de sistemas de información electrónica; y finalmente las condiciones generales y especiales del contrato de concesión, de tal manera que se realice una adecuada distribución de riesgos, se prevean los mecanismos de solución de conflictos, ya sea por compromiso o

cláusula compromisoria para solucionar las controversias por tribunales de arbitramento, árbitro único o arbitramento técnico.

El estudio financiero para la estructuración del futuro contrato de concesión de establecer las condiciones de financiación del proyecto, la inversión a realizar, los flujos negativos y positivos del proyecto, la garantía de ingresos mínimos si las hubiere, las aleas comerciales y financieras del contrato.

De allí, que todo contrato de concesión antes de suscribirse y de ordenar la apertura de la licitación, debe contar con los estudios de necesidad, oportunidad o conveniencia técnica de la obra, prefactibilidad, factibilidad, diseños, planos, anteproyectos, proyectos, estudios de cantidades de obra e infraestructura, de tal manera que la implementación del proyecto cuente con una ejecución racional de los trabajos públicos para evitar costosos fracasos causados por improvisaciones de las entidades públicas.<sup>24</sup>

## **1.2. La Disponibilidad presupuestal y la garantía de financiación del proyecto.**

Cuando el Estado tiene previsto realizar aportes en la construcción de la infraestructura, o en cualquier otro componente de la concesión, debe contar con el certificado de disponibilidad presupuestal, cuyo fundamento lo encontramos en las apropiaciones que hace la ley, las ordenanzas o los acuerdos municipales o distritales de los presupuestos de las entidades públicas, para financiar sus planes de desarrollo económico y social.

---

<sup>24</sup> ESCOBAR HENRRIQUEZ, Alvaro B. El Contrato estatal de obra. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, pág. 130.

Al efecto las disponibilidades presupuestales, pueden ser parciales, esto es que un ente territorial expida el certificado de disponibilidad presupuestal por el monto que le corresponde, y el ente nacional expida el certificado de disponibilidad por su porcentaje de cofinanciación del proyecto, cabiendo la posibilidad de expedir certificados de disponibilidad presupuestal con cargo a vigencias futuras, esto es, que los contratos cuya financiación están sometidos a varias vigencias fiscales, las autoridades nacionales o territoriales de hacienda pública<sup>25</sup>, se comprometen a incluir en los proyectos de ley, ordenanza o acuerdos que aprueban el presupuesto las partidas en cada vigencia fiscal para la financiación de la concesión, debido a que los presupuestos públicos son de iniciativa del ejecutivo en los distintos niveles de la administración pública.

De otra parte, la financiación a cargo del futuro concesionario debe estar estructurada en el proyecto, de tal manera que la entidad estatal o autoridad pública en los pliegos de condiciones exijan a los oferentes la garantía de la financiación del proyecto a través de créditos o de otros mecanismos, tales como la inversión de capitales de riesgos, de tal manera la concesión tenga la financiación durante la vida o plazo de la misma.

Una adecuada estructuración financiera del proyecto de concesión asegura la estabilidad y el éxito de la concesión, ya que el usuario espera la satisfacción de una necesidad a cargo de tarifas razonables y sostenibles financieramente, el concesionario busca recuperar su inversión con la utilidad proyectada, y la administración pública además de garantizar la eficiencia en la prestación del servicio y satisfacer al usuario, espera el éxito durante el horizonte del proyecto y la reversión al final del mismo.

---

<sup>25</sup> Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y/o Secretarías de Hacienda Departamentales, Municipales o Distritales.

### 1.3. El estudio político.

Consiste en el análisis de la oportunidad y la conveniencia de la contratación de la concesión. Esto no quiere decir, que tenga intereses partidistas, particulares y subjetivos, sino que por el contrario el proyecto responda a los intereses plasmados por los gobiernos y administraciones en sus planes de gobierno, teniendo en cuenta que además deben analizar los entornos políticos nacionales, regionales y locales para evitar riesgos financieros, de tipo de cambio, de tasas de interés y el riesgo país. Este entorno está determinado por las consecuencias que puede generar el orden público interno los efectos de una negociación de paz etc.

Una vez se realizan los estudios y se acompañan los requisitos previos, la entidad pública debe proceder a elaborar los pliegos de condiciones, que son actos administrativos expedidos por la autoridad pública cuyos destinatarios son los interesados en la concesión estatal, de tal manera que previa sujeción y sometimiento a las exigencias públicas presenten su oferta o propuesta, con el único objetivo de demostrarle al Estado que la suya es la mas favorable a la conveniencia pública y este proceda a adjudicársela.<sup>26</sup> Los pliegos de condiciones tienen las siguientes características:

a) Es un acto administrativo unilateral, sujeto al régimen general del derecho administrativo, cuyo sujeción a la ley está determinada por los principios y reglas de la contratación estatal;

b) Es un acto administrativo motivado

---

<sup>26</sup> SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación administrativa. Ediciones Librería El profesional, Bogotá, 1994, p. 131.

c.) Es una convocatoria o invitación pública para que los interesados presenten sus propuestas, sin que constituya una oferta como tampoco de un contrato, pero una vez ordenada la apertura de la licitación pública, tiene fuerza vinculante ya que necesariamente debe culminar con adjudicación del contrato o declarada desierta la licitación, previa verificación de las causales previstas en la Ley.

d) El pliego contiene las condiciones a las cuales debe someterse el oferente y el contenido del futuro contrato.

e) El pliego de condiciones, junto con los demás documentos pre-contractuales, la oferta y las regulaciones legales especiales, contiene el marco jurídico del futuro contrato.<sup>27</sup>

f). El pliego de condiciones, constituye un elemento importante para la interpretación del contrato estatal, de tal manera que adjudicada la licitación y suscrito el contrato, el pliego de condiciones forma parte del mismo y tiene importancia en su interpretación, ya que es la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes contratantes, tanto del concedente como del concesionario, a la cual hay que acudir para resolver todas las controversias que se promuevan durante el transcurso de la licitación, como después de adjudicada y durante la ejecución del contrato.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de la Contratación, tomado de Gustavo Humberto Rodríguez, Nuevos contratos estatales, Ed. Librería Wilchez, 1994, pág. 313.

<sup>28</sup> Op. Cit, pág. 313.

#### **1.4. Resolución de apertura de la licitación pública.**

Es un acto administrativo, que expide el representante legal de la entidad concedente o el funcionario del nivel directivo en el que este haya delegado, en la que con la debida motivación, la administración expresa la voluntad de contratar y ordena iniciar el proceso selectivo. Dicha resolución de apertura, contiene la fecha en la cual se debe iniciar el proceso licitatorio, ordenando la publicidad del proceso para garantizar la transparencia en las actuaciones de la administración y la igualdad de oportunidades.

Esta publicidad se hace a través de los medios masivos de comunicación, para que los interesados presenten sus propuestas, a través de la publicación de dos o tres avisos, con intervalos entre dos y cinco días calendarios en diario de amplia circulación del lugar donde se encuentre domiciliada la entidad estatal o en su defecto en otros medios de difusión social con igual capacidad de circulación. Esta publicidad debe hacerse dentro de los diez a veinte días calendarios anteriores a la apertura de la licitación.

#### **2. La Adjudicación del contrato de concesión.**

La adjudicación del contrato, es el acto administrativo definitivo mediante el cual, la administración pública define con cuál de los oferentes o licitantes va a contratar, pues este acto no es discrecional, sino que por el contrario es completamente reglado y unilateral. La

entidad no tiene libertad para seleccionar el contratista, sino que debe hacerlos según las reglas del pliego de condiciones.<sup>29</sup>

En principio, la adjudicación del contrato debe sujetarse al orden de legibilidad resultante de la evaluación de las propuestas en orden descendente, siempre que sean favorables y ventajosas para los intereses de la administración pública concedente, mediante decisión motivada, prohibiéndose la revocatoria del mismo.

### **3. Suscripción, legalización, perfeccionamiento, ejecución y liquidación del contrato de concesión.**

Al referirnos a la debida preparación, selección, y suscripción de los contratos estatales, estamos haciendo mención al principio de las relaciones especiales de sujeción que existen entre los sujetos contractuales ya como servidores públicos o como particulares y el Estado.

En desarrollo de éstas especiales relaciones, encontramos que si la Administración realiza conforme a derecho la fase o etapa precontractual, habrá asegurado la legalidad del contrato; ya que de una parte el contrato no estará incurso en causal de nulidad, o en causal de nulidad de alguno de los actos administrativos previos al contrato que más tarde permita la terminación unilateral del mismo; sino que también blinda de seguridad jurídica los actos de los sujetos

---

<sup>29</sup> BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, Tomo II, la ley, Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, 1980, p. 205.

contractuales, de tal manera que no se incurra en faltas disciplinarias, como tampoco en algún delito de celebración indebida de contratos<sup>30</sup>.

Es por ello, que planteamos la necesidad de profundizar sobre el contenido y alcance de cada uno de los institutos de la fase precontractual, que va desde la aplicación de las normas principios y reglas de contratación, como la ejecución de cada una de las actuaciones administrativas. El primer problema que debe enfrentar el contratante público luego de identificar la solución a la necesidad que debe satisfacer, es establecer bajo qué condiciones, términos y procedimientos debe contratar, teniendo en cuenta que en razón al objeto del contrato, a la cuantía, a circunstancias de excepción o en atención a la naturaleza jurídica del contratante o contratista existen múltiples regímenes de contratación.

## **B. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LAS PARTES FRENTE AL CONTRATO DE CONCESIÓN.**

La Administración se presenta como entidad concedente y el carácter de concesionario recae sobre un empresario particular. En el caso del Sistema TransMilenio, existen sinergias entre distintas entidades públicas que intervienen, tal como el caso donde el IDU suscribe contratos de concesión para la construcción de la infraestructura del Sistema; la Empresa Transmilenio S.A, suscribe los contratos con los agentes privados, y el Distrito Capital de Bogotá garantiza a

---

<sup>30</sup> Op. Cit. Análisis de las acciones existentes en la lucha contra la corrupción en materia de contratación estatal. pp. 21.



los concesionarios la fórmula financiera de los contratos en caso de que se presenten los riesgos propios de la demanda y de la prestación del servicio.

Para la administración concedente surgen derechos y obligaciones respecto del particular concesionario, pero a la primera le surge una ubicación de preeminencia frente al concesionario cuando deba tomar acciones unilaterales para garantizar la prestación del servicio público de transporte, que en este caso, es el objeto de la concesión, sin perjuicio de los derechos del concesionario en cuanto a la recuperación de su inversión y la garantía de la utilidad inicialmente prevista, mientras no cambien las condiciones que motivaron a las partes a contratar <sup>31</sup>.

### **1. La posición jurídica de la administración concedente y del concesionario privado.**

Uno de los criterios de distinción entre el contrato estatal y los contratos de derecho privado, son las prerrogativas públicas de la administración o posición de privilegio frente al contratista estatal. Es una excepción a los contratos de derecho privado, ya que razones de orden público y de interés general dan lugar a que el Estado adquiriera legítimamente estas facultades, que de tenerlas las partes en el contrato de derecho privado serían ilícitas.

Estas potestades dan lugar a la ruptura al principio de igualdad de las partes, pues sabemos que en el contrato de derecho privado todas las controversias que surjan con ocasión y en

---

<sup>31</sup> VILLAR PALACI, La Eficacia de la concesión y la cláusula sin perjuicio de tercero, en Revista de Administración Pública, num. 5, 1951, pág. 204.

razón del contrato se resuelven por mutuo acuerdo o por resolución judicial; mientras que en el contrato estatal la administración igualmente puede resolver diferencias por mutuo acuerdo o por resolución judicial, pero en virtud de éstas prerrogativas públicas pueden tomar decisiones unilaterales que obligan al contratista particular.

## **2. Potestades y facultades de las administraciones públicas como sujetos concedentes en el contrato estatal de concesión para la prestación del servicio de transporte masivo urbano.**

Las prerrogativas públicas o cláusulas de privilegio, son aquellas cuya titularidad la tiene el Estado contratante, donde de manera unilateral toma decisiones que vincula al contratista particular.

La primera de ellas, son las cláusulas excepcionales al derecho común, tales como la caducidad administrativa, la terminación, modificación, interpretación unilateral y sometimiento a las leyes nacionales y la cláusula de reversión; sin embargo la administración contratante cuenta con otras facultades en las que asume una posición de privilegio frente al contratista particular, que merecen ser consideradas genéricamente como prerrogativas públicas, pero que específicamente son denominadas cláusulas de privilegio, ellas son:

Cláusula de garantías, cláusula de multas, y cláusula penal pecuniaria, declaración de incumplimiento para hacer efectiva la garantía y la liquidación unilateral del contrato; y por

último las atribuciones excepcionales que son la terminación unilateral del contrato en los casos de nulidad absoluta; y la atribución de la PGN de solicitar la suspensión de los actos, actuaciones y contratos estatales.

Estas encuentran justificación en el interés general, ya que en presencia de circunstancias que impidan la ejecución del contrato o que evidencien su paralización o la suspensión del servicio o el suministro del bien, se debe tomar las medidas para impedirlo. El interés público impone que ante el fracaso de la etapa del mutuo acuerdo, la administración pueda tomar la decisión de manera unilateral con e fin de remover los obstáculo que paralizaron la obra o condujeron a la interrupción de la prestación del servicio o el suministro del bien.

Es así, como la administración puede declarar la caducidad administrativa de un contrato, y contratar con otro contratista, intervenir el contrato para evitar que se paralice o suspenda; interpretarlo, modificarlo o darlo por terminado, así como la posibilidad de imponer multas, o hacer efectivas las garantías o la cláusula penal pecuniaria. En el ejercicio de las potestades o prerrogativas públicas, pueden presentarse conductas descritas como faltas disciplinarias, razón por la cual, cada una de ellas merecen especial análisis.

### **3. Régimen de exorbitancia del Estado en el contrato estatal de concesión.**

Las cláusulas excepcionales al derecho común derivan su nombre precisamente de su carácter extraño a los contratos de derecho privado, para llegar al escenario que le es propio, como son:

El artículo 14, numeral 2º del ECE, plantea que las entidades estatales pactarán cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilateral, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.<sup>32</sup>

Estas, se aplican en razón a la tipología y naturaleza jurídica del contrato estatal, y por ello podemos clasificarlas en: Cláusulas excepcionales obligatorias o presuntas; facultativas y prohibidas. Obligatorias, significa que debe necesariamente pactarse en todos los contratos cuyo objeto sea obra, atendiendo como tal aquellos que se celebren para la construcción, mantenimiento, instalación, realización de cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea su modalidad de ejecución y pago. Igualmente los contratos que tengan por objeto la realización de una actividad que constituya monopolio estatal, tales como los contratos que suscriban las licoreras, las empresas estatales que exploten actividades de suerte y azar.

Las cláusulas excepcionales además de lo que señale cada régimen especial de contratación, son facultativas en los contratos de suministro y en los de prestación de servicios. Los contratos de suministros, son aquellos para la provisión continuada de bienes y servicios a la administración durante el lapso que se establezca previamente, tales como el suministro de gasolina, mantenimiento, aseso vigilancia, insumos, papelería, útiles de oficina; mientras que los

---

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 11 de mayo de 1989, Exp. 1743, 1761 y 1884, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

contratos de prestación de servicios administrativos son aquellos en donde el contratista provee al Estado de actividades que requiere para su funcionamiento que pueden ser las mismas que están previstas para el personal de planta cuando se den los requisitos previstos en la Ley, y los contratos de prestación de servicios profesionales cuando sea en desarrollo de una profesión liberal y el Estado de manera esporádica o para un caso concreto requiere la asesoría profesional. En este caso las cláusulas son facultativas porque las partes están habilitadas o en completa libertad para pactarlos o no pactarlos, en razón a las condiciones especiales en que se debe ejecutar el contrato<sup>33</sup>.

Por último, las cláusulas excepcionales son prohibidas en aquellos contratos que conforme al ECE no admiten que se pacten, tales como contratos con personas jurídicas de derecho público de carácter internacional; contratos con personas u organismos de cooperación, ayuda y asistencia; contratos interadministrativos; Contratos de empréstito, donación, contratos para las actividades comerciales o industriales de las entidades estatales, excepto los obra, concesión, explotación de bienes, prestación de servicios públicos y ejercicio de actividad inherente al Estado; y los contratos de seguros y aquellos cuyo objeto constituyen el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de enero 29 de 1988, Exp. 3615. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>34</sup> PINO RICCI, Jorge. Régimen de Contratación Estatal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 185.

#### **4. Modificación de la relación concesional frente al objeto del contrato y el equilibrio económico o financiero del mismo.**

El principio de la ecuación contractual, o equilibrio económico y financiero del contrato según el contenido del artículo 27 del ECE, consiste en el mantenimiento de la igualdad o la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar. Si esta igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

De allí que las partes, podrán suscribir acuerdos y pactos sobre la cuantía, condiciones y forma de pago de los gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación presupuestal. La infracción al deber de restablecer el equilibrio financiero del contrato, o de abstenerse de hacerlo, constituye falta disciplinaria gravísima si se restablece la ecuación contractual ilegalmente o porque procediendo no se hace sin justificación alguna.

La administración de cumplir lo convenido en el contrato de concesión, los derechos que surgen para el concesionario se contraen a recibir la remuneración pactada y al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato<sup>35</sup>. Para conservar, el equilibrio financiero debe compensarse el ius variando de la propia en Entidad pública y cubrir la diferencia entre el rendimiento de las tarifas y el coste objetivo del servicio, por medio de subvenciones, cuando la prestación del servicio es deficitaria.

---

<sup>35</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo, octava edición, Bogotá, Editorial Temis, 1985, pág. 322.

Pero si la prestación del servicio es rentable y las tarifas autosostenibles, el Estado no debe conformarse solamente con la prestación del servicio a través de la concesión, sino que debe procurar también participar en la rentabilidad del negocio, en un porcentaje razonables, que no solo cubra los costos que haya asumido para poner a operar el servicio, sacrificando los costos en que incurran que sean necesarios en razón a decisiones de tipo político ya sean nacionales o locales.

La administración fija las tarifas que han de abonar o cancelar los usuarios, con el fin de satisfacer los intereses económicos del concesionario y que fueron previamente pactados, y se constituye en un mecanismo interno de financiamiento de las inversiones realizadas por el empresario privado, que no tiene porqué soportar la pérdida del poder adquisitivo de su inversión, y que a partir de la actualización financiera de su dinero debe obtener su utilidad.

Para la fijación de la tarifa, la administración debe tener en cuenta, además de lo anterior, la rentabilidad empresarial esperada del inversionista, la capacidad de pago de los usuarios, y la asunción de los precios políticos, que aparejan subvenciones o beneficios a favor del concesionario.

La técnica subvencionadora puede consistir en el otorgamiento de cantidades de ayudas públicas, tales como medidas de fomento, anticipos, exenciones tributarias, garantías de intereses, rendimiento económico de capital invertido por el concesionario, cláusula de no mejores condiciones cuando se presenten concesiones concurrentes de un mismo servicio,

cláusula de preferencia del concesionario frente a terceros que en igualdad de condiciones estén interesados en nuevas concesiones, cláusula de exclusividad, en cuanto la administración se obligue a no otorgar nuevas concesiones sobre el mismo objeto.

En desarrollo del principio del equilibrio económico del contrato, la administración debe restablecer las cargas económicas, mediante la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al concesionario por rescate de la concesión (reversión anticipada), o por supresión del servicio, o cuando por cualquiera otra situación administrativa que, ante el ejercicio de poderes exorbitantes del ente público se vean lesionados los intereses económicos del contratista.<sup>36</sup>

Los concesionarios tienen obligaciones principales y accesorias: La primeras, son el cumplimiento y ejecución del contrato, que comprende la gestión del servicio público bajo un régimen de derecho público, salvo lo atinente a su organización y funcionamiento interno donde aplicará el derecho común de los particulares; de acuerdo a los plazos previstos, regularidad, adaptabilidad, continuidad, igualdad de condiciones para todos los usuarios del servicio.<sup>37</sup>

Los contratos de concesión, son adjudicados en razón a las condiciones especiales del concesionario, a través del procedimiento de licitación pública, y por ello no es posible en principio cederse a trasladarse a un tercero, salvo expresa autorización previa del concedente público. Las obligaciones principales del concesionario, son las de ejecutar el objeto del

---

<sup>36</sup> SAYAGUES LASO, Enrique. T.II, Ed. Cit. Pág. 43; J.A GARCIA TREVIJANO-FOS, Aspectos de la Administración económica; en Revista de Administración Pública, número 12, 1953, pág. 53.

<sup>37</sup> SAYAGUES LASO, ob. Cit. Págs. 49 y ss.



contrato, que este se ejecute dentro del plazo previsto; y que se ejecute de acuerdo a las especificaciones y estipulaciones determinadas por la administración en el pliego de condiciones y por las partes en el contrato de concesión.

Las obligaciones accesorias del concesionario se contraen a la conservación del patrimonio estatal y privado afectado a la ejecución del contrato, a la prestación del servicio, y a asumir la responsabilidad frente a terceros por los daños que ocasionen en desarrollo de la concesión con la solidaridad del Estado, desde luego, caso este último en el que el Estado puede repetir cuando contra el concesionario cuando quien responda sea el Estado como garante de los bienes de los terceros afectados.

El concesionario debe crear la empresa concesionaria, como infraestructura con principios de organización y funcionamiento propios para la debida prestación del servicio. Así mismo, el concesionario tiene el deber de conservación de los bienes, como garantía de continuidad en la prestación del servicio una vez se reviertan los bienes, la infraestructura y la operación afectada a la prestación del servicio.

El empresario debe además, asumir la responsabilidad por la ejecución defectuosa del servicio o por perjuicios que se causen a los usuarios o a terceros, lo que se fundamenta en la estipulación “sin perjuicio de un tercero” propia del régimen concesional, y solo se exonera de esta obligación si la orden proviene directamente de orden impartida de la administración<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> VERA JURADO, S.J. “El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público”, e Revista de Administración Pública, No. 49, enero –abril 1986, págs. 218 y 230.

