

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

-SECCIÓN SEGUNDA-

SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., once (11) de noviembre de dos mil once (2011)

Magistrada Ponente: **DRA. CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO**

Expediente: No. AP 03-2488

Demandante: OSCAR ORLANDO ROLDAN LOPEZ

Entidad: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA Y OTROS

Acción Popular

Se decide sobre la demanda presentada por el señor OSCAR ORLANDO ROLDAN LOPEZ, en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollada por la Ley 472 de 1998.

I. ANTECEDENTES

A. LOS HECHOS

Los hechos en que se fundamenta la presente demanda se exponen de la siguiente manera:

"1. El Distrito Capital de Bogotá es una entidad territorial de derecho público del nivel local. La empresa de Transporte de Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A., es una sociedad constituida entre entidades públicas del orden distrital, y el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- es un establecimiento público del nivel local. Entre esas tres entidades se concibió, dirigió y ejecutó el denominado Sistema Transmilenio, como solución al transporte masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá.

"2. El Sistema Transmilenio se planeó en dos fases: la fase UNO, 1999-2000, para estos cinco corredores troncales: Calle 80, Caracas, Autopista

Norte, Ramal Tunal y Ramal Eje Ambiental; y la fase DOS, en los años 2002-2003, para estos tres corredores troncales: Américas, Norte - Quito Sur (o NQS) y Suba.

"3. En ambas fases se separó la construcción de la infraestructura de la operación del sistema, para ser contratadas por aparte, así: la construcción de la infraestructura se haría mediante contrato de obra, suscrito por el IDU, pagado 100% con recursos del presupuesto Distrital, y la concesión de la operación se haría mediante contrato de concesión, suscrito por el Transmilenio S.A., pagado con cargo a las tarifas pagadas por los usuarios...."

"4. Entre el IDU y Transmilenio S.A. se suscribió el convenio interadministrativo de cooperación No. 020 de 2001, para las ejecución de obras de infraestructura física del Sistema Transmilenio. Según ese convenio, para contratos como el que se celebraría en la mencionada licitación, Transmilenio S.A. se obliga a expedir el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal y en general respaldar el pago del contrato.

"5. En la denominada fase UNO del sistema, se celebraron pues varios contratos de obra pública por parte del IDU para la construcción de la infraestructura de los corredores viales de la Calle 80, Caracas, Autopista Norte, Tamal Tunal y Ramal Eje Ambiental.

"6. También en esa fase UNO se celebraron contratos de concesión para la explotación u operación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo del Sistema Transmilenio, suscritos por Transmilenio S.A., en los siguiente corredores troncales: Calle 80, Caracas, Autopista Norte, Ramal Tunal y Ramal Eje Ambiental, con diversos particulares. Esos contratos tienen por objeto 'otorgar en concesión no exclusiva al CONCESIONARIO, la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente contrato', así como 'otorgar en CONCESIÓN la infraestructura' (cláusula segunda). Además el concesionario tiene el derecho a la explotación económica de la actividad de transporte de pasajeros y a utilizar la infraestructura de transporte del Sistema Transmilenio, para transitar a través del mismo dentro de los límites que impongan las condiciones de operación establecidas por Transmilenio S.A. (cláusula 6.1 y 6.2). Sobre el régimen económico dispone lo siguiente en esos contratos: el sistema se autofinancia con cargo a la tarifa cobrada al usuario (cláusulas 66 y 67); los recursos del sistema serán administrados mediante un patrimonio autónomo (cláusula 75); que tiene una destinación específica ya que los recursos se aplican a dos fondos: el "Fondo Principal" y el "Fondo de Contingencias" (Cláusula 72)(; y en los cuales el concesionario tiene un derecho a la participación (cláusula 77); Transmilenio S.A. asume el riesgo de 'atraso grave en las obras de adecuación de la infraestructura urbana para la operación del sistema". (cláusula 93.3).

"7. Ya en la denominada fase DOS del sistema, se inició en este semestre de 2003 por parte del IDU, el proceso de licitación para la construcción de obra pública, con el fin de adecuar la infraestructura Américas, Norte - Quito Sur y Suba. En efecto, el IDU adelanta en la actualidad la Licitación Pública IDU-LP-DTC-015-2003, 'cuyo objeto es contratar la ADECUACIÓN DE LA TRONCAL NQS SECTOR SUR - AL SISTEMA TRANSMILENIO, DE LA CALLE 10 HASTA LA AVENIDA CIUDAD DE VILLAVICENCIO. En el marco de ese proceso el IDU profirió la Resolución No. 3836 del 5 de mayo del

2003, 'por la cual se ordena la apertura de la licitación Pública' (ANEXO 1). Para el efecto, Transmilenio S.A. expidió los certificados de Disponibilidad Presupuestal No 113 y 114 del 5 de mayo 2003, que respaldan los compromisos que se deriven con ocasión de la mencionada licitación...

"8...la Empresa Transmilenio S.A. otorgó tres concesiones a particulares para la explotación del servicio Público de transporte terrestre automotor urbano masivo del sistema Transmilenio, en los siguientes corredores troncales: Américas, Norte - Quito - Sur y Suba. El primero de esos convenios fue el 'contrato No. 016 de 2003', de concesión para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el sistema Transmilenio, suscrito entre la empresa de Transporte Tercer Milenio S.A. Transmilenio S.A. y la sociedad Transmasivo S.A." el segundo de esos convenios fue el 'Contrato No 017 de 2003', de concesión para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el sistema Transmilenio suscrito entre la empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. Transmilenio S.A. y SI 02 S.A. y el tercero de esos convenios fue el 'contrato No. 018 de 2003', de concesión para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio, suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A.: Transmilenio S.A. y la sociedad Compañía Multinacional de Transporte Masivo Conexión Móvil S.A. 'Esos contratos, que tiene un periodo indeterminado, no mayor a 15 años (cláusula 13), tiene por objeto 'otorgar en concesión no exclusiva, y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo del Sistema Transmilenio, al CONCESIONARIO, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente contrato' (cláusula 1). Además el concesionario tiene el derecho a la explotación económica de la actividad de transporte de pasajeros y a utilizar la infraestructura de transporte del sistema Transmilenio, para transitar a través del mismo dentro de los límites que impongan las condiciones de operación establecidas por Transmilenio S.A. (cláusula 61 y 6.2), de manera que es obligación de Transmilenio S.A. gestionar, 'bajo la coordinación de la Alcaldía Mayor, la ejecución de la infraestructura' (cláusula 10.3.2). Sobre el régimen económico se dispone lo siguiente en esos tres contratos: el valor del contrato es indeterminado (cláusula 17); el sistema debe gozar de autosostenibilidad en el tiempo (cláusula 22.1); mediante tarifas cobradas al usuario (cláusula 24); los recursos de sistema serán administrados mediante 'un patrimonio autónomo a través de la celebración un único contrato de fiducia mercantil', mediante el cual los concesionarios 'entreguen en fiducia los derechos de participación sobre los flujos de dinero'...

"(...)

"10. En respuesta a derecho de petición que yo ejercí ante Transmilenio S.A. el día 6 de mayo de 2003, el Señor Gerente General de Transmilenio S.A., Edgar Enrique Sandoval Castro, mediante oficio 2657 del 12 de mayo de 2003 (ANEXO 2), afirma que para las concesiones de Transmilenio no aplica el artículo 21 de la ley 336 de 1996...

"(...)

"11. Por todo lo anterior, inicié acciones de cumplimiento y de tutela que no han prosperado, por estimarse que la acción conducente es la acción popular."

B. PRETENSIONES

La parte demandante mediante la presente acción, pretende lo siguiente:

"PRIMERA: Que se protejan los derechos colectivos al espacio público, al patrimonio público y los derechos a la libre competencia y de los consumidores y usuarios, vulnerados y amenazados por los demandados, de conformidad con los hechos narrados en este escrito.

"SEGUNDA: Que, para proteger el derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, de que trata el literal d) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, se ordene al señor Alcalde del Distrito Capital de Bogotá, al Director del Instituto Distrital de Desarrollo urbano - IDU- y al Gerente General de Transmilenio S.A., que en el termino máximo de un mes, o en el que fije el Despacho, procedan a:

- "1) Suspender la continuación del proceso contractual o el contrato orientado a la adecuación de la troncal NQS sector sur del Sistema Transmilenio, que va de la calle 10 hasta la avenida Ciudad de Villavicencio, hasta tanto no se restablezca el equilibrio económico y financiero del respectivo contrato, que reparta de manera equitativa la cargas y beneficios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 388 de 1997.
- "2) Ordenar a las partes que procedan por mutuo acuerdo a restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato, en el sentido de cuantificar el valor de la privatización del espacio público a favor del operador privado del Sistema Transmilenio e incorporar dicho valor en el contrato, como derecho del Distrito Capital a recibir la compensación por dicho concepto, con destino al erario, y como deber del contratista particular a pagar esa misma suma.
- "3) Si fracasare el restablecimiento bilateral del equilibrio del contrato, se hará por modificación unilateral por parte de la Administración Distrital, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.
- "4) Si como consecuencia de lo anterior el contrato se modificare en más de un 20% de lo inicialmente pactado pero menos del 50%, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución, de conformidad con lo dispuesto en el mismo artículo 16 de la ley 80 de 1992. Y si la modificación afectare más del 50% del contrato, éste deberá terminarse y liquidarse en el estado en que se encontrare, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del mismo Estatuto Contractual.

"TERCERA: Que, para proteger el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, de que trata el literal e) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, se ordene al señor Alcalde del Distrito Capital de Bogotá, al Director del Instituto Distrital de desarrollo Urbano -IDU- y al Gerente General de Transmilenio S.A., que en el termino máximo de un mes, o en el que fije el Despacho, procedan a:

"1) **Suspender la continuación del proceso contractual o el contrato orientado a la adecuación de la troncal NQS sector sur del Sistema Transmilenio, que va de la calle 10 hasta la Avenida Ciudad de Villavicencio, hasta tanto no modifique el contrato para establecer la financiación de la construcción de las obras con cargo a las tarifas cobradas a los usuarios, y no con cargo exclusivo al patrimonio Distrital, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del Estatuto Orgánico de Bogotá.**

"2) Ordenar a las partes que procedan por mutuo acuerdo a modificar la forma de financiación del contrato, en el sentido de precisar que no será el erario quien financie la construcción de las obras sino los usuarios por medio de las tarifas.

"3) Si fracasare la modificación bilateral del contrato, ésta se hará por modificación unilateral por parte de la Administración Distrital, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

"CUARTA: Que para proteger los derechos colectivos a la libre competencia económica y los derechos de los consumidores y usuarios, de que trata los literales i) y n) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, respectivamente, se ordene al Señor Alcalde del Distrito Capital de Bogotá, al Director del Instituto de Desarrollo Urbano - IDU - y al Gerente General de Transmilenio S.A., que en el termino máximo de un mes, o en el que fije el despacho, procedan a:

"1) **Suspender la continuación del proceso contractual o el contrato orientado a la operación de la troncal NQS sector sur del Sistema Transmilenio, que va de la calle 10 hasta la Avenida Ciudad de Villavicencio, hasta tanto no se democratice la propiedad accionaría de los operadores particulares que prestan el servicio público de transporte y de las sociedades particulares que además realizan el recaudo de la operación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución y la Ley 226 de 1995.**

"2) Ordenar a las Sociedades particulares que adelantarán la operación o el recaudo del Sistema Transmilenio en este ramal que ofrezcan sus acciones en una primera ronda a los usuarios, al sector solidario de la economía y a los transportadores particulares de Bogotá y, en una segunda ronda, al público en general, con fundamento en las normas legales. La Superintendencia de Sociedades vigilara este proceso y hará publico y transparente quienes son los dueños de estas sociedades y en que porcentajes.

"QUINTA: Que se conforme un comité de verificación del cumplimiento de la sentencia, de que trata el inciso tercero del artículo 34 de la ley 472 de 1998. Este Comité deberá estar integrado, entre otros, por el H. Tribunal, las partes de este proceso y la Defensoría del Pueblo. La función general de este Comité es, como su nombre lo indica, velar por el cumplimiento de la sentencia.

"SEXTA: Que se reconozca y se ordene el pago del incentivo al demandante y a costa de los demandados, en la suma de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales vigentes o en la que el H. Tribunal considere apropiada, de conformidad con el artículo 39 de la ley 472 de 1998."

C. DERECHOS COLECTIVOS AMENAZADOS Y/O VULNERADOS

El demandante considera que se han vulnerado y se encuentran amenazados los siguientes derechos colectivos: "El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público", "la defensa del patrimonio público", "la libre competencia económica" y "los derechos de los consumidores y usuarios."

D. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Es del caso aclarar, que el accionante en su libelo demandó a Bogotá - Distrito Capital, al Instituto de Desarrollo Urbano - IDU y a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio S.A., pero en el desarrollo de la presente acción popular, se vincularon a las empresas privadas - concesionarias que actualmente operan en el Troncal Avenida Norte Quito Sur (NQS): SI 99 S.A., Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A. (SITM), Express del Futuro S.A., Metrobus S.A., Conexión Móvil S.A., TransMasivo S.A. y SI 02 S.A.; teniendo en cuenta que la decisión de fondo podría eventualmente comprometer su situación jurídica particular y concreta. (Auto de 7 de junio de 2005, visible a folios 411 a 412 del expediente).

Las entidades demandadas como las empresas vinculadas contestaron la demanda en los siguientes términos:

INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU

El Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -, contesta la demanda, en escrito visible a folios 40 a 58 del expediente.

Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la acción popular, por cuanto, considera haber cumplido con las normas correspondientes a desplazamiento y accesibilidad del espacio público.

Sostiene que el actor interpuso tres acciones de cumplimiento ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, bajo radicados Nos. 2003 - 1171, 2003 - 1172 y 2003 - 0886, que tratan sobre el mismo tema y hechos pretendidos en la presente acción popular. Igualmente una acción de tutela, ante el Juzgado Treinta Penal Municipal, radicada bajo el No. 2003 - 280 y una acción de nulidad radicada bajo el No. 2003 - 1534, dentro de la cual se solicitó la suspensión provisional, como medida cautelar, la cual le fue negada por el Juez natural.

Que en el proceso 2003 - 1172, le fueron negadas las pretensiones, al igual que el proceso 2003 - 0886, el cual se acumuló al proceso 2003 - 1171. Que, se resolvió declarar oficiosamente la existencia del pleito pendiente, teniendo en cuenta lo resuelto en el proceso 2003 - 1172, donde fue considerada una acción temeraria, al tratarse de una misma acción, con similitud en las pretensiones y los hechos.

Expresa que las acciones en mención fueron negadas por motivos de fondo, más no por los argumentos expuestos por el accionante.

Aduce que no se ha vulnerado ni puesto en riesgo ningún derecho por parte de la administración distrital y toda la controversia se suscita en torno a la interpretación propia que hace el actor en relación con la aplicación del artículo 172 del Decreto 1421 de 1993.

Precisa que la entidad al realizar sus obras siempre ha tenido un compromiso y preocupación por el respeto y cumplimiento a la ley y a los derechos de todos los ciudadanos. Que para ello tiene en cuenta los haberes presupuestales y desarrolla una función vigilante y constante para satisfacer las necesidades de la comunidad en el ejercicio del goce del espacio público.

Agrega que sin embargo, las entidades estatales cuentan con la facultad de determinar cuáles son las obras que se desarrollaran y las medidas más eficaces para la protección del interés público.

Propone como excepciones, la falta de legitimación en la causa por pasiva, el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales por parte del Instituto de Desarrollo Urbano -IDU, la indebida interpretación de la ley por parte del accionante, la primacía de la ley posterior sobre la ley anterior (Ley 513 de 1887) y la improcedencia de la acción interpuesta para proteger intereses personales simulados bajo la protección de derechos colectivos que no han sido vulnerados.

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ

La Alcaldía Mayor de Bogotá se opone a las pretensiones al contestar la demanda, mediante escrito visible a folios 115 a 131 del expediente, por considerar que carecen de sustento jurídico y fáctico, sosteniendo que la parte actora tiene una confusión respecto a la aplicación e interpretación de las normas.

Expone que dentro del marco normativo del Plan de Desarrollo Económico, Social y de Obras Públicas de Bogotá D.C., 1998- 2001, se adoptó el Acuerdo 06 de 1998 del Concejo de Bogotá, que incluye siete prioridades con sus estrategias, programas, y metas del sistema integrado de transporte masivo.

