



**CONTRATO MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO DE
CONCESIÓN No. 3 ENTRE METRO CALI S.A. Y ETM S.A.
EN REORGANIZACIÓN**



I. PARTES

- 1.1. METRO CALI S.A., sociedad constituida mediante escritura pública número 580 del día 25 de febrero de 1999, otorgada en la Notaría Novena de Cali, domiciliada en la misma ciudad, todo lo anterior de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cali que se anexa, representada legalmente por LUÍS FERNANDO SANDOVAL MANRIQUE, mayor de edad, domiciliado y residente en Cali, identificado con cédula de ciudadanía número 16641875, actuando en su condición de presidente (en adelante "Metro Cali").
- 1.2. EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ETM S.A. EN REORGANIZACIÓN –ETM S.A. EN REORGANIZACIÓN-, sociedad constituida mediante escritura pública número 2516 del 27 de julio de 2006 otorgada en la Notaría Cuarta de Cali, domiciliada en la misma ciudad, todo lo anterior de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cali que se anexa, representada legalmente por CLAUDIA PALACIOS CAICEDO, mayor de edad, domiciliada y residente en Cali, identificado con cédula de ciudadanía número 66824756 (en adelante el "Concesionario")

II. CONSIDERACIONES

- 2.1. **Consideraciones Generales:**
 - 2.1.1. Que el artículo 365 de la Constitución Política consagra que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste garantizar su eficiente prestación, conforme al régimen jurídico establecido en la ley.
 - 2.1.2. Que de conformidad con el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, es deber de las entidades estatales asegurar 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.
 - 2.1.3. Que en el mismo sentido, el artículo 26 ibídem establece que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.
 - 2.1.4. Que el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, establece como derechos y deberes de las entidades estatales adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer, en los casos en que se hubiere realizado licitación.
 - 2.1.5. Que el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, establece que las entidades estatales al celebrar un contrato tienen la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, orientadas a asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los servicios públicos y evitar su paralización o afectación grave.
 - 2.1.6. Que el marco normativo de los sistemas de transporte masivo en Colombia, está constituido fundamentalmente por las Leyes 86 de 1989, 105 de 1993, 310 de 1996, 336 de 1996 y el Decreto Reglamentario 3109 de 1997, normas mediante las cuales se definen



**CONTRATO MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO DE
CONCESIÓN No. 3 ENTRE METRO CALI S.A. Y ETM S.A.
EN REORGANIZACIÓN**



- 2.1.7. Que mediante documento CONPES 3166 de mayo de 2002, se recomendó para el municipio de Santiago de Cali un sistema basado en buses de alta capacidad, adecuado en términos de costo y cubrimiento a las condiciones de este municipio.
- 2.1.8. Que el documento CONPES 3369 del día 1 de agosto de 2005 –seguimiento-, declaró el sistema integrado de transporte masivo para el municipio de Santiago de Cali como un proyecto de importancia estratégica, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 10 de la Ley 819 de 2003, y aprobó la nueva definición del proyecto y el nuevo alcance para la utilización de los recursos del mismo, sin perjuicio del cumplimiento de las recomendaciones establecidas en los demás documentos CONPES pertinentes sobre la materia.
- 2.1.9. Que mediante Resolución número 205 del día 21 de junio de 2006 Metro Cali convocó a la Licitación Pública número MC-DT-001 de 2006, para la celebración de contratos de “*Concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros dentro del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Santiago de Cali – Operación de Transporte de Servicio Troncal, Auxiliar y Alimentador del Sistema MIO*” (en adelante la “Licitación”).
- 2.1.10. Que la Licitación tuvo por objeto “*seleccionar cinco (5) concesionarios que celebrarán el contrato estatal de concesión cuyo objeto es otorgar en concesión no exclusiva, conjunta y simultánea con otros concesionarios, y exclusiva respecto de otros Operadores de Transporte Colectivo, la explotación del Servicio Público de Transporte Masivo de Pasajeros del Sistema MIO, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el contrato*” (Pliego, número 1.2.).
- 2.1.11. Que la Licitación fue adjudicada mediante Resolución número 415 del día 16 de noviembre de 2006 así:

Concesión No.	“Concesionarios”
1	GIT MASIVO S.A.
2	BLANCO Y NEGRO MASIVO S.A.
3	ETM S.A.
4	UNIMETRO S.A.

- 2.1.12. Que el día 15 de diciembre de 2006, Metro Cali y los Concesionarios, suscribieron los Contratos de Concesión No. 1, No. 2, No. 3 y No. 4 para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros dentro del sistema integrado de transporte masivo del municipio de Santiago de Cali (en adelante los “Contratos de Concesión”).
- 2.1.13. Que el Contrato de Concesión No. 3 se ha modificado hasta la fecha por los siguientes otrosíes (en adelante el “Contrato de Concesión”):
- (i) Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión No. 3 que modifica la calificación del índice de accidentalidad, celebrado entre Metro Cali y ETM S.A., el día 2 de junio de 2011.
 - (ii) Otrosí No. 2 al Contrato de Concesión No. 3 que modifica aspectos del fondo de reconversión empresarial social y ambiental –FRESA-, celebrado entre Metro Cali y ETM S.A., el día 7 de diciembre de 2012.



