

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., Siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

Agotado el trámite arbitral y estando dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a proferir el Laudo que pone fin al proceso entre Recaudo Bogotá S.A.S. y Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio S.A., por decisión unánime de los miembros del Tribunal.

I. EL PROCESO

1 ANTECEDENTES DEL PROCESO

1.1.- El contrato

Las diferencias entre las partes sometidas a la decisión de este Tribunal son en relación al CONTRATO N° 001 de 2011 DE CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP (en adelante “el Contrato” o “el Contrato de Concesión”).

1.2.- Partes del proceso

Las partes son personas jurídicas, regularmente constituidas y han acreditado en legal forma su existencia y representación, mediante los documentos que en relación con cada una obran en el expediente:

PARTE CONVOCANTE:

RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., sociedad constituida y existente de conformidad con las leyes de la República de Colombia, mediante documento privado del 25 de julio de 2011, con Nit. 900453688-5, domiciliada en la ciudad de Bogotá, D.C., todo lo cual se acreditó mediante el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (en este laudo, también “Recaudo” o la “Concesionaria” del SIRCI).

PARTE CONVOCADA:

EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A., constituida y existente de conformidad con las leyes de la República de Colombia mediante escritura pública N° 1528 del 13 de octubre de 1999 de la Notaría 27 del Círculo de Bogotá como una sociedad anónima entre entidades públicas del orden distrital con aportes públicos, con domicilio en la ciudad de Bogotá, D.C. y Nit. 830063506-6, lo cual se acreditó mediante el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá y mediante las Resoluciones 271 del 27 de junio de 2013 y 742 del 26 de junio de 2014 proferidas por el Gerente General de Transmilenio S.A. (en este laudo, también “TRANSMILENIO” o la “Concedente” del SIRCI).

En este proceso las partes actuaron representadas por apoderados judiciales debidamente constituidos, a quienes en su debida oportunidad este Tribunal les reconoció personería.

1.3.- Pacto arbitral

El pacto arbitral se encuentra contenido en las cláusulas 129 y 130 del Contrato de Concesión, cuyo texto es el siguiente:

“Cláusula 129. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Todas las disputas que surgieren entre las partes en relación con la interpretación o ejecución del presente Contrato, así como cualquier discrepancia relacionada con la existencia, validez o terminación del Contrato, serán resueltas a través de un Tribunal de Arbitramento.”

“Cláusula 130. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO EN DERECHO

Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o liquidación de este Contrato que no sea de carácter técnico, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas:

“a. El Tribunal estará conformado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes cuando la cuantificación de la pretensión o valoración del conflicto sea igual o superior a dos mil (2999) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la presentación de la respectiva solicitud de citación del Tribunal. En caso de desacuerdo serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.

“b. Cuando el valor estimado del conflicto o de las pretensiones se encuentre por debajo de tal valor, se designará un árbitro único.

“c. El Tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1989, ley 23 de 1991, el Decreto 2561 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, y por las demás normas que los adiciones, modifiquen o remplacen.

“d. La aplicación de mutas, así como la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento.

“e. El Tribunal un plazo de 4 meses prorrogables por un plazo igual, en caso de que así lo consideren necesario los miembros del Tribunal.

“f. Los gastos que ocasione la intervención del Tribunal de Arbitramento serán cubiertos de conformidad con las normas aplicables.

“La intervención del Tribunal de Arbitramento no suspenderá la ejecución del Contrato.”

Mediante Otrosí N° 12 al Contrato de Concesión, las Partes ampliaron a seis (6) meses el término de duración del proceso previsto en el pacto arbitral contenido en la cláusula 130.

1.4.- Los árbitros y su designación

Mediante escrito conjunto recibido en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá (en adelante “el Centro de Arbitraje”) el 11 de marzo de 2014, las Partes acordaron designar como árbitros principales para la integración de este Tribunal de Arbitramento a los doctores Juan Pablo Cárdenas Mejía, Hernando Yepes Arcila y William Namén Vargas.

Con comunicaciones del 18 de marzo de 2014 el Centro de Arbitraje informó a los árbitros de su designación, quienes manifestaron su aceptación dentro del término legal.

1.5.- Laudo en derecho y término de duración del proceso

En virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, el laudo deberá proferirse en derecho por cuanto en este proceso figura como parte demandada una entidad pública.

Conforme al pacto arbitral el término de duración del proceso es de seis (6) meses al cual deberá añadirse la prórroga por seis (6) meses acordada por las partes y decretada por el Tribunal (Acta N° 34) y las suspensiones que fueron solicitadas por las partes, según lo dispuesto en la ley. Así, teniendo en cuenta que la Primera Audiencia de Trámite finalizó el 28 de agosto de 2015 y que, por solicitud de las partes, el proceso estuvo suspendido desde el 29 de agosto hasta el 15 de septiembre de 2015, ambas fechas inclusive; desde el 5 hasta el 12 de octubre de 2015, ambas fechas inclusive; desde el 25 de noviembre hasta el 9 de diciembre de 2015; desde el 11 de diciembre de 2015 hasta el 26 de enero de 2016; desde el 22 de febrero hasta el 11 de marzo de 2016, ambas fechas inclusive; desde 4 hasta el 22 de abril de 2016, ambas fechas inclusive; desde el 11 hasta el 24 de mayo de 2016, ambas fechas inclusive; desde el 19 de octubre hasta el 6 de diciembre de 2016, ambas fechas inclusive, con excepción del 4 de noviembre de 2016, esto es, por 129 días hábiles, que deben adicionarse a dicho término, el presente laudo arbitral se expide dentro del término establecido para el efecto.

Terminada la primera audiencia de trámite el 28 de agosto de 2015, y adicionados los 120 días hábiles de suspensiones que permite el Artículo 11 de la Ley 1563 de 2011, el término legal vence el 17 de febrero de 2017, y por lo tanto, el Tribunal, se encuentra en la oportunidad para proferir el laudo.

2 TRÁMITE INICIAL

1. El 25 de septiembre de 2013, la Parte Convocante, por conducto de apoderado especial, presentó ante el Centro de Arbitraje la solicitud de convocatoria de este Tribunal de Arbitramento.
2. Mediante escrito conjunta recibido en el centro de Arbitraje el 11 de marzo de 2014, las Partes acordaron designar como árbitros principales para la integración de este Tribunal de Arbitramento a los doctores Juan Pablo Cárdenas Mejía, Hernando Yepes Arcila y William Namén Vargas.
3. El 18 de marzo de 2014 el Centro de Arbitraje informó a los árbitros de su designación, quienes manifestaron su aceptación dentro del término legal.
4. El 19 de mayo de 2014, previa convocatoria por parte del Centro de Arbitraje, en presencia de los árbitros, de los apoderados judiciales de las partes y del representante del Centro de Arbitraje, se dio inicio a la audiencia de instalación del Tribunal. En el transcurso de la audiencia se nombró como Presidente del Tribunal al doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía; se declaró legalmente instalado el Tribunal; se designó como Secretario al doctor Diego Fernando Morales; se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría la Sede Chapinero del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá; se reconoció personería a los apoderados judiciales de las partes; y se inadmitió la demanda presentada por la Parte Convocante; todo lo cual consta en el Acta No 1.
5. El 19 de mayo de 2014, se llevó a cabo la notificación personal a la Parte Convocante del auto admisorio de la demanda.

6. Mediante memorial radicado el 22 de mayo de 2014, la Parte Convocada interpuso recurso de reposición contra el Auto proferido el 19 de mayo de 2014 por el cual se admitió la demanda; adicionalmente, solicitó se adicione la referida providencia.
7. El 27 de mayo de 2014 se reunió el Tribunal de Arbitramento con el fin de dar posesión al Secretario designado mediante Auto de 19 de mayo de 2014, lo cual consta en el Acta de la referida reunión que obra en el expediente.
8. Mediante fijación en lista del 29 de mayo de 2014 se corrió traslado a la Parte Convocante del recurso de reposición al que se refiere el numeral 6.
9. El 4 de junio de 2014, la Parte Convocante presentó un escrito descorriendo el traslado del mencionado recurso de reposición.
10. Mediante Auto de 6 de junio de 2014 el Tribunal resolvió no reponer la providencia impugnada.
11. Una vez en firme el Auto admisorio de la demanda de fecha 19 de mayo de 2014, mediante correo electrónico y correo certificado, en los términos del artículo 612 del Código General del Proceso, el Secretario procedió a notificar a la Procuraduría General de la Nación del mencionado Auto admisorio, lo cual se llevó a cabo el 17 de junio de 2014.
12. Mediante memorial radicado el 15 de julio de 2014, la Parte Convocada contestó la demanda presentada por la Parte Convocante.
13. Mediante memorial radicado el 15 de julio de 2014, la Parte Convocada presentó demanda de reconvención contra la Parte Convocante, la cual fue inadmitida por el Tribunal mediante Auto de 30 de julio de 2014, para que fueran subsanada.
14. Mediante memorial radicado el 6 de agosto de 2014, la Parte Convocada interpuso recurso de reposición contra el auto proferido el 30 de julio de 2014.
15. Previa fijación en lista, la Parte Convocante descorrió el traslado del referido recurso mediante memorial presentado el 14 de agosto de 2014, el cual fue resuelto por Auto del 21 de agosto de 2014.
16. Mediante memorial radicado el 1º de septiembre de 2014, la Parte Convocada presentó escrito subsanando la demanda de reconvención, la cual fue admitida con providencia del 10 de septiembre de 2014.
17. Mediante memorial radicado el 16 de septiembre de 2014, la Parte Convocante interpuso recurso de reposición contra el auto por el cual se admitió la demanda de reconvención.
18. Previa fijación en lista, la Parte Convocada descorrió el traslado del referido recurso mediante memorial presentado el 23 de septiembre de 2014, el cual fue decidido mediante Auto de 24 de septiembre de 2014.
19. Mediante memorial recibido por correo electrónico el 29 de octubre de 2014 y en físico el 30 de octubre de 2014, la Parte Convocante contestó la demanda de reconvención presentada por la Parte Convocada.

20. Mediante memorial recibido el 31 de octubre de 2014, la Parte Convocante solicitó al Tribunal que "(...) se sirva adoptar las medidas de saneamiento del proceso pertinentes en punto a **la notificación de la admisión de la demanda** a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO ("ANDJE)". (Subrayado y negrilla del texto)
21. El 5 de noviembre de 2014, el Tribunal ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el Auto proferido el 19 de mayo de 2014 mediante el cual se admitió la demanda presentada por la Parte Convocante contra la Parte Convocada, así como el Auto de 6 de junio de 2014, por el cual se decidió el recurso de reposición interpuesto por la Parte Convocada contra aquél, corriéndole el respectivo traslado.
22. El 19 de noviembre de 2014, se llevó a cabo la notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a la que se refiere el numeral anterior, habiendo transcurrido el término de traslado sin pronunciamiento alguno por parte de dicha la Agencia.
23. Mediante Auto de 5 de febrero de 2015, se corrió traslado a la Parte Convocante de las excepciones de mérito propuestas por la Parte Convocada en la contestación a la demanda y a la Parte Convocada de las excepciones de mérito propuestas por la Parte Convocante en la contestación a la demanda de reconvencción así como de la objeción al juramento estimatorio contenida en dicho escrito.
24. El 13 de febrero de 2015, la Parte Convocada recorrió el traslado de las excepciones de mérito propuestas en el escrito de contestación a la demandan de reconvencción y de la objeción al juramento estimatorio contenida en el referido escrito.
25. El 18 de febrero de 2015 la Parte Convocada reformó la demanda de reconvencción, reforma que fue inadmitida mediante providencia del 19 de febrero de 2015 para que fuera presentada de forma integrada, a lo cual procedió dicha parte con memorial presentado el 26 de febrero de 2015.
26. Mediante Auto de 3 de marzo de 2015 el Tribunal inadmitió la reforma de la demanda de reconvencción para que fuera subsanada.
27. Mediante memorial remitido por correo electrónico el 11 de marzo de 2015, y también radicado en físico el 12 de marzo de 2015, la Parte Convocada interpuso recurso de reposición contra el Auto proferido el 3 de marzo de 2015; adicionalmente, solicitó tenerla por subsanada la reforma a la reconvencción en los términos de escrito previo presentado sobre el juramento estimatorio que ratifica en su totalidad.
28. Mediante fijación en lista del 13 de marzo de 2015 se corrió traslado a la Parte Convocante del referido recurso de reposición.
29. La Parte Convocante con escrito remitido por correo electrónico el 18 de marzo de 2015, y radicado en físico el 19 de marzo de 2015, solicitó rechazar el recurso por extemporáneo y rechazar también la reforma a la demanda de reconvencción.
30. Mediante providencia del 20 de marzo de 2015 el Tribunal rechazó el recurso interpuesto y resolvió tener por subsanada la reforma a la demanda de reconvencción, ordenando el traslado respectivo.

31. El 16 de abril de 2015, la parte Convocante contestó la reforma a la demanda de reconvencción.
32. Previa fijación en lista, mediante memorial remitido por correo electrónico el 26 de abril de 2015, y también radicado en físico el 27 de abril de 2015, la Parte Convocada describió el traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio propuestas por la Parte Convocante en el escrito de contestación a la reformada de la demanda de reconvencción.
33. El 12 de mayo de 2015 la Parte Convocante reforma la demanda inicial, la cual fue admitida mediante providencia del 12 de mayo de 2015.
34. El 16 de junio de 2015, la Parte Convocada contestó la reforma a la demanda inicial.
35. Previa fijación en lista, mediante memoriales recibidos el 25 de junio de 2015, la Parte Convocante describió el traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio propuestas por la Parte Convocante en el escrito de contestación a la reformada de la demanda.
36. El 6 de julio de 2015 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, en presencia de los representantes legales y los apoderados judiciales de las partes. Teniendo en cuenta las manifestaciones de las partes, no fue posible llegar a un acuerdo conciliatorio, razón por la cual el Tribunal declaró fracasada y concluida la conciliación.
37. Mediante Auto proferido por el Tribunal el 6 de julio de 2015 se decretaron las sumas por concepto de honorarios y gastos del proceso, las cuales fueron depositadas dentro del término legal.

3 PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

El 30 de julio de 2015 se dio inicio a la Primera Audiencia de Trámite, en el curso de la cual, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho sobre las pretensiones formuladas por la Parte Convocante en la demanda y por la Parte Convocada en la reconvencción, así como sobre las excepciones planteadas frente a éstas. La audiencia fue suspendida y continuada el 28 de agosto de 2015, oportunidad en la que se decretaron las pruebas del proceso, dando por finalizada la Primera Audiencia Trámite.

4 DESARROLLO DEL PROCESO

Las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal, en adición a las documentales que obran en el expediente, se practicaron en su totalidad, salvo un oficio dirigido al Tribunal Superior de Bogotá y otro al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Bogotá que no fueron atendidos oportunamente por sus destinatarios.

No obstante lo anterior, las partes aceptaron expresamente el cierre de la etapa probatoria y la continuación del trámite arbitral, bajo el entendido de que si dichas respuestas llegaban al Tribunal las mismas se incorporarían al expediente.

