Señores
JUZGADO 38 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
Atn. Señor Juez ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
E. S. D.

Referencia. Reparación Directa No. 110013336038**20190009600**
Demandante: Salustiano Licht Rueda y otros.
Demandado: Empresa de Transporte del Tercero Milenio S.A. y Otros.

Asunto. Contestación llamamiento en garantía formulado por TRANSMILENIO S.A. en contra de RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.

LAURA AMAYA CANTOR, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en mi condición de apoderada[1] sustituta[2] de la sociedad RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. (en adelante "Recaudo Bogotá"), tal y como consta en el memorial de sustitución y el Certificado de Existencia y Representación que ya obran en el expediente, de manera respetuosa, por medio del presente escrito me permito contestar el llamamiento en garantía formulado por TRANSMILENIO S.A (en adelante "Transmilenio") en contra de mi representada y que fue admitido mediante auto proferido el 10 de mayo de 2021, aclarado mediante providencia del 15 de junio de 2021, en los siguientes términos:

1. OPORTUNIDAD PARA CONTESTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR TRANSMILENIO

El artículo 225 de la ley 1437 de 2011 —CPACA— señala que el término del traslado del llamamiento en garantía es de quince (15) días, oportunidad en la cual el llamado en garantía podrá formular sus argumentaciones y razonamientos de defensa y solicitar pruebas, entre otros. Lo anterior expresamente se encuentra contenido en el texto de la norma en los siguientes términos:

> "***Artículo 225.*** *Llamamiento en garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.*
>
> *El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.*
> *(…)"* (Subrayado fuera del texto principal)

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso en concreto tenemos lo siguiente:

[1] Abogada inscrita de la firma CASTRO LEIVA RENDÓN ABOGADOS S.A.S. de acuerdo con el registro que consta en el certificado de existencia y representación legal de esta sociedad y en los términos que lo faculta el inciso 2° del artículo 75 del Código General del Proceso.
[2] De conformidad con el memorial de sustitución que obra en el proceso, radicado el 14 de mayo de 2021.

- El Despacho admitió el llamamiento en garantía mediante auto de fecha 10 de mayo de 2021.

- En relación con esa decisión, esta parte procesal formuló, de manera oportuna, solicitud de aclaración, en razón a que Recaudo Bogotá funge en la doble condición de demandado directo y de llamado en garantía, con lo cual se presentaba una falta de claridad y precisión por parte del Despacho en relación con la forma de notificación de Recaudo Bogotá y el cómputo del término del traslado.

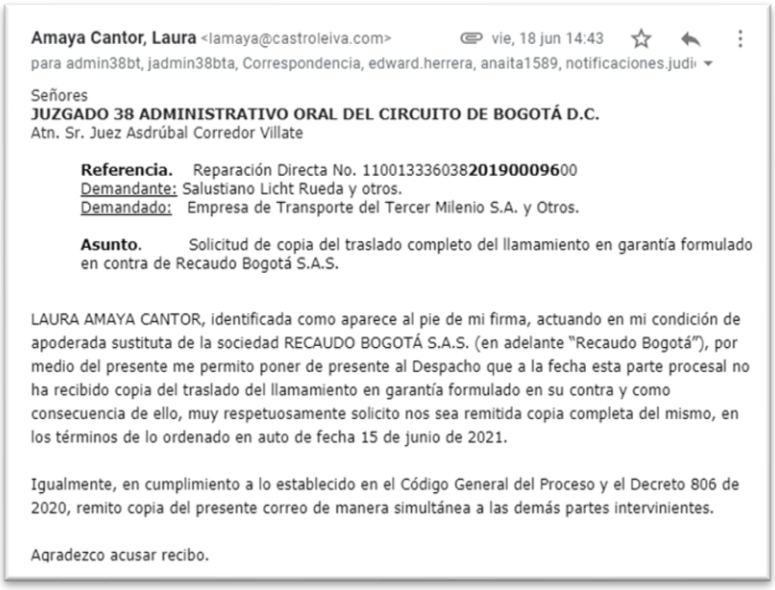
- En virtud de lo anterior, el Despacho dictó auto de fecha 15 de junio de 2021, notificado por estado el día 16 de junio de 2021 (enviado por correo electrónico este mismo día), mediante el cual resolvió aclarar la providencia anterior, específicamente los numerales 1° y 2°.

- En la parte motiva de la providencia aclaratoria, el Despacho expresamente indicó lo siguiente:

> "*Ahora, en cuanto a la solicitud elevada por la abogada de RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., relativa a que se le indique el momento a partir del cual empieza a correr el término que tiene para contestar el llamamiento en garantía, el Despacho considera que eso no es necesario en virtud a la aclaración anterior y, porque los términos empiezan a correr a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia por estado. **Sin embargo, se ordenará que la secretaria del juzgado, junto con la notificación del auto admisorio del llamamiento en garantía y de esta providencia, remita al correo electrónico de la llamada los documentos atinentes al mismo para que dicha sociedad pueda ejercer cabalmente su derecho a la defensa***." (Subrayado fuera del texto original)

- De acuerdo con lo anterior, es claro que, en principio, el término del traslado iniciaba a correr a partir del día siguiente a la notificación del auto por estado, esto es, el 17 de junio de 2021, SIN EMBARGO, para que ello ocurriera, era condición *sine quanon* que Recado Bogotá contara con la copia completa del traslado, aspecto que así fue ordenado por el propio Despacho de modo que por conducto de la Secretaría le fueran remitidos los documentos necesarios.

- El día 18 de junio de 2021, en vista que Recaudo Bogotá no había recibido los documentos del traslado, remitió memorial al Juzgado mediante correo electrónico del siguiente tenor:



Amaya Cantor, Laura <lamaya@castroleiva.com> vie, 18 jun 14:43

para admin38bt, jadmin38bta, Correspondencia, edward.herrera, anaita1589, notificaciones.judi

Señores
JUZGADO 38 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
Atn. Sr. Juez Asdrúbal Corredor Villate

Referencia. Reparación Directa No. 11001333603820190009600
Demandante: Salustiano Licht Rueda y otros.
Demandado: Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. y Otros.

Asunto. Solicitud de copia del traslado completo del llamamiento en garantía formulado en contra de Recaudo Bogotá S.A.S.

LAURA AMAYA CANTOR, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en mi condición de apoderada sustituta de la sociedad RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. (en adelante "Recaudo Bogotá"), por medio del presente me permito poner de presente al Despacho que a la fecha esta parte procesal no ha recibido copia del traslado del llamamiento en garantía formulado en su contra y como consecuencia de ello, muy respetuosamente solicito nos sea remitida copia completa del mismo, en los términos de lo ordenado en auto de fecha 15 de junio de 2021.

Igualmente, en cumplimiento a lo establecido en el Código General del Proceso y el Decreto 806 de 2020, remito copia del presente correo de manera simultánea a las demás partes intervinientes.

Agradezco acusar recibo.

- Seguidamente, ese mismo día, por conducto de la Secretaría, recibimos copia completa del traslado.

En este sentido, teniendo en cuenta que Recaudo Bogotá recibió los documentos del traslado solo hasta el día 18 de junio de 2021[3], el término del traslado inició a correr el día 21 de junio de 2021 y vence el día 12 de julio de 2021, razón por la cual, a la fecha de presentación de este escrito es oportuna la contestación al llamamiento.