**CONTRATO MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO DE
CONCESIÓN No. 3 ENTRE METRO CALI S.A. Y ETM S.A.
EN REORGANIZACIÓN**



- (iii) Acuerdo por medio del cual el Concesionario decide incluir parte de la flota del colectivo al sistema. 21 de mayo de 2013.
 - (iv) Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 3 celebrado entre Metro Cali y ETM S.A., 3 de diciembre de 2013.
 - (v) Otrosí Aclaratorio No.3 al Contrato de Concesión No. 3 celebrado entre Metro Cali y ETM S.A., 4 de diciembre de 2013.
- 2.1.14. Que el documento CONPES 3504 del día 17 diciembre de 2007 –seguimiento- aprobó las modificaciones propuestas por Metro Cali en relación con los alcances del proyecto, para hacerlo extensivo a la totalidad del transporte público de la ciudad.
- 2.1.15. Que el documento CONPES 3767 del día 16 de septiembre de 2013 –seguimiento y modificación de lo establecido en los documentos CONPES 2932 de 1997, 3166 de 2002, 3369 de 2005 y 3504 de 2007- determinó la necesidad de ampliar el alcance de obras del sistema integrado de transporte masivo del municipio de Santiago de Cali, como respuesta a la necesidad de establecer un sistema destinado a estructurar el ordenamiento de la ciudad.
- 2.1.16. Que durante el tiempo de ejecución de los Contratos de Concesión se ha evidenciado que no se dieron algunas de las circunstancias que inicialmente fueron estimadas por las partes en cuanto a diversos aspectos y que otras de ellas se han producido en condiciones y momentos diferentes, especialmente, en aspectos relacionados con la culminación de las obras de construcción de infraestructura, la fecha de inicio de operación regular de los Contratos de Concesión, el esquema tarifario, la reducción de oferta, el incumplimiento de los Programas de Servicio de Operación, la obtención de la demanda esperada, la incorporación de la Flota de Referencia y de la Flota de Reserva, entre otros, por lo que de la misma manera, aquellos tampoco se han desarrollado en las condiciones contractualmente previstas por las partes.
- 2.1.17. Que Metro Cali inició un proceso de revisión de los Contratos de Concesión, a través del cual se buscaron alternativas de ajuste y modificación que pudieran resultar en mejoras del servicio para los usuarios del Sistema MIO y un replanteamiento de algunas de las condiciones pactadas en aquellos, tanto para Metro Cali, como para los Concesionarios, las cuales se contemplan en el presente documento, y se hacen necesarias para la debida prestación del servicio público de transporte en el municipio de Santiago de Cali.
- 2.1.18. Que dentro del aludido proceso las partes han planteado los diversos aspectos que a juicio de Metro Cali y de cada Concesionario ameritan modificación de estipulaciones contractuales, los cuales han sido sustentados y debatidos ampliamente por las comisiones encargadas de cada tema, por lo cual más adelante se resumen las consideraciones que soportan cada una de las modificaciones contractuales que se pactan.
- 2.1.19. Que por otra parte, Metro Cali suscribió el día 11 de febrero de 2003 un Convenio Interadministrativo de Utilización de Vías y Operación del Sistema MIO con la Secretaría de Tránsito y Transporte del municipio de Santiago de Cali (el “Convenio Interadministrativo”), que hasta la fecha ha tenido dos otrosíes modificatorios, a través del cual, entre otros: (i) se estableció que a esta secretaría le corresponde regular la salida del transporte público colectivo en el municipio de Cali, (ii) se reconoció que la competencia para fijar la Tarifa al Usuario por el servicio público de transporte corresponde a esta secretaría; (iii) se convino que el municipio de Santiago de Cali y esta secretaría, asumirían la responsabilidad patrimonial cuando por el incumplimiento de su obligación de



**CONTRATO MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO DE
CONCESIÓN No. 3 ENTRE METRO CALI S.A. Y ETM S.A.
EN REORGANIZACIÓN**



actualización o ajuste de la Tarifa al Usuario, se causen perjuicios a Metro Cali o a los Concesionarios.

2.2. Consideraciones especiales relacionadas con la salida del transporte colectivo y la obligación de operar la flota vinculada:

- 2.2.1. Que diferentes circunstancias han dificultado la salida del transporte público colectivo, entre otras, la presentación de acciones judiciales en contra de los actos administrativos emitidos por el municipio de Santiago de Cali y la falta de resultados frente a los operativos realizados por las autoridades competentes.
- 2.2.2. Que por otro lado, los Concesionarios han encontrado dificultades en operar con la totalidad de los vehículos requeridos por el Sistema MIO, toda vez que manifiestan que no han contado con los recursos económicos necesarios para ello, entre otras razones, porque no se ha contado con la demanda de pasajeros esperada.
- 2.2.3. Que con el fin de facilitar la salida del transporte colectivo del municipio de Santiago de Cali, en la fecha de suscripción del presente contrato modificatorio, la Secretaría de Tránsito y Metro Cali celebran un otrosí al Convenio Interadministrativo en el cual se fija a través de un anexo el cronograma pertinente a dicha actividad.
- 2.2.4. Que en virtud de lo dispuesto en dicho otrosí al Convenio Interadministrativo, el Municipio se compromete a realizar el retiro progresivo de las rutas del servicio de transporte público colectivo que funcionan en el municipio y a realizar controles al transporte no autorizado a través de operativos, exceptuando el transporte de la zona de ladera que opera con vehículo tipo campero.
- 2.2.5. Que teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario establecer unas fechas para la vinculación de la Flota de Referencia por parte de los Concesionarios, para poder suplir el servicio público actualmente prestado por el transporte público colectivo.
- 2.2.6. Que como consecuencia de todo lo anterior, el Concesionario debe obligarse a operar la totalidad de la Flota de Referencia ya vinculada al Sistema MIO, a partir de la fecha de firma del presente contrato modificatorio.

