

Doctor
OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
MAGISTRADO
CONSEJO DE ESTADO - SECCION PRIMERA (ORAL)
E.S.D

Ref.: Alcance solicitud de medidas cautelares - proceso 2019 – 117
Medio de control: NULIDAD SIMPLE
Demandantes: XINIA ROCIO NAVARRO PRADA, MANUEL SARMIENTO,
CELIO NIEVES, ALVARO ARGOTE
Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda - Ministerio de
Transporte – Consejo Nacional de Política Económica y Social - Consejo
Superior de Política Fiscal - Distrito Capital - Alcaldía Mayor - Consejo
Distrital de Política Económica y Fiscal.

Los abajo firmantes, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, actuando en nombre propio y en nuestra calidad de demandantes y Concejales de Bogotá por el Polo Democrático Alternativo, nos dirigimos de manera respetuosa a su despacho con el propósito de aportar nuevas pruebas que sustentan la solicitud de medidas cautelares radicada el 08 de julio de 2019.

El tercer cargo de la demanda de simple nulidad señala que el Conpes 3900 está viciado de nulidad debido a que fue expedido sin cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 2 de la Ley 310 de 1996. Aunque esta norma fue modificada mediante la Ley 1955 de 2019, mediante la cual se aprobó el Plan de 2018 – 2022, dicho cambio no subsana el vicio de nulidad alegado, pues la legalidad de los actos administrativos debe analizarse con base en las normas vigentes en la fecha de su expedición.

Como se expuso en la demanda, el Conpes 3900 se expidió sin que el proyecto de la Primera Línea de Metro de Bogotá (PLMB) contara con el estudio definitivo de factibilidad. Para sustentar este cargo, los demandantes aportamos múltiples pruebas, entre ellas, un video con la intervención del gerente de la Empresa Metro en un debate de control político realizado en el Concejo de Bogotá en el donde el funcionario afirma que los últimos estudios de costos muestran algunos cambios en los costos de inversión del proyecto (CAPEX).

Los documentos aportados en la reforma a la demanda y que nos permitimos aportar mediante el presente memorial, son pruebas documentales que confirman el tercer cargo de la demanda y vician la existencia de todos los actos administrativos que llevaron a la expedición del Conpes 3900.

Es por ello, y con base en los nuevos hechos que nos permitimos dar alcance a la solicitud de medidas cautelares de urgencia para su estudio.

NUEVOS HECHOS

Trigésimo séptimo: El 07 de febrero de 2019 el concejal Manuel Sarmiento realizó solicitud de los siguientes documentos:

“Por ello le solicitó el los productos: (i) Costos de Inversión (CAPEX), (ii) Programación de Obra y Flujo de inversiones, (iii) Estimación de costos de operación y mantenimiento (OPEX) (iv) Actualización y sustentación del diseño de transacción, producto del Convenio Interadministrativo 1880 de 2014 celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y la Financiera de Desarrollo Nacional S.A. y adjudicados a la Unión Temporal KPMG – Structure.

Dichos productos no se encuentran publicados en la página web de la Empresa Metro, ni en el micro sitio cuarto de datos.”

Trigésimo octavo: El día 27 de febrero de 2019, el Gerente Dr. Andrés Escobar Uribe, negó la entrega de los documentos argumentando:

“Por políticas confidencialidad estos documentos son estrictamente confidenciales según lo establecido en el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015 por lo cual, no deberá ser revelado ni podrá circular al público o en forma alguna ser duplicado, total o parcialmente.”

Trigésimo noveno: El 18 de marzo de 2019 el concejal Manuel Sarmiento envió una comunicación a la EMPRESA METRO DE BOGOTÁ S.A. para que remitiese mediante recurso de insistencia al Tribunal Administrativo de Bogotá y Cundinamarca la negación a suministrar los documentos, donde expuso:

“el acceso a la información es un derecho fundamental que se encuentra regulado por la Ley 1712 de 2014. (...) las disposiciones examinadas correspondientes al derecho fundamental al acceso a la información ponen en evidencia que la Empresa Metro de Bogotá debe suministrar toda la información relacionada con la estructuración de la licitación de la Primera Línea del Metro de Bogotá”

“... En tal sentido, es protuberante el error cometido por el Gerente del Metro de Bogotá al momento de contestar el derecho de petición presentado, puesto que se desconocen las atribuciones legales y constitucionales asignadas a los concejales, y se traen a colación normas del régimen de protección de usuarios de comunicaciones, despachando la solicitud como si se tratara de un proponente o interesado, y no de

una autoridad político administrativa investida de imperio para exigir la información solicitada.”

Cuadragésimo: El 1 de abril de 2019 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sección primera – Subsección “A” resolvió con base en el artículo 74 de la Constitución Política: *“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”,* y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-491/2007, C-1011/2008, C-748/2011, C-540/2012, C-274/2013) mediante las cuales se establecen los criterios y parámetros constitucionales de control: (a) El principio de máxima divulgación, contenido en el artículo 13 de la Convención Americana, (b) Acceso a la información es la regla y secreto la excepción, (c) Carga probatoria a cargo del Estado respecto de la compatibilidad de la limitaciones, (d) Preeminencia del derecho de acceso a la información en caso de conflicto de conflicto de normas o falta de regulación, (e) Buena fe en la actuación de las autoridades. De forma específica la Ley 1755 de 2015 señala sobre la insistencia en su artículo 24: *“Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la Ley.*

En el caso concreto el Tribunal alegó:

“Que la entrega de información sea negada bajo el argumento de reserva contenido exclusivamente en norma constitucional o legal, siendo que la ley corresponde a aquella expedida por el Congreso de la República o por el Presidente en ejercicio de facultades extraordinarias, como únicas autoridades que pueden señalar la causales de reserva legal.”

(...)

La autoridad requerida ha citado como fundamento de su decisión el contenido del Decreto 1082 del 2015, que tiene la naturaleza de Decreto Reglamentario

(...)

En primera medida la Sala observa que la norma aludida no constituye fundamento para negar la entrega de información, en consideración a que no es una ley de la república en sentido formal, sino que se trata de un decreto reglamentario.

En consideración a que la autoridad no ha sustentado su decisión en norma legal o con fuerza material de ley, tal como se exige por el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015, se concluye entonces que la información ha sido indebidamente negada.” (Énfasis fuera de texto)

Por lo que falló en consecuencia:

“PRIMERO.- DECLÁRESE mal denegada la entrega de información contenida en la petición radicada con el número PQRSD-E19-00000183 del 18 de marzo de 2019 dirigida a la EMPRESA METRO DE BOGOTÁ S.A.

SEGUNDO.- ORDENÉSE a la EMPRESA METRO DE BOGOTÁ S.A. para que en el término de dos (29 días haga entrega al señor MANUEL JOSE SARMIENTO ARGÜELLO de copia de la información solicitada en ejercicio de control político de su cargo conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.”

Cuadragésimo primero: El 5 de abril de 2019 la EMPRESA METRO DE BOGOTÁ S.A. en cumplimiento del fallo remitió la información solicitada, manifestando:

Por un lado que, “Conforme a la dinámica que se presenta en todos los procesos de selección de proyectos de participación privada, la información que entregamos correspondiente al CAPEX, OPEX y la Programación de Obra y Flujo de Inversiones, provenientes de la Financiera de Desarrollo Nacional en los entregables 21, 22 y 23, aprobados por la interventoría, es un conjunto de proyecciones, que son objeto permanente de interacciones, ajustes y actualizaciones, por tratarse de estimaciones utilizadas para la toma de definiciones, cumplimiento debidamente con el principio de planeación.”