Enfatiza que se le dio prelación al Sistema de Transporte Público Masivo de Pasajeros, creando el sistema de buses de Transmilenio, razón

por la cual se constituyó una empresa pública de orden distrital, que se encargaría de la gestión, administración, control y vigilancia del mismo, mediante la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.

Concluye del estudio de dicho sistema, que en ningún momento ha existido afectación del patrimonio público distrital, ni de ningún otro derecho e interés colectivo.

EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.

La Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio S.A. contesta la demanda mediante memorial que reposa a folios 182 a 217 del plenario, oponiéndose a las pretensiones de la misma, por considerarlas parciales, contrarias a la realidad y carentes de causa.

Aduce que dentro de los hechos aludidos por el actor, no se indica en que forma se pueda inferir, ya sea por actuación u omisión, la vulneración de los derechos invocados por cualquiera de las entidades demandadas.

Que no existe ningún concesionario por troncal específica, pues todos deben operar indistintamente en las vías del sistema, conforme a las necesidades del servicio, el cual se paga de acuerdo al kilómetro recorrido, sin ninguna exclusividad o preferencia de los concesionarios sobre las rutas establecidas.

Indica que dentro de los primeros contratos, no se relaciona ninguna vía del sistema con derecho a la explotación económica del concesionario, correspondiéndole prestar el servicio de transporte en cualquiera de las troncales del sistema, sean las actuales o las que se construyan en el futuro.

Precisa que no existe rompimiento en el equilibrio financiero en la celebración de los contratos de obra, ya que no se aplica el artículo 38 de la Ley 388 de 1997, sino el artículo 4º de la Ley 80 de 1993, presentándose al respecto una interpretación errónea por parte del actor, al aplicar una ley a una situación regulada por otra.

Asegura que las tarifas al usuario se manejan mediante una fiducia, que paga al operador troncal por kilómetro programado y recorrido, al concesionario de recaudo y a cada operador de alimentación, por pasajero alimentado y desalimentado y a Transmilenio un porcentaje.

Resalta que es la Ley 86 de 1989, la encargada del sistema de contratación que regula la construcción y operación del sistema Transmilenio, dentro de la cual se dispone lo referente a la financiación de los sistemas de transporte masivo (artículos 4º y 5º), y no la normatividad cuya aplicación invoca el actor popular.

Propone como excepciones la de cosa juzgada; pleito pendiente; improcedibilidad de la acción por referirse a una orden de imposible cumplimiento; improcedibilidad de la acción para lograr la intervención del Estado a nivel territorial, en orden a obtener la modificación de estructuras societarias privadas y la inexistencia de los hechos que soportan la pretensión.

EXPRESS DEL FUTURO S.A.

La Sociedad Express del Futuro S.A. en memorial que obra a folios 423 a 431 del informativo, se opone a las pretensiones de la demanda por considerar que de los hechos que en ella se relatan y de sus fundamentos de derecho, no se infiere que se hayan violado ni puesto en peligro ninguno de los intereses colectivos que supuestamente deben protegerse.

Señala que en los contratos de concesión celebrados entre Transmilenio S.A. y las empresas operadoras y concesionarias, estas

9/11

Últimas asumieron y cumplieron la obligación de realizar grandes inversiones para la adquisición e importación de flotas con una muy exigente tipología, alistamiento de la misma, chatarrización del parque automotor obsoleto y otros gastos de infraestructura que no estaban a cargo del Distrito, tales como los equipos, maquinarias y herramientas necesarias para el funcionamiento de los talleres de mantenimiento de las áreas de soporte técnico, contratación y preparación del personal para la operación, capital de trabajo, etc.

Por lo anterior, sostiene que el demandante está desconociendo las altas inversiones de las empresas operadoras del sistema de transporte, lo cual crea la equivocada idea de que no invirtieron nada en la operación.

En cuanto al uso exclusivo de las vías troncales, expresa que no es cierta la vulneración del derecho al espacio público, y que por el contrario su implementación es la más clara manifestación que son de uso público, dado que por ellas se movilizan diariamente más de miles de usuarios en la ciudad.

Que una de las obligaciones contraídas en los contratos de concesión de las vías troncales del sistema Transmilenio, es la de transportar masivamente a los pasajeros que deseen recibir ese servicio. Que además, los contratistas no son los dueños de la vía; y no cobran peaje por su uso, por lo que puede decirse que no han sido gratuitamente privatizadas como se consigna en la demanda.

Esgrime que no se ha dado la concesión de un monopolio sobre una vía pública, pues lo que se hizo es otorgar concesiones no exclusivas para la explotación económica del servicio público de transporte masivo de pasajeros.

Que no es cierto como lo expresa el demandante, que la Ley 80 de 1993 ordene que las partes deben establecer prestaciones equivalentes al momento del convenio, pues lo que se dispone es que las condiciones

iniciales del contrato deben mantenerse durante su ejecución, las cuales se han mantenido con las concesiones pactadas. Es por eso que afirma que no se ha presentado ruptura del equilibrio económico de los contratos de concesión.

De otra parte, sostiene que con el patrimonio público no se financia la construcción y mantenimiento del sistema, sino las vías que lo conforman, que es diferente. Que se ajusta a derecho que con recursos públicos se construya una infraestructura vial para el sistema.

Sobre la presunta vulneración del derecho a la libre competencia y los derechos de los consumidores y usuarios, esgrime que han sido garantizados en el proceso de contratación, pues los concesionarios se seleccionaron mediante el sistema de licitación pública. Que además, nada se prueba sobre la presunta vulneración alegada ni sobre la ausencia de democratización de la propiedad.

SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE - SI 99 S.A.

La sociedad Sistema Integrado de Transporte - SI 99 S.A. en escrito que obra a folios 433 a 450 del expediente, da contestación a la demanda, en el cual se opone a todas y cada una de las pretensiones.

Aduce que el espacio público no se ha privatizado a favor del operador privado del Sistema Transmilenio, pues este utiliza esta infraestructura de acuerdo con la programación que diseña el gestor. Que los atributos de la propiedad los conserva el Distrito, y que sólo tiene el derecho de usar, usufructuar y disponer de la infraestructura que conforma el sistema. Releva que los operadores no utilizan los corredores viables a su libre albedrío, como ocurriría si se tratara de una privatización.

Que en este caso lo que se presentó fue una recuperación del espacio público que se encontraba sometido al caos, desorden, explotación indebida del transporte público e individual y que se tradujo

913

en un incremento sustancial de la movilidad, calidad de vida y ambiente sano para los bogotanos, especialmente, de los usuarios que diariamente se benefician al utilizar las vías.

Manifiesta que no aparece acreditado en el proceso ningún **desequilibrio económico en las cargas y beneficios; ni es posible efectuar ninguna cuantificación, por cuanto no existe privatización del espacio público a favor de ningún constructor ni operador del Sistema Transmilenio, pues no se ha entregado la infraestructura ni el espacio público a favor de ningún particular.**

Señala que carece totalmente de fundamento jurídico, técnico y económico la pretensión de incluir la financiación de las obras dentro de la tarifa que se cobra por el servicio de transporte masivo al usuario. Precisa, que los diseñadores del Sistema Transmilenio fueron conscientes de la necesidad de separar la construcción de la operación, para hacer viable y sostenible el sistema. De acceder a lo solicitado, considera que se presentaría un incremento en la tarifa, que haría inaccesible el sistema para la mayoría de los habitantes.

Indica que Transmilenio S.A. no ha enajenado su participación accionaria, y que por lo tanto no le resultan aplicables las normas invocadas.

Agrega que el sistema Transmilenio comprende una infraestructura adecuada para transporte masivo, un sistema operativo eficiente, un sistema de recaudo moderno y una institución de planeación, gestión y control. Que la infraestructura, la gestión, control y planeación del sistema se ejercen por la Nación y el Distrito; y la operación y el recaudo son contratados con particulares, quienes asumen el riesgo total de su inversión ya que no pueden solicitar compensación alguna.

Informa que el Distrito no canceló el 100% de la construcción de la infraestructura, pues sólo le correspondió el 34% de la misma. Que en la Fase I, se suscribieron contratos de obra donde el contratista recibió un

y

anticipo para construir y se le cancelaba de acuerdo al avance de la obra; pero en la Fase II, la modalidad fue diferente, ya que el 34% que le correspondía al Distrito no se entregó a los contratistas de obra, sino que ellos tuvieron que conseguir o contratar la financiación que posteriormente sería cancelada con las vigencias futuras del Distrito, provenientes básicamente de la sobretasa a los combustibles.

Expone que para la prestación del servicio de transporte público masivo de pasajeros debe utilizarse la infraestructura diseñada y construida para ese efecto, pero eso no significa que el Distrito Capital se haya despojado de su titularidad.

Propone como excepción la cosa juzgada.

SI 02 S.A.

En escrito que reposa a folios 471 a 488 del expediente, la empresa SI 02 S.A., contesta la demanda, expresando similares argumentos a los que fueron expuestos por la sociedad Sistema Integrado de Transporte - SI 99 S.A., razón por la cual se remite el Tribunal a los mismos.

**SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A. -
CIUDAD MÓVIL**

Mediante memorial que obra a folios 509 a 528 del expediente, la Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A. - CIUDAD MÓVIL, contesta la demanda presentada, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de fundamentos fácticos y jurídicos.

Explica que no existe ni ha existido vulneración alguna de los derechos colectivos invocados por el actor; que además, no se presenta ruptura del equilibrio económico de los contratos de concesión suscritos entre Transmilenio y Ciudad Móvil; y que la pretensión del demandante

de suspender el contrato de adecuación de la troncal NQS sector sur, sí se contrapone y vulnera abiertamente el interés general de la comunidad.

Sostiene que no puede predicarse la violación del derecho colectivo al goce del espacio público, por cuanto cualquier persona puede hacer uso de la vía pública que es utilizada por el sistema Transmilenio.

Anota que el interés colectivo se satisface por el hecho de contar la ciudad con un sistema de transporte con el que pueden los habitantes desplazarse con mayor facilidad, comodidad, rapidez y confianza.

Precisa que no es cierto que la vía pública fue objeto de una privatización, pues no es susceptible de adquirirse o enajenarse.

Expresa que la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad de algunas normas de la Ley 769 de 2002, avaló el uso privativo de los carriles por parte de los prestadores del servicio de transporte masivo, como en la sentencia C-568/03. Agrega, que en el mismo sentido se profirió decisión por el Consejo de Estado, en sentencia ACU - 1043 de 20 de septiembre de 2002.

Que el actor desconoce que los concesionarios pagan una retribución a Transmilenio como contraprestación por la concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros, lo cual descarta de plano la idea de gratuidad que superficialmente pone de presente.

Respecto de la modificación unilateral de los contratos de concesión, señala que esta procede sólo para evitar la paralización o la afectación grave del servicio de transporte, condición que no se presenta con los contratos suscritos para el servicio de transporte masivo.

Indica que las pretensiones del demandante atentan contra el principio de legalidad de los contratos y contra el principio de confianza legítima. Considera, que las previsiones contractuales deben ser

cumplidas a cabalidad por las partes, y respetadas plenamente por los terceros vinculados en la relación, razón por la cual no puede Transmilenio ni voluntaria ni forzosamente ante la imposición de demandas como la que se somete a consideración, desconocer los términos y las condiciones pactadas.

Destaca que las pretensiones de la demanda carecen de objeto, ya que el proceso contractual culminó hace tiempo con la adjudicación correspondiente a la licitación No. 007 de 2002, concretamente con la Resolución No. 19 de 2003. Y que el contrato de adecuación de la troncal que se alude en la demanda, está tan avanzado que ya se inauguró la vía y el servicio está siendo prestado.

Manifiesta, que el demandante formula pretensiones que se encuentran en abierta contraposición al interés general y que vulneran los derechos colectivos que él mismo invoca. Que, la suspensión del proceso contractual o del contrato orientado a la adecuación de la troncal NQS, generaría serios perjuicios a la comunidad y la pondría en una mora injustificada de disfrutar de un servicio eficiente de transporte.

De otra parte afirma que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política y la Ley 226 de 1995, la figura de la privatización o democratización sólo es posible cuando las entidades públicas enajenan su participación en una empresa.

Propone como excepciones la cosa juzgada, la inaplicabilidad del artículo 172 del Decreto 1421 de 1993 a los contratos de concesión, falta de idoneidad de la acción popular para solicitar el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos o su nulidad.

Solicita que se declare que la actuación del demandante ha sido temeraria, y que en consecuencia, se le apliquen las sanciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

113

COMPAÑÍA MULTINACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.**- CONEXIÓN MOVIL**

En memorial que obra a folios 533 a 552 del expediente, la Compañía Multinacional de Transporte Masivo S.A. - Conexión Móvil dio contestación a la demanda, en términos parecidos a los que fueron consignados por la Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A. - CIUDAD MOVIL, por lo que es del caso retomar los argumentos que fueron arriba sintetizados.

METROBUS S.A.

La Sociedad Comercial Metrobus S.A. en escrito que obra a folios 557 a 564 del expediente, contesta la demanda, oponiéndose a las pretensiones incoadas, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho.

Aduce que no se evidencia amenaza o vulneración alguna al derecho o interés colectivo, por cuanto la prerrogativa de la que está haciendo uso, para prestar el servicio de transporte masivo de pasajeros por las troncales del sistema y de acuerdo a la programación que TRANSMILENIO estableció, para el cubrimiento del servicio, de acuerdo al contrato de concesión celebrado, se ajustó a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y demás normas aplicables.

Precisa que el sistema TRANSMILENIO como medio que garantiza la efectividad del uso del espacio público para el interés común, ya es cosa juzgada en la medida en que así lo señaló el Consejo de Estado en providencia de 20 de septiembre de 2002, Expediente ACU 1043-02.

Que frente a la aplicación del artículo 172 del Decreto 1421 de 1993, al proceso de contratación de TRANSMILENIO, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera, dentro del Expediente 2003-1534, expresó que lo consignado en dicha norma es una facultad y no una obligación.

Propone las excepciones de falta de jurisdicción, inexistencia de los supuestos de hecho atentatorios de los derechos invocados a proteger y cosa juzgada.

TRANSMASIVO S.A.

La empresa TRANSMASIVO S.A. en memorial que obra a folios 575 a 602 del expediente, se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerarlas parciales, carecer de causa, legitimidad, de fundamento jurídico y contrarias a la realidad.

Indica que los operadores no tienen concesión exclusiva, por lo que deben prestar el servicio público de transporte masivo de pasajeros en cualquiera de las troncales del sistema, según las necesidades del servicio.

Destaca que el actor no indica ningún hecho del cual se pueda inferir actuación u omisión de cualquiera de los demandados que hayan vulnerado o amenazado en alguna forma los derechos invocados.

Refiere igualmente a los pronunciamientos proferidos por el Consejo de Estado al decidir la Acción de Cumplimiento 1043-02 y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca al resolver una suspensión provisional en el proceso 2003-1534.

Agrega que las pretensiones del demandante carecen de sentido lógico, pues pretende cambiar toda la operación y el sistema, lo que incidiría en el equilibrio económico de los contratos sin que exista ningún hecho que lo justifique.

Expone que el autor desconoce la normatividad referente al sistema de transporte masivo, relevando que dentro de la tarifa que se le cobra al usuario no se incluye el cobro de la infraestructura ni el subsidio a la operación.

Señala que la normatividad del Plan Distrital de Desarrollo, se encamina a estructurar el esquema actual del servicio público de transporte de pasajeros en Bogotá, dándole prelación al Sistema de Transporte Masivo de Pasajeros en buses, para lo cual se creó la empresa pública del orden Distrital encargada de la gestión, administración, control y vigilancia del sistema.

Que con fundamento en lo anterior y en los Acuerdos que desarrollaron dichas políticas, TRANSMILENIO S.A., estructuró e implementa el sistema de transporte público en Bogotá, mejorando la calidad de vida de los ciudadanos y la competitividad en la ciudad. Que el proceso para cumplir tales objetivos se realizó cumpliendo las etapas de elaboración de los estudios, diseños y esquemas técnicos, operativos, financieros y administrativos.

Manifiesta, que ha dado cumplimiento a las disposiciones sobre el sistema de transporte masivo, y que la operación es coyuntural, por lo que debe ser prestada por particulares habilitados por la autoridad competente.

Anota, que no tiene en concesión la explotación económica exclusiva del transporte urbano masivo de pasajeros, ni tiene una troncal escriturada, sino que presta como cualquier particular el servicio en Bogotá y su área de influencia, sobre las troncales de Transmilenio, bajo las condiciones y limitaciones previstas en el contrato.