2.3. Consideraciones especiales relacionadas con la reducción de oferta:

- 2.3.1. Que según la cláusula 58 del Contrato de Concesión, los Concesionarios tienen a su cargo el compromiso de reducción de la oferta de transporte público colectivo.
- 2.3.2. Que los Concesionarios argumentan que no han podido cumplir totalmente con dicho compromiso debido a diversas razones, entre ellas, a la falta de recursos económicos que no han permitido lograr los niveles de chatarrización a cargo de los Concesionarios; a las dificultades que ha tenido la Administración para lograr la salida del transporte público; y, a inconvenientes en la negociación para la compra de los vehículos a chatarrizar.
- 2.3.3. Que la Alcaldía del municipio de Santiago de Cali ha expedido diversos actos administrativos que autorizaron la vinculación de la flota de referencia restante del SITM-MIO y fijaron equivalencias para la reducción de oferta de transporte público colectivo de pasajeros de la ciudad de Santiago de Cali.
- 2.3.4. Que teniendo en cuenta que los decretos aludidos generaron situaciones particulares para los Concesionarios que modificaron la obligación a su cargo de reducción de oferta y es



**CONTRATO MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO DE
CONCESIÓN No. 3 ENTRE METRO CALI S.A. Y ETM S.A.
EN REORGANIZACIÓN**



necesario hacer cumplir los términos del Contrato de Concesión, con la suscripción del presente modificatorio se entiende concedida la autorización de las partes para modificar dicha obligación mediante el acto administrativo correspondiente.

- 2.3.5. Que los documentos técnicos de estructuración del SITM MIO preveían que el seis por ciento (6%) de la demanda de transporte público del municipio de Santiago de Cali circunscrita a la ladera fuera atendida por camperos, y que el noventa y cuatro por ciento (94%) restante fuera atendido por un sistema moderno con vehículos articulados, padrones y complementarios.
- 2.3.6. Que de acuerdo con la información de la Secretaria de Tránsito y Transporte Municipal se debería reemplazar dicho noventa y cuatro por ciento (94%) de los vehículos de transporte colectivo en la ciudad, que correspondía a una cifra que oscila entre 4934 y 4940 vehículos.
- 2.3.7. Que se considera necesario modificar la fórmula para aclarar la cantidad de buses a reducir por cada concesionario de dicho total, y el tiempo para exigir el cumplimiento de la reducción.
- 2.3.8. Que pudiera llegar a ser inconveniente impedir la vinculación de vehículos al Sistema MIO o suspender la vigencia de los certificados de cumplimiento legal, por el incumplimiento del compromiso de reducción de oferta del Concesionario.
- 2.3.9. Que como consecuencia de lo anterior, se hace necesario modificar la cláusula 58 y el Apéndice No. 7 del Contrato de Concesión, de manera tal que sea potestativo para Metro Cali autorizar la vinculación de vehículos al Sistema MIO y/o suspender la vigencia de los certificados de cumplimiento legal, cuando el Concesionario se encuentre en incumplimiento del compromiso de oferta, para lo cual Metro Cali tendrá en cuenta lo que sea más conveniente para el Sistema MIO, sin perjuicio de la facultad de Metro Cali de imponer las sanciones a que haya lugar por dicha causa.

2.4. Consideraciones especiales relacionadas con la vinculación de Flota de Referencia:

- 2.4.1. Que la cláusula 57 del Contrato de Concesión establece la obligación a cargo del Concesionario de vincular los autobuses de acuerdo con la Flota de Referencia de la concesión que le fue adjudicada en la Licitación Pública.
- 2.4.2. Que a su vez, la cláusula 59 del Contrato de Concesión señala la responsabilidad del Concesionario de mantener un tamaño de la flota adecuado a las necesidades de la operación de transporte del Sistema MIO que le permita cumplir con los estándares de operación establecidos en el Contrato de Concesión.
- 2.4.3. Que esta misma cláusula establece la obligación para los Concesionarios de vincular la Flota prevista en el "Compromiso de Vinculación de Flota" que hizo parte de su propuesta y solicitada por Metro Cali.
- 2.4.4. Que los Concesionarios han vinculado la siguiente flota:

Concesionario	FLOTA DE REFERENCIA				FLOTA VINCULADA				FLOTA PENDIENTE			
	ART	PAD	COM	Total	ART	PAD	COM	Total	ART	PAD	COM	Total



CONTRATO MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO DE
CONCESIÓN No. 3 ENTRE METRO CALI S.A. Y ETM S.A.
EN REORGANIZACIÓN



GIT	66	174	61	301	66	174	51	291	0	0	10	10
BNM	58	153	53	264	58	153	53	264	0	0	0	0
ETM	35	109	38	182	35	82	38	155	0	27	0	27
UNM	31	99	34	164	31	99	34	164	0	0	0	0
TOTAL	190	535	186	911	190	508	176	874	0	27	10	37

2.4.5. Que según se indica en el cuadro anterior, a la fecha, los Concesionarios ETM y GIT, aún tienen pendiente de vincular 27 padrones y 10 complementarios, respectivamente, de acuerdo con el compromiso contractual.

2.4.6. Que dicha situación ha generado inconvenientes graves en la operación del Sistema MIO y en la prestación del servicio público de transporte a cargo del Concesionario.

2.4.7. Que teniendo en cuenta lo anterior, se hace indispensable definir nuevas fechas para que los Concesionarios correspondientes cumplan las obligaciones pendientes, con el fin de garantizar una adecuada prestación del servicio.