2. CONSIDERACIONES A LOS HECHOS PRESENTADOS EN LA FORMULACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

2.1 AL PRIMER HECHO:

Es cierto. El día 1° de agosto de 2011, Transmilenio y la sociedad Recaudo Bogotá S.A.S, suscribieron el Contrato de Concesión No. 001 de 2011 (en adelante el "Contrato de Concesión") cuyo objeto se encuentra consignado en la Cláusula 1 de la siguiente forma:

> *"Otorgar en concesión el DISEÑO, SUMINISTRO, IMPLEMENTACIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL SUBSISTEMA DE RECAUDO, DEL SUBSISTEMA DE INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO Y DEL SUBSISTEMA DE INTEGRACIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LA INFORMACIÓN; EL DISEÑO, SUMINISTRO, IMPLEMENTACIÓN, GESTIÓN Y MANTENIMIENTO DEL SUBSISTEMA DE CONTROL DE FLOTA; EL SUMINISTRO DE LA CONECTIVIDAD; LA INTEGRACIÓN ENTRE EL SUBSISTEMA DE RECAUDO, EL SUBSISTEMA DE CONTROL*

[3] Debe manifestarse que Recaudo Bogotá, de manera diligente y en virtud de que ya conocía la providencia aclaratoria dictada por el Despacho, también acudió al propio llamante en garantía, por conducto de su apoderado judicial, quien contestó y remitió también copia del traslado el día viernes 18 de junio de 2021 mediante correo electrónico, esto es, el mismo día en que recibimos copia del Juzgado por conducto de su Secretaría.

DE FLOTA, EL SUBSISTEMA DE INFORMACIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LA INFORMACIÓN, QUE CONFORMAN EL SIRCI, PARA EL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE BOGOTÁ, D.C.

Nota 1: El objeto del presente contrato y su alcance se ejecutará por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO.

Nota 2: La descripción detallada y completa del objeto a contratar, su alcance y especificaciones técnicas están contenidos en el Anexo técnico N° 1 del Pliego que dio origen al presente contrato: "Resumen Ejecutivo Diseño Conceptual del SIRCI", el Anexo N° 2 del Contrato "Anexo Técnico" y el Anexo N° 3 del Contrato "Niveles de Servicio".

Nota 3: Teniendo en cuenta que este contrato es interdependiente de los contratos de operación del SITP, todos los documentos que hacen parte de dicha Licitación (TMSA-LP-04-2009), son de obligatoria consulta y cumplimiento para el CONCESIONARIO en lo pertinente al objeto del presente contrato y su alcance, y a las obligaciones y derechos previstos en el pliego de condiciones, anexos y preformas de la Licitación TMSA-LP-003-2011.

Nota 4: Aunque el objeto del contrato denomina subsistemas a las actividades de información y servicio al usuario, así como a las de integración y consolidación de la información, las mismas deben entenderse como inherentes a los subsistemas de recaudo y control de flota."

2.2 AL SEGUNDO HECHO:

Es cierto. El objeto del Contrato de Concesión consignado en la Cláusula 1 fue transcrito en su totalidad en la respuesta al primer hecho. Sobre el particular, es importante precisar que en dicho aparte se señala el objeto y se incluyen cuatro notas, es decir, constituyendo todo el contenido del alcance.

Por lo anterior, todas las notas deben ser consideradas como parte de la ejecución del objeto contractual, es decir, constituyen la operación del sistema de recaudo, la cual se encuentra determinada a partir de la definición de las obligaciones del Concesionario.

2.3 AL TERCER HECHO:

Es cierto. El Contrato de Concesión se encontraba vigente para el día 15 de enero de 2017, fecha en la cual ocurrieron los hechos presentados en el medio de control reparación directa.

2.4 AL CUARTO HECHO:

Es cierto. El Señor Licht se encontraba vinculado mediante contrato de trabajo a la empresa Recaudo Bogotá para la fecha en que ocurrieron los hechos expuestos en la demanda.

2.5 AL QUINTO HECHO:

Es cierto. Sobre el particular debe precisarse que si bien el Señor Licht y otros, demandaron en ejercicio del medio de control de reparación directa, el cual dio origen al presente proceso, no obstante, debe manifestarse enfáticamente, tal y como se explicará más adelante, que el fallecimiento del Señor Litch de ninguna manera es atribuible a Recaudo Bogotá y por lo tanto no se encuentra llamado a responder de ninguna manera, esto es, como demandado directo ni como llamado en garantía de cara a Transmilenio.

2.6 AL SEXTO HECHO:

Es parcialmente cierto. En efecto en el Contrato de Concesión incluyeron la Cláusula 66 la cual refiere a la responsabilidad frente a terceros, respecto de cuyo contenido me atengo a la literalidad del documento contractual y no a la transcripción realizada por Transmilenio.

No obstante, **no es cierto** que a partir de tal disposición se derive una responsabilidad en cabeza de Recaudo de Bogotá como pretende sugerirlo Transmilenio con base en este hecho. Al respecto se precisa lo siguiente:

- Sobre el particular, y como se explicará en detalle más adelante, debe destacarse que la Cláusula 66 del Contrato de Concesión refiere a aquellas actuaciones o situaciones que se produzcan por causa del Concesionario, es decir, por una acción u omisión de su parte que efectivamente le sea atribuible. Asimismo, dispone el clausulado que lo será con ocasión de sus dependientes, bienes que estén bajo su administración o que deriven, en particular, de la operación o ejecución del Contrato de Concesión.

- Como se expondrá, la realidad es que (i) no existe conducta alguna atribuible a Recaudo Bogotá (por acción ni por omisión) de la cual pueda desprenderse un juicio de responsabilidad en su contra frente a los hechos de la demanda; (ii) como tampoco existe un desconocimiento o incumplimiento de sus obligaciones de cara al Contrato de Concesión por lo cual deba ser llamado a responder, toda vez que lo ocurrido no se encuentra comprendido dentro del ámbito de sus obligaciones legales ni contractuales, y por el contrario, corresponde a la conducta de un tercero en el marco de una contravención contra el orden público, frente a lo cual ninguna responsabilidad tiene Recaudo Bogotá.

- En esta parte, en consideración del contenido de la Cláusula 66 del Contrato de Concesión, la responsabilidad frente a terceros que trae a colación Transmilenio implica un daño que se produzca con ocasión al incumplimiento de las obligaciones de Recaudo Bogotá, esto es, por supuesto en el marco del Contrato de Concesión y de acuerdo con sus obligaciones legales y contractuales, lo cual de ninguna manera se encuentra relacionado con los hechos y las pruebas presentadas en la demanda de reparación directa. El fallecimiento del Señor Licht se produce por una agresión causada por otro ciudadano, sin que pueda deducirse que su causa se relaciona con el cumplimiento de obligaciones contractuales de Recaudo Bogotá y muy por el contrario, como también se explicará más adelante —y es cosa juzgada—, Transmilenio sí tiene obligaciones a su cargo derivadas de su condición de entidad pública contratante relacionadas con la gestión de las medidas de seguridad necesarias para la

adecuada prestación del servicio público de transporte masivo en la ciudad de Bogotá.