A lo que agregan, “... En la medida que la información solicitada se circunscribe al ejercicio de control político, tal y como lo advierte el Despacho Judicial, se deberá utilizar la documentación entregada únicamente para estos fines,

“... En caso de que la información remitida sea publicada, la Empresa Metro de Bogotá S.A. no se hace responsable por las reclamaciones que con posterioridad se generen por su divulgación y que afecten los intereses de la Empresa Metro de Bogotá S.A. y/o de terceras personas.” (Énfasis fuera de texto)

Cuadragésimo segundo: El 15 de abril de 2019 la EMPRESA METRO DE BOGOTÁ S.A. remitió complemento a la comunicación del 5 de abril de 2019, manifestando lo siguiente:

... “la EMPRESA METRO DE BOGOTÁ S.A. se permite de poner de presente las siguientes advertencias adicionales respecto al manejo que debe dársele a la información entregada

(...)

3. En efecto, el numeral 9 del Artículo 9 del Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 establece como conducta contraria a la libre competencia aquellas “que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

4. Por su parte el Artículo 26 de la Ley 13470 de 2009 establece como sanción: “El numeral 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así: “Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

6. El artículo 410A del Código Penal dispone: “El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con toro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual...” (Énfasis fuera de texto)

Cuadragésimo tercero: El 28 de mayo de 2019 el concejal Manuel Sarmiento radicó ante Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección A, derecho de petición frente a las comunicaciones remitidas por la EMPRESA METRO DE BOGOTÁ S.A. el 5 y el 15 de abril de 2019, manifestando lo siguiente:

“

8. *Mediante dicha comunicación la Empresa Metro ha buscado imponer confidencialidad mediante amenazas de interponer denuncias penales por hacer uso de la información que se me entregó en razón a la orden judicial expedida por su despacho con la única finalidad de ejercer mi derecho constitucional y legal al control político.*

(...)

9. *El aspecto principal del recurso de insistencia es determinar la correcta o incorrecta negación de la información con base en motivos de reserva, la sentencia expedida por su despacho el 1 de abril de 2019 tiene como argumento central que la información que solicite a la Empresa Metro, y que me fue enviada el 5 de abril de 2019, es pública en razón a que no hay norma legal o con fuerza material de ley que determina su reserva legal.*

(...)

PETICIÓN:

1. *Reiterar a la Empresa Metro respecto de la información solicitada mediante derecho de petición que me tuvo que ser contestado en virtud de la sentencia del 1 de abril de 2019 expedida por su despacho.*

1.1 *Que la información solicitada me tuvo que ser entregada por no contar con reserva de norma legal o con fuerza material de ley.*

- 1.2 *Clarificarle a la Empresa Metro que, al no tener reserva legal, dicha información es de acceso público, puede ser difundida públicamente y que por la usare en el marco de mi derecho al control político de cara a los órganos de control y a la ciudadanía.”*

Cuadragésimo cuarto: El 27 de junio de 2019 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resuelve la solicitud presentada por el concejal Sarmiento señalando:

Es de aclarar que no es función del Tribunal entrar a calificar el uso que de la misma haga el beneficiario, pues aún el ejercicio de control político se encuentra regulado en la Ley y el Reglamento, resulta ajeno al trámite del recurso de insistencia la determinación de la forma de uso de la misma.

Cuadragésimo quinto: El 29 de mayo de 2019, la Empresa Metro de Bogotá de Bogotá publicó en el proceso licitatorio GT-LPI-001-2018, adenda No. 10 al Documento de Precalificación Definitivo donde fija como fecha para la recepción de ofertas de la LPI el próximo 24 de septiembre de 2019.

Cuadragésimo sexto: En entrevista del 12 de julio de 2019 al diario Portafolio el gerente de la Empresa Metro manifestó que:

“Cambiar los diseños es incluso tener que volver al Conpes 3900. O sea se pierde el último año y medio de trabajo, al menos, porque el Conpes que aprobó la participación de la Nación es en un proyecto específico que cumplió diez criterios de evaluación concretos. Es decir, ese proyecto, con ese trazado, con ese alineamiento vertical, con esas estaciones, con esos volúmenes de pasajeros, con esos alimentadores y no con otros”

SOLICITUD

1. Se ordene a la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., en cabeza del alcalde Enrique Peñalosa, suspender cualquier actuación administrativa encaminada a adelantar la ejecución del Tramo 1 de la Primera Línea del Metro de Bogotá, hasta tanto no sea resuelta de fondo la presente demanda de nulidad simple.
2. De manera particular, solicito que se le ordene a la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. abstenerse de hacer *Envío a los Precalificados, los documentos de licitación (LPI)* a través de la cual se inició a la definición de cuál de los 6 consorcios precalificados construirá y operará la Primera Línea del Metro de Bogotá, proceso que se adelanta bajo el número: GT-LPI-001-2018.
3. De manera particular, solicito que se ordene la suspensión provisional de los actos administrativos demandados mediante la presente acción de nulidad simple.

CONSIDERACIÓN

Tal y como lo establece el artículo 229 y 233 del CPACA, en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada o de oficio por el Magistrado Ponente, se podrán solicitar y decretar las medidas cautelares necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, sin que ello implique prejuzgamiento.

Frente al contenido y alcance de las medidas cautelares, el artículo 230 del CPACA establece que, entre otras, el Magistrado podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

- i) *Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.*
- ii) *Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.*

Frente a este ítem, el Consejo de Estado en diversas jurisprudencias ha manifestado lo siguiente:

En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante, CPACA.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que **actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos**, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida. Su finalidad, pues, es la de «[...] evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho [...]»¹

Así las cosas, como lo ha dicho el órgano de cierre de lo Contencioso administrativo es que la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 sobre la suspensión provisional de los actos administrativos, consiste en referirse expresamente a la **confrontación de legalidad** que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial** de legalidad del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas.

¹ Providencia citada ut supra, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Acerca de la manera en la que el Juez aborda este *análisis inicial*, la citada providencia del 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

*«[...]Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica una **confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final*

Finalmente, el artículo 231, el CPACA establece que:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.”

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurran los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, asífuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”*

Como se demostrará en los capítulos “ANTECEDENTES” y “NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN”, el Magistrado podrá decretar las medidas cautelares solicitadas en razón a que nuestra solicitud cumple con los requisitos plasmados en el artículo 321 del CPACA. Tratándose de una amación que busca la declaratoria de nulidad de diversos actos administrativos, la suspensión provisional de los mismos procede si la argumentación y las pruebas aportadas por el demandante permiten poner en tela de juicio la presunción de

legalidad y ejecutividad de las normas demandadas, en razón a que podrían estar violando las normas superiores invocadas.

IV. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Con el presente memorial y con base en los nuevos hechos se profundiza en los conceptos que se quebrantaron y llevaron a la expedición de los actos administrativos demandados en particular el numeral tercero relacionado a:

3. El Conpes 3900 mediante el cual avaló la cofinanciación del metro elevado, se aprobó sin el estudios de factibilidad que exige la Ley 310 de 1996, razón por la cual debe ser suspendida en la medida que violó las normas en las que ha debido fundarse.