Así mismo, el concesionario tiene la obligación de soportar las modificaciones del contrato, ya que la autoridad concedente u otorgante por razones de interés público, puede introducir modificaciones en la prestación del servicio, ya sea en cuanto a la forma de gestión o a las tarifas que abonan los usuarios. Tales facultades, tienen fundamento en las potestades exorbitantes de la administración, como salvaguarda del interés público comprometido en la concesión.

El ejercicio del *ius variandi* de la administración concedente, constituye una excepción al principio de la inalterabilidad o inmutabilidad de la relación contractual, y aunque el concesionario debe obedecer las modificaciones introducidas por la administración, esto debe hacerse con el restablecimiento del equilibrio financiero si fue afectado. De allí, que las potestades de exorbitancia han de ser ejercidas atendiendo a criterios de razonabilidad, proporcionalidad, oportunidad, necesidad y conveniencia pública.

La contraprestación a la atribución del Estado de ejercer potestades excepcionales, es el principio del equilibrio financiero del contrato introducido en Colombia por el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, pero en Francia por la jurisprudencia contenciosa administrativa, que es definida como una ecuación costo beneficio, determinada por factores que conducen al contratista a interesarse por el equilibrio del contrato, manteniéndose la utilidad, la reciprocidad y el equilibrio en las prestaciones inicialmente pactadas.

El equilibrio financiero puede alterarse por el surgimiento de circunstancias extraordinarias, anormales, imprevisibles, que surgen con posteridad a la celebración del contrato de concesión de acuerdo a la teoría de la imprevisión, bien por medidas que provienen del hecho del

príncipe, o por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, situaciones que derivan distintas consecuencias para el contrato y a la economía del negocio jurídico<sup>39</sup>.

El concesionario, tiene derecho a la remuneración y al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, lo que le permite obtener las ventajas económicas de la contratación, que se obtiene teniendo en cuenta la tarifa que fija el concedente para ser pagada por el usuario que utiliza el servicio. Estas tarifas, se han conocido tradicionalmente así: 1.- El principio de la suficiencia tarifaria, parte del supuesto que la tarifa es suficiente para satisfacer los gastos, costos y la utilidad en que incurre y tiene previsto percibir el concesionario; así como también la depreciación de los bienes afectados a la concesión, respectivamente. Pero la tarifa suficiente puede ceder, cuando no alcanzando la tarifa, el concedente le garantiza que en estos eventos su remuneración así será, y es lo que se conoce como garantía de ingresos mínimos.

Por su parte, la tarifa bonificada es la combinación de tarifa y subvención, que consiste en que la administración decide el monto de la tarifa, y si esta no alcanza puede tomar la decisión de otorgar subvenciones u otros beneficios al concesionario. La tarifa castigada, es aquella que está por encima de los costos del consumo, con el fin de controlar su consumo o uso, o como en el caso del Sistema TransMilenio, va dirigido el excedente a un fondo de contingencia para la regulación del monto de la tarifa y controlar su aumento de manera periódica.

La modificación del contrato de concesión por hechos y situaciones sobrevinientes en la ejecución del contrato, se presentan cuando concurren circunstancias que afectaba la normalidad inicialmente prevista en el contrato de concesión. Así la teoría de la imprevisión

---

<sup>39</sup> ANDRÉ DE LAUBADÉRE, Manual de Derecho Administrativo, Bogotá, Editorial Temis S.A, pág. 223.

que fue acuñada por la jurisprudencia francesa, que fue establecida por el Consejo de Estado <sup>40</sup>de Francia con ocasión del caso del Gas de Burdeos (1919), en donde dispuso la ayuda económica de la administración para que el contratista pudiera continuar con la ejecución del objeto del contrato y asumió la mitad de los nuevos costos en que debió incurrir la concesionaria con ocasión del aumento de precios de Carbón.

En Colombia, la jurisprudencia ha venido sosteniendo que la imprevisión o azar económico, se aplica en los contratos de concesión dado su carácter de tracto sucesivo, y supone que los hechos que den lugar a la ruptura económica sean imprevisibles y de índole excepcional, como una grave crisis económica; que sena ajenas a la voluntad de las partes, y que trastornen gravemente la forma como debe ejecutarse normalmente el contrato. El hecho del príncipe o azar administrativo, se presenta cuando la modificación del contrato proviene de una autoridad administrativa diferente a la concedente, o que siendo la concedente, y ello da lugar a la reparación integral de los perjuicios que sufra el contratista.

### **C. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y DE LA REVERSIÓN DE LOS BIENES AFECTADOS A ESTE.**

El contrato de concesión tiene dos formas en que se pueden extinguir sus obligaciones. De una parte, la normal, que consiste en que una vez vencido el plazo, este procede a liquidarse, dando lugar a la reversión que es obligatoria según el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993; ya que el fin principal es que el contrato pueda ejecutarse durante el lapso inicialmente

---

<sup>40</sup> Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, Sentencia de abril 18 de 1989, Expediente 5246. M.P. Carlos Betacurt Jaramillo.

previsto. Pero puede darse la circunstancia que el contrato se de por terminado de manera anticipada, ya sea de mutuo acuerdo, por decisión judicial o arbitral, o por la administración concedente de manera unilateral.

### **1. Formas de extinción del contrato de concesión.**

La primera de ellas, es decir, la terminación normal, está determinada por el vencimiento del plazo y la ejecución de la totalidad de las prestaciones estipuladas por la partes, dando lugar a la reversión al concedente de los bienes afectados a la ejecución del contrato de concesión. La reversión, es el retorno al dominio del Estado de los bienes y facultades propias del objeto del contrato de concesión.

Una vez se liquida el contrato, este de conformidad como se haya ejecutado, puede hacerse por mutuo acuerdo, por resolución judicial si las partes no se ponen de acuerdo, o mediante decisión unilateral del Estado concedente. Debe tenerse en cuenta, que una vez expirado el plazo, la liquidación del contrato no puede ser excusa de la entrega precaria y anticipada de los bienes afectados a la prestación del servicio público concesionado, pues lo contrario atentaría contra el principio de continuidad en la prestación del servicio, es decir, como este no se puede interrumpir se hace necesario que mientras se dirimen las controversias que se susciten con ocasión de la liquidación del contrato, el Estado debe operar transitoriamente la concesión del servicio público.

La otra forma de extinguirse el contrato y de forma anormal, es la rescisión del contrato, como fórmula para dejar sin efecto el negocio jurídico concesional, por incumplimiento de las partes en el contrato; y en este caso es competencia del juez del contrato, que en Colombia puede ser la justicia contenciosa administrativa, o la justicia arbitral.

Pero también, puede terminarse anormalmente, por mutuo acuerdo entre las partes, ya sean por causas previstas inicialmente en el contrato, o por la obligación legal de hacerlo ante la imposibilidad de continuar con su objeto por disposición de una ley posterior, previa indemnización al concesionario. Finalmente, el contrato puede darse por terminado unilateralmente o declarado caduco, de conformidad con el artículo 17 y 18 de la Ley 80 de 1993.

## **2. La cláusula de reversión en el contrato estatal de concesión.**

Es el retorno de los bienes, operación, infraestructura y demás afectados al objeto del contrato de prestación de servicios, una vez se extinga normal o anormalmente las obligaciones mutuas adquiridas entre las partes.

Cuando la terminación es normal, debe distinguirse los bienes y servicios afectados, tales como los bienes del concesionario que son los haberes propios del concesionario no adheridos a la concesión, ni por adscripción ni por destinación, y su titularidad es privada; los bienes de retorno o revertibles, que son aquellos que al momento de la expiración del plazo contractual-concesional deben pasar a la administración de manera gratuita y obligatoria ya como los bienes de dominio público puestos a disposición del concesionario, las obras que este obligó a

construir, y los bienes adscritos al servicio; y los bienes de recuperación o reversión indemnizables, que son aquellos cuya adquisición es facultativa de la administración en tanto le sean útiles, que es distinto a imprescindibles y necesarios para el funcionamiento del servicio. En este último caso, son revertibles, previa indemnización, por cuanto al administración debe pagar su precio al concesionario.

Cuando la terminación es anormal, puede darse el caso de la reversión con o sin indemnización para el concesionario. La transferencia de los bienes se hace de manera gratuita al concedente, cuando su valor está previsto en la fórmula financiera de recuperación de costos al vencer la concesión.

Pero cuando la terminación es anticipada, por declaración de caducidad del contrato de concesión, la reversión se ocasiona descontando el monto de los perjuicios recibidos, porque admitir que la caducidad que siempre es por incumplimiento del concesionario, da lugar a reversión gratuita, sería tanto como aplicar la fórmula inconstitucional de la expropiación si indemnización previa.

Finalmente, es necesario señalar que en Colombia la cláusula de reversión es presunta u obligatoria según la ley, pero que la forma de la reversión debe estar expresamente pactada, en todo caso no puede su aplicación simular una expropiación, como tampoco hacerse sin que el contratista recupere en circunstancias normales su inversión, como tampoco en forma anormal, sin que el concesionario recupere como mínimo los costos en que incurrió para poner a disposición de la concesión los bienes afectados y necesarios para la organización y funcionamiento de la misma.

#### **D. GARANTÍA DEL CONCEDENTE PÚBLICO, DEL CONCESIONARIO PRIVADO Y CONTROL JURISDICCIONAL**

El contrato de concesión, tiene las garantías generales de todo contrato estatal, pero este en especial tiene exigencias especiales, y es que existe una relación tridimensional. De una parte, una autoridad pública o concedente, que tiene la obligación y el deber legal de regular, gestionar y prestar el servicio público de transporte a la comunidad o usuarios del servicio; y a través del contrato de concesión se lo entrega a un tercero para que a nombre del Estado, pero bajo su cuenta y riesgo previa una inversión que de realizar preste el servicio público.

El Estado lo hace por razones de eficiencia en tanto existen actividades donde el sector privado puede operar de mejor manera que el Estado, a más de que el Estado aprovecha la oportunidad de hacer sinergias con los particulares de tal manera que sea el sector privado que invierta los recursos que el Estado no tiene. Con ello está garantizando la sostenibilidad de las políticas públicas, es decir, garantiza tanto a las generaciones presentes como a las futuras el servicio público concesionado.

El Estado cuenta con la garantía de la calidad de los bienes y servicios del concesionario que previamente evalúa, además de contar con la garantía del sector financiero que suministrará al concesionario los créditos y recursos necesarios para la ejecución del proyecto en el evento que fuere adjudicado, y siendo así no se pone en peligro la ejecución de la concesión.

La garantía del concesionario, es la responsabilidad del Estado, que le garantiza desde el principio un plazo en el que se desarrollará el proyecto con unos flujos en un horizonte que le



permiten la recuperación del capital invertido mediante sistemas de amortización, así como también la obtención de una rentabilidad. Esto se garantiza con los respectivos certificados de disponibilidad presupuestal y con el contrato de concesión donde el Estado a través de estipulaciones asume estas obligaciones y responsabilidades.

### **CAPITULO TERCERO**

#### **LA EMPRESA TRANSMILENIO S.A. COMO ENTE PÚBLICO GESTOR, REGULADOR Y CONTRATANTE DE LA CONCESIÓN CON LOS AGENTES DEL SISTEMA DE TRANSPORTE MASIVO URBANO**

La Empresa Transmilenio S.A, es la entidad pública, reguladora y gestora del Sistema TransMilenio, y como tal gestiona a través de convenio interadministrativo suscrito con el Instituto de Desarrollo Urbano, la construcción de la infraestructura para la organización, operación y funcionamiento del Sistema, en virtud del cual el IDU, que tiene toda una experiencia distrital en la construcción de la infraestructura, realiza y convoca todos los procesos licitatorios, previa elaboración de los estudios técnicos, económicos y jurídicos, adjudicando los contratos para la construcción de la infraestructura por cada fase del Sistema TransMilenio que entra en operación, y suscribe los contratos con cargo a un presupuesto que administra la Empresa Transmilenio S.A. Así, esta última se convierte en un ente pagador de las obligaciones que asuma el IDU con los contratistas para la construcción de la Infraestructura.

Pero es la Empresa TransMilenio S.A, la que directamente realiza los proceso contractuales del Sistema, en cuanto prepara, realiza los estudios, licita, adjudica y ejecuta los contratos de concesión, tales como el del centro de control, los contratos de concesión para la operación de los articulados troncales, los alimentadores y el recaudador. De allí, que este trabajo aprovechando todo el aporte doctrinal anterior, procedemos a estudiar los contratos de concesión del Distrito que es una praxis sui generis, en tanto son únicos, es decir, no tienen antecedentes en el mundo del transporte masivo urbano.

El ente público gestor, Transmilenio S.A, obra como concedentes, mientras que los administradores del centro de control, son los concesionarios, y los agentes del Sistema son los usuarios del mismo. En los demás contratos, la entidad pública gestora es la autoridad pública concedente, mientras que los usuarios es toda la comunidad que accede al Sistema para satisfacer sus necesidades de movilidad. Finalmente, los concesionarios del servicio público de transporte masivo urbano de Bogotá son los agentes privados del Sistema TransMilenio.

#### **A. ANTECEDENTES DEL PROYECTO “SISTEMA TRANSMILENIO” COMO POLÍTICA PÚBLICA DE SOLUCION AL TRANSPORTE MASIVO URBANO EN BOGOTA.**

En el proceso electoral de octubre de 1997, es elegido Alcalde Bogotá, el Dr. Enrique Peñalosa Londoño, para el periodo constitucional 1998-2000, con la promesa de formular, implementar y ejecutar una política pública de solución al problema de transporte masivo en Bogotá. Para ello, tuvo la habilidad de recoger la insistencia del Gobierno de Ernesto Samper

Pizano de construir la primera línea del metro de Bogotá, y firma el acuerdo entre la Nación y el Distrito, en el cerro de Monserrate, para lo cual logra que el convenio se suscriba para la construcción de la obra sobre el Sistema Integrado de Transporte Masivo y no Metro, como lo había propuesto el Gobierno Nacional de entonces.

El Alcalde Enrique Peñalosa observó que semejante responsabilidad no podía entregársela al Departamento Administrativo de Planeación Distrital que tenía muchos frentes de operación, como tampoco al Instituto de Desarrollo Urbano-IDU que tenía la responsabilidad de la recuperación, rehabilitación y mantenimiento de la malla vial de la ciudad; ni a la Secretaría de Tránsito y Transporte del Distrito que le bastaba con sus operaciones ordinarias.

Por ello decidió crear un grupo de trabajo que dependiera directamente del Despacho del Alcalde que se le denominó “*Sistema Integrado de Transporte Masivo –SITM*”; que funcionaba de manera paralela con las oficinas del Metro cuyo Gerente era el Ex -Secretario General de la Presidencia de la República, Dr. Alberto Velásquez.<sup>41</sup>

El Ingeniero Carlos Emilio Gómez Lis, fue el primero en diseñar un esquema de gestión que articulara un componente de ingeniería operativa que estableciera el funcionamiento de los buses; la organización y sistematización del apoyo financiero; la definición de un Gerente; un equipo de arquitectos; y uno de abogados para definir el alcance jurídico del proyecto.

Luego, Gómez Lis dejó la administración distrital y Peñalosa designó a Ignacio de Guzmán - un empresario privado que no había trabajado en el sector público-, Gerente del proyecto,

---

<sup>41</sup> GUTIERREZ, Javier Alberto y otros. Algunas reflexiones sobre movilidad, sociedad y economía: el caso Bogotá, Secretaría de Hacienda Distrital, por Internet.

quien puso como condición para aceptar el cargo, que el Gobierno Distrital desechara la idea del Metro, que se le facilitara la adquisición de los bienes y servicios sin licitación -dado que a la administración sólo le quedaban 26 de los 36 meses del periodo del Alcalde-, y además porque consideraba que las compras se quedaban enfrascadas en peleas burocráticas y de trámite; razón por la cual aprovechó las ventajas que le generaba el ser miembro de los Junta Directiva del IDU, y comenzó a trabajar el proyecto de Acuerdo que presentaría al Consejo Distrital de Bogotá para lo cual Enrique Peñalosa en una reunión sin proponérselo mencionó la palabra TransMilenio y a partir de ese momento la criatura tenía nombre.<sup>42</sup>

El proyecto de Acuerdo No. 004 del 4 de febrero de 1999 por el cual se autorizaba la constitución de la sociedad TRANSMILENIO S.A, fue radicado en la Secretaría General del Concejo Distrital el 14 de enero del mismo año, cuyos ponentes fueron los Honorables Concejales Armando Benedetti, Alejandro Ortiz, Coordinadores de ponentes y los concejales Samuel Arrieta, Leo César Diago, César López, Fernando López Gutiérrez y Jaime Alonso Dueñas.

La exposición de motivos, sustentada por De Guzmán, fue la siguiente: *“Respeto a la vida, representado en un servicio cómodo, seguro y moderno; respeto al tiempo de la gente, con un sistema de transporte que cumpla estándares mínimos de calidad en cuanto a itinerarios y tiempos de desplazamiento; respeto a la diversidad ciudadana, pues se convertiría en un sistema de transporte en el que convergen las diferentes clases sociales sin preferencias de ninguna clase; y calidad internacional, cumpliendo con los requisitos mínimos señalados por la ingeniería del transporte para la prestación de un servicio cómodo, seguro y efectivo.”*<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup>LOPEZ OROZCO, Asdrúbal. Bogotá Sin antifaz, Ecociudad Editorial, 2000.

<sup>43</sup> GOMEZ, JAIRO, Op.cit. pp.30.

Una vez aprobado el proyecto de acuerdo; el 13 de octubre de 1999 se crea la sociedad pública por acciones del distrito capital, Empresa de Transporte Masivo del Tercer Milenio Transmilenio S.A. mediante escritura pública, y el 6 de diciembre del mismo año se abrieron las licitaciones para operadores y el recaudador, habiéndose presentado 58 de las 64 empresas transportadoras asociadas en cuatro empresas que hoy operan las concesiones de los buses articulados.

El 18 de diciembre de 2000, comenzó a operar la primera ruta con 14 buses entre la Calle 80 y la Calle 6a por la Troncal de la Caracas de manera gratuita, y sólo el 6 de enero de 2001 al inicio de la Alcaldía de Antanas Mockus comenzó a cobrarse la tarifa usuario de \$800 por viaje de pasajero, entrando posteriormente en operación las rutas de la Troncal de la Ochenta, de la Autopista Norte, Usme, Tunal, Eje Ambiental y las Américas, hasta completar lo que hoy conocemos como Fase I y Fase II.

### **1. La definición de la política pública de transporte masivo urbano en Bogotá.**

A principios de la década de los noventa existían en Bogotá mas de 20.500 vehículos de transporte colectivo legales y 10.000 ilegales, para la movilización de siete millones de habitantes a través de 638 rutas formales de transporte urbano, mas de 300 informales distribuidos en cerca de 9.000 buses corrientes e intermedios, unos 2.000 ejecutivos, unas 7.000 busetas y cerca de 4.000 colectivos.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Carlos A. Trujillo, Transporte Tradicional frente a TransMilenio, en “Presente y Futuro de la Movilidad Urbana en Bogotá, Veeduría Distrital, 2000...” en 1957, la Empresa Distrital de Transporte Urbano (EDTU) movilizaba el 38% de los pasajeros (cuando fue creada cubría totalmente el servicio), en 1978, sólo representaba el 2.1% de la movilización total.

Según la Agencia de Cooperación Japonesa (JICA) y Steer and Davis, éstos vehículos realizaban mas de 100.000 recorridos diarios, transportaban unos siete millones de pasajeros diarios y viajaban mas de 3 millones de kilómetros cada día, con consumo superior a 500 mil galones de combustible, con un sin números de obstáculos generados por el paralelismo en el trazado de las rutas, sin provisión de paraderos organizados y obedecidos, con mas de 700 terminales, con vehículos de carga adaptados para movilizar pasajeros que se transportaban en 10.700 kilómetros de carril de vías.<sup>45</sup>

Esta crisis del transporte urbano en Bogotá, llevó al Alcalde Enrique Peñalosa, a las siguientes conclusiones: *“La congestión del tráfico, producida por la gran cantidad de autobuses, sumada a la presencia de gran número de vehículos particulares que habían sido privilegiados por las autoridades viales u de tránsito durante muchos años, a tal punto que algunos analistas hablan de que los últimos veinte años estaban conformados por la ciudad del automóvil; los enormes costos económicos y sociales de un transporte inseguro, incómodo y poco rentable; la contaminación ambiental; el despilfarro de recursos, desde el punto de vista social, por la irracionalidad del transporte en cuanto a hidrocarburos, vías y automotores; la pérdida de vidas humanas por la imprudencia e indisciplina del tráfico, especialmente del transporte público; y el desorden urbano por la influencia de un transporte de flexibilidad inconveniente, que propicia urbanizaciones indeseables”*.<sup>46</sup>

De allí, que se comprometiera que hacer realidad un proyecto que en su infraestructura fue financiado por troncales y fase por la Nación y el Distrito Capital de Bogotá, y estructurados

---

<sup>45</sup> Estudio contratado por la Secretaría de Tránsito de Bogotá D.C, con la Agencia de Cooperación Japonesa (JICA) y Steer Davis.

<sup>46</sup> EL Transporte Urbano: Un desafío para el próximo milenio, Ricardo Montezuma, Centro Editorial Javeriano, 1996. Bogota sin Antifaz, Asdrúbal López Orozco, Ecociudad Editorial, 2000.

por la Consultora Capital Corp; la Agencia de Cooperación Japonesa (JICA) y Steer and Davis.

## **2. Los Agentes del Sistema Transmilenio o Subsistemas de operación.**

El acuerdo 006 de 1998, Por el cual se expide el Plan de Desarrollo de Bogotá D.C 1998-2001, estableció que los buses son y serán siendo el eje principal del sistema de transporte masivo de la ciudad, para lo cual se previó la construcción de la infraestructura especializada para apoyar el sistema.