2.7 AL SÉPTIMO HECHO

No es cierto. El objeto de la controversia suscitada con ocasión del medio de control de reparación directa no se encuentra comprendido dentro de la indemnidad que trae a colación Transmilenio, toda vez que: (i) no se deriva de ninguna acción u omisión atribuible a Recaudo Bogotá, (ii) tampoco de incumplimiento de una de sus obligaciones legales o contractuales y, por el contrario, a Transmilenio sí le resultan jurídicamente exigibles comportamientos relacionados con adoptar medidas de control necesarias para propender por la prestación del servicio público de manera segura a los ciudadanos, adelantar labores de gestión con la Alcaldía y la Policía Nacional para ello y, como entidad pública contratante, tiene la obligación de administrar y custodiar los bienes que forman parte del sistema de transporte masivo, tal y como lo confirmó recientemente un tribunal arbitral mediante laudo ejecutoriado que se adjunta.

Lo anterior, a fin de ser enfáticos en que no puede pretender ahora Transmilenio de algún modo desconocer o menos aún, trasladar a Recaudo Bogotá las obligaciones a su cargo sobre la base de una supuesta responsabilidad por indemnidad, cuando la realidad es que no se configuran los supuestos para ello.

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR TRANSMILENIO. EXCEPCIONES.

A continuación, se exponen las consideraciones jurídicas y se presentan excepciones al llamamiento en garantía formulado por Transmilenio en contra de Recaudo Bogotá en los siguientes términos: **(i)** excepciones previas: cláusula compromisoria y falta de jurisdicción y competencia; **(ii)** la inexistencia de una conducta por acción u omisión atribuible a Recaudo Bogotá de la cual pueda predicarse su responsabilidad; **(iii)** las obligaciones de Transmilenio respecto a la prestación del servicio público de transporte masivo: la protección y custodia de los bienes dispuestos para la prestación del servicio; **(iv)** las situaciones de orden público, de seguridad y actos contrarios a la convivencia ciudadana no son atribuibles a Recaudo Bogotá; **(v)** ausencia de responsabilidad de Recaudo Bogotá y el cumplimiento de sus obligaciones; **(vi)** incumplimiento de la carga de la prueba en cabeza de Transmilenio y **(vii)** Cosa juzgada.

3.1. EXCEPCIONES PREVIAS: CLÁUSULA COMPROMISORIA Y FALTA DE JURISDICCIÓN Y DE COMPETENCIA FORMULADAS EN ESCRITO SEPARADO.

De acuerdo con lo indicado en el escrito separado que se presenta en forma simultánea con esta contestación, Recaudo Bogotá formula las excepciones de (i) Cláusula Compromisoria y de (ii) Falta de Jurisdicción y de Competencia.

En relación con el contenido de estas dos excepciones, me remito en su integridad a lo expresado en el escrito que presentamos en forma separada, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el parágrafo del artículo 175 de la Ley 1437 de 0211 (CPACA).

3.2. LA INEXISTENCIA DE UNA CONDUCTA POR ACCIÓN U OMISIÓN ATRIBUIBLE A RECAUDO BOGOTÁ DE LA CUAL PUEDA PREDICARSE SU RESPONSABILIDAD.

La controversia que suscitó la presentación del medio de control Reparación Directa no está relacionada con alguna acción u omisión atribuible a Recaudo Bogotá. El cumplimiento del objeto del Contrato de Concesión no ha derivado en un daño o perjuicio a terceros.

Como quedó ampliamente explicado en la contestación a la demanda, no existe conducta alguna atribuible a Recaudo Bogotá a partir de la cual pueda desprenderse responsabilidad alguna a su cargo, respecto de los demandantes, como tampoco de cara a Transmilenio como se explica enseguida.

Contrario a lo afirmado por Transmilenio, a partir de lo pactado en la Cláusula 66 del Contrato de Concesión no se deriva responsabilidad alguna en cabeza de Recaudo Bogotá mucho menos una responsabilidad objetiva como lo pretende hacer ver, por la cual supuestamente deba ser llamado a indemnizar a Transmilenio, toda vez que no existe conducta alguna atribuible a Recaudo Bogotá. En los términos del Contrato de Concesión, que impongan un juicio de reproche en su contra.

El objeto del Contrato de Concesión hace referencia a la operación del sistema de recaudo del sistema de transporte público masivo en Bogotá, lo cual se concreta en las obligaciones contenidas en las cláusulas 16 y siguientes del Contrato de Concesión y respecto de las cuales Recaudo Bogotá ha dado cabal cumplimiento, sin que, se insiste, por acción u omisión haya adelantado una conducta que imponga una responsabilidad en favor de otro.

Sobre el particular, y tal y como se explicó en detalle en la contestación a la demanda, la realidad que lo sucedido en la estación de Transmilenio de la Avenida Jiménez refiere a una situación que trasciende al orden público y se encuentra asociado a un comportamiento contrario a la convivencia, respecto de lo cual Transmilenio tiene a su cargo obligaciones de gestión con otras autoridades públicas (Alcaldía y la Policía), así como de custodia y protección de los bienes que conforman el sistema de transporte masivo.

Ninguna de las obligaciones consignadas en el Contrato de Concesión tienen por objeto el control de la seguridad y/o la conservación de la convivencia; Recaudo Bogotá, como entidad Concesionaria encargada del diseño, suministro, implementación, operación y mantenimiento del subsistema de recaudo, del subsistema de información y servicio al usuario y del subsistema de integración y consolidación de la información; el diseño, suministro, implementación, gestión y mantenimiento del subsistema de control de flota; el suministro de la conectividad; la integración entre el subsistema de recaudo, el subsistema de control de flota, el subsistema de información y servicio al usuario y el subsistema de integración y consolidación de la información, que conforman el SIRCI, para el sistema integrado de transporte público de Bogotá D.C., **no** se encuentra obligado contractualmente a prestar la seguridad en las estaciones de Transmilenio, pues sus obligaciones para el efecto de las labores en las estaciones del sistema, se circunscriben específicamente a entregar información a los usuarios, operar y monitorear los equipos de recaudo y a los manejos de los dineros que se reciben con ocasión a la prestación del servicio de recarga de las tarjetas que sirven de medio de pago de la tarifa del sistema de transporte masivo en la ciudad de Bogotá.

Para el caso que nos ocupa, atendiendo al objeto de la controversia y de lo cual pretende Transmilenio ser indemnizado en el evento en que resulte condenado a partir de una declaratoria de responsabilidad por un daño antijurídico, la obligación que presuntamente se reputa como incumplida es la ausencia de fuerza policial y/o falta de seguridad en el lugar en el que se perpetuó el homicidio del señor Leonardo, por lo que para efectos de estudiar la falla en el servicio y el posterior análisis de cara al Contrato de Concesión, debe primero precisarse *¿quién está obligado legal o contractualmente a prestar la seguridad en las estaciones de Transmilenio?*

Al respecto, Recaudo Bogotá dentro de sus obligaciones contractuales **no** está llamado a prestar el servicio de seguridad en las estaciones de Transmilenio, y siquiera pensarlo desnaturalizaría el mismo Contrato de Concesión, teniendo en cuenta que: (i) Recaudo Bogotá no es una empresa o entidad dedicada a la seguridad nacional o a la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada; (ii) no está habilitada como empresa de seguridad por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada; (iii) la experiencia y la razón por la que Recaudo Bogotá fue contratada por Transmilenio no tienen nada que ver con la seguridad, en virtud de lo cual, Recaudo Bogotá no está autorizado para proveer chalecos antibalas, armas, bolillos o elementos de seguridad personal a sus funcionarios; (iv) en la misma línea, Recaudo Bogotá no ofrece capacitaciones o entrenamiento en seguridad o el uso de la fuerza y finalmente (v) es cosa juzgada que la responsabilidad por la seguridad de las estaciones y en particular, por adoptar las medidas para evitar la evasión del medio de pago, corresponde a Transmilenio y a la Policía Nacional.