En audiencia que se llevó a cabo el 18 de octubre de 2016 las partes presentaron sus alegatos de conclusión. La Procuradora Judicial designada para este proceso presentó el concepto del Ministerio Público mediante escrito recibido el 8 de noviembre de 2016.

5 LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

5.1.- Las pretensiones de la demanda:

La Parte Convocante solicitó al Tribunal despachar favorablemente las pretensiones que se transcriben a continuación:

“A. PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES

PRETENSIONES RELACIONADAS CON LOS INCUMPLIMIENTOS DE TMSA Y LOS PERJUICIOS CAUSADOS CON MOTIVO DE LA FINALIZACIÓN PREMATURA DE LA ETAPA PREOPERATIVA Y EL INICIO DE LA ETAPA OPERATIVA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

PRIMERA.- DECLARAR que el plazo total y definitivo de duración del Contrato de Concesión, corresponde a la sumatoria de la duración de la ETAPA PREOPERATIVA prevista en la CLÁUSULA 11, más los quince (15) años fijados para la ETAPA OPERATIVA en la CLÁUSULA 12, ambas del mismo Contrato.

SEGUNDA.- DECLARAR que de conformidad con lo previsto en el Contrato de Concesión, sus anexos, sus otrosíes y demás documentos integrantes, el periodo de duración de la ETAPA PREOPERATIVA prevista en la CLÁUSULA 11 del Contrato es indeterminado y su terminación está sujeta a varias condiciones, sin cuya ocurrencia no es contractualmente válido pasar a la ETAPA OPERATIVA del Contrato prevista en la CLÁUSULA 12.

TERCERA.- DECLARAR que de conformidad con las CLÁUSULAS 8, 11 y 12 del Contrato de Concesión y con el Numeral 1.2 del Anexo 2 del Contrato:

1. La ETAPA PREOPERATIVA se extiende hasta “la culminación de la implementación gradual del SITP”,
2. La Orden de Inicio de la ETAPA OPERATIVA, debe expedirse “cuando finalice la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del SITP” en la época pactada para el momento en el que se celebró el Contrato de Concesión, y
3. La expedición de la Orden de Inicio de la ETAPA OPERATIVA exige “haber cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”.

CUARTA.- DECLARAR que para el día 27 de septiembre de 2013, se estaba ejecutando la ETAPA PREOPERATIVA del Contrato de Concesión y para ese día no se habían cumplido íntegramente las siguientes condiciones:

1. No había culminado “la implementación gradual del SITP”.
2. No había finalizado “la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del SITP” en la época pactada para el momento en el que se celebró el Contrato de Concesión.
3. No se habían “cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”.

QUINTA.- DECLARAR que para el día 27 de septiembre de 2013, TMSA no había cumplido obligaciones a su cargo, señaladas en los hechos, indispensables para “la culminación de la implementación gradual del SITP” y para “haber cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”, de tal manera que el SITP para ese día no encontraba plenamente implementado, puesto a punto y en operación al 100%.

SEXTA.- DECLARAR que TMSA incumplió, entre otras, las CLÁUSULAS 8, 11 y 12 del Contrato de Concesión, y el Numeral 1.2. del Anexo 2 del Contrato, porque sin cumplir con obligaciones a su cargo y sin haberse cumplido la totalidad de las condiciones establecidas para emitir la Orden de Inicio de la ETAPA OPERATIVA del Contrato, mediante carta

2013EE11949 del 13 de septiembre de 2013 le reiteró a RECAUDO BOGOTÁ la orden de inicio de la ETAPA OPERATIVA del Contrato a partir del día 28 de septiembre de 2013.

SÉPTIMA.- Se DECLARE que los retrasos en la plena implementación y puesta a punto del Sistema Integrado del Transporte Público (SITP) del Distrito Capital de Bogotá, no le son imputables al Concesionario RECAUDO BOGOTÁ y, por consiguiente, el Concesionario no es responsable de que a la fecha no se hayan reunido las condiciones y presupuestos necesarios para que se dé inicio a la etapa operativa del Contrato de Concesión No. 01 de 2011.

OCTAVA.- DECLARAR que como consecuencia de la terminación unilateral de la ETAPA PREOPERATIVA y la emisión prematura de la Orden de Inicio de la ETAPA OPERATIVA y/o los incumplimientos del Contrato de Concesión por parte de TMSA, ésta le causó perjuicios a RBSAS porque a partir del 28 de septiembre de 2013 le impidió recibir la totalidad de la participación en los ingresos del SITP, de acuerdo con las fórmulas contenidas en la CLÁUSULA 59 del Contrato, que a partir de esa fecha le hubiere correspondido durante los quince (15) años de duración de la ETAPA OPERATIVA, de haber estado el SITP plenamente implementado, puesto a punto y en operación al 100%.

NOVENA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, a la ejecutoria del Laudo que ponga fin a este proceso, la cantidad de VEINTIOCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$28.796.000.000,00) moneda legal colombiana, liquidada al 31 de marzo de 2015, más la suma que resulte a la fecha de la ejecutoria Laudo, o la suma que se demuestre dentro del proceso, correspondiente a la cuantificación de la totalidad del perjuicio causado a partir del 28 de septiembre de 2013, consistente en los ingresos que hubiere percibido de haber estado el SITP plenamente implementado, puesto a punto y en operación al 100% a partir de esta fecha, a título de participación en los ingresos del SITP, de acuerdo con las fórmulas contenidas en la CLÁUSULA 59 del Contrato de Concesión, discriminados así:

- (i) La sumatoria de la remuneración semanal variable del Concesionario por carga del sistema (RVARs), la cantidad de COP\$10.613.000.000,00.
- (ii) La sumatoria de la remuneración semanal por equipos de validación y control instalado en vehículos operando en el sistema (RVHO), la cantidad de COP\$18.183.000.000,00.

DÉCIMA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS los intereses corrientes a la tasa máxima legal, sobre las sumas mensuales que el Tribunal condene a TMSA a pagar en virtud del respectivo perjuicio causado a partir de la fecha en que cada una de las remuneraciones debió haber sido liquidada y pagada, entre el 28 de septiembre de 2013, según la pretensión NOVENA anterior y la fecha de la ejecutoria del Laudo.

DÉCIMA PRIMERA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, con fundamento en lo previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los intereses moratorios a la tasa señalada en la Ley 80 de 1993 o la tasa que el Tribunal estime aplicable, sobre la suma que el Tribunal condene a TMSA a pagar en virtud de la totalidad del perjuicio causado a partir del 28 de septiembre de 2013, según la pretensión NOVENA anterior, a partir de la ejecutoria del Laudo y hasta la fecha de pago.

1. PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES.

Este grupo de pretensiones se presenta EN SUBSIDIO de las pretensiones SEXTA a DÉCIMA PRIMERA del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES para el caso de que el Tribunal niegue total o parcialmente la prosperidad de las pretensiones SEXTA a DÉCIMA PRIMERA.

PRIMERA A QUINTA.- Idénticas pretensiones a las pretensiones PRIMERA a QUINTA del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES.

SEXTA.- Se DECLARE que de conformidad con lo previsto en las estipulaciones incorporadas en el Contrato de Concesión No. 001 de 2011, en sus anexos y demás documentos integrantes, el cual fue celebrado entre TRANSMILENIO y RECAUDO BOGOTÁ, cuyo objeto es el diseño, suministro, implementación, operación del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (SIRCI) del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) del Distrito Capital de Bogotá, el inicio de la etapa

operativa contemplada en la cláusula décimo segunda del Contrato, está condicionado a la plena implementación y puesta a punto del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) del Distrito Capital de Bogotá y a la finalización de la ETAPA PREOPERATIVA de los contratos de operación de transporte del mismo sistema.

SÉPTIMA.- Se DECLARE que de conformidad con lo previsto en las estipulaciones incorporadas en el Contrato de Concesión No. 001 de 2011, en sus anexos y demás documentos integrantes, el cual fue celebrado entre TRANSMILENIO y RECAUDO BOGOTÁ, cuyo objeto es el diseño, suministro, implementación, operación del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (SIRCI) del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) del Distrito Capital de Bogotá, la etapa preoperativa contemplada en la cláusula décimo primera del Contrato, no puede finalizar sin que el Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) del Distrito Capital de Bogotá se encuentre plenamente implementado y puesto a punto. Lo cual implica que se den las siguientes condiciones: (i) Que el equipamiento de todas las rutas equipadas esté concluido, esto es, que todos los buses de las rutas de cada zona deben estar equipados con los dispositivos de recaudo y control del SIRCI; (ii) Que las estaciones y portales estén dotados con los equipos de recaudo; (iii) Que las estaciones y portales del sistema estén dotados con cámaras del CCTV; (iv) Que las estaciones y portales estén dotados con información al usuario; (v) Que estén entregados y en operación los centros de control zonal y del ente gestor.

OCTAVA.- Se DECLARE que así haya concluido o vencido el término de 24 meses contemplado en la Cláusula décimo primera del Contrato de Concesión No. 001 de 2011, la etapa preoperativa del mismo no puede finalizar si no se han reunido las condiciones y presupuestos establecidos para la plena implementación y puesta a punto del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) del Distrito Capital de Bogotá, como tampoco si no ha finalizado la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del mismo sistema.

NOVENA.- Se DECLARE que, conforme a las estipulaciones incorporadas en el contrato y sus anexos, TRANSMILENIO no puede dar la orden de inicio de la etapa de operación del Contrato de Concesión No. 001 de 2011 a partir del día 28 de septiembre de 2013, por no encontrarse reunidas las condiciones, presupuestos e hitos necesarios para la plena implementación y puesta a punto del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) del Distrito Capital de Bogotá y por no haber finalizado la etapa preoperativa de los contratos de transporte del referido sistema.

DÉCIMA. DECLARAR que para la fecha de expedición de la Orden de Inicio de la ETAPA OPERATIVA por parte de TMSA no se habían cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la ETAPA PREOPERATIVA, ni había culminado la implementación gradual del SITP en los términos del Contrato de Concesión.

DÉCIMA PRIMERA.- DECLARAR que a la fecha de presentación de esta reforma a la demanda no se encuentra en operación ni está plenamente implementado ni puesto a punto el 100% del SITP, ni se reúnen las condiciones o presupuestos establecidos para la finalización de la ETAPA PREOPERATIVA e inicio de la ETAPA OPERATIVA del Contrato de Concesión.

DÉCIMA SEGUNDA.- DECLARAR, en consecuencia, que por falta de cumplimiento de los prerrequisitos y condiciones establecidas en el Contrato de Concesión, sus anexos y demás documentos integrantes, la orden emitida por TMSA para dar inicio de operación a partir del 28 de septiembre de 2013, no tiene efectos vinculantes frente a RBSAS, ni produce el efecto contractual de dar inicio a la ETAPA OPERATIVA del Contrato de Concesión.

DÉCIMA TERCERA.- DECLARAR que el periodo de duración de la ETAPA PREOPERATIVA del Contrato de Concesión continuará ejecutándose hasta el día en que se reúnan a cabalidad las condiciones o presupuestos establecidos para la finalización de la ETAPA PREOPERATIVA, esto es, cuando el SITP se encuentre plenamente implementado, puesto a punto y en operación al 100% del mismo.

DÉCIMA CUARTA.- Se DECLARE que RECAUDO BOGOTÁ tiene el derecho contractual, de conformidad con lo previsto en la cláusula décimo segunda del Contrato de Concesión No. 001 de 2011, a ejecutar la etapa operativa del contrato durante el término de 15 años contados a partir del momento en que se reúnan a cabalidad las condiciones o presupuestos establecidos al efecto, esto es, que se cumplan las condiciones,

presupuestos e hitos necesarios para la plena implementación y puesta a punto del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) del Distrito Capital de Bogotá y que haya finalizado la etapa preoperativa de los contratos de transporte del referido sistema.

DÉCIMA QUINTA.- DECLARAR que como consecuencia de que la Orden de Inicio de la Operación a partir del 28 de septiembre de 2013 no produce efectos contractuales y/o de los incumplimientos del Contrato de Concesión, TMSA le causó perjuicios a RBSAS a partir del 28 de septiembre de 2013, porque le impidió recibir la totalidad de la participación en los ingresos del SITP de acuerdo con las fórmulas contenidas en la CLÁUSULA 59 del Contrato, que le hubiere correspondido de haber estado el SITP plenamente implementado, puesto a punto y en operación al 100% a partir de esa fecha.

DÉCIMA SEXTA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, a la ejecutoria del Laudo que ponga fin a este proceso, la cantidad de VEINTIOCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$28.796.000.000,00) moneda legal colombiana, liquidada al 31 de marzo de 2015, más la suma que resulte a la fecha de la ejecutoria del Laudo, o la suma que se demuestre dentro del proceso, correspondiente a la cuantificación de la totalidad del perjuicio causado a partir del 28 de septiembre de 2013, consistente en los ingresos que hubiere percibido a título de participación en los ingresos del SITP de acuerdo con las fórmulas contenidas en la CLÁUSULA 59 del Contrato de Concesión, discriminados así:

- (i) La sumatoria de la remuneración semanal variable del Concesionario por carga del sistema (RVARs), la cantidad de COP\$10.613.000.000,00.
- (ii) La sumatoria de la remuneración semanal por equipos de validación y control instalado en vehículos operando en el sistema (RVHO), la cantidad de COP\$18.183.000.000,00.

DÉCIMA SÉPTIMA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS los intereses corrientes a la tasa máxima legal, sobre las sumas mensuales que el Tribunal condene a TMSA a pagar en virtud del respectivo perjuicio causado a partir de la fecha en que cada una de las remuneraciones debió haber sido liquidada y pagada, entre el 28 de septiembre de 2013, según la pretensión DÉCIMA SEXTA anterior y la fecha de la ejecutoria del Laudo.

DÉCIMA OCTAVA.- CONDENAR a TMSA a dar inicio a la ETAPA OPERATIVA solamente cuando haya culminado la implementación gradual del SITP y se hayan cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la ETAPA PREOPERATIVA, fecha a partir de la cual se deben contar los quince (15) años de la ETAPA OPERATIVA del Contrato de Concesión.

DÉCIMA NOVENA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, con fundamento en lo previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los intereses moratorios a la tasa señalada en la Ley 80 de 1993 o la tasa que el Tribunal estime aplicable, sobre la suma que el Tribunal condene a TMSA a pagar en virtud de la totalidad del perjuicio causado a partir del 28 de septiembre de 2013, según la pretensión DÉCIMA SEXTA anterior, a partir de la ejecutoria del Laudo y hasta la fecha de pago.

VIGÉSIMA.- DECLARAR que TMSA está obligado a pagar a RBSAS todos los costos y gastos en que incurra RBSAS para la renovación de equipos que deba hacer bajo el Contrato, con posterioridad al 28 de septiembre de 2028 hasta la fecha efectiva de terminación del Contrato.