2.5. **Consideraciones especiales relacionadas con las reformas estatutarias al objeto social único del Concesionario:**

2.5.1. Que para efectos de la acreditación de la aptitud legal de los proponentes, el Pliego de Condiciones de la Licitación fijó las estructuras jurídicas admisibles para proponentes en la Licitación y la forma de acreditación de cada una de ellas (Pliego, numerales 4.1.1. y 4.1.2.).

2.5.2. Que para el caso de sociedades cuyo objeto único fuera el de participar en la licitación, el Pliego de Condiciones estableció responsabilidad solidaria para los accionistas de las mismas, en los términos de la Ley 80 de 1993 (Pliego de Condiciones, numeral 4.1.2.1.3).

2.5.3. Que varios de los Concesionarios son sociedades cuyo objeto único es la operación del Sistema MIO y contemplan en sus estatutos la responsabilidad solidaria de sus accionistas por todas y cada una de las obligaciones y sanciones derivadas de los Contratos de Concesión.

2.5.4. Que a lo largo del proceso de revisión de los Contratos de Concesión, algunos de los Concesionarios manifestaron su interés en que se les permitiera incluir en su objeto social la posibilidad de invertir en otros esquemas asociativos.

2.5.5. Que al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado que los principales objetivos de las sociedades concesionarias con objeto único es brindar mayores garantías a las entidades estatales, de manera tal que la responsabilidad por el cumplimiento de la propuesta y del contrato recaiga tanto sobre la sociedad, como sobre los accionistas, en caso de que el patrimonio de aquella no sea suficiente para pagar las multas, sanciones, penalidades o



**CONTRATO MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO DE
CONCESIÓN No. 3 ENTRE METRO CALI S.A. Y ETM S.A.
EN REORGANIZACIÓN**



indemnizaciones causadas por el incumplimiento de la propuesta o el contrato (Consejo de Estado –Sala de Consulta y Servicio Civil- en concepto emitido el día 4 de septiembre del año 2000).

- 2.5.6. Que asimismo, el Consejo de Estado ha manifestado que adicionar al objeto social de las sociedades de objeto único un acto relacionado con la actividad de la sociedad no implica la desnaturalización de aquel (Consejo de Estado –Sala de Consulta y Servicio Civil- en concepto emitido el 4 de septiembre del año 2000).
- 2.5.7. Que teniendo en cuenta lo anterior, se ha evaluado por las partes el que los Contratos de Concesión permitan a los Concesionarios modificar su objeto social o adicionarlo con la posibilidad de realizar inversiones en esquemas asociativos que estén relacionados con la actividad principal del Concesionario, siempre que éstos no comprometan ilimitadamente el patrimonio de la sociedad, para lo cual estaría expresamente prohibida la participación de los Concesionarios en entes o asociaciones de cualquier tipo en los cuales resulte comprometida su responsabilidad solidaria.
- 2.5.8. Que por consiguiente, cualquier modificación o adición al objeto social del Concesionario deberá ser autorizada previamente por Metro Cali, quien la impartirá siempre que la nueva actividad pretendida no ponga en riesgo de manera sustancial el patrimonio de éste, ni comprometa su responsabilidad solidaria, ni ponga en riesgo la prestación del servicio público a su cargo.
- 2.5.9. Que el Contrato de Concesión debe modificarse para reflejar lo pretendido por las partes en las consideraciones anteriores.
- 2.6. **Consideraciones especiales relacionadas con las auditorías que deben practicarse al SIUR:**
 - 2.6.1. Que la cláusula 7 del Contrato de Concesión establece dentro de los derechos del Concesionario el de obtener información del sistema de recaudo del SIUR, en los términos y condiciones que para el efecto determine Metro Cali.
 - 2.6.2. Que dentro de las obligaciones de Metro Cali contenidas en la cláusula 10 del Contrato de Concesión están, entre otras, la de adelantar la planeación y control del Sistema MIO para permitir a los Concesionarios el desarrollo de su actividad, lo mismo que poner a disposición de éstos la infraestructura física y tecnológica necesaria para adelantar la operación.
 - 2.6.3. Que los Concesionarios han solicitado a Metro Cali la práctica de auditorías adicionales a las actividades involucradas con el subsistema de recaudo y la entrega a aquellos de copia de los informes que contengan los planes de mejoramiento, con el fin de que exista un control más efectivo del subsistema aludido.
 - 2.6.4. Que aunque Metro Cali viene ejerciendo cada vez controles más adecuados sobre todos los sistemas, considera que es legítimo que los Concesionarios pretendan contar con auditorías adicionales al subsistema de recaudo.
 - 2.6.5. Que el contrato de concesión del SIUR faculta a Metro Cali para realizar en cualquier momento, durante la operación del Sistema MIO, la auditoría en informática del SIUR en tiempo real y de manera automática.