Recaudo Bogotá no tiene ninguna responsabilidad en virtud de lo establecido en el Contrato de Concesión suscrito con Transmilenio, no hay daños o perjuicios causados a terceros atribuibles a acciones u omisiones derivados de la operación del sistema de recaudo, resultando entonces, un llamamiento que no tiene vocación de prosperidad al pretenderse una indemnidad por situaciones ajenas a las obligaciones consignadas y que por tratarse de una situación asociada a la seguridad y las conductas de conveniencia, involucran las funciones y competencias vinculadas con "*un asunto de orden público, que afecta la convivencia y seguridad de los usuarios del sistema de transporte público, siendo responsabilidad exclusiva del Estado y de la Policía Nacional contrarrestarla, de conformidad con la Ley 1801 de 2016*" y aquellas que son propias del prestador del servicio público de transporte. (Ver Resuelve tercero del Laudo adjunto)

Al respecto, debe insistirse en que el análisis de cara al Contrato de Concesión refiere estrictamente a las obligaciones que Recaudo Bogotá asume en la condición de Concesionario, luego aun en el evento en que prosperen las pretensiones de la demanda por una supuesta falla del servicio, ello de manera automática no impone que Recaudo Bogotá tenga una responsabilidad contractual (distinta a la extracontractual objeto de análisis en la reparación directa) de cara a Transmilenio quien, por el contrario, tiene la carga de probar que en efecto Recado Bogotá incumplió sus obligaciones frente al Contrato de Concesión.

3.3. LAS OBLIGACIONES DE TRANSMILENIO RESPECTO A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE MASIVO: LA PROTECCIÓN Y CUSTODIA DE LOS BIENES DISPUESTOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO.

El gestor para el sistema de transporte público masivo en la ciudad de Bogotá es Transmilenio y que como tal —como entidad pública y contratante que es—, se insiste, al

ser la entidad encargada de la prestación del servicio público de transporte masivo en la ciudad de Bogotá, es a esta entidad a quien le corresponde gestionar junto con la Alcaldía de Bogotá, las medidas de seguridad necesarias en las instalaciones en las que se presta el servicio apoyándose por supuesto en la Fuerza Pública.

Así, Transmilenio tiene a su cargo obligaciones relativas a la adopción de medidas necesarias, suficientes y efectivas para controlar la seguridad en las estaciones del sistema, así como propender por la custodia los bienes que forman para del sistema de transporte masivo.

Las situaciones que afecten la estructura y los bienes dispuestos para la prestación del servicio de transporte público, implican una gestión de seguridad únicamente correspondiente a Transmilenio, encargada de su administración y custodia permanente, en cumplimiento de sus obligaciones.

Lo anterior, así fue expresado por Recaudo Bogotá a Transmilenio en comunicación con radicado 2015ER07181 del 17 de marzo de 2015, en los siguientes términos:

> *"En efecto, quedó evidenciado durante la supervisión operativa, que en ocasiones el personal operativo dispuesto para el control de acceso ha sido objeto de ataques contra su integridad física, como quiera que algunos usuarios del sistema, ante la amonestación de nuestro personal para que validen el acceso, arremeten con improperios y agresiones físicas ocasionándoles, incluso, lesiones personales, de acuerdo con los informes periciales de la clínica forense solicitados por la Fiscalía Delegada (…)*
>
> *Al tenor de lo anterior, nótese cómo para el mismo Transmilenio S.A.,* ***entidad pública encargada de administrar y custodiar los bienes que forman para del sistema de transporte masivo, no ha sido posible desplegar acciones suficientemente efectivas para controlar los actos vandálicos que atentan contra la infraestructura que compone el Sistema, a pesar de que dicha función de encuentra a su cargo de conformidad con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 15 del Acuerdo 002 de 2011***." (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Las consideraciones expuestas conducen a una conclusión inequívoca en el presente caso, esto es, que Transmilenio en ejercicio de sus funciones y competencias tiene obligaciones relativas a adoptar medidas para la conservación, custodia y seguridad de los bienes que conforman la infraestructura del sistema de transporte público masivo.

En línea con lo anterior, es de resaltar, igualmente, que, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 83 del Contrato de Concesión y el Anexo 5 del mismo —Matriz de Riesgos—, las contingencias relativas al orden público y a la seguridad en estaciones y portales (por ser de exclusiva competencia de la Fuerza Pública), **no fueron asignados a Recaudo Bogotá**. En este sentido, es de resaltar, entonces, que, para los efectos del Contrato de Concesión, al no asignarse expresamente el riesgo de orden público a Recaudo Bogotá (el cual en todo caso no podría legalmente asignarse), y no establecerse su valoración, asignación y cuantificación, el mismo tiene la connotación de imprevisible, y, por ende, del cargo de Transmilenio, quien, en cooperación con la Policía Nacional, debe establecer las medidas de mitigación de este riesgo y los daños ocasionados a terceros.

Transmilenio es quien puede solicitar el acompañamiento e intervención de la Fuerza Pública en el cuidado, atención y prevención de emergencias al interior de la infraestructura del Sistema Integrado de Transporte Público, siendo esto, parte del cumplimiento de sus obligaciones legales.

En consecuencia, la realidad es que Transmilenio tiene obligaciones a su cargo que ahora pretende desconocer y/o trasladar a Recaudo Bogotá, pretendiendo que el Concesionario asuma una responsabilidad por una situación que no solo no se deriva de una actuación que le es atribuible, sino que respecto de ello Transmilenio sí tiene obligaciones a su cargo y por las cuales, en el evento de demostrarse la ocurrencia de un daño antijurídico, habrá de responder en su condición de entidad pública contratante, sin que el Concesionario deba indemnizarlo en modo alguno por ello.

3.4. LAS SITUACIONES DE ORDEN PÚBLICO, DE SEGURIDAD Y ACTOS CONTRARIOS A LA CONVIVENCIA CIUDADANA NO SON ATRIBUIBLES A RECAUDO BOGOTÁ.

Tal y como se explicaba en precedencia respecto de las obligaciones de Recaudo Bogotá y cómo las que tiene que ver con la seguridad y el uso de la fuerza en situaciones contrarias al orden público no se encuentran a su cargo y escapan por completo a su condición de contratista y Concesionario.