La Primera Línea de Metro de Bogotá-PLMB es la obra de infraestructura más importante de la historia de la Ciudad y requiere ser estructurada bajo el pleno cumplimiento de los mandatos legales. El Conpes 3900 es el punto de partida de la contratación estatal, y por ello, la Ley se ocupa particularmente de los requisitos que permiten su nacimiento a la vida jurídica. Los estudios de factibilidad del proyecto PLMB son el punto que nos ocupan en este acápite y sobre los cuales aportamos pruebas y análisis que ratifican que el Conpes 3900 se aprobó sin estudios a nivel de factibilidad. La violación de las normas en las que han debido fundarse los actos administrativos que la componen lleva a que la licitación GT-LPI-001-2018 por medio de la cual se pretende seleccionar el concesionario integral para la PLMB Tramo 1 pueda acarrear catástrofes técnicas y financieras como la de Reficar o el puente Chirajara.

3.1. Sobre la necesidad de tener estudios de factibilidad aprobados para suscribir el Conpes 3900 y las explicaciones del Distrito

La Ley 310 de 1996 artículo 2º en su numeral segundo dispone que el Gobierno Nacional podrá cofinanciar los sistemas de transporte masivo siempre y cuando: *“el proyecto respectivo tenga concepto previo del Conpes mediante un estudio de factibilidad”* (negritas fuera del texto).

Artículo 2: La Nación y sus entidades descentralizadas por servicios cofinanciarán o participarán con aportes de capital, en dinero o en especie, en el Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros, con un mínimo del 40% y un máximo del 70% del servicio de la deuda del proyecto, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: (...)

2. Que el proyecto respectivo tenga concepto previo del Conpes mediante un estudio de factibilidad y rentabilidad, técnico-económico, socio-ambiental y físico-espacial, que defina claramente tanto la estrategia como el Sistema Integral de Transporte Masivo propuesto, así como el cronograma y los organismos de ejecución.

El propósito de esta norma es determinar que el proyecto es viable financieramente y sólido técnicamente, se trata de invertir los recursos públicos con total certeza. La Ley busca evitar para la Nación y los entes territoriales sobrecostos y demandas como lo sucedido en la obra de Reficar. Una obra como la Primera Línea del Metro de Bogotá debe licitarse con una estimación precisa en su alcance técnico y sus costos, lo contrario podría aumentar el riesgo de una catástrofe financiera.

La Financiera de Desarrollo Nacional contrató la elaboración de los estudios y diseños de factibilidad el 20 de enero de 2017 con el consorcio MetroBog (conformado por las firmas Systra e Ingetec). El 25 de septiembre de 2017, apenas siete meses después de contratados los estudios de factibilidad, el gobierno nacional aprobó el Conpes 3900 mediante el cual avaló la cofinanciación del metro elevado atendiendo lo dispuesto en la Ley 310 de 1996. Sin embargo, para esa fecha el consorcio MetroBog sólo había entregado uno de los 23 productos que se contrataron para elaborar el estudio de factibilidad, como lo reconoció el Gerente del Metro en una entrevista a la Silla Vacía.

¿Cómo fue posible que se aprobará el Conpes sin haberse terminado todos los productos del estudio de factibilidad? Gerente del Metro y la FDN explicaron que para septiembre de 2017 los estudios del consorcio Metro Bog habían llegado a nivel de factibilidad. Es decir, que a pesar de no estar terminados, el avance de las actividades realizadas hasta ese momento les permitió concluir que los estudios habían alcanzado el nivel de factibilidad, tal y como lo certificó el gerente de la FDN en la comunicación del 15 de septiembre de 2017 en la que afirma ya se habían desarrollado los “estudios y diseños de factibilidad”

En un comunicado del pasado 12 de septiembre la FDN reiteró esta explicación:

“Al momento de aprobar el CONPES, ya se contaba con estudios a nivel de factibilidad, con base en el avance de las labores de la consultoría técnica. Ese avance era de tal importancia que permitió calcular los costos de inversión del Proyecto para efectos de definir los aportes de la Nación y el Distrito al Convenio de Cofinanciación”

El Gerente del Metro dio los mismos argumentos en la plenaria del Concejo de Bogotá D.C. el pasado 12 de septiembre de 2018. Dijo que en enero de 2017 se terminó el estudio de pre-factibilidad para escoger la mejor alternativa (metro subterráneo o elevado) y después trabajaron “a marcha forzada” en los diseños de factibilidad que, aunque “se terminaron recientemente” porque tuvieron varias demoras, “en un momento dado todo ese avance, los diseños alcanzaron su nivel de factibilidad”

Los nuevos documentos aportados ratifican que hasta diciembre de 2018 el consorcio MetroBog terminó de entregar la totalidad de los productos contratados por la FDN en enero de 2017. Surge entonces la siguiente pregunta: ¿Si en septiembre de 2017 ya se contaba con el estudio de factibilidad para aprobar el Conpes, cuáles son los estudios que el consorcio terminó de entregar en diciembre de 2018?

Como lo referenciamos en los hechos trigésimo octavo y trigésimo noveno, las inconsistencia en las declaraciones públicas del Gerente de la Empresa Metro nos llevaron a solicitar la entrega de las versiones finales de los documentos financieros de inversión y operación del Proyecto. Ante las negativas para el suministro de la información acudimos al recurso de insistencia como mecanismo para la determinación de la reserva sobre los mismos. En sentencia del 1 de abril de 2019 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca estableció que no existía fundamento legal para restringir el acceso a la información financiera del Metro y esta se vio obligado a realizar entrega de los mismos.

3.2. Las pruebas que demuestran que el Conpes 3900 se aprobó sin el estudio de factibilidad que exige la Ley 310 de 1996.

Los documentos entregados refuerzan este cargo, pues el Conpes 3900 estableció que:

...con la información producida y certificada por la FDN y el distrito, a la fecha, estos consideran que la ingeniería de la PLMB tramo 1 ha alcanzado el nivel de factibilidad, en la medida que se concluyeron las siguientes actividades:

...

- *Estimación de costos de inversión inicial (CAPEX) y de operación y mantenimiento (OPEX): Con base en el avance de los diseños realizados, la estimación de cantidades y sondeo de precios unitarios nacional e internacional, se ha llegado a un mayor nivel de precisión de la estimación de costos de realización del proyecto que incorpora un grado de incertidumbre acorde con el nivel de factibilidad de los estudios y diseños. (Pág. 18) (Subrayado fuera del texto)*

Sin embargo, los documentos enviados por la Empresa Metro evidencian que no estuvieron listos hasta 10 meses después en el caso del OPEX, y 14,5 meses después en el CAPEX. En el siguiente cuadro contrastamos las fechas:

Versiones Conpes		Fecha aprobación del Conpes	Versión licitación	
CAPEX	OPEX	Conpes 3900	OPEX	CAPEX
06/09/2017	05/09/2017	25/09/2017	26/07/2018	07/12/2018

Elaboración propia

Al hecho de aprobar los documentos extemporáneamente, encontramos que al contrastarlos se encuentran inconsistencias que modifican los términos en los que se aprobó el Conpes 3900 de 2017. Es decir, no existía para la fecha de aprobación del Conpes 3900 “*precisión en las estimaciones*” que solo fueron aclaradas hasta el segundo semestre de 2018. A continuación, detallamos las principales inconsistencias financieras y técnicas entre las versiones que permitieron la aprobación del Conpes 3900 y los documentos que soportan la licitación GT-LPI-001-2018.

OPEX

La comparación aquí realizada tiene como base los siguientes documentos:

1. Evaluación de los costos de operación y mantenimiento hasta 2050. Documento N° ETPLMB-ET23-L00-PRE-W-0002_RC, agosto de 2017, en adelante OPEX Conpes de ago-2017.