**CONTRATO MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO DE
CONCESIÓN No. 3 ENTRE METRO CALI S.A. Y ETM S.A.
EN REORGANIZACIÓN**



- 2.6.6. Que no obstante lo anterior, en la medida en que los controles actuales resulten adecuados a juicio de Metro Cali para los efectos que con ellos se persiguen, no resulta razonable que ésta deba incurrir en mayores costos para el control de los sistemas de recaudo.
- 2.6.7. Que teniendo en cuenta lo anterior, las partes han acordado la realización eventual de auditorías adicionales al SIUR a llevarse a cabo de común acuerdo entre ellas y a costo de los Concesionarios.
- 2.7. **Consideraciones especiales relacionadas con la participación de pequeños propietarios transportadores:**
- 2.7.1. Que el Pliego de Condiciones requirió la participación de pequeños propietarios transportadores en el Sistema MIO mediante su vinculación societaria en los proponentes, como factor de elegibilidad y democratización de la Licitación, en atención a lo dispuesto en los documentos CONPES 3260 del día 15 de diciembre de 2003 y 3368 del día 1 de agosto de 2005.
- 2.7.2. Que para el efecto, el Pliego de Condiciones previó que la participación de pequeños propietarios transportadores en los proponentes debía seguir unos parámetros específicos entre los cuales se encontraban el contar con un mínimo de pequeños propietarios transportadores con participación mínima en el capital social del proponente, y una participación porcentual en el capital social del proponente que no podría cambiar desde la Adjudicación del Contrato de Concesión hasta los primeros ocho (8) años de la etapa de operación regular de la Concesión (Pliego, numeral 4.4.2.3.i.) todo lo cual se encuentra incluido en el Contrato de Concesión en la cláusula 8°.
- 2.7.3. Que la posibilidad de aumentar el capital social de los Concesionarios les permitirá contar con recursos económicos importantes para la adecuada operación del Sistema MIO, alternativa que según el decir de algunos Concesionarios se dificulta ante la necesidad de mantener la participación y proporción de pequeños propietarios antes mencionada.
- 2.7.4. Que Metro Cali ha suscrito con algunos Concesionarios otrosíes contractuales a través de los cuales, en aras de evitar la paralización del Sistema MIO y una afectación grave del servicio público en la ciudad, se autorizó la disminución de la participación accionaria de los pequeños propietarios transportadores en el Concesionario, previa solicitud motivada por éste y la correspondiente autorización expresa de Metro Cali, en los términos allí señalados.
- 2.7.5. Que los Concesionarios han informado a Metro Cali que varios pequeños propietarios transportadores han manifestado su interés de vender su participación accionaria en aquellos, lo cual se ve limitado en detrimento de los derechos de éstos por la estipulación contractual aludida.
- 2.7.6. Que los Concesionarios igualmente han invocado ante Metro Cali y para los efectos antes dichos, diversos conceptos de la Superintendencia de Sociedades en los que se señala que cualquier cláusula tendiente a limitar el derecho a la libre negociabilidad de las acciones en las sociedades anónimas previsto en el artículo 379 del Código de Comercio, no produce efecto (Concepto 220-074333 del día 28 de diciembre de 2005).
- 2.7.7. Que por razones de índole diversa, la implementación del Sistema MIO ha sufrido una variación en los tiempos inicialmente previstos, generándose diferentes hitos y momentos en la puesta en marcha del mismo, por lo que se requiere ajustar el término previsto en el

al



**CONTRATO MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO DE
CONCESIÓN No. 3 ENTRE METRO CALI S.A. Y ETM S.A.
EN REORGANIZACIÓN**



Contrato de Concesión para la permanencia de los pequeños propietarios transportadores en el Concesionario.

2.7.8. Que dentro del proceso de renegociación de los Contratos de Concesión se ha visto conveniente modificar la regulación atinente a pequeños propietarios tanto en los términos de su proporción como en su permanencia, siempre que ella obedezca a una decisión libre y espontánea de cada uno de ellos y previa autorización de Metro Cali.

2.8. Consideraciones especiales relacionadas con la metodología de pago de sus remuneraciones a los Concesionarios:

2.8.1. Que el numeral 26.5. de la cláusula 26 del Contrato de Concesión sobre disposición y destinación de los recursos generados -remuneración del Concesionario-, establece que el pago a cada uno de éstos y a otros agentes del Sistema MIO se realizará periódicamente los viernes cada quince (15) días, señalando la metodología de pago respectiva.

2.8.2. Que los Concesionarios han solicitado a Metro Cali acortar la periodicidad de los pagos aludidos con el fin de contar con mayores recursos de caja para la operación o que en su defecto, se establezca un mecanismo de liquidación parcial semanal.

2.8.3. Que sin embargo, la periodicidad de los pagos y el pago de la liquidación parcial no dependen de la voluntad de Metro Cali toda vez que el plazo actualmente pactado en el numeral 26.5. del Contrato de Concesión corresponde a las condiciones tecnológicas actuales, así como a los procedimientos acordados con la UTRYT en el contrato correspondiente.

2.8.4. Que no obstante lo anterior, Metro Cali está dispuesta a contribuir a establecer procedimientos que permitan acortar el período de quince (15) días actualmente acordado o el establecimiento de un mecanismo de liquidación parcial semanal y en consecuencia, está dispuesta a buscar un acuerdo con la UTRYT para elevar a modificación contractual con aquella la periodicidad semanal para los pagos o la implementación de un mecanismo de liquidación parcial semanal, siempre que esto no resulte en mayores costos y gastos para Metro Cali.

2.8.5. Que incluso sin que se consiga la modificación contractual con la UTRYT y mientras ésta así lo adelante en la práctica, Metro Cali aceptará que se realicen pagos parciales semanalmente con liquidación preliminar de kilómetros.

2.9. Consideraciones especiales relacionadas con las cuestiones ambientales:

2.9.1. Que los artículos 79 y 80 de la Constitución Política establecen como deber del Estado la protección del ambiente y la prevención y control de los factores de deterioro ambiental.