Formula las siguientes excepciones:

Cosa Juzgada, improcedibilidad de la acción por referirse a una orden de imposible cumplimiento, improcedibilidad de la acción para lograr la intervención del Estado a nivel territorial en orden a obtener la modificación de estructuras societarias privadas y la inexistencia de los hechos que soportan la pretensión.

E. PACTO DE CUMPLIMIENTO

La audiencia de Pacto de Cumplimiento consagrada en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, se celebró el 21 de abril de 2004, con la participación de la parte actora, la Alcaldía Mayor de Bogotá, el IDU y el Ministerio Público, dentro de la cual no se llegó a una concertación.

F. TRASLADO PARA ALEGAR

Vencida la etapa probatoria, las partes alegan de conclusión, el demandante en escrito visible a folios 385 a 387; el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU, en escrito visible a folio 373 a 377 del expediente; la Alcaldía Mayor de Bogotá, en escrito visible a folio 378 a 382, reiterando los argumentos esgrimidos en el líbello de demanda y en las contestaciones a la misma, respectivamente.

Transmilenio S. A., guarda silencio.

Realizada la vinculación a las empresas privadas concesionarias que actualmente operan en la Troncal Avenida Norte Quito Sur (NQS), y ordenado el traslado para alegar de conclusión, presentaron sus escritos la Compañía Multinacional de Transporte Masivo S.A. - Conexión Móvil, Bogotá - Distrito Capital, la Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A. - Ciudad Móvil y el Instituto de Desarrollo Urbano, visibles a folios 675 y siguientes.

G. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Judicial destacada ante esta Corporación, rinde su concepto jurídico, a través de escrito que obra en el cuaderno segundo, folios 388 a 401 del expediente.

Sostiene que para esa Agencia, no se encuentra vulnerado el derecho colectivo al goce del espacio público bajo la apreciación de haber sido privatizada una vía a favor de un particular, por el hecho de que un

ente privado preste un servicio público haciendo uso de una vía cuya propiedad es de la Nación y de uso y goce de todos los ciudadanos.

Expone que si bien las partes suscribieron acuerdos sobre cuantías, condiciones, formas de pago etc., no tuvieron en cuenta que dentro de un estado social de derecho, existe un marco constitucional superior que prevé no solamente que las actividades estatales estén relacionadas de acuerdo a la ley sino que no deben contradecir la esencia misma del Estado. Lo anterior lo dice para concluir que existe una sobrecarga para el Distrito al tener que asumir con sus recursos el mantenimiento de la obra, debiendo hacerse con cargo a las tarifas. Continúa diciendo que "...debe señalarse que con la celebración de este contrato se buscó prestar un servicio a la comunidad y no puede argumentarse que porque se hayan suscrito las condiciones de contratación estas siempre permanezcan...pues es dable que durante el desarrollo del contrato se presenten costos adicionales, teniendo que contextualizarse el contrato a las condiciones reales de ejecución so pena de atentar contra el patrimonio público...".

Que los bienes de uso público están sujetos a un régimen jurídico en virtud del cual gozan de características propias tales como la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad.

En cuanto a la presunta vulneración del patrimonio público, afirma que en el presente caso estamos frente a una celebración contractual, donde si bien es cierto las partes suscribieron acuerdos sobre cuantía, condiciones, formas de pago, costos financieros, etc., no tuvieron en cuenta que dentro de un Estado Social de Derecho como lo es el colombiano, existe un marco constitucional superior que prevé no solamente que las actividades contractuales estén realizadas de acuerdo a la ley, sino que no contradigan la esencia misma del Estado, sus principios y valores. Que si bien con la aplicación de las leyes 310 y 336 de 1996, se determinó que el pago de las obras en controversia se realizaría con cargo a recursos de la Nación y del Distrito, en estrecha relación con el Decreto 3109 de 1997, que aprueba la participación de la

Nación como cocapitalizador en los proyectos referentes a transporte masivo, no puede desconocerse que existe una sobrecarga para el Distrito al tener que asumir con sus recursos el mantenimiento de la obra, sin que esto implique que bajo la aplicación del artículo 172 del Estatuto Orgánico de Bogotá, la integridad de la tarifa del usuario sería de la propiedad de la empresa concesionaria.

Que con la celebración del contrato se buscó prestar un servicio a la comunidad y no puede afirmarse que porque se hayan pactado las condiciones de contratación estas permanezcan inalteradas, pues es dable que durante el desarrollo del contrato se presenten costos adicionales, teniendo que contextualizarse el contrato a las condiciones reales de ejecución so pena de atentar contra el patrimonio público.

Que los beneficios que se extraen de este contrato para la ciudadanía son visibles, ya que se cambió la anterior "guerra del centavo" por un sistema con una intervención integral, así mismo, que existía la necesidad de un sistema masivo de transporte para una ciudad donde la mayoría de la población se desplaza a través del servicio público de transporte; pero, lo cierto es que se dio un sobrecosto y no resulta acertado para el Distrito asumirlo, menos teniendo en cuenta que para el desarrollo amplio de la sociedad se exige la protección del patrimonio público por parte del Estado y sus representantes.

En lo que respecta a la libre competencia económica y a los derechos de los consumidores y usuarios, afirma que estos tienen sus límites dentro de los cuales se encuentra el ejercicio del bien común, por lo que es primordial la participación y representación de los usuarios en los asuntos que les conciernen. Releva la importancia de impedir la constitución de monopolios lo que redundaría en beneficio real de la ciudadanía y en prevalencia del principio de igualdad que constitucionalmente se reconoce en un Estado Social de Derecho como el Colombiano.

Expresa que debe tenerse en cuenta que a través del Acuerdo No. 119 de 2007, mediante el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico, Social y de Obras Públicas para Bogotá, se establece el programa de integrar centralidades con el sistema de transporte público, teniendo como indicador el democratizar gradualmente como mínimo, el 30% de la fase III.

En cuanto a la posible vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios, señala que debe tenerse en cuenta como anteriormente se mencionó, que siendo el transporte en mención un servicio público, debe garantizarse una prestación eficiente, con el objetivo primordial de contribuir al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida. Agrega, que tal como lo asegura la empresa concesionaria, el acceso al transporte público implica que el usuario pueda transportarse a través del medio y modo que escoja en buenas condiciones de acceso, comodidad, calidad y seguridad, así mismo, las autoridades competentes deben exigir y verificar dichas condiciones siempre buscando darle prelación al interés general.

Afianza sus ideas diciendo que bajo este panorama, se observa que con la implementación del sistema masivo de transporte buscó suplirse una necesidad evidente en una ciudad en crecimiento y bajo el diseño de un sistema integral se agilizó el desplazamiento de los habitantes y se contribuyó al medio ambiente. Que, sin embargo, resulta notorio que a pesar de los beneficios del sistema, la prestación del servicio ha colocado a los ciudadanos en situación de desprotección de derechos básicos como la dignidad humana, la seguridad y la comodidad, ya que el servicio es prestado sin importar la forma en que sean transportados los pasajeros, desmejorando la calidad de vida de estos y haciéndolos presa fácil de la delincuencia. Que adicionalmente, dado que fue suspendido el tránsito por las vías continuas a Transmilenio, se le impidió a los ciudadanos esa escogencia que la ley les prescribe, dado que ante la necesidad de desplazarse y siendo las únicas opciones los taxis o el Sistema de Transmilenio los habitantes deben tomarlo, originado un problema que

consiste en que la gente deba someterse al sistema sin importar las inadecuadas formas en que se desarrolla.

Señala que si bien es cierto hay una notoria vulneración, esa Agencia no puede desconocer el pronunciamiento que hizo esta **Corporación en sentencia de 22 de junio de 2004, de la Sección Tercera**, con ponencia del Magistrado Juan Carlos Garzón Martínez, respecto del sobrecupo en los buses llenos para atender una alta afluencia de pasajeros, decisión adoptada en relación con pretensiones encaminadas a evidenciar una violación de derechos colectivos como la seguridad, salubridad públicas y la prevención de desastres previsibles técnicamente, la que negó las súplicas de la demanda.

H. EXCEPCIONES

EXCEPCIONES PROPUESTAS POR EL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU:

1. Falta de legitimación en la causa por pasiva

La sustenta diciendo que no es la autoridad competente y facultada por el artículo 172 del Estatuto de Bogotá, ya que lo es el Distrito Capital, facultado para celebrar los contratos de concesión para implementar el sistema de transporte masivo. Agrega, que de todas formas el IDU ha dado aplicación a las leyes 310 y 336 de 1996, y ha actuado bajo la autorización y recomendación consignada en el documento COMPES 3093 de 2000.

Para resolver la excepción planteada es del caso anotar que el IDU es el encargado de iniciar, tramitar y llevar a cabo, los procesos de contratos que se requieran para la infraestructura física del Sistema de Transmilenio, así como para la contratación de las interventorias que sean requeridas (artículo 15 del Decreto Distrital No. 831 de 1999); además, la coordinación, vigilancia y control de la ejecución de los

contratos está a cargo y bajo la responsabilidad exclusiva de esa entidad; por lo que no puede en el evento de que resulten airosas las pretensiones propuestas en esta acción, eludir la responsabilidad que eventualmente recaería sobre tal instituto.

Por las razones expuestas esta excepción no está llamada a prosperar.

2. Cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales por parte del Instituto de Desarrollo Urbano - IDU; indebida interpretación de la ley por parte del accionante; primacía de la ley posterior sobre la anterior (Ley 153 de 1887); improcedencia de la acción interpuesta para proteger intereses personales simulados bajo la protección de derechos colectivos que no han sido vulnerados. Tales denominaciones por su naturaleza no constituyen verdaderos medios exceptivos, sino argumentos de defensa, por lo que no requieren pronunciamiento previo.

EXCEPCIONES PROPUESTAS POR TRANSMILENIO S.A.

1. Cosa Juzgada. Afirma que ya existe sentencia al respecto, proferida por el H. Consejo de Estado, dentro del proceso ACU - 01043 - 02.

La cosa juzgada es considerada como aquella fuerza vinculante de una decisión judicial, que busca garantizar la seguridad jurídica, cuya configuración exige la concurrencia de los siguientes tres requisitos:

- Identidad en las partes.
- Identidad en el objeto.
- Identidad en la causa.

De otra parte, para que opere la cosa juzgada es necesario que la decisión este contenida en una sentencia debidamente ejecutoriada.

Al respecto debe precisarse, que La Ley 393 de 1997, reglamenta el artículo 87 de la Constitución Política, en relación con el ejercicio de la acción de cumplimiento. Dicha norma es del siguiente tenor:

"Artículo 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo.

"En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido."

A su vez, el artículo 1º de la Ley 393 de 1997, señala como objeto de la acción de cumplimiento, hacer efectivas las normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos.

En ejercicio de la referida acción constitucional, el señor CARLOS ENRIQUE CAMPILLO PARRA, solicitó el cumplimiento al artículo 38 del Decreto 1421 de 1993, que le asigna al Alcalde Mayor de Bogotá como función la de "velar porque se respete el espacio público y su destinación al uso común"; la cual se decidió por sentencia de 20 de septiembre de 2002, Consejero Ponente Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, dentro del expediente radicado con el No. 1043 - 02.

En dicha providencia se hace referencia al uso exclusivo de unas vías por parte del Sistema Transmilenio, estudio que se realizó a la luz de las disposiciones que regulan la acción de cumplimiento, en la que se concluyó que no aparecía claro que la entidad demandada hubiera incumplido el artículo 38 del Estatuto de Bogotá.

La Sala considera necesario relevar, que la acción popular es un mecanismo de protección de derechos, consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollado por la Ley 472 de 1998, que permite la intervención activa de los miembros de la comunidad, a efectos de exigir la protección y defensa de los derechos colectivos y la prevalencia del interés general.

El artículo 88 de la Constitución Política, prescribe lo siguiente:

"La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, la libre competencia económica y otras de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas, en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos."

A su turno, el artículo 2o de la Ley 472 del 25 de agosto de 1998, dispone:

"Acciones populares. *Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.*

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible."

Es de resaltar, que su naturaleza es la de mecanismo cautelar de defensa de los intereses y derechos colectivos, así lo determinan las normas constitucional y legal antes transcritas, en aras de garantizar su protección, frente a conductas de la administración o de los particulares.

La demanda que se resuelve, tiene entre otros fundamentos, la presunta vulneración del derechos colectivo al goce del espacio público, por la actuación de las demandadas al permitir el uso exclusivo de unas vías de uso público por el Sistema Transmilenio.

Se evidencia de esta forma, que si bien los hechos en que se fundamenta la demanda impetrada, son similares, ello no quiere decir que en el presente asunto haya operado el fenómeno de la cosa juzgada, pues el análisis que debe hacer el juez en cada caso es diverso, en atención a que el objeto y normatividad de las acciones de cumplimiento y populares son diferentes, pues en la primera tan sólo se valora el cumplimiento o no de una norma o de un acto administrativo por parte de una autoridad o particular renuente, mientras que en la segunda, se

estudia la actuación denunciada para determinar si vulnera o no los derechos colectivos que se predicen como conculcados, lo que a todas luces implica realizar un ejercicio en donde se analice la forma en que se contrató y la ejecución de los contratos, el servicio que se presta y la manera como se hace; en fin el estudio se contrae a toda la situación que rodea al **servicio prestado por el Sistema Transmilenio**.

En consecuencia, se declarará no probada la excepción propuesta.

Con el mismo argumento se formuló por parte de SI 99 S.A., SI 02, CIUDAD MÓVIL Y CONEXIÓN MÓVIL, la excepción de cosa juzgada, resultando entonces pertinente negarla con base en los argumentos antes expuestos.

2. Pleito Pendiente: *La funda en el hecho de encontrarse demandada la Resolución 3836 de 2003, proferida por el Instituto de Desarrollo Urbano, por medio de la cual se ordena la apertura de la licitación pública para la contratación de la adecuación de la Troncal NQS SECTOR SUR del Sistema Transmilenio, de la Calle 10 a la Avenida Ciudad de Villavicencio; acción que se adelanta ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Subsección "A" proceso 2003 - 1534.*

Releva la Sala que la excepción de pleito pendiente tiene como objetivo, evitar la existencia de dos o más juicios con idénticas pretensiones y entre las mismas partes, que eventualmente podría conducir a juicios contradictorios. Se ha entendido que para su configuración deben presentarse los siguientes elementos concurrentes y simultáneos: que exista otro proceso que se esté adelantando; que las pretensiones sean idénticas; que las partes sean las mismas; que al haber identidad de causa, los procesos estén soportados en los mismos hechos.

Considera la Sala que no puede darse por probada dicha excepción, por cuanto a simple vista se advierte que en la acción de nulidad que conoce la Sección Tercera de este Tribunal¹, y en la popular que se resuelve en esta oportunidad, no se están debatiendo idénticas pretensiones.

Se releva, que el hecho de que se haya sometido a estudio de legalidad, el acto administrativo que según expresa la excepcionante, contempla el proceso contractual de la construcción de la troncal NQS, no inhibe ni impide la facultad del juez constitucional de estudiar si se están vulnerando los derechos colectivos que predicen por la parte demandante.

3. Improcedencia de la acción por referirse a una orden de imposible cumplimiento; improcedibilidad de la acción para lograr la intervención del estado a nivel territorial en orden a obtener la modificación de estructuras societarias privadas e inexistencia de los hechos que soportan la pretensión. Tales afirmaciones por su naturaleza no constituyen verdaderas excepciones, sino medios de defensa, por lo que serán atendidas al estudiar el asunto de fondo en la sentencia.

SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A. – CIUDAD MOVIL Y COMPAÑÍA MULTINACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A. – CONEXIÓN MOVIL

La inaplicabilidad del artículo 172 del Decreto 1421 de 1993 a los contratos de concesión y la falta de idoneidad de la acción popular para solicitar el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos o su nulidad. Considera la Sala, que dichas excepciones por su denominación son medios de defensa, por lo que serán resueltas en la medida en que se avance en las consideraciones.

¹ Sección Tercera, M.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar, Expediente No. 03-1534.

II. CONSIDERACIONES

El actor popular en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política, pretende sean amparados los derechos contenidos en los literales d), e), i) y n) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, es decir, "el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público", "la defensa del patrimonio público", "la libre competencia económica" y "los derechos de los consumidores y usuarios".