El Acuerdo 004 de 1999 del Concejo de Bogotá por su parte, autorizó la creación de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A, como sociedad por acciones del orden Distrital, con la participación exclusiva de entidades públicas, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestal y patrimonio propio.

Fue como a través de la escritura pública No. 1526 del 13 de octubre de 1999, se creó la mencionada sociedad siendo accionistas el FONDATT, INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA Y TURISMO, DISTRITO CAPITAL Y METROVIVIENDA.

El Decreto 831 de 1999 del orden Distrital, por el cual se reglamenta el acuerdo 004 de 1999, estableció que TRANSMILENIO es un sistema de transporte masivo de pasajeros que se presta a través de una combinación organizada de infraestructura y equipos, en un sistema que cubre un alto volumen de pasajeros, y que da respuesta a un porcentaje significativo de

necesidades de movilización, encontrándose integrado por el conjunto de predios, equipos, señales, paraderos, estaciones, e infraestructura vial utilizados para satisfacer la demanda de transporte en el área urbana. (Leyes 336 de 1996, 86 de 1989 y Decreto 3109 de 1997.

A TRANSMILENIO S.A. en desarrollo de su objeto social, conforme al Decreto 831 de 1999, le corresponde la gestión, organización, planeación, supervisión, regulación, control y responsabilidad del Sistema de Transporte Público Masivo Urbano de Pasajeros en el Distrito Capital de Bogotá, bajo la modalidad de transporte terrestre automotor.

El acuerdo 018 de 1999, reguló el desarrollo de la infraestructura especial que fuera destinada de manera específica y exclusiva a la operación del Sistema a partir de corredores troncales especializados dotados de carriles de uso exclusivo, estaciones, puentes y plazoletas, acceso especial y específicamente diseñados para facilitar a los usuarios el uso del Sistema, todo lo cual viene siendo ejecutado por el IDU a través del convenio interadministrativo 01 de 2000, suscrito entre el IDU, el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público y Transmilenio S.A.<sup>47</sup>.

El entorno institucional del Sistema Transmilenio, está integrado por un modelo que a través de la Empresa Transmilenio S.A, mantiene a la cabeza el Distrito Capital de Bogotá con su regulación, planeación, control y administración, para promover la operación y prestación del servicio público de transporte de pasajeros a través de entidades privadas.

---

<sup>47</sup> LULLE, THIERRY, *Metrópolis en Movimiento*, Alfaomega 2000. Editores.



El Sistema está integrado por unos agentes reguladores, que son aquellos que por disposición legal cuentan con la capacidad y competencia para emitir regulaciones relacionadas con cualquiera de los aspectos que determinan la prestación del servicio público de transporte de pasajeros a través del sistema de transporte masivo, dentro del perímetro urbano de la ciudad de Bogotá, y son los siguientes:

El Ministerio de Transportes, la Alcaldía Mayor de Bogotá, y la Secretaría de Tránsito y Transporte, ésta última con facultades de regulación y vigilancia, control y sanción de los operadores del transporte público colectivo en la ciudad, y delegó en TRANSMILENIO S.A las facultades correspondientes en los que hace referencia a los operadores del Sistema de Transporte Masivo.

Loa Agentes Gestores, del Sistema que son la sociedad TRANSMILENIO S.A y el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU, quien realiza toda la gestión desde el punto de vista de la infraestructura del sistema. La primera de ellas tiene a su cargo, la planeación, gestión y control, a través de sofisticado sistema de información que le permite contar con la capacidad técnica necesaria para programar la operación de los vehículos del Sistema, afinar la operación y optimizar las diferentes variables involucradas en la prestación del servicio.

Los accionistas de la Empresa Transmilenio S.A, son las siguientes entidades distritales:

- |  |       |
|--|-------|
| a) DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ:             | 70%   |
| b) INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU.     | 9.96% |
| c) INSTITUTO DITRITAL DE CULTURA Y TURISMO | 0.01% |

|                                   |        |
|-----------------------------------|--------|
| d) FONDATT-SECRETARIA DE TRANSITO | 19.97% |
| e) METROVIVIENDA                  | 0.01%  |

El Instituto de Desarrollo Urbano, que es un establecimiento público del orden distrital, es el encargado de asumir la gestión y administración de la malla vial destinada al funcionamiento del Sistema TransMilenio, tanto en su construcción, como en su mantenimiento. Los agentes de Sistema, son los entes privados que desarrollan las actividades operativas entre los que se encuentran los operadores troncales, los operadores alimentadores y los operadores del recaudo del Sistema y la fiduciaria.

Los operadores troncales se vinculan al sistema mediante contratos de concesión para la explotación económica del servicio público de transporte, y su actividad está regulada contractualmente de acuerdo con las condiciones y reglas de operación que se establecen en el contrato de concesión, tales como el cumplimiento de los servicios, frecuencias y horarios que le son asignados por el gestor, y además el suministro del equipo rodante necesario para la operación, el control y mantenimiento de su parque automotor y la dotación, administración, manutención y operación de las zonas de parqueo y mantenimiento que TRANSMILENIO S.A les entrega en concesión.

Los operadores del Sistema alimentador, son las empresas adjudicatarias de las licitaciones, que obtienen el derecho a la explotación económica de la actividad de transporte público en las rutas alimentadoras desde los portales a las zonas periféricas de la ciudad y viceversa. El administrador de los recursos del Sistema, que se encuentra a cargo de un sociedad fiduciaria, que recibe los dineros del recaudo diariamente y los distribuye a los agentes del Sistema y al

ante gestor, semanalmente, de acuerdo a la orden impartida por TRANSMILENIO S.A. Por último, encontramos el operador del recaudo, que a través de licitación pública obtiene la concesión para la explotación económica de la actividad de venta de pasajes.

## **2.1. El ente público gestor, de planeación y regulador del Sistema TransMilenio.**

Es la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-Transmilenio S.A., la encargada de la construcción de la infraestructura, que involucra vías para servicios troncales y alimentadores, estaciones sencillas, intermedias y de cabecera o portales para los servicios troncales; paraderos para servicios alimentadores; facilidades de acceso peatonal; patios de mantenimiento y estacionamiento y un centro de control central.

Pero como quiera que el IDU, es accionista de la Empresa Transmilenio S.A, y dado que tiene toda una experiencia acumulada en materia de construcción de infraestructura, estos entes suscribieron el Acuerdo 20 del 20 de septiembre de 2001, cuyo objeto es el siguiente:

*“CALUSULA PRIMERA-OBJETO: El Objeto del presente convenio es definir las condiciones en que las partes cooperarán para la ejecución de las obras de infraestructura física para el Sistema TransMilenio.*

*CLAUSULA SEGUNDA: ESQUEMA DE COOPERACION INTERINSTITUICIONAL:*

*Las partes acuerdan definir un esquema de cooperación interinstitucional para la ejecución de las obras aún no contratadas de las troncales del Sistema TransMilenio, el cual tendrá las siguientes características:*

- 1. El IDU, de manera autónoma y bajo su responsabilidad, iniciará, tramitará y llevará hasta su culminación, los procesos de contratación que sean requeridos para la ejecución de las obras de*

*infraestructura física de las troncales del Sistema TransMilenio, así como para la contratación de las interventoras que sean requeridas. En tal virtud, el IDU adelantará los estudios correspondientes, ordenará la apertura de las licitaciones y/o concursos correspondientes, elaborará y adoptará los pliegos de condiciones y/o términos de referencia, y los demás documentos y actos que sean necesarios para el proceso de contratación, evaluará las propuestas que se presenten y adjudicará los contratos correspondientes. Igualmente el IDU adoptará, también de manera autónoma y bajo su responsabilidad, las modificaciones o aclaraciones a cualquiera de los documentos anteriores.*

- 2. La coordinación, vigilancia y control de la ejecución de los contratos estará a cargo y bajo la responsabilidad exclusiva del IDU. Lo anterior sin perjuicio de la contratación de interventores externos. Adicionalmente, será el IDU, quien autónomamente definirá las eventuales modificaciones a los contratos, por cualquier causa. TRANSMILENIO no participará, no será responsable, de estas labores, salvo por la obligación del manejo presupuestal y de realizar los pagos a los contratistas a que se refieren los numerales siguientes.*
- 3. Los certificados de disponibilidad presupuestal, necesarios para la apertura de las licitaciones y concursos, para la contratación misma, para respaldar los eventuales contratos adicionales o modificatorios o, en general, para cualquier otro fin relacionado con la ejecución de las obras a que se refiere el objeto del presente convenio, serán otorgados a TRANSMILENIO, con cargo a su presupuesto de la vigencia fiscal de 2001 y/o a la autorización de compromisos contractuales con cargo a vigencias futuras. Será el IDU el único responsable de definir la necesidad de estos recursos, dentro del límite de las apropiaciones presupuestales con que cuenta TRANSMILENIO, y hacer la solicitud correspondiente a TRANSMILENIO, para que esta última entidad expida los certificados de disponibilidad presupuestal respectivos.*
- 4. TRANSMILENIO asumirá directa y únicamente la obligación de hacer los pagos a los contratistas con cargo a su presupuesto, para lo cual hará los registros presupuestales que ordena la ley. Únicamente*

*para esos efectos, TRANSMILENIO concurrirá, conjuntamente con el IDU, en los términos del presente convenio, a la firma de los contratos, en los términos del presente convenio, a la firma de los contratos, modificaciones, otrosíes o cualquier otro documento en donde consten tales obligaciones de pago, estrictamente en su calidad de pagador. En todo caso, se entiende, y así quedará consignado en los contratos que se celebren, que los pagos que debe hacer TRANSMILENIO S.A a los contratistas, sólo se harán previa orden expresa y escrita del IDU.*

5. *TRANSMILENIO hará dichos pagos dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes al recibido de la solicitud del IDU. Para garantizar el cumplimiento de ese plazo, el IDU deberá comunicar, antes de la suscripción de los documentos con terceros, el cronograma del plan de pagos previstos, con el objeto de que TRANSMILENIO manifieste si su programa de caja permite hacer los pagos en los plazos previstos. En todo caso, las obligaciones de pago que se asuman con terceros, deberán respetar esa manifestación de TRANSMILENIO.*
6. *Sin perjuicio de todo lo anterior, las características técnicas de las obras corresponderán a los lineamientos técnicos del sistema que ha establecido TRANSMILENIO”.*<sup>48</sup>

## **2.2. Sistema de Operación de servicios troncales y de alimentación**

El Sistema TransMilenio incluye servicios troncales y servicios de alimentación, provistos por empresas privadas según el Acuerdo No. 4 de 1999 del Concejo de Bogotá y el Documento CONPES 3093, bajo estrictas condiciones establecidas en contratos de concesión otorgados

---

<sup>48</sup> Convenio Interadministrativo NO. 20de 2001, suscrito entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU Y LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO S.A.

por Transmilenio S.A. Los componentes del Subsistema de operación, incluyen los servicios troncales y alimentadores y los operadores de estos servicios.

Los servicios troncales, circulan principalmente por corredores exclusivos iniciando y terminando recorrido en los Portales. Los vehículos sólo se pueden detener a dejar y recoger pasajeros en las estaciones, transitando por el corredor troncal de manera exclusiva a través de una servicio expreso o corriente, en donde los primeros sólo se detienen en estaciones determinadas, mientras que los servicios corrientes sirven a todas las estaciones a lo largo del recorrido, permitiendo esta combinación el incremento de la capacidad del Sistema a límites no observados hasta el momento en Sistemas organizados de buses<sup>49</sup>.

Los servicios alimentadores, tienen por objeto extender el área de influencia del Sistema TransMilenio a las zonas periféricas de la ciudad, con operación y tarifa integrada, de tal manera que una persona tiene la posibilidad de ser trasladada por el servicio de alimentación a una estación portal o intermedia en donde transborda el servicio troncal, para viajar con el pago de un solo pasaje. La operación de los servicios troncales y de alimentación son prestados a través de empresas seleccionadas mediante procesos licitatorios abiertos, en los cuales se solicita la superación de requisitos financieros, legales y técnicos estrictos, y se evalúan condiciones que garanticen la mejor selección de acuerdo a los principios que orientan el Sistema TransMilenio.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> HUERTAS J, BELTRAN, R. VALENCIA,A. Evaluación preliminar de combustibles diesel utilizados actualmente para vehículos en el área urbana del Distrito. 1999. Fuente Transmilenio S.A.

<sup>50</sup> Echevarria, J. y otros. El Impacto del proyecto TransMilenio sobre el empleo en Bogotá, 2000, Fuente Transmilenio S.A.

A las empresas operadoras de servicios troncales se las paga en función de los kilómetros recorridos y la tarifa ofertada, de acuerdo con la programación realizada por Transmilenio S.A, y el incumplimiento de las condiciones de operación da lugar a multas que impone el ente gestor, y su destino es para mejorar la supervisión de Sistema. A las empresas operadoras del servicio de alimentación se les retribuye en función de los pasajeros transportados, asignándoles a cada empresa una zona, y ciertas estaciones a donde pueden llevar y recoger pasajeros.

#### **2.4. El recaudador del Sistema TransMilenio**

El Sistema TransMilenio, tiene un mecanismo de prepago, de tal manera que los usuarios utilizan tiquetes o tarjetas inteligentes para acceder a las estaciones donde abordan los buses, teniendo la posibilidad de adquirir tiquetes para uno, dos y diez viajes que se pueden comprar en taquillas en todas las estaciones y en los buses alimentadores.

El Subsistema, agente u operador del Recaudo, está a cargo de una empresa privada mediante contrato de concesión, cuyo objeto es la producción, venta de tiquetes, fabricación, montaje y mantenimiento de equipos lectores, procesamiento de información y manejo del dinero, contratada mediante licitación pública por Transmilenio S.A. El dinero producto del recaudo se deposita en una fiduciaria quien se encarga de realizar el pago a los operadores de transporte (troncal y alimentadores) siguiendo lo estipulado en los contratos.

Hace parte del recaudo, las taquillas para la venta de boletos y tarjetas inteligentes en todas las estaciones portales o de cabecera, intermedias y sencillas; torniquetes en los puntos de entrada

y salida de las estaciones que validan los boletos o tarjetas magnéticas y registran el ingreso del número de pasajeros al Sistema; Software y hardware para el procesamiento y transmisión de datos de recaudo e ingreso de pasajeros para su transmisión al centro de control; y encargo fiduciario que recibe los recaudos y los distribuye a los agentes del Sistema.

## **2.5. La Entidad Fiduciaria con el encargo de administrar los recursos del Sistema.**

Tiene como objeto especial la administración de los ingresos del Sistema, producto de la tarifa cancelada al recaudador por el usuario, al tiempo que realiza los pagos a los distintos agentes del Sistema TransMilenio, que autorice semanalmente la Empresa Transmilenio S.A.

## **B- CREACIÓN, NATURALEZA JURÍDICA Y ORDENAMIENTO LEGAL DE LA EMPRESA TRANSMILENIO S. A..**

El Documento CONPES No. 3093 de noviembre 15 de 2000, señala que TransMilenio es un Sistema de Transporte masivo de pasajeros basado en buses inspirados en experiencias exitosas aplicadas en otras ciudades del mundo como Curitiba y Porto Alegre, en Brasil, con capacidad de movilizar 160 pasajeros, 49 sentados y 11 de pié, mientras que la capacidad de un bus corriente es de 64 pasajeros y de un bus ejecutivo de 74 pasajeros.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Documento CONPES, “Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros de Bogotá-Seguimiento”, del 15 de noviembre de 2000.



La Empresa Transmilenio S.A, es el ente encargado de la gestión, control y la encargada de realizar la planeación del Sistema, que debe contar con una alta capacidad técnica, siendo titular del mismo, bajo la modalidad de transporte terrestre automotor. Dentro de sus funciones, está la de garantizar que la operación se realice de acuerdo con las reglas contractuales establecidas, y de gestionar la expansión y mantenimiento del Sistema.

Así mismo, mediante contrato atípico de suministro y de prestación de servicios de comunicaciones, Transmilenio S.A debe operar el Centro de Control centralizado, contando para ello con fiscales para supervisar la prestación de servicios troncales y alimentadores. La financiación de la operación y funcionamiento de Transmilenio S.A, se realiza con el 4% del recaudo del Sistema Fase I y II y con la explotación colateral como publicidad, servicios de información a los usuarios, participación en la explotación del Sistema de comunicaciones entre otros.

El Centro de Control centralizado, según el documento CONPES 3093, es necesario en tanto el Sistema TransMilenio requiere monitoreo continuo de la operación de los servicios y del número de pasajeros que entran y salen de las estaciones. Dicho monitoreo constituye la base del Sistema de fiscalización y pago de servicios y permite ajustes en línea de la oferta para ajustarse a situaciones inesperadas de la demanda en tiempo real, y por ello su fin es el de consolidar las comunicaciones de los vehículos y de las estaciones, en donde se reporta el cumplimiento de las ordenes de servicio pro los operadores privados y se ordenan ajustes a la operación.

A través del Centro de Control Centralizado, por medio de computadores y modernos sistemas de comunicaciones y operadores altamente capacitados, se observa permanentemente la ubicación de los vehículos, se realizan llamadas de rutina o emergencia a los buses, a las estaciones, y se hacen ajustes a los servicios de acuerdo con las condiciones de operación y la demanda observada en tiempo real; así como los torniquetes de entrada y salida deben estar conectados con el Centro de Control por Sistemas de comunicación de radio y fibra óptica, de forma que es posible conocer el número de pasajeros que acceden y salen del Sistema.

## **1. Ordenamiento Legal de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio- Transmilenio S.A.**

La Empresa de Transporte del Tercer Milenio- TRANSMILENIO S.A, fue creada mediante acuerdo 04 del 4 de febrero de 1999, para una duración inicial prevista de cien (100) años bajo la forma jurídica de Sociedad por acciones del orden distrital, con la participación exclusiva de entidades públicas, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestal y patrimonio propio<sup>52</sup>.

Su objeto, es la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo la modalidad de

---

<sup>52</sup> Acuerdo No. 04 de febrero 4 de 1999, emanado del Concejo Distrital de Bogotá, “ Por el cual se autoriza al Alcalde Mayor en representación del Distrito Capital para participar conjuntamente con otras entidades del orden distrital, en la constitución de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –Transmilenio S.A y se dictan otras disposiciones”.

transporte terrestre automotor, en las condiciones que señalan las normas vigentes, las autoridades componentes y sus propios estatutos.

El patrimonio de Transmilenio S.A está integrado por su capital social, por los derechos reales y personales de la entidad, los que le sean transferidos, las partidas que se le asignen y los recursos provenientes del desarrollo de su actividad o del giro ordinario de sus negocios. La empresa por disposición del acuerdo de creación, deberá garantizar la adecuada administración de los recursos provenientes de la prestación del servicio público masivo de transporte y demás ingresos que reciba, utilizando mecanismos financieros idóneos, con el fin de permitir la adecuada operación y la adquisición y reposición de los equipos por parte de los operadores con quienes celebre los respectivos contratos.

Así mismo, el monto de los ingresos de Transmilenio S.A, que corresponda a las obligaciones contractuales adquiridas con los operadores no será capitalizable, diseñando mecanismos de administración de éstos recursos que aseguren su manejo eficiente y transparente que permita el pago oportuno de los compromisos adquiridos con los operadores.

Su constitución se hizo mediante escritura pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999 en la Notaria 27 del círculo de Bogotá, siendo suscrita por los representantes legales de los entes distritales accionistas, vale decir el Alcalde de Bogotá en representación de Bogotá D.C, el Director del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, el director del INSTITUTO DE CULTURA Y TURISMO, EL Director Ejecutivo y Representante Legal del FONDO DE

EDUCACION Y SEGURIDAD VIAL DE LA SECRETARIA DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE BOGOTA D.C, y el Gerente General de METROVIVIENDA.<sup>53</sup>

**2. Las Funciones de gestión, planeación, organización y regulación del Sistema de Transporte masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital de Bogotá: TRANSMILENIO.**

De conformidad con el Acuerdo 04 del 4 de febrero de 1999, emanado del Concejo de Bogotá, y la escritura Pública No. 1528 de octubre 13 de 1999 de la Notaria 27 de Bogotá, a la Empresa Transmilenio S.A., le corresponde:

- a)-Gestionar, organizar y planear el servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, en la modalidad de transporte terrestre automotor.
  
- b)-Aplicar las políticas, las tarifas y adoptar las medidas preventivas y correctivas necesarias para asegurar la prestación del servicio a su cargo, de conformidad con las políticas establecidas por el Alcalde mayor y demás autoridades competentes.

---

<sup>53</sup> La Empresa de Transporte del Tercer Milenio –Transmilenio S.A, fue constituida mediante Escritura pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999 en la Notaria 27 del círculo de Bogotá, siendo suscrita por los representantes legales de los entes distritales accionistas, vale decir el Alcalde de Bogotá en representación de Bogotá D.C, el Director del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, el director del INSTITUTO DE CULTURA Y TURISMO, EL Director Ejecutivo y Representante Legal del FONDO DE EDUCACION Y SEGURIDAD VIAL DE LA SECRETARIA DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE BOGOTA D.C, y el Gerente General de METROVIVIENDA.<sup>53</sup>

c)-Garantizar que los equipos usados para la prestación del servicio incorporen tecnología de punta, teniendo en cuenta especialmente el uso de combustibles que generen el mínimo impacto ambiental.

d)-Celebrar los contratos necesarios para la prestación del servicio de transporte masivo, ponderando entre otros factores la experiencia local en la prestación del servicio de transporte público colectivo.

e)-Aportar o suscribir acciones en sociedades que tengan por objeto la prestación de los mismos servicios o la realización de actividades conexas o complementarias. Así mismo, podrá asociarse, conformar consorcios y formar uniones temporales con otras entidades públicas o privadas para desarrollar tales actividades.

f)-Transmilenio S.A, no podrá ser operador no socio del transporte masivo terrestre urbano por si mismo o por interpuesta persona, ya que la operación del sistema estará contratada con empresas privadas.

g)-Transmilenio S.A será responsable de la prestación del servicio cuando se declare desierto un proceso de selección o cuando se suspendan o terminen anticipadamente los contratos o se declare la caducidad de los contratos con los operadores privados pro las causas previstas en la Ley o los contratos.