2.9.2. Que mediante Decreto 203 de 2001, se creó en el municipio de Santiago de Cali, el Departamento Administrativo de Gestión del Medio Ambiente -DAGMA- con funciones de máxima autoridad y control ambiental en el municipio, de acuerdo con las normas de carácter superior, conforme a los criterios y directrices trazados por el Ministerio del Medio Ambiente.

2.9.3. Que de acuerdo con lo previsto en el documento CONPES 3166 del día 23 de mayo de 2002, la disminución de la sobreoferta de vehículos de transporte público y la sustitución



**CONTRATO MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO DE
CONCESIÓN No. 3 ENTRE METRO CALI S.A. Y ETM S.A.
EN REORGANIZACIÓN**



de estos vehículos con buses modernos de mejores especificaciones técnicas y ambientales, contribuye a la reducción de los niveles de emisiones contaminantes.

- 2.9.4. Que el Apéndice No. 1 del Contrato de Concesión en su Capítulo 2, numeral 2.1.4. establece los Programas del Plan de Manejo Ambiental, donde se indican los tiempos de revisión, monitoreos que deben hacerse, etc.
- 2.9.5. Que el Protocolo del Plan de Manejo Ambiental señala que la frecuencia de los esquemas de monitoreo que caracterizan la generación de ruido, las aguas residuales generadas en las instalaciones y la calidad del aire en los Patios y Talleres del Sistema MIO, será de seis (6) meses.
- 2.9.6. Que dicho Protocolo del Plan de Manejo Ambiental establece también acciones preventivas, correctivas y de seguimiento que buscan minimizar y controlar cualquier efecto negativo de la operación de los Patios y Talleres sobre el medio ambiente.
- 2.9.7. Que los operadores han manifestado su interés en que dichos monitoreos se practiquen únicamente una vez al año, a menos que circunstancias especiales justifiquen o recomienden una mayor frecuencia, con el fin de no tener que asumir los sobrecostos que ello implica.
- 2.9.8. Que Metro Cali acepta disminuir la frecuencia con que se deben practicar los monitoreos aludidos, en la medida en que con ello no se desconozcan y/o vulneren los requerimientos legales mínimos, ni se afecten el funcionamiento del Sistema MIO, ni la calidad del servicio.
- 2.10. **Consideraciones especiales relacionadas con las cuestiones ambientales referentes a los Patios y Talleres pendientes:**
 - 2.10.1. Que el Apéndice No. 1 del Contrato de Concesión tiene unos requerimientos y obligaciones de los Concesionarios, relativas a los Patios y Talleres, que partía de la base de que éstos habrían de ser los destinados para todo el período de la Concesión.
 - 2.10.2. Que los patios y talleres de Aguablanca y Valle del Lili que debían corresponder a los concesionarios ETM S.A y GIT MASIVO S.A. no han podido ser entregados hasta la fecha.
 - 2.10.3. Que los concesionarios ETM S.A. y GIT MASIVO S.A. se encuentran prestando su servicio actualmente en los patios y talleres Pizamos y Socoreval, respectivamente, con el carácter de provisionales.
 - 2.10.4. Que no es razonable exigir los mismos niveles de cumplimiento para un patio taller provisional que para uno definitivo.
 - 2.10.5. Que no obstante lo anterior, así se trate de un patio taller provisional, éste debe cumplir con los requisitos y estándares adecuados para la prestación del servicio que con él se persigue.
 - 2.10.6. Que en razón de lo anterior, se hace necesario efectuar algunos ajustes al Apéndice No. 1 del Contrato de Concesión.
 - 2.10.7. Que debido a que ETM S.A. y GIT MASIVO S.A. cuentan con un patio taller provisional, no ha sido posible para éstos dar cumplimiento a las obligaciones a su cargo contenidas en el numeral 79.10 del Contrato de Concesión, para lo cual han solicitado la fijación de un



**CONTRATO MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO DE
CONCESIÓN No. 3 ENTRE METRO CALI S.A. Y ETM S.A.
EN REORGANIZACIÓN**



nuevo plazo, que empiece a contar a partir de la fecha en la que cuenten con un patio definitivo.

2.10.8. Que teniendo en cuenta que se han presentado actualizaciones respecto de las certificaciones que los Concesionarios deben obtener en virtud de lo dispuesto por el numeral 79.10 del Contrato de Concesión, es conveniente actualizar la denominación de las certificaciones para adoptar la terminología vigente.

2.11. **Consideraciones especiales relacionadas con el Manual de Operaciones y su régimen sancionatorio:**

2.11.1. Que la cláusula 71 del Contrato de Concesión, sobre al régimen de la operación Troncal, Auxiliar y Alimentadora, indica que Metro Cali establecerá los reglamentos, manuales o instructivos que regulan la operación del Sistema MIO, entre los cuales se encuentra el Manual de Operaciones.

2.11.2. Que los Concesionarios han manifestado a Metro Cali que están interesados en poder presentar observaciones a las modificaciones que esta última proyecte efectuar al Manual de Operaciones o incluso poder hacer sugerencias respecto de aspectos del mismo que consideren susceptibles de modificación.

2.11.3. Que Metro Cali ha considerado pertinente establecer un medio a través del cual se permita a los Concesionarios presentar sus observaciones no vinculantes a las modificaciones proyectadas, y que incluso permita sugerir modificaciones no proyectadas por la entidad, todo dentro del marco del Comité de Operadores existente de conformidad con el Contrato de Concesión.