En primer lugar, debe destacarse que, de acuerdo con la Constitución y la Ley, la protección a los ciudadanos, su defensa y el uso de las armas se encuentra de forma privativa en cabeza del Estado, particularmente, en la Fuerza Pública de acuerdo con lo previsto en el artículo 216 de la Constitución Política que dispone:

> "*La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.*
>
> *Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.*
>
> *La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.*"

Así, en un Estado Social de Derecho como el colombiano, la preservación del orden público se encuentra en cabeza de la Policía, frente a lo cual, es pertinente traer a colación lo que ha precisado la Corte Constitucional al respecto:

> "*En un Estado Social de Derecho, la preservación del orden público representa el fundamento y el límite de las competencias de Policía. Al referirse al orden público, este Tribunal lo ha definido como "el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos". Así las cosas, la Corte ha considerado que este deber de protección es función, principalmente, de las autoridades de Policía por ser las encargadas de garantizar el derecho constitucional fundamental a la salvaguarda de todas las personas dentro del territorio de la República.*

Recientemente, en la sentencia C-225 de 2017 la Sala Plena de la Corte Constitucional se ocupó de definir el concepto de orden público, así: "la importancia constitucional del medio ambiente sano, elemento necesario para la convivencia social, tal como expresamente lo reconoció la Ley 1801 de 2016, implica reconocer que el concepto clásico de orden público, entendido como "el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos", debe completarse con el medio ambiente sano, como soporte del adecuado desenvolvimiento de la vida en sociedad. En este sentido, el orden público debe definirse como las condiciones de seguridad, tranquilidad y de sanidad medioambiental, necesarias para la convivencia y la vigencia de los derechos constitucionales, al amparo del principio de dignidad humana" (negrillas no originales).

En el régimen constitucional colombiano la noción de Policía presenta varias acepciones, todas ellas dirigidas al cumplimiento de los deberes sociales, el logro de la convivencia pacífica entre los asociados y el mantenimiento de la seguridad individual y colectiva. Recientemente en la sentencia C-223 de 2017, reiterando lo dispuesto en la sentencia C-117 de 2006, la Corte precisó las formas de actividad del Estado relacionadas con la preservación y el restablecimiento del orden público, así:

> "*El poder de Policía se caracteriza por ser de naturaleza normativa y consiste en la facultad legítima de regulación de la libertad con actos de carácter general, impersonal y abstracto, orientados a crear condiciones para la convivencia social. Agregó la Corte que esta facultad permite limitar el ámbito de las libertades públicas en relación con objetivos de salubridad, seguridad y tranquilidad públicas, y que generalmente se encuentra adscrita al Congreso de la República.*
>
> *La función de Policía está supeditada al poder de Policía y consiste en la gestión administrativa concreta del poder de Policía. Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por el poder de Policía a las autoridades administrativas de Policía. Su ejercicio corresponde, en el nivel nacional, al Presidente de la República. En las entidades territoriales compete a los gobernadores y a los alcaldes, quienes ejercen la función de Policía dentro del marco constitucional, legal y reglamentario.*
>
> *Finalmente dijo la Corte en la referida Sentencia C-117 de 2006, que la actividad de Policía es la ejecución del poder y de la función de Policía en un marco estrictamente material y no jurídico, correspondiendo a la competencia del uso reglado de la fuerza, que se encuentra necesariamente subordinada al poder y a la función de Policía*

Acorde con lo anterior, las medidas para preservar el orden público pueden consistir en "(i) el establecimiento de normas generales que limitan los derechos para preservar el orden público; (ii) la expedición de actos normativos individuales, dentro de los límites de esas normas generales; (iii) el despliegue de actividades materiales, que incluyen el empleo de la coacción y que se traduce en la

organización de cuerpos armados y funcionarios especiales a través de los cuales se ejecuta la función".".[4] (Subrayado fuera del texto original)

En segundo lugar, en cuanto al control de la evasión, debe advertirse que está a cargo de Transmilenio y de la Policía Nacional, de acuerdo con la Ley 1801 de 2016, el Manual del Usuario adoptado mediante Resolución 696 de 2018, y de obligatorio cumplimiento para usuario del Sistema según lo previsto en el artículo 4° de la Resolución 491 de 2017. La Ley 1801 de 2016 –Código Nacional de Policía- establece lo siguiente:

> *"Artículo 10°. Deberes de las autoridades de Policía.* (…) *3. Prevenir situaciones y comportamientos que ponen en riesgo la convivencia.*
>
> *Artículo 20 Actividad de policía. Es el ejercicio de materialización de los medios y medidas correctivas, de acuerdo con las atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias conferidas a los uniformados de la Policía Nacional, para concretar y hacer cumplir las decisiones dictadas en ejercicio del poder y la función de policía, a las cuales está subordinada.*
>
> *Artículo 22°. Titular del uso de la fuerza policial. La utilización de la fuerza legítima corresponde de manera exclusiva, en el marco de este Código, a los miembros uniformados de la Policía Nacional, de conformidad con el marco jurídico vigente, salvo en aquellos casos en los que de manera excepcional se requiera la asistencia militar.*
>
> *Artículo 25°. Comportamientos contrarios a la convivencia y medidas correctivas. Quienes incurran en comportamientos contrarios a la convivencia serán objeto de medidas correctivas de conformidad con esta ley, sin perjuicio de las demás acciones que en derecho correspondan.*
>
> *Artículo 146. Comportamientos contrarios a la convivencia en los sistemas de transporte motorizados o servicio público de transporte masivo de pasajeros.* (…) *7. Evadir el pago de la tarifa, validación, tiquete o medios que utilicen los usuarios para acceder a la prestación del servicio esencial de transporte público I de pasajeros, en cualquiera de sus modalidades."*

En concordancia con todo lo anterior, para los efectos del caso concreto tenemos lo siguiente:

- Transmilenio tiene obligaciones a su cargo en relación con adoptar gestiones y medidas de control necesarias, suficientes y efectivas para propender por la seguridad de los bienes y de la infraestructura del Servicio Público de Transporte.

- Asimismo, Transmilenio es responsable, como entidad pública, de propender por la paz y la convivencia ciudadana, para efectos de lo cual debe adoptar las medidas de control necesarias en colaboración con las demás entidades, y en desarrollo de los principios de colaboración armónica y complementariedad establecidos en los artículos 113 y 209 de la Constitución Política de Colombia.

[4] Corte Constitucional, Sentencia C 128 de 28 de noviembre de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

- La preservación del orden público no refiere a una actividad u obligación exigible a Recaudo Bogotá, por cuanto (i) constitucionalmente se encuentra en cabeza del Estado, en particular, de la Fuerza Pública y, obviamente en concordancia con ello, (ii) tampoco le fue ni le podría haber sido trasladado ese riesgo a Recaudo Bogotá de cara al Contrato de Concesión, tipificándose entonces como uno de aquellos riesgos imprevisibles en cabeza de la entidad estatal.

- De manera particular, la evasión del pago de la tarifa fue tipificada como una conducta contraria a la convivencia y por la misma vía, las acciones preventivas y correctivas para contrarrestar este fenómeno son del fuero exclusivo de la Policía Nacional, no de Recaudo Bogotá.

- Sumado a lo anterior, la Policía Nacional es quien tiene los medios que le permiten mediante adoptar medidas disuasivas o hasta coercitivas para preservar el orden público e incidir en los comportamiento y conductas de los individuos, precisamente, porque de conformidad con la Constitución Policía de Colombia y la legislación puede hacer un uso legítimo de la fuerza, para lo cual la utilización de armas y otro tipo de elementos es de carácter privativo y exclusivo de dicha autoridad.