La gestión se refiere a que Transmilenio S.A es la encargada de poner en operación el Sistema en su integridad, es decir, a todos los agentes del mismo asegurando la necesidad de movilidad de la ciudadanía en la ciudad, mientras que la funciones de regulación comprende la facultad de

actuar como ente inspector y productor de las normas y reglas con que debe funcionar el Sistema en general y cada uno de sus agentes, esto es, la imposición de las multas por infracciones de tránsito, el cumplimiento de las normas de operación, ambientales ect. Por último, las facultades planeación , comprende no sólo la organización y funcionamiento del mismo, en cuanto a la prestación y cobertura del servicio en relación a la demanda de los usuarios, sino también la planeación en la construcción de nuevas troncales y fases.

### **3. Estructura de ingresos producto de la operación del Sistema TransMilenio.**

Para la operación del Sistema, y por ende para la prestación del servicio a los ciudadanos, existen tres (3) fuentes de financiación.

1- Los recursos que aporta la Alcaldía de Bogotá, que por decisión del concejo de la ciudad es el 50% de la sobretasa a los combustibles, y que se encuentran ya comprometidos con el Gobierno Nacional hasta el años 2016.

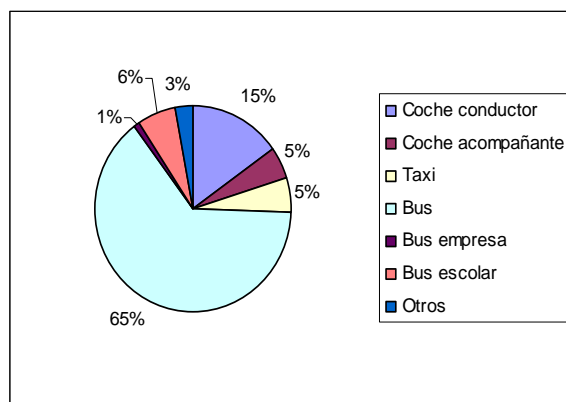
2- Los recursos que aporta el Gobierno Nacional, a partir de la Ley de Transporte Masivo (Ley 310 de 1996), en contrapartida por los recursos que destina el gobierno local.

3- Los recursos generados por los pasajes. Al igual que en el resto del transporte urbano de nuestro país, con los recursos de las fuentes 1- y 2- se construye la totalidad de la infraestructura y se mantiene la infraestructura vial (la infraestructura peatonal se mantiene con la fuente 3-). Pero a diferencia de lo que ocurre en el resto de nuestro sistema de transporte

urbano tradicional, con el valor total de los pasajes se cubren los gastos de los primeros 4 componentes del Sistema.

El Sistema TransMilenio cuenta con una infraestructura que es construida y financiada por la Nación y el Distrito de Bogotá. En conclusión, el Sistema TransMilenio funciona con subsidios en la infraestructura, como el resto de transporte público de la ciudad, con el objeto de beneficiar al 80% mas pobre de la población que no tiene carro particular, pero sin subsidios en la operación y además cubre algunos costos de mantenimiento y los costos de la empresa reguladora estatal, sin entrar a detallar la diferencias en la prestación del servicio y en la edad de los vehículos.

**Distribución de Modos de Viaje en la Ciudad. (Fuente: TransMilenio S.A).**



Dejando a un lado los costos de la infraestructura, por cuanto estos se consideran una inversión social del Estado para mejorar las condiciones de movilidad en transporte público de

la ciudad y en el Sistema TransMilenio, para absolver las preguntas, nos debemos concentrar en que el valor del pasaje cubra en su totalidad los costos de los primeros 4 componentes del Sistema. Es así como para el cálculo de la tarifa se utiliza en todos los contratos (Concesionarios Troncales, Concesionarios Alimentadores, Concesionarios de Recaudo y Encargo Fiduciario) una misma fórmula, como la siguiente:

$$T_t = \frac{\text{Sum } K_{mi} \times \$ K_{mi} + \text{Sum } CR_i \times \$ CR_i + \text{Sum } CA_i \times \$ CA_i}{\text{Pasajeros} (1 - \%TM - \%Fid)}$$

Donde,

- T<sub>t</sub> = Tarifa Técnica.
- K<sub>mi</sub> = Kilómetros recorridos por el operador i.
- \$K<sub>mi</sub> = Valor por Kilómetro pagado por el operador i.
- CR<sub>i</sub> = Número de pasajes vendidos por el recaudador i.
- \$K<sub>mi</sub> = Valor por pasaje vendido al operador i.
- CA<sub>i</sub> = Pasajeros y/o Kilómetros recogidos y/o recorridos por el alimentador i.
- \$K<sub>mi</sub> = Valor por Pasajero y/o Kilómetros pagado por al alimentador i.
- %TM = Porcentaje del pasaje que recibe TransMilenio S.A.
- %Fid = Porcentaje del pasaje que recibe la Fiduciaria.

En la fórmula se observa que la Tarifa Técnica, es la sumatoria de los costos en que incurren los diferentes agentes que se ven involucrados en la prestación del servicio, dividido por el número de pasajeros movilizados. Es decir, para que no haya necesidad de usar subsidios en la operación, el total de costos se divide en el total de pasajeros. Si se incluyera una variable mas a los costos, como por ejemplo la infraestructura la tarifa tendría que subir necesariamente.

Los contratos antes mencionados, tienen unas fórmulas preestablecidas de indexación con variables objetivas, que en ningún caso dependen de la Alcaldía de Bogotá, como lo son el precio de combustibles o el IPC. Esto conlleva a que mensualmente se calcula la Tarifa



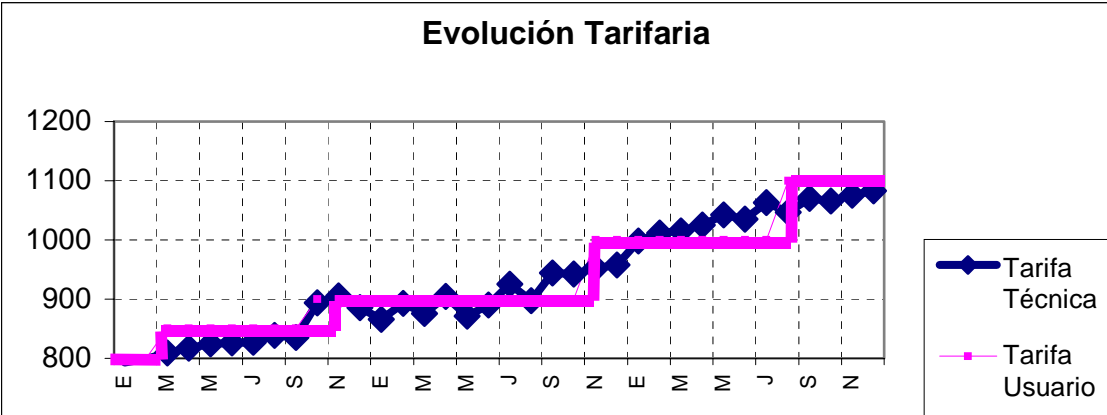
Técnica vigente para el mes correspondiente, a partir de variables sucedidas en meses anteriores. El resultado puede subir o bajar, bien sea por cambios en los costos de los agentes, a partir de esas fórmulas preestablecidas de indexación, o a partir del aumento o disminución en los pasajeros transportados. Sin embargo, sería muy engorroso para el Sistema y para los usuarios que esa Tarifa Técnica fuera la misma que se les cobrara, pues entonces cambiaría de mes a mes y en muchos casos, resultaría en cifras con denominaciones de monedas que no circulan.

La solución adoptada fue determinar una Tarifa Técnica diferente a la Tarifa del Usuario, con las siguientes características, tomando el siguiente ejemplo: En el mes A, la Tarifa Técnica es igual \$1.060; quiere decir esto que la suma que le cuesta a los componentes del Sistema movilizar a un pasajero es exactamente \$1.060; pero como es difícil conseguir monedas de \$10 o \$20, la Tarifa al Usuario la fija por Decreto el Alcalde, a partir de un estudio hecho por Transmilenio S.A. en \$1.100.

Quiere decir esto, que el usuario está pagando \$40 pesos mas de los que le cuesta al Sistema movilizarlo. Esos \$40 pesos de más, no le corresponden a ninguno de los componentes, pues ellos solo tienen derecho a recibir sus costos, es decir, \$1.060; entonces esos \$40 se guardan en un Fondo de Contingencias, para casos como el siguiente: en el mes B, bien sea por un aumento en el costo de los insumos predeterminados en los contratos o por una disminución en el número de pasajeros movilizados, la Tarifa Técnica puede llegar a \$1.115; luego, lo que hay que pagarles a los componentes del Sistema por la movilización de una persona es \$1.115; pero el pasajero solo paga \$1.100, es decir la Tarifa al Usuario.

Entonces, esos \$15 de diferencia salen del Fondo de Contingencia, que no es otra cosa que un ahorro que hacen los usuarios cuando la Tarifa Técnica es inferior a la Tarifa al Usuario, para cuando la Tarifa Técnica es superior a la Tarifa al Usuario. Ese Fondo de Contingencias tiene una reglamentación y límites en su uso en los contratos, a partir de cálculos de ingresos y demandas futuras.

Es decir, no podría en ningún momento, salvo una violación por parte de la administración del contrato, agotar los recursos del Fondo de Contingencias para cubrir diferencias negativas entre la Tarifa Técnica y la del Usuario indefinidamente. Por tanto, en la medida en que se de un manejo acorde a los contratos a este Fondo de Contingencias, y se den los incrementos o decrementos en la Tarifa al Usuario, no debe haber ningún tipo de vulnerabilidad financiera por este concepto en el Sistema TransMilenio.



posible a la administración los \$20 mil millones iniciales que aportó la Alcaldía como garantía inicial del Fondo y del manejo de la Tarifa al Usuario.

*Cifras en millones de pesos*

| <b>FONDO DE CONTINGENCIAS</b>               | <b>AÑO 2000</b> | <b>AÑO 2001</b> | <b>AÑO 2002</b> | <b>AÑO 2003</b> |
|---|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|
| <b>CUENTA POR PAGAR A TRANSMILENIO</b>      |                 |                 |                 |                 |
| SALDO INICIAL                               | 20,000.0        | 20,442.1        | 22,891.3        | 25,477.2        |
| + Rendimientos Financieros                  | 455.8           | 2,557.7         | 2,909.6         | 2,396.1         |
| - (Comisión+IVA) es 3% de Rendimientos      | -13.6           | -77.5           | -143.4          | -90.1           |
| - Retención por Rendimientos                |                 | -30.9           | -179.8          | -220.6          |
| - Contribución Bancaria (3x1000)            |                 | -0.1            | -0.5            | -0.7            |
| <b>SALDO FINAL</b>                          | <b>20,442.1</b> | <b>22,891.3</b> | <b>25,477.2</b> | <b>27,561.9</b> |
| <b>INGRESOS Y EGRESOS PROPIOS DEL FONDO</b> |                 |                 |                 |                 |
| SALDO INICIAL                               |                 | -143.3          | 1,115.2         | 1,543.4         |
| - Costo Pruebas                             | -142.9          | -352.6          |                 |                 |
| + Ingresos por Diferencia Tarifas           |                 | 1,821.0         | 2,790.1         | 2,795.1         |
| - Contingencias (semana santa/2001)         |                 | -143.1          |                 |                 |
| - Egresos por Diferencia Tarifas            |                 | -143.5          | -2,743.8        | -3,384.1        |
| + Rendimientos Financieros (Difer. Tarifas) |                 | 39.4            | 198.5           | 58.9            |
| + Rendimientos Financieros Fondo Principal  |                 | 40.1            | 206.1           | 295.2           |
| - (Comisión+IVA) es 3% de Rendimientos      |                 | -1.4            | -22.7           | -13.5           |
| - Contribución Bancaria (2x1000 o 3x1000)   | -0.4            | -1.5            |                 |                 |
| Sobrantes y sus rendimientos                |                 |                 |                 |                 |
| <b>SALDO FINAL</b>                          | <b>-143.3</b>   | <b>1,115.2</b>  | <b>1,543.4</b>  | <b>1,294.9</b>  |
| <b>INGRESOS POR SOBRANTES</b>               |                 |                 |                 |                 |
| <b>SALDO FINAL</b>                          |                 |                 |                 | <b>16.5</b>     |
|   |                 |                 |                 |                 |
| <b>TOTAL FONDO (1+2) ***</b>                | <b>20,298.9</b> | <b>24,006.5</b> | <b>27,020.5</b> | <b>28,873.3</b> |

Fuente: Empresa Transmilenio S.A

Como se observa en este documento, no existe una concesión en el Sistema TransMilenio, sino varias concesiones: Las 7 de los troncales, las 6 de los alimentadores y las 2 del recaudo.

Me referiré en esta respuesta a las concesiones de las empresas troncales o de buses rojos, pues es tal vez la más representativa. Los 7 contratos de concesión se firmaron luego de sendas licitaciones en los años 1999-2000 y 2002-2003. Para presentarse a estas licitaciones, era necesario que los oferentes conformaran sociedades anónimas o promesas de sociedad de este tipo; los oferentes se comprometerían a comprar un número determinado de vehículos en caso de ser ganadores para la prestación del servicio. A cambio de esto, de acuerdo a su oferta económica, ellos recibirían un pago por kilómetro recorrido.

La concesión les da derecho a recorrer kilómetros por las vías espaciales construidas para el Sistema y con el pago por kilómetro, cubrir sus costos de adquisición de bienes de capital, depreciación de los mismos, compra de los vehículos a chatarrizar, pago de conductores, mecánicos, insumos y obtener una utilidad.

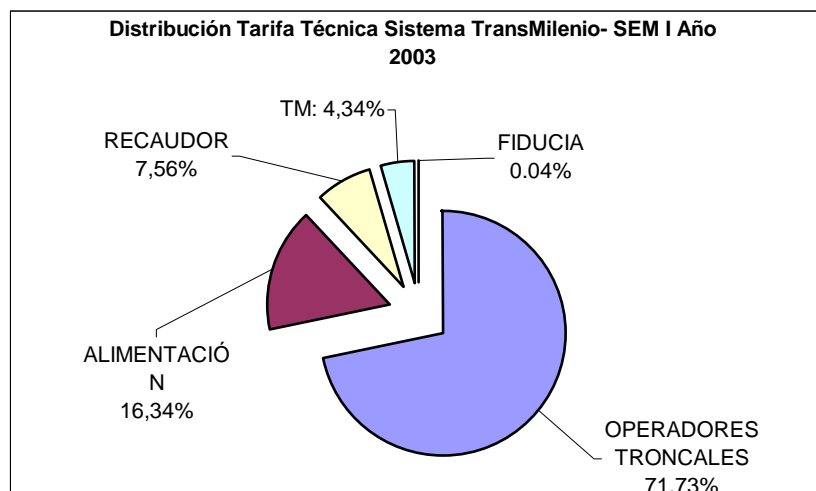
La diferencia entre los 4 primeros concesionarios y los segundos 3, consiste en que con el valor recibido del pago por kilómetro, estos últimos deben asumir costos de aseo y vigilancia de estaciones, un mayor número de buses a chatarrizar y además transferir un porcentaje de sus ingresos por kilómetro a favor de la empresa Transmilenio S.A., que se agrega al 4% que siempre recibe la empresa pública.

Como el ingreso es por kilómetro, no es posible dejar que los concesionarios recorran libremente el número de kilómetros, pues si el número de kilómetros recorridos supera el

monto que pagan los usuarios que hacen uso del Sistema, necesariamente, de acuerdo a lo explicado anteriormente, la tarifa tendería a subir a favor de los concesionarios, que recorrerían y recibirían mas recursos por recorrer mas kilómetros. De tal manera que es la empresa pública, Transmilenio S.A., es la que decide y controla el número de kilómetros a recorrer por los 7 concesionarios.

La Tarifa Técnica, entonces se distribuye entre los 4 primeros componentes del Sistema a razón del precio por kilómetro que se paga a los concesionarios troncales, de una combinación entre un pago por kilómetro y un pago por pasajero a los concesionarios alimentadores, de un pago por pasaje vendido a los concesionarios de recaudo, un porcentaje para el administrador fiduciario y un porcentaje para la empresa pública.

Como se ve en el gráfico siguiente, y se deduce de la formula mencionada previamente, esos pagos corresponden a los gastos en que incurren los componentes del Sistema para la prestación del servicio, sin contar la infraestructura. Los mayores costos y por tanto los mayores ingresos corresponden a los concesionarios troncales, luego a los alimentadores, luego a los recaudadores, después a la empresa pública y por último a la fiduciaria.



Fuente: TranMilenio S.A. Dirección Administrativa y Financiera.

En la estructuración de las concesiones, y en particular en la de los concesionarios troncales, además de definir la naturaleza jurídica de quienes podían participar, el mayor puntaje a calificar siempre fue la experiencia en la prestación del servicio de transporte público en la ciudad de Bogotá.

Por eso no es extraño encontrar que en las 7 empresas troncales y en las 6 alimentadoras, se encuentran como socios más del 90% de las empresas de transporte de la ciudad, unas 20 empresas de transporte de pasajeros de fuera de Bogotá e intermunicipales, además de al menos 6.000 propietarios de buses de Bogotá, que hoy son socios como personas naturales de estas empresas, con promedio de participación en las mismas del 24% en las 3 troncales de la segunda fase y mas del 34% en las alimentadoras de la segunda fase.

La oferta económica a hacer por parte de los oferentes se limitaba al precio por kilómetro que recibirían en caso de ser adjudicatarios. En ese sentido, la administración determinaba un piso

y un techo con el objeto de evitar una oferta por fuera de las posibilidades de operación real o una oferta exageradamente alta que disparara la Tarifa Técnica y por ende, la Tarifa al Usuario. En este cálculo se incluían todos los costos en que incurrirían los concesionarios: costos de buses, depreciación, chatarrización, conductores, mecánicos, combustibles, operación, administración y una utilidad. El piso y el techo se calculaba oscilando una rentabilidad entre el 13% y 16% de retorno de capital.

Una vez definida la adjudicación, en las concesiones se reconoce el pago inicial por kilómetro con la indexación correspondiente independientemente del número de pasajeros usuarios de los buses y del Sistema en general.

Es importante destacar que el esquema de prestación del servicio de transporte bajo el Sistema TransMilenio, conserva la relación público-privado que existe en el sistema tradicional, pues bajo la regulación de un ente público, son empresas privadas, de hecho son prácticamente las mismas y ahora con participación de los propietarios de los buses, las que prestan el servicio por unas vías determinadas; pero se presentan claras diferencias en cuanto a que las autorizaciones de rutas no se hacen por resolución que otorga la Secretaría de Tránsito y Transporte, sino por licitación pública, el servicio cubre los costos de operación de la autoridad pública que regula y sobretodo se acaba la guerra del centavo al independizar el ingreso del transportador y del conductor del número de pasajeros que recoge en la vía.

## SEGUNDA PARTE:

### REGULACIÓN Y ESQUEMA JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN EN EL SISTEMA TRANSMILENIO.

Una vez analizada la composición del Sistema, TransMilenio, sus antecedentes, los distintos agentes, y los elementos jurídicos de los contratos de concesión para la prestación del servicio de transporte masivo, nos corresponde analizar el esquema jurídico y la praxis contractual del Sistema, aplicada a las distintas tipologías de las concesiones para la operación del mismo, en tanto en la Fase I, el IDU por encargo de la Empresa Transmilenio S.A, suscribió los contratos de obra para la construcción de la Infraestructura, que luego fue recibida y entregada a los agentes del Sistema para su operación.

Para la Fase II, la construcción de las obras e infraestructura se contrató bajo la modalidad de los contratos de concesión, donde la remuneración del concesionario no está determinada no por una tarifa, sino por una suma periódica. Esta modalidad de concesión si bien, no es común su uso en Colombia, está determinada en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> 4o. Contrato de concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, **o en una suma periódica, única o porcentual** y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.



Una vez recibida del contratista constructor la infraestructura por parte del ente gestor, es decir, Transmilenio S.A., procede esta última a suscribir los contratos de concesión para cada uno de los componentes, teniendo en cuenta que estos contratos de concesión, no corresponden a la tipología tradicional que conoce la doctrina y la jurisprudencia, sino a un novísimo concepto de la sinergia entre lo público y lo privado, en tanto los contratos de concesión para la operación se van adjudicando por fases, en la medida en que se van construyendo e implementando teniendo en cuenta que el plazo de estos va entre cinco y doce años, pero que de las doce fases proyectadas para Bogotá, hasta ahora está en funcionamiento completamente la Fase I, y parcialmente la Fase II.

Esto requiere, formulas de previsión, que permitan revisar los contratos, ya que la Empresa Transmilenio S.A, tiene una duración de cien años, y su cobertura a futuro está prevista para alcanzar el 85% del total de la movilidad urbana de la ciudad proyectada al año 2016.

Es así como, mediante estos contratos de concesión, cuyas características especiales procederemos a analizar a detalle en tanto no tienen antecedentes en Colombia, procede a licitarse la instalación de la infraestructura y el funcionamiento del Centro de Control del Sistema TransMilenio; las concesiones para los articulados de la operación troncal; las concesiones para la operación del servicio de alimentación; las concesiones para el recaudo; y las concesiones para la administración de los ingresos del Sistema por concepto de la tarifa que paga el usuario, con destino distinto, es decir, la fiduciaria administra los recursos de la tarifa técnica y demás recursos que se generen con ocasión de su operación que constituyen la bolsa de ingresos del Sistema para la distribución entre los agentes del mismo.