2.11.4. Que teniendo en cuenta lo anterior, se propone incluir en el Contrato de Concesión un derecho del Concesionario que recoja lo pretendido por las partes de conformidad con las anteriores consideraciones, que a su vez deberá resultar en gestiones conjuntas para conseguir una modificación posterior al reglamento del Comité de Operadores, de manera tal que éste cuente con los instrumentos correspondientes para la materialización de lo acordado.

2.12. **Consideraciones especiales relacionadas con el capítulo de multas establecido en el Contrato de Concesión:**

2.12.1. Que el Capítulo 12 del Contrato de Concesión regula las multas que pueden ser impuestas por Metro Cali a los Concesionarios relacionadas con obligaciones de carácter institucional, administrativo o ambiental y en general, por infracciones a las obligaciones contractuales de los Concesionarios y el procedimiento a seguir por las partes para su causación, imposición, liquidación y pago.

2.12.2. Que en la cláusula 94 del Contrato de Concesión se definen las multas que serán aplicables durante su ejecución y se señala que se podrán modificar las causales y los montos de las mismas, así como también adicionar nuevas o suprimir algunas de las existentes, sin que ello afecte las que se hayan impuesto hasta el día en que aquellas sean vinculantes y exigibles.

2.12.3. Que de igual manera el Contrato de Concesión establece que las multas estarán expresadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes que para ese momento se estén aplicando, certificados por el DANE.



**CONTRATO MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO DE
CONCESIÓN No. 3 ENTRE METRO CALI S.A. Y ETM S.A.
EN REORGANIZACIÓN**



- 2.12.4. Que los Concesionarios han solicitado que las sanciones establecidas en los Contratos de Concesión sean objetivas, medibles, pertinentes y que no se castigue doblemente por la misma conducta a los Concesionarios.
- 2.12.5. Que los Concesionarios consideran que la facultad otorgada a Metro Cali en el numeral 94.2. del Contrato de Concesión que le permite modificar, adicionar y suprimir multas es antitécnica, toda vez que, por una parte, la cláusula 95 contempla las conductas específicas que a juicio de Metro Cali ameritan sanción especial, y por la otra, la cláusula 96 establece una facultad residual para la entidad de sancionar con multa cualquier otra conducta constitutiva de incumplimiento.
- 2.12.6. Que complementariamente a lo anterior, el Consejo de Estado ha conceptuado que las entidades públicas no pueden ejercer potestad sancionatoria, ni siquiera en ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de una eventual modificación unilateral (Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, del día 10 de octubre de 2013, Consejero Ponente Álvaro Namén).
- 2.12.7. Que adicionalmente se ha realizado la revisión de aspectos relacionados con la definición, medición y aplicación de los niveles de servicio, encontrándose que algunos ítems tipificados como generadores de multas hacen parte y son más pertinentes para medir niveles de servicio y viceversa.
- 2.12.8. Que los Contratos de Concesión establecen multas operativas derivadas de estipulaciones contractuales de derecho privado, diferentes de las multas de naturaleza conminatoria de que trata el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y que de aplicar a ellas el procedimiento de imposición establecido en la Ley 1474 de 2011, podrían resultar en una declaratoria de inhabilidad a los Concesionarios que en principio no les sería aplicable.
- 2.12.9. Que la circunstancia descrita en el considerando anterior tendría efectos desproporcionados y adicionalmente atentaría contra la obligación de Metro Cali de garantizar la prestación continua del servicio de transporte urbano masivo de pasajeros.
- 2.12.10. Que algunas multas parecían repetirse o no estaban claramente definidas, como el caso de las relacionadas con la capacitación, por lo cual debe aclararse en el texto de las mismas a qué personal se refiere cada una.
- 2.12.11. Que de modificarse la periodicidad de la remuneración de los Concesionarios, será necesario ajustar el número de períodos en los cuales mantenerse en bajos niveles de servicio conllevaría la aplicación de multas.
- 2.12.12. Que los mecanismos contractualmente previstos, no resultaron eficientes en la práctica para manejar adecuadamente el régimen sancionatorio y que hasta la fecha, a pesar de haberlo intentado, las partes no han logrado un acuerdo para adecuar las cláusulas respectivas.
- 2.12.13. Que con la expedición de la Ley 1474 de 2011, "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública", se regularon algunos aspectos sobre la imposición de multas y sanciones por las entidades estatales sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública, y en especial, se establece un procedimiento para su imposición.



**CONTRATO MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO DE
CONCESIÓN No. 3 ENTRE METRO CALI S.A. Y ETM S.A.
EN REORGANIZACIÓN**