VIGÉSIMA PRIMERA.- DECLARAR que TMSA está obligada a asumir los costos adicionales o sobrecostos en que ha incurrido RBSAS por la adquisición de seguros para amparar el cumplimiento, la responsabilidad civil y extracontractual, y salarios y prestaciones sociales para la ETAPA OPERATIVA, pues aún no ha terminado la ETAPA PREOPERATIVA.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS los costos adicionales o sobrecostos en que ha incurrido RBSAS por la adquisición de seguros para amparar el cumplimiento, la responsabilidad civil y extracontractual, y salarios y prestaciones sociales para la ETAPA OPERATIVA, correspondientes a la suma de COP\$867.000.000,00.

2. SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES Y AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE TMSA A SUS OBLIGACIONES DURANTE LA ETAPA PREOPERATIVA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

Este grupo de pretensiones se propone en esta demanda EN SUBSIDIO del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES y del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS para el caso en que el H. Tribunal las niegue y decida o declare que la ETAPA PREOPERATIVA tenía un periodo fijo de veinticuatro (24) meses contados a partir del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato firmada el día 27 de septiembre de 2011.

PRIMERA.- DECLARAR que la duración de la ETAPA PREOPERATIVA tenía un plazo máximo de 24 meses, que se cumplía el 27 de septiembre de 2013.

SEGUNDA.- DECLARAR que durante la ETAPA PREOPERATIVA, TMSA incumplió las siguientes obligaciones a su cargo, que impidieron que para el 27 de septiembre de 2013 hubiere “culmina[ado] la implementación gradual del SITP” y se hubieren “cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”, de tal manera que el SITP de Bogotá D.C. no se implementó plenamente, ni estaba puesto a punto y en operación al 100% del mismo para dar comienzo a la ETAPA OPERATIVA en las condiciones pactadas:

(i) No entregó a RBSAS de manera íntegra y oportuna la infraestructura requerida de acuerdo con el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el Numeral 15.3.4 del Anexo 2 del Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012.

(ii) No entregó de manera íntegra y oportuna la flota de buses para el equipamiento por parte de RBSAS de acuerdo con el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el Numeral 15.3.4 del Anexo del Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012.

(iii) No validó los buses en que RBSAS instaló los equipos del SIRCI en la categoría de “buses operando”, impidiendo la remuneración de RBSAS, por causas atribuibles a TMSA.

(iv) No adelantó las actividades y gestiones para la integración, evaluación y seguimiento del SITP y SIRCI, particularmente lo relativo a sus deberes y obligaciones sobre la integración de los medios de pago y los sistemas de recaudo.

(v) No adelantó las actividades y gestiones para la salida de operación de las calles del 100% de la flota de buses que funciona como parte del sistema de transporte público colectivo de Bogotá, de acuerdo al cronograma de implementación del SITP.

(vi) No adoptó oportunamente todas las medidas y acciones enderezadas al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión en los términos contractuales.

(vii) No adoptó las acciones y medidas necesarias para mantener el equilibrio económico del Contrato de Concesión respecto del ingreso esperado por la remuneración semanal por equipos en buses operando (RVHO), con ocasión de la extensión de los contratos de concesión de los operadores de las Fases I y II de TMSA.

TERCERA.- DECLARAR que como consecuencia de uno o varios de los incumplimientos anteriores, ocasionados por actuaciones, abstenciones, hechos u omisiones antijurídicos de TMSA durante la ejecución de la ETAPA PREOPERATIVA del Contrato de Concesión, TMSA le causó perjuicios a RBSAS porque entre el 27 de septiembre de 2011 y el 27 de septiembre de 2013 le impidió recibir la totalidad de la participación en los ingresos del SITP de Bogotá D.C. de acuerdo con las fórmulas contenidas en la CLÁUSULA 59 del Contrato, que le hubiere correspondido durante ese lapso, de haberse implementado el SIRCI en la forma y plazos previstos en el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el numeral 15.3.4 del Anexo No. 2 al Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012.

CUARTA.- DECLARAR que como consecuencia del incumplimiento de TMSA durante la ETAPA PREOPERATIVA, TMSA le causó perjuicios a RBSAS porque a partir del 28 de septiembre de 2013 le impidió recibir la totalidad de la participación en los ingresos del SITP de acuerdo con las fórmulas contenidas en la CLÁUSULA 59 del Contrato, que le hubiere correspondido durante los quince (15) años de duración de la ETAPA OPERATIVA, de haber estado el SITP plenamente implementado, puesto a punto y en operación al 100% a partir de esa fecha.

QUINTA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, a la ejecutoria del Laudo que ponga fin a este proceso, la cantidad de VEINTIOCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS

MILLONES DE PESOS (\$28.796.000.000,00) moneda legal colombiana, liquidada al 31 de marzo de 2015, más la suma que resulte a la fecha de la ejecutoria Laudo, o la suma que se demuestre dentro del proceso, correspondiente a la cuantificación de la totalidad del perjuicio causado a partir del 28 de septiembre de 2013, consistente en los ingresos que hubiere percibido de haber estado el SITP plenamente implementado, puesto a punto y en operación el 100%, a título de participación en los ingresos del SITP de acuerdo con las fórmulas contenidas en la CLÁUSULA 59 del Contrato de Concesión, discriminados así:

(i) La sumatoria de la remuneración semanal variable del Concesionario por carga del sistema (RVARS), la cantidad de COP\$10.613.000.000,00.

(ii) La sumatoria de la remuneración semanal por equipos de validación y control instalado en vehículos operando en el sistema (RVHO), la cantidad de COP\$18.183.000.000,00.

SEXTA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS los intereses corrientes a la tasa máxima legal, sobre las sumas mensuales que el Tribunal condene a TMSA a pagar en virtud del respectivo perjuicio causado a partir de la fecha en que cada una de las remuneraciones debió haber sido liquidada y pagada según la pretensión QUINTA anterior y la fecha de la ejecutoria del Laudo.

SÉPTIMA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, con fundamento en lo previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los intereses moratorios a la tasa señalada en la Ley 80 de 1993 o la tasa que el Tribunal estime aplicable, sobre la suma que el Tribunal condene a TMSA a pagar en virtud de la totalidad del perjuicio causado, según la pretensión QUINTA anterior, a partir de la ejecutoria del Laudo y hasta la fecha de pago.

3. TERCER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES Y AL PRIMER Y SEGUNDO GRUPOS DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Este grupo de pretensiones se presenta debidamente integrado y se pide resolver en bloque, en SUBSIDIO del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES para el caso de que el Tribunal niegue total o parcialmente la prosperidad de las mismas, especialmente la SEXTA a DÉCIMA PRIMERA del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES; en SUBSIDIO del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS si se niegan total o parcialmente, en especial, las pretensiones DÉCIMA SEGUNDA a VIGÉSIMA SEGUNDA; y en subsidio de que se NIEGUE LA TOTALIDAD DEL SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

PRIMERA A QUINTA.- Idénticas pretensiones a las pretensiones PRIMERA a QUINTA del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES.

SEXTA A DÉCIMA PRIMERA.- Idénticas pretensiones a las pretensiones SEXTA a DÉCIMA PRIMERA del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

DÉCIMA SEGUNDA.- DECLARAR que entre la fecha en que inició la ETAPA PREOPERATIVA y la fecha de presentación de esta reforma a la demanda, RBSAS ha padecido un detrimento patrimonial como consecuencia de riesgos previsibles asumidos por TMSA y/o por circunstancias o hechos no imputables a las Partes e imprevisibles, que ha causado un desequilibrio económico del Contrato.

DÉCIMA TERCERA.- DECLARAR que TMSA autorizó a RBSAS el pedido y la adquisición de equipos sin que la infraestructura y los buses estuvieren disponibles para la instalación de aquellos.

DÉCIMA CUARTA.- DECLARAR que por la autorización otorgada a RBSAS para la adquisición de equipos, TMSA asumió la totalidad del riesgo de los perjuicios sufridos por RBSAS por las demoras en la implementación del SITP.

DÉCIMA QUINTA.- DECLARAR, como consecuencia de las declaraciones anteriores, que TMSA está obligada al pago previsto por la "CLÁUSULA 86. RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL POR RETRASOS EN LA IMPLEMENTACIÓN".

DÉCIMA SEXTA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del Laudo que ponga fin a este proceso, la cantidad de CUARENTA Y TRES MIL TRECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS (\$43.344.900.000,00) moneda legal colombiana, liquidada al

31 de marzo de 2015, más la suma que resulte a la fecha de la ejecutoria del Laudo, o la suma que se demuestre dentro del proceso, conforme lo dispuesto en la "CLÁUSULA 86. RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL POR RETRASOS EN LA IMPLEMENTACIÓN".

DÉCIMA SÉPTIMA.- CONDENAR a TMSA a dar inicio a la ETAPA OPERATIVA solamente cuando haya culminado la implementación gradual del SITP y se hayan cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la ETAPA PREOPERATIVA, fecha a partir de la cual se deben contar los quince (15) años de la ETAPA OPERATIVA del Contrato de Concesión.

DÉCIMA OCTAVA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, con fundamento en lo previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los intereses moratorios a la tasa señalada en la Ley 80 de 1993 o la tasa que el Tribunal estime aplicable, sobre la suma que el Tribunal condene a TMSA a pagar en virtud de la pretensión DÉCIMA SEXTA anterior, a partir del vencimiento del término indicado de cinco (5) días y hasta la fecha de pago.

DÉCIMA NOVENA.- DECLARAR que TMSA está obligado a pagar a RBSAS todos los costos y gastos en que incurra RBSAS para la renovación de equipos que deba hacer bajo el Contrato, con posterioridad al 28 de septiembre de 2028 hasta la fecha efectiva de terminación del Contrato.

VIGÉSIMA.- DECLARAR que debido al retraso en la implementación del SITP y al no pago de la participación en los ingresos esperados según lo pactado en el Contrato, se han generado para RBSAS costos financieros adicionales a los propios del crédito inicial obtenido con los bancos, derivados de la imposibilidad de cumplir con las amortizaciones del crédito en las fechas pactadas y la necesidad de refinanciar los créditos. Como consecuencia, CONDENAR a TMSA pagar a RBSAS la suma que se demuestre en el curso del proceso, en caso de que el daño se consume antes de proferirse el Laudo.

VIGÉSIMA PRIMERA.- DECLARAR que TMSA está obligada a asumir los costos adicionales o sobrecostos en que ha incurrido RBSAS por la adquisición de seguros para amparar el cumplimiento, la responsabilidad civil y extracontractual, y salarios y prestaciones sociales para la ETAPA OPERATIVA, pues aún no ha terminado la ETAPA PREOPERATIVA.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS los costos adicionales o sobrecostos en que ha incurrido RBSAS por la adquisición de seguros para amparar el cumplimiento, la responsabilidad civil y extracontractual, y salarios y prestaciones sociales para la ETAPA OPERATIVA, correspondientes a la suma de COP\$867.000.000,00.

B. SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES

PRETENSIONES RELACIONADAS CON LOS INCUMPLIMIENTOS DE TMSA ENTRE LA FECHA DE INICIACIÓN DE LA ETAPA PREOPERATIVA Y EL 27 DE SEPTIEMBRE DE 2013.

Además de la decisión sobre el PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES y, en su caso, sobre sus sucesivas subsidiarias, solicito resolver expresamente sobre este SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES que se acumulan también de manera principal, así:

PRIMERA.- DECLARAR que TMSA incumplió las siguientes obligaciones a su cargo entre la fecha en que inició la ETAPA PREOPERATIVA, es decir el 27 de septiembre de 2011, y el día 27 de septiembre de 2013:

(i) No entregó a RBSAS de manera íntegra y oportuna la infraestructura requerida de acuerdo con el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el Numeral 15.3.4 del Anexo 2 del Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012.

(ii) No entregó directamente o por conducto de los operadores de manera íntegra y oportuna la flota de buses para el equipamiento por parte de RBSAS de acuerdo con el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el Numeral 15.3.4 del Anexo del Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012.

(iii) No adelantó las actividades y gestiones para la integración, evaluación y seguimiento del SITP y SIRCI, particularmente en cuanto a sus deberes y obligaciones sobre la

integración de los medios de pago y los sistemas de recaudo, y no haber exigido a los operadores de recaudo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

(iv) No adelantó las actividades y gestiones para la salida de operación de las calles de la flota de buses que forma parte del sistema de transporte público colectivo de Bogotá, de acuerdo con el Contrato de Concesión y su Anexo 2.

(v) No adoptó oportunamente todas las medidas y acciones enderezadas al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión en los términos contractuales.

(vi) No adoptó las acciones y medidas necesarias para mantener el equilibrio económico del Contrato de Concesión respecto del ingreso esperado por la remuneración semanal por equipos en buses operando RVHO, con ocasión de la extensión de los contratos de concesión de los operadores de las Fases I y II de Transmilenio.

SEGUNDA.- DECLARAR que como consecuencia de uno o varios de los incumplimientos anteriores, ocasionados por actuaciones, abstenciones, hechos u omisiones antijurídicos de TMSA durante la ejecución de la ETAPA PREOPERATIVA del Contrato de Concesión, TMSA le causó perjuicios a RBSAS porque entre el 27 de septiembre de 2011 y el 27 de septiembre de 2013 le impidió recibir la totalidad de la participación en los ingresos del SITP de Bogotá D.C. de acuerdo con las fórmulas contenidas en la CLÁUSULA 59 del Contrato, que le hubiere correspondido durante ese lapso, de haberse implementado el SIRCI en la forma y plazos previstos en el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el numeral 15.3.4 del Anexo No. 2 al Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012.

TERCERA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, a la ejecutoria del Laudo que ponga fin a este proceso, la cantidad de TREINTA Y SIETE MIL CIENTO SESENTA Y UN MILLONES DE PESOS (\$37.161.000.000,00) moneda legal colombiana, o la suma que se demuestre dentro del proceso, correspondiente a la cuantificación de la totalidad de los perjuicios causados entre el 27 de septiembre de 2011 y el 27 de septiembre de 2013, consistentes en los ingresos que hubiere percibido de haberse cumplido en la forma y plazos previstos, los hitos consignados en el Cronograma de Implementación del SIRCI establecido en el numeral 15.3.4 del Anexo No. 2 al Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012, discriminados así:

(i) La sumatoria de la remuneración semanal variable del Concesionario por carga del sistema (RVARS), la cantidad de COP\$15.737.000.000,00.

(ii) La sumatoria de la remuneración semanal por equipos de validación y control instalado en vehículos operando en el sistema (RVHO), la cantidad de COP\$21.424.000.000,00.

CUARTA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS los intereses corrientes a la tasa máxima legal, sobre las sumas mensuales que el Tribunal condene a TMSA a pagar en virtud del respectivo perjuicio causado, liquidados mensualmente a partir de la fecha en que cada una de las remuneraciones debió haber sido liquidada y pagada, entre el 27 de septiembre de 2011 y el 27 de septiembre de 2013, según la pretensión TERCERA anterior, y hasta la fecha de la ejecutoria del Laudo.

QUINTA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, con fundamento en lo previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los intereses moratorios a la tasa señalada en la Ley 80 de 1993 o la tasa que el Tribunal estime aplicable, sobre la suma que el Tribunal condene a TMSA a pagar en virtud de la totalidad del perjuicio causado, según la pretensión TERCERA anterior, desde la ejecutoria del Laudo y hasta la fecha de pago.

