



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

INFORME DE AUDITORÍA DE DESEMPEÑO

CÓDIGO 097

EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO
TRANSMILENIO S.A.

Período Auditado 2015-2017

DIRECCIÓN SECTOR MOVILIDAD

Bogotá D.C., octubre de 2017

EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO
TRANSMILENIO S.A.

Contralor de Bogotá	Juan Carlos Granados Becerra
Contralor Auxiliar	Andrés Castro Franco
Directora Técnica Sectorial	Clara Viviana Plazas Gómez
Subdirector de Fiscalización Movilidad	Gabriel Hernán Méndez Camacho
Asesora	Dániza Triana Clavijo
Gerente	Luis Ariel Olaya Aguirre
Equipo de Auditoría	Luz Angely Ospina Medina Myriam Sichacá Castiblanco Delia Rosa Silgado Betancourt Jaime Alejandro Rodríguez Gama Oscar Heriberto Peña Novoa Dagoberto Correa Pil Jorge Efraín Laverde Enciso

TABLA DE CONTENIDO

1. CARTA DE CONCLUSIONES	1
2. ALCANCE Y MUESTRA DE AUDITORIA.....	3
3. RESULTADO DE LA AUDITORIA	4
3.1 CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2011	4
3.1.1. <i>Hallazgo administrativo con incidencia fiscal y presunta disciplinaria y penal, por valor de \$32.062.634.074, toda vez que TRANSMILENIO S.A., canceló al concesionario Recaudo Bogotá S.A.S, un valor diferente al acordado como factor de operación F_{FaseI}, F_{FaseII} del Subsistema Transmilenio que se encuentra inmerso dentro de la Remuneración Fija Semanal RFS, sin que se hubiesen realizado las inversiones en las estaciones de la Fase I y Fase II, incumpliendo con lo pactado en la cláusula 59.1. del Contrato de Concesión No. 001 de 2011.....</i>	5
4. ANEXO	23
4.1. CUADRO CONSOLIDADO DE HALLAZGOS	23

1. CARTA DE CONCLUSIONES

Bogotá D.C.

Doctora

ALEXANDRA ROJAS LOPERA

Gerente General TRANSMILENIO S.A.

Avenida el Dorado No. 69-76

Código Postal 11071

Ciudad

Asunto: Carta de Conclusiones

La Contraloría de Bogotá D.C., con fundamento en los artículos 267 y 272 de la Constitución Política, el Decreto Ley 1421 de 1993, la Ley 42 de 1993 y la Ley 1474 de 2011, practicó auditoría de desempeño a la entidad Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – TRANSMILENIO S.A., respecto al Contrato de Concesión No. 001 de 2011, a través de la evaluación de los principios de economía, eficiencia y eficacia con que administró los recursos puestos a su disposición y los resultados de su gestión en el área actividad o proceso examinado.

Es responsabilidad de la Administración el contenido de la información suministrada por la Entidad y analizada por la Contraloría de Bogotá D.C. La responsabilidad de la Contraloría consiste en producir un Informe de Auditoría de Desempeño que contenga el concepto sobre el examen practicado.

La evaluación se llevó a cabo de acuerdo con normas de auditoría generalmente aceptadas, con políticas y procedimientos de auditoría establecidos por la Contraloría, consecuentes con las de general aceptación; por lo tanto, requirió acorde con ellas, de planeación y ejecución del trabajo de manera que el examen proporcione una base razonable para fundamentar nuestro concepto.

La auditoría incluyó el examen, sobre la base de pruebas selectivas, de las evidencias y documentos que soportan el área, actividad o proceso auditado y el cumplimiento de las disposiciones legales; los estudios y análisis se encuentran debidamente documentados en papeles de trabajo, los cuales reposan en los archivos de la Contraloría de Bogotá D.C.

CONCEPTO DE GESTIÓN SOBRE EL ASPECTO EVALUADO

La Contraloría de Bogotá D.C., como resultado de la auditoría adelantada, conceptúa que la gestión en los asuntos, procesos, actividades de carácter específico, de interés o relevancia auditados, no cumple con los principios

evaluados en razón a que se evidencian deficiencia en las actuaciones adelantadas por la entidad.

Se evidenció un hallazgo administrativo con incidencia fiscal y presunta disciplinaria y penal, por valor de \$32.062.634.074, en razón a que TRANSMILENIO S.A., canceló al concesionario Recaudo Bogotá S.A.S, un valor diferente al acordado como factor de operación F_{FaseI}, F_{FaseII} del Subsistema Transmilenio que se encuentra inmerso dentro de la Remuneración Fija Semanal RFS, sin que se hubiesen realizado las inversiones en las estaciones de la Fase I y Fase II, incumpliendo con lo pactado en la cláusula 59.1. del Contrato de Concesión No. 001 de 2011.

PRESENTACIÓN PLAN DE MEJORAMIENTO

A fin de lograr que la labor de control fiscal conduzca a que los sujetos de vigilancia y control fiscal emprendan acciones de mejoramiento de la gestión pública, respecto de cada uno de los hallazgos comunicados en este informe, la entidad a su cargo, debe elaborar y presentar un plan de mejoramiento que permita solucionar las deficiencias puntualizadas en el menor tiempo posible y atender los principios de la gestión fiscal; documento que debe ser presentado a la Contraloría de Bogotá, D.C., a través del Sistema de Vigilancia y Control Fiscal –SIVICOF- dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la radicación de este informe, en la forma, términos y contenido previsto en la normatividad vigente, cuyo incumplimiento dará origen a las sanciones previstas en los artículos 99 y siguientes de la ley 42 de 1993.

Corresponde, igualmente al sujeto de vigilancia y control fiscal, realizar seguimiento periódico al plan de mejoramiento para establecer el cumplimiento y la efectividad de las acciones para subsanar las causas de los hallazgos, el cual deberá mantenerse disponible para consulta de la Contraloría de Bogotá, D.C. y presentarse en la forma, términos y contenido establecido por este Organismo de Control.

El anexo a la presente Carta de Conclusiones contiene el resultado y hallazgo detectado por este Órgano de Control.

Atentamente,



CLARA VIVIANA PLAZAS GÓMEZ
Directora Sector Movilidad

Revisó: Dr. Gabriel Hernán Méndez Camacho -Subdirector de Fiscalización Movilidad
Elaboró: Equipo Auditor

2. ALCANCE Y MUESTRA DE AUDITORIA

Se efectuó la verificación de los soportes correspondientes a los pagos autorizados por Transmilenio S.A., respecto al factor $F_{faseI, faseII}$ y que forma parte de la Remuneración Fija Semanal-RFS, establecida en la cláusula 59.1 del Contrato de Concesión No. 001 de 2011, firmado con la empresa Recaudo Bogotá S.A.S., con el fin de determinar el cumplimiento legal y técnico de este desembolso.