Para la protección del derecho colectivo al goce del espacio público pretende que se ordene la suspensión del proceso contractual o el contrato orientado a la adecuación de la **troncal NQS sector sur del sistema Transmilenio, que va de la calle 10 hasta la Avenida ciudad de Villavicencio**, hasta tanto no se restablezca el equilibrio económico y financiero del respectivo contrato, que reparta de manera equitativa las cargas y beneficios.

~~Indica que debe cuantificarse el valor de la privatización del espacio público a favor del operador privado del sistema Transmilenio e incorporar dicho valor en el contrato como derecho del Distrito y a recibir esta entidad, en consecuencia, una compensación.~~

Que en caso de que fracase el restablecimiento bilateral del equilibrio del contrato, debe el Distrito modificarlo unilateralmente.

En relación con la protección del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, solicita que se disponga igualmente la suspensión del aludido proceso contractual, hasta tanto no se modifique el contrato para establecer la financiación de la construcción de las obras con cargo a las tarifas cobradas a los usuarios y no con cargo exclusivo al patrimonio estatal.

Señala en este punto, que las partes de mutuo acuerdo deben modificar la forma de financiación del contrato, a efectos de que la

construcción de las obras no corra a cargo del erario sino de las tarifas que pagan los usuarios.

Finalmente, en lo que respecta a la libre competencia económica y los derechos de los consumidores y usuarios, peticiona de igual manera que se ordene la suspensión del proceso contractual, hasta tanto no se democratice la propiedad accionaria de los operadores particulares que prestan el servicio público de transporte y de las sociedades particulares que además realizan el recaudo de la operación.

Por lo que demanda se ordene a las sociedades particulares que adelantan la operación o el recaudo del sistema Transmilenio en el ramal señalado, que ofrezcan sus acciones en una primera ronda a los usuarios, al sector solidario de la economía y a los transportadores particulares de Bogotá y, en una segunda ronda, al público en general con fundamento en las normas legales existentes.

De los derechos colectivos invocados

a. Derecho al goce del espacio público

Considera el demandante que se vulnera este derecho en la medida en que el carril de la **Troncal Norte Quito Sur**, por el que transitan los buses del Sistema Transmilenio, que hace parte del espacio público, va a ser gratuitamente privatizado para uso exclusivo del transportador particular. Recuerda, que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Política.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 388 de 1997, que refiere al reparto equitativo de las cargas y los beneficios derivados del ordenamiento urbano, sostiene que de no ser posible la aplicación de tal principio debe acudir a las compensaciones, lo que resulta concordante con la teoría del equilibrio económico y financiero del

contrato estatal. Lo cual conllevaría a que se cuantifique el valor de la privatización del uso del espacio público, o si se quiere, la concesión de un monopolio para explotar una vía pública, lo cual hasta el momento no se ha hecho. Que una vez fijada esa suma, la debe pagar el contratista particular, a título de compensación, ya que se le ha conferido un trato privilegiado.

Agrega, que para ese efecto existen dos mecanismos, uno bilateral y otro unilateral, según lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

Así mismo, expresa que la privatización gratuita del espacio público configura una transacción que tiene objeto ilícito y que por ello no habría lugar a compensación económica alguna.

Concluye esta argumentación precisando que, si un vehículo particular transita por el carril que se ha construido, entregado y mantenido al operador de Transmilenio, incurre en una falta de tránsito sancionable con multa.

Para resolver sobre la vulneración alegada, resulta pertinente traer a colación lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Política, que literalmente consagra lo siguiente:

"Artículo 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

"Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común."

Por su parte, la Ley 9ª de 1989 "por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones" define el espacio público de la siguiente manera:

"ARTICULO 5o. Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

"Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo."

El cuestionamiento hecho por el accionante, como las pretensiones que plantea alrededor del derecho al espacio público, no son de recibo por este Tribunal, atendiendo que las vías de uso exclusivo del transporte público "Transmilenio", están destinadas precisamente para ofrecer un servicio para todos los ciudadanos que lo requieran, en un plan de igualdad, y en esos términos no puede hablarse de privatización. Todo lo contrario, es evidente que cualquier servicio público de transporte, mejora las condiciones de calidad de vida de las personas, pues les permite transportarse de un sitio a otro, satisfaciendo así necesidades e intereses de las mismas; siendo un deber del Estado propiciar cada vez, en más cantidad y en más calidad vías y medios de transporte.

De otro lado, es importante destacar que aunque la prestación del servicio se encuentre a cargo de particulares no cambia la destinación de uso público de las vías, lo cual desde el Código Civil viene así dispuesto. Además, tal como se establece en el artículo 82 de la Carta Política, es deber del Estado proteger la integridad del espacio público y propender por su uso común.

Queda claro entonces que la decisión adoptada para la operación del Sistema Transmilenio y que reprocha el actor, se encuentra

justificada en la medida en que a través del uso exclusivo del sistema se presta un servicio de transporte para el uso común de los ciudadanos en términos de igualdad.

Las razones anteriores soportan entonces la negativa del Tribunal de acceder a las pretensiones relacionadas con ordenar a las partes a restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato, en el sentido de cuantificar el valor de la privatización del espacio público a favor del operador privado del Sistema Transmilenio e incorporar dicho valor en el contrato.

b. Derecho colectivo al patrimonio público

Se afirma que este derecho se encuentra desconocido en el proceso de contratación adelantado por la administración distrital en la Troncal NQS del sector sur, en la medida en que la obra se financia con el patrimonio público y no con el dinero que se recauda a través de las tarifas pagadas por los usuarios, como lo dispone la ley. Puntualiza que el artículo 172 del Estatuto Orgánico de Bogotá, dispone que cuando se otorga una concesión relativa al sistema de transporte masivo de la ciudad, el concesionario se obliga por su cuenta y riesgo, a diseñar, construir, conservar y administrar el sistema a cambio de las tarifas pagadas por los usuarios del servicio.

Que el proceso adelantado por la administración distrital, separa el diseño y construcción del Sistema Transmilenio, de la administración (operación y recaudo). Que lo primero se desarrolla a través de un contrato de obra pública y lo financia el erario; y lo segundo, a través de un contrato de concesión y se financia con el cobro a los usuarios de las tarifas. Agrega, que para colmo de males el mantenimiento de las vías que el operador usufructúa en forma monopólica, también quedó a cargo del erario.

Puntualmente señala que: "...Se aprecia pues como se libera al operador del servicio de la obligación de asumir el aspecto costoso del

paquete y le entrega luego el negocio "pulpito", al tiempo que lo libera incluso del mantenimiento de las vías, en desmedro del derecho colectivo al patrimonio público...".

Refiere a los ingresos del sistema Transmilenio indicando que en el año 2002 se obtuvo la suma de ciento noventa mil millones de pesos por concepto de tarifas, lo que significa que el operador facturará aproximadamente tres billones de pesos a 2003, los cuales se repartirán de la siguiente manera: 73.53 % para los operadores de troncales, el 8.45% para el operador del recaudo, el 3.62% para Transmilenio S. A., y el resto para troncales, fiducias etc. Que con este ejemplo, el operador del servicio ganará dos billones doscientos mil pesos; el operador de recaudo obtendrá doscientos cincuenta mil millones de pesos y el Distrito a través de Transmilenio S. A., logrará sólo ciento ocho mil millones de pesos.

De tal circunstancia concluye, que existe una ruptura del equilibrio económico del contrato, de que hablan los artículos 4, 5 y 27 de la Ley 80 de 1993, el cual debe restablecerse, bien por mutuo acuerdo o por modificación unilateral del contrato.

Además indica que este proceso de contratación difiere del sistema de concesiones viales que realiza la Nación a través del INVIAS, en donde el contratista por su cuenta y riesgo, construye una vía y luego se retribuye con cargo a las tarifas. Y que la Nación sólo asegura un mínimo de tránsito vehicular que si no se cumple entra ella a financiar el faltante.

Expone, que el Estatuto de Bogotá prevalece para el sector transporte, sobre las Leyes 310 y 336 de 1996, que se invocan para justificar la contratación, pues estas sólo resultan aplicables en forma supletoria.

Ciertamente el Decreto 1421 en su artículo 172 establece que el Gobierno Distrital podrá celebrar el contrato o los contratos de concesión necesarios para dotar a la ciudad de un eficiente sistema de transporte

masivo o de programas que conformen e integren dicho sistema, señalando puntualmente lo siguiente:

"En virtud de dichos contratos el concesionario se obliga, por su cuenta y riesgo, a diseñar, construir, conservar y administrar por un plazo no mayor de treinta años el sistema o programa a que se refiere el inciso anterior, a cambio de las tarifas que perciba de los usuarios del servicio y de las demás compensaciones económicas que se convengan a favor o a cargo del Distrito, según el caso, y si a ello hubiere lugar..."

De acuerdo a lo normado por el artículo 322 de la Constitución Política, el régimen político, fiscal y administrativo de Bogotá será el determinado por la misma Carta y por las leyes especiales que al efecto se dicten. Como las leyes especiales no se dictaron, el Gobierno Nacional siguiendo lo previsto en el artículo 41 transitorio de la misma Carta, profirió el Decreto 1421 de 1993.²

El Estatuto Especial de Bogotá como se advierte establece en verdad una manera de contratación, que responde al concepto típico de concesión, que no fue asumida por la administración, sino que se acogió a la Ley 80 de 1993, celebrando contratos de concesión tanto para la construcción de la infraestructura, como para la operación del sistema, tal como se analizará en los párrafos siguientes.

La Ley 80 en el artículo 32 numeral 1º define el contrato de obra en la siguiente forma:

"1o. Contrato de obra.

"Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

"En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren

² Art. Transitorio. Si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución, el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez expedirá las normas correspondientes.

imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto."

Y en el mismo artículo, numeral 4º se describe el contrato de concesión en los siguientes términos:

"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."

Pues bien, atendiendo la manera como la ley de contratación tipifica los contratos de obra y de concesión, advierte al Tribunal que si bien es cierto, revisten características propias que los delimitan perfectamente, el de concesión admite que así se le denomine cuando se contrata la construcción de una obra a cambio de una remuneración.

Lo anterior se señala porque en los contratos celebrados para emprender las obras de construcción del sistema Transmilenio, el IDU los calificó como de "concesión", seguramente en desarrollo de la parte destacada de la norma reproducida.

Y porque de acuerdo al servicio prestado entiende el Tribunal que se usó la locución no sólo por la definición que de ella trae la Ley 80 de 1983, sino porque se ha aceptado cuando refiere a la prestación de servicios públicos por algunos tratadistas, como lo expone Georges Vedel en los siguientes términos:

"El término concesión es uno de los más vagos del derecho administrativo. Se emplea para designar operaciones que no tienen gran cosa de común entre ellas, excepto la de tener como base una autorización, un permiso de la administración. De este modo se hablará

de concesiones de tierra en los territorios de ultramar, de concesiones de construcción de diques, o de 'incrementos futuros' que son simplemente venta de materiales.

"La expresión 'concesión de servicio público' que se abrevia a veces con el término 'concesión', tiene por el contrario, un sentido mucho más preciso. Se trata de un procedimiento mediante el cual una persona pública, llamada autoridad otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente, a cambio de una remuneración que consiste, en la mayoría de los casos, en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio".³

De manera, que no se encuentra irregularidad en la contratación verificada de esa manera, ni mucho menos se halla mala fe, la cual como se sabe siempre debe probarse, sin que se desconozca que la definición de los contratos de concesión, en principio, refiere a situaciones en las cuales el contratista asume el costo de las obras y posteriormente asume la explotación o la gestión del bien para pagarse.

Sin embargo, admite esta Sala de Decisión que válidamente podría pensarse que si se hubiere unido la construcción de las obras con la prestación del servicio, o dicho de otra forma, se hubiere hecho la invitación a contratar bajo la figura de la concesión, (asumiendo el contratista el costo de las obras) es posible que la contratación hubiese resultado más beneficiosa para el distrito; pero como antes se expresó, la manera de contratar bajo la figura de la concesión, las obras de construcción de la infraestructura del sistema TRANSMILENIO está amparada bajo la legalidad.

Desde otra óptica es dable entender que, la posición de la entidad demandada fue adoptada en virtud del cuantioso costo de las obras, en donde como más adelante se precisará, aportaron recursos significativos tanto la Nación como el Distrito.

³ Vedel, Georges, Derecho Administrativo, 8ª edición, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, pag. 470.

Entonces, de acuerdo a los contratos aportados al proceso, es un hecho cierto que se adelantó en forma separada la contratación de la construcción de la infraestructura del Sistema de Transporte Masivo de Pasajeros Transmilenio en Bogotá y la operación del mismo, circunstancia que viene expuesta en la demanda y es reconocida por todos los **Intervinientes en el proceso.**

Para la construcción de la Troncal NQS Sector Sur, correspondiente al tramo que va de la Calle 10 a la Avenida Ciudad de Villavicencio, mediante la Resolución No. 3836 de 2003 (folios 23 a 25) se abrió la licitación pública No. IDU-LP-DTC-015-2003, en virtud de la cual se celebraron los contratos Nos. 179 y 180 de 2003.

Pues bien, conforme con lo convenido en los contratos antes reseñados se advierte que TRANSMILENIO S.A., efectuaba los pagos, pero que los recursos fueron aportados por parte de la Nación y del Distrito, tal como se informó, al consultarse a dicha entidad sobre las fuentes de financiamiento en la construcción del sistema Transmilenio en la Troncal NQS, mediante oficio No. 2007-EE4540, en el que se dijo que las fuentes de financiación fueron las siguientes:

COMPONENTE	NACIÓN	DISTRITO	RECURSOS ADMINISTRADOS EAAB	TRANSFERENCIAS ORDINARIAS	TOTAL GENERAL
Predios	86.870.360.061	21.055.435.975		5.452.000	107.931.248.036
Estudios y Diseños	1.413.056.312	6.924.677.642			8.337.733.954
Construcción	1.024.800.653.219	411.557.178.158	14.986.515.396	6.258.692.485	1.457.603.039.258
Total General	1.113.084.069.592	439.537.291.775	14.986.515.396	6.264.144.485	1.573.872.021.248

En este punto vale la pena relevar, que la administración distrital se comprometió a construir y adecuar las troncales por las cuales operaría el Sistema Transmilenio, tal como se advierte de la lectura de las siguientes disposiciones:

El Acuerdo 6 de 1998, por el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico, Social y de Obras Públicas para Santa Fe de Bogotá, D.C., 1998 - 2001 -POR LA BOGOTÁ QUE QUEREMOS, proferido por el Concejo de Bogotá, en particular dispone:

"PRINCIPALES PROYECTOS PRIORITARIOS:

"MEGAPROYECTOS

"Artículo 32º.- *Megaproyecto No. 1: Sistema integrado de transporte masivo. El desarrollo vial y el transporte urbano en el Distrito han tenido un ritmo de expansión y desarrollo inferior al crecimiento de la población y al desarrollo urbano de la ciudad. Este desfase ha generado severos problemas de tránsito, congestiones crónicas, accidentes, deterioro ambiental y del espacio urbano, en detrimento de la calidad de vida de los habitantes de Bogotá.*

"Los últimos estudios realizados para encontrar una solución de largo plazo a este problema han concluido que Bogotá necesita un «Sistema Integrado de Transporte Masivo» (SITM) que incluye diversas modalidades de transporte, respondiendo así a las necesidades de cada sector. En este Sistema, la reestructuración del sistema de buses y la construcción de la Primera Línea del Metro (PLM) constituyen la base para desarrollar una verdadera red de transporte integrado.

"Este megaproyecto se inscribe en la prioridad Movilidad y su ejecución está a cargo de la Secretaría de Tránsito y Transporte, el Instituto de Desarrollo Urbano, la futura "Empresa Metro" y la nueva entidad que se ha previsto crear para la administración del sistema de buses.

"A. Reestructuración del Sistema de Transporte de Buses

"La reestructuración del sistema de transporte por buses es un proyecto de largo plazo dirigido a dotar a la ciudad de una red de transporte público única e integrada tarifariamente, que permita la inserción de medios de transporte complementarios tales como el metro.

"El sistema de buses constituye el eje central del transporte masivo de la ciudad, por ello es imperativo contar con un sistema realmente organizado y respetuoso del ciudadano y del ambiente, que proporcione un transporte más rápido, cómodo y seguro. Con este fin, se ha previsto reestructurar el sistema de buses, involucrando dos frentes de acción: por una parte el rediseño del sistema de rutas en función de la demanda espacial y temporal, junto con la definición de las condiciones operacionales del mismo, las características físicas de la malla vial y las

especificaciones técnicas del equipo rodante; y, por otra, la constitución de un organismo de gestión de la operación, encargado de contratar los servicios de transporte con las empresas constituidas para tal fin, controlar la operación del sistema, recaudar los ingresos por tarifas y pagar a los operadores por el servicio prestado.