C. TERCER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES

PRETENSIONES RELACIONADAS CON OTROS INCUMPLIMIENTOS DE TMSA ENTRE LA FECHA DE INICIACIÓN DE LA ETAPA PREOPERATIVA Y LA FECHA DEL LAUDO.

PRIMERA.- DECLARAR que TMSA incumplió las siguientes obligaciones a su cargo entre la fecha en que inició la ETAPA PREOPERATIVA y la fecha del Laudo:

(i) No aprobó oportunamente la aptitud de la totalidad de los buses puestos a su disposición por RBSAS, después de instalar los equipos requeridos y haber certificado que estaban dispuestos para la operación.

(ii) Efectuó descuentos por Factor de Calidad del Servicio en la remuneración de RBSAS, por fuera de las disposiciones del Contrato de Concesión y con fundamento en circunstancias y hechos no previstos en el mismo.

(iii) Exigió a RBSAS personal para la custodia y vigilancia de áreas que no son objeto del Contrato de Concesión, en las cuales se instalaron Barreras de Control de Acceso (o "BCA") en cumplimiento del pacto contenido en el Otrosí No. 7 al Contrato.

(iv) Traslado a RBSAS la asunción del riesgo comercial por evasión que se presenta en las BCA instaladas en la Fase I y Fase II.

(v) Exigió a RBSAS asumir la reclamación económica formulada por los operadores de alimentación de Fases I y II con ocasión de la evasión en las BCA instaladas en estas Fases.

(vi) No pagó los equipos e infraestructura adicionales instalados por RBSAS a petición de TMSA y que no se encontraban previstos en el Contrato de Concesión, en especial, en las estaciones Bicentenario y 20 de Julio.

(vii) Exigió equipamiento adicional en los buses zonales, no exigido ni previsto en el Contrato de Concesión.

(viii) Otorgó a los usuarios descuentos o reducciones en la tarifa de los pasajes y trasbordos sin que se cumplieran los supuestos de la "CLÁUSULA 43. ALTERNATIVAS COMERCIALES A LA TARIFA AL USUARIO" y sin atender las políticas y principios reconocidos en la "CLÁUSULA 84. VARIACIÓN DE LA TARIFA" del Contrato.

SEGUNDA.- DECLARAR que RBSAS no está obligada a intervenir la infraestructura física en las estaciones de las Fases I, II y III.

TERCERA.- DECLARAR que RBSAS no está obligada a asumir los costos del Convenio 042-09 antes del vencimiento de la prórroga de dicho contrato.

CUARTA.- DECLARAR que RBSAS ha dado cumplimiento a las estipulaciones contractuales sobre cómo calcular el Factor de Calidad de Servicio, midiendo los indicadores de confiabilidad y disponibilidad de que trata la CLÁUSULA 59.5 y el Anexo 3 del Contrato (Niveles de Servicio) en los términos y condiciones del Contrato.

QUINTA.- DECLARAR que TMSA está obligada a asumir los costos y gastos por el almacenamiento y bodegaje de los equipos adquiridos y que RBSAS no ha podido instalar en los buses y estaciones por los incumplimientos en la entrega por TMSA y de los concesionarios operadores del SITP.

SEXTA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, a la ejecutoria del laudo que ponga fin a este proceso, la cantidad de SIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$7.856.000.000,00) moneda legal colombiana, liquidada al 31 de marzo de 2015, más la suma que resulte a la fecha del Laudo, o la suma que se demuestre dentro del proceso, correspondiente a la cuantificación de la totalidad de los perjuicios causados entre la fecha en que inició la ETAPA PREOPERATIVA y la fecha del Laudo, consistentes en los ingresos que hubiere percibido de haberse cumplido las anteriores obligaciones y los gastos en que incurrió RBSAS como consecuencia de los incumplimientos de TMSA.

La anterior cuantía resultante de la sumatoria de las siguientes, se encuentra liquidada al 31 de marzo de 2015, y se discrimina así:

(i) Por efectuar descuentos por Factor de Calidad del Servicio en la remuneración de RBSAS, por fuera de las disposiciones del Contrato de Concesión y con fundamento en circunstancias y hechos no previstos en el mismo, la suma de COP\$4.451.000.000,00.

(ii) Por exigir a RBSAS el personal para custodia y vigilancia de áreas que no son objeto del Contrato de Concesión, en las cuales se instalaron Barreras de Control de Acceso en cumplimiento del pacto contenido en el Otrosí No. 7 al Contrato, la suma de COP\$703.000.000,00.

(iii) Por no pagar los equipos e infraestructura adicionales instalados por RBSAS a petición de TMSA y que no se encontraban previstos en el Contrato de Concesión en las estaciones Bicentenario y 20 de Julio, la suma de COP\$420.000.000,00.

(iv) Por exigir equipamiento adicional en buses zonales no exigido ni previsto en el Contrato de Concesión, la suma de COP\$1.358.000.000,00.

(v) Por otorgar a los usuarios descuentos o reducciones en la tarifa de los pasajes y trasbordos sin que se cumplieran los supuestos de la "CLÁUSULA 43. ALTERNATIVAS COMERCIALES A LA TARIFA AL USUARIO" y sin atender las políticas y principios reconocidos en la "CLÁUSULA 84. VARIACIÓN DE LA TARIFA" del Contrato, que causó una afectación económica al Concesionario correspondiente a un menor ingreso de COP\$1.010.000.000,00.

SEPTIMA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS la cantidad de COP\$1.307.000.000,00 liquidada al 31 de marzo de 2015 más la suma que resulte a la fecha del Laudo,

correspondiente a los costos y expensas en que ha incurrido respecto del Convenio 042-09 antes del vencimiento de su prórroga.

OCTAVA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS la suma de COP\$1.350.000.000,00 liquidada al 31 de marzo de 2015 más la suma que resulte a la fecha del Laudo, por los costos y gastos en que ha incurrido RBSAS por el almacenamiento y bodegaje de los equipos adquiridos y que RBSAS no ha podido instalar en los buses y estaciones por la no entrega de los mismos por TMSA y los concesionarios operadores del SITP.

NOVENA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS los intereses moratorios a la tasa máxima legal, sobre las sumas mensuales que el Tribunal condene a TMSA a pagar en virtud del perjuicio causado por los descuentos por Factor de Calidad que ha realizado en contravención a lo dispuesto por el Contrato, liquidados mensualmente a partir de la fecha en que se realizó cada descuento, según la pretensión SEXTA (i) anterior, y hasta la fecha de la ejecutoria del Laudo.

DÉCIMA.- DECLARAR que debido al retraso en la implementación del SITP y al no pago de la participación en los ingresos esperados según lo pactado en el Contrato, se han generado perjuicios a RBSAS derivados de la imposibilidad de cumplir con el pago de los equipos comprados en dólares de los Estados Unidos de América, consistentes en la devaluación que ha sufrido el peso colombiano frente al dólar de los Estados Unidos de América, entre la fecha en que se debieron producir los pagos y la fecha en que efectivamente se produjeron. Como consecuencia, CONDENAR a TMSA pagar a RBSAS la suma de COP\$26.727.300.000,00.

DÉCIMA PRIMERA.- DECLARAR que TMSA no adelantó las acciones y gestiones ante la Secretaría Distrital de Movilidad de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., ni ante el Alcalde Mayor para que éste actualizara la tarifa al usuario mediante decreto con base en la evaluación de dicha Secretaría y de acuerdo con la normatividad tarifaria, conforme lo dispone el Contrato, rompiendo el equilibrio económico del Contrato.

DÉCIMA SEGUNDA.- CONDENAR a TMSA a reliquidar a RBSAS el valor de la participación en el ingreso del SITP con base en la CLÁUSULA 59 del Contrato de Concesión que determine el Laudo, aplicando el valor de la tarifa al usuario, actualizada, de acuerdo con la normatividad tarifaria, conforme lo dispone el Contrato. Se estima provisionalmente que la actualización de la tarifa al usuario, con base en la variación por el IPC, corresponde a la suma de COP\$6.511.400.000,00.

DÉCIMA TERCERA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, con fundamento en lo previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los intereses moratorios a la tasa señalada en la Ley 80 de 1993 o la tasa que el Tribunal estime aplicable, sobre las anteriores condenas a partir de la ejecutoria del Laudo y hasta la fecha de pago.

DÉCIMA CUARTA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS las costas del proceso.”

5.2.- Los fundamentos fácticos de la demanda:

La Parte Convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos expuestos en los capítulos III a X de la demanda, los cuales resume dicha parte en el texto de la demanda de la siguiente forma:

“A. Las Reclamaciones

Las reclamaciones de RBSAS en este arbitraje, tienen su origen en el Contrato 001 de 2011 de Concesión del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (“SIRCI”) del SITP (el “Contrato” o el “Contrato de Concesión”). El grupo conformado por City Móvil Colombia S.A.S., LG CNS Co. Ltd. y Land Developer Investment Inc., y denominado “Promesa de Sociedad Futura ‘Recaudo Bogotá S.A.S.’”, se presentó a la licitación abierta por TMSA y, una vez adjudicado el Contrato se constituyó la sociedad Recaudo Bogotá S.A.S., quien contrató con TMSA sobre la base de un negocio planteado por TMSA y sobre ese negocio, asumió determinados riesgos.

La realidad del negocio celebrado por RBSAS difiere sustancialmente del negocio ofrecido, por circunstancias imputables a TMSA, o no atribuibles a RBSAS. Además, durante la

ejecución del Contrato las Partes lo modificaron mediante varios otrosíes. RBSAS ha sufrido perjuicios por incumplimientos de TMSA a sus obligaciones bajo el Contrato.

Tales circunstancias se refieren particular aunque no únicamente a:

- (i) Varios incumplimientos del Contrato por TMSA.*
- (ii) El ejercicio abusivo por TMSA de las facultades contractuales que le confiere el Contrato como entidad contratante y Ente Gestor del SITP. Tales incumplimientos y ejercicio abusivo han causado el rompimiento del equilibrio económico del Contrato y cuantiosos perjuicios a RBSAS, los cuales deben ser reparados por TMSA de conformidad con la Constitución, la ley y el Contrato.*
- (iii) La ocurrencia de algunos riesgos identificados en el proceso de contratación del Contrato de Concesión, e incluidos en el Contrato en la Matriz de Riesgos como riesgos previsibles a la luz de la normatividad colombiana y asumidos por TMSA, imponen el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato por parte de TMSA.*

Así las cosas, las circunstancias consideradas por TMSA y consignadas en el Pliego de Licitación y en el Contrato de Concesión, no fueron las mismas encontradas por RBSAS a la iniciación y durante la ejecución del Contrato, motivo por el cual RBSAS deba ser compensada por TMSA para restablecer el equilibrio económico del Contrato.

B. Antecedentes

Por medio de los Decretos Distritales 319 de 2006 y 309 de 2009, Bogotá adoptó el Sistema Integrado de Transporte Público (“SITP”), que buscaba redefinir el modelo de transporte público para la ciudad, armonizando e integrando el transporte público colectivo existente con el Sistema de Transporte Masivo (“Sistema TransMilenio”) buscando estos objetivos:

- (i) Garantizar el acceso al servicio en condiciones de óptima calidad, economía eficiencia y cobertura geográfica.*
- (ii) Realizar la integración operacional y tarifaria del sistema de transporte público de Bogotá, garantizando que todos los medios de pago existentes funcionen en todos los puntos de acceso (estaciones y buses) del sistema.*
- (iii) Modernizar la flota vehicular de transporte público, establecer empresas privadas por parte de los operadores de transporte, para la prestación del servicio para la adecuada contratación de los conductores.*
- (iv) El cumplimiento de la programación de servicios racionalizando la oferta a la demanda de pasajeros.*
- (v) Integrar las operaciones de recaudo, gestión de la flota de transporte, e información y servicio al usuario.*
- (vi) Contribuir a la sostenibilidad ambiental urbana.*

De igual manera para la implementación del SITP, el Decreto 319 de 2009 determinó la gradualidad, basado en tres fases:

- A. La primera, dar inicio a los procesos de selección de los operadores de transporte zonales, y del concesionario del Sistema Integrado de Recaudo, Control de Flota e Información al Usuario-SIRCI-.*
- B. La segunda, la adjudicación de las licitaciones de operación de buses zonales y del SIRCI.*
- C. La tercera, el inicio gradual del nuevo esquema de prestación de servicio de transporte, hasta culminar la integración operacional entre este nuevo esquema y el actual Sistema TransMilenio.*

En tanto transcurría esa gradualidad en algunas zonas, en las demás se mantendría el sistema de transporte público colectivo, mientras TMSA iba ordenando a los operadores SITP el inicio de la sustitución de dicho servicio.

En desarrollo de este programa de modernización tuvo lugar la convocatoria de la Licitación TMSA-LP-003 de 2011, que culminó con la contratación de RBSAS como Concesionario del SIRCI, el cual está conformado por los tres subsistemas:

- (i) De recaudo*
- (ii) De control de flota*
- (iii) De información y de atención al usuario.*

En razón de esta adjudicación, RBSAS asumió la obligación de diseñar, suministrar, implementar, integrar y mantener el conjunto de software y hardware requeridos para los tres subsistemas, así como adelantar, por su cuenta y riesgo, su operación. Este contrato de concesión se desarrollaría en etapas sujetas al cumplimiento de requisitos ajenos a RBSAS y que están expresamente descritos en los pliegos y en el clausulado del mismo.

Como pago, RBSAS recibe una participación en la explotación económica del SITP, en cuyo cálculo interviene una parte fija, otra semi-variable y otra variable. La semi-variable se vuelve fija, una vez estén instalados los equipos en estaciones y en buses. La variable la determina la demanda por el sistema que se traduce en el número de validaciones tanto en buses como en estaciones. Estos ingresos son, entonces, dependientes de factores tales como, el momento en que los buses entran al sistema, demora en el retiro de los buses colectivos que siguen pagando en dinero y la apertura de nuevas estaciones. Estas decisiones son ajenas a la voluntad de RBSAS y pertenecen al ámbito exclusivo de TMSA y son las que en última instancia hacen viable o no la ejecución del Contrato en los tiempos estimados.

Al momento de la licitación del SIRCI, ya se encontraban adjudicadas la totalidad de las concesiones de operación de buses del SITP, lo que permitió entregar previamente a los licitantes del SIRCI, el cronograma vigente de implementación tanto de infraestructura como de buses, con el fin de asegurar la operatividad completa del SITP en toda la ciudad, en un plazo de 18 meses, según las bases de licitación que TMSA publicó y que era el tiempo en que el Ente Gestor estimó entraba en operación la totalidad de SITP. Por esta razón, la puesta en servicio del SITP rápida, oportunamente y de manera integrada, constituía un elemento determinante para la cabal ejecución del Contrato de Concesión.