Así mismo, se revisaron los documentos elaborados por las interventorías Consorcio Recaudo C&J y C&M Consultores S.A., el Concesionario Recaudo Bogotá S.A.S y el Ente Gestor Transmilenio S.A, relacionados con el asunto en mención.

3. RESULTADO DE LA AUDITORIA

3.1 CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2011

El día veinticinco (25) de abril de 2011, TRANSMILENIO S.A., convocó a la Licitación Pública TMSA-LP- 003 de 2011, con el objeto de otorgar en concesión el SIRCI¹, del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP.

Como resultado del proceso de selección, a través de la Resolución No. 327 del 15 de julio de 2011, se adjudicó el contrato de concesión a la firma Recaudo Bogotá S.A.S. con el objeto de “Otorgar en Concesión el diseño, suministro, implementación, operación y mantenimiento del Subsistema de Recaudo, del Sistema de Información y Servicio al Usuario y del Subsistema de Integración y Consolidación de la Información; el diseño, suministro, implementación, gestión y mantenimiento del Subsistema de Control de Flota; el suministro de la conectividad; la integración entre el Subsistema de Recaudo, el Subsistema de Control de Flota, el Subsistema de Información y Servicio al Usuario y el Subsistema de Integración y Consolidación de la Información, que conforman el SIRCI, para el Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, D.C.”

El 1º de agosto de 2011, TRANSMILENIO S.A., suscribió con Recaudo Bogotá S.A.S., el Contrato de Concesión No. 001 de 2011, con valor indeterminado pero determinable (Cláusula 35) y un plazo de 16 años (Clausula 8º). El acta de inicio se firmó el 27 de septiembre de 2011 y en el contrato se estableció que se desarrollará en tres etapas:

“

- *Etapa Preoperativa: comienza a partir del Acta de inicio o de ejecución del contrato y se extenderá hasta la culminación de la implementación gradual del SITP, cumpliendo los requisitos exigidos en la cláusula 11 del contrato referido.*
- *Etapa Operativa: comienza con la orden de inicio de operación del contrato dada por parte del Ente Gestor y se extenderá por 15 años, esta etapa operativa se expedirá cuando finalice la etapa preoperativa de los contratos de operación.*
- *Etapa de Reversión: noventa días hábiles antes de finalizar el término de la etapa de operación de la concesión, surgirá para el CONCESIONARIO el deber de iniciar el proceso de restitución de los bienes que le fueron entregados y de reversión de los bienes, adquiridos e incorporados a la concesión a TRANSMILENIO S.A. sin lugar a derecho alguno a indemnización o compensación por este concepto de conformidad con lo establecido en el presente contrato.”*

Como producto de la revisión de las obligaciones establecidas en la cláusula 59.1. del contrato de concesion, se pudo establecer la siguiente observación:

¹ Comprende el conjunto de software, hardware y demás componentes que permiten la gestión y operación de recaudo, de los centros de control troncal y zonal, de información y servicio al usuario, la consolidación de la información y la conectividad de la totalidad del SITP.

3.1.1. Hallazgo Administrativo con incidencia fiscal, presunta incidencia disciplinaria y penal, por valor de \$32.062.634.074, toda vez que TRANSMILENIO S.A., canceló al concesionario Recaudo Bogotá S.A.S, un valor diferente al acordado como factor de operación F_{FaseI} , F_{FaseII} del Subsistema Transmilenio que se encuentra inmerso dentro de la Remuneración Fija Semanal RFS, sin que se hubiesen realizado las inversiones en las estaciones de la Fase I y Fase II, incumpliendo con lo pactado en la cláusula 59.1. del Contrato de Concesión No. 001 de 2011

Con el propósito de contextualizar la presente observación, es importante precisar la definición de un contrato de concesión, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993:

“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”.

De igual forma, en el numeral 1.2.2.26, del pliego de condiciones de la licitación Pública TMSA-LP-003 de 2011, el contrato de concesión se define como un acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos, tal como lo señala el numeral 4 del artículo 32º de la Ley 80 de 1993, modificado por la Ley 1150 de 2007.

Es importante mencionar, que el contrato se suscribió cuando la operación del Recaudo para el Subsistema Transmilenio de la Fase I, estaba a cargo del Concesionario ANGELCOM y para la Fase II, estaba a cargo de la firma UT-Fase II; contratos que finalizaron el 21 de diciembre de 2015. A partir del 22 de diciembre del 2015, el Concesionario Recaudo Bogotá S.A.S, asumió la totalidad de operación y control del SITP.

De la Remuneración

En el Capítulo 4: “INGRESOS DEL CONCESIONARIO–CLAUSULA 58 INGRESOS DEL CONCESIONARIO DERIVADOS DE LA EXPLOTACION ECONOMICA DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE BOGOTA-SITP” del pliego de condiciones, se estableció:

“Como remuneración por las obligaciones que impone la presente concesión al CONCESIONARIO, se le otorgará el derecho a una participación en los ingresos generados por la explotación comercial del **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO** de Bogotá SITP, lo cual se instrumentará mediante pago periódico de un valor que para los efectos del presente contrato se denominara “**PARTICIPACION**”, el que será establecido conforme a las condiciones previstas en el presente contrato.”

De otra parte, en la cláusula 59: VALOR DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DEL CONCESIONARIO del pliego de condiciones, en concordancia con la cláusula 59.1, se estableció la Remuneración Fija semanal-RFS, la cual será igual a un pago fijo semanal en función de la oferta económica del Concesionario, establecida a partir de la fórmula que se definió para tal efecto.

De manera precisa el contrato señala como parte de la fórmula general de la remuneración, lo siguiente:

“Cláusula 59.1 RFS-Remuneración Fija semanal del CONCESIONARIO del SIRCI

La remuneración del CONCESIONARIO del SIRCI por este ítem será igual a un pago fijo semanal en función de la oferta económica del CONCESIONARIO.

RFS (en pesos) se calculara empleando la siguiente formulación:

$$RFS = COE_RFS \times F_{impl} \times F_{faseI.faseII} \times 1,658,000,000 \times IPCacum$$

COE_RFS: Oferta económica del concesionario del SIRCI sobre remuneración Fija semanal. Corresponde a un número igual o menor a 1,000 (uno)

F_{impl} : Factor de implementación, este factor se calcula durante los primeros ocho (8) meses de operación regular empleando la siguiente formulación:

$$F_{impl} = \text{Mínimo} \left[1.000 ; 0.8786 \times \left[\frac{NVES}{24,600,000} \right]^{1.0936} \right]$$

Donde:

NVES: Número total de validaciones en la semana a remunerar, igual al número total de validaciones en vehículos operando en el SITP con equipos instalados por el concesionario del SIRCI, más el número total de validaciones en las estaciones de las troncales Fase III del subsistema TransMilenio del SITP.

F_{impl} tomará un valor de 1.000 a partir del noveno (9) mes de operación regular y hasta el final del plazo de concesión.