"Adicionalmente, se brindará apoyo y asistencia técnica a las actuales empresas de transporte.

"Las características del nuevo sistema de transporte propuesto son:

- El sistema de rutas estará compuesto por rutas locales, rutas alimentadoras de los corredores principales y rutas troncales.

- En la etapa inicial del proyecto, las rutas asociadas con las zonas en las cuales haya sido implantado el sistema serán servidas por nuevos buses de especificaciones técnicas acordes con los requerimientos del transporte urbano de pasajeros, que permita brindar un servicio eficiente, de calidad y menor impacto ambiental. En un punto más avanzado del proyecto y en forma paulatina, en las rutas alimentadoras y locales se irá sustituyendo el parque automotor por vehículos de características similares a los de las vías troncales, para que en el año 2010 los buses que presten el servicio en la ciudad correspondan a un mismo patrón técnico.

- El sistema tendrá integración tarifaria.

- El pago del servicio a los transportadores se hará por kilómetro servido, bajo parámetros de cumplimiento del servicio en términos de atención de la demanda. En lo posible se buscará que no haya pago directo al conductor.

- El sistema de transporte de buses constituye, además, un elemento importante de recuperación y renovación urbana. Las obras de infraestructura física involucradas en el proyecto contemplan, entre otros, la construcción de andenes, plazoletas, terminales, paraderos, estacionamientos y áreas comerciales.

"La administración prevé **construir y adecuar 5 corredores troncales para operar el nuevo sistema de transporte.** El presupuesto estimado del proyecto asciende a \$ 743.011 millones 1998." (Subrayas fuera del texto.).

En el **Decreto 831 del 3 de diciembre de 1999**, por el cual se reglamentó el Acuerdo No. 04 de 1999, se estableció lo siguiente:

"Artículo 15. Construcción, mantenimiento y mejora de la infraestructura del Sistema Transmilenio. Corresponde al Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- la construcción, mantenimiento y mejora de la

infraestructura específica y exclusiva que se utilizará en la operación del Sistema Transmilenio, a que se refiere el artículo 13 de este Decreto." Destacado fuera del texto.

Resulta pertinente recordar que mediante el Acuerdo 04 de 1999, se autorizó al Alcalde Mayor de la ciudad para participar, conjuntamente con otras entidades del orden distrital, en la constitución de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio.

Retomando la idea, tenemos que en la etapa de construcción de las vías del sistema Transmilenio, como antes se expone, los costos fueron asumidos por la Nación y la administración Distrital y los concesionarios contratados para el efecto recibían en contraprestación el pago de las obras construidas de acuerdo a la forma pactada, lo que como se dijo en precedencia, no reviste en principio irregularidad alguna.

No cuestiona el accionante el valor de la contratación de las obras de construcción, pero si lo hace respecto de las ganancias que obtienen los contratistas que operan el sistema, sosteniendo que los contratos han debido ser de concesión, para que tal situación no se generara, por lo que corresponde a la Sala analizar los respectivos contratos suscritos con los operadores del sistema, en aras de establecer si se vulnera el derecho colectivo al patrimonio público o cualquier otro derecho.

En virtud de los contratos de concesión, los operadores adquirieron el derecho, entre otras cosas, a lo siguiente:

- a. La explotación económica de la actividad de transporte de pasajeros dentro de las rutas troncales del Sistema Transmilenio, a través de la participación en los recursos económicos producidos por la prestación del servicio.
- b. La utilización de la infraestructura de transporte del Sistema TransMilenio, para transitar a través de la misma dentro de los límites que impongan las condiciones de operación establecidas

por TRANSMILENIO S.A.

- c. Recibir el área de soporte técnico.
- d. Administrar todos los bienes recibidos o que hubieren sido adquiridos, construidos o incorporados por él para beneficio de la **concesión, debiendo ajustarse, en dicha administración, a las necesidades del servicio de transporte de pasajeros del Sistema TransMilenio, determinadas por TRANSMILENIO S.A.**
- e. El derecho a utilizar en conjunto con los demás concesionarios, de así requerirse, el área de parqueo del patio de operación sometido a su administración. (Cláusulas 6ª y 7ª del CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO, suscrito entre TRANSMILENIO S.A. y la sociedad SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. - SI 99)

Como obligaciones sustantivas, se comprometieron los concesionarios a adquirir los buses que prestarían el servicio de transporte, los cuales debían cumplir con unas condiciones específicas; los equipos, maquinarias y herramientas necesarias para el funcionamiento de los talleres; y a asumir por su cuenta las obras necesarias para el mantenimiento y funcionamiento del área de soporte técnico, lo que se hizo en los siguientes términos:

"CLÁUSULA 8. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA CONCESIÓN DE LA OPERACIÓN TRONCAL DEL SISTEMA,

"...

"8.5. La obligación de poner a disposición del Sistema TransMilenio, los vehículos requeridos para la operación de los servicios que le solicite TRANSMILENIO S.A., según las condiciones técnicas, tipología y dotación previstas en el presente contrato, en las fechas y bajo las condiciones determinadas por TRANSMILENIO S.A.

"CLÁUSULA 9. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA ADJUDICACIÓN DE LAS ÁREAS DE SOPORTE TÉCNICO.

"9.1. La obligación de incorporar a su costo y bajo su riesgo, las obras de adecuación, la dotación y el equipamiento que requiera el área de soporte técnico que recibe, para su funcionalidad de acuerdo con las necesidades de la operación del CONCESIONARIO.

"9.2. La obligación de conservar las áreas de soporte técnico en condiciones óptimas para su utilización según su naturaleza y destinación, en términos de continuidad, eficiencia y permanencia..."

Y como retribución por el servicio prestado, tienen derecho con fundamento en el acuerdo contractual, a obtener una participación en los ingresos generados por la explotación comercial del Sistema Transmilenio, pactada de la siguiente manera:

"CLÁUSULA 76. VINCULACIÓN DEL CONCESIONARIO AL BENEFICIO ECONÓMICO DERIVADO POR LA EXPLOTACIÓN COMERCIAL DEL SISTEMA TRANSMILENIO.

"Como remuneración por las obligaciones que impone la presente concesión al CONCESIONARIO, se le otorgará al mismo el derecho a una participación en los ingresos generados por la explotación comercial del Sistema TransMilenio, lo cual se instrumentará mediante el pago periódico de un valor que para los efectos del presente contrato se denominará "participación", el que será establecido conforme a las condiciones previstas en el presente contrato, y que le será cancelado con cargo y hasta concurrencia del producido por la venta al público del servicio de transporte de pasajeros a través del Sistema TransMilenio.

"CLAUSULA 77. PARTICIPACION DEL CONCESIONARIO.

"El CONCESIONARIO obtendrá a título de participación en los beneficios económicos derivados de la explotación comercial del Sistema durante el término de vigencia del presente contrato, un valor que estará determinado en función de los kilómetros recorridos efectivamente, de acuerdo con las órdenes de servicio de operación impartidas por TRANSMILENIO S.A., por cada uno de los vehículos que se encuentren vinculados a la operación del Sistema, restringido al nivel de ingresos generados por los pasajeros pagos.

"El pago de la participación del concesionario se sujetará a las siguientes condiciones:

"Valor de la Participación (ROT_k). El valor de la participación que tendrá derecho a recibir el CONCESIONARIO K será determinado por la siguiente expresión:

$$ROT_k = \frac{C_k \times Km_k \times Av_k}{\sum_{i=1}^n C_i \times Km_i \times Av_i} \times (\text{IngresosOperadoresTroncal} + C)$$

Siendo

$$\text{IngresosOperadoresTroncal} = PP \times T_{\text{ajustada}} - RA - RT - RG - RF$$

Donde:

C_i = costo por kilómetro licitado del operador i .

Km_i = kilómetros programados efectivamente recorridos y netos de sanciones por el operador i

RA = remuneración al alimentador, sin que en ningún caso supere el veinte por ciento (20%) de los ingresos totales

RT = remuneración al operador de recaudo, sin que en ningún caso supere el doce por ciento (12%) de los ingresos totales

RG = remuneración al gestor, sin que en ningún caso supere el tres por ciento (3%) de los ingresos totales

RF = remuneración al fiduciario, sin que en ningún caso supere el medio por ciento (0.5%) de los ingresos totales

PP = es el número de pasajeros pagos del sistema durante el período de pago

Av_i = Factor de ajuste del costo en función de la velocidad promedio real de operación para el operador i.

C = Ingresos provenientes del fondo de contingencias de los que sea posible disponer en los términos y condiciones previstos en el presente contrato.

"Factor de ajuste del costo por kilómetro. El valor de la participación incorpora un factor de ajuste, que empezará a aplicarse luego de los primeros seis (6) meses de operación, en función de la velocidad promedio de la operación, y será determinado por la velocidad promedio real de operación de la flota de propiedad del CONCESIONARIO en Km/hora, durante el último mes. Dicho factor de ajuste se calculará mensualmente de acuerdo con la siguiente ecuación:

$$Av_i = 0.00344 \times Vel_i^2 - 0.19827 \times Vel_i + 3.76221$$

Donde:

Av_i = Factor de ajuste del costo por kilómetro en función de la velocidad promedio real de operación del operador i (Av_i = 1 para los primeros 6 meses de operación)

Vel_i = Velocidad promedio real de la flota del operador i durante el último mes

"Dicha velocidad promedio real de la flota del operador i (Vel_i), deberá ser calculada de acuerdo al kilometraje efectivamente recorrido por la flota en las troncales, y al número real de horas de operación, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$Vel_i = \frac{Kms_{i-Troncal}}{H_{i-operación}}$$

Donde:

Kms_{i-Troncal} = Kilómetros efectivamente programados y recorridos por la totalidad de la flota del operador i durante el último mes

H_{i-operación} = Número real de horas de operación programadas y efectuadas por la totalidad de la flota del operador i durante el último mes"

En este punto se considera oportuno aclarar la forma como ha sido

ingresos percibidos por la explotación económica del servicio de transporte, para lo cual se trae a colación lo expuesto por Transmilenio S.A. en el oficio 2007EE4983 (Folios 700 y ss), en el que se precisa que:

"El Sistema de Transporte Masivo Urbano de Pasajeros de la ciudad de Bogotá, D.C., Sistema Transmilenio, contempla un servicio integrado de transporte, en virtud el cual el usuario una vez Ingresa al Sistema tiene derecho a transportarse dentro de él las veces que considere necesarias para llegar a su destino final, lo cual incluye los transbordos y uso del servicio de alimentación. Es importante precisar que tanto en relación con la operación troncal como de alimentación el servicio de transporte es prestado por empresas diferentes.

"Por tal razón en el diseño del sistema se integran las empresas prestadoras a una sola tarifa del sistema, para lo cual todas ellas debieron, por obligación contractual, transferir todos sus derechos patrimoniales derivados de la explotación a una fiducia de administración y pagos, constituida por ellas mismas.

"En igual forma, el recaudo lo realiza otra empresa privada, la cual tiene como obligación vender los pasajes del sistema a los usuarios y el producido diariamente consignarlo en la cuenta de la entidad fiduciaria contratada por los particulares para el efecto.

"La remuneración a los agentes del sistema se realiza con fundamento en la tarifa técnica pactada en los contratos de concesión, la cual puede ser inferior, superior o igual a la tarifa que paga el usuario. En el evento de que exista una diferencia positiva entre la tarifa del usuario y la tarifa técnica el excedente se acumula en el fondo de contingencias que existe en la fiducia de administración y pagos del sistema. Cuando existe una diferencia negativa entre la tarifa técnica y la tarifa a usuario se toma el faltante del fondo de contingencias para cubrir la tarifa técnica. "En consecuencia, en el Sistema Transmilenio el esquema financiero de ingresos y su distribución entre los agentes del sistema no se maneja en forma discriminada por cada una de las troncales." (Subrayas fuera del texto).

Tal información se corrobora con el análisis de las siguientes cláusulas, consignadas en los contratos de concesión:

"TITULO 6 - RENTAS DEL SISTEMA Y SISTEMAS DE PAGOS

"6.1 El Sistema TransMilenio ha sido diseñado como un sistema autónomo en sus 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.

"6.2 La tarifa al usuario ha sido diseñada como una tarifa de equilibrio, técnicamente estructurada, que está en condiciones de

reflejar la variación de costos del sistema. Por equilibrio se entiende la incorporación a la tarifa de los costos, gastos de operación y utilidades que el sistema de transporte requiere para prestar el servicio bajo los parámetros de operación establecidos. La tarifa incluirá los costos de operación del sistema troncal, el costo de la alimentación, el costo del sistema y operación de recaudo, el costo del ente gestor y el costo de la administración fiduciaria de los recursos.

"6.3 El Sistema tiene previsto un mecanismo técnico e independiente, establecido contractualmente, para la actualización periódica de la tarifa, de tal forma que los cambios en la estructura de costos de operación de la industria se incorporen dentro de dicho mecanismo.

"6.4 La tarifa al usuario ha sido estructurada sobre la base de la tarifa técnica de operación, y será única e integrada dentro del sistema. La tarifa única e integrada implica que el sistema tendrá un sólo precio para el usuario, independientemente de la longitud de los trayectos, de la zona en donde se utilice el sistema, el uso de uno o más servicios troncales o el uso de estos en combinación con una o más rutas alimentadoras.

"6.5 Para la venta del servicio de transporte a los usuarios, habrá un concesionario de recaudo que tendrá puestos de venta en cada una de las estaciones, en las que se contará con puntos de pago electrónicos, integrados a los torniquetes de control del recaudo. El sistema de recaudo de tarifas será un sistema electrónico basado en la utilización de dos tipos de medios de pago: boletos magnéticos y tarjetas inteligentes sin contacto. Para utilizar los servicios del Sistema TransMilenio, el usuario deberá haber adquirido previamente el medio de pago deseado, el cual podrá ser adquirido en las estaciones o en los autobuses alimentadores. Será, en todo caso responsabilidad del recaudador recolectar el dinero proveniente del cobro de las tarifas, proveer los equipos para la operación del recaudo, consolidar la información proveniente de las transacciones en las estaciones, garantizar la disponibilidad de los medios de pago en puntos de venta y recarga de las estaciones, y controlar el acceso al sistema y por ende la evasión del pago de la tarifa en las áreas bajo su control.

"6.6 Las rentas del Sistema TransMilenio se someterá a un mecanismo para la administración centralizada y única de los recursos, a través de una fiducia de administración. El administrador único de los flujos recaudados actuará fundamentalmente como pagador, y tendrá funciones de administración e inversión; será el administrador del Sistema quien canalice todos los flujos del Sistema hacia los diferentes concesionarios y agentes, de acuerdo con las instrucciones que se prevean a estos efectos en los contratos tanto de fiducia como de los diversos operadores y/o concesionarios. Los diferentes concesionarios deberán constituir la fiducia, en los términos y condiciones que establezca TRANSMILENIO S.A.

"6.7 Los ingresos de los operadores troncales se derivarán de su participación en la explotación económica del servicio público de transporte, de acuerdo con los ingresos provenientes del cobro de la tarifa a los usuarios. Con cargo a dicho ingreso los

concesionarios de la operación troncal obtendrán un derecho de participación por una cuantía técnicamente establecida, a través de la cual se procura que, dadas las condiciones de eficiencia del sistema, se cubran dentro del término de vida útil de los vehículos, todos los costos, gastos y rentabilidad sobre el capital invertido.

"6.8 Con cargo a los ingresos totales provenientes de la venta del servicio de transporte público de pasajeros a través del Sistema TransMilenio, se conformarán dentro del patrimonio autónomo constituido para la administración centralizada de las rentas del sistema, dos fondos independientes: un fondo principal, y un fondo de contingencias. El Fondo Principal tendrá como finalidad la de remunerar a los diferentes concesionarios y agentes del sistema, incluidos el ente gestor y la fiducia. Con los recursos acumulados en el Fondo de Contingencias, se asumirá la cobertura de contingencias específicas que puedan poner en riesgo la estabilidad y viabilidad del sistema.

"6.9 Con los recursos provenientes del cobro de multas a los operadores de troncal, se constituirá un tercer fondo en el patrimonio autónomo de administración de las rentas del Sistema, que será repartido con cierta periodicidad entre los concesionarios de la operación troncal que sobresalgan en su desempeño operativo, según los índices de puntualidad, regularidad y satisfacción a los usuarios."

"..."