2. Evaluación de los costos de operación y mantenimiento de 2025 hasta 2045. Documento N° ETPLMB-ET23-L00-PRE-W-0002_RC, julio de 2018, en adelante OPEX licitación de jul-2018.
3. Conpes 3900 de 2017, Apoyo del Gobierno Nacional al Sistema de Transporte Público de Bogotá y Declaratoria de Importancia Estratégica del Proyecto Primera Línea de Metro-Tramo 1

Estos documentos hacen relación al **OPEX** u **Operational Expenditures**, que definen los costos permanentes para el funcionamiento de un producto, negocio o sistema. En este caso, el OPEX son los estudios relativos a los costos de operación, mantenimiento y la tasación de las utilidades de la empresa concesionaria.

Todos estos costos son la base sobre los que la licitación GT-LPI-001-2018 seleccionará: *“el Concesionario, (que) por su cuenta y riesgo, lleve a cabo todas las actividades necesarias para la financiación, estudios y diseños de detalle, ejecución de las obras, la operación y el mantenimiento del proyecto y la reversión de la infraestructura correspondiente a la PLMB – Tramo 1.”* (Paréntesis fuera del texto)

El OPEX entonces también determina la fuente principal que garantizará la financiación de la operación de la Primera Línea de Metro de Bogotá, pues en el fondo la concesión solo es viable cuando totalizada la cantidad de abordajes (pasajeros que validan tiquete en las estaciones del Metro) multiplicada por el valor del pasaje es superior a los costos totales de operación e inversión. Es decir, el número de abordajes, el costo del pasaje y el tiempo de operación son las variables determinantes en la viabilidad un proyecto de concesión. Sin embargo, lo que hemos encontrado es una multiplicidad de inconsistencias en estas cifras.

En el documento OPEX Conpes de ago-2017 no se estableció este ítem, que si aparece en el OPEX licitación de jul-2018, primera inconsistencia relevante. Sin embargo, previo a julio de 2018 varios de los documentos técnicos que soportan financieramente el proyecto registraron cifras que en ningún caso coinciden:

Tabla 1. Inconsistencia abordajes diarios PLMB

No.	Documento	Abordajes diarios
1	Acuerdo 602 de 2017 Concejo de Bogota – Por medio del cual se aprueban vigencias futuras PLMB	666.000
2	Modelación demanda PLMB - Secretaría Distrital de Movilidad	632.000
3	Conpes 3900 de 2017 - Apoyo del Gobierno Nacional al Sistema de transporte público de Bogotá y declaratoria de	534.463 ²

² El Conpes 3900 establece las modelaciones realizadas de los pasajeros/hora/sentido dan 26.500 en el escenario año 2022 (tramo Santander-Hospitales). Los 534.463 de multiplicar por 20 tal cual se realiza en la modelación de demanda de la Secretaría Distrital de Movilidad.

	importancia estratégica del Proyecto Primera Línea De Metro-Tramo 1	
4	Propuesta de préstamo al Banco Interamericano de Desarrollo	656.000
5	OPEX – julio de 2018	304.500

Elaboración propia con base en documentos enunciados

El contexto y detalle en el que se registran estas cifras es el siguiente:

1. Exposición de Motivos del Proyecto de Acuerdo 602 de 2017, radicado en la Comisión de Hacienda y Crédito Público el 28 de septiembre de 2017, y "Por medio del cual se autoriza a Bogotá, D.C., para que a través de la Secretaria Distrital de Hacienda asuma obligaciones para garantizar el aporte del Distrito Capital a la cofinanciación del Sistema Integrado de Transporte Masivo para Bogotá - Primera Línea del Metro - Tramo 1 con cargo a vicencias futuras ordinarias del periodo 2018-2041"

En dicho documento se establece:

El proyecto PLMB tendrá una capacidad máxima de cerca de 70.000 pasajeros por hora por sentido y permitirá aumentar la capacidad de la red de transporte masivo en el borde oriental de la ciudad, el cual confluye la mayor demanda de viajes de la ciudad. A corto plazo, 2030, la línea atenderá una demanda de cerca de 33.000 pasajeros hora sentido y recibirá cerca 666.000 abordajes diarios. (Pág. 30) (Subrayado fuera del texto)

2. Modelaciones de Demanda de la Primera Línea del Metro de Bogotá de la Secretaría Distrital de Movilidad, respuesta al concejal Manuel Sarmiento del 10 de octubre de 2017 con radicado SDM154725, donde se registra:

Indicadores 2020

	Do nothing	C- Elevado- CL 72	F-Subterráneo- CL 53
Carga Máxima Metro (pasajeros HP)	-	31.975	27.345
Total Abordajes Metro (pasajeros)(día)	-	632.000	451.000
Total abordajes transporte masivo (pasajeros al día)	3.235.000	4.225.000	3.789.000
Tiempo de viaje T Público (horas) (día)	6.034.000	5.744.000	5.954.000
Tiempo total Auto (minutos) (día)	1.131.000	1.123.000	1.131.000
Total abordajes transporte público (Día)	9.487.000	9.919.000	9.554.000
Ahorro de tiempo en transporte público (horas)	-	290.000	80.000
Ahorro de tiempo en auto (horas)	-	8.000	300
Abordajes diarios adicionales en transporte público masivo por metro y alimentadoras	-	990.000	554.000

Fuente: hoja canastas SDM154725 (Resaltado en amarillo fuera del texto)

3. Conpes 3900 de 2017, mediante la cual se aprueba el apoyo del Gobierno Nacional al sistema de transporte público de Bogotá y declaratoria de importancia estratégica del Proyecto Primera Línea De Metro-Tramo 1, donde se establece:

Las modelaciones realizadas han estimado los p/h/s identificando en cada horizonte los tramos más cargados, como se muestra a continuación:

- Escenario año 2022: 26.500 p/h/s (tramo Santander-Hospitales).
- Escenario año 2030: 32.900 p/h/s (tramo Rosario-NQS).
- Escenario año 2050: 53.500 p/h/s (tramo Rosario-NQS). (Pág. 25)

4. Propuesta de préstamo al Banco Interamericano de Desarrollo para la Línea de Crédito Condicional para Proyectos de Inversión (CCLIP) Tramo 1 – Proyecto No. CO-L1234, publicado el 3 de agosto de 2018, donde se establece:

“Se estima que el proyecto integral movilice 990.000 pasajeros cada día; 656.000 la PLMB y 334.000 las troncales.” (Pág. 14) (Subrayado fuera del texto)

También encontramos que en declaraciones públicas el Alcalde Mayor, Enrique Peñalosa, ha presentado cifras inconsistentes, en entrevista al diario El Tiempo del 14 de noviembre de 2018 declaró:

“Sin troncales el Metro movilizaría 600 mil pasajeros por día, con troncales moviliza 400 mil más, es decir 1 millón de pasajeros al día, manifestó Peñalosa.”

¿A qué se deben la multiplicidad de cifras?, ¿a qué se debe la caída de más de 500 mil abordajes a 300 mil?, ¿habría aprobado el Concejo de Bogotá vigencias futuras por casi \$13 billones de pesos si la cifra de abordajes fuera de 300 mil y no de 600 mil como se reportó?, ¿sabe el BID que la propuesta de préstamo que aprobó no tenía “precisión en las estimaciones”?

Preguntas que deben responder el alcalde mayor y el gerente de la Empresa Metro pues las diferentes cifras en el documento final de OPEX, en los estudios técnicos, en los documentos oficiales y en declaraciones presentadas por la administración, constituyen una inconsistencia que podría acarrear pleitos judiciales e inestabilidad financiera para la ciudad, pues lo que establece la concesión es que el proyecto se financiará vía pasajes o a través de recursos del distrito, y si el primero no es superior a los costos de operación, serán las finanzas públicas del distrito las que garanticen operación y utilidades según se pacte con el concesionario.