Para el cálculo de F_{impl} se empleara tres (3) cifras decimales.

$F_{faseI.faseII}$: Factor operación fase I y fase II del subsistema TransMilenio. Este factor tomara un valor de uno (1.000) siempre y cuando el concesionario del SIRCI NO asuma la operación de las actuales estaciones de la Fase I y Fase II del subsistema TransMilenio. Una vez el concesionario del SIRCI asuma la operación

de la totalidad de dichas estaciones y realice las inversiones que en dichas obliga el presente contrato, $F_{\text{faseI.faseII}}$ tomara un valor de uno punto doscientos cuarenta y tres (1.243). (Subrayado y negrillas fuera de texto).

En el caso que nos ocupa, el pago del factor $F_{\text{faseI.faseII}}$ está condicionado a que ocurran dos obligaciones contractuales:

- 1) *Se asuma la operación de las estaciones de fase I y II, hecho que sucedió el día 22 de diciembre de 2015.*
- 2) *Se realicen las inversiones en las estaciones de la fase 1 y fase 2.*

Circunstancia esta última, que no se ejecutó de acuerdo a lo establecido en el anexo técnico No. 2, del pliego de condiciones y del contrato mismo. Lo anterior, según consta en las observaciones presentadas por la interventoría saliente y entrante Consorcio Recaudo C&J la primera y C&M Consultores S.A. la segunda, actos estos que fueron objeto de revisión por parte del equipo auditor de acuerdo a la información solicitada mediante oficio de la Contraloría de Bogotá No. 80107-001 de agosto 18 de 2017.

En este sentido, es importante precisar que este factor $F_{\text{faseI.faseII}}$, corresponde a un valor de 1.243, es fruto de una estipulación contractual pactada en la cláusula 59.1 del Contrato, en un ejercicio de autonomía de voluntades y con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas y fácticas que ello conlleva en el presente negocio jurídico de carácter estatal.

De la Interventoría

Desde el inicio del Contrato de Concesión del SIRCI, TRANSMILENIO S.A., en calidad de Ente Gestor, ha suscrito contratos de interventoría, para el caso en evaluación, se precisa que el 4 de mayo de 2015, TRANSMILENIO S.A., suscribió con el Consorcio Recaudo C&J, el Contrato No.176 de 2015, para realizar la interventoría integral que incluye el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico y operativo al contrato de concesión, desde el 29 de mayo de 2015 hasta el 28 de noviembre de 2016.

Así mismo, el 15 de noviembre de 2016, TRANSMILENIO S.A., suscribe con la firma C&M Consultores S.A, el Contrato No. 338 de 2016, para realizar la interventoría integral que incluye el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico y operativo al contrato de concesión, desde 9 de diciembre de 2016, hasta el 8 de diciembre de 2018. Se precisa que la representación legal de los dos contratos citados fue ejercida por la misma persona.

De conformidad con lo señalado en la minuta del Contrato de Interventoría No. 338-2016 (Cláusula Duodécima), el control y vigilancia de este, fue asignado a los siguientes funcionarios: Subgerente Económico, Subgerente Técnico y de servicios, Subgerente de Comunicaciones, Director Técnico de Buses, Director Técnico de BRT y el Director de TIC's, en calidad de supervisores.

A partir de la evaluación de los soportes solicitados por el equipo auditor y que se encuentran relacionados en el cuadro No. 1, se evidenció que la interventoría Consorcio Recaudo C&J, a través de oficio con radicado No. 20163080486591 del 16 de septiembre de 2016, comunicó a la supervisión del contrato (Dirección de TIC's y Subgerencia Económica), algunas situaciones observadas con respecto a las inversiones que obliga el Contrato y que el Concesionario Recaudo Bogotá S.A.S., no ha realizado y recomienda a la entidad TRANSMILENIO S.A., suspender el pago del factor del 1.243 de la variable $F_{\text{faseI.faseII}}$, que ha venido realizando, así:

*“Esta interventoría encuentra que, conforme a la disposición contractual, si bien el Concesionario Recaudo Bogotá S.A.S. ya asumió la operación de las estaciones de las fases 1 y 2 del Sistema Transmilenio desde el 22 de diciembre de 2015, **aún no ha realizado las inversiones que en ellas obliga el contrato**, como es el caso de :*

- *Informadores electrónicos (PIP) existentes: a la fecha el Concesionario realiza el mantenimiento sobre los indicadores de fase I y II que fueron recibidos en virtud de la cláusula 16.33 y que corresponden a la relación de equipos dispuesta en el Anexo 2 del pliego de condiciones de la Licitación Pública que dio origen al Contrato de Concesión No. 001 de 2011. Sin embargo, Recaudo Bogotá SAS aún no ha efectuado la inversión respectiva, esto es pagar el valor comercial a la Entidad o sustituir los equipos por unos nuevos, cumpliendo los requisitos técnicos del numeral 7.1 del Anexo 2.*
- *Informadores electrónicos (PIP) complementarios: a la fecha el Concesionario no ha realizado la instalación de los 17 PIP requeridos en Fase I y los 19 PIP de Fase II.*
- *Cámaras de circuito cerrado de televisión (CCTV): una vez finalizado el Convenio 042 de 2009 mediante el cual la Entidad contaba con el servicio de CCTV con 335 cámaras, Recaudo Bogotá SAS suscribió contrato con ETB para dar continuidad a la prestación del mencionado servicio.
Sin embargo, los equipos instalados no cumplen los requisitos exigidos en el numeral 8 del Anexo 2 del Contrato de Concesión. Adicionalmente, estos equipos están en arriendo y por tanto el Concesionario no ha realizado las inversiones que sobre esto exige el Contrato.*
- *Cámaras del circuito cerrado de televisión (CCTV) complementarias: a la fecha el concesionario no ha realizado la instalación de las 186 cámaras complementarias que exige el Contrato en las estaciones de fase I y II.*
- *Sistema de respaldo eléctrico en estaciones: aunque el Concesionario adquirió recientemente UPS de la Entidad instaladas en las estaciones de Fase I y II, estas no cumplen los requisitos del numeral 9 del Anexo 2 del Contrato de Concesión, lo anterior tal y como fue confirmado por el mismo mediante oficio No. RB-646821-INT-15092016 recibido por correo electrónico el 15 de septiembre de 2016...”*

Posteriormente, la firma interventora Consorcio Recaudo C&J, el 9 de octubre de 2016, mediante oficio con radicado TRANSMILENIO S.A., No. 29492 confirma que Recaudo Bogotá S.A.S., no había realizado la totalidad de las inversiones estipuladas en el Contrato como son: 1. Informadores electrónicos (PIP) existentes. 2. Informadores electrónicos (PIP) complementarios. 3. Cámaras del circuito cerrado de televisión (CCTV). 4. Cámaras del circuito cerrado de televisión (CCTV) complementarias. 5. Sistema de respaldo eléctrico en estaciones, así mismo manifiesta:

“Aunque el concesionario adquirió recientemente UPS de la entidad instaladas en las estaciones de fase I y II, estas no cumplen con el numeral 9 del anexo 2 del contrato de Concesión, lo anterior yal y como fue confirmado por el mismo mediante oficio No. RB-646821-INT-15092016 recibió por correo electrónico el 15 de septiembre de 2016.