Los cronogramas de implementación del SITP, que fueron entregados a los concursantes de la licitación del SIRCI, establecían que todos los buses tradicionales del servicio público colectivo que operaban en la ciudad se irían retirando a medida que se fueran incorporando los nuevos buses en un plazo máximo de 18 meses, que se sumarían a los buses del Sistema TransMilenio que operaban en las troncales y los alimentadores de las Fases I y II.

Correspondía, entonces, a TMSA autorizar la entrada de los buses en dicho plazo de 18 meses. Asimismo, correspondía al Concesionario del SIRCI utilizar e implementar las herramientas tecnológicas de última generación que permitiera a las empresas operadoras de buses del SITP planear la totalidad de su operación y garantizar la regularidad en la prestación del servicio para todos los usuarios. Para ello debería:

- D. Instalar en todos los buses los equipos de control de flota y de validación de recaudo (según tipología del bus).*
- E. Instalar en todas las estaciones, los equipos de validación, recarga, e información al usuario.*
- F. Proveer, instalar y poner en funcionamiento los equipos requeridos en los 13 centros de control situados en las terminales de cada uno de los nuevos operadores.*
- G. Adicionalmente, poner en funcionamiento el centro de control de TMSA.*

También se previó que una vez fuera puesta en funcionamiento la nueva idea de transporte público con el inicio del SITP, y al ingresar los nuevos vehículos, desaparecería el dinero

como medio de pago y los usuarios sólo podrían utilizar la Tarjeta Inteligente Sin Contacto (“TISC”) como único medio de pago, para pagar y tener acceso al servicio a través de cualquiera de los vehículos del SITP y/o de las estaciones troncales del Sistema TransMilenio que contaría, adicionalmente, con cuatro nuevas troncales -Calle 26, Carrera 7, Calle 6 y Carrera 10- que aumentarían en 31,6 kilómetros los carriles troncales de uso exclusivo para buses articulados y 3 zonas de alimentación.

El Concesionario del SIRCI, entonces, debía estar preparado para desarrollar e implementar una moderna plataforma tecnológica que permitiera utilizar estructuras tarifarias más complejas, flexibles y de fácil modificación para el cobro del servicio público de transporte.

También, y cuando todo el sistema estuviera en funcionamiento, el concesionario del SIRCI debía aportar:

- H. Más de 5.000 millones de pesos a un fondo de crédito al usuario (FCU) que le permitiría al usuario viajar a crédito.
- I. Un sistema de información y atención al ciudadano que permitiera centralizar y difundir la información sobre la operación del sistema.
- J. Incorporar un sistema de cámaras de televisión-CCTV, que permitiera monitorear en tiempo real y con tecnología de punta las estaciones de las troncales del sistema TransMilenio.

Para la funcionalidad del SITP, el concesionario del SIRCI debía suministrar dos tipos de tarjetas:

- K. Las personalizadas, que son las únicas que permiten a sus titulares tener acceso a los beneficios tarifarios del SITP y el viaje a crédito. Inicialmente debía entregar gratuitamente 2.6 millones de este tipo de tarjetas disponiendo de, por lo menos, 40 puntos para su personalización.
- L. Las anónimas, con las que el usuario solamente podría utilizar las funcionalidades básicas del sistema.

Para la recarga y la compra de este único medio de pago, cuando el sistema estuviera funcionando en su totalidad, el usuario también dispondría de una amplia red externa compuesta por más de 4.350 puntos, adicionales a las taquillas de las troncales del Sistema TransMilenio. Esta nueva tecnología del recaudo le permitiría a los usuarios acceder a beneficios importantes como: crédito para viajar, descuentos en los traslados, tarifas especiales para discapacitados y adultos de la tercera edad, subsidios a la población del SISBEN, y cualquier otra que determinara la autoridad distrital.

En resumen, para la instalación y puesta en funcionamiento del Sistema SIRCI, RBSAS debía cumplir el cronograma del Contrato de Concesión y que clasificaba, entre otras, las actividades a desarrollar en función de dos componentes:

- (i) El diseño, suministro e instalación de la tecnología del componente troncal de la fase III del Sistema TransMilenio, que comprendía todas las estaciones de las vías exclusivas y las estaciones para autobuses en las troncales de la Avenida El Dorado, la Carrera 10, Calle 6 y la Carrera 7, con un total de 39 entre portales y estaciones, a ser equipadas con 276 Barreras de Control de Acceso (incluye 70 de discapacitados), 161 terminales de venta y recarga, 315 cámaras de circuito cerrado de televisión, 70 km de fibra óptica que interconectará el CCTV con las pantallas del CCTV instaladas en el centro de control troncal de TMSA y 202 informadores al pasajero en estaciones.
- (ii) El diseño, suministro e instalación de la tecnología para la operación en las 13 zonas con 9917 buses zonales (incluye urbanos, complementarios y especiales) y los 1563 entre alimentadores, duales y troncales nuevos, para lo cual se exigió al concesionario adecuar y mantener disponible unas instalaciones con una capacidad suficiente para equipar a todos los vehículos según el cronograma de implementación del SIRCI, así como la provisión e instalación de los Centros de Control Zonal para cada operador, todo en concordancia con lo establecido por TMSA para el SIRCI y el SITP.

Es decir, para desarrollar lo anterior por parte de RBSAS, se requerían los buses y la infraestructura, asuntos que están bajo el control de TMSA.

C. Los Incumplimientos de TMSA

Al momento en el cual se cumplieron los 18 meses del Cronograma de Implementación del SIRCI en febrero de 2013, y cuando debía estar vinculada la totalidad de los buses, la real implementación solo fue de apenas el 7,8% de los buses. Han transcurrido más 3 años y medio (42 meses) desde la adjudicación de la licitación del SIRCI y a corte de enero de 2015 hemos alcanzado el 59,6% de implementación respecto a equipos instalados en buses. Se han presentado más de 21 variaciones en al Cronograma original de ingreso de los buses, afectando la instalación de equipos en los buses, encontrándose en el diciembre de 2014 en 50 vehículos/mes, aun cuando se mantiene la exigencia de una capacidad de instalación mucho mayor.

(...)

No obstante el Concesionario del SIRCI, siguiendo sus obligaciones contractuales:

- (i) Ya implementó la totalidad de la plataforma tecnológica para los tres subsistemas: el de recaudo, el de control de flota y el del sistema de información y atención al usuario.*
- (ii) Mantiene una capacidad instalada ociosa para la instalación de equipos en los vehículos.*
- (iii) Ha instalado el 80% de la red de recarga externa.*
- (iv) Ya creó el Fondo de Crédito al Usuario aportando los recursos necesarios.*
- (v) Puso al servicio de la ciudadanía el total de los puntos de personalización requeridos.*

Adicionalmente, el alistamiento y la entrega de la infraestructura completa de las troncales de la Calle 26, Calle 6 y Carrera 10 se atrasó, incluso hasta en 24 meses respecto de algunas estaciones, frente al plan de entrega original, y la troncal de la Carrera 7 ni siquiera se ha construido, habiendo cambiado ya 3 veces la propuesta para su diseño y conceptualización. No se conoce decisión alguna debidamente adoptada al respecto, ni se ha notificado ninguna modificación al Contrato de Concesión del SIRCI, que no contemple la Carrera 7 como una troncal del Sistema.

TMSA expidió la Orden de Inicio de ETAPA OPERATIVA a partir del 28 de septiembre de 2013, aun cuando no se habían cumplido los supuestos para dar inicio a la ETAPA OPERATIVA de conformidad con expresas y claras estipulaciones contractuales y el Otrosí No. 5 suscrito el 6 de julio de 2012. Esta decisión unilateral y abusiva por TMSA creó gran incertidumbre contractual por las contradicciones permanentes y la falta de rigor y de precisión de las instrucciones y decisiones que dicha entidad contratante ha adoptado en contravía del Contrato y de sus propios actos y comportamiento contractual. Esto conllevó a que RBSAS se encuentre en una encrucijada en la que tiene que continuar dando cumplimiento a sus obligaciones de la ETAPA PREOPERATIVA y simultáneamente tiene que cumplir sus obligaciones de la ETAPA OPERATIVA por órdenes de TMSA. Ello implica que RBSAS ha asumido más gastos de los que contractualmente debería asumir, por ejemplo en materia de pólizas y de operación de infraestructura de las Fases I y II de TMSA, de asunción anticipada de contratos de servicios de terceros y que continúe recibiendo una menor remuneración a la que tiene derecho, debido a que el SITP no está implementado en su totalidad y que los buses del sistema colectivo siguen operando en la ciudad.

La remuneración de RBSAS o la participación en los ingresos del sistema según fórmulas establecidas en el Contrato, depende fundamentalmente de la implementación del SITP. Los incumplimientos de TMSA causaron un daño a RBSAS y produjeron un rompimiento del equilibrio económico del Contrato imputable a TMSA que tiene que ser reparado de acuerdo con la Ley y el referido Contrato.

Adicionalmente, durante la vigencia del Contrato, TMSA tampoco ha atendido sus obligaciones y deberes en lo que atañe a la tarifa del SITP. TMSA ha otorgado descuentos en los pasajes y descuentos en los trasbordos entre distintos buses y sistemas, en abierta

rebeldía con las cláusulas contractuales sobre fijación de la tarifa del SITP las cuales limitan esta posibilidad a supuestos que no han ocurrido.

Asimismo, para definir la remuneración de RBSAS, TMSA ha efectuado descuentos por factor de calidad del servicio en la remuneración de RBSAS, por fuera de las disposiciones del Contrato y con fundamento en circunstancias y hechos no previstos en el mismo. Estas actuaciones de TMSA, aunadas a su incumplimiento de obligaciones legales y contractuales y a su conducta contractual, han contribuido directa y definitivamente al rompimiento del equilibrio económico del Contrato, y hacen a RBSAS acreedor de la indemnización integral de los daños causados con arreglo a la ley y al referido contrato.

En suma, la controversia que nos ocupa trata sobre cómo los incumplimientos y la reprochable conducta contractual atribuibles a TMSA en ejecución del Contrato, bien sea por sus acciones o por omisiones como Ente Gestor y entidad contratante, han causado daños a RBSAS. TMSA está en obligación legal y contractual de restablecer el equilibrio económico reparando integral y legalmente los daños ocasionados a RBSAS.

(...)

Vale anotar que algunos de los reclamos de TMSA en este arbitraje apuntan a señalar que la parte incumplida en el Contrato es RBSAS y no aquél, así como a sostener que posibles afectaciones económicas a dicho Contrato responden a riesgos asumidos por RBSAS. Al respecto, de forma subsidiaria en este proceso se demostrará que la posición de TMSA carece de fundamento alguno. Además, en el supuesto o hipótesis de no encontrarse probado el incumplimiento del Ente Gestor, se evidenciará plenamente la ocurrencia de riesgos previstos y asumidos por TMSA en la matriz de riesgos que forma parte del Contrato, lo que ha generado un desequilibrio económico del Contrato en detrimento de los derechos de RBSAS, que deben compensarse a la luz de las estipulaciones contractuales.

Los incumplimientos de TMSA continúan. Como ejemplos repetimos algunos: la flota total del SITP no está implementada, los buses del sistema colectivo tradicional continúan operando creando competencia al sistema nuevo de recaudo, y no hay una solución a la falta de estaciones por la Carrera 7. Estos incumplimientos afectaron los ingresos a los que RBSAS tiene derecho por el Contrato de Concesión; esta merma en los ingresos pone en riesgo a RBSAS de no poder cumplir con las amortizaciones de deuda que empiezan hacia el final de 2015. (...)."

5.3.- Contestación de la demanda y excepciones interpuestas

La Parte Convocada contestó oportunamente la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones formuladas en ésta, y solicitando que se condene en costas a la Convocante. Igualmente, en la contestación de la demanda, la Parte Convocada se pronunció sobre los hechos expuestos por la Parte Convocante, negando unos, aceptando otros, total o parcialmente, formulando aclaraciones o pronunciamientos relativos a ellos e invocando las siguientes razones de defensa y excepciones de mérito:

"8.1. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA PRONUNCIARSE SOBRE ACTUACIONES DE TRANSMILENIO COMO ENTE GESTOR Y SOBRE ASPECTOS EXTRACONTRACTUALES"

"8.2. NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONCESION"

"8.3. LAS OBLIGACIONES SOMETIDAS A PLAZO Y SU INCUMPLIMIENTO"

"8.4. OBLIGACIONES DE RESULTADO, SU PAGO Y LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE SU INCUMPLIMIENTO"

"8.5. VIOLACIÓN DEL ACTO PROPIO-PRINCIPIO DE BUENA FE"

"8.6. SUJETO CALIFICADO Y EXPOSICIÓN IMPRUDENTE AL DAÑO"

“8.7. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”

“8.8. RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACION CONTRACTUAL”

“8.9. CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL”

6 LA RECONVENCIÓN REFORMADA Y SU CONTESTACIÓN

6.1.- Las pretensiones de la reconvencción:

Solicita la Parte Convocada que se despachen favorablemente las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRIMERA. Que se declare que RECAUDO BOGOTA incumplió las obligaciones de la etapa pre-operativa del Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP.

SEGUNDA. Que se declare que RECAUDO BOGOTA S.A.S. incumplió el PLAN MAESTRO DE IMPLEMENTACIÓN consagrado en el Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP.

TERCERA. Que se declare que RECAUDO BOGOTA S.A.S. incumplió su obligación de celebrar y ejecutar de buena fe el contrato de Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP, por las siguientes razones:

1. Al haber pactado un plazo para el cumplimiento de las obligaciones, solicitar expresamente su prórroga y luego argumentar que el plazo no tiene efectos.
2. Al tratar de extender la etapa preoperativa y de esta manera obtener una mayor remuneración en virtud del Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP.
3. Al violar la teoría de los actos propios, pues siempre invoco causas de imposibilidad de cumplimiento diferentes a la conducta de TRANSMILENIO S.A.
4. Al no asumir los contratos existentes siendo claro su obligación al respecto.

CUARTA. Que se declare que TRANSMILENIO S.A. no incumplió el Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP, en la fase pre-operativa.

QUINTA. Que se declare que se dan los presupuestos facticos para hacer efectiva la compensación por terminación anticipada pactada en la cláusula 112 del Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP, a favor de TRANSMILENIO S.A.

SEXTA. Que se declare que se dan los presupuestos facticos para hacer efectiva la cláusula penal pactada en el Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP, en la cláusula 132, a favor de TRANSMILENIO S.A.

SÉPTIMA. Que se declare que RECAUDO BOGOTA S.A.S. está obligada a reconocer y a pagar a TRANSMILENIO S.A. demandante en reconvencción la indemnización plena de los perjuicios que le hubieren ocasionado con el incumplimiento del Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN

Y *SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP*, incluyendo los perjuicios por daño reputacional. Así como los perjuicios por ejecución de mala fe del mismo. En todos los casos la indemnización debe ser plena e incluir daño emergente y lucro cesante.

OCTAVA. Que se declare que RECAUDO BOGOTA S.A.S. demandada en reconvencción está obligada a reconocer y a pagar a TRANSMILENIO S.A., la suma de CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS QUINCE MILLONES DE PESOS (\$55.715.000.000,00) de 31 DE Diciembre de 2010, indicando el valor actual de la suma al momento de la condena a título de cláusula penal pactada en el Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP.