Pero allí no paran las inconsistencias encontradas, como resultado de una comparación rigurosa entre los documentos OPEX encontramos cambios en variables relevantes de la operación del proyecto:

Tabla 2. Principales variaciones OPEX

Concepto	OPEX Conpes agosto 2017	OPEX licitación julio 2018
Tiempo de operación y mantenimiento	De 2023 hasta 2052 (30 años)	De 2025 hasta 2045 (21 años)
Capacidad pasajeros	Sin estimación	# abordajes diarios: 304.500 # abordajes anuales: 91.350.000
Horario de operación	- 17,5 horas entre semana - 18,5 horas los sábados - 17 horas domingos y festivos	- 17,5 horas entre semana y sábados - 16,5 horas domingos y festivos
Número de vueltas por día	255 día hábil	249 día hábil
Número de trenes	23 a 27 en 2028	26 a 30 en 2028
Número de trenes*km/día	10.120 día hábil	10.371 día hábil

Fuentes: Elaboración propia con base en (1) Evaluación de los costos de operación y mantenimiento hasta 2050. Documento N° ETPLMB-ET23-L00-PRE-W-0002_RC, agosto de 2017. (2) Evaluación de los costos de operación y mantenimiento de 2025 hasta 2045. Documento N° ETPLMB-ET23-L00-PRE-W-0002_RC, julio de 2018.

Ninguna de estas variaciones se justifican en el OPEX licitación de jul-2018, ni se aclaran los impactos en el modelo financiero o en el esquema de remuneración para la operación. El OPEX Conpes de ago-2017 contiene el anexo 1, allí se totaliza el costo de todos los componentes de operación, en el OPEX licitación de jul-2018 no se encuentra y por lo tanto realizamos el mismo anexo 1 con base en los datos reportados en cada uno de los componentes. El resultado es que 9 años menos del proyecto reduce al 60% el presupuesto de operación establecido en el OPEX Conpes de ago-2017.

Tabla 3. Variación Evaluación Costos Operación y Mantenimiento

	OPEX licitación julio 2018 21 AÑOS	OPEX Conpes agosto 2017 30 AÑOS	9 AÑOS MENOS	
	hasta 2045	hasta 2052	Variación absoluta	Variación porcentual
TOTAL (Millones COP) (Sin utilidades)	\$5.744.317,00	\$9.981.348,00	-\$4.237.031,00	-42%
TOTAL (Millones COP) (Con utilidades e imprevistos)	\$6.923.423,00	\$11.478.552,00	-\$4.555.129,00	-40%

Fuentes: Elaboración propia con base en (1) Evaluación de los costos de operación y mantenimiento hasta 2050. Documento N° ETPLMB-ET23-L00-PRE-W-0002_RC, agosto de 2017. (2) Evaluación de los costos de operación y mantenimiento de 2025 hasta 2045. Documento N° ETPLMB-ET23-L00-PRE-W-0002_RC, julio de 2018.

CAPEX

La comparación aquí realizada tiene como base los siguientes documentos:

1. Memoria estimativo CAPEX, REV. A, 16-08-2017, ETPLMB-ET21-L00-MCA-W-0001-RA, en adelante CAPEX Conpes del 16-08-2017.
2. Memoria estimativo CAPEX, modificado a 07.12.2018, ETPLMB-ET21-L00-ITE-A-0001_R0, en adelante CAPEX licitación del 07.12.2018.
3. Conpes 3900 de 2017, Apoyo del Gobierno Nacional al Sistema de Transporte Público de Bogotá y Declaratoria de Importancia Estratégica del Proyecto Primera Línea de Metro-Tramo 1

Estos documentos hacen relación a los estudios relativos al **Capital Expenditure o CAPEX**, que según la Real Academia Española, es *la “inversión que una empresa realiza en la compra de un activo fijo o para añadir valor a un activo existente con una vida útil que se extiende más allá del año imponible.”* En otras palabras, este estudio determina los costos de inversión que se deben realizar para construir el viaducto, las estaciones, adquirir los trenes, comprar los predios y trasladar las redes de servicios públicos necesarias por la obra.

En el Conpes 3900 se estableció el acápite *Costo de la PLMB tramo 1* en el cual se establecieron: *“los criterios y parámetros de diseño establecidos para la infraestructura, los sistemas y subsistemas ferroviarios, resultantes de los diseños a nivel de factibilidad adelantados por el Consorcio MetroBog y suministrados por la FDN.”*

Con estos tres documentos pudimos identificar modificaciones que llevan a inconsistencias entre lo aprobado por la Nación y lo que hoy se encuentra licitando la Empresa Metro de Bogotá.

INCONSISTENCIAS TÉCNICAS DEL CAPEX

Todos los documentos presentan una exposición técnica general donde establece las premisas, supuestos y restricciones de los rubros, del análisis de cada uno de estos encontramos que entre el documento Conpes y el de licitación aparecen y desaparecen: obras, alcances, especificaciones técnicas sin una clara justificación. A continuación relacionamos los cambios por rubros:

Rubro: Obras Civiles

Subsección Obras Civiles

Reconfiguración BRT y mixto

Esta subsección comprende todas las obras requeridas para adelantar los trabajos correspondientes con la reconfiguración de la troncal Av. Caracas desde la Av. 1 hasta la Calle 72, incluida la estación de la Calle 76 y la afectación por el ramal técnico. Dentro de las obras en el documento CAPEX licitación del 07.12.2018 aparecen nuevas obras:

- Reconfiguración y traslado de redes menores de acueducto, alcantarillado y gas. Igualmente, se incluyen las redes mayores de acueducto, alcantarillado y de gas, cuyos costos han sido estimados por un tercero y suministrados por el Cliente.
- En el Anexo 1 se presentan de manera general los detalles de los perfiles viales y configuración de estaciones BRT empleados para el desarrollo de las áreas intervenidas por la PLMB. (Ver página 3)

La aparición de las obras relativas a la reconfiguración y traslado de redes y la definición de perfiles viales evidencia que el documento inicial estaba más cercano a un nivel de pre-factibilidad, pues estas definiciones son propias y obligatorias del nivel de factibilidad de este tipo de obras.

Intersecciones

Incluye las estructuras de intersección y conexión entre vías principales y el viaducto, el documento CAPEX licitación del 07.12.2018 agrega nuevas obras en las siguientes intersecciones:

- Pasos peatonales deprimidos Av. 68 y calle 50. (Ver página 4)

A su vez, desaparecen las siguientes obras establecidas en el documento CAPEX Conpes del 16-08-2017:

- Intersección Calle 13 con Av. Caracas, incluye deprimidos y puentes a nivel para facilitar la integración con la troncal Calle 13 y los retornos de servicio de Transmilenio, conservando la interconexión subterránea existente entre la estación Calle 13 y la estación Av. Jiménez.
- Intersección semaforizada Calle 6 con Av. Carracas. (Ver página 6)

La inclusión de una obra y la exclusión de dos obras no cuenta con de sustenta técnicamente dentro del documento, pero si lleva a un aumento presupuestal de 21,4% que hace que pase de \$ 77 mil millones de pesos a \$ 94 mil millones de pesos.