- 2.12.14. Que Metro Cali es una entidad sometida al estatuto general de la contratación de la administración pública y por consiguiente, debe aplicar el procedimiento para la imposición de multas previsto en la ley aludida.
- 2.12.15. Que de conformidad con lo previsto en la Ley 1474 de 2011, algunos aspectos relacionados con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento contractual fueron modificados, señalando en su artículo 86 un nuevo procedimiento, e incluyendo en su artículo 90 causales adicionales de inhabilidad, derivadas de lo que la Ley denomina "*Inhabilidad por incumplimiento reiterado*" del contratista.
- 2.12.16. Que por lo anterior, es evidente la necesidad de aclarar la estructura sancionatoria de los Contratos de Concesión, para adecuarla a las condiciones de la nueva normatividad (Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, del día 10 de octubre de 2013, Consejero Ponente Álvaro Namén).
- 2.12.17. Que teniendo en cuenta lo anterior, el procedimiento para la imposición de multas establecido en el Capítulo 12 del Contrato de Concesión debe modificarse para reflejar el nuevo procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
- 2.13. **Consideraciones especiales relacionadas con los niveles de servicio e indicadores de calidad:**
- 2.13.1. Que según el numeral 26.6. de la cláusula 26 del Contrato de Concesión, el pago a cada uno de los Concesionarios depende de los cinco (5) rangos de Niveles de Servicio establecidos en dicho numeral y en el Apéndice No. 3, que van desde A, con 97% o más hasta E, con 91% o menos, de acuerdo con la medición del Indicador de Calidad del Sistema.
- 2.13.2. Que el mismo Apéndice No. 3 establece un Índice de Calidad de Desempeño (en adelante "ICD") compuesto a su vez por ocho (8) índices, con sus correspondientes definiciones, cálculos y ponderaciones, cuyo resultado define en cuál Nivel de Servicio se ubica cada Concesionario en un período determinado.
- 2.13.3. Que atendiendo las solicitudes de los Concesionarios y después de un análisis técnico y operativo interno, se encontró que algunos de ellos están estructurados de manera compleja haciendo difícil su comprensión y dispendiosa su medición, al tiempo que otros no reflejan la realidad de la operación o hacen referencia a conductas más bien relacionadas con multas del Contrato de Concesión, por lo que las partes han acordado introducir modificaciones al aludido esquema, a fin de que los Niveles de Servicio puedan operar como incentivos y desincentivos para una buena prestación del servicio del Sistema MIO.
- 2.13.4. Que para el efecto, Metro Cali modificó el Apéndice No. 3, disminuyendo la cantidad de índices, simplificando las fórmulas, modificando los pesos y ajustando éstos para que comprendan estándares de calidad del servicio prestado asociados a las condiciones actuales del Sistema MIO.
- 2.13.5. Que uno de los índices que será suprimido de la medición del ICD establecida en el Apéndice No. 3 es el índice de desempeño ambiental, al considerarse que el incumplimiento al buen desempeño ambiental del Concesionario ya está penalizado en las multas del Contrato de Concesión.

al



**CONTRATO MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO DE
CONCESIÓN No. 3 ENTRE METRO CALI S.A. Y ETM S.A.
EN REORGANIZACIÓN**



- 2.13.6. Que dicho índice, de acuerdo con lo establecido en el numeral 29.5.2 del Contrato de Concesión, constituye un factor de distribución de los descuentos efectuados a los Concesionarios, resultante de las deducciones aplicadas al pago por efectos de los Niveles de Servicio.
- 2.13.7. Que en el Apéndice No. 1 del Contrato de Concesión se menciona la afectación de dicho índice, acorde con las mediciones de desempeño ambiental que se realizan a partir del plan de manejo ambiental.
- 2.13.8. Que el numeral 26.6. del Contrato de Concesión antes citado, establece que durante los tres (3) primeros meses de la Etapa de Operación Regular del Sistema, el pago correspondiente a la operación de los Concesionarios no se sujetará a los niveles de servicio, permitiendo a Metro Cali verificar con el SIUR las constantes de calificación de dichos niveles, situación que se prorrogó en razón de lo estipulado en el Acta de Acuerdo al Contrato de Concesión No. 2 con el Objeto de Facilitar el Inicio de la Etapa de Operación Regular, suscrita el día 11 de junio de 2010 donde se señaló, en el numeral segundo, que el pago a cada uno de los Concesionarios no estaría sujeto a los Niveles de Servicio hasta tanto Metro Cali hiciera entrega de los patios y talleres Sur y Aguablanca.
- 2.13.9. Que resulta fundamental para el cumplimiento de los objetivos del Contrato de Concesión y la adecuada prestación del servicio, iniciar la aplicación de los Niveles de Servicio para efectos de la remuneración pactada por las partes.
- 2.13.10. Que por otro lado, una de las herramientas que contempla el Contrato de Concesión para garantizar el cumplimiento de los niveles de servicio en la prestación del servicio es la flota de reserva a cargo de los Concesionarios.
- 2.13.11. Que en ese sentido, la cláusula 60 del Contrato de Concesión establece la obligación en cabeza de los Concesionarios de mantener los autobuses necesarios al tamaño de la flota de operación regular, como reserva técnica que asegure la cobertura y disponibilidad permanente de Flota en el Sistema MIO y adicionalmente, permita cubrir las contingencias en la operación y las necesidades de mantenimiento de la Flota.
- 2.13.12. Que no obstante lo anterior, esta cláusula no establece un porcentaje mínimo de flota de reserva que permita cumplir con dichas necesidades.
- 2.13.13. Que Metro Cali considera necesario establecer un porcentaje mínimo de flota de reserva que garantice el cumplimiento de los Niveles de Servicio, la cobertura y las necesidades operativas y de mantenimiento de la Flota a cargo de cada Concesionario, en los términos establecidos en la cláusula 60 del Contrato de Concesión.
- 2.13.14. Que para el efecto, se ha acordado establecer un porcentaje mínimo de tres por ciento (3%) de flota de reserva por cada tipología de vehículo, el cual corresponde a un porcentaje estándar aplicable a sistemas de transporte masivo como el Sistema MIO.
- 2.14. **Consideraciones especiales relacionadas con la infraestructura del Sistema MIO:**
- 2.14.1. Que el Contrato de Concesión contiene diferentes definiciones sobre la Infraestructura del Sistema MIO y sobre la Infraestructura de Transporte del Sistema MIO, concretándose éstas, especialmente, al conjunto de bienes como Patios y Talleres, corredores, estaciones, etc., que se encuentren destinados a la operación del Sistema MIO o que tengan que ver con la movilidad de los autobuses y de los usuarios.