Por todo lo anterior, se deberán realizar por parte de recaudo Bogotá SAS las adecuaciones necesarias para las acometidas eléctricas y redes de comunicación para el correcto funcionamiento de los equipos a instalar, conforme lo estipula la cláusula 16.22 del Contrato de Concesión”.

Aunado a lo anterior, en el periodo T1-T2², según consta en en las Especificaciones Técnico-Operativas y de puesta en Funcionamiento del SIRCI (Anexo Técnico-Anexo 2 del Contrato), que corresponde a la aparición de las primeras rutas equipadas con dispositivos a bordo y finaliza con el equipamiento de todas las rutas, se debió proceder con la instalación de las cámaras de CCTV y los equipos de información al usuario,

Con el fin de determinar lo anterior, el equipo auditor mediante el oficio No. 80107-002 de septiembre 21 de 2017, radicado en TRANSMILENIO S.A., bajo el No. 26239, evidenció que a febrero de 2017, las inversiones pendientes de ejecutar ascendían al 22,14% en promedio, por lo tanto, el ente gestor utilizó un factor del 1.235 para los pagos de conformidad a lo acordado por las partes en el acta de entendimiento suscrita el 21 de marzo de 2017.

De las Acciones TRANSMILENIO S.A.

TRANSMILENIO S.A., mediante el oficio No. 2016EE20434 del 13 de diciembre de 2016, le comunicó al representante legal del Concesionario, con base en lo recomendado por la interventoría, la suspensión del reconocimiento del factor

² 1.2. PRINCIPIOS DE TRANSICIÓN

Está prevista la transición gradual descrita en numeral 4.4 “Plan de implementación del SIRCI”, del Anexo 1 Resumen Ejecutivo Diseño Conceptual del SIRCI, donde de conformidad con el grado de utilización de la TISC como modalidad de pago y la implementación de los centros de control zonal, en cada una de las rutas zonales se tienen tres periodos a saber:

T0: El comienzo del desarrollo, se sitúa en el acto de suscripción y legalización del contrato del SIRCI.

T1: Marca la aparición de las primeras rutas equipadas con los dispositivos a bordo, lo que permitirá el pago por medio de la TISC y la gestión del control de flota.

T2: La fase de equipamiento de todas las rutas equipadas concluye. El SITP está puesto a punto.

F_{faseI.faseII} de la Remuneración Fija Semanal, a partir de la liquidación y remuneración prevista para los días 14 y 15 de diciembre de 2016, que lo pagado a la fecha por dicho concepto, será objeto de cobro retroactivo por parte de TRANSMILENIO S.A.

En respuesta al apoderado del concesionario, TRANSMILENIO S.A., mediante oficio No. 2017EE1485 de febrero 1 de 2017, señaló:

“4. No se está declarando un incumplimiento contractual

*La comunicación 2016EE20434 del 13 de diciembre de 2016 no configura señalamiento alguno de incumplimiento al cargo del Concesionario puesto que es potestad del concesionario cumplir o no las inversiones requeridas para acceder a la remuneración completa del Factor Fase I y Fase II prevista en la cláusula 59.1 del contrato de concesión. En efecto, **es claro para la entidad y siempre lo ha sido que inmediatamente se cumplan con la totalidad de inversiones previstas para las estaciones de Fase I y Fase II el concesionario podrá acceder inmediatamente al factor de remuneración completo como bien se prevé en el contrato**”.* (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Ahora bien, TRANSMILENIO S.A., mediante Resolución No. 468 del 12 de agosto de 2014 estableció:

“Fase de transición y sustitución: Es la fase durante la cual se realizarán todas las actividades necesarias tendientes a la preparación y sustitución de la plataforma tecnológica de recaudo de las fases I y II por dispositivos de recaudo del SIRCI.

*(...)Implementar la solución de integración mediante sustitución de la plataforma tecnológica de las Fases I y II Sistema Transmilenio, y se preparara para asumir el 100% del recaudo del SITP incluyendo las fases I y II del Sistema Transmilenio al vencimiento de los actuales contratos de concesión con los que coexiste, **efectuando por su cuenta y riesgo, con antelación a dicha fecha y de forma progresiva la reposición de la totalidad de los bienes relacionados con la operación de recaudo de fases I y II del Sistema Transmilenio.***

(...)La fase de transición y sustitución iniciará a partir de la ejecutoria de la presente resolución a cada concesionario y finalizará el 21 de diciembre de 2015, fecha en la cual terminarán las etapas operativas de los contratos de concesión del recaudo de las fases I y II del Sistema Transmilenio, en consecuencia a partir del 22 de diciembre de 2015, se habrá extinguido esta Fase y por lo tanto a partir de dicha fecha el concesionario Recaudo Bogotá S.A.S. asumirá la operación del 100% del recaudo del SITP, incluyendo las fases I y II del Sistema Transmilenio, dentro del alcance y bajo las condiciones ordinarias de su contrato de concesión.” (Subrayado y negrillas fuera de texto).

En concordancia con lo anterior, con ocasión de la controversia originada en el presunto incumplimiento por parte del concesionario, a uno de los requisitos establecidos para el pago del Factor F_{faseI.faseII}, se realizaron múltiples reuniones y se generaron comunicados entre TRANSMILENIO S.A., Recaudo Bogotá S.A.S. y

los Consorcios Recaudo C&J y C&M Consultores S.A., tal como se muestra en el cuadro 1:

**CUADRO 1
COMUNICACIONES Y ACTAS SUSCRITAS**

DOCUMENTO	ASUNTO
Acta No. 36 mesa de pares jurídica de julio 29 de 2016	La entidad señala que se remunera el factor Fase I, Fase II, por lo que es preciso que realice las inversiones en las estaciones de fase I y II
Acta No. 41 mesa de pares jurídica septiembre 14 de 2016	Se le informa a RB que la interventoría va a emitir concepto a la Entidad sugiriendo suspensión del pago al Factor Fase I y II, por no haberse completado la inversión
2016ER27481 de septiembre 16 de 2016	Interventoría recomienda a TRANSMILENIO S.A. suspender el pago del factor Fase I y II y cobrar lo ya remunerado por este concepto desde el 22 de diciembre de 2015
2016ER29492 de octubre 6 de 2016.	Interventoría da alcance a TRANSMILENIO S.A. del oficio 2016ER27481, desarrollando las razones por las que no se han completado las inversiones en Fase I y II.
2016ER34643 de noviembre 28 de 2016	Interventoría solicita (requerimiento No. 140) a RB para que adelante la instalación de PIP`s y cámaras de CCTV, existentes y complementarias y UPS`s en estaciones fase I y II
2016EE20434 de diciembre 13 de 2016	TRANSMILENIO S.A. comunica a RB, la suspensión del reconocimiento y pago del factor Fase I y II en el valor de 1.243, para definir el estado de los requisitos contractuales para activarlo por ausencia de parte de las inversiones en estaciones Fase I y II
2016ER36502 de diciembre 16 de 2016	RB da respuesta a requerimiento No. 140 de Interventoría, planteando un plan de trabajo y cronograma para instalar las cámaras de CCTV y PIP`s existentes y complementarias, y UPS`s en estaciones Fase I y II
2016IE11295 y 2016 IE11296 de diciembre 28 de 2016	La subgerencia jurídica de TRANSMILENIO S.A. solicita a la dirección de TICS y a la subgerencia económica, pronunciamiento sobre el plan de implementación presentado por RB a la interventoría para adelantar la instalación de PIP`s y cámaras de CCTV, existentes y complementarias y UPS`s en estaciones fase I y II.
2017IE035 de enero 4 de 2017	Se da respuesta a requerimiento interno, señalando que es necesario que el concesionario aporte cronogramas y detalles frente a algunos de los componentes, lo cual se requerirá conjuntamente con la interventoría.
2017ER00391 de enero 6 de 2017	RB allega información y documentación requerida por Dirección de TICS e interventoría en mesa de trabajo de enero 5 de 2017, respecto del plan de implementación radicado el 16 de diciembre de 2016.
2017ER00700 de enero 11 de 2017	Interventoría remite concepto sobre plan de implementación (respuesta a requerimiento No. 140) a la entidad, por el cual recomienda aprobar el plan de acción, determinar la ubicación de los dispositivos y pronunciarse sobre la obligación de ductería.

Fuente: Comunicación TRANSMILENIO S.A. con radicado 2017EE1485 de febrero 1 de 2017

Elaboro: Equipo Auditor TRANSMILENIO S.A.

Como resultado de las comunicaciones y actas suscritas por las firmas interventoras Consorcio Recaudo C&J y C&M Consultores S.A., saliente y entrante respectivamente, el Concesionario y TRANSMILENIO S.A., a través de sus

representantes legales, el 21 de marzo de 2017, suscriben un acta de entendimiento denominada “Balance de inversión al contrato de concesión No. 001 de 2011 concesión del sistema integrado de recaudo, control e información y servicio al usuario –SIRCI- del SITP, suscrito entre la empresa de transporte del tercer Milenio S.A. –TRANSMILENIO S.A. y recaudo Bogotá S.A.S.”.

En esta acta, se acordaron diez puntos, dentro de los cuales se determinó un cambio sustancial en la remuneración del factor $F_{\text{faseI.faseII}}$, de la Remuneración Fija Semanal establecido en la cláusula 59.1 del contrato en 1.243, que paso a 1.232. Además, se reconoció y pago de manera proporcional a las inversiones realizadas en las estaciones de la fase I y Fase II con efectos retroactivos, a partir del 22 de diciembre de 2015 al 21 de marzo de 2017 (fecha en que se firmó el acta de entendimiento), que correspondió a un 95.520% de avance de inversión por parte del Concesionario, el cual asciende a la suma de \$28.956.976.616, tasado de la siguiente forma:

CUADRO 2
AJUSTE A LA REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO

	Cifras en pesos
Porcentaje de avance	95.522%
Nuevo factor por aplicación de porcentaje de avance (95.520%) al factor de 1.243	1.232
Valor a reconocer Periodo diciembre 5 de 2016 a marzo 5 de 2017 al 1.232	6.627.544.549
Calculo pago con factor al 1.232 periodo diciembre 22 de 2015 a diciembre 4 de 2016	22.329.432.067
Valor a remunerar del 22 de diciembre de 2015 al 05 de marzo de 2017 con el factor 1.232	28.956.976.616

Fuente: Acta de entendimiento de marzo 21 de 2017

Elaboro: Equipo Auditor TRANSMILENIO S.A.

Así las cosas, por expresa disposición contractual le correspondía a TRANSMILENIO S.A., la verificación del cumplimiento de las inversiones del concesionario una vez asumiera la operación de las estaciones de fase I y II, por lo tanto, no debió realizarse ningún pago correspondiente al factor operación fase I y II.

En concordancia con lo manifestado, se evidenció que a marzo 9 de 2016, el Concesionario, no había realizado la instalación de las 186 cámaras complementarias que exige el contrato en las estaciones de fase I y II. Así mismo, la interventoría Consorcio Recaudo C & J, manifestó que se deberían realizar por parte de Recaudo Bogotá S.A.S., las adecuaciones necesarias para las acometidas de las redes eléctricas y redes de comunicación para el correcto funcionamiento de los equipos a instalar, conforme lo estipula la cláusula 16.22 del Contrato. ³

³ Oficio de interventoría con radicado Transmilenio S.A., 2016ER29492 de octubre 6 de 2016, numeral 4 y 5.

No obstante lo anterior, el Concesionario en comunicación No. RB-666869-TM-15122016 de diciembre 15 de 2016, insiste en que: *“La celeridad que dé el Ente Gestor a la entrega y ejecución del cronograma de instalación de ductería es fundamental para el proyecto, pues Recaudo Bogotá puede avanzar en su plan de acción por ahora, pero debe evitarse que los equipos que adquieran lleguen y no puedan instalarse por falta de ductos, pues ello generaría el retraso de las actividades así como una serie de perjuicios económicos a este concesionario.”⁴.*

En este orden de ideas, de acuerdo con la argumentación dada por el Concesionario, se puede evidenciar que existe un posible atraso sin justificación alguna, en la instalación de los elementos que contractualmente estaban pactados, en concordancia con lo manifestado por la interventoría como órgano de vigilancia y control del contrato de concesión.

Del Análisis Técnico Jurídico

En el presente aparte, este equipo auditor analiza la estructura normativa y sustancial del mecanismo utilizado para la interpretación de la cláusula 59.1, respecto de la modificación del factor RFS, que consta en el Contrato de Concesión.

En primer lugar como lo establece la cláusula No. 38 *“REGIMEN LEGAL”* del pliego de condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-003 de 2011, el presente contrato se rige por las normas de contenido civil, comerciales, ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, y demás normas concordantes, en aplicación del primer inciso del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Ya en este contexto legal, se precisa entender que se denomina acta de entendimiento, siendo el documento que consagra el principio de la autonomía de la voluntad de las partes involucradas en un determinado negocio jurídico, que cumple una función eminentemente interpretativa de las estipulaciones en ella contenidas, es decir, es un mecanismo de interpretación utilizado por las partes que suscribieron el contrato, respecto del clausulado objeto de entendimiento.