Es por todo lo anterior que Recaudo Bogotá no se encuentra en la obligación de responder de cara a Transmilenio por el supuesto incumplimiento de sus obligaciones, toda vez que, no ha desconocido ninguna de estas, pero, adicionalmente, las que Transmilenio pretende atribuir al Concesionario no son de su resorte sino del propio Transmilenio y de la Policía Nacional.

3.5. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE RECAUDO BOGOTÁ Y EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES.

El ordenamiento jurídico colombiano contempla que la existencia de responsabilidad extracontractual del Estado depende de la interacción de tres elementos: culpa, daño y la relación de causalidad entre el afectado y quien genera la lesión.

Así, la responsabilidad extracontractual del Estado se enmarca en los términos del artículo 90 de la Constitución y la teoría del daño antijurídico y el rompimiento de las cargas públicas, predicándose entonces que el Estado ha de responder por el daño que ocasione a un particular por la acción u omisión de sus agentes, incluso, por ejemplo, a partir del comportamiento de sus contratistas.

Adicionalmente, como lo ha establecido la doctrina jurídica y judicial, en la responsabilidad extracontractual del Estado existen unos factores de imputación específicos con base en los cuales se atribuye la responsabilidad tales como, la falla del servicio (incumplimiento de una obligación o deber) y el riesgo excepcional (afectación a un bien jurídicamente tutelado por la creación de un riesgo anormal).

Por su parte, como se explicó ampliamente en la contestación a la demanda, en tratándose de un particular (contratista del estado), el juicio de responsabilidad no debe estudiarse, analizarse, aplicarse ni calificarse bajo el mismo rasero, toda vez que, si bien no se desconoce que los contratistas del estado pueden comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado, el juicio de reproche frente al contratista, en el evento de

establecerse que existe responsabilidad, debe satisfacer todos los elementos para ello, es decir, el hecho, el nexo causal, el daño y el elemento subjetivo de culpa.

En este sentido, siendo lo mencionado un análisis que corresponde de cara a la demanda formulada de manera directa en contra de Recaudo Bogotá, otro es el estudio propio de la responsabilidad contractual que reclama Transmilenio derivada del Contrato de Concesión, el cual se analiza, se insiste, bajo los fundamentos de la responsabilidad contractual, esto es, del incumplimiento de un vínculo o negocio jurídico.

Las obligaciones contractuales adquiridas por Recaudo Bogotá mediante suscripción del Contrato han sido todas cumplidas a cabalidad, además de las obligaciones legales, en ese sentido, no existe incumplimiento alguno en los deberes que en cabeza de mi mandante se encontraban con anterioridad y al momento del supuesto accidente, como tampoco en la actualidad. Por lo anterior es imposible pretender endilgarle responsabilidad de Recaudo Bogotá por un incumplimiento contractual del Contrato de Concesión —derivado de la presunta responsabilidad por una supuesta falla en el servicio por omisión como lo pretende Transmilenio—, toda vez que: (i) Recaudo Bogotá cumplió con todas sus obligaciones en virtud del Contrato de Concesión; (ii) cumplió todas sus obligaciones como empleador del señor Leonardo, (iii) adelantó y gestionó las capacitaciones para el desarrollo del cargo, y su coordinación con las autoridades de policía, lo cual no fue seguido por el señor Leonardo, causando las circunstancias de hecho que hoy ya se conocen y (iv) por el contrario, son el propio Transmilenio y la Policía Nacional los únicos responsables de garantizar la seguridad de los usuarios y funcionarios del Sistema Integrado de Transporte Público de la ciudad de Bogotá, ante eventos de orden público, como el que es objeto de la demanda.

Sobre el particular, debe entonces señalarse que, en adición al cumplimiento estricto de las obligaciones propias del Contrato de Concesión relacionadas con la operación del sistema a cargo de Recaudo Bogotá, esta empresa también atendió las obligaciones que le corresponden como empleador y por las cuales tampoco podrá sacar avante sus pretensiones Transmilenio, bajo la figura de una supuesta indemnidad en su favor.

Como ya se explicó en la contestación a los hechos de la demanda, Recaudo Bogotá no tuvo culpa en el accidente de trabajo que sufrió el señor Leonardo, razón por la cual, no hay lugar al reconocimiento y pago de indemnización o reparación alguna, ya que Recaudo Bogotá desplegó todas las acciones a las que estaba obligado para garantizar al ex colaborador su salud y seguridad, así como un puesto de trabajo seguro.

Corolario con lo anterior, Recaudo Bogotá adoptó todas las medidas a su cargo, de lo cual se aportan pruebas documentales, tales como:

(a) Se le indicó y explicó el perfil del cargo y funciones del Representante de Información y Control.

(b) Se realizó capacitación sobre temáticas relacionadas al cargo sobre evasión y riesgos. En este sentido, se adjunta presentación de las pautas básicas para la prevención del riesgo público, así como la correspondiente campaña socializada en el año 2016, de la cual consta la asistencia del señor Leonardo.

(c) Se hicieron capacitaciones de HSE, explicando a los trabajadores las normas de seguridad pertinentes, el uso de los EPP, prevención de accidentes, trabajo seguro y enfermedades laborales.

(d) Se le suministraron elementos de dotación personal, conforme con el cargo a desempeñar.

(e) Se hicieron los pagos de seguridad social y aportes.

(f) Se afilió a ARL.

(g) Se hizo la liquidación de prestaciones sociales, se entregó la autorización de retiro de cesantías, y se hizo conforme con lo establecido en la normatividad laboral vigente.

(h) Se adelantaron las actividades pertinentes para gestionar la pensión de sobrevivientes, y del acto de notificación de pago de pensión de sobrevivientes se hicieron partícipes los demandantes.

(i) Se llevaron a cabo las actividades pertinentes sobre lecciones aprendidas.

En consecuencia, no existe responsabilidad contractual alguna atribuible a Recaudo Bogotá derivada del supuesto incumplimiento contractual del Contrato de Concesión y/o de incumplimiento legal alguno, más aún cuando es cosa juzgada que en materia de eventos de orden público como el que es objeto de la demanda, los responsables de garantizar la seguridad son el propio Transmilenio y la Policía Nacional, como se explicará en detalle mas adelante.

3.6. INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN CABEZA DE TRANSMILENIO.

En este punto han coincido la jurisprudencia y doctrina en que la carga de la prueba de los elementos constitutivos de la responsabilidad, previamente enunciados, en cada caso concreto, compete, por regla general a quien alega haber sufrido un daño demostrarlo.

De acuerdo con la jurisprudencia y en concordancia con el artículo 167 del Código General del Proceso, quien pretenda la reparación de un daño debe demostrarlo.[5]

Así, es que se ha reconocido desde la doctrina y la jurisprudencia que la jurisdicción de lo contencioso administrativo opera bajo el principio de la justicia rogada, el cual puede conceptuarse como lo explica la Corte Constitucional en los siguientes términos:

> "*La jurisdicción de lo contencioso administrativo funciona bajo el principio de justicia rogada. Ello significa que, por regla general, el operador jurídico no puede actuar de manera oficiosa, sino que su actividad se desarrolla respecto de los cargos que los ciudadanos plantean en ejercicio de las acciones constitucionales y legales que han sido previstas por el Legislador. En otras palabras,* ***le compete al administrado iniciar, impulsar y tramitar las actuaciones judiciales que le permitan defender sus pretensiones****. De ahí que, este principio tenga dos implicaciones significativas. La primera, la imposibilidad de iniciar de oficio un trámite judicial, pues se entiende que la persona interesada en reclamarle a la Administración la ocurrencia de un*

[5] Artículo 167. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagren el efecto jurídico que ellas persiguen.