"TITULO III ASPECTOS ECONOMICOS DE LA CONCESIÓN

"Capítulo 10 – Ingresos 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:

"Tarifa técnica. La tarifa al usuario por la prestación del servicio de transporte ofrecido al público por el Sistema TransMilenio, deberá corresponder permanentemente a una tarifa de equilibrio, técnicamente estructurada, y que refleje la variación de costos y eficiencia del sistema.

"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.

"Costeabilidad de la tarifa para el usuario. La tarifa al público deberá considerar la capacidad de pago del usuario y ser competitivo con los sistemas de transporte análogos o sustitutos que se encuentren vigentes en cada momento.

"CLÁUSULA 66. INGRESOS DEL SISTEMA TRANSMILENIO

Cláusula

"El Sistema TransMilenio tendrá como fuente principal de ingresos el recaudo diario de la venta de pasajes de transporte al público, según la tarifa al usuario que sea aplicable conforme a lo previsto en el presente contrato, que será única e integrada dentro del Sistema, independientemente del número de servicios que utilice, la longitud de los trayectos, y la zona urbana en donde se utilice el servicio. Sin embargo la tarifa podrá tener ajustes en su estructura de acuerdo a lo previsto en el presente contrato.

"CLÁUSULA 72. Modificada por el numeral 1.2., del Adendo N° 2. DISPOSICIÓN Y DESTINACION ESPECIFICA DE LOS RECURSOS GENERADOS POR EL SISTEMA

"Los ingresos totales producidos por la explotación de la actividad de transporte masivo de pasajeros en el Sistema TransMilenio, serán utilizados para los siguientes fines:

"La conformación de un fondo que se denominará "Fondo Principal", cuya finalidad será: (i) La distribución de las participaciones a las que tienen derecho tanto el CONCESIONARIO como los demás concesionarios coexistentes y operadores de la alimentación troncal, por su participación en el Sistema TransMilenio. (ii) La cancelación del valor de la remuneración que el CONCESIONARIO se encuentra obligado a pagar periódicamente al Gestor por los derechos que le confiere la concesión, en los términos previstos en la cláusula 14 del presente contrato, y (iii) La cancelación de la comisión causada por la administración fiduciaria de los recursos que ingresen al Fondo Principal, en los términos y condiciones previstos en el contrato de fiducia mercantil que forma parte del presente contrato, suscrito por el CONCESIONARIO para los efectos previstos en el presente contrato. Este fondo se conformará de manera permanente y continua, con la parte de los ingresos producidos por la aplicación del valor de la tarifa técnica al número de pasajeros pagos del Sistema.

"La conformación de un fondo que se denominará "Fondo de Contingencias", cuya finalidad será (i) la cobertura de contingencias específicas relacionadas con la estructura de la tarifa al usuario, que puedan poner en riesgo la estabilidad y viabilidad del Sistema TransMilenio, (ii) la acumulación de recursos que permitan la implementación de estrategias que fomenten el uso del Sistema. Este fondo se conformará e incrementará en el tiempo, de manera permanente y continua, con la diferencia positiva existente entre la tarifa al usuario y la tarifa técnica, multiplicada por el número de pasajeros pagos del Sistema, y los rendimientos generados por los recursos de los fondos del patrimonio autónomo.

"CLÁUSULA 72. CONDICIONES PARA LA DISPOSICION DE RECURSOS DEL FONDO PRINCIPAL

"La disposición de los recursos del fondo principal se someterá a las siguientes condiciones:

"El pago que se realizará a cada uno de los agentes y concesionarios del Sistema TransMilenio, se efectuará de acuerdo con las fórmulas y mecanismos que se encuentren establecidos en cada uno de los respectivos contratos.

"El pago a cada uno de los agentes y concesionarios del Sistema se realizará periódicamente, los días jueves de cada semana, remunerando la operación realizada durante la semana inmediatamente anterior, entendida por tal el periodo comprendido entre el lunes y el domingo de cada semana. En caso de que el jueves sea festivo, el pago se realizará el siguiente día hábil.

"Para el pago a los agentes del sistema que requieren procesos de validación de parámetros técnicos (kilómetros efectivamente recorridos, pasajeros alimentados, pasajes vendidos por modo, etc.) para el cálculo de su remuneración, TRANSMILENIO S.A. establecerá procedimientos que permitirán considerar y confrontar la información técnica del sistema con aquella que el operador obtenga como resultado de la administración de su flota.

"CLÁUSULA 73. Modificado por el numeral 6 del Adendo N°8. CONDICIONES PARA LA DISPOSICION DE RECURSOS DEL FONDO DE CONTINGENCIAS

"La disposición de los recursos del Fondo de Contingencias se someterá a las siguientes condiciones:

"Además de los recursos provenientes de la diferencia entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario, el monto inicial del fondo de contingencias, que cubra de manera satisfactoria eventualidades durante la iniciación del proyecto, será aportado por TRANSMILENIO S.A., para el momento de iniciación de la etapa de operación regular del contrato, con cargo a los recursos del presupuesto de la vigencia del año 2000 que resulten ser aprobados por el Concejo Distrital para el proyecto TransMilenio.

"Por medio del presente contrato, el CONCESIONARIO atribuye irrevocablemente a TRANSMILENIO S.A., con carácter exclusivo y para su ejercicio potestativo, la facultad de determinar, previa consulta al Comité de Operadores Troncales del Sistema TransMilenio, el momento, cuantía y condiciones para la disposición de los recursos depositados en el Fondo de Contingencias; TRANSMILENIO S.A. por su parte asume el compromiso de hacer ejercicio de dicha facultad siguiendo el criterio y dentro de los límites y condiciones previstos en la presente cláusula.

"Los recursos del Fondo de Contingencias, como mecanismo para la cobertura de riesgos asociados a la estabilidad de la tarifa al usuario, únicamente podrán ser liberados para cubrir la ocurrencia de contingencias que puedan ser identificables, determinadas y cuantificadas por métodos y factores técnicos y objetivos, que constituyan o deriven en situaciones con la potencialidad de colocar en riesgo la estabilidad o viabilidad del Sistema por causa

de situaciones relacionadas con la tarifa al usuario, entre las que se encuentran los siguientes casos que se citan a título meramente enunciativo: (i) grandes variaciones macroeconómicas que deriven en la alteración significativa en los insumos de la operación (ii) devaluaciones masivas o importantes en la tasa de devaluación (iii) graves catástrofes que impliquen alteraciones importantes en los costos de operación del sistema (iv) estacionalidades atípicas del **Sistema (v) cuando se verifiquen situaciones que se hayan previsto como generadoras de un ajuste en la tarifa técnica, que por su naturaleza puedan preverse como variaciones temporales, cuyos efectos transitorios en la tarifa al usuario puedan ser evitados para conveniencia de la estabilidad de la demanda del Sistema.**

"En todos los casos en los que se vaya a disponer de los recursos del fondo de contingencias, deberá evaluarse la capacidad de utilización del mismo por un período determinado, de manera que se procure mantener en todo caso la capacidad temporal del fondo para absorber contingencias presentes y futuras.

"Con cargo al monto inicial del fondo de contingencias, se concederán, por una sola vez las facilidades de liquidez que sean requeridas por los concesionarios de la operación troncal, y hasta concurrencia del valor máximo del derecho a compensación surgido por los atrasos en la implantación del Sistema TransMilenio previsto en el presente contrato, las cuales serán amortizadas durante la vigencia del contrato con los recursos que ingresen al fondo de contingencias por diferencia entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario, hasta tanto el valor de la póliza de cumplimiento que suscribirá TRANSMILENIO S.A. para mitigar este riesgo se haga efectiva.

"Los pagos que reciba el CONCESIONARIO de parte de la Compañía de Seguros, como indemnización por los perjuicios sufridos por causa de atrasos en la implantación del Sistema TransMilenio previstas en el presente contrato, y siempre que el CONCESIONARIO hubiera recibido una facilidad de liquidez de parte del fondo para cubrir dicho evento, serán entregados inmediatamente por el CONCESIONARIO al fondo de contingencias, hasta concurrencia de los dineros adeudados al fondo en razón de la facilidad de liquidez recibida.

"Durante los primeros seis (6) meses de operación regular, la tarifa técnica será reajustada sin tener en cuenta el IPK y el porcentaje de alimentación, por lo que el fondo de contingencias deberá ser utilizado en caso de que los ingresos totales percibidos por el cobro de la tarifa no sean suficientes para remunerar a los concesionarios de la operación troncal, de acuerdo al kilometraje recorrido y al costo por kilómetro licitado ajustado.

"El monto de los ingresos provenientes del fondo de contingencias se define en este caso como:

"CLÁUSULA 75. Modificada por el numeral 5.25 del Adendo N°1. ADMINISTRACION DE LOS RECURSOS

Los recursos producidos por la prestación del servicio de transporte del Sistema TransMilenio, serán recibidos y administrados por un patrimonio autónomo.

"El CONCESIONARIO, así como los demás concesionarios del sistema transferirán de manera irrevocable sus derechos patrimoniales sobre la parte proporcional de los flujos futuros del Sistema TransMilenio, al patrimonio autónomo conformado para la administración centralizada de los recursos del Sistema. El CONCESIONARIO participará en la selección y control de la gestión del administrador fiduciario de los recursos del Sistema, bajo las condiciones previstas en el Anexo 3 del presente contrato, el que forma parte integral de la presente cláusula y se entiende como un desarrollo de la misma, integrado a los derechos y obligaciones que surgen para el CONCESIONARIO con ocasión del presente contrato.

"La administración de los recursos se realizará en los términos previstos en el presente contrato y en el contrato de fiducia mercantil que se obliga a suscribir el CONCESIONARIO, el que para todos los efectos legales formará parte del presente contrato como contrato accesorio.

"El ejercicio de los derechos patrimoniales surgidos para el CONCESIONARIO a partir del presente contrato, se encuentra sometido a la condición de que el CONCESIONARIO mantenga su vinculación, durante el término de vigencia del presente contrato, al mecanismo de administración fiduciaria de los recursos del Sistema TransMilenio, en las condiciones y términos establecidos para estos efectos.

"El CONCESIONARIO autoriza por medio del presente contrato, y así mismo autorizará a través del contrato de fiducia mercantil a que se refiere la presente cláusula, de manera irrevocable y durante la vigencia del presente contrato, al administrador de los recursos del Sistema para que en su nombre realice periódicamente el pago adeudado por el CONCESIONARIO a TRANSMILENIO S.A., con cargo directo al valor de su dividendo periódico..."

Lo que se plantea fundamentalmente por el accionante son las grandes ganancias que obtienen los operadores troncales, quienes no realizaron ninguna inversión en las obras de infraestructura, ya que como atrás se vio, las obras fueron asumidas directamente por la administración distrital, apoyada con recursos de la Nación.

Según informa TRANSMILENIO S.A., en oficio 2007EE4983 (folios 730 a 734), "...del total de la bolsa existente en la fiducia proveniente de lo recaudado diariamente por concepto de ingresos al mismo (sic) de pasajeros pagos, de conformidad con los contratos de concesión, la distribución entre los agentes del sistema, se realiza así:

AGENTE	PORCENTAJE
Ente fiduciario	0,04%
Ente Gestor TRANSMILENIO S.A.	5,73%
Concesionarios de Recaudo	9%
Concesionarios de Alimentación	14,13%
Concesionarios Operadores Troncales	71,10%

De acuerdo al anterior cuadro que muestra la forma como se distribuye el porcentaje de los recursos que se perciben por concepto del transporte de pasajeros, es un hecho cierto que a los operadores de los buses troncales se les otorga el 71,10% de los mismos. Lo cual de alguna manera es comprensible dado que son los que prácticamente prestan el servicio de transporte de pasajeros.

Por lo que corresponde a esta Corporación analizar el argumento del accionante, en el sentido de que quienes asumieron los costos de la construcción de la infraestructura específica y exclusiva del sistema Transmilenio, fueron la Nación y el Distrito y que por ello no es legal que las ganancias se queden en los operadores de los buses. A efectos de generar conclusiones es conveniente escudriñar la manera como se estableció la empresa gestora, a lo que se procede seguidamente.

TRANSMILENIO S. A.

En el Acuerdo No. 06 de 1998, "por el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico, Social y de Obras Públicas para Santa Fe de Bogotá, D.C., 1998 - 2001 - POR LA BOGOTÁ QUE QUEREMOS", en desarrollo de la estrategia de movilidad se previó la creación de la Empresa de Transporte Tercer Milenio - TransMilenio, correspondiéndole a la administración distrital presentar el respectivo proyecto de Acuerdo a consideración del Concejo de Bogotá.

A través del Acuerdo 04 de 1999, se autorizó al Alcalde Mayor para participar con otras entidades distritales en la constitución de la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., bajo la forma jurídica de sociedad por acciones del orden distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestal y patrimonio propio.

Se estableció en tal acto administrativo que tendría por objeto la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, correspondiéndole el ejercicio de las siguientes funciones:

1. Aplicar las políticas, las tarifas y adoptar las medidas preventivas y correctivas necesarias para asegurar la prestación del servicio a su cargo.
2. 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.
3. 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.

4. 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 unidades públicas o privadas para desarrollar tales actividades.

El Concejo de Bogotá dispuso así mismo que TRANSMILENIO S.A. no podía ser operador ni socio del transporte masivo terrestre urbano automotor por si mismo o por interpuesta persona, ya que la operación del sistema estaría contratada con empresas privadas y que sería responsable de la prestación del servicio cuando se declarare desierto un proceso de selección o cuando se suspendieren o terminaren anticipadamente los contratos o se declarare la caducidad de los contratos con los operadores privados por las causas previstas en la ley o los contratos. (Numeral 6º del artículo 3º del Acuerdo No. 4 de 1999).

Que el patrimonio de TRANSMILENIO S.A., estaría integrado por su capital social, por los derechos reales y personales de la entidad, los que le sean transferidos, las partidas que se le asignaren y los recursos provenientes del desarrollo de su actividad y del giro ordinario de sus negocios. Se establece en el Acuerdo en referencia que TRANSMILENIO S.A., debe garantizar la adecuada administración de los recursos provenientes de la prestación del servicio público masivo de transporte y demás ingresos que recibiere, 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 celebrare los respectivos contratos.

Con base en lo anterior, el 13 de octubre de 1999, mediante la Escritura Pública No. 1528 de la Notaría No. 27 del Círculo de Bogotá, se constituyó la sociedad EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., otorgada por el Alcalde Mayor, en nombre del Distrito Capital y otras cuatro entidades distritales, y con capital exclusivamente aportado por entidades estatales, con el objeto que le fijó el Acuerdo que autorizó su creación.

Los socios de TRANSMILENIO S.A., son los siguientes:

- *Bogotá, D.C.*
- *Instituto Distrital de Turismo.*
- *Instituto de Desarrollo Urbano.*
- *Instituto Distrital de Patrimonio.*
- *Metrovivienda.*
- *Fondo de Vigilancia y Seguridad.*
- *Fondo de Prevención y Atención de Emergencias.*
- *Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial.*

Los ingresos con los cuales TRANSMILENIO S.A., debe cubrir sus gastos de funcionamiento y de operación, los deriva de la participación en los ingresos del Sistema y por la explotación de actividades de consultoría y colaterales tales como publicidad en las estaciones y portales, licenciamiento de marca, arrendamiento de espacios dentro de las estaciones, capacitación y seminarios. (Informe 2007EE4983).

Es del caso señalar, que la Contraloría de Bogotá con fundamento en los artículos 267 y 272 de la Constitución Política y el Decreto 1421 de 1993, practicó para los periodos comprendidos entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2005 y el 1º de enero al 31 de diciembre de 2006, estudios denominados "Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral - Modalidad Regular" a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO, los cuales arrojaron sendos informes que se allegaron al proceso por orden del Despacho Sustanciador y puestos en conocimiento de las partes. (Cuadernos Nos. 1 y 2 del expediente).

Puntualmente en la auditoria correspondiente al año 2005 - 2006, la Contraloría Distrital cuestionó la distribución de los ingresos obtenidos del sistema TRANSMILENIO, lo que le permitió afirmar que la empresa no era autosostenible. En el cuaderno anexo No. 1 que contiene el mentado informe en apartes pertinentes se consignó lo siguiente:

"2.8. La Autosostenibilidad del Sistema Transmilenio

"La cláusula 6.1. De los contratos de Concesión de Operadores de Troncal, señala:

'...El sistema Transmilenio fue diseñado como un sistema autónomo en sus flujos y por lo tanto auto-sostenible, con la finalidad de que no requiera con 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...'