Sobre este punto, vale la pena traer a colación, la regla de interpretación de los contratos contenida en el inciso 3º del artículo 1622 del Código Civil, que prevé respecto de una cláusula contractual, pueda ser interpretada por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.

Es decir, el alcance del contenido y efectos jurídicos según esta regla de interpretación, es el que las partes quisieron darle a una cláusula del contrato. Se podrá determinar en función de la aplicación práctica que las mismas hayan hecho

⁴ Oficio del Concesionario No. RB-666869-TM-15122016 de diciembre 15 de 2016, último párrafo página 3.

de ella, sin que ello implique su violación o desconocimiento. Se requiere, por lo tanto, a través de esta manifestación de la voluntad de las partes, analizar e interpretar los clausulados objeto de entendimiento y declaración en ella estipulados, contribuyendo a la definición de la responsabilidad contractual de las partes, en la ejecución y equilibrio económico del contrato, tomando en consideración las reglas de interpretación de los contratos consagrados en el artículo 1618 y siguientes del Código Civil.

Ahora bien, el planteamiento consagrado en el Código Civil Colombiano, respecto de la interpretación de los contratos, permite establecer la voluntad de las partes y atribuir sentido a las declaraciones realizadas por los contratantes para determinar el alcance del negocio jurídico. Dichas reglas de interpretación, resultan aplicables a la contratación estatal, tal y como lo establece el primer inciso del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

En concordancia con lo manifestado, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, que consagra la interpretación de las reglas contractuales, permite la correcta aplicación de la hermenéutica en materia contractual, teniendo en consideración los fines, principios de la ley, los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos entre las partes en cuanto a procedimientos de selección, escogencia de contratistas y en la cláusula y estipulaciones de los contratos. (Subrayado fuera de texto).

En ese orden de ideas, las referidas reglas de interpretación, cuya aplicación a los contratos estatales debe llevarse a cabo, atendiendo los principios enunciados en el aludido artículo 28 de la Ley 80 de 1993, son aquellas que se encuentran previstas entre los artículos 1618 y 1624 del Código Civil, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 13 de la mencionada Ley 80 de 1993.

Cara a lo anterior, el equipo auditor procede a analizar el acta de entendimiento de fecha 21 de marzo de 2017, la cual contiene el balance de inversión al Contrato de Concesión No. 001 de 2011, del sistema integrado de recaudo, control e información y servicio al usuario SIRCI del SITP, suscrito entre TRANSMILENIO S.A. y Recaudo Bogotá S.A.S.

En los antecedentes del acta de entendimiento, se realiza una recopilación de los hechos materia de análisis respecto de la cláusula 59.1, en su componente de remuneración fija semanal al concesionario, manifestando que según los estudios previos de la licitación pública TMSA-LP- 003 de 2011, se cubren estos costos fijos del sistema de forma semanal, a saber: costos administrativos, recuperación de inversiones (incluyendo reposiciones), costos de operación y mantenimiento de equipos de recaudo, control de flota e información al usuario y seguros, para

garantizarle al concesionario del SIRCI, un ingreso que le permita operar el sistema y la prestación del servicio.

Esta remuneración incluye el factor de operación fase I y fase II, del Subsistema Transmilenio y que se define:

*“ $F_{\text{faseI, faseII}}$: Factor operación fase I y fase II del subsistema TransMilenio. Este factor tomara un valor de uno (1.000) siempre y cuando el concesionario del SIRCI NO asuma la operación de las actuales estaciones de la Fase I y Fase II del subsistema TransMilenio. Una vez el concesionario del **SIRCI asuma la operación de la totalidad de dichas estaciones y realice las inversiones que en dichas obliga el presente contrato, $F_{\text{faseI, faseII}}$ tomara un valor de uno punto doscientos cuarenta y tres (1.243).**”* (Subrayado y negrillas fuera de texto).

A través de sendas comunicaciones provenientes de la interventoría Consorcio Recaudo C&J, remitidas a TRANSMILENIO S.A., mencionadas en la presente acta y objeto de análisis a lo largo del presente escrito, para el correcto funcionamiento de los equipos a instalar conforme lo estipula la cláusula 16.22 del contrato, que Recaudo Bogotá S.A.S., debió efectuar las adecuaciones necesarias en dichas estaciones y para tal efecto se recomendó suspender el pago del factor de operación fase I y II, de la remuneración fija semanal del SIRCI, recomendando realizar el cobro retroactivo de lo ya remunerado al Concesionario desde el 22 de diciembre de 2015 a la fecha, por no darse uno de los dos supuestos para que se haga efectivo el mismo, es decir, las inversiones en estas estaciones que obliga el contrato.

En el numeral 17 del acta de entendimiento, sostiene TRANSMILENIO S.A., que a través de mesas de trabajo realizadas en enero, febrero y marzo de 2017 entre TRANSMILENIO S.A. y el Concesionario, se analizaron los temas relacionados con las inversiones a cargo del concesionario durante el tiempo de ejecución del contrato, analizando la posibilidad de efectuar un “pago porcentual del factor de operación FASE I y FASE II del subsistema Transmilenio”. Lo anterior, evidencia un presunto incumplimiento parcial del concesionario, de acuerdo con la información analizada por el equipo auditor y aportada por la Entidad, por cuanto la decisión acordada con el Concesionario no concuerda con lo establecido en la cláusula 59.1, del Contrato de Concesión, ni con las recomendaciones dadas por la interventoría del mismo, en cuanto al incumplimiento detectado a lo largo de su ejecución.

Ahora bien, mediante oficio radicado en TRANSMILENIO S.A., bajo el No. 2017ER02746 el 2 de febrero de 2017, C&M Consultores S.A., sostiene que: “*resulta razonable la suscripción del acta de entendimiento objeto de análisis, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 13 de la ley 80 de 1993 y los artículos 1618, 1620, 1621, 1622 y 1623 del Código Civil y en caso que no se logre acuerdo, la entidad mantiene la potestad excepcional para interpretar el contrato que le confiere los artículos 14 y 15 de la ley 80 de 1993.*”

Así las cosas, en las consideraciones del acta de entendimiento proceden las partes a manifestar que a la fecha no se han culminado la totalidad de las inversiones previstas en el contrato para las estaciones de la fase I y fase II, no obstante al haberse realizado alto porcentaje de inversiones asociadas a estas estaciones, acreditadas por el concesionario, verificadas por la interventoría y la parte contratante, se procede respecto de las inversiones efectivamente realizadas establecer el balance de las inversiones del contrato contenido en la cláusula 59.1.