NOVENA. Que se declare que RECAUDO BOGOTA S.A.S. está obligado a reconocer y a pagar a TRANSMILENIO S.A. demandante en reconvencción los intereses comerciales sobre las condenas señaladas, desde la fecha en que se generaron cada una de las obligaciones, o la que los señores Árbitros consideren, hasta la fecha de su pago efectivo.

DÉCIMA. Que debido al daño a la reputación que TRANSMILENIO S.A ha sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual imputable a RECAUDO BOGOTÁ S.A.S y teniendo en cuenta el principio de la reparación integral, se declare que RECAUDO BOGOTÁ S.A.S está obligado a implementar medidas de justicia restaurativa.

UNDÉCIMA. Que se declare que RECAUDO BOGOTA S.A.S. demandada en reconvencción está obligada a reconocer y a pagar a TRANSMILENIO S.A. demandante en Reconvencción las costas del proceso, las cuales deberán incluir los costos de funcionamiento del Tribunal de Arbitramento, los honorarios de los señores Árbitros y del secretario, así como los de los auxiliares de la justicia, y las agencias en derecho.

DUODÉCIMA. Que se declare la terminación del Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP por incumplimiento de RECAUDO BOGOTA S.A.S de las obligaciones que debió ejecutar en la etapa pre-operativa o por incumplimiento del PLAN MAESTRO DE IMPLEMENTACIÓN.

DECIMA TERCERA. Que se ordene la liquidación del Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP en el estado en que se encuentre.”

“PRETENSIONES DE CONDENA

Que como consecuencia de la declaratoria de cualquiera de las pretensiones declarativas anteriores, se proceda a efectuar las siguientes condenas en contra de RECAUDO BOGOTA S.A.S. demandado en reconvencción y en favor de TRANSMILENIO S.A. demandante en reconvencción.

PRIMERA. Que se condene a RECAUDO BOGOTA demandado en reconvencción a pagar a TRANSMILENIO S.A. la indemnización plena de los perjuicios que le hubieren ocasionado con el incumplimiento del Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP, y específicamente las obligaciones relacionadas con la fase pre-operativa, incluyendo el daño emergente, el lucro cesante o cualquier otro suma que constituye un perjuicio, así como con el incumplimiento del PLAN MAESTRO DE IMPLEMENTACIÓN, y de todos los incumplimientos mencionados en la demanda, incluyendo la ejecución de mala fe del contrato, que ante la ausencia de prueba de su cuantía se concretan a la suma de CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS QUINCE MILLONES DE PESOS (\$55.715.000.000,00) de 31 de Diciembre de 2010, indicando el valor actual de la suma al momento de la condena a título de cláusula penal pactada en el Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP.

SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRETENSION DE CONDENA. Que se condene a RECAUDO BOGOTA demandado en reconvencción a pagar a TRANSMILENIO S.A. la indemnización plena de los perjuicios que le hubieren ocasionado con el incumplimiento del Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP, y específicamente las obligaciones relacionadas con la fase pre-operativa, incluyendo el daño emergente, el lucro cesante o cualquier otro suma que constituye un perjuicio, así

como con el incumplimiento del PLAN MAESTRO DE IMPLEMENTACIÓN, y de todos los incumplimientos mencionados en la demanda, incluyendo la ejecución de mala fe del contrato, que ante la ausencia de prueba de su cuantía se concretan a la suma de CINCUENTA Y CINCO ML SETECIENTOS QUINCE MILLONES DE PESOS (\$55.715.000.000,00) de 31 de Diciembre de 2010, indicando el valor actual de la suma al momento de la condena a título de cláusula penal pactada en el Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP, reducida en la suma que pruebe RECAUDO BOGOTA S.A.S. como menor perjuicio causado.

SEGUNDA. Que debido al daño a la reputación que TRANSMILENIO S.A ha sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual imputable a RECAUDO BOGOTÁ S.A.S y teniendo en cuenta el principio de la reparación integral, se ordene a RECAUDO BOGOTÁ S.A.S que, como medida de justicia restaurativa, implemente las siguientes medidas:

- Una campaña publicitaria y cultural en la que reconozca que el deterioro de la imagen que ha sufrido la sociedad TRANSMILENIO S.A ha sido responsabilidad suya y tiene como causa exclusiva el incumplimiento a las obligaciones derivadas del **“CONTRATO 001 DE 2011 DE CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP”**.
- Una campaña publicitaria y cultural en la que informe las bondades del sistema a toda la comunidad.
- Las demás que a juicio del H. Tribunal y que sean necesarias para que la indemnización sea plena y justa, teniendo en cuenta la magnitud del despliegue negativo de las informaciones de los distintos medios de comunicación.

TERCERA. Que se condene a RECAUDO BOGOTA S.A.S. a pagar la suma que el H. Tribunal considere equitativa por los daños reputacionales que le son imputables, los cuales por su naturaleza no se incluyen en la cláusula penal que se pretende.

CUARTA. Que se condene a RECAUDO BOGOTA S.A.S. demandado en reconvencción a pagar a TRANSMILENIO S.A. demandante en reconvencción intereses comerciales sobre las condenas señaladas, desde la fecha del laudo hasta la fecha de su pago efectivo.

QUINTA. Que se condene a RECAUDO BOGOTA S.A.S. demandado en reconvencción a pagar a TRANSMILENIO S.A. demandante en reconvencción las costas del proceso, las cuales deberán incluir los costos de funcionamiento del Tribunal de Arbitramento, los honorarios de los señores árbitros y del secretario, así como los de los auxiliares de la justicia, y a agencias en derecho, además de todo gasto procesal que resulte probado.”

6.2.- Los fundamentos fácticos de la reconvencción:

La Parte Convocada fundamenta sus pretensiones en los hechos expuestos en la demanda de reconvencción, los cuales se exponen de forma resumida:

“A. HECHOS GENERALES

PRIMERO. Mediante Resolución No. 153 del 25 de Abril de 2011, TRANSMILENIO S.A. convocó a la Licitación Pública TMSA No. 03 de 2001 con el objeto de otorgar en concesión el SIRCI (...) del SITP (Sistema Integrado de Transporte Público, es decir, desde el principio las partes interesadas, por demás sujetos calificados desde el punto de vista profesional, sabían que el proceso culminaría con la celebración de un contrato de concesión, tipología contractual que implica la asunción de riesgos de ejecución, que excluyen desequilibrios contractuales a favor del concesionario, en la gran mayoría de las hipótesis.

SEGUNDO. (...) Desde el pliego los oferentes tenían claridad y aunque ello sobraba, por la naturaleza del contrato, que el mismo se ejecutaría por cuenta y riesgo del concesionario, (...).

En la proforma 5 Matriz de riesgos que es determinante para este proceso, (...) se asignaron a la Entidad Contratante únicamente los siguientes riegos:

*Riesgo: Demora en el inicio de la concesión por otros operadores y modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura 100% TRANSMILENIO cuando autorice el pedido de equipos y el SITP no es listo, hipótesis que no se da en el caso que nos ocupa, los demás eventos son riesgo del concesionario.
Riesgo: Variación de la tarifa, tema ajeno a la demanda principal y de reconversión.*

Los demás riesgos son del concesionario (...), aspecto suficiente para concluir la improcedencia de la demanda principal, y el incumplimiento del concesionario de ser cierto que no se podía dar la orden de inicio de la etapa operativa, (...).

Es claro que RECAUDO BOGOTA pretende trasladar riesgo que asumió con la celebración del contrato a TRASMILENIO.

Es claro que en virtud de la asunción de riesgos se derivan incumplimientos contractuales de RECAUDO BOGOTA que vinculan la responsabilidad de dicha sociedad, como ocurre en materia de evasión, no instalación de equipos, y utilización de ductos sin pagar las sumas correspondientes. (...)

QUINTO. RECAUDO BOGOTA S.A.S. conociendo la oferta de contrato que materializaban los Pliegos de Condiciones y las aclaraciones dadas por TRANSMILENIO, aceptó la misma presentando propuesta en el proceso licitatorio que nos ocupa, lo que constituye jurídicamente una aceptación pura y simple del contrato.

SEXTO. El proceso licitatorio mencionado concluye con la Resolución No. 327 de 2011 mediante la cual se adjudica el contrato correspondiente a la Sociedad RECAUDO BOGOTA S.A.S.

SEPTIMO. En virtud de la adjudicación ya mencionada se celebra el Contrato 001 de 2011 de CONCESION DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACION Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP entre TRANSMILENIO S.A. y RECAUDO BOGOTA S.A.S. (...)

Del objeto del contrato concluimos que su naturaleza es de concesión, que la ejecución del objeto del contrato era un riesgo esencial del concesionario, y que él conocía la interdependencia de contratos, como expresamente lo consagra la cláusula 3 del contrato, y no sólo conocía, sino que aceptó la misma con las implicaciones que ello conlleva, sobre todo en lo que se refiere a la teoría del riesgo. (...)

NOVENO. El acta de inicio del contrato se suscribió el día 28 de Septiembre de 2011, por ambas partes, siendo conscientes las mismas que con dicha firma iniciaba el cómputo de los plazos contractuales, entre ellos el de 24 meses de duración máxima de la etapa pre-operativa, (...).

DECIMO. Es obligación de RECAUDO BOGOTA S.A.S. el diseño, suministro y mantenimiento del software y hardware donde converge la información del SIRCI, tanto en los Centros del Control del Ente Gestor, como en los Centros de Control Zonales y en el Centro de Réplica del Subsistema de Recaudo. (...)

DUODECIMO. La función de conectividad definida en el numeral 1.21 del contrato es una obligación de resultado de RECAUDO BOGOTA S.A.S. y constituye por su esencia un riesgo contractual de dicha sociedad. (...)

DECIMOTERCERO. La función de implementación definida en el numeral 1.44 del contrato es una obligación de resultado de RECAUDO BOGOTA S.A.S. y constituye por su esencia un riesgo contractual de dicha sociedad. (...)

DECIMOCUARTO. (...) La integración del medio de pago a 28 de Septiembre de 2013 se dio de la siguiente manera, y era una obligación contractual de RECAUDO BOGOTA S.A.S.:

- ✓ Aprobación del Plan Maestro de Implementación – PMI (Febrero de 2012)
- ✓ Aprobación de la Tarjeta Tullave (Febrero de 2012).
- ✓ Comité de Recaudadores del 11, 14 y 16 de Mayo de 2012.
- ✓ Revisión técnica con los asesores externos de la Universidad de los Andes (Octubre – Noviembre de 2012).
- ✓ Reuniones con los concesionarios (Noviembre de 2012).
- ✓ Comité de Recaudo del 14 de Diciembre de 2012 en la Alcaldía Mayor de Bogotá.

- ✓ Reunión entre el Alcalde Mayor, el Gerente de TRANSMILENIO S.A. y Recaudo Bogotá (19 de Diciembre de 2012).
- ✓ Demostración por parte de Recaudo Bogotá, de que las Tarjetas Mifare Classic e Infineon, pueden ser cargadas y leídas en los equipos de la Fase III (20 de Diciembre de 2012).
- ✓ Reiteración por parte del Ente Gestor a UT FASE II para que se entregue la información requerida (26 de Diciembre de 2012)
- ✓ Reunión con la Procuraduría para solicitar acompañamiento en la toma de decisión que profiera el Alcalde Mayor (26 de Diciembre de 2012).
- ✓ Reunión con ANGELCOM S.A. y UT FASE II (Diciembre de 2012).
- ✓ Reunión con la Procuraduría General de la Nación y con la Contraloría Distrital (21 de enero de 2013).
- ✓ Mesas técnicas del 23 y 30 de enero de 2013.
- ✓ Comité de Recaudo (31 de Enero de 2013).
- ✓ Revisión por parte de TRANSMILENIO S.A., de la información recibida de ANGELCOM y entrega de la misma a Recaudo Bogotá (13 de Febrero de 2013).
- ✓ Nuevo requerimiento de información a Angelcom, recibido de la misma, validación y entrega a Recaudo Bogotá (22 de Febrero de 2013).
- ✓ 14. Requerimiento contractual e inicios de proceso sancionatorios a UT FASE II y a ANGELCOM S.A., (8 de Marzo de 2013, Acto Adm 2013 EE 2518).
- ✓ Conminación a Recaudo Bogotá para que presentara una alternativa de integración que cumpliera con lo exigido en el contrato, so pena de sanción (11 de Marzo de 2013).
- ✓ Reuniones con representante legal y Miembro Principal de la Junta Directiva de los Operadores (14 y 20 de Marzo de 2013).
- ✓ Recibo de módulos SAM de producción y de prueba (20 de Marzo de 2013).
- ✓ Mesas de trabajo solicitadas por Recaudo Bogotá del (14 al 20 Marzo de 2013).
- ✓ Comité de Recaudadores del (22 de Marzo de 2013).
- ✓ Mesa Técnica del (26 de Marzo de 2013) con Recaudo Bogotá
- ✓ Recibo de propuesta de integración exigida por TRANSMILENIO S.A. (1 de Abril de 2013).
- ✓ Prueba de acceso o cualquier tarjeta de Fases I, II y III (16 de Abril de 2013).
- ✓ Valoración de la prueba recibida y solicitud de ajustes (15 y 26 de Abril de 2013).
- ✓ Adopción propuesta de integración y Resolución 125 (29 de Abril de 2013).
- ✓ Comité de Recaudadores del (Abril de 2013).
- ✓ Recursos de reposición a la Resolución 125 (16 de Mayo de 2013).
- ✓ Comité de Recaudadores (31 de Mayo de 2013).
- ✓ Solicitud de información complementaria para la integración a operadores de Fase I y II (15 y 28 de mayo de 2013).
- ✓ Visitas técnicas preliminares a estaciones prototipo con Recaudo Bogotá.
- ✓ Comité de Recaudadores (Junio de 2013).
- ✓ Resolución de recursos de reposición (26 de Julio de 2013).
- ✓ Solicitud de los módulos SAM de Fase I y II (9 de Julio de 2013).
- ✓ Siete comunicaciones directas con el fabricante de módulos SAM en Austria (8, 14, 15, 22 de Agosto de 2013 y 21, 30, 31 de Octubre de 2013).
- ✓ Autorización a Recaudo Bogotá para implementar una solución temporal (Otro si 7 del 2 de septiembre de 2013).
- ✓ Instalación de solución temporal en todas las estaciones de Fase III e inicio de la Instalación de torniquetes en estaciones y portales de Fase I y II (septiembre de 2013).
- ✓ Realización de 37 mesas técnicas para la integración desde el 12 de Agosto del 2013 hasta la presente).
- ✓ Acompañamiento de las reuniones de negociación de los ajustes al SOFTWARE entre Recaudo Bogotá y el Proveedor SAR (Octubre a Diciembre de 2013).