Desvío de tráfico

Durante el periodo de la obra se deberá desviar a vías alternas el tráfico que usualmente transitan por las intervenidas. El CAPEX Conpes del 16-08-2017 había definido “una longitud de 195 km de vías a ser utilizadas como desvíos durante la ejecución del proyecto” (Ver página 9), el documento CAPEX licitación del 07.12.2018 solo considera 39 km de vías a ser utilizadas (Ver página 5), un 20% de las inicialmente estimadas. Nuevamente sin sustento técnico se modifica la especificación técnica, pero para nuestra sorpresa la reducción presupuestal es de solo el 3%, el rubro pasa de \$ 91 mil millones de pesos a algo más de \$ 88 mil millones de pesos, cuando se van a construir 156 kilómetros menos.

En este caso el costo por kilómetro pasó de \$ 467 millones de pesos a \$ 2.268 millones de pesos sin que se justifique un aumento del 485% en el costo de obra por kilómetro.

Subsección estructuras

Esta subsección incluye todas las obras relacionadas con el viaducto. En el documento CAPEX licitación del 07.12.2018 se excluyen las estaciones.

Como una variación importante en esta subsección se modifica los parámetros de cimentación de las pilas o pilotes que sostienen el viaducto, el documento CAPEX Conpes del 16-08-2017 había establecido “*diámetros de 1,2 a 1,8 m en longitudes que varían desde 40 a 70 m de profundidad, en grupos de cuatro pilotes por pila*”. (Ver página 9). El documento CAPEX licitación del 07.12.2018 establece: “*diámetros de 1,2 a 2 m en longitudes que varían desde 40 a 72 m de profundidad, en grupos de cuatro pilotes por pila*”. Pero, el presupuesto del rubro se reduce un 41,9%, algo más de \$ 655 mil millones de pesos, es decir, el rubro pasa de \$ 1,563 billones de pesos a \$ 977 mil millones de pesos. Es importante aclarar que Fundaciones que es la parte de la estructura civil que está en contacto con el suelo o la roca y que tiene por función soportar las cargas de la estructura al suelo y brindar un sistema de apoyo estable. ¿Qué explica que aunque los parámetros de cimentación aumenten el presupuesto se reduzca?

Subsección estaciones

El documento CAPEX Conpes del 16-08-2017 no incluyó las estimaciones de las estructuras asociadas a las estaciones como la nave central, la arquitectura y las instalaciones. (Ver página 8). Ese documento para Conpes establecía 21 edificios de acceso lateral que desaparecen en la versión CAPEX licitación del 07.12.2018 (Ver páginas 6 y 7).

El Conpes 3900 establecía 15 estaciones en el proyecto (Ver página 24), pero el CAPEX licitación del 07.12.2018 establece 16, a saber: Estación carrera 96, portal Américas, carrera 80, calle 42 sur, Kennedy, Boyacá, Av. 68, carrera 50, NQS, Nariño, Calle 1ª, Calle 10, Calle 26, Calle 45, Calle 63, Calle 72. (Ver página 23)

Los que resultan llamativo es el aumento del presupuesto asociado en un 40%, pues pasa de \$ 1 billón a algo más de \$ 1,5 billones, siendo el aumento neto más importante entre todos los rubros de inversión directa del CAPEX.

Rubro: Sistemas Ferroviarios y Material Rodante

Superestructura de la vía

Los costos principales incluidos dentro de la superestructura corresponden al carril, estructuras de soporte, elementos de fijación, tercer carril, aparatos de vía. El documento CAPEX licitación del 07.12.2018 eliminó los elementos de control de ruido puntual. En el caso de la línea del patio taller, los estimativos dimensionan el funcionamiento inicialmente hasta el 2022 (Ver página 11) el documento final proyecta la operación a 2024. (Ver página 9)

Material rodante

El documento CAPEX Conpes del 16-08-2017 establecía una configuración de material rodante con 23 trenes de 7 coches, para un total de 161 vagones, correspondiente a una flota para la operación al año 2022. Y se incluía una previsión del 1% del costo total del

material rodante para la posibilidad de ampliar la flota de tres a cuatro trenes al cuarto o quinto años de operación. (Ver página 12)

El Conpes 3900 establecía:

Se contemplan las siguientes necesidades de flota:

Dimensionamiento de flota		
	2022	2030
Trenes en operación	20	23
Trenes en mantenimiento	2	3
Trenes en reserva	1	1
Trenes totales	23	27

Fuente: Conpes 3900 página 26

El documento CAPEX licitación del 07.12.2018 propone una configuración de material rodante con a 26 trenes de 7 coches, para un total de 182 vagones, correspondiente a una flota para la operación al año 2030. Y ya con certeza aprovisionar recursos para 4 trenes adicionales para cubrir demanda futura a partir de 2030. (Ver página 10)

Esta modificación evidencia que cuando se presentó el documento para CAPEX no existían los estudios que permitieran determinar demanda y con ellos la flota de trenes necesaria, una falla de planeación grave que podría alterar la estructuración financiera de la concesión.

Predios del viaducto

El documento CAPEX Conpes del 16-08-2017 incluyó un costo para la gestión predial equivalente a 10 MCOP por predio, costo estimando en función del personal requerido y los plazos de adquisición, así mismo los avalúos adelantados por la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá. (Ver página 12). El documento CAPEX licitación del 07.12.2018 elimina el costo promedio y establece una tabla de priorización de adquisición de predios para el desarrollo de la obra. (Ver página 10)

Subsección: otros costos

Estudios y diseños

En el documento CAPEX licitación del 07.12.2018 el texto de este acápite ratifica que el documento se encuentra en nivel de factibilidad cuando señala:

“En razón que el estado actual de los diseños es a nivel de factibilidad y la magnitud de las obras demanda importantes estudios e investigaciones complementarias...” (Ver página 8)

INCONSISTENCIAS FINANCIERAS DEL CAPEX

Estas inconsistencias son determinantes en la estructuración de cualquier proyecto de ingeniería, pero toma mayor relevancia cuando hablamos del proyecto de infraestructura de movilidad más grande de la ciudad. Por esta razón, la Ley 310 de 1996 es estricta en solicitar

estudios de factibilidad, pues son aquellos que dan certeza sobre la viabilidad financiera del proyecto y la garantía de la inversión pública.

De la revisión del presupuesto de inversión de los componentes del proyecto se encuentran disminuciones en 5 de 6, situación que contrasta con el aumento de un 28,7% de los costos de riesgos, administración, imprevistos y utilidades (AIU) e IVA. Los aumentos de AIU se concentran en los componentes *Obras Civiles*, del 22% al 42%, *Sistemas Ferroviarios* y *Material Rodante* que pasa del 28% al 31%, tal y como se puede evidenciar en la siguiente tabla:

Tabla 4. Resumen financiero CAPEX por componentes

Componentes	CAPEX Conpes 16-08-2017	% AIU	CAPEX licitación 07.12.2018	% AIU	Variaciones	%
Total obras civiles	\$ 5.199.196.891.178,00	22%	\$ 4.785.299.099.811,00	42%	-\$ 413.897.791.367	-8,6%
Total sistemas ferroviarios	\$ 1.682.907.225.247,00	14%	\$ 2.702.380.680.155,00	31%	-\$ 254.238.118.352	-9,4%
Total material rodante	\$ 1.273.711.573.260,00	14%				
Traslado anticipado de redes de SSPP	\$ 282.719.762.463,00	0%	\$ 279.070.014.524,00	0%	-\$ 3.649.747.939	-1,3%
Total predial	\$ 1.715.215.079.807,00	2%	\$ 1.384.141.569.630,00	0%	-\$ 331.073.510.177	-23,9%
Total otros costos	\$ 355.566.034.747,00	0%	\$ 346.527.603.668,00	0%	-\$ 9.038.431.079	-2,6%
Gastos EMB	\$ 0	0%	\$ 201.341.256.845,00	4%	\$ 201.341.256.845	100%
Subtotal Capex	\$ 10.509.316.566.702,00		\$ 9.698.760.224.633,00		-\$ 810.556.342.069	-8,4%
Subtotal AIU y riesgos (+IVA)	\$ 2.031.463.874.516,00	16%	\$ 2.848.556.044.411,00	23%	\$ 817.092.169.895	28,7%
TOTAL CAPEX	\$ 12.540.780.441.218,00		\$ 12.547.316.269.044,00		\$ 6.535.827.826	0,1%