La diferencia entre esta y la tarifa usuario la lleva a la cuenta especial del Fondo de Contingencia, con el fin de que el usuario ahorre cuando la tarifa usuario esté por encima de la tarifa técnica y cuando suceda lo contrario el usuario sigue pagando el valor de la tarifa técnica y la diferencia se cubre con los recursos del Fondo de Contingencia que además se nutrió con el aporte de \$20.000.000.000 millones de pesos del distrito al inicio de la operación del mismo.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **LA TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DEL SISTEMA TRANSMILENIO.**

Como lo señalamos anteriormente, el Sistema TransMilenio es el mejor ejemplo para determinar la clasificación tipológica de los contratos, ya sean típicos o nominales, atípicos o innominados, en tanto los distintos agentes acuden a los tipos de contratos, como aquellos que de conformidad con el principio de adaptabilidad de los servicios públicos, han tenido que adecuarse a las necesidades de la organización del Sistema por exigencia del servicio público que se le presta a la comunidad.

Por ello, se ha acudido a la modalidad de los contratos de consultoría en las distintas modalidades, vale decir, a las interventorías, estudios de prefactibilidad, factibilidad, diseño, estudios, estructuración financiera, técnica y jurídica de las concesiones y demás contratos, gerencia de obra, gerencia de proyectos, asesoría; contratos de prestación de servicios profesionales, simples, administrativos o de apoyo a la gestión, contratos de prestación de servicios públicos.

Igualmente, se han suscrito contratos de concesión atípicos, donde la remuneración no está determinada por una tarifa, sino por una suma porcentual o periódica, contratos llave en mano, contratos de empréstitos, etc.

Así mismo, el Sistema TransMilenio es la organización empresarial que de mejor manera nos permite establecer las responsabilidades públicas tanto de la gerencia pública, como de la gerencia privada, ya que en el Sistema existen componentes o agentes tanto del sector público, como del privado, pero lo más importantes, es la determinación del punto de encuentro, que igualmente sirve para la fijación de límites y la realización de sinergias entre las distintas responsabilidades entre lo público y lo privado.

De allí, que sea necesario tener en cuenta que los contratos principales, que permiten la estructuración, organización, operación y funcionamiento del Sistema TransMilenio, no responden a la tipología tradicional de los contratos, sino que bajo este concepto se le introdujeron las instituciones que objetivamente requiere el negocio para que sus agentes tanto públicos como privados, los terceros vinculados al proyecto como la banca de inversión, la comunidad usuaria del servicio, puedan satisfacer dentro de un espíritu de colaboración empresarial, puedan de manera conjunta y multidimensional satisfacer los objetivos buscados en la operación del Sistema.

#### **A. NATURALEZA Y ALCANCE DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA Y LA OPERACIÓN DEL CENTRO DE CONTROL.**

Ya habíamos señalado, que la construcción de la Fase I del Sistema TransMilenio, esto es, la Avenida Troncal de la Calle Ochenta, La Avenida Caracas, y la Autopista Norte se construyó bajo la modalidad tradicional del contrato de obra pública, donde el IDU por encargo de la

Empresa TransMilenio S.A, licitó, adjudicó y ejecutó la obra con un particular contratista a precio global, con la única innovación que el mantenimiento de la vía se realizaría dentro de los cinco años siguientes por el contratista constructor, con recursos previstos en el contrato, y que la póliza de garantía solo cubriría las contingencias de deterioro con cargo al contratista o a la compañía aseguradora por los siniestros que ocurrieran a partir del vencimiento de ese lapso, es decir, de los cinco años.

Pero los contratos de construcción de obra pública para la Fase II, es decir, Las Troncales Norte, Quito, Sur, la Troncal de la Avenida Suba, Calle 13 y de la Avenida las Américas, se contrataron por vía de concesión, bajo una modalidad prevista en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que si bien está prevista en la Ley, es poco usual en Colombia, como que la construcción de la obra está a cargo del contratista, al igual que su financiación, y la recuperación o retorno de capital está determinada no por una tarifa, sino por el pago de una suma periódica al contratista.

Lo importante del Sistema TransMilenio, es que en él confluyen las distintas tipologías de contratación, pero también distintos regímenes jurídicos de contratación, esto es, los del ente gestor que es Transmilenio S.A, están sometidos a la Ley 80 de 1993, incluyendo los que tengan que ver con la operación del Sistema en su conjunto, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo a las necesidades actuales y futuras previsibles que requiera la operación del Sistema.

De otra parte, el régimen de contratación de los agentes privados es el derecho privado, pues es evidente que acudirán al derecho civil o comercial en atención a los contratos que deban

suscribir para garantizar la organización y funcionamiento de la operación a la que se comprometieron con el componente público.

**1. Los contratos de concesión para la construcción de troncales e infraestructura pública para la Fase II: Esquema jurídico de concesión contratado por el IDU-TRANSMILENIO S.A.**

El esquema jurídico de los contratos de concesión para la adecuación de las troncales NQS, SUBA al Sistema Transmilenio, no corresponden a la tipología tradicional de los contratos de concesión, ya que la fuente de remuneración no se deriva de la demanda y prestación del servicio o del recaudo de pasajes del usuario u otro tipo de tarifas, sino que los pagos que debe afectar Transmilenio S.A., a los contratistas tienen su origen en las transferencias presupuestales de recursos asignados al Sistema por el Distrito y la Nación, según el estructurador legal del proyecto, Duran & Osorio Abogados Asociados, que su estudio señaló: “*Se trata de una concesión en el sentido definido en el numeral 4 , artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con lo cual son aquellos contratos celebrados por las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona jurídica llamada concesionario la construcción de una obra a cambio de una remuneración que puede consistir, entre otros, cualquier modalidad de contraprestación que acuerden las partes. En el caso particular de la estructuración legal desarrollada por Duran & Osorio Abogados asociados se configuran los elementos que constituyen una concesión en la financiación que presten los concesionarios para el desarrollo del proyecto, la conservación del proyecto durante la etapa de mantenimiento a que se obligan los concesionarios y el esquema*

*remuneratorio que a cambio ofrece el IDU y Transmilenio S.A con las vigencias futuras comprometidas hasta el año 2011.*<sup>55</sup>

El esquema de concesión entonces, se fundamenta en el supuesto que el negocio de los concesionarios es el de obtener la financiación necesaria para la ejecución de las obras y su mantenimiento previsto, mientras que las labores de construcción y mantenimiento serán realizados por subcontratistas de los concesionarios.

En cuanto a la cláusula de reversión, se observa con vehemente razonabilidad, que el plazo de los contratos de concesión para la construcción de las troncales NQS, SUBA es de 84 meses, con 24 meses iniciales para la construcción, plazo durante el cual el concesionario ha realizado el 96% de la inversión, mientras que el 4% restante hace relación al presupuesto del mantenimiento para lo cual se dispone de 60 meses adicionales para la etapa de mantenimiento; razón por la cual la reversión de la obra al Distrito ocurre al vencimiento del mes 84 por dos razones.

En primer lugar porque hasta esa fecha el concesionario recupera la totalidad de la inversión, y en segundo lugar, porque durante el horizonte del proyecto o plazo de la inversión está previsto el mantenimiento de las vías que debe realizar el concesionario, y mientras no se hayan ejecutado en el tiempo los dos componentes de la concesión, vale decir, la construcción y el mantenimiento, no tiene la obligación contractual de recibir las obras en reversión el IDU-Transmilenio S.A.

---

<sup>55</sup> Contraloría de Bogotá, Estudio Sectorial de la Dirección de Infraestructura y Transporte. Interrogantes sobre la Contratación de la segunda fase de las troncales de Transmilenio. Pág. 21, 2003.

La importancia de esta modalidad de concesiones, consistió en que si se financiaba la obra con la banca de inversión, se podía construir y poner en operación la fase II en el 2005, y no en el 2009, vale decir, que la ampliación y expansión del Sistema TransMilenio se hacía cada mas necesaria, pero al no contar con los recursos en caja para la construcción de la infraestructura, se requería acudir al sector privado para construir la obra desde ya, pues de lo contrario se debía esperar hasta 2008 para acumular las partidas anuales suficientes y abrir las licitaciones para suscribir los contratos de obra pública tradicionales.

La única solución era acudir a un mecanismo de financiación, que desde luego implicaba unos costos financieros, que al ser de 292 millones de dólares, era un excelente negocio si tenemos en cuenta que anticipamos las troncales, que Transmilenio recibe el 4% de la operación de la Fase II, y que se ampliaba la cobertura a mas sectores de la ciudad<sup>56</sup>.

En cuanto al manejo del riesgo constructivo, este fue contratado de conformidad con los lineamientos del Documento CONPES 3017 del 3 de abril de 2001 sobre *“Política de Manejo del Riesgo Contractual del Estado para procesos de Participación privada en Infraestructura”*, y por el Documento CONPES 3131 del 3 de septiembre de 2001, que modifica el anterior. Tales documentos señalan como principio general, que el riesgo de construcción debe ser transferidos al inversionista privado, en la medida que este tiene la experiencia y conocimiento sobre variables que determinan el valor de la inversión, y que tiene a su cargo las actividades de

---

<sup>56</sup> PATIÑO OSORIO, María Isabel. “La Construcción de infraestructura para Transmilenio: Un instrumento de política pública. Febrero 4 de 2004. Documento respuesta a la Contraloría de Bogota, al documento denominado Interrogantes sobre la construcción de las troncales de la segunda fase de TransMilenio .



construcción, el programa de construcción, la adquisición de equipos, las tecnologías asociadas con el proyecto, la compra de materiales etc.<sup>57</sup>

La distribución de los riesgos, nos hacen clasificar los contratos de la Fase II, en concesiones de tercera generación, donde los riesgos de construcción los asume exclusivamente el concesionario, mientras que los contratos de la Fase I, los riesgos eran asumidos de manera mixta, es decir, dentro de los cinco años siguientes los asume el ente público, en tanto no son contratos de concesión, sino contratos tradicionales de obra, y el riesgo del contratista los asume a partir del vencimiento de los cinco años siguientes a la entrada en operación de las troncales.

El objeto del contrato de concesión para la construcción de la infraestructura de las Troncales Norte-Quito- Sur-Suba (NQS-SUBA), consiste en que el IDU-TRANSMILENIO S.A, previa licitación pública adjudica y suscribe el contrato con una Sociedad de banca de inversión que ofrece unas firmas constructoras de obras civiles, al mismo que garantiza los recursos para la construcción de las obras y mantenimiento de las obras a un horizonte de ochenta y cuatro meses; mientras el Distrito de Bogotá con los certificados de disponibilidad presupuestal de los recursos disponibles y con la autorización para asumir compromisos con cargos a vigencias presupuestales futuras de la Secretaría de Hacienda Distrital y de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, garantiza al concesionario el retorno o remuneración de su inversión a través del pago de una suma periódica durante el

---

<sup>57</sup> Documento CONPES 3017 del 3 de abril de 2001 sobre Política de Manejo del Riesgo Contractual del Estado para procesos de Participación privada en Infraestructura”, y 31331 del 3 de septiembre de 2001, que modifica el anterior

plazo del contrato, que al finalizar se produce la obligatoria reversión de los bienes del concesionario al concedente.

## **2. El contrato de concesión para la operación del Centro de Control de Información y Comunicación Satelital.**

La Empresa Transmilenio S.A, suscribió el contrato No. 235 de 2003, con la Empresa ELECTRONIC TRAFIC S.A-ETRA, cuyo objeto principal es la instalar con cargo a los recursos del contratista el centro de control, cuyo principal es el siguiente:

*“CLAUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO. El objeto del presente contrato es para la adquisición, instalación, desarrollo, puesta en marcha, mantenimiento y soporte técnico de equipos, aplicaciones computacionales y servicios necesarios para el desarrollo instalación y puesta en marcha de un sistema de información electrónico para los usuarios del Sistema TransMilenio cuyo alcance incluye la venta, de los equipos, software, aplicaciones, interfases, servicios de comunicaciones, instalación, desarrollo, puesta en marcha, mantenimiento y soporte técnico, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en este Pliego de Condiciones.*

*El objeto del contrato tiene el siguiente alcance:*

- a) Suministro, instalación y prueba de los equipos y bienes necesarios para poner en marcha el Sistema de Información electrónico para los usuarios.*

- b) *Desarrollo, prueba y suministro del software, aplicaciones y sistemas necesarios para la puesta en marcha del Sistema de Información a los usuarios.*
- c) *Desarrollo, prueba e instalación de las interfaces necesarias entre el sistema de Información electrónico y el Sistema de Programación y control de TRANSMILENIO S.A., para el correcto funcionamiento del Sistema de Información.*
- d) *Suministro de los servicios de comunicaciones necesarios para la transmisión de los datos entre el centro de control y el sistema de Información.*
- e) *Prestación de Servicios de mantenimiento y soporte técnico al Sistema de Información.*

***CLAUSULA SEGUNDA CONDICIONES TÉCNICAS. SISTEMA DE INFORMACIÓN EN LAS ESTACIONES DE TRANSMILENIO.*** *El sistema debe contar con todos los equipos, conexiones, software e interfaces necesarias para el control, transmisión, configuración, almacenamiento y visualización de mensajes predefinidos por TRANSMILENIO (Mensajes institucionales) y del funcionamiento general del sistema (Operación de buses, Servicios, Contingencias, etc) desde y hacia el Centro de Control.*

### ***1. Infraestructura computacional del Sistema***

#### ***1.1 Infraestructura computacional del Centro de Control***

*El PROVEEDOR debe entregar las instalaciones de redes, equipos de comunicaciones, servidores y clientes, aplicaciones computacionales y de bases de datos, e infraestructura física necesaria para la realización de las funciones de programación y control de los mensajes en las estaciones en tiempo real y las interfaces de comunicaciones con el sistema instalado en el Centro de Control, a partir de la base de datos que entrega el centro de Control de TRANSMILENIO S.A.*

*Todos los equipos deben poseer una velocidad de procesamiento de datos suficiente para el cálculo y manejo de toda la información en línea superior a la velocidad de procesamiento del sistema de gestión de flota. Se deberán entregar las licencias y software de instalación.*

Lo anterior, nos muestra que esta tipología contractual es atípica en cuanto no es propiamente un contrato “llave en mano, como tampoco un contrato bien definido de concesión, sino que contiene características de uno y otro, además de contener elementos del contrato de suministro de bienes y de prestación del servicio de comunicaciones a través de red privada, a saber:

Es un contrato “llave en mano”, en cuanto ETRA S.A. es un proveedor de servicios para el Sistema TransMilenio S.A., ya que esta le contrata previa licitación para que instale un centro de operación con cargo a los recursos del contratista, pero que una vez realice y ponga en operación el centro de control, la Empresa contratista le factura el valor invertido por el contratante, precio que desglosado incluye los costos y gastos de los equipos físicos, el valor de su instalación, programas y puesta en operación.

Pero tiene del contrato de concesión, que el objeto del contrato recae o se desarrolla sobre la operación de un servicio público, cuyo ente gestor, regulador y planeador es una sociedad pública por acciones de carácter distrital, y como quiera que su instalación permite la operación de un Sistema cuyo objeto social es la prestación del servicio de transporte masivo urbano, esta tiene la exclusividad en el montaje, instalación y puesta en marcha del sistema informático.

Así mismo, el mantenimiento del centro de control lo realiza la Empresa ETRA durante el plazo del contrato, pero que igualmente este le factura mensualmente el valor de las comunicaciones que realice para la operación del Sistema. Tiene del contrato de suministro, en tanto ETRA S.A para la instalación, montaje y puesta en marcha del centro de control debió suministrar todos los equipos y bienes materiales para ponerlo en funcionamiento, y de prestación de servicios, tiene que el servicio de comunicación se presta a través de equipos debe y radios de comunicación del contratista por lo que Transmilenio S.A previa facturación le cancela los servicios.

Esto opera de la misma manera, como el servicio que presta una compañía celular cualquiera donde los equipos de comunicación los suministra la empresa prestataria del servicio, y el usuario los recibe en comodato solo para las comunicaciones debiendo pagar el servicio, pero también tiene el deber el contratista de actualizar los equipos con tecnología de punta. Es por ello que Transmilenio S.A. no quiso adquirirlos directamente en tanto se desactualizaban los equipos y era mas costosos su renovación periódica.

Así mismo, todos los equipos, software, hardware y demás programas deben ser registrados a en la Dirección Nacional de Derechos de Autor a nombre de Transmilenio S.A, así como la marca notoria, que no es del Sistema, sino que se encuentra registrada a nombre del ente gestor ante la Superintendencia de Industria y Comercio, pero todos los servicios y equipos puestos en funcionamiento para la operación del Sistema Transmilenio tienen que revertirse al ente gestor, una vez expire el plazo del contrato.

Lo anterior, nos muestra que finalmente, las tipologías contractuales no cumplen un fin en sí mismas, sino que van adoptando las formas y tipos que el servicio público requiera, y por tanto debe sujetarse a las nuevas formas de colaboración empresarial, de financiación de lo público, de la competencia, de los sistemas originales de transporte, pues en este caso, es evidente, que ETRA S.A tiene asegurado la continuidad en la prestación del servicio, ya que no solo diseñó e implementó el centro de control, sus programas, sino que sus características son únicas en el mundo, de tal manera que muy difícilmente entraría en futuras fases otro operador del centro de control, mientras la plataforma tecnológica instalada actualmente se mantenga.

De allí, que la ampliación del servicio de la Fase I a la Fase II se hizo directamente a través de adiciones a los contratos, debido a que el concesionario contaba con la infraestructura tecnológica, y sólo debía adquirir y renovar las licencias de los programas que requería mayor amplitud debido a la nueva red donde iba a extender sus servicios.

Finalmente los monopolios de hecho en Colombia no son ilegales, pero la ley prohíbe el abuso de la posición dominante en el mercado, es decir, que por ser el único proveedor del servicio, y el que conoce sus especificaciones técnicas, en cualquier momento utilice esa ventaja para hacerse reconocer mayores precios en la facturación del servicio de comunicaciones.

Por ahora, la verdad es que por estar operando el 100% de la Fase I, y parcialmente la Fase II, lo que se vislumbra es que de un total de doce fases programadas a futuro, por ahora la plataforma tecnológica instalada y la demanda del servicio, le asegura a la compañía ETRA S.A. la continuidad en la prestación del servicio, mientras la complejidad del sistema al entrar a operar las otras Fases, no haga exigible otra plataforma tecnológica que desde luego mientras

este vigente el contrato 235 de 2003, debe ser compatible con la anterior. Otro de los comportamientos contractuales que nos conduce a reafirmar que ETRA S.A, va a mantener el monopolio de este contrato atípico, es que mediante Contrato 037 de 2003, volvió a suscribir con Transmilenio S.A el contrato para la prestación del servicio a la totalidad de Fase II.

Los bienes y equipos del centro de control son de Transmilenio S.A por tanto no hay reversión, pero los radios de comunicación que son de ETRA S.A se asignan en comodato a Transmilenio S.A, debiendo esta última revertírselos a la segunda a la finalización del contrato, o cada vez que haya lugar a su actualización.

## **B. NATURALEZA Y ALCANCE DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN PARA LA OPERACIÓN DEL SISTEMA.**

El Sistema está estructurado de conformidad con la Ley 310 de 1996, el Acuerdo 04 del 4 de febrero de 1999, que estructura el Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros que comprende las áreas urbanas, suburbanas y por los municipios a los cuales el sistema sirve de interconexión directa o indirecta, exigiendo que el agente regulador, planeador y gestor del Sistema debe ser una sociedad pública por acciones, que para el caso de Bogotá se creó Transmilenio S.A; es decir, esta es la razón por la cual los demás agentes del Sistema son concesionarios privados, ya que el agente gestor no puede actuar como operador competidor de los privados.

Lo anterior, es indicativo de la importancia de los contratos de concesión en el Sistema TransMilenio, pues mientras la Ley el mencionado acuerdo estén vigente, no existe modo de gestión distinta a que la operación necesariamente debe ser contratada mediante contratos de concesión para el caso de las troncales y el servicio de alimentación a los transportadores o la banca de inversión interesada en el negocio; la fiducia a las entidades financieras y autorizadas por la Superintendencia Bancaria; y el recaudo con los expertos en sistemas de comunicaciones y recaudo de peajes, tarifas etc.

**1. Los contratos de concesión para la operación del recaudo de los ingresos por concepto de la tarifa–usuario como medio de pago para acceder al Sistema TransMilenio.**

La Empresa Transmilenio S.A, previa proceso licitatorio suscribió contrato de concesión para la operación del recaudo del Sistema TransMilenio, para la Fase I, con la empresa ANGELCOM S.A; y en la Fase II adjudicó el contrato a la Unión temporal ANGELCOM S.A, con el 70% de participación, y la KEB TECHNOLOGY CO, con el 30%, durante un plazo de diez y doce años respectivamente, con el objeto según el contrato de:

*“El presente contrato tiene por objeto: Otorgar en concesión al CONCESIONARIO la explotación económica del Recaudo del Sistema TransMilenio por el concepto de venta del servicio de transporte público de pasajeros sobre las troncales Avenida Caracas, Autopista Norte y Calle 80, y, a opción de TRANSMILENIO S.A., de las que sucesivamente se lleguen a construir dentro del término de vigencia del contrato de recaudo, bajo la vigilancia y control de TRANSMILENIO S.A., opción ésta que será de*



*obligatorio cumplimiento para el CONCESIONARIO en caso de ser ejercida por TRANSMILENIO S.A. conforme al derecho que en tal sentido le asiste conforme lo reconoce el CONCESIONARIO a través del presente contrato. Otorgar en concesión la infraestructura para la instalación, operación y explotación del recaudo del Sistema TransMilenio. La infraestructura entregada en concesión solo incluirá el espacio para los puntos de venta y para las barreras de control de acceso.*

#### **NATURALEZA DEL CONTRATO:**

*El presente contrato de concesión instrumenta la relación de carácter contractual que vinculará a TRANSMILENIO S.A. y al CONCESIONARIO a partir de la fecha de su entrada en vigencia, como partes que son del contrato. Dicha relación contractual estará sometida a las disposiciones, reglas y principios que rigen los contratos celebrados por entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentran expresamente regulados por la Ley 80 de 1993 aplicables al contrato de concesión, y las demás normas que la sustituyan, desarrollen o reglamenten. En los demás aspectos se regirá por las normas del derecho privado.*

Los contratos de concesión suscritos con la Empresa Transmilenio S.A, tienen como característica especial, que el concesionario realiza la inversión para la instalación y funcionamiento de la red de comunicaciones, empleados, instalación de equipos, venta, recaudo del valor de los pasajes, y la elaboración de las tarjetas inteligentes para que los usuarios puedan ingresar al Sistema. Dicha operación, incluye el traslado del valor de las tarjetas vendidas, hasta la entidad fiduciaria también concesionaria del servicio de administración financiera de estos recursos.