En concordancia con lo anterior, se manifiesta en la cláusula segunda un “reconocimiento proporcional del factor fase I y fase II, según el avance de las inversiones que adelante el concesionario, en las estaciones de fase I y fase II con la asunción de sus correspondientes costos de operación y mantenimiento” (Subrayado fuera de texto), estableciendo un cálculo del pago del factor de operación fase I y fase II, de acuerdo al porcentaje de avance, de la siguiente forma:

$$\begin{aligned} \text{Porcentaje de avance} &= \frac{\text{Inversiones realizadas}}{\text{Total de Inversiones}} \\ \text{Porcentaje de Avance} &= \frac{\text{VIR}}{\text{VIR} + \text{VNIR}} \end{aligned}$$

De acuerdo al análisis realizado por el equipo auditor, establecen las partes en la cláusula tercera del acuerdo, los efectos de este balance de inversión del contrato, en el entendido que se adoptó el balance de inversión y se aclaró la fórmula de determinación proporcional del factor fase I y fase II, fijado en la cláusula 59.1, recogiendo y dejando sin efectos cualquier acto contractual anterior a la firma de este documento de entendimiento producto del trabajo de las partes y la interventoría.

Con fundamento en la interpretación de los contratos que consta en el inciso 3º artículo 1622 del Código Civil y en el estatuto de contratación estatal, respecto de la declaración de las partes consagrada en el acta de entendimiento, de realizar un pago proporcional del factor RFS, a las inversiones ejecutadas en las estaciones Fase I y Fase II, este equipo auditor considera necesario determinar cuál fue la intención de las partes al interpretar la Cláusula 59.1 y cuál fue el comportamiento de los sujetos contractuales durante la ejecución del mismo.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el concesionario debía desarrollar el objeto del contrato por su cuenta y riesgo, la asunción de la responsabilidad de la totalidad de las inversiones y el desarrollo de las obras, para la ejecución del objeto, bajo la entera vigilancia y control de la entidad contratante TRANSMILENIO S.A., sin perjuicio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, de conformidad con los principios generales de la contratación estatal, en cumplimiento por parte

del concesionario de los niveles de servicio y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto.

De la información contenida en las diferentes comunicaciones cruzadas entre las partes y que fueron analizadas por el equipo auditor, las cuales fueron solicitadas mediante oficios de la Contraloría de Bogotá No. 80107-001 de agosto 18 de 2017, se evidencia que durante la ejecución del contrato se presentó incumplimiento por parte del Concesionario en la instalación de los elementos necesarios en las estaciones de las fases I y II, por lo que no resulta lógico, ni equitativo que se permita a través de un acuerdo de voluntades (acta de entendimiento), subsanar la responsabilidad contractual del concesionario, ni la omisión de TRANSMILENIO S.A., en el cumplimiento de su deber de vigilancia y control de las obligaciones contractuales, sin que se hubiese llevado a cabo ningún procedimiento administrativo sancionatorio.

No obstante lo anterior, sí se aprobó y pagó \$32.062.634.074, desde el 22 de diciembre de 2015 hasta el 23 de julio de 2017, sin el presunto cumplimiento de los requisitos establecidos contractualmente, a través de un pago proporcional que no se deriva de la esencia misma del contrato, ni de su clausulado, generando un presunto menoscabo del patrimonio distrital.

Es decir, por medio del acta de entendimiento, se cambiaron las estipulaciones contractuales desconociendo la intención o el espíritu del contrato, el cual resulta indivisible, razón por la cual no pueden las partes dar una interpretación o sentido carente de sustento jurídico y fáctico de forma inconexa respecto de las demás cláusulas sin vincularla con el todo orgánico del contrato.

Sumado a lo anterior, es importante recalcar que los dos sujetos contratantes, desatendieron lo expresado taxativamente por la cláusula 59.1., de acuerdo a lo establecido en el numeral “1.2. DESCRIPCIÓN TÉCNICA DEL OBJETO A CONTRATAR” del pliego de condiciones de la licitación pública TMSA-LP-003 de 2011, así como las obligaciones contractuales definidas en el anexo No. 2 del mismo.

Durante el proceso auditor , se evidenció que contrario a lo expresado en los artículos 14 y 16 de la Ley 80, los cuales facultan a la entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para “(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, entre otros, no obstante TRANSMILENIO S.A., no pueden subsanar los errores utilizando los mecanismos de interpretación consagrados en la ley, cuando de las partes provienen las condiciones generadoras de la modificación, es decir el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del concesionario y la falta de vigilancia por parte del contratante.

Dentro del respeto del contenido negocial, cualquier modificación contractual, debe obedecer solamente a circunstancias no previsibles, extraordinarias y no imputables al contratista, conforme lo establece el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, según el cual el restablecimiento del equilibrio del contrato solamente es posible cuando la ruptura proviene de causas imputables a quien resulta afectado.

Según concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la Ley, sustentada y probada, acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal. La Sala de Consulta explicó:

“La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar ... diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc.”⁵

Es decir, para que la mutabilidad de los contratos estatales sea posible, no solamente se lleva a cabo por la mera voluntad o liberalidad de las partes o de la entidad contratante, por el contrario, la modificación de un contrato debe ser excepcional en virtud del principio de planeación y seguridad jurídica, demostrando una causa cierta no imputable a alguna de las partes, salvaguardando fines públicos, no intereses de contenido privado.

No resulta procedente que la administración haya realizado un balance parcial de las inversiones y de esta manera subsanar el incumplimiento parcial del concesionario, reconociendo una remuneración del RFS, la cual no se incluyó en el pliego de condiciones de la Licitación Pública TMSA-003-2011, ni tampoco forma parte del contrato, cuya finalidad es el cumplimiento de los principios de la función administrativa.

Es importante resaltar, que la estipulación contractual, no sólo consta en la cláusula 59.1 del contrato, sino que está concebida desde la etapa precontractual (Anexo No. 3 del pliego de condiciones), en donde se reguló de manera clara el asunto relativo a la forma de pago de este factor, se le dio un alcance al contenido obligacional del negocio jurídico y las partes han debido estarse a lo allí pactado.

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Magistrado Enrique José Arboleda Perdomo.

En este contexto el equipo auditor concluye que la suscripción del acta de entendimiento, confirma el atraso en la instalación de los elementos cuestionados por la interventoría y verificados por el equipo auditor en las diferentes comunicaciones analizadas, que se constituyen en un incumplimiento a las obligaciones contractuales por parte del concesionario que alteran el equilibrio económico del Contrato, configurándose un presunto pago de lo no debido, pues sin el cumplimiento de los requisitos legales y contractuales, se autorizó el pago de las sumas de dinero tasadas en \$32.062.634.074, en favor del concesionario, lo que atenta contra el patrimonio del Estado, vulnerándose el interés jurídico tutelado como lo es el principio de legalidad en la contratación administrativa.