Fuentes: Elaboración propia con base en (1) CAPEX Conpes del 16-08-2017 (2) CAPEX licitación del 07.12.2018

Cuando se desagregan los rubros de cada uno de los componentes se puede apreciar de mejor manera los cambios que realizan en el CAPEX, variaciones considerables del -96,7% y el -91,8% en los rubros *Pavimentos* y *Fundaciones* del componente *Obras Civiles*, reducciones que no son explicadas por el documento. En paralelo se registra un aumento en los rubros *Estaciones* y *Patios y talleres* del 28.6% y 26.8% respectivamente.

Tabla 5. Principales variaciones financiera por rubros CAPEX

Rubro (Componentes)	CAPEX Conpes 16-08-2017	CAPEX licitación 07.12.2018	Variaciones	%
Pavimentos (Obras civiles)	\$ 392.622.334.817	\$ 199.573.862.031	-\$ 193.048.472.786	-96,7%
Fundaciones (Obras civiles-Estructuras)	\$ 1.741.160.403.688	\$ 907.955.057.284	-\$ 833.205.346.404	-91,8%

Estaciones (Obras civiles)	\$ 1.076.532.784.784	\$ 1.508.158.503.517	\$ 431.625.718.733	28,6%
Patio y talleres (Obras civiles)	\$ 351.658.047.345	\$ 480.649.975.854	\$ 128.991.928.509	26,8%
Interferencia con redes de servicios-redes menores (Obras civiles)	\$ 28.106.297.114	\$ 118.305.737.604	\$ 90.199.440.490	76,2%
Construcción y montaje (Material rodante)	\$ 750.141.000.000	\$ 639.802.800.000	-\$ 110.338.200.000	-17,2%
Presupuesto para 4 trenes suplementarios (Material rodante)	\$ 0	\$ 109.806.533.840	\$ 109.806.533.840	100,0%

Fuentes: Elaboración propia con base en (1) CAPEX Conpes del 16-08-2017 (2) CAPEX licitación del 07.12.2018

En la misma tabla 2, podemos observar aumentos en los rubros “*Interferencia con redes de servicios*” del 76,2% y “*Presupuesto para 4 trenes suplementarios*” del 100%. En cambio, hay una disminución del rubro “*Construcción y montaje*” del 17,2%.

Preocupa sobre manera, que como lo referenciamos en el hecho cuadragésimo segundo, la Empresa Metro considera el CAPEX y el OPEX final como un: “es un conjunto de proyecciones, que son objeto permanente de interacciones, ajustes y actualizaciones, por tratarse de estimaciones utilizadas para la toma de definiciones”, cuando estamos ad portas de abrir una licitación que compromete las finanzas del Distrito por los próximos 30 años.

En conclusión, solo hasta el 26 de julio de 2018 se tuvieron aprobaciones a nivel de factibilidad del CAPEX y hasta el 07 de diciembre de 2018 del OPEX, la Empresa Metro promovió o profirió con anterioridad a esa fecha los actos administrativos referenciados a continuación:

- 1) Conpes 3900 del 25 de septiembre de 2017, a través del cual se declaró de importancia estratégica el Proyecto PLMB – Tramo 1.
- 2) Acta N° 40 del 25 de septiembre de 2017, a través de la cual el Consejo de Gobierno Distrital declara de importancia estratégica el Proyecto PLMG – Tramo 1.
- 3) Acta N° 15 del 26 de septiembre de 2017, a través de la cual el Confis Distrital aprueba las vigencias futuras ordinarias territoriales para la ejecución del proyecto.
- 4) Acuerdo Distrital 602 de 2017 aprobado por el Concejo de Bogotá el 28 de septiembre de 2017, a través del cual se autoriza a Bogotá, D.C., para que a través de la Secretaria Distrital de Hacienda asuma obligaciones para garantizar el aporte del Distrito Capital a la cofinanciación del Sistema Integrado de Transporte Masivo para Bogotá - Primera Línea del Metro - Tramo 1 con cargo a vigencias futuras ordinarias del periodo 2018-2041
- 5) Acuerdo Distrital 691 de 2017 aprobado por el Concejo de Bogotá el 31 de octubre de 2017 y sancionado por el alcalde Enrique Peñalosa el 02 de noviembre de 2017; a través del cual se autorizó a Bogotá para asumir las obligaciones para garantizar el aporte del Distrito Capital a la cofinanciación del proyecto.
- 6) Acta del 25 de septiembre de 2018, a través del cual el Confis Nacional aprobó vigencias futuras excepcionales para la ejecución del proyecto.

- 7) Convenio de Cofinanciación para el Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de pasajeros de Bogotá entre la Nación y la Alcaldía Mayor de Bogotá, el 9 de noviembre de 2017.
- 8) Acuerdo Distrital 699 del 15 de febrero de 2018, aprobado por el Concejo de Bogotá y sancionado por el alcalde Enrique Peñalosa el 15 de febrero de 2018, por medio del cual se autorizó el cupo de endeudamiento global hasta por diez billones ochocientos cincuenta mil millones de pesos para la ejecución del proyecto.

La expedición anticipada de dichos actos administrativos fue corroborada en varias ocasiones por la Empresa Metro de Bogotá que manifestó:

- i) Mediante respuesta a derecho de petición con radicado S18-0000056 del 30 de abril de 2018, que de los 27 productos que deben hacer parte de la estructuración técnica contratada con el Consorcio Metro Bog, 19 no han sido aprobados por la interventoría, 3 fueron aprobados con observaciones finales, 4 siguen en elaboración y solo 1 de ellos cuenta con todas las aprobaciones.
- ii) Mediante respuesta a derecho de petición con radicado S18-0000167, que los productos de la estructuración integral *“se encuentran en ejecución, y por consiguiente los productos de las mismas son documentos en construcción”*.
- iii) Mediante respuesta del 10 de septiembre de 2018 a la proposición N° 540 del 2018 de la bancada de concejales del Polo Democrático Alternativo, que *“La FDN, mediante el oficio No. 20183100016771 del 10 de agosto de 2018, hizo entrega a la Empresa Metro de Bogotá, para su correspondiente revisión y aceptación, de los productos de la Subfase 2 del Convenio interadministrativo 1880, que contienen la versión final de los estudios de ingeniería en etapa de factibilidad, desarrollados en el marco de la consultoría con el Consorcio MetroBog (Systra – Ingetec) y vigilados, revisados y aprobados por la interventoría a cargo del Consorcio Metro (Sener – Integral)” (anexo 2 – Pág. 20)”*.

La Financiera de Desarrollo Nacional que manifestó:

- i) Mediante respuesta a derecho de petición enviada por su Vicepresidente de Estructuración al concejal Manuel Sarmiento el 6 de septiembre de 2018, que *“Mediante el oficio No. 20183100016771 del 10 de agosto de 2018, la FDN hizo entrega a la Empresa Metro de Bogotá, para su correspondiente revisión, de la versión final de los productos de la Etapa 1 de los estudios y diseños de factibilidad”*.