Los programas y softwars deben ser registrados a nombre de Transmilenio S.A, porque contractualmente, el Sistema está montado para que por cada fase se ordene una nueva

licitación, lo que implica que el sistema de operación informático del operador del recaudo debe ser compatible con el que se disponga para la nueva Fase en operación, o por el concesionario sustituto, en el evento en que por cualquier causa el operador del recaudo deba ceder el contrato con autorización de Transmilenio S.A, o que en esta deba por las razones previstas en la ley proceder a seleccionar otro contratista.

Este contrato de concesión, también es una modalidad de tercera generación, en cuanto el riesgo para la instalación y administración de equipos, plataforma tecnológica, mantenimiento etc, lo asume el concesionario, mientras que en relación con la demanda del servicio el Estado le garantiza el 7% de participación en la tarifa técnica que pague el usuario por cada pasaje vendido.

En el estudio de la firma Steer Davies contratado por la Secretaría de Tránsito de Bogotá, sobre estudio de la demanda para la estructuración del Sistema, se considera que “El Sistema de recaudo es junto con el control los dos Sistemas clave de la operación de TransMilenio” y como elementos básicos del primero considera:

- El recaudo externo a los vehículos
- Integración tarifaria en las estaciones de transferencia
- Validación de tiquetes a la entrada y salida del Sistema como forma de control y de obtención de información origen – destino de la demanda.
- Como control del recaudo se recomienda una fiduciaria, para dar transparencia al manejo de fondos.

- Manejar los costos de recaudo para que no tengan una participación significativa en la composición de la tarifa.
- Los equipos de venta y de acceso en las estaciones deben ser en número suficiente para no provocar pérdidas de tiempo excesivas para los usuarios.
- Sistema de recaudo por medios electrónicos.

El concesionario se compromete a proveer los siguientes equipos:

- Unidad de procesamiento de datos.
- Codificadores e inicializadores de medios de pago.
- Taller de mantenimiento.
- Unidad de consolidación de datos.
- Barreras de control de acceso.
- Terminales de carga asistida.
- Equipos adicionales.

Estos equipos deben tener una disponibilidad para el procesamiento y transmisión de datos mínima del 98,6% y cumplir con las siguientes características técnicas:

- Permitir la utilización de medios de pago y/o equipos de varios proveedores.
- Aceptar medios de pago de otros Sistemas de transporte
- Cumplir certificaciones y pruebas Año 2000.

- Capacidad para conectar terminales de carga automática, equipos de validación en buses alimentadores y terminales de carga asistida en puntos de venta fuera de la infraestructura del Sistema TransMilenio.
- Poseer mecanismos para detección interna de fallas.

### **1.1.1. Niveles de Servicio del Agente Recaudador.**

ANGELCOM se encuentra obligado y será responsable por el cumplimiento de los siguientes niveles de servicio<sup>58</sup>:

- Nivel de pérdida de medios de pago = 0
- Faltantes de medios de pago para venta por puntos de parada = 0
- Diferencia entre el dinero de venta y el dinero consignado = 0
- Tiempo máximo de espera en la venta: en ningún punto de venta de adquisición el medio de pago podrá superar de los 2 minutos, salvo el período de tiempo comprendido durante la hora pico, término en el que se admitirá excepcionalmente que hasta el diez por ciento (10%) de los usuarios sea sometido a un tiempo de espera máximo de 4 minutos.
- El concesionario deberá disponer de manera permanente, de reservas e inventarios de todas las partes y/o equipos del Sistema que se requieran para garantizar los niveles de servicio de operación y mantenimiento establecidos en el presente contrato.

---

<sup>58</sup> Contraloría de Bogotá, Estudio Sectorial sobre “El Sistema de Transporte masivo urbano de pasajeros y la participación privada en el Sistema”, 2003. Dirección de Infraestructura y Transporte.

### 1.1.2 Administración del Riesgo en el contrato de concesión del Recaudo.

La asignación de riesgos en el contrato de concesión motivo de este análisis se estableció así:<sup>59</sup>

|                            |  |
|----------------------------|--|
| <b>TIPO DE RIESGO</b>      | ASIGNACIÓN CONTRACTUAL   |
| <b>CONST/N Y OPERACIÓN</b> | El Concesionario asume el riesgo por la adquisición, instalación, adaptación, operación, mantenimiento de equipos, medidas de seguridad generales y del efectivo recaudado en particular y control del Sistema de información del recaudo.<br><br>Excepto los generados por cuenta de terceros.  |
| <b>FUERZA MAYOR</b>        | Los riesgos de fuerza mayor asegurable y políticos no asegurables son asumidos por el Concesionario. En la etapa de operación, se puede recurrir a los recursos del Fondo de Contingencias para mitigar graves catástrofes que impliquen alteraciones importantes en los costos de operación del Sistema. Como excepción, el Concesionario estará exonerado de responsabilidad en los casos que se deriven de hechos de terceros e incumplimiento del Concedente, pero, debe demostrarse una relación causal de conexidad directa entre el hecho y la obligación incumplida. |
| <b>COMERCIAL</b>           | El riesgo de demanda lo asume el Sistema TransMilenio como un todo y básicamente el Gestor del mismo, a través de la estabilidad de la demanda del Sistema y los ajustes de la tarifa, respecto al índice IPK y los cambios en la alimentación. El Concesionario asume el riesgo de cartera; esto es, el no pago del pasaje o la evasión del mismo (pérdidas no  |

<sup>59</sup> El Concesionario asumirá todos los riesgos que superen los mecanismos tendientes a diluir los efectos de los riesgos previstos en el contrato, (los propios de la actividad económica de recaudo en el Sistema TransMilenio, y del giro ordinario del negocio).

|                                   |  |
|-----------------------------------|--|
|                                   | técnicas).   |
| <b>REGULAT<br/>ORIO</b>           | El concesionario asume los riesgos derivados de los cambios en la regulación legal en general, y en particular aquella en materia tributaria, que expidan tanto las autoridades nacionales como las autoridades distritales; se exceptúan los “hechos del príncipe” que generen variación de las tarifas.  |
| <b>OBLIG.<br/>AMBIENT<br/>AL.</b> | Respecto a la infraestructura concedida mediante el contrato, el Concesionario asume la obligación de elaborar los estudios de impacto y manejo ambiental requeridos. No obstante, se obliga al Concedente a colaborar con el Concesionario para la obtención de licencias y autorizaciones que se requieran para la ejecución del contrato.   |
| <b>FINANCIE<br/>ROS</b>           | El Concesionario asume por cuenta propia o con cargo a la obtención de créditos, la financiación total de la inversión que se requiera para la ejecución del contrato; además, los riesgos derivados de cambios en materia tributaria. Para mitigarlos puede pignorar los derechos económicos que adquiere con el contrato, otorgar en garantía los equipos a la entidad financiadora; de otro lado, en los primeros seis meses de la operación regular puede verse beneficiado con la utilización de créditos provenientes del Fondo de Contingencias creado en el Sistema. |
| <b>CAMBIARI<br/>OS</b>            | Dado que la financiación de las inversiones es responsabilidad del Concesionario, este riesgo y su mitigación es responsabilidad del mismo, incluidas las obligaciones que se deriven de su relación contractual con los subcontratistas extranjeros de asistencia operativa y técnica.  |

Fuente: Contrato de Concesión de Recaudo Fase I, Fase II; Transmilenio S.A- Angelcom S.A- U.T Angelcom S.A y Keb Technology Co.

## **2. Los contratos de concesión con los Operadores Troncales.**

Una de las características de los contratos de concesión para el servicio de operadores troncales, es que estos fueron adjudicados a distintas empresas, es decir, se reunieron en ocho empresas los transportadores tradicionales para licitar, adjudicar, suscribir y ejecutar los contratos de concesión, para que de acuerdo a su capacidad financiera, técnica y operativa prestaran el servicio de movilidad de pasajeros que accedieran al Sistema, aportando cada uno el número de articulados rodantes que se definieron en los pliegos, las evaluaciones y los contratos suscritos.

Como quiera que existe la concurrencia de múltiples contratos para un mismo fin, en donde los concesionarios interactúan y participan de los ingresos producto de la tarifa técnica, teniendo en cuenta el número de pasajes vendidos diariamente, así como también el número de kilómetros programados y efectivamente recorridos por cada articulado rodante.

De allí, que todos los ingresos producto de la tarifa usuario, entra a una bolsa de ingresos diarios, de donde se sustrae la tarifa técnica para distribuir las entre los distintos agentes, en donde la entidad fiduciaria, el recaudador y Transmilenio S.A. participan en un porcentaje fijo, mientras que los operadores troncales participan de los ingresos del porcentaje teniendo en cuenta los kilómetros recorrido en proporción con los ingresos diarios por viajes vendidos.

El servicio de alimentación factura por el número de pasajeros que lleve y traiga a las estaciones intermedias y portales de cabecera, teniendo en cuenta, que los buses transportan a

las personas de los paraderos de la periferia a las estaciones y viceversa, pero como no es posible contabilizar cuales de los pasajeros que se bajan en las estaciones usan el servicio de alimentación de éstas a la periferia o no, la regla que se usa para la facturación es que se presume, que todo pasajero que se traslada de los paraderos de la periferia ingresan al Sistema y pagan, se bajan utilizan el servicio de alimentación, entonces la facturación de cada empresa concesionaria de este servicio se determina por el número de pasajeros que ingresan al Sistema por la estación de estos vehículos, presumiendo que la misma cantidad debe trasladar de regreso a las estaciones de la periferia.

La diferencia existente entre la tarifa técnica y la tarifa usuario, se consigna en el Fondo de Contingencia del Sistema cuyo capital es público, pero que en la práctica es el ahorro del usuario para estabilizar la tarifa, para garantizar que durante todo el año no se realicen alzas y cuando la tarifa técnica sea superior a la que paga el usuario, la diferencia se cubra con los recursos de este Fondo.

En la praxis, como este es un Sistema, los usuarios que ingresan a las estaciones abiertas al público en general, terminan subsidiando el servicio de alimentación de quienes si lo usan, bajo el entendido que las diferentes empresas concesionarias del servicio de alimentación les pagan el porcentaje de los ingresos que le correspondan por el número de pasajeros que transportan a las estaciones del sistema, pagándoselos doblemente, en razón a que se presume que todo el que ingresa por las taquillas de alimentación de regreso igualmente lo usa, así sea el servicio de alimentación que preste otro operador en la estación donde se baje de los articulados -troncales. Las empresas operadoras troncales por fases, y el número de buses, se muestran a continuación:



Operadores Troncales Fase I y Fase II:

| <b>Operador Troncal</b>                          | <b>Patio Portal</b>                | <b>Buses Articulados</b> |
|--|------------------------------------|--------------------------|
| <i>Fase I</i>                                    |                                    |                          |
| SI 99  | Patio Portal de Usme               | 160                      |
| Exprés del Futuro                                | Patio Portal Calle 80              | 120                      |
| Sociedad Internacional de Transporte Masivo SITM | Patio Portal Autopista Norte       | 100                      |
| Metro Bus  | Patio de operación Portal de Tunal | 90                       |
| <i>Fase II</i>                                   |                                    |                          |
| Transmasivo                                      | Portal de Suba                     | 130                      |
| SI 02  | Portal de las Américas             | 105                      |
| Conexión Móvil                                   | Portal del Sur                     | 100                      |

## 2.1 Operadores Troncales (Buses Articulados Rojos) FASE I:

Se asignaron cuatro concesiones, una por cada portal que comprende la Fase 1, en la Troncal Caracas, en el ramal del Tunal, en la Troncal Autopista Norte y en la Troncal Calle 80. Los

cuales circulan por los carriles exclusivos de las troncales y componen la flota con buses articulados. Los concesionarios son:

METRO BUS: Con concesión para 90 Vehículos, más el patio de operación ubicado en el extremo de la Troncal Avenida Caracas – Tunal.

SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE – SI 99 S.A.: Con concesión para 160 vehículos, mas el patio de operación con la infraestructura ubicada en el extremo de la troncal avenida Caracas – Artillería.

EXPRES DEL FUTURO: 120 vehículos, más el patio de operación con la infraestructura ubicada en el extremo de la Troncal calle 80.

CONSORCIO INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO - SITM: Con concesión para 100 vehículos, más el patio de operación con la infraestructura ubicada en el extremo de la Troncal Autopista Norte.

Para estructurar la gestión de los operadores de las distintas troncales para cada contrato de concesión de operación se establecieron los siguientes: Índice de puntualidad, de regularidad y frecuencia de articulados y encuestas periódicas.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Mediante comunicación escrita a ésta Dirección, Transmilenio S.A., aduce que en común acuerdo con los operadores del Sistema decidieron realizar dicha encuesta una vez finalizada la fase I del proyecto a fin de que los usuarios identificaran plenamente a cada uno de los operadores según el patio taller que tienen asignado en cada Portal. Para la realización de las encuestas se firmó un contrato con el Centro Nacional de Consultoría mediante licitación pública de 2002 y tendrán resultados de carácter mensual y trimestral.

El índice de puntualidad es la relación porcentual entre las cantidades de servicios realizados en condiciones de cumplimiento de la planeación de itinerarios y frecuencias programadas (medidos en la terminal de salida). El indicador de regularidad es la relación, en porcentaje, entre las cantidades de servicios realizados y los servicios programados.

**2.1.1. Administración del Riesgo en los contratos de concesión para la operación de los servicios troncales.** La estructuración del Sistema permite que en los contratos de concesión la distribución de riesgos sea conforme a la tendencia moderna y la experiencia en las concesiones viales para los contratos de concesión de tercera generación; así, el Fondo de Contingencias que constituye el respaldo o la garantía a los concesionarios, de que siempre su participación en los ingresos del Sistema va a estar determinada conforme al valor de la tarifa técnica que se actualiza conforme al IPC de manera mensual.

Como quiera que la tarifa usuario la fija el alcalde para cada año, entonces el Fondo e garantiza siempre le va a garantizar al concesionario sus ingresos tendiendo en cuenta el índice mensual de precios al consumidos, sin importar el monto de la tarifa usuario, ya que este es la súper-garantía que cubre todas las eventualidades de riesgo en las que puede incurrir el Sistema por lo que en economía se llama las externalidades que afectan la canasta de costos en que incurren los concesionarios para operar.

Sin embargo, se incluyen en el contrato algunos riesgos que asume el concesionario como:  
*“...los asociados a la variación del precio en los insumos de operación, el impacto que en los costos y en el retorno*

*de la inversión previstos por el concesionario puedan tener factores internos o externos al Sistema TransMilenio que dificulten, retrasen o dilaten el proceso de implantación o puesta en marcha del mismo...”<sup>61</sup>*

El primer riesgo enunciado, es decir, los que determina el aumento de la tarifa técnica mes a mes, que es mitigado por el mecanismo de ajuste de tarifas; y el segundo, que es asumido por los agentes del Sistema, que están determinados por aquellas circunstancias que impiden la movilidad del vehículo, evento en el cual lo asumen los agentes operadores- troncales-privados. La reversión en los contratos con los operadores troncales se verifica, en cuanto una vez vencido el plazo del contrato, las empresas deben chatarrizar todos los articulados rodantes sin fórmula económica de reversión alguna, ya que durante el plazo del contrato se le iba amortizando en la tarifa técnica la depreciación mensual del vehículo.

### **2.1.2. Distribución de los riesgos en los contratos de concesión con los Operadores Troncales.**

La distribución de los riesgos en los contratos de concesión para la operación de los servicios troncales, son asumidos por los operadores, conforme a las características propias de los contratos de concesión de tercera generación, incluyéndose los riesgos de demanda, en tanto la Empresa Transmilenio S.A, conforme a los datos que le suministre el Centro de Control, será la que planeará y programara los articulados y los kilómetros a recorrer, lo que indica que si disminuye la demanda durante ciertos días a la semana como domingos y festivos, los periodos de vacaciones de estudiantes, semana santa y fin de año, el stop es asumido por los concesionarios, pero si aumenta la demanda en mas de lo previsto todos los ingresos deben

---

<sup>61</sup> Cláusula 91 de los Contratos de Operación de Troncales.

entrar a la bolsa para ser distribuidos de conformidad con el porcentaje de participación de cada uno de los agentes: Veamos como se distribuyeron los mencionados riesgos.

| <b>Tipo de Riesgo</b>   |  |
|---|--|
| DEMANDA   | El concesionario asumirá la totalidad de los riesgos que se deriven en el cumplimiento de las condiciones mínimas requeridas para la operación troncal dentro del Sistema, asumiendo, por lo tanto, los costos, gastos y medios que se requieran a dicho efecto.   |
| FINANCIERO  | La obligación de asumir por cuenta propia, con cargo a los aportes de capital, a la obtención de créditos o a cualquier otra fuente de financiación, el costo total de la inversión que se requiera para la ejecución del contrato de Concesión  |
| FLUJO DE CAJA   | El concesionario tiene la obligación de suscribir todos los contratos accesorios o complementarios al contrato de concesión que se requieran para el funcionamiento del Sistema TransMilenio, tales como el contrato de fiducia, según la minuta y el administrador fiduciario que determine TransMilenio S.A.   |
| Riesgo del Equilibrio Económico del contrato                  | Las partes aceptan cualquier costo, sobrecosto, indemnización o reconocimiento a cualquier título que pudiera llegar a generarse por la realización del contrato, lo entienden plenamente recompensado a través de la participación en los beneficios derivados de la explotación económica del Sistema, bajo las condiciones y términos que le son aplicables de la regulación contractual.   |
| CAMBIARIO   | Dependerá del tipo de financiamiento que use el concesionario, por ello depende de él cubrirse de éste riesgo.   |
| IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA                                      | Será obligación de TransMilenio S.A., adelantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión, planeación y control del Sistema, que permitan al Concesionario el desarrollo de la actividad de transporte que es objeto de la presente concesión.   |
| Riesgo Operativo, Técnico y de Mantenimiento de los Vehículos | El riesgo operativo lo asume el Concesionario como actividad misional y fundamental que deberá desarrollar dentro del Sistema troncal para el traslado de personas. Será responsabilidad del Concesionario, proveer los vehículos que se requieran para la atención de los servicios programados por el Sistema, con las características de dotación y tipología que TransMilenio establezca.<br>El Concesionario garantizará el estado mecánico de los vehículos de su flota.   |
| TRIBUTARIO Y REGULATORIO                                      | Son atribuidos al concesionario.<br>El detrimento que los ingresos del Sistema TransMilenio pueda causar un acto de autoridad que pueda ser considerado "hecho del príncipe", como variación de las tarifas, se encuentra garantizado con el compromiso del Alcalde Mayor de Bogotá, quién en su calidad de representante legal del Distrito Capital suscribirá un compromiso o acuerdo con el Distrito, que trasladará a este último el riesgo en comentario.   |
| FUERZA MAYOR CASO FORTUITO                                    | Es atribuido al concesionario, únicamente estará exonerado de las obligaciones previstas a su cargo en el presente contrato, en los casos de fuerza mayor y caso fortuito, entendidos estos en los términos del artículo 64 del Código Civil, o cuando el incumplimiento sea consecuencia de hechos de un tercero.<br>Se considerará que media la fuerza mayor, en relación con los incumplimientos que tengan origen en la ejecución de los contratos de obra o suministro, contratados por el Distrito Capital, por el IDU, o por cualquier otra autoridad administrativa, para el |

| Tipo de Riesgo |   |
|----------------|---|
|                | desarrollo de la infraestructura del Sistema TransMilenio.<br>La ocurrencia de circunstancias que únicamente afecten a cualquiera de las partes, que se presenten por fuerza mayor o caso fortuito, serán asumidas por cada una de ellas, sin que haya lugar a indemnizaciones a favor del lesionado.   |
| AMBIENTAL      | El Concesionario deberá elaborar un programa de Gestión Ambiental, el cual deberá constar de tres planes específicos: Plan de Mantenimiento Preventivo y Correctivo, Plan de Capacitación, y Plan de Manejo de Residuos. Cada uno de estos planes debe incluir un cronograma de actividades. El programa de Gestión Ambiental deberá ser presentado a Transmilenio S.A. para su revisión y aprobación a más tardar seis meses después de iniciada la operación. |

Fuente: Contratos de Concesión Operadores de Troncal.