Ahora bien las acciones desarrolladas en torno a la integración del medio de pago, desarrolladas con posterioridad al 28 de septiembre de 2013 fueron entre otras:

- ✓ Integración del medio de pago en troncal y zonal con 2 tarjetas (28 de Noviembre de 2013).
- ✓ Recibo de los módulos SAMs (Diciembre de 2013)
- ✓ Recarga tarjeta Azul y Roja en Fase III (Diciembre de 2013)
- ✓ Comité de Recaudadores del 10 de abril de 2014, suscrito con acuerdo para implementar etapa de preparación y transición.

DECIMOQUINTO. La función integración tecnológica definida en el numeral 1.49 del contrato es una obligación de resultado de RECAUDO BOGOTA S.A.S. y constituye por su esencia un riesgo contractual de dicha sociedad. (...)

DECIMOSEXTO. El plazo del contrato se consagra en la cláusula 8 del mismo y se realiza en los siguientes términos:

“CLÁUSULA 8. DURACION DEL CONTRATO.

El plazo de duración del presente contrato de concesión se estima en dieciséis años (16) años, el cual se desarrollará en etapas, como se describe en las cláusulas siguientes.”

Es claro que este plazo es estimado y así lo pactaron las partes lo que se explica por la posibilidad de que la etapa pre-operativa fuera mayor o menor, a lo pactado (18 meses), pero nunca mayor a 24 meses.

A su vez en la cláusula 11 se dispone lo siguiente respecto a la duración de la etapa pre-operativa:

“CLÁUSULA 11. ETAPA PREOPERATIVA.

*Esta etapa comienza a partir de **acta de inicio o ejecución del contrato** y se extenderá hasta la culminación de la implementación gradual del SITP....*

*Se estima como plazo para esta etapa dieciocho (18) meses, sin embargo podrá ser mayor o menor, de conformidad con el Plan Maestro de Implementación presentado por el **CONCESIONARIO** y aprobado para el efecto por **TRANSMILENIO S.A.**, sin que ningún caso esta etapa pueda ser superior a veinticuatro (24) meses.”*

Es claro que el primer inciso de esta cláusula no puede interpretarse aisladamente y sin tener en cuenta el contenido de la demás disposiciones contractuales, incluso de los demás incisos de la misma cláusula, como tampoco desconociendo la naturaleza del contrato y los riesgos que cada parte asumió con la celebración del mismo, pues es claro que la implementación del SITP debía darse dentro del plazo máximo establecido en la misma cláusula para la etapa pre-operativa, tema que es claro cuando las partes pactan sin que ningún caso esta etapa pueda ser superior a veinticuatro (24) meses.

Tan consciente era el concesionario de la existencia de este plazo máximo que en su Plan Maestro de Implementación consideró el mencionado plazo, plan que por demás fue aprobado pro TRANSMILENIO y que constituye una obligación contractual de RECAUDO BOGOTA.

De otra parte, no es de recibo para extender dicha etapa pre-operativa hacer alusión al principio de transición como pretender RECAUDO BOGOTA, ya que este principio aplica para el desarrollo del SIRCI, y nada tiene que ver con las etapas pactadas contractualmente para ejecutar el contrato.

A su vez en la cláusula 12 del Contrato se establece la duración de la etapa operativa así:

“CLÁUSULA 12. ETAPA OPERATIVA.

La etapa de operación comienza con la orden de inicio de operación dada por parte del Ente Gestor y se extenderá por quince (15) años.

*La orden de inicio de la etapa operativa se expedirá cuando finalice la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del **SITP**.*

*Para la expedición de la **orden de inicio de la etapa de operación del contrato** por parte de **TRANSMILENIO S.A.**, se deberá haber cumplido con todas las obligaciones de implementación y de la **etapa preoperativa.**”*

Se concluye de las cláusulas contractuales que cuando las partes pactaron plazos indicativos o estimados así lo pactaron expresamente, como ocurre con el plazo de 16 años y de 18 meses ya mencionados, y cuando querían un plazo perentorio y preclusivo también lo hicieron expresamente como ocurrió con el plazo de 24 meses y de 15 años

consagrados en las cláusulas transcritas, aspecto este determinante tanto para la demanda principal, como para la presente demanda de reconvencción.

Es más, incluso si en gracia de discusión se aceptara la imposibilidad de terminar la fase pre-operativa en el plazo máximo pactado, la alternativa no es la prórroga de facto de la misma, sino la necesidad de celebración de un otrosí para modificar la disposición contractual que consagraba el plazo máximo para dicha etapa, como incluso lo intentó infructuosamente RECAUDO BOGOTA.

Es claro que vía dilatar la etapa pre-operativa se busca lograr un mayor plazo de ejecución con los beneficios económicos que ello implica para RECAUDO BOGOTA S.A.S. que recibe remuneración incluso en la etapa pre-operativa, como se explica a continuación:

Por cada mes que se extienda la fase pre-operativa RECAUDO BOGOTA recibe una remuneración fija de \$7.645.515.152, a precios del día de hoy, que se constituye en un desequilibrio para TRANSMILENIO.

La argumentación de RECAUDO BOGOTA S.A.S. respecto del plazo implica dejar sin efecto no sólo los plazos perentorios ya mencionados (24 meses y 15 años) sino violar la cláusula 14 de ampliación del plazo, pues ni existe suspensión total del contrato, ni existe ninguna situación que haya afectado de manera relevante las condiciones de ejecución del contrato, como los dispone la cláusula citada, (...).

Tan claro es el tema del plazo, que en el literal c de la Cláusula 30 del contrato, se establece en relación con el contrato de fiducia accesorio al de concesión, que el mismo tendrá una duración máxima de 16 años, lo que resulta armónico con la interpretación de TRANSMILENIO S.A. de los plazos contractuales, e inocuo frente a la interpretación manipulada de RECAUDO BOGOTA S.A.S.

Es más, tan consciente era RECAUDO BOGOTA del carácter perentorio del plazo de 24 meses, que incluso solicitó ampliación de dicho plazo de la etapa pre-operativa, solicitud que sería inocua, si el mismo es un plazo indicativo, como lo ha manifestado infundada y reiteradamente RECAUDO BOGOTA. La solicitud mencionada consta en comunicación del 29 de Enero de 2013 (Radicado RL-CC/TM-0495-22012013), en los siguientes términos: "... le solicitamos comedidamente a TRANSMILENIO proceder a modificar el cronograma de forma que se amplíe el plazo de la etapa pre-operativa hasta el treinta (30) de abril de 2014..."

Es claro que toda modificación de un contrato es bilateral, y RECAUDO BOGOTA en una ejecución de mala fe del contrato, al no lograr la modificación del mismo, pretende los mismos efectos vía interpretación del contrato, pues si era tan claro que el plazo no era perentorio, porque pedir su prórroga, y lo que es más cuestionable, no obtenida la misma, concluir que se dio vía interpretación.

De otra parte la implementación gradual del SITP debe entenderse de la siguiente manera y cumplida como presupuesto para dar inicio a la fase operativa:

Respecto de los equipos a bordo de los vehículos y los validadores de pago para la integración tarifaria del componente zonal, su instalación y puesta en funcionamiento se efectuará de acuerdo al cronograma que acuerden las partes, tomando como referencia el existente para la operación de transporte del **SITP**. Sin embargo, el contratista deberá prever que los equipos deben estar listos para operar con las primeras rutas del SITP, situación que ya fue superada, y al 28 de septiembre de 2013 no solo se encontraban en operación las primeras rutas del SITP, sino un porcentaje significativo de la implementación.

Finalmente, es importante anotar que en la actualidad hay celebrados 13 contratos de operación del SITP y todos se encuentran en la etapa operativa.

DECIMOSEPTIMO. En lo que se refiere a las obligaciones del Concesionario en la etapa pre-operativa las mismas se concretan de la siguiente manera, en la ya mencionada cláusula 11:

"CLÁUSULA 11. ETAPA PREOPERATIVA.
(...)

Durante esta etapa el **CONCESIONARIO** deberá cumplir como mínimo con las siguientes obligaciones, de acuerdo con el cronograma que se detalla en el anexo 2 del contrato “Especificaciones Técnico Operativas”:

11.1. Presentar el Plan Maestro de Implementación, el Plan de Calidad, y el Cumplimiento de las Especificaciones Técnico Operativas, de acuerdo con lo establecido en los Anexos 2 y 4 del presente contrato. El Plan Maestro de implementación del SIRCI deberá considerar y ser consecuente con el plan de implementación que apruebe TRANSMILENIO S.A. a los concesionarios de operación del SITP.

11.2. Presentar el diseño/ingeniería de detalle.

11.3. Desarrollar los aplicativos de los Subsistemas del SIRCI.

11.4. Adelantar reuniones con los Concesionarios del sistema de Recaudo existente y concertar el Plan de Integración de las Fases I y II y el SIRCI.

11.5. Iniciar las pruebas de integración tecnológica necesarias en las estaciones de las Fase 1, 2 y 3.

Es la actividad de articulación e interconexión física, lógica y desarrollo de interfaces que realizará el **CONCESIONARIO** del **SIRCI** sobre hardware, firmware y/o tecnologías de los subsistemas de recaudo, centros de control no troncal (zonal) y troncal, el subsistema de información y servicio al usuario y la plataforma de conectividad necesaria entre los diferentes módulos, equipos y dispositivos para lograr que operen de forma coordinada y armónica, cumpliendo con los niveles de servicio establecidas.

11.6. Cierre Financiero.

11.7. El suministro de todos los equipos de la plataforma tecnológica de los Subsistemas del SIRCI para el componente troncal y para el componente zonal.

11.8. La instalación, pruebas y puesta en funcionamiento de los equipos de la plataforma tecnológica de los Subsistemas del SIRCI para el componente troncal y para el componente zonal.

11.9. Respecto de los equipos a bordo de los vehículos y los validadores de pago para la integración tarifaria del componente zonal, su instalación y puesta en funcionamiento se efectuará de acuerdo al cronograma que acuerden las partes, tomando como referencia el existente para la operación de transporte del **SITP**. Sin embargo, el contratista deberá prever que los equipos deben estar listos para operar con las primeras rutas del **SITP**.

11.10. Presentar las pólizas de los seguros sobre otros bienes afectos al servicio y sobre el dinero recaudado, y demás seguros previstos en la normatividad legal y en este Contrato para amparar el servicio.

11.11. La póliza de responsabilidad civil extracontractual, deberá cubrir todos los eventuales perjuicios que se puedan producir a los usuarios del sistema o a terceros o a **TRANSMILENIO S.A.**

11.12. Presentar, previa a la suscripción, las minutas de los Contratos de Fiducia para la verificación y aprobación de **TRANSMILENIO S.A.**

11.13. Suscribir el contrato de Fiducia **CONCESIONARIO** dentro de los noventa (90) días calendario, siguientes a la legalización del contrato de concesión.

11.14. Suscribir el Contrato de Fiducia del **SITP** dentro de los noventa (90) días calendario, siguientes a la legalización del contrato de concesión.

11.15. Adelantar todas las actividades propias de la integración del medio de pago con los recaudadores existentes, de acuerdo a lo establecido en el Anexo 2 del pliego de condiciones “Sistemas Existentes”.

Durante esta etapa, el **CONCESIONARIO** deberá entregar en operación la totalidad de los componentes, dispositivos y elementos de software y hardware que componen la plataforma tecnológica, bajo responsabilidad del **CONCESIONARIO**, en los buses, que de acuerdo con el cronograma se requieran para el inicio de la operación, centros de control zonal, centro de control **Ente Gestor** y en los respectivos medios de conectividad requeridos para la correcta operación del **SITP...**”

DECIMOCTAVO. Es claro contractualmente y legalmente (naturaleza del contrato, que el diseño, suministro y la implementación del SIRCI cumpliendo integralmente las exigencias contractuales es una obligación de resultado y así lo pactaron las partes, (...).

DECIMONOVENO. En lo que respecta a la terminación de la fase pre-operativa son ilustrativas las siguientes comunicaciones de TRANSMILENIO y de RECAUDO BOGOTA:

- Comunicación 2013EE11949 del 13 de Septiembre de 2013
- RL-CC/TM-0000168591-890-23092013.
- RL-CC/TM-156968-867-04092013.

Además, existen comunicaciones de las que se concluye el incumplimiento contractual RECAUDO BOGOTA, como son las siguientes, provenientes de dicha sociedad, y por lo tanto las mismas no sólo tienen fuerza probatoria como documentos, sino como confesión siendo ilustrativa la siguiente:

En la comunicación radica con el número RL-CC/RB-2013-0038-224873-02122013 del 6 de diciembre de 2013, Recaudo Bogotá informó a TransMilenio que respecto a la solicitud de dar cumplimiento a una de las obligaciones previstas en la etapa operativa, como lo es la de presentar dentro de los diez (10) días siguientes al inicio de la etapa operativa un procedimiento para dar de baja los activos de la empresa durante la concesión, no le era exigible aún, toda vez que, en su sentir, las obligaciones de la etapa operativa están sometidas a la condición de que finalice la etapa pre-operativa. (...)

Lo anterior evidencia de forma contundente que Recaudo Bogotá confesó que incumplió el contrato al no haber atendido las obligaciones de resultado plasmadas en este que hacen parte de la etapa pre-operativa.

Respecto del incumplimiento de las obligaciones de resultado de RECAUDO BOGOTA son ilustrativas las siguientes consideraciones adicionales:

- La culminación de la implementación gradual del SITP como condición para la terminación de la etapa pre-operativa era una obligación sometida a plazo (24 meses).
- La etapa pre-operativa no tenía un plazo único, pero sí tenía un plazo máximo.
- Es claro que el equipamiento de los buses con los dispositivos de recaudo y control, la dotación de las estaciones y portales con los equipos de recaudo, con las cámaras de cctv, con los elementos del SISU son obligaciones de RECAUDO BOGOTA.
- La integración con los concesionarios de recaudo de las fases I y II era un riesgo contractual de RECAUDO BOGOTA, y la no integración con dichos concesionarios es un incumplimiento contractual objetivo de RECAUDO BOGOTA.
- Ninguno de los otrosí celebrados por las partes amplían los plazos contractuales.

El incumplimiento de RECAUDO BOGOTA está probado y basta leer la Comunicación RL-CC/TM-156968-867-04092013, en la que RECAUDO BOGOTA manifiesta:

“2. La duración de la Etapa Pre-operativa está condicionada al cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la cláusula 11 del Contrato de concesión 001 de 2011, lo cual, dado el proceso de implantación que ha seguido el SITP, es imposible que se complete antes del 27 de septiembre de 2013.

(...)

b. Para el 27 de septiembre no se HABRAN CUMPLIDO CON TODAS LAS OBLIGACIONES DE LA IMPLEMENTACIÓN Y DE LA ETAPA PREOPERATIVA.

Frente al contenido de esta comunicación debemos tener claro que la misma constituye probatoriamente una confesión de RECAUDO BOGOTA referente al incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud de lo estipulado en la cláusula 11 del Contrato, que por demás eran obligaciones de resultado, sometidas a plazo, y que en la mayoría de los casos constituían riesgos asumidos por RECAUDO BOGOTA al celebrar el contrato.

(...)

VIGESIMO. Es claro que RECAUDO BOGOTA S.A.S. debe responder por los perjuicios que ocasione a TRANSMILENIO S.A. por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, (...).