"Veamos lo encontrado en el Diagnóstico:

✓ El Sistema es auto sostenible: cuando se alimenta a través del flujo generado por la venta de pasajes (TU). Cuando la 'Tarifa Usuario' es igual o mayor a la 'Tarifa Técnica' (costos licitados por los concesionarios).

✓ Pero cuando ocasionalmente la 'Tarifa Usuario' es menor a la 'Tarifa Técnica', la 'Tarifa Técnica se complementa para efectos del pago con recursos provenientes del 'Fondo de Contingencias'.

Durante el periodo 2001-abril 2006, el Sistema Transmilenio, debido a que los ingresos por venta de pasajes, no fueron suficientes para cubrir los costos pactados con los operadores del sistema, tomó del 'Fondo de Contingencias', recursos por valor de \$12,645, así: en 2001(\$143.5 millones), 2002 (\$2,744 millones), 2003 (\$3,384 millones), 2004 (\$5,710 millones), 2005 (\$75 millones y de \$588 millones en los 4 primeros meses del 2006.

✓ Si la 'Tarifa Técnica' muestra una tendencia constante de valor inferior a la 'Tarifa Usuario' esta se corrige de manera definitiva con un aumento en la 'Tarifa Usuario' mediante Decreto del Alcalde Mayor.

✓ El Sistema NO ES AUTOSOSTENIBLE porque uno de sus 5 agentes: TRANSMILENIO S.A., a diciembre de 2005, presenta PÉRDIDAS OPERACIONALES POR VALOR DE \$68,275 MILLONES. La pérdida operacional en TM, S.A., se da básicamente por la ejecución de gastos en la cuantía de \$116.737 millones los que apenas alcanzan a ser cubiertos en el 41.5% con LA TOTALIDAD de los ingresos recibidos por la participación como agente del Sistema: \$48.462 millones (no incluye lo recibido del fondo de multas).

✓ El Sistema NO ES AUTOSOSTENIBLE PORQUE RECIBE SUBSIDIOS a través de las transferencias que por valor de \$50,066 MILLONES HA RECIBIDO TRANSMILENIO S.A. a diciembre de 2005, de las cuales: \$38.475 millones se recibieron del Presupuesto Distrital para cubrir gastos de funcionamiento y operación, y \$11.591 millones del Convenio Nación Distrito para cubrir costos del Centro de Control del Sistema.

✓ Adicionalmente, Transmilenio ha venido asumiendo costos de: aseo, vigilancia y mantenimiento que contractualmente deben ser contratados por el Sistema Transmilenio en la cuantía de \$19.698 millones de pesos desde la entrada en operación del Sistema y hasta mayo de 2005, de los

cuales en proporción a los ingresos recibidos por el Sistema durante el mismo periodo (\$929.882 millones de pesos), a Transmilenio S.A., le correspondería la suma de \$911.6 millones de pesos.

"2.9. La inequidad del Sistema Transmilenio.

"Teniendo en cuenta los siguientes factores:

- "Que 'la Tarifa Técnica de Operación' (TT) es aquella tarifa del Sistema Transmilenio que cubre: la participación % de Transmilenio sobre los ingresos del sistema (+) los costos fijos, variables, de capital y utilidad del sistema en sus componentes de operación troncal, alimentación, recaudo, transporte y manejo fiduciario por venta de pasajes.

- Que la demanda de equilibrio (DE) está dada por el número de pasajeros efectivamente transportados por el sistema que entregan recursos suficientes para cubrir: la participación de Transmilenio S.A. (+) los costos fijos, variables, de capital y utilidad de los operadores del sistema en sus componentes de operación troncal, alimentación, recaudo, transporte y manejo fiduciario.

- Que la situación de equilibrio de flujos en el sistema se da cuando: Tarifa Técnica de Operación = Demanda de Equilibrio (TT = DE).

"Entendiendo que en el Sistema además de la situación de equilibrio, se presentan eventos de desequilibrio en los cuales permaneciendo constantes los costos, los ingresos al fondo principal por demanda de pasajeros pueden ser superiores o inferiores a la sumatoria de: la participación de Transmilenio S.A. (+) los costos fijos, variables, de capital y utilidad de los operadores del sistema en sus componentes de operación troncal, alimentación, recaudo, transporte y manejo fiduciario por venta de pasajes.

"Veamos entonces tres (3) situaciones claras de inequidad que se presentan en la operación del sistema:

"Durante la etapa operativa transcurrida hasta abril de 2006, el Sistema Transmilenio, debido a que los ingresos por venta de pasajes, no fueron suficientes para cubrir los costos pactados con los operadores del sistema, tomó del 'Fondo de Contingencias', recursos por valor de \$12.645, así: en 2001 (\$143.5 millones), 2002 (2,744 millones), 2003 (3,384 millones), 2004 (\$5.710 millones), 2005 (\$75 millones) y de \$588 millones en los 4 primeros meses del 2006.

"Durante la etapa operativa transcurrida hasta abril de 2006, en el Sistema Transmilenio, debido a que los ingresos por venta de pasajes, fueron superiores a los costos pactados con los operadores del sistema, se generaron ingresos adicionales o de productividad en la suma de \$79,209 millones, que fueron pagados en su totalidad a los operadores de troncal (buses rojos), reportando para estos ingresos adicionales en el 9.23% de los licitados.

"- Terminado el periodo Sep. 1999-Dic.2005 Transmilenio S.A., presenta una pérdida operacional de \$68.275 millones de los cuales \$7,690 millones corresponden a pérdida operacional en la etapa preoperativa y \$60.585 a pérdida operacional presentada durante el periodo 2001-2005 (etapa operativa).

"Las pérdidas operacionales sufridas por TRANSMILENIO S.A. se ocasionaron particularmente porque en la construcción de la Tarifa Técnica el estructurado no contempló la remuneración de los costos del Gestor y por el contrario, incluyó una participación rígida que hace que el sistema sea inequitativo con TRANSMILENIO S.A. De tal forma que la fijación de un porcentaje sin determinar un mecanismo de ajuste ha sido insuficiente para mantener el equilibrio económico y la autosostenibilidad de la empresa, teniendo como efecto la no-viabilidad de TRANSMILENIO S.A. como ente gestor.

"Esta situación de inequidad del sistema se hace aún más notoria cuando se observa:

- Que como resultado del modelo de estructuración financiera, los sobrantes de productividad por valor de \$79,209 millones, fueron entregados en su totalidad a los operadores de troncal (buses rojos).
- En cambio, durante el mismo periodo Transmilenio S.A., ante la impavidez del Sistema ha venido absorbiendo pérdidas operacionales por valor de \$69,400 millones."(Folios 35 y ss., cuaderno anexo 1 del expediente).

Releva la Sala que ninguna de las partes se pronunció sobre el anterior informe, entonces dada la circunstancia que proviene de un órgano de control, aunado a que no existió cuestionamiento del mismo, se otorga credibilidad a los datos consignados en él, con excepción de algunos apartes en donde se refiere a hechos sucedidos hasta abril de 2006, que resultan contradictorios; relevándose que de manera clara se señala que la empresa gestora no resulta AUTOSOSTENIBLE, porque arroja pérdidas, por las siguientes causas: i) por el porcentaje rígido de operación que le fuera impuesto. ii) Porque además asume costos de vigilancia, aseo y mantenimiento y iii) porque tiene que recibir subsidios de la Nación como del Distrito, la que más bien, opina el Tribunal, es una consecuencia.

Cuando la Contraloría Distrital refiere al porcentaje rígido que le fuera otorgado a TRANSMILENIO S.A., es dable entender que significa que se hizo sin que se analizara materialmente los costos que asumía esta empresa.

Aquí es necesario distinguir que una cosa es el sistema y otra la empresa TRANSMILENIO S.A., temas que al parecer el ente de control confunde, pero que no le quitan validez a las conclusiones que realiza en relación con esta empresa. Cuando en la regulación se habla de la autosostenibilidad se refiere al sistema, dado que a lo que se alude es que cuando se generen pérdidas se deberá aumentar la tarifa; que en últimas es el único gran ingreso. En ese orden de ideas, el sistema siempre será autosostenible, aún a costa del incremento de la tarifa, la que será aumentada cuando resulte necesario.

Cosa distinta es la participación de la empresa TRANSMILENIO S.A., que es sobre lo cual enfatiza el ente de control distrital, bajo el entendimiento de que el porcentaje que le fue asignado es mínimo frente a la participación de los otros actores del sistema.

Vale la pena también preguntarse, si ¿puede hablarse de autosostenibilidad, cuando se prevé que el déficit o falta de recursos será trasladada al usuario aumentando la tarifa? Pues de ser así parecería, que en el escenario donde las dificultades económicas son trasladadas al usuario, y la carga obligacional a la empresa pública gestora, cualquier negocio es sostenible.

Y si en ese orden de ideas la pregonada autosostenibilidad del sistema encara dudas, más aún la viabilidad y sostenibilidad de TRANSMILENIO S.A., como empresa gestora, y no precisamente por las "bajas o altas tarifas", o porque sea necesario incrementarlas para lograr hacerla factible; sino porque desde su inicio fue su sacrificada su participación en la renta del negocio. Y es que sin que sea menester

acudir a estadísticas o juicios de valor soportados en estudios técnicos, se advierte que en la distribución de la renta del negocio, no existió proporción entre el porcentaje de participación de cada extremo negocial, y las obligaciones asumidas por los mismos.

En efecto, definir que la participación de TRANSMILENIO S.A. en las rentas del negocio sería solamente en el 5.73% de los ingresos, pero adscribirle a dicha entidad cargas tales como LOS COSTOS DE FUNCIONAMIENTO Y OPERACIÓN PROPIOS, y los costos de aseo, vigilancia y mantenimiento del sistema; es evidentemente desequilibrado.

Además es de conocimiento público y notorio, que la entidad pública denominada Transmilenio S.A., con imputación a su participación en los ingresos que recibe de la operación del sistema, debe responder por el mantenimiento de la estructura vial por la cual transitan exclusivamente los vehículos de ese sistema de transporte.

Al entender de esta Sala en un negocio que cómo se observa al revisar el margen de utilidades de los operadores, es evidentemente rentable; el costo del mantenimiento de la estructura vial por la cual se movilizan los vehículos del sistema, debe ser mantenido, preservado y repuesto, con recursos provenientes del negocio y de manera alguna, puede adscribirse esa carga, en su totalidad únicamente a Transmilenio, como ha ocurrido hasta ahora, pues en ese escenario, para el Estado más que un negocio aquello sería una carga.

De acuerdo a lo esbozado por la Contraloría Distrital y por lo probado en el proceso con la prueba documental referida, el desequilibrio de la empresa TRANSMILENIO S.A., se presenta por el monto que le corresponde en el negocio, que como atrás se consigna, está fijado sólo en un porcentaje del 5.73%. Por lo que necesita ser financiada con recursos de la Nación como del Distrito.

Ante esta situación la pregunta que corresponde hacerse es ¿si resulta conveniente al interés general que la empresa que responde por la gestión, control y planeación y que además le corresponde asumir el servicio ante una eventual declaratoria de caducidad de los contratos, resulte siempre en déficit y a su vez no autosostenible?

A juicio del Tribunal la respuesta es negativa, primero, porque observado el porcentaje que tienen asignado los demás agentes del sistema, no se encuentra una explicación razonable que permita concluir que el atribuido a dicha empresa se comparezca con las obligaciones que le corresponden.

En este aspecto llama la atención de esta Corporación que incluso los concesionarios de recaudo tienen una participación mayor, la que aplica en un porcentaje del 9%, frente a la de TRANSMILENIO S.A. que asciende a un 5.73%; y recuérdese que la operación de aquellos se reduce a vender los pasajes del sistema a los usuarios y a consignar diariamente el producido en la cuenta de la entidad fiduciaria, tal como lo informa la empresa mencionada en el oficio 2007EE4983, al que se hace referencia en párrafos precedentes.

Así mismo, es preciso puntualizar que otro factor que influye en la situación precaria de la empresa es que de conformidad con los contratos celebrados asume varias obligaciones, como son el costo del mantenimiento de estaciones, vigilancia y seguridad, comisiones, honorarios y servicios, comunicaciones y transporte. (Folio 32 del Informe de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral correspondiente al año 2006, que reposa en el cuaderno No. 2), que a juicio del Tribunal no le corresponderían.

Considera el Tribunal, que en ocasiones, puede ser legítimo, que el Estado en razón de la celebración y ejecución de un negocio jurídico

mercantil, deba subsidiarlo para lograr el cometido de su objeto social, que para el caso, es el servicio de transporte público de pasajeros. Sin embargo, ese subsidio sólo encuentra legitimación, cuando la renta del negocio no garantice los costos de la operación del contrato y del servicio, y la retribución contractual de los contratistas, lo cual no sucede en el negocio que se controvierte en la presente acción popular, donde como se ha podido establecer se obtiene una renta suficiente para cubrir la totalidad de los costos del servicio y la contraprestación o retribución del contratista en punto de no pérdida.

Entonces en un escenario de rentabilidad del negocio no se explica cómo se le adscribe a Bogotá y a la Nación, la carga de mantenimiento de la estructura vial del sistema, la que cada día, además, será más onerosa, atendida la vida útil de las plaquetas o losas de concreto por las cuales transitan los vehículos del sistema; y además se le carga con otras obligaciones excesivas.

Se reitera, que si a la luz de las pruebas arrojadas al plenario, el ejercicio semanal, anual, resultare en pérdidas y que Transmilenio en consecuencia debiera asumir cargas adicionales en razón a la necesidad-obligación de prestar y garantizar el servicio público colectivo de transporte de pasajeros en Bogotá, otra cosa sería. Pero, por el contrario, está demostrado en el proceso que se trata de un negocio jurídico rentable, por tanto se presenta una manifiesta incongruencia entre las rentas o porcentajes distribuidos y las cargas que correlativamente se adscribieron a los firmantes del contrato.

En conclusión, ante la situación económica difícil por la que atraviesa TRANSMILENIO S.A., tal como se expresa en el aludido informe del órgano de control distrital, o ante su inviabilidad, tiene que ser alimentada con transferencias de la Nación y del Distrito y tomar recursos del Fondo de Contingencias, lo que no parece razonable.

Es decir, que TRANSMILENIO S.A., que es la empresa del Distrito que planifica, organiza y gestiona el servicio de transporte público, requiere ser alimentada con recursos públicos, esto es, de todos, cuando particulares que si bien prestan un buen servicio, quizás reciben una remuneración mayor a la que deberían teniendo en cuenta que gran parte de los recursos que ingresan al sistema le corresponden.

De acuerdo a la cláusula 6.7 de los respectivos contratos, los ingresos de los operadores "se derivarán de su participación en la explotación económica del servicio público de transporte, de acuerdo con los ingresos provenientes del cobro de la tarifa a lo usuarios. Con cargo a dicho ingreso los concesionarios de la operación troncal obtendrán un derecho de participación por una cuantía técnicamente establecida, a través de la cual se procura que, dadas las condiciones de eficiencia del sistema, se cubran dentro del término de vida útil de los vehículos, todos los costos, gastos y rentabilidad sobre el capital invertido.

Sobre la tarifa resulta conveniente explicar que a pesar de que la fórmula con la cual se concreta parece compleja, no lo es tanto, ya que simplemente el pago de la tarifa por el usuario es el principal ingreso. Sólo hay unos adicionales que no son de relevancia.