## 2.2. Los contratos de concesión para la operación de los alimentadores (Buses verdes).

Las empresas que actualmente operan el sistema de alimentación de las troncales de la Fase I se relacionan a continuación:

Operadores del Sistema de alimentación

| Operador Sistema Alimentador              | Cuencas                                   | Buses |
|---|---|-------|
| Sidauto S.A.                              | Cuenca Calle 80                           | 57    |
|   | Estación Ciudad de Cali con Carrera 77    | 47    |
| Alimentadores del Norte U.T.<br>“ALNORTE“ | Estación de cabecera del Portal del Norte | 33    |
| Alimentadores consorciados<br>“ALCON”     | Estación de cabecera del Tunal            | 45    |
| Codatermil                                | Portal de Usme                            | 49    |

|               |  |     |
|---------------|--|-----|
|               | Estación Molinos                       | 12  |
| Uribe – Uribe | Estación intermedia de la Calle 40 Sur | 9   |
|               |  | 252 |

Fuente: Contratos de concesión operadores alimentadores

En el avance de la Fase II, se establecieron nuevamente las cuencas de alimentación, para una flota total de 381 buses, definiendo para este caso ocho zonas de alimentación, de las cuales para el año 2003, se licitaron seis, así:

| Número de la Zona | Nombre de la Zona | Flota referente (Vehículos de 80 pasajeros) |        | Area (Km2) |        |
|-------------------|-------------------|---|--------|------------|--------|
| 1                 | Zona Norte        | 35  | 9.2%   | 68.24      | 18.9%  |
| 2                 | Zona Suba         | 66  | 17.3%  | 37.06      | 10.2%  |
| 3                 | Zona Calle 80     | 80  | 21.0%  | 23.09      | 6.4%   |
| 4                 | Zona Eldorado     | No licitada                                 |        | 46.02      | 12.7%  |
| 5                 | Zona Américas     | 66  | 17.3%  | 44.73      | 12.4%  |
| 6                 | Zona Sur          | 80  | 21.0%  | 70.98      | 19.6%  |
| 7                 | Zona Usme         | 54  | 14.2%  | 53.8       | 14.9%  |
| 8                 | Zona Cerros       | No licitada                                 |        | 17.66      | 4.9%   |
|                   |                   | 381   | 100.0% | 361.58     | 100.0% |

El servicio de alimentación en las dos fases han venido presentando inconvenientes de operación, en tanto no ha comenzado a funcionar el mismo día en que se inicia la operación de

los servicios troncales, al punto que para la primera Fase y la Segunda empezaron a operar un año después, lo que tiene un impacto en la bolsa de ingresos, ya que el pasajero que paga la tarifa usuario, sabe que dentro de la tarifa técnica está el servicio de alimentación y si el Sistema no lo presta, el porcentaje de alimentación si bien es cierto no se le paga a los concesionarios de alimentación que no han entrado a operar, ese porcentaje que debería ingresar al Fondo de Contingencia, se distribuye dentro los operadores troncales, el recaudador y la fiduciaria en el porcentaje que participan en la tarifa técnica.

Los contratos de concesión prevén que a cada empresa se le debe asignar zonas periféricas donde deben operar, de tal manera que sólo puedan dejar y recoger pasajeros en las estaciones portales o intermedias adscritas a su zona concesionada. La reversión se verifica, con la chatarrización del vehículo rodante puesto al servicio de los usuarios del Sistema.

## **2. Los contratos de concesión para la administración fiduciaria de los recursos denominados bolsa de ingresos del Sistema.**

Este es el contrato que mas innovación jurídica presenta, en cuanto a sujetos contractuales se refiere, ya que tradicionalmente en los contratos de concesión existe claramente definido una entidad pública concedente y un particular concesionario. En este caso, ocurre que son los operadores privados los fideicomitentes, que interactúan bajo una modalidad de contratantes o concedentes atípicos, es decir, los agentes privados, junto con Transmilenio S.A operan con concedentes, y la fiduciaria la concesionaria para la administración de un patrimonio autónomo que se constituye con la bolsa de ingresos del Sistema, bajo la modalidad de la fiducia mercantil.



Transmilenio S.A, que no opera como fideicomitente, hace parte del Comité contractual de la fiducia. El objeto del contrato de concesión suscrito con LLOYDS TRUST S.A. para la administración de los recursos del Sistema Transmilenio por el plazo de diez años a través de una fiducia mercantil, es el siguiente:

*“El objeto del presente contrato de Fiducia, es la constitución de un Patrimonio Autónomo, de administración, inversión y fuente de pago, para el manejo de la totalidad de los flujos de dinero, que se vinculen de manera directa al desarrollo y funcionalidad del Sistema TransMilenio para su operación en las Troncales Avenida Caracas, Autopista, Norte y Calle 80. **TRANSMILENIO S.A.**, podrá autorizar a **LA FIDUCIARIA** para expedir garantías con cargo a los flujos fideicomitados.”*

El contrato de fiducia es accesorio de los contratos de concesión u operación que TRANSMILENIO S.A. ha suscrito para el desarrollo de la Fase I y Fase II y de los que suscriba para el funcionamiento del Sistema TransMilenio, en tanto los futuros concesionarios al momento de suscribir nuevos contratos, debe obligarse a la cláusula de adhesión al contrato para la administración fiduciaria de los recursos del Sistema.

El proceso selectivo para la adjudicación del contrato de fiducia se realizó a través de una licitación privada en la que se aplicaron principios de contratación pública, y fue ordenado su apertura por el concesionario Angelcom S.A, pero se adelantó bajo la responsabilidad y dirección de un comité integrado por representantes de Transmilenio S.A, del recaudador, de los operadores troncales y alimentadores, en donde luego de haber definido los términos de referencia, recibido las propuestas y evaluadas, el Comité la adjudica y procede a suscribir el

contrato. En los contratos de concesión suscritos entre Transmilenio S.A y los agentes privados del sistema, existía la cláusula de adhesión donde los concesionarios se comprometían a suscribir el contrato de encargo fiduciario con la entidad que resultada adjudicataria de la licitación privada que debían convocar todos los agentes del Sistema.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN FRENTE A LA AUTO-SOSTENIBILIDAD Y EL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL SISTEMA.**

En principio debemos afirmar que el impacto de los contratos de concesión para la construcción de la infraestructura de las troncales para la Fase II, es que desde luego una vez entra a operar, permite el ingreso de nuevos recursos a los distintos agentes del Sistema, tanto públicos como privados, con la ventaja que para la Fase II, Transmilenio inicia operaciones recibiendo el 1% mas de la tarifa técnica inicialmente pactada para la Fase I, así como también encontramos que el aseo, mantenimiento, vigilancia y los costos y gastos en que incurre el ente gestor para la operación del ente gestor, es asumido no sólo por Transmilenio S.A como ocurre en la Fase I, sino por todos los agentes del Sistema a prorrata.

Esto es, que se distribuyen entre ellos de acuerdo al porcentaje en que participan en la tarifa técnica. Finalmente, también genera un impacto en los usuarios en tanto se aumenta la cobertura del Sistema en la ciudad, aumenta la rentabilidad social de los usuarios, así como los ingresos de los concesionarios troncales, recaudadores, alimentadores y fiduciaria, que desde hace dos años participaron en la licitación, se les adjudicó y suscribieron los contratos de concesión, y están a la espera de la entrega de la infraestructura para iniciar sus operaciones.

## A. LA AUTO-SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA TRANSMILENIO.

La autosostenibilidad del Sistema, no solo está determinada en los documentos CONPES obligatorios que se produjeron en cumplimiento de la Ley 310 de 1996, sino también en la Cláusula 6.1 de los contratos de concesión suscritos entre Transmilenio S.A y los demás agentes del Sistema. En este sentido, la infraestructura es financiada por la Nación y el Distrito, y sus costos no entran en la estructuración de la tarifa, mientras los costos y gastos de los operadores privados como los troncales, alimentadores, recaudador y fiduciario si ingresan y en razón a ella se estructura la tarifa técnica que paga el usuario. La participación de Transmilenio S.A no está determinada por sus costos y gastos sino por la decisión política que tomen sus directivas, pero que en todo caso no podrá ser superior a 7%.

En este orden de ideas, la autosostenibilidad significa que los ingresos del Sistema deben financiar los costos, gastos y utilidad de sus agentes, sin que deba el Sistema recibir transferencias del Distrito u otro tipo de subvenciones, conforme a la siguiente cláusula: *“La cláusula 6.1. El Sistema Trasmilenio<sup>62</sup> fue diseñado como un sistema autónomo en sus flujos y por lo tanto auto-sostenible, con la finalidad de que no requiera en el tiempo de ningún tipo de subsidio externo a la operación, siendo su fuente principal el transporte público de pasajeros, a través del cual deben generarse los niveles de flujos requeridos para remunerar a todos los agentes del Sistema”.*

El Sistema es auto sostenible: pues se alimenta a través del flujo generado por la venta de pasajes (TU), Cuando la *“Tarifa Usuario”<sup>63</sup>* en igual o mayor a la *“Tarifa Técnica”<sup>64</sup>* (costos

---

<sup>62</sup> Sistema Trasmilenio: Es el conjunto de infraestructura, predios, bienes y equipos, instalaciones y sistemas de operación y control, que conforman el sistema de transporte terrestre automotor masivo de pasajeros bajo la modalidad de autobuses de la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C.

<sup>63</sup> Tarifa Usuario: es el costo del pasaje para la utilización de los servicios del Sistema Trasmilenio, que se cobra a los pasajeros del sistema

licitados por los concesionarios). Pero, cuando ocasionalmente la “Tarifa Usuario” es menor a la “Tarifa Técnica”, la “Tarifa Técnica” se complementa con recursos provenientes del “Fondo de Contingencias”, que fue creado. Si la “Tarifa Técnica” muestra una tendencia constante de valor inferior a la “Tarifa Usuario”, esta se compensa de manera definitiva con un aumento en la “Tarifa Usuario” mediante Decreto del Alcalde Mayor.

De conformidad con el estudio del Centro de Investigaciones para el Desarrollo, de la Facultad de Ciencias económicas de la Universidad Nacional, de abril 2005 sobre la auto-sostenibilidad del Sistema, se observa, que de su operación se pudieron sacar las siguientes conclusiones:

*“.. 3.-Durante los años de la concesión, los operadores han recibido aproximadamente \$ 63.000 millones que resultan de la diferencia entre los ingresos y los costos por kilómetro licitado ajustado, que es la base de los ajustes para calcular la tarifa técnica. El conjunto del Sistema estuvo bien estructurado en el sentido que partió de un criterio adecuado de autosostenibilidad financiera para los agentes privados. Los operadores han sido seleccionados por licitaciones públicas en las que se ha querido conjugar costos mínimos y máxima eficiencia.*

*4. El concepto de autosostenibilidad financiera de TMSA depende de la definición política que previamente se haga sobre la importancia relativa del subsidio. TMSA presenta un resultado operacional negativo acumulado entre 2000-2004 de \$47.643 millones. Ello significa que el Distrito ha tenido que realizar transferencias para cubrir el déficit operacional de TMSA. Estos resultados podrían no reñir con el principio de autosostenibilidad financiera si, por ejemplo, las transferencias destinadas al centro operativo son consideradas como una forma de capitalización.*

---

<sup>64</sup> Tarifa técnica de Operación: Tarifa que cubre todos los gastos de operación del Sistema.

5. Los recursos de TMSA corresponden a un porcentaje fijo, que es determinado sin ningún criterio que tenga en cuenta los costos de su operación. Esta forma de distribución muestra que TMSA no fue concebido para ser autosostenible financieramente. La proporción de las transferencias depende, de un lado, de la demanda e ingresos del sistema- se asume un riesgo de demanda- Y, por otro lado, de la distribución de los recursos entre los agentes privados del Sistema. Los ingresos de los privados son función de la percepción del riesgo y, por tanto, de la rentabilidad financiera esperada.

6. Para los operadores de las Troncales el criterio teórico para definir sus ingresos fue correcto: debían recuperar sus costos. La forma como se calculó la tarifa para los operadores desde el primer año de operación distorsionó las ecuaciones de equilibrio de ingresos y gastos del Sistema. La tarifa inicial se calculó de tal manera que terminó generando un valor adicional a la rentabilidad esperada (mas o menos un 15%) del proyecto. El residuo de los ingresos del Sistema, una vez pagado la remuneración de los otros agentes- recaudador, alimentador, fiduciaria y TMSA- no ha sido igual a valor del costo por kilómetro licitado ajustado multiplicado por los kilómetros efectivamente recorridos. El problema reside en que la formulación de la Tarifa Técnica para los operadores introdujo el concepto de Índice de Pasajeros por Kilómetro-IPK-, con los límites inferior y superior. En determinadas circunstancias estos rangos no captan el número real de pasajeros transportados. En la práctica, el IPK que se utilizó inicialmente estuvo por debajo del real. Y ello ha causado una presión hacia arriba de la Tarifa Técnica.

7. La estructura general del Sistema es correcta, pero la aplicación de las fórmulas ha dado lugar a distorsiones que deben corregirse. El diseño tarifario es complejo con demasiadas variables y ajustes. En la Fase III se deben hacer modificaciones de la manera que las formulaciones sean más simples y comprensibles. En términos generales la tarifa Técnica debe ser igual a los costos de operación del Sistema dividido por el número de pasajes vendidos. Además deben realizarse los ajustes apropiados que permitan considerar factores tan importantes

*como la calidad. La aplicación de estos criterios se reflejarán en unas Tarifas técnicas más estables, y por debajo de las aplicadas según las fórmulas contractuales.*

*8. Es importante hacer una revisión de la estructura de costos de operación de cada uno de los agentes del Sistema. Al comenzar el Sistema, no existían antecedentes en Colombia, y es lógico que los primeros diseños fueran imperfectos. Se partió de una canasta de costos para los operadores basada en supuestos pesimistas, que buscaban disminuir los riesgos de los agentes privados. Actualmente, el Sistema cuenta con mayor información y por lo tanto la operación de riesgo del Sistema ha cambiado. Los resultados financieros de los operadores troncales muestran que sus costos de operación han sido menores a los incluidos en la canasta de costos contractual. Los anteriores elementos ponen en evidencia la necesidad de revisar la canasta de costos.*

*9. Teniendo en cuenta que las condiciones externas e internas cambian, en los nuevos contratos sería útil pensar en una fórmula tarifaria dinámica que permita una revisión cada cinco años. A lo largo del tiempo, hay factores que cambian de manera significativa. Mencionamos algunos: costo del capital, las tasas de interés y de rentabilidad, los costos de los insumos, el cambio tecnológico y la administración del Sistema.*

*10. La definición de la autosostenibilidad para TMSA también obliga a pensar en diferentes tipos de ingresos. TMSA puede obtener recursos adicionales por actividades operacionales colaterales (ej. Publicidad, consultoría, etc.), o no operacionales (ej. financieros<sup>9</sup>). Puesto que TMSA no tiene como objetivo la generación de utilidades, estos recursos adicionales podrían utilizarse para mejorar la calidad de vida de los usuarios del transporte masivo. Por ejemplo, subsidios a discapacitados, ancianos y estudiantes de colegio.*

*11. En el corto plazo, todos los agentes menos TMSA están financiados con los recursos generados por el Sistema. Para que el conjunto de la operación sea autosostenible se requiere que también TMSA sea*

*autosostenible. Pero la definición de autosostenibilidad de TMSA depende de los criterios normativos y políticos que inspiren la decisión sobre el monto del subsidio. Y en estas reflexiones es inevitable traer a colación nociones más amplias como la de beneficio social”.*

Al respecto, debo manifestar que el estudio del CID de la Universidad Nacional, parte de un presupuesto falso, y es considerar que la autosostenibilidad del Sistema es un concepto filosófico y de política pública, como si se tratara de un postulado que se pretendiera alcanzar por parte del Sistema TransMilenio. Es necesario precisar que en la cláusula 6.1 antes citada de los contratos con los operadores, se define la autosostenibilidad del Sistema TransMilenio, esto es de todos sus agentes incluyendo la Empresa Transmilenio S.A.

Lo anterior, nos muestra que los distintos agentes del Sistema tienen como fuente principal de sus ingresos la participación porcentual en la tarifa técnica, lo que indica que Transmilenio S.A, debe en el futuro, renegociar la forma de participación en ella, para aumentarla, de tal manera que sus ingresos sean suficientes para cubrir los costos y gastos en que incurre para poner en operación el Sistema.

En cuanto a los costos para la construcción de la infraestructura del Sistema TransMilenio, financiado por la Nación y el Distrito de Bogotá, compartimos que dichos costos no deben incluirse en la tarifa, en tanto es una decisión política del Gobierno nacional y distrital, como una forma de subvencionar al usuario, en tanto genera un impacto directo en la tarifa, es decir, no incluye los costos en que se incurrió en la construcción de la infraestructura, de manera pues, que no es cierto que el Sistema parte de que lo autosostenible son la operación privada,



pues los contratos de manera expresa habla del Sistema y allí se incluye el componente o agente público distrital.

De otra parte, quiero resaltar, que tampoco tiene razón el estudio del CID de la Universidad Nacional de Colombia, cuando sin mas ni mas, afirma que el objetivo de la Empresa Transmilenio S.A no es generar utilidades, lo que no es cierto si se tiene en cuenta que legal y estatutariamente, adoptó la forma de Sociedad Anónima, lo que indica por si mismo, que su función es generar valor para sus accionistas, que desde luego implica a corto plazo que sus ingresos van a estar determinados por la operación del Sistema, y que con el éxito del Sistema desde su operación debe asegurar hasta un mediano plazo los ingresos para su funcionamiento; mientras que a largo plazo debería procurar para reinvertir en el Sistema, generar utilidad dada su condición de Empresa pública.

## **B. EL EQUILIBRIO FINANCIERO DE LOS CONTRATOS DE CONCESION DEL SISTEMA DE TRANSMILENIO.**

### **1. El concepto de equilibrio económico de los contratos y sus efectos en los contratos de concesión.**

Debe señalarse que la doctrina y la jurisprudencia conoce el equilibrio económico de los contratos específicos, es decir, entre las prestaciones y el objeto de cada contrato en particular, pero no existen antecedentes, sobre el equilibrio financiero de los contratos de concesión en

relación a otros contratos con el mismo concedentes, distinto objeto, distintos concesionarios, pero que los distintos objetos se complementan entre sí para la operación de un Sistema complejo como es TransMilenio.<sup>65</sup>

El concepto de equilibrio económico del contrato tiene desarrollo especial en el derecho administrativo, y su fin consiste en procurar que un contrato que nació siendo conmutativo, en donde existía la ecuación económica desde el principio, la que se refiere el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, continúe teniendo tal carácter durante su ejecución a través del tiempo.

En los contratos de concesión, debe tenerse en cuenta que el concepto de equilibrio económico entre los derechos y las obligaciones de las partes, incluye en forma explícita e implícita, el reparto de los riesgos económicos, administrativos etc. El reparto contractual de riesgos en particular cuando es explícito, supone que la ocurrencia de los siniestros respectivos era previsible, por lo tanto no da lugar en principio, a que el contratista pueda reclamar un restablecimiento del equilibrio económico. Tendría que probar que el siniestro es tan excepcional que no podía haber sido previsto de esa manera para que hubiera lugar a reclamar restablecimiento del equilibrio económico, con fundamento en la regla del artículo 5, numeral 1º de la Ley 80 de 1993.

Si el equilibrio económico se rompe contra el contratista, por ocurrencia de situaciones imprevistas no imputables a él, éste tiene derecho a un restablecimiento parcial del equilibrio, es decir, a que se le restituya la ecuación primera, en lo necesario para que no experimente una pérdida como resultado del contrato, conforme al artículo 5, numeral 1 de la ley 80 de 1993,

---

<sup>65</sup> Laurence Fin-Langer, *L'equilibre contractuel* (paris: L.G:DJ. 2001); Ana L'poez Frías, *los contratos conexos*, Barcelona: Bosch, 1994.

razón por la cual la ley no garantiza la ganancia del contratista, sino que dentro del concepto de equilibrio económico del contrato garantiza que el contratista no tendrá pérdidas..

Así las cosas, mientras no se pacte estipulación en contrario, conforme a la regla del numeral 1º del artículo 5 del Estatuto contractual, la entidad pública contratante asume los riesgos de fuerza mayor o caso fortuito que pueden alterar el equilibrio en contra del contratista, pero sólo hasta el punto en el que no derive pérdida en el contrato. Pero si el equilibrio se rompe contra la entidad pública contratante de la concesión, tiene derecho a un restablecimiento, que puede implicar una revisión de precios, conforme a la regla del artículo 4, numeral 3 de la Ley 80 de 1993, sin violentar los derechos del contratista.

La ruptura del equilibrio económico del contrato, ocurre cuando según el artículo 27 del estatuto contractual, el valor del conjunto de derechos y obligaciones que asumió cualquiera de las partes, considerado al momento de proponer o contratar, se modifica por causas no imputables a la parte afectada. Si quien invoca la ruptura es el concesionario, esta debe analizarse conforme a la fórmula de la remuneración que se pactó con él y de la conservación del valor adquisitivo de tal remuneración. Si quien invoca la ruptura es el concedente estatal, puede solucionarse con una revisión de precios pactados, y en otros casos el valor de los derechos y obligaciones se la entidad contratante se mide por la aptitud de los bienes y servicios contratados para atender necesidades públicas.

## **2. Los contratos de concesión del Sistema Transmilenio frente al principio del equilibrio económico de los contratos.**

Los contratos de concesión suscritos entre la Empresa Transmilenio S.A, y sus agentes privados se enmarcan dentro del régimen de los contratos de concesión por cuanto el sinalagma básico de los mismos consiste en la entrega por parte de Transmilenio de una infraestructura, para que los concesionarios la exploten, a cambio de una participación del valor de los pasajes

Cualquier estudio sobre una eventual ruptura del equilibrio económico debe partir de la base que al momento de proponer existía igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones que las partes asumieron, teniendo en cuenta además que como parte del equilibrio económico y financiero del contrato, debe tenerse en cuenta los beneficios que obtiene la comunidad y que fueron causa o motivo para que la entidad estatal realizar los contratos, conforme al artículo 1525 del Código Civil, ya que debe suponerse que las entidades estatales al contratar deben asegurarse de que la remuneración acordada al contratista justifique no solo los costos del proyecto, sino, que además, este haya de beneficiar a la comunidad.

De otra parte, la Empresa Transmilenio S.A, con el fin de estimular al sector privado a invertir en la operación del Sistema asumió el riesgo comercial esto es, en la Fase I fijó su participación en la tarifa del 3% y en la fase II del 4% de los ingresos del sistema por concepto de la tarifa técnica. La cláusula 108 de los contratos de concesión para la fase II, establece que los riesgos no asignados expresamente a Transmilenio S.A se entenderán incluidos dentro de los riesgos propios del negocio del concesionario; pero tal disposición debe interpretarse en el

sentido de que el concesionario retiene los riesgos propios de su negocio, salvo en cuanto, excepcionalmente, los haya asumido Transmilenio S.A, ya que el concesionario no puede asumir los riesgos propios del negocio del ente gestor.