Se suma a lo anterior, que la función interventora que consta en los contratos 176 de 2015 y 338 de 2016, siendo el mismo representante legal, con el mismo objeto contractual, mal podría avalar a través de comunicación 2017ER02746 del 2 de febrero de 2017 la suscripción del acta de entendimiento, manifestando que resultaba razonable la suscripción de la misma, respecto de las inversiones que el concesionario ha realizado, mencionando que dejando de hacer las demás inversiones al 100 % el concesionario no se encuentra en estado de incumplimiento debido a que no se ha llegado el momento contractual para las mismas, cuando a lo largo de la ejecución del contrato de concesión tenía pleno conocimiento de los antecedentes de incumplimiento por parte del concesionario.

Por último, las deficiencias en el deber de control por parte de la interventoría y la parte contratante, generó a través del acta de entendimiento una serie de presuntas irregularidades sustanciales en la remuneración de este factor, pues a través de un pago proporcional en favor del Concesionario, la obtención de un beneficio económico, sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en la cláusula 59.1 del contrato.

Del Daño Fiscal

Por los hechos expuestos, se efectuó el análisis por parte del grupo auditor respecto a las autorizaciones de pago elaboradas por TRANSMILENIO S.A., desde el 22 de diciembre de 2015, hasta 23 de julio de 2017, con el fin de determinar el valor correspondiente al presunto detrimento patrimonial, que se obtiene de la diferencia entre la liquidación con base en los valores establecidos en el contrato, o sea, con el factor igual a uno (1.000) y los valores liquidados y pagados con un factor diferente de uno (1.000), sin el cumplimiento de las condiciones establecidas en la cláusula 59.1 del Contrato de Concesión No. 001 de 2011, como se establece en el cuadro 3:

CUADRO 3
VALORES LIQUIDADOS DEL 27/12/2015 AL 23/07/2017

Cifras en pesos

SEMANA	SEMANA	FACTOR	PAGO REMUNERACION FIJA SEMANAL	VALOR CON FACTOR 1 (DEBER SER)	DIFERENCIA
21/12/2015	3/01/2016	1,000	5.529.307.679	5.529.307.679	0
10/01/2016	4/12/2016	1,243	117.278.686.202	94.458.268.942	22.820.417.260
11/12/2016	12/03/2017	1,000	28.552.541.920	28.552.541.920	0
19/03/2017	7/05/2017	1,232	20.512.624.632	16.648.269.901	3.864.354.731
14/05/2017	23/07/2017	1,235	28.269.233.197	22.891.371.114	5.377.862.083
TOTAL			200.142.393.629	168.079.759.556	32.062.634.074

Fuente: Oficio Transmilenio No. 2017EE15592 del 26 de septiembre de 2017.

Elaboro: Equipo Auditor TRANSMILENIO S.A.

Por lo tanto, el valor del presunto detrimento patrimonial asciende a la suma de \$32.062.634.074, que corresponde a la diferencia entre el valor total liquidado por la entidad, es decir, \$200.142.393.629, menos el valor de la liquidación con un factor de 1.000 (el deber ser) que es de \$168.079.759.556.

Así las cosas, se evidencia claramente una presunta gestión ineficiente e inadecuada por parte de la entidad y la transgresión de la Ley 610 de 2000 así: “...establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”.

En concordancia con lo anterior, el artículo 3 de la misma Ley, precisa el concepto de gestión fiscal y el artículo 6, consagra la definición del daño patrimonial al Estado, en los siguientes términos: “Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público”.

Las pre liquidaciones de las cuentas son elaboradas por el ente gestor y se remiten a la Fiduciaria Occidente para las vigencias 2015, 2016 y a la Fiduciaria popular para la vigencia 2017, la cual se encarga de realizar los pagos semanales de la remuneración pactada en el contrato. Las erogaciones que se realizaron de manera irregular fueron hechas cumpliendo este proceso, es decir TRANSMILENIO S.A. tenía pleno conocimiento de las transacciones que se llevaron a cabo durante el periodo mencionado en la observación administrativa con presunta incidencia

disciplinaria, fiscal y penal. Esta situación podría afectar la situación financiera de la Entidad en los periodos 2015, 2016 y 2017, teniendo en cuenta los presuntos pagos indebidos que se realizaron sin el cumplimiento de los requisitos legales y contractuales.

Finalmente, se concluye la presunta vulneración de los principios constitucionales de legalidad, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, tal como lo precisa el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia de 1991, incumpliendo lo establecido en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1510 de 2013 y Decreto 1082 de 2015, Resolución 728 del 24 de noviembre de 2014 expedida por TRANSMILENIO S.A., por medio de la cual se actualiza el manual de procedimientos, tales como manual de contratación, supervisión e interventoría, generando un presunto beneficio para el Concesionario en la suma de \$32.046.469.341, desconociendo la esencia misma del Contrato y las reglas de interpretación contenidas en el Estatuto de Contratación y el Código Civil Colombiano.

Valoración de la respuesta

Una vez analizada la respuesta presentada por la Entidad al Informe Preliminar de la presente Auditoria de desempeño, radicada en la Contraloría de Bogotá bajo el # 1-2017-23898 del 20 de Octubre de 2017, no se desvirtúan los argumentos que configuran la observación, toda vez que el sujeto de control, utilizó el acuerdo transaccional denominado *“acta de entendimiento”*, para modificar la esencia de las prerrogativas establecidas en la cláusula 59.1, del contrato de concesión No. 001 de 2011, respecto de la remuneración fija semanal del factor $F_{\text{fase1.fase1}}$, pues no se trató de un simple ajuste del valor estimado inicialmente, en razón a la inversión parcial del concesionario al cual se le reconoce su pago, por el contrario, con este documento se establecieron compromisos contractuales nuevos, pues la base de la transacción consistió en novar de alguna manera las obligaciones contractuales, subsanando las deficiencias sustanciales respecto del presunto incumplimiento del concesionario de las obligaciones consagradas en la cláusula objeto de análisis; la omisión de TRANSMILENIO S.A., en el cumplimiento de su deber de vigilancia y control en la ejecución del mismo y sin que se hubiese llevado a cabo ningún procedimiento administrativo sancionatorio, u otrosí modificadorio que respalde legalmente las nuevas condiciones contractuales analizadas por este equipo auditor, conforme lo establece el Estatuto de Contratación Estatal y demás normas concordantes.

Por lo expuesto y según el análisis de este Órgano de Control, se configura como hallazgo administrativo con incidencia fiscal, presunta incidencia disciplinaria y penal. Por tanto se dará traslado a la Dirección de Responsabilidad Fiscal, a la

Personería de Bogotá y a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia. Así mismo, se deberá incluir en el Plan de Mejoramiento que presente la Entidad.

4. ANEXO

4.1. CUADRO CONSOLIDADO DE HALLAZGOS

TIPO DE HALLAZGO	CANTIDAD	VALOR (En pesos)	REFERENCIACIÓN
1. ADMINISTRATIVOS	1	N.A.	3.1.1
2. DISCIPLINARIOS	1	N.A.	3.1.1.
3. PENALES	1	N.A.	3.1.1.
4. FISCALES	1	\$32.062.634.074	3.1.1.

N.A.: No aplica.