Si examinamos el porcentaje asignado contractualmente a tales operadores, el cual alcanza un 71.10% de la operación, y sobre todo el de los últimos años, cuando ya han adquirido la mayoría de la flota, observamos las siguientes ganancias:

DIFERENCIA ENTRE LOS PAGOS RECIBIDOS Y LOS COSTOS

OPERADOR	AÑO	TOTAL COSTOS	PAGOS RECIBIDOS	DIFERENCIA INGRESO - COSTOS
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO "CIUDAD MÓVIL"	2000	\$ 12.833.597.850	\$ 30.349.558	-\$ 12.803.248.292
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO "CIUDAD MÓVIL"	2001	\$ 34.596.055.928	\$ 22.499.996.478	-\$ 12.096.059.450
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO "CIUDAD MÓVIL"	2002	\$ 7.111.427.707	\$ 29.913.787.256	\$ 22.802.359.549
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO "CIUDAD MÓVIL"	2003	\$ 11.487.920.058	\$ 35.215.521.889	\$ 23.727.601.831
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO "CIUDAD MÓVIL"	2004	\$ 14.349.754.765	\$ 37.695.416.589	\$ 23.345.661.824
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO "CIUDAD MÓVIL"	2005	\$ 17.540.115.637	\$ 38.777.794.012	\$ 21.237.678.375

SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO "CIUDAD MÓVIL"	2006	\$ 25.479.266.898	\$ 38.276.306.413	\$ 12.797.039.515
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO "CIUDAD MÓVIL"	2007	\$ 19.868.114.893	\$ 37.841.433.837	\$ 17.973.318.944
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO "CIUDAD MÓVIL"	2008	\$ 25.501.333.412	\$ 44.039.790.457	\$ 18.538.457.045
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO "CIUDAD MÓVIL"	2009	\$ 11.080.491.297		
CONEXIÓN MÓVIL	2004	\$ 19.960.079.951	\$ 8.484.549.487	-\$ 11.475.530.464
CONEXIÓN MÓVIL	2005	\$ 29.719.417.006	\$ 18.616.102.823	-\$ 11.103.314.183
CONEXIÓN MÓVIL	2006	\$ 48.420.856.500	\$ 36.066.770.818	-\$ 12.354.085.682
CONEXIÓN MÓVIL	2007	\$ 18.087.018.475	\$ 51.718.413.494	\$ 33.631.395.019
CONEXIÓN MÓVIL	2008	\$ 22.828.992.827	\$ 60.050.341.745	\$ 37.221.348.918
EXPRESS DEL FUTURO	2000	\$ 10.947.010.398	\$ 63.090.157	-\$ 10.883.920.241
EXPRESS DEL FUTURO	2001	\$ 39.833.463.844	\$ 21.741.973.665	-\$ 18.091.490.179
EXPRESS DEL FUTURO	2002	\$ 8.065.607.587	\$ 37.268.705.378	\$ 29.203.097.791
EXPRESS DEL FUTURO	2003	\$ 5.771.902.394	\$ 44.302.406.807	\$ 38.530.504.413

EXPRESS DEL FUTURO	2004	\$ 6.346.055.154	\$ 48.077.547.112	\$ 41.731.491.958
EXPRESS DEL FUTURO	2005	\$ 6.080.998.514	\$ 48.819.217.925	\$ 42.738.219.411
EXPRESS DEL FUTURO	2006	\$ 25.080.630.518	\$ 48.520.348.084	\$ 23.439.717.566
EXPRESS DEL FUTURO	2007	\$ 23.293.032.309	\$ 55.610.640.910	\$ 32.317.608.601
EXPRESS DEL FUTURO	2008	\$ 8.983.287.273	\$ 66.238.984.663	\$ 57.255.697.390
EXPRESS DEL FUTURO	2009	\$ 3.896.503.668	NO REPORTA	
METROBUS S.A.	2001	\$ 3.706.523.632	\$ 19.587.452.780	\$ 15.880.929.148
METROBUS S.A.	2002	\$ 6.212.471.394	\$ 27.399.374.436	\$ 21.186.903.042
METROBUS S.A.	2003	\$ 5.799.740.970	\$ 32.192.348.840	\$ 26.392.607.870
METROBUS S.A.	2004	\$ 6.578.557.258	\$ 34.598.756.916	\$ 28.020.199.658
METROBUS S.A.	2005	\$ 8.849.213.069	\$ 35.329.189.304	\$ 26.479.976.235
METROBUS S.A.	2006	\$ 10.401.249.756	\$ 34.675.560.313	\$ 24.274.310.557
METROBUS S.A.	2007	\$ 11.430.087.445	\$ 39.043.186.064	\$ 27.613.098.619
METROBUS S.A.	2008	\$ 14.883.297.962	\$ 47.298.463.893	\$ 32.415.165.931
METROBUS S.A.	2009	\$ 6.515.986.844	NO REPORTA	
TRANSMASIVO S.A.	2004	\$ 31.459.075.078	\$ 11.845.454.289	-\$ 19.613.620.789
TRANSMASIVO S.A.	2005	\$ 39.522.701.795	\$ 23.207.684.780	-\$ 16.315.017.015
TRANSMASIVO S.A.	2006	\$ 64.285.413.064	\$ 48.929.554.669	-\$ 15.355.858.395
TRANSMASIVO S.A.	2007	\$ 11.190.580.184	\$ 67.055.681.316	\$ 55.865.101.132
TRANSMASIVO S.A.	2008	\$ 16.935.079.401	\$ 78.305.970.707	\$ 61.370.891.306

SI 02	2004	\$ 1.483.210.000	\$ 9.130.353.877	\$ 7.647.143.877
SI 02	2005	\$ 3.104.191.000	\$ 19.592.243.537	\$ 16.488.052.537
SI 02	2006	\$ 6.016.894.000	\$ 43.079.593.425	\$ 37.062.699.425
SI 02	2007	\$ 6.963.516.000	\$ 45.769.887.461	\$ 38.806.371.461
SI 02	2008	\$ 8.233.772.000	\$ 60.450.353.587	\$ 52.216.581.587
SI 99	2001	\$ 843.937.000	\$ 15.340.994.718	\$ 14.497.057.718
SI 99	2002	\$ 5.709.019.000	\$ 45.350.007.475	\$ 39.640.988.475
SI 99	2003	\$ 5.695.004.000	\$ 56.997.298.791	\$ 51.302.294.791
SI 99	2004	\$ 7.091.003.000	\$ 61.062.230.773	\$ 53.971.227.773
SI 99	2005	\$ 7.413.729.000	\$ 62.488.798.137	\$ 55.075.069.137
SI 99	2006	\$ 8.874.082.000	\$ 61.617.650.071	\$ 52.743.568.071
SI 99	2007	\$ 8.236.680.000	\$ 59.690.270.302	\$ 51.453.590.302
SI 99	2008	\$ 9.014.833.000	\$ 68.351.754.325	\$ 59.336.921.325

- 109

Retomando la idea tenemos que los operadores troncales obtienen en los últimos años, unos ingresos de alguna significancia, sin que asuman gastos distintos a los que le corresponden en el mantenimiento o compra de buses; sin tener contractualmente ninguna obligación en el mantenimiento de la vías que utilizan, cuando pareciera de alguna forma razonable que debieran sostener total o parcialmente.

Lo que encuentra el Tribunal, para concluir respecto del ingreso de los operadores troncales, como de la situación económica deficitaria de TRANSMILENIO S.A., es que los concesionarios troncales debieron asumir por cuenta propia el recaudo, que en cualquier otro negocio tendrían que hacerlo; y que tal porcentaje se trasladara a TRANSMILENIO S.A., con el fin de proteger los recursos públicos que la alimentan permanentemente.

Pese a lo anterior, no es dable deducir por ello que existe una vulneración al patrimonio público y a la moralidad administrativa, como se argumenta por el accionante, por cuanto la construcción de vías y la infraestructura para la prestación de servicios públicos son obligaciones que siempre corresponden al Estado. Además porque tal como se diseñó por el Concejo de Bogotá, la operación del sistema se otorgó a particulares, en virtud seguramente de las políticas neoliberales permitidas por la Constitución Política de 1991, la que admite la inversión privada en la prestación de los servicios públicos, concretamente en el artículo 365; tal como ha sucedido significativamente en la prestación de los servicios de acueducto, energía y comunicaciones, los cuales son operados en su mayoría por empresas privadas, luego de liquidadas las públicas las que desarrollaron toda una infraestructura para la prestación de los respectivos servicios.

Así las cosas, aunque no se pueda estar de acuerdo con ese modelo económico y su aplicación, es de criterio este Tribunal que a través de una acción popular no se pueden desconocer y revertir políticas y decisiones adoptadas por otras ramas del poder público en el sentido señalado.

Más aún, refuerza dicha negativa el hecho de que no estamos frente a un contrato de concesión vial puramente dicho, mediante el cual

el Estado traslada a los particulares la construcción de grandes obras de infraestructura y en contraprestación a la gran inversión de capital privado, concede la explotación de las mismas, debiendo el cesionario asumir su mantenimiento mientras la concesión perdure. Sino que en el caso del sistema Transmilenio se bifurcó su implementación, realizando la construcción de la infraestructura vial a través de contratos de obra pagados con recursos 100% públicos, y concesionando sólo la operación.

Y entonces aunque la inversión inicial para la construcción del sistema la haya asumido la administración, esta no puede soportar la carga de su mantenimiento a perpetuidad, mientras su participación en los réditos del sistema a través de la Empresa Transmilenio es minúscula; es decir que en estricto sentido debieron los operadores asumir el mantenimiento vial en la proporción que participan de las utilidades, o en su defecto aumentar la participación de Transmilenio S.A.

Asumir la responsabilidad de mantenimiento vial, puede resultar acorde con la protección de la prestación eficiente del servicio público de transporte y con un modelo económico neoliberal, pero lo que sigue sin ser proporcionado en uno y otro aspecto, es que la participación de la empresa Transmilenio S.A. sea tan inferior a la del resto de actores del sistema, por tanto es en este punto donde debe protegerse el interés colectivo de los usuarios y consumidores, frente a quienes Transmilenio S.A., podrá reflejar mayores beneficios, si se aumentan los recursos que recibe como participación de las utilidades del sistema.

Se puntualiza que aunque no encuentra la Sala vulnerados el patrimonio público y la moralidad administrativa, es un hecho cierto que la empresa TRANSMILENIO resulta inviable como atrás se dice, y que esa situación es producida por el porcentaje que le corresponde en la operación del sistema y las obligaciones que ha asumido sin que le correspondan (por lo menos así es el criterio de esta Corporación); por lo tanto es menester proteger el derecho colectivo de defensa de los consumidores y usuarios, para que pueda la empresa prestar un servicio adecuado de planificación y control que propenda en beneficio del sistema de transporte.

Pero también que evite potencialmente el incremento en las tarifas, en desmedro obviamente de los usuarios del sistema, lo que indiscutiblemente puede ocasionar un problema social de importancia mayúscula, pues toca el bolsillo de las clases menos favorecidas.

La Ley 472 de 1998 define en su artículo 4º, algunos de los derechos e intereses colectivos, entre los cuales menciona el relacionado con la defensa de los usuarios.

La Ley 80 de 1993, en su artículo 3º establece que los servidores públicos "...tendrán en consideración que al celebrar los contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines...". Y que los particulares "...tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y que cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones."

Así mismo, el Estatuto de Contratación en el artículo 23 en relación con los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales, expresa lo siguiente:

"Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo."

Conforme con las pruebas recaudadas en el presente proceso, estima la Sala que en el proceso de contratación para la operación del Sistema Transmilenio, los demandados vulneran el derecho colectivo a la defensa de los consumidores y usuarios, por cuanto tal como está diseñado el sistema se advierte que TRANSMILENIO S.A., asumió cargas que no le correspondían, como atrás se señala.

En criterio de esta Sala, el diseño de la operación del Sistema Transmilenio debe modificarse de tal manera que TRANSMILENIO S.A., alcance un mayor porcentaje de ingresos y de esta forma se dé prevalencia al interés general, y de pronto se puedan otorgar beneficios a ciertos estamentos de la población, que como es de público conocimiento se ha venido requiriendo.

Considera esta Corporación que para proteger el derecho colectivo vulnerado, debe ordenarse al Distrito Capital, que en un término perentorio de tres (3) meses, proceda a modificar de manera concertada o en caso contrario de forma unilateral, "los contratos de concesión" celebrados con los operadores del sistema, ajustando los porcentajes asignados a estos concesionarios, de forma tal que asuman directamente el costo de la acción de recaudo; y los costos de aseo, vigilancia etc., que ahora se encuentran a cargo de TRANSMILENIO S.A.

Es importante traer a colación el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 que refiere a la modificación unilateral de los contratos, por lo que se reproduce textualmente:

"ARTICULO 16. DE LA MODIFICACION UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo."

Se releva que este precepto deberá ser considerado por la entidad y por los operadores troncales, sobre todo que la modificación que aquí

se ordena no cubre más del 20% del valor inicial de los contratos, de tal forma que no podrán renunciar a la ejecución de los mismos.

c. Verificación del cumplimiento de la sentencia.

Teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, para efectos de la verificación del cumplimiento de la sentencia, la Sala dispondrá que además de los Magistrados que integran la Sala de Decisión, el Agente del Ministerio Público que actúa en este proceso, conjuntamente con el funcionario que el Distrito designe, así como con sendos funcionarios de la Contraloría y Personería del Distrito delegados para tal función por los señores Contralor y Personero, asuman tal tarea.

d. El incentivo.

En cuanto al incentivo peticionado en la demanda la Sala realiza las siguientes precisiones:

El incentivo para el actor popular fue creado por los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, como un estímulo económico "para inducir, promocionar, patrocinar, premiar y, en general, estimular el ejercicio de tales acciones en orden a la materialización y preservación de determinados bienes jurídicos de especial connotación social"⁴; dichas normas lo consagraron de la siguiente manera:

ARTÍCULO 39. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales. Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.

ARTÍCULO 40. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular. Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad

⁴ C-459 de 2004.

contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos.”.

Como las normas transcritas fueron derogadas de manera expresa y directa por el artículo 1º de la Ley 1425 de 2010, corresponde analizar si dentro de las acciones populares iniciadas con anterioridad a la expedición de la citada norma, como ocurre en el presente caso, hay lugar a reconocer el incentivo.

Es del caso precisar que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, dispone que “las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y las diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

De acuerdo con las normas transcritas, las normas procedimentales o instrumentales que regulan trámites, términos, recursos y competencias y que por lo tanto tienen carácter de orden público, son de aplicación inmediata y prevalecen sobre las anteriores, regla de la cual se exceptúan los casos relativos a los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias para hacer efectivas las normas sustanciales, eventos en los que se aplicarán las normas vigentes en la época en que estos se adelanten, y considera el Tribunal que el incentivo a reconocer al actor es un derecho sustantivo que le asiste por iniciar la acción.

Tales el caso de los artículos 39 y 49 de la Ley 472 de 1998, que tienen un carácter mixto o doble, es decir tanto sustancial como procedimental, pues, además de consagrar el incentivo para el actor popular, también señalan el trámite pertinente para su reconocimiento, razón por lo cual su aplicación en el sub iudice se impone como una de las excepciones a la aplicación inmediata del artículo 1º de la Ley 1425 de 2010.

917-

La jurisprudencia del Consejo de Estado se pronunció en igual sentido a través de fallo de 18 de mayo de 2011 (AP-2005-232), con ponencia de la Consejera ROJAS LASSO, en el que la Sección Primera de esa Corporación señaló, que "en el caso sub examine la ley posterior no es aplicable, pues, su aplicación se enmarca dentro de las excepciones a la **aplicación inmediata de la ley procedimental, consagradas en los artículos 164** de la Ley 446 de 1998 y 40 de la Ley 153 de 1887, coligiéndose entonces que únicamente podría habersele dado aplicación a la ley posterior, por indicación expresa del legislador respecto de su retroactividad."

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, procede conceder el incentivo a la accionante, como un reconocimiento por la labor desplegada en bien de la comunidad y en defensa de los derechos colectivos.

El incentivo se fija en la suma correspondiente a Cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales, a costa de los operadores troncales del Sistema Transmilenio, por partes iguales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A"**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por los demandados.

SEGUNDO. Protéjase el derecho colectivo de la defensa de los consumidores y usuarios.

En consecuencia, se ordena a TRANSMILENIO S.A., que en el término perentorio de tres (3) meses proceda a modificar de manera concertada o si no es posible de forma unilateral los contratos de

concesión celebrados para la operación del Sistema Transmilenio, en la forma señalada en la motiva.

TERCERO. Dispónese que los Magistrados integrantes de la Sala, con el Ministerio Público, el funcionario que designe el Distrito, los funcionarios de Contraloría y Personería delegados, asuman la tarea de verificación del cumplimiento de esta sentencia, de conformidad con lo expresado en la motivación de la misma.

CUARTO. Fijase el incentivo económico a favor del señor OSCAR ORLANDO ROLDAN LOPEZ, en cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales a costa de los operadores troncales del Sistema Transmilenio., por partes iguales.

QUINTO. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. Adviértase a las partes que la presente providencia, tiene efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general, conforme lo dispone el artículo 35 de la Ley 472 de 1998.

SÉPTIMO. Envíese una copia del presente fallo a la Defensoría del Pueblo para los efectos previstos en el artículo 80 de la ley 472/98.

OCTAVO. Ejecutoriada esta providencia y previas las constancias del caso archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO
MAGISTRADA


JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES
MAGISTRADO


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
MAGISTRADA