Los contratos de concesión para la fase I, en su cláusula 94, y la 122 para los contratos de concesión de la fase II, son virtualmente idénticas, en cuanto se interpretan de la misma manera, pues señala “ *Cláusula 94. EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO. Las partes aceptan de manera expresa la distribución de riesgos que entre ellas ha efectuado el presente contrato, y por lo tanto cualquier costo, sobrecosto, indemnización o reconocimiento a cualquier título que pudiera llegar a generarse por la realización de los mismos, lo entienden plenamente recompensado a través de la participación en los beneficios derivados de la explotación económica del Sistema que TRANSMILENIO S.A. ha concedido al CONCESIONARIO conforme a lo previsto en el presente contrato, bajo las condiciones y términos que le son aplicables a la regulación contractual*”.

La institución del equilibrio financiero tiene origen en una norma legal, y debe entenderse incorporada en los contratos estatales, ya sea que se pacte o no, según lo señaló el Consejo de Estado, así: “ *Pero si bien es cierto el reconocimiento de ajustes o la revisión de precios del contrato son un imperativo legal para lograr la ecuación financiera del mismo cuando se presenten alteraciones en sus bases por situaciones o circunstancias que no le sean imputables al contratista, con independencia de que las partes la hubieran pactado o no*”.<sup>66</sup>

En otra providencia señaló, el Consejo de Estado: “ *La ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieran pactado o no. En otros*

---

<sup>66</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente, Ricardo Hoyos Duque, Sentencia del 6 de Agosto de 1998.

*términos la Sala reitera que es el propio legislador quien fija reglas tendientes a procurar el mantenimiento del equilibrio del contrato conmutativo cuando éste se rompa en aquellos casos no imputables al contratista, por distintas circunstancias.<sup>67</sup>*

La distribución de los riesgos del contrato de los concesión analizado, hace parte del equilibrio económico del mismo, lo que implica que los siniestros respecto de riesgos previamente repartidos, en principio, no implica ruptura del equilibrio, y si se pretendiera por razón de ellos restablecer el equilibrio supuestamente perdido, en realidad se estaría desquiciando la estructura económica del contrato.

Desde el punto de vista de las pérdidas operacionales que ha venido generando Transmilenio a raíz de la decisión política de pactar en los contratos de concesión una participación de 3% 4% de los ingresos por concepto de la tarifa técnica del Sistema, no constituye un hecho imprevisible sustancial que de lugar a que Transmilenio S.A solicite un restablecimiento del equilibrio económico de los contratos, pues sus consecuencias deben ser asumidos por la empresa pública, salvo que los distintos agentes de mutuo acuerdo así los dispongan, esto es aumentar la participación del ente gestor en la tarifa técnica de tal manera que alcance para cubrir sus costos y gastos, sin perjuicio de la remuneración mínima que debe obtener los operadores privados como consecuencia de la operación de la misma.

Sin embargo, debe conciliarse la definición contractual prevista en los contratos de concesión sobre la autosostenibilidad del Sistema, con el equilibrio económico entre las obligaciones y derechos de los distintos concesionarios, en sus relaciones bilaterales y conexas con

---

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández, Sentencia del 24 de octubre de 1994.

Transmilenio S.A y con todo el Sistema, en tanto si bien es cierto la participación del ente gestor fue del 3% y 4% para la primera y segunda fase respectivamente, no puede derivarse de ella en sí misma un desequilibrio económico; sí puede intentarse por la vía del arreglo directo, de tribunales de arbitramento, de la jurisdicción contenciosa ya sea por vía de acción contractual o de acción popular, el cumplimiento de los contratos de tal manera que se establezca una fórmula de conciliación entre el porcentaje de participación nominalmente fijado, y la interpretación del principio de autosostenibilidad del Sistema.

Esto necesariamente, conduce a establecer que si en la actualidad los distintos operadores privados están obteniendo márgenes de utilidad por encima de las inicialmente prevista, con el criterio de consultar la intención de las partes al contratar, se puede llegar a la necesidad de establecer un nuevo y aumentado porcentaje de participación en la tarifa técnica del Sistema, en principio no garantizándole a Transmilenio S.A utilidad, sino por lo menos que financie su operación y funcionamiento, pues es lo que se deduce, cuando la cláusula 6.1 de los contratos de concesión establecen: *“Cláusula 6.1. El Sistema TransMilenio ha sido diseñado como un sistema autónomo en su flujos y por lo tanto autosostenible, con la finalidad de que no requiera en el tiempo de ningún tipo de subsidio externo a la operación, siendo su fuente principal de ingresos las rentas provenientes de la venta del servicio de transporte público de pasajeros, a través de las cuales debe generarse el nivel de flujos requerido para remunerar a todos los agentes del Sistema.*

*Cláusula 65. Principios básicos del marco económico del Contrato. El marco económico del presente contrato, la interpretación de las cláusulas que lo regulan, y el ejercicio de las facultades, obligaciones y derechos que se confiere a cada una de las partes, se orientará al cumplimiento de los siguientes principios:*

*65.2. Autosostenibilidad del Sistema en el tiempo. El Sistema deberá ser permanentemente autónomo en sus flujos, de manera que no requiera en el tiempo ningún tipo de subsidio externo a la operación para remunerar a todos los agentes del mismo”.*

Creemos, que la cláusula de autosostenibilidad conduce a la conclusión que si el 3% y 4% que recibe Transmilenio S.A por la operación de las fases primera y segunda del Sistema TransMilenio respectivamente, fue estipulada por una decisión política de su ente gestor para estimular al sector privado a que invirtiera en él, y que luego de su entrada en operación, se presenta un *ius variandi* positivo consistente en el aumento de la demanda en las condiciones iniciales en que se contrató.

De allí que constituya el fundamento *ex post* para exigir el aumento de la participación del ente gestor en la tarifa, ya que con los ingresos que percibe por su participación en la tarifa, ya que en con el porcentaje actual genera pérdidas operacionales, y con ello no alcanza a generar sus costos y gastos de operación, mientras que por el otro lado, los agentes privados reciben mas de lo inicialmente previsto, lo que hace que la recuperación de la inversión se ha venido retornando por encima de lo inicialmente previsto aún el escenario mas optimista analizado.

Al ser un Sistema autosostenible, autónomo, que no debe recibir ningún subsidio externo, mientras su operación financie la canasta de costos de los agentes, con la bolsa de ingresos productos del funcionamiento del Sistema, debe procederse conforme a la cláusula de sostenibilidad, es decir, si el negocio resultó muy rentable para los operadores troncales, es imperativo la renegociación para que el agente público alcance una participación que le permita



financiar como mínimo su operación, para evitar que sea el único ente que no solo se conforme con una rentabilidad social, sino también financiera.

## CONCLUSIÓN

Una vez analizada la estructura, organización y funcionamiento del Sistema TransMilenio de Bogotá D.C, hemos podido llegar a las siguientes conclusiones:

El Sistema de transporte masivo urbano de Bogotá, es prestado a través del modo de gestión mixta, en donde el ente gestor es una empresa pública por acciones del Distrito de Bogotá, y los agentes privados son los encargados de la operación y prestación del servicio a los usuarios. Transmilenio S.A, es la encargada de la gestión, planeación y regulación, en donde podemos señalar que como gestora debe ejercer las funciones de titular del Sistema, entendiendo por ello la puesta en marcha y operación de los distintos componentes del mismo, así como la adjudicación, suscripción y ejecución de los distintos contratos de concesión con los agentes operadores troncales, de alimentación, recaudador y el ente fiduciario.

Las funciones de planeación de Transmilenio S.A, consiste en planear la operación del Sistema para la prestación del servicio, así como su proyección hacia la construcción de nuevas fases, para que entren a operar, y la función de regulación que consiste en la expedición y aplicación de las normas de operación, reglamento de operaciones y la aplicación de las sanciones, por infracción a los reglamentos.

El Alcalde Mayor de Bogotá es el responsable de la fijación de la tarifa usuario, teniendo como base la tarifa técnica que le certifique Transmilenio S.A, en donde esta última esta determinada por la aplicación de la fórmula matemática diseñada en los contratos de concesión, que es el

resultado de la sumatoria de los distintos gastos en que incurrir los agentes privados para operar. El Alcalde Mayor o su delegado, es el Presidente de la Junta Directiva de la Empresa Transmilenio S.A.

La inversión pública para la construcción de la infraestructura del Sistema Transmilenio S.A, vale decir, las troncales, estaciones, compra de predios, instalación y operación del centro de control está a cargo del Distrito de Bogotá y la Nación que para la Primera fase aportaron el 46% y 54% respectivamente, mientras que para la segunda fase, el distrito aportó el 34% y el 66% la Nación. Los costos de la infraestructura son asumidos directamente por el Estado, sin que se cargue a la tarifa técnica, en tanto si el Sistema fuera concebido para la recuperación de la inversión pública, el Sistema fuera inaccesible a todos los estratos por lo irrazonable que sería la tarifa del usuario y el sector privado tampoco le apostaría invertir en un Sistema cuya tarifa estaría por encima de las posibilidades de los sectores estratificados en el nivel uno, dos, tres que son los mayores usuarios del mismo.

La inversión del sector privado en el Sistema, es realizada en la operación de los servicios troncales que constituye la adquisición, funcionamiento y mantenimientos de los articulados principales, así como también en el servicio de alimentación. Así mismo, el recaudador invierte en la instalación de la infraestructura de comunicaciones, elaboración y venta de pasajes, lo que significa que la inversión pública con la privada garantiza la prestación del servicio de transporte masivo urbano.

Los contratos en el Sistema Transmilenio para la construcción de la infraestructura de la primera fase, fueron suscritos por el IDU-Transmilenio S.A, a través de la tipología tradicional

del contrato de obra pública, mientras que los contratos para la construcción de la segunda fase, fueron de concesión de obra pública, cuya fórmula de remuneración es el pago de una suma periódica, donde el concesionario fue la banca de inversión y los constructores fueron los subcontratistas. Esto garantizó que con recursos del sector privado se pudo poner al servicio la segunda fase cinco años antes, mientras que si se esperaba que el Estado ahorrara los recursos directamente solo podía construirla hasta el año 2010.

Los contratos de concesión han venido realizándose de acuerdo a las necesidades de prestación del servicio, pero existen principios como el equilibrio económico del contrato, que no podemos aplicar de manera pura y simple, en tanto no se trata de una concesión aislada donde existan obligaciones entre concedente y concesionario, sino que existen múltiples contratos, en donde de una parte existen obligaciones y derechos entre el concedente y el concesionario, pero también entre los concesionarios conexos, ya que al existir múltiples contratos con distintos sujetos, con objetos distintos, pero por especialización del trabajo todos si bien se dividen las tareas, todas colaborar para entrar en funcionamiento o en la operación normal del sistema, requiere que su aplicación e interpretación sea de manera conjunta y colectiva.

De allí, que en mi sentir el equilibrio económico de los contratos de concesión, deben ser analizados de manera sistemática con el principio contractual de la autosostenibilidad del sistema, que implica que en el tiempo los agentes podrán obtener la remuneración esperada con cargo a subvenciones, siempre que la operación del Sistema lo permita, pero que ella podrá cambiarse cuando la operación garantice su sostenibilidad.

Por ello, si los agentes del Sistema por mutuo acuerdo o por vía de la justicia arbitral no aceptaren la renegociación del porcentaje de participación de la Empresa Transmilenio S.A en la tarifa técnica, podría acudirse a la interpretación judicial de los contratos, previa acción contractual, ya que de hacerse uso de las cláusulas exorbitantes sería bastante peligroso para la credibilidad del Estado frente a los agentes y terceros vinculados al Sistema, en tanto pone en riesgo la estabilidad contractual esperada. Pero no sólo se puede demandar la interpretación del contrato, sino también el cumplimiento del mismo, en tanto la cláusula de autosostenibilidad del Sistema a la vez que es un principio, constituye una estipulación contractual a la que le debe sujeción las partes del contrato, que en este caso son todos los agentes del Sistema.

Finalmente, por la vía de la acción popular se puede solicitar al juez contencioso, la reformulación de la participación en la tarifa técnica, para restablecer las cargas entre obligaciones y derechos de los agentes del Sistema, pero en este caso únicamente del componente público, ya que no alcanza a recuperar del Sistema los gastos y costos en que incurre para su operación, mientras los agentes privados incrementan sus utilidades de manera inequitativa frente al ente gestor público. Allí, se reclama el restablecimiento de la legalidad contractual por indebida aplicación de la estipulación contractual de la autosostenibilidad, así como por inmoralidad administrativa al no hacer cumplir el contrato el agente regulador público, y por violación a los derechos del consumidor, que en este caso es el usuario, que por vía tributaria directa e indirecta contribuye a la financiación o subvencionamiento del mismo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ACEVEDO, Jorge (1990), Una política integral de transporte para Bogotá, en Coyuntura Social, No. 3, Bogota.

ACEVEDO, Jorge (1996), Transporte Urbano en Bogotá. Bases para una política integral, en Foro Económico, regional y urbano, No. 3 Abril-junio. Bogotá.

ACEVEDO, Jorge, 1998. Componente vial y de transporte del plan “Por la Bogotá que queremos, en Foro Económico, regional y urbano, No. 10. Bogotá.

AGENCIA DE COOPERACION INTERNACIONAL DEL JAPÓN-JICA (1996), Estudio del Plan Maestro del Transporte de Santa Fe de Bogotá en la República de Colombia.

ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA (2000), Provisión de vías, transporte y servicios públicos, Tomo 6, Bogotá, en Misión de Reforma Institucional de Bogotá.

ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA (1998), Sistema integrado de transporte masivo para la sabana de Bogotá. SITM primera etapa de desarrollo 1998-2006, en Debates de coyuntura económica, No. 47.

ARDILA, Arturo, El problema del transporte en Bogotá: Diagnostico y perspectivas en Bogotá: El caso del sistema de transporte masivo, Transmilenio, Serie Recursos naturales e

Infraestructura No. 48. CEPAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura, Unidad de Transporte, Santiago de Chile.

ARNOTT, Richard, ARROW, Kenneth, ATKINSON, Anthony, DREZE, Jackes, 1994, ed, Public Economics. Selected Papers by William Vickrey, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 339-349.

ARROW Kenneth, 1971. "A Utilitarian Approachch to the Concept of Equality in Public Expenditure", Quarterly Journal Of Economics, vol 85, no. 3, aug, pp. 409-415. Reproducido en ARROW Kenneth, 1983. Collected Papers of Kenneteh Arrow. Social Choice and Justice, vol. 1, BelKnap Press, Harvard University Press, Cambridge, pp. 88-95.

BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. La función de la responsabilidad civil en Colombia en el marco de las acciones populares y de grupo. Cijus, Uniandes, 2005.

CAPITAL CORP. 1999. Definición de esquemas financieros que permitan la adquisición de buses del Proyecto Transmilenio. Informe Final. 1999.

CEDIEL DE PEÑA, Martha. Equilibrio económico del contrato, en Revista de Derecho Público No. 17, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, págs 17 a 26, Bogotá.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION, DNP., 2000. Sistema de servicio Público Urbano de Transporte masivo de Pasajeros de Bogotá-Seguimiento-, Documento Conpes, No. 3093, DNP. Bogotá.

CONTRALORIA DE BOGOTA, (2001). Estudio Sectorial. Subdirección de Análisis Sectorial, Dirección de Infraestructura y Transporte. Evaluación Económica Sistema Transmilenio Fase II.

CONTRALORIA DE SANTAFE DE BOGOTA (1995), Metodologías para el Control de gestión en Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios. Rentabilidad Pública.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA (2004), Los sistemas de transporte masivo urbano en Colombia. Aproximación conceptual. Contraloría Delegada para el Sector de Infraestructura Física y telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, Bogotá.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION, DNP., 2002. Política para mejorar el servicio de transporte público urbano de pasajeros-, Documento Conpes, No. 3167, DNP. Bogotá.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION, DNP., 2003. Política Nacional de Transporte Urbano y Masivo-, Documento Conpes, No. 3260, DNP. Bogotá.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION- DNP. MISION DE CONTRATACION: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Tomo I. La Planeación Económica del Contrato, Mauricio Fajardo Gómez., Bogotá, pág. 387. 2002.



DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION- DNP. MISION DE CONTRATACION: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Tomo I. La regulación de los contratos de concesión de obras de infraestructura. Patricia Mier Barros, pgg. 391, Bogotá. 2003.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION- DNP. MISION DE CONTRATACION: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Tomo I. El equilibrio económico de los contratos, Cómo lograr la aplicación efectiva práctica, equitativa y transparente de esa institución. Camilo Ospina Bernal. Pág. 417, Bogotá, 2003.

ESCOBAR HENRIQUEZ, Alvaro. El Contrato Estatal de Obra. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000.

ECHEVERRY Juan, IBÁÑEZ Ana; HILLON, Luis, 2004. The Economics of Transmilenio, a Mass Transit System for Bogotá, documento CEDE, Bogotá.

EGGER, Jhon, 1979. "Comment: Efficiency Is Not a Substitute for Ethics", en RIZZO, Mario, ed. Time, Uncertainty and Disequilibrium. Exploration of Auatrian Themes, Lexington, Toronto, pp. 117-125.

FEDESARROLLO Y FONADE (1995). El reto de descongestión, en Foro económico regional y urbano, No. 1.

FONSECA PRADA, Eduardo. El Contrato de concesión de servicios y de infraestructura, en Revista de Derecho Público No. 17, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Págs 27 a 40, Bogotá.

FONSECA PRADA, Eduardo. La asignación o distribución de los riesgos en la contratación de obras públicas, en Revista de Derecho Público No. 14, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Págs 35 a 48, Bogotá.

GARCIA, Jorge (1999), Las vías y el transporte de Mockus a Peñalosa, en Foro económico, regional y urbano, No. 10.

GOMEZ, Jairo. Transmilenio, la joya de Bogotá. Ediciones Panamericana, Bogotá, 2004.

GUASCH, Luis y LAFFONT, Jean. 2002. Renegotiation Contracts in Latin América.

GUHL, Ernesto y PACHON, Alvaro (1992), Transporte masivo en Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, Fonade y Universidad de los Andes.

GUTIERREZ, Javier y OLIVAR, Eduardo (2000), Algunas reflexiones sobre movilidad, sociedad y economía: el caso de Bogotá, Serie de Estudios de Economía y Ciudad No. 13.

GUTIERREZ, Javier Alberto y otros. Algunas reflexiones sobre movilidad, sociedad y economía: El caso de Bogotá, Secretaría de Hacienda de Bogotá. 2004. Publicación oficial.

HIDALGO, Iván, ILERA, Juan Pablo (2001). Evaluación económica de la primera fase del Sistema Transmilenio.

INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (2004), Plan Maestro de sostenibilidad de la Infraestructura Urbana de Bogotá D.C.

LEIBENTEIN, Harvey, 1979. The general X-Efficiency Paradigm and the Role of the Entrepreneur, en RIZZO , Mario, ed. Time Uncertainty and Disequilibrium. Exploration of Austrian Themes, Lexington, Toronto, pp. 127-139.

LOPEZ OROZCO, Asdrubal. Bogotá sin antifaz, Ecociudad Editorial, 200, Bogotá.

LULLE, THIERRY, Metrópolis en movimiento, Alfaomega, editores. Bogotá, 2003.

MODIGLIANI, Franco; MILLER, Merton, 1958. The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment, American Economics Revieww, vol 48, No. 3, jun, pp 261-297.

MONTEZUMA, Ricardo. El Transporte Urbano: Un desafío para el próximo milenio, Centro Editorial Javeriano, Bogotá, 1996.

MONTEZUMA, Ricardo (1996), Bogotá, Transporte colectivo y transformación urbana, en Foro económico regional y urbano, No. 3, abril-junio.

MONTEZUMA, Ricardo. Bogotá, Espacio Público y Movilidad en el siglo XX, Bogotá, 1999.

MOSQUERA M. Ricardo; La Ciudad latinoamericana: Un caos organizado, Editorial Presencia, Bogotá, 2000.

MONTES DE ECHEVERRY, SUSANA. Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de las crisis de los contratos. Con la colaboración de Patricia Mier Barros., en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, pág. 39-125. Bogotá.

NEFTCI, Salih, 1996. An Introduction to the Mathematics of Financial Derivatives, Academic Press, New York, 2000.

NIÑO, S, La Ujer del Motorista, ICAN, Bogotá, 2000.

PALACIOS MEJIA, Hugo. Estudio sobre “El equilibrio económico del contrato en el contexto de los contratos de concesión de Transmilenio S.A., Abril de 2005. Bogotá.

PARDO P., Alberto. Geografía Económica y humana de Colombia, Ediciones Tercer Mundo, 1972, Bogotá.

PERROT, Jean- Yves; y Y CHATELUS, Gautier. Financiamiento de infraestructuras y servicios colectivos. Recurrir al partenariado público. Privado. Las enseñanzas de las experiencias francesas en el mundo. Presses ponts et chaussées, 2001.

ROTHBARD, Murray, 1979. Comement: The Myth Of Efficiency, en RZO, Mario, ed. Time Uncertainty and disequilibrium. Exploration Of Auatrian Themes, lexigtong, Tornto, pp. 90-60.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS. Centro de Investigaciones para el Desarrollo-CID. Estudio sobre “ La autosostenibilidad del sistema de transporte público masivo- Transmilenio en Bogotá, Abril de 2005.

VASQUEZ FRANCO, Gladis. La Concesión administrativa de servicio público. Editorial Temis, Bogotá, 1991.

VELILLA MORENO, MARCO ANTONIO. Introducción al derecho de los negocios. Los nuevos dominios de la administrativización del derecho comercial”. Ediciones Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004.

VICKREY, William, 1977. The City as a Firm, en FELDSTEIN, Martin, INMAN, Robert, ed. The Economics of Public Services, Mcmillan, London, pp. 334-343.