El análisis de los apartados citados anteriormente arroja como único desenlace que los actos administrativos demandados por nulidad en la presente demanda se expidieron sin el lleno de requisitos legales y por lo tanto su presunción de legalidad esta en tela de juicio.

Sin que su demostración sea un requisito para que la medida cautelar pueda ser otorgada por el honorable magistrado, desarrollaremos una serie de premisas que refuerzan la viabilidad jurídica de que las medidas solicitadas sean decretadas.

- i) La demanda está fundada en derecho.
Como se demostró en los capítulos “ANTECEDENTES” y “NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN”, cada uno de los actos administrativos demandados vulnera normas de superior jerarquía que fueron citadas y desarrolladas con suficiencia.
- ii) Los demandantes demostraron la titularidad de sus derechos.
Según lo establecido por el artículo 137 del CPACA, toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

En ese sentido no hay duda de que quienes interpusimos la acción de nulidad simple y quienes ahora presentamos esta solicitud de medidas cautelares, somos plenos titulares de los derechos vulnerados y estamos legitimados para adelantar la presente acción.

- iii) Se presentaron argumentos y pruebas suficientes que permite concluir que resultará más gravoso para el interés público negar la medida que concederla. El presente medio de control no se interpuso con la finalidad de frenar definitivamente la construcción del Metro en Bogotá, todo lo contrario. La finalidad principal que motivo la demanda de los actos administrativos citados fue la de asegurar que el proyecto del Metro que se debe ejecutar en el distrito debe adelantarse bajo el cumplimiento de la normatividad vigente y bajo estrictos criterios de planeación con la finalidad de evitar sobre costos como los de Reficar.

Un megaproyecto como lo es la construcción de la Primera Línea del Metro – Tramo 1 debe planearse con una estimación precisa de sus costos para definir cómo se va a financiar y reducir al máximo cualquier riesgo de sobre costos que puedan producirle al Distrito y a la Nación una debacle financiera. De la robustez de los estudios depende no solo el modelo de financiación a implementar sino el modelo de contratación a utilizar para adjudicar la ejecución del proyecto. Los estudios y diseños de factibilidad son los que permiten estimar con cierta precisión los costos de la obra y es por eso que la ley exige que el Conpes se apruebe solo si existen este tipo de estudios.

A pesar de ello, el Conpes 3900 se aprobó sin la existencia de dichos estudios y ello ha derivado en que ni la administración distrital ni la nacional conocen a

ciencia cierta los rangos de costos sobre los cuales puede oscilar el proyecto. Así lo confirmó el gerente de la Empresa Metro el 12 de septiembre de 2018 en el marco del debate en el Concejo de Bogotá cuando afirmó:

“Tenemos información, que entre otras no es pública, no la conocemos, yo incluso no la conozco toda, de componentes de los diseños que han arrojado unos valores diferentes a los que originalmente se pensó cuando se hizo un presupuesto con índice y no con el BMI. Sí, en efecto, dan resultados distintos, pero unos dan hacia arriba y unos dan abajo. Entonces con la Nación convenimos que no vamos a publicar un presupuesto distinto, con nuestra junta directiva que ustedes saben que la Nación la controla, tiene cinco miembros de los nueve, no vamos a dar este presupuesto distinto para no generar problemas jurídicos, qué pasa con el 70%, qué pasa con el 30, entonces la Nación va a dar demás, o la ciudad va a dar de menos”.

De ello se desprende una conclusión: si la medida cautelar solicitada no se decreta, los sobrecostos del proyecto generados por una falta de planeación de la administración y por la aprobación ilegal de los actos administrativos demandados se verá reflejada en un gigantesco detrimento patrimonial que tendrá que asumir el Distrito con recursos públicos.

No cabe duda de que la suspensión provisional de los actos administrativos demandados y de la apertura de la licitación referenciada anteriormente no afectará de manera gravosa al público, mientras que definitivamente si lo afectará, y de manera muy grave, la apertura de la licitación y la adjudicación del contrato sin que antes la legalidad de los actos demandados no sea determinada por el Honorable Magistrado.

- iv) De no otorgarse la medida se causará un perjuicio irremediable.
De lo expuesto en el numeral anterior es posible concluir que de abrirse la licitación y de adjudicarse el contrato se concretará un perjuicio irremediable en razón a que: i) se podrá causar un detrimento patrimonial de proporciones mayúsculas; y ii) se habrá adjudicado uno de los contratos más cuantiosos y de mayor relevancia para la Capital de la República con sustento en actos administrativos ilegales y corruptos.
Ante la incertidumbre que rodea la legalidad de los actos administrativos demandados, es mucho más conveniente suspender los efectos de dichos actos y evitar que con base en ellos se abra la licitación pública y se adjudique el contrato, porque después de agotadas dichas fases del proceso contractual, el Distrito podría verse abocado a tener que indemnizar a los proponentes y eventualmente a quien se gane la licitación por sumas que en la actualidad son incalculables.
- v) De no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serán nugatorios.
Es evidente que, de no otorgarse la medida cautelar, el eventual fallo que decrete la nulidad de los actos administrativos demandados difícilmente podrá ser llevado a la práctica.

Luego de que se abra la licitación, de que se adjudique el contrato y de que se avance en la construcción del proyecto, será casi imposible que las ilegalidades cometidas y que las obras adelantas con base en dichas ilegalidades puedan ser reversadas.

De esta argumentación se puede concluir que la solicitud de Medidas Cautelares de Urgencia que presentamos ante usted cumple con todos los requisitos legales y jurisprudenciales para ser admitida y decretada, en especial por la inminencia del avance del proceso de contratación y por las graves consecuencias que dicho proceso puede traer para el interés público, en las condiciones en las que se está adelantando.

V. PRUEBAS

La presente solicitud se sustenta en las nuevas pruebas documentales aportadas en la reforma de la demanda, a saber:

51. Sentencia - 2019-262 Recurso de Insistencia
52. Memoria estimativo CAPEX, REV. A, 16-08-2017, ETPLMB-ET21-L00-MCA-W-0001-RA.
53. Memoria estimativo CAPEX, modificado a 07.12.2018, ETPLMB-ET21-L00-ITE-A-0001_R0.
54. Evaluación de los costos de operación y mantenimiento hasta 2050. Documento N° ETPLMB-ET23-L00-PRE-W-0002_RC, agosto de 2017.
55. Evaluación de los costos de operación y mantenimiento de 2025 hasta 2045. Documento N° ETPLMB-ET23-L00-PRE-W-0002_RC, julio de 2018.
56. Anexo 1. Evaluación de los costos de operación y mantenimiento de 2025 hasta 2045 con base en Documento N° ETPLMB-ET23-L00-PRE-W-0002_RC, julio de 2018.
57. Pronunciamiento - 2019-262 Recurso De Insistencia
58. Adenda 10 Cronograma Gt-Lpi-001-2018
59. Modelaciones De Demanda De La Primera Línea Del Metro De Bogotá De La Secretaría Distrital De Movilidad.
60. Propuesta De Préstamo Al Banco Interamericano De Desarrollo Para La Línea De Crédito Condicional Para Proyectos De Inversión (CCLIP) Tramo 1 – Proyecto No. Co-L1234.

Atentamente,

MANUEL SARMIENTO

Concejal

Polo Democrático Alternativo

XINIA ROCÍO NAVARRO PRADA

Concejal

Polo Democrático Alternativo

SEGUNDO CELIO NIEVES

Concejal

Polo Democrático Alternativo

ALVARO ARGOTE

Concejal

Vocero de Bancada Polo Democrático
Alternativo