*daño antijurídico, **tiene la carga procesal de presentar la demanda, exponiendo con suficiencia las razones que le sirven de fundamento a sus pretensiones**. Por consiguiente, el A quo no puede, al momento de tramitar y decidir de fondo el asunto, rebasar el marco de la relación jurídico procesal trabada por las partes*.

Para el caso que nos ocupa, el llamamiento en garantía formulado por Transmilenio en contra de Recaudo Bogotá constituye una verdadera demanda en su contra, puesto que en virtud de esta figura, lo que se proponen son unas pretensiones con base en una relación jurídica legal o contractual sobre la base de la cual se solicita el pago de unos perjuicios por una eventual condena en desarrollo de un proceso judicial en curso.

Lo anterior es de suma importancia, es decir, que el llamamiento es una verdadera demanda, lo cual se confirma con lo previsto en las legislaciones procesales, tanto en el CPACA como en el CGP, estatutos que señalan que para la formulación del llamamiento en garantía deben cumplirse los requisitos de la demanda para su formulación (artículos 225 del CPACA y en concordancia con el 64 del CGP).

A partir de ello, lo que se quiere poner de presente es que el llamante en garantía tiene la carga de probar (i) los hechos que sirven de base al llamamiento, (ii) así como los perjuicios o pretensiones económicas que reclama del llamado.

Por lo anterior es que, como ya se anticipaba, en el evento en que se materialice una condena en contra de Transmilenio como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones de la demanda, ello no deriva automáticamente en una condena en contra de Recaudo Bogotá y en favor de Transmilenio, toda vez que son relaciones jurídicas distintas y que deben ser analizadas bajo supuestos de hecho diferentes.

En este sentido, Transmilenio tiene la carga de probar, en el evento que resulte condenada, que a su turno Recaudo Bogotá incumplió sus obligaciones derivadas del Contrato de Concesión, que fruto de dicho supuesto incumplimiento se generó un daño a unos terceros y que en efecto existe un derecho en favor de Transmilenio para exigir de su contratista una indemnización.

De lo anterior cabe destacar por supuesto que, además de tener que probar que Recaudo Bogotá incumplió, Transmilenio también debe acreditar que como consecuencia de dicho incumplimiento se generó un daño indemnizables y además que no tuvo incidencia alguna en el daño causado, ya sea por acción u omisión de cara a sus obligaciones legales y contractuales como entidad pública y contratante, pues de lo contrario, deberá asumir directamente las consecuencias de la responsabilidad en cabeza suya, sin que pueda solicitar indemnización alguna a su contratista.

En el caso concreto, Transmilenio no aporta prueba alguna ni logrará demostrar que existe un incumplimiento en cabeza de Recaudo Bogotá, pues la realidad es que con el llamamiento en garantía formulado, simplemente se limita a transcribir una cláusula del Contrato de Concesión —sin explicación ni fundamentación real alguna— para pretender derivar de allí una especie de responsabilidad objetiva y con ello, una indemnización en su favor, lo cual por supuesto no está llamado a prosperar.

3.7. LA COSA JUZGADA ARBITRAL – LA SEGURIDAD EN EL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PUBLICO Y EL CONTROL DE LA EVASIÓN EN NINGÚN CASO SON RESPONSABILIDAD DE RECAUDO BOGOTÁ S.A.S

Ampliando los argumentos presentados en el numeral 3.2. y 3.4. del presente escrito, nos permitimos informar al Despacho que Transmilenio y Recaudo Bogotá S.A.S acudieron a un Tribunal de Arbitramento con el fin de determinar si mi representada era responsable del control y de asumir los efectos económicos derivados de la evasión en el Sistema Integrado de Transporte de la ciudad de Bogotá. Así las cosas, en Laudo de 3 de mayo de 2021 el Tribunal Arbitral consideró entre otros lo siguiente:

> *74. Sin embargo, los hechos materia de evasión que se han puesto en conocimiento del Tribunal, sobre los que se centra la discusión en este proceso, corresponden al acaecimiento del riesgo consistente en que los usuarios eluden o evitan el sistema, esto es, lo que se ha llamado en este trámite "riesgo de evasión física" (en contraste con el que en este trámite se ha denominado "evasión tecnológica"). Tales circunstancias -evasión física- no constituyen un riesgo que haya sido asignado al Concesionario tal como se explica en este laudo.*
>
> *20.- Así mismo, conforme a la expuesta diferenciación entre evasión tecnológica y evasión física, se impone también considerar que la primera puede y debe ser mitigada directamente por el Concesionario del SIRCI, mientras que frente a la segunda, no fluye la misma conclusión, por intervenir fenómenos particulares y en todo caso exógenos a su control.*
>
> *21.- Igualmente, se encuentra que la correcta interpretación del contenido de las cláusulas 20,16, 2017 y 20.19 del Contrato, concretan la gestión de Recaudo Bogotá en la idónea adquisición y mantenimiento funcional de los equipos y sistemas informáticos que componen el Subsistema de Recaudo, de forma que los mismos no permitan el ingreso al sistema sin el pago de la tarifa.*
>
> *22.- Particularmente, la cláusula 20,17 limita expresamente dicho riesgo incluido en la matriz de riesgos al establecer, precisamente, que el riesgo comercial asumido por el concesionario se refiere al ocasionado por deficiencias en el sistema de recaudo provisto.*
>
> ***23.- En consecuencia, no sería desde esa perspectiva lógico o cabal, asignar riesgos derivados de situaciones cuya mitigación no dependa directamente del concesionario del SIRCI, como evidentemente, concierne al caso de la evasión física del medio de pago.***
> ***(..)***
>
> ***27. Por las anteriores razones, el Tribunal habrá de descartar que en la operación del Sistema Integrado de Transporte Público, la acción del usuario encaminada a eludir barreras físicas de control de acceso, por las citadas maniobras que van desde saltar por encima de la barrera o pasar por debajo de esta, o eludir las puertas laterales de las estaciones, entre otras modalidades, sean riesgos a cargo de Recaudo Bogotá.***
>
> *(…)*

B. El control del riesgo de fraude por evasión física. Papel de Transmilenio como Ente Gestor del Sistema, de Recaudo Bogotá y de la Policía Nacional.

1.- Tal como fue enunciado en los capítulos previos el riesgo comercial de fraude por evasión física -y por ende su efecto económico- se encuentra asignado en cabeza de Transmilenio, entre otras cosas porque no fue previsto en la matriz de riesgos con sus características y magnitud*, al celebrarse el Contrato de Concesión No. 001 de 2011. En tal sentido, tratándose de un riesgo imprevisto no podría haber sido asignado al Concesionario en contravía del régimen legal sobre la asignación de riesgos previsibles en la contratación estatal.*".[6]

Y por lo tanto, el referido panel arbitral decidió entre otros:

Segundo.- Declarar que ***TRANSMILENIO S. A. incumplió el régimen legal de los riesgos en el derecho público de la contratación estatal y el Contrato de Concesión No. 001 de 2011 al exigir a RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. que responda por todos los casos de evasión del medio de pago presentados, sin tener en cuenta los alcances y límites de las obligaciones y funciones del personal operativo dispuesto por el Concesionario del SIRCI, riesgos que no giran en torno a su empresa o actividad y escapan de su control o administración****. En consecuencia, prospera la pretensión segunda principal de la demanda.*

Tercero.- Declarar que prospera en forma parcial y con el alcance señalado en la parte motiva, la pretensión tercera principal de la demanda según la cual, ***el control de la evasión del pago de la tarifa presentada por eludir las barreras físicas de control de acceso dispuestas por RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. es un asunto de orden público, que afecta la convivencia y seguridad de los usuarios del sistema de transporte público, siendo responsabilidad exclusiva del Estado y de la Policía Nacional contrarrestarla, de conformidad con la Ley 1801 de 2016****.*

Cuarto.- ***Declarar que TRANSMILENIO S. A. es el responsable de adoptar, en conjunto con la Policía Nacional, las medidas para evitar la evasión del medio de pago por circunstancias distintas a fallas técnicas del subsistema de recaudo****. En consecuencia, prospera en forma parcial la pretensión cuarta principal de la demanda.*

Quinto.- ***Declarar que TRANSMILENIO S. A. debe adoptar a su costo y riesgo medidas tecnológicas, técnicas, de infraestructura y de aumento de fuerza pública eficientes y necesarias para evitar la evasión del medio de pago en el sistema integrado de transporte público, por circunstancias distintas a fallas técnicas del subsistema de recaudo****. En consecuencia, con el alcance señalado en la parte motiva, prospera la pretensión quinta principal de la demanda.*

Sexto.- ***Declarar que RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. no está obligada a responder por obligaciones de imposible cumplimiento, por no tener capacidad ni facultad legal, constitucional, ni contractual para controlar la evasión del medio de pago por medios físicos (colados)****. En consecuencia, prospera en*

[6] Laudo Arbitral de 3 de mayo de 2021. Recaudo Bogotá vs Transmilenio. Árbitros: Samuel Chalela, Hernando Herrera y Florencia Lozano, paginas 43, 51, 52, 53.

forma parcial y con el alcance señalado en la parte motiva, la pretensión sexta principal de la demanda. (Subrayas y negrillas nuestras)

De los apartes citados del Laudo Arbitral, resulta claro que el juez del contrato analizó tanto los riesgos asignados en el Contrato de Concesión como sus efectos económicos, determinando que respecto de la evasión física del medio de pago, es decir, cuando un ciudadano intenta ingresar a una estación sin efectuar el pago y validación de la tarjeta, no hay asignación de riesgo contractual y no hay, como evaluó el Tribunal, incumplimiento contractual alguno por no estar dicha función asignada a Recaudo Bogotá. Ello es fundamental, para el análisis del presente caso, pues confirma la argumentación expuesta por Recaudo Bogotá en la contestación de la demanda y en el presente escrito de respuesta al llamamiento en garantía, pues si no existe obligación contractual relacionada con esta función, ni era un riesgo asignado a Recaudo Bogotá, no es por tanto la parte llamada a responder por un hecho de violencia (orden público) relacionado con esta actividad (pretensiones de la demanda) ni tampoco para responder a Transmilenio en caso de una eventual condena en su contra (llamamiento en garantía), al ser este riesgo responsabilidad del propio Transmilenio S.A. y de la Policía Nacional, de conformidad con la interpretación del juez del contrato.

Ruego finalmente al honorable despacho considerar, que existe una diferencia conceptual entre la cláusula de indemnidad y una cláusula que consagre una relación de garante. La indemnidad tiene como presupuesto que haya una conducta del contratista, es decir que el hecho del que se imputa responsabilidad se produzca por su causa (acción u omisión), es decir la evaluación de responsabilidad a través de una cláusula de indemnidad implica la revisión de la conducta de la parte contra quien se aduce, ello implica un juicio de responsabilidad, que para el caso que nos ocupa se está analizando en este proceso, pues Recaudo Bogotá tiene la calidad de demandada. Cuestión diferente la constituye una cláusula de garante, en la que no se evalúa la responsabilidad del garante, sino la relación contractual entre ambas partes que impone a una de ellas responder en nombre de la otra frente a una eventual condena, y que es natural de una relación como la surgida en una póliza de seguros. Considerado lo anterior, estimo que la Cláusula 66 del Contrato de Concesión no establece una relación de garante entre Recaudo Bogotá y Transmilenio, pues remite a una evaluación de la conducta del Contratista -juicio de responsabilidad-, y por lo tanto no es un supuesto para determinar una relación de llamamiento en garantía, por lo que deberá despacharse negativamente el llamamiento en garantía en caso de que no se acojan los argumentos de las excepciones al llamamiento formulados en escrito separado, y que implican la falta de competencia para resolver esta controversia por existir cláusula compromisoria.

4. CONSIDERACIONES A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR TRANSMILENIO

En virtud de lo explicado en precedencia y con fundamento en los argumentos expuestos, Recaudo Bogotá se opone a la prosperidad de las pretensiones de Transmilenio, toda vez que no existe responsabilidad alguna en cabeza del Concesionario derivada del objeto de la controversia suscitada por la parte demandante, como tampoco derivada de la ejecución del Contrato de Concesión, por lo cual se encuentre llamado a responder o indemnizar a Transmilenio.

5. PRUEBAS

A fin de demostrar los supuestos de hecho sobre los cuales se soporta la defensa Recaudo Bogotá, toda vez que se encuentran relacionados en forma directa con la defensa propuesta respecto de la demanda, solicito al Despacho tener como pruebas todas y cada una de las aportadas y solicitadas por el Recaudo Bogotá con la contestación a la demanda, esto es, las documentales y testimoniales y, adicionalmente, sea tenida en cuenta la que se indica a continuación y se aporta:

- Laudo Arbitral de fecha 3 de mayo de 2021 dictado por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias entre Transmilenio y Recaudo Bogotá.

6. PETICIÓN

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, solicito al Despacho negar en su integridad las pretensiones formuladas en contra de Recaudo Bogotá y, en consecuencia, eximirla de toda responsabilidad y condenar en costas al llamante en garantía en lo que corresponda.

7. NOTIFICACIONES

- Recaudo Bogotá recibirá notificaciones en la Carrera 7 # 24 - 89 Piso 30, en la ciudad de Bogotá, y en el correo electrónico recaudobogotasas@rbsas.co

- El suscrito apoderado recibirá notificaciones en la carrera 7 No. 77 – 07 oficina 501 en Bogotá D.C. y en los correos electrónicos mcastro@castroleiva.com y jileiva@castroleiva.com[7]

Atentamente,

LAURA AMAYA CANTOR
C.C. No. 1.010.194.545
T.P No. 271497
Abogada Inscrita
CASTRO LEIVA RENDÓN ABOGADOS S.A.S.

[7] De acuerdo con la sustitución de poder que obra en el expediente.