VIGESIMO PRIMERO. Es clara la cláusula 19 que consagra las obligaciones del concesionario en relación con la conectividad, (...).

El concesionario en virtud de estas obligaciones y especial de la consagrada en el Numeral 19.6 presentó el Plan de Integración que resulto incumplido, como se explicará más adelante en este escrito.

VIGESIMO SEGUNDO. Es claro que los riesgos de la ejecución del contrato son de RECAUDO BOGOTA S.A.S., incluyendo incluso el de evasión del pago de la tarifa (Cláusula 20.17), pero, en general, todo el riesgo comercial.
(...)

VIGESIMO TERCERO. La implementación del proyecto es decir el inicio de la operación del SIRCI se efectuó bajo cronograma en todo caso indicativo, presentado por RECAUDO BOGOTA S.A.S., de conformidad con lo establecido en la cláusula 24, del cual concluimos que la obligación en este evento se concreta a la presentación del Plan Maestro de Implementación que efectivamente fue presentado y aprobado por TRANSMILENIO.
(...)

No es posible de un cronograma de implementación indicativo concluir que el mismo es definitivo para efectos de derivar ventajas contractuales, pues es claro que dicho cronograma era indicativo, sujeto por lo tanto a ajustes periódicos, situación que fue conocida por RECAUDO BOGOTA no solo desde la celebración del contrato y su adjudicación, sino desde la licitación.

VIGESIMO CUARTO. Uno de los principales derechos de TRANSMILENIO S.A. derivados de la ejecución del contrato con RECAUDO BOGOTA S.A.S. es el establecido en la cláusula 25, específicamente en el numeral 25.2 que dispone:

“25.2. El derecho a realizar la planeación estructural del sistema integrado de transporte público de Bogotá –SITP- y del sistema integrado de recaudo, control, información, y servicio al usuario -SIRCI.

Este derecho se ha visto afectado así:

- a. La planeación estructural del sistema integrado de transporte público de Bogotá (SITP), se ha realizado y ajustado periódicamente conforme a las necesidades de transporte de la comunidad, las cuales están directamente relacionadas con el continuo desarrollo, densificación y expansión urbana, en consecuencia, habrá necesidad de instalar continuamente, durante todo el periodo de la concesión, equipos a bordo de vehículos requeridos para las nuevas rutas del SITP. Si la pretensión del Concesionario es la de haber ajustado esta planeación a un período de 18 a 24 meses, es totalmente inviable e irreal, ya que el Ente Gestor depende de la disponibilidad de flota de los Concesionarios de operación y otros factores considerados por el Ente Gestor desde el mismo momento de la licitación, razón por la cual se estableció que el mismo era indicativo y modificable.
- b. En cuanto a la planeación del sistema integrado de recaudo, este derecho se ha visto afectado, ya que el Ente Gestor depende de las voluntades de los Concesionario de Recaudo para realizar esta labor, por lo tanto cualquier planeación que se realice está condicionada a las labores que el Concesionario adelante.
- c. Para la planeación del sistema de control, el Ente Gestor se ha visto afectado en este derecho, ya que no se ha realizado la migración de la flota troncal de las fases I y II a la nueva plataforma tecnológica propuesta por el Concesionario, coartando al Ente

Gestor en el uso de las herramientas requeridas para la programación y el control de flota y obligándolo a seguir usando la tecnología existente.

- d. En cuanto a la planeación del sistema de información al usuario, el Ente Gestor se ha visto afectado en este derecho, ya que no cuenta con la totalidad de cámaras de video-vigilancia –CCTV, ni paneles informativos en las estaciones de las fases 1 y 2 del sistema, que brinden mejora en el servicio a la comunidad; así como la falta de cronogramas por parte del Concesionario que le permitan al Ente Gestor brindar mayor seguridad e información a los usuarios.

VIGESIMO QUINTO. Es determinante tener claro que las partes pactaron que el valor efectivo del contrato remunera todos los riesgos previsibles asumidos por el CONCESIONARIO RECAUDO BOGOTA S.A.S. e incluye sin ninguna limitación los costos y gastos (directos e indirectos) en que incurra RECAUDO BOGOTA S.A.S. por la ejecución del contrato.

(...)

Es claro que RECAUDO BOGOTA asumió los riesgos de ejecución del contrato y por ello es improcedente cualquier reclamación que pretenda.

VIGESIMO SEXTO. VIGESIMO SEXTO. Los ingresos del concesionario están regulados en el Capítulo 4 del contrato, artículos 58 y siguientes.

En lo que tiene que ver con la etapa pre-operativa y operativa, los ingresos no se diferencian, pues independientemente de la etapa en que se encuentre el contrato, todos los factores de la remuneración se aplican.

Sin embargo, es necesario precisar que la remuneración fija del concesionario contempló un periodo de implementación de 8 meses, que al final del mismo, toma el 100% de su valor.

(...)

En la ejecución del contrato lo que se dio fue que se remuneró al 100% al término de los 8 meses, independientemente de que la implementación no se hubiera dado, en el entendido de que, el contrato dice que hay que pagarlo al 100% al término de los 8 meses y que TRANSMILENIO S.A. reconoce que el concesionario tuvo que hacer las inversiones, y que están deben ser remuneradas al término del mencionado periodo independientemente de que este periodo de implementación se haya extendido.

Si estuviera atada a la etapa de implementación, todavía no se estaría remunerando al 100% y el factor de implementación tomaría un porcentaje menor a 1, según la fórmula del factor de implementación establecida en el contrato.

Ahora, es claro que si el concesionario pretende extender la etapa preoperativa y en consecuencia la etapa operativa, esto implica una extensión no debida de su remuneración.

VIGESIMO SEPTIMO. En materia de riesgos contractuales resulta ilustrativo el último inciso de la cláusula 65 del contrato, que establece:

“El **CONCESIONARIO** asume y será totalmente responsable por todos y cualesquiera de los daños, deterioros, perjuicios, pérdidas o invasiones de hecho de los terrenos y bienes que integran la infraestructura entregada en concesión, sin perjuicio de su facultad de exigir a terceros diferentes de **TRANSMILENIO S.A.**, la reparación o indemnización de los daños y perjuicios directos y/o subsecuentes cuando a ello haya lugar.”

A su vez en el último inciso de la cláusula 66 del mismo contrato se dispone en materia de riesgos lo siguiente:

“**TRANSMILENIO S.A.** no será responsable frente a terceros por las obligaciones que asumiere o debiere asumir el **CONCESIONARIO** con aquellos, ni por los daños que cause este último, directa o indirectamente en el desarrollo de su gestión, ni sus empleados, agentes, representantes, contratistas o subcontratistas, y bienes. El **CONCESIONARIO** declara por la firma del presente contrato, que **TRANSMILENIO S.A.** queda indemne frente a cualquier reclamación en tal sentido.”

VIGESIMO OCTAVO. Es claro que en CONCESIONARIO tiene la responsabilidad y la obligación contractual de cumplir con los niveles de servicios establecidos en el Anexo 3 del Contrato y en general con cualquier otro establecido en el contrato, en el pliego de condiciones de la licitación pública TMSA-003-2011, sus proformas y anexos.

En la ejecución del contrato lo que ha ocurrido en este tema, es lo siguiente:

El cálculo del factor de calidad se activó en la fórmula de remuneración del Concesionario a partir de la entrada en operación de la vigésimo cuarta estación, tal como lo menciona la cláusula tercera el otro si 5 del Contrato 001 de 2011, sin embargo, el Concesionario no ha realizado las mediciones de confiabilidad en la plataforma de recaudo, ni en la plataforma de control, ni ha realizado los cálculos en el nivel de disponibilidad de las barreras de control de acceso, terminales de carga asistida, sistema de comunicación de recaudo, y sobre los módulos a bordo del bus, tal como lo solicita en Ente Gestor, imposibilitando contar con una medición que de una visión de confiabilidad y disponibilidad de la solución propuesta por el Concesionario.

Igualmente, aunque el Concesionario ha dispuesto de una herramienta para el registro y seguimiento a las solicitudes de mantenimientos preventivos y correctivos del SIRCI, dicha herramienta ha sido usada por el Concesionario para actividades internas, lo cual difiere con la razón de ser de su existencia, y por lo tanto, dio lugar a adelantar un proceso interno por posible incumplimiento, que a la fecha se encuentra en ejecución.

No obstante, Recaudo Bogotá S.A.S., en un porcentaje considerable de solicitudes de soporte, no está dando los tiempos de respuesta y solución requeridos por el contrato, generando malestar con los diferentes usuarios internos y externos, teniendo el Ente Gestor que asumir las continuas quejas al respecto.

VIGESIMO NOVENO. Es claro que RECAUDO BOGOTA es el responsable de la definición e implementación de su estructura organizacional, administrativa, de dirección y financiera la cual debe ser idónea y adecuada para asegurar el cumplimiento del objeto del contrato que nos ocupa y de la prestación del servicio de transporte que en él se envuelve. (Ver cláusula 72 del Contrato).

TRIGESIMO. En materia de asignación de riesgos es importante tener claro el contenido de la cláusula 82 del Contrato que dispone:

“CLÁUSULA 82. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES DEL CONTRATO

La distribución de riesgos previsibles del presente contrato de concesión se basa en la Política Estatal sobre el manejo de riesgo contractual del Estado en proyectos de transporte y en lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007 y su Decreto Reglamentario 2474 de 2008.

El **CONCESIONARIO** y **TRANSMILENIO S.A.**, partir de la fecha de suscripción del presente contrato de concesión, asumen los efectos derivados de los riesgos tipificados, estimados y asignados en la Matriz de Riesgos Previsibles del contrato de concesión de Operación del SIRCI, anexa al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA No. 003 de 2011, el cual es parte integral del presente contrato.

El **CONCESIONARIO**, conoce los beneficios y riesgos de la misma y por ello acepta que la remuneración que recibirá de acuerdo con las condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA No. 003 de 2011 y en el presente contrato de concesión, es suficiente para asumir los riesgos previsibles a los que está expuesto.

Por lo tanto, no procederán reclamaciones del **CONCESIONARIO** basadas en e acaecimiento de alguno de los riesgos previsibles que fueron asumidos por él y consecuentemente, **TRANSMILENIO S.A.** no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al **CONCESIONARIO**, que permita eliminar y/o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos previsibles, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentre expresamente pactado en el presente contrato de concesión.

PARÁGRAFO. De acuerdo con lo establecido en la Ley, la asignación de riesgos sostenida en los documentos de la licitación y en el presente contrato se limita a aquellos riesgos considerados como previsibles. Para los riesgos no previsibles, tendrá plena aplicación la teoría de la imprevisión en los términos provistos en la normatividad que regula la materia.”

A su vez la Matriz de Riesgos Previsibles anexa al Pliego de Condiciones era clara en los riesgos que asumía cada parte como ya lo explicamos en esta demanda de reconvención.

TRIGESIMO PRIMERO. En materia de riesgos no previsibles se pactó que tenía plena aplicación la teoría de la imprevisión, siendo importante anotar que en la ejecución del contrato no se han presentado este tipo de riesgos, ni existen en su ejecución hipótesis fácticas que materialicen la teoría mencionada.

TRIGESIMO SEGUNDO. (...) La única hipótesis en que el contratista no está obligado a cumplir el contrato, por su naturaleza es en presencia de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito que no se han presentado en la ejecución del contrato que nos ocupa.

TRIGESIMO TERCERO. En materia de equilibrio económico del contrato las partes en la cláusula 85 pactaron:

“CLÁUSULA 85. EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Las partes aceptan de manera expresa la tipificación, estimación y distribución de riesgos contenida en la Matriz de Riesgos Previsibles del contrato de concesión de Operación del SIRCI, la cual fue efectuada dentro del proceso de Licitación Pública No. 003 de 2011, y es parte integral del presente contrato, por lo tanto, cualquier costo, sobrecosto, indemnización o reconocimiento a cualquier título que pudiera llegar a generarse por la realización de los mismos, lo entienden plenamente recompensado a través de la participación en los beneficios derivados de la explotación económica del servicio público de transporte del SIRCI que **TRANSMILENIO S.A.** ha concedido al **CONCESIONARIO** conforme a lo previsto en el presente contrato.

Por lo anterior, el **CONCESIONARIO** no podrá solicitar ningún tipo de compensación, reclamación o ajuste, derivados del desarrollo, ejecución o interpretación del presente **CONTRATO** derivada de la asignación de riesgos previsibles que le corresponda.

Adicionalmente, el **CONCESIONARIO** reconoce que para efectos de su remuneración y su equilibrio económico este contrato es único y autónomo y en consecuencia no se complementa ni interpreta con otros contratos de concesión del **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO de Bogotá – SITP** como fuente de limitación y aumento de obligaciones o derechos.

Parágrafo: **TRANSMILENIO S.A.** podrá convocar un arbitramento técnico, bajo el procedimiento previsto en la cláusula 131 del presente contrato con el fin de que se revisen los costos y las tarifas de remuneración del **CONCESIONARIO**, para que eventuales eficiencias sean trasladadas a la tarifa al usuario. En todo caso este arbitramento será obligatorio cada cuatro (4) años durante la etapa durante la etapa operativa de la concesión.”

TRIGESIMO CUARTO. Es determinante el contenido de lo pactado en materia de restablecimiento de la ecuación contractual en la cláusula 86, así:

“CLÁUSULA 86. RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL POR RETRASOS EN LA IMPLEMENTACIÓN.

El riesgo de que existan retrasos en la implementación del Sistema es del **CONCESIONARIO**. El único caso en el cual el Ente Gestor asumirá el riesgo de retrasos en la implementación será cuando éste dé instrucciones al concesionario para que realice las siguientes inversiones:

Se hará referencia a dos tipos de inversiones:

1. Inversión en el centro de recaudo, centros de control y equipos en estaciones de la Fase II del subsistema TransMilenio.
2. Inversión en vehículos.”

Las partes incluso regularon en la misma cláusula las fórmulas para el restablecimiento según cada una de las hipótesis.

De lo anterior se concluye que de existir retrasos en la implementación que no existen, en su gran mayoría materializarían un riesgo del concesionario y en caso de darse una de las dos hipótesis en las cuales TRANSMILENIO asumió el riesgo la consecuencia es el restablecimiento del mismo aplicando la metodología pactada por las partes no la extensión de la etapa pre-operativa.

Estas hipótesis no se dan en el caso que nos ocupa, toda vez que los ajustes al plan de implementación de rutas se han comunicado oportunamente al Concesionario a fin de que realice las respectivas provisiones a que haya lugar, conforme se vayan requiriendo a los concesionarios de operación, vehículos para el cubrimiento de rutas.
(...)

TRIGESIMO SEXTO. En materia de terminación se pacta en el literal i de la cláusula 109 lo siguiente:

“i. A solicitud de cualquiera de las partes, por causa del incumplimiento del contrato por culpa imputable a la contraparte, siempre que dicho incumplimiento genere la posibilidad de solicitar la terminación anticipada según lo establecido en el presente contrato.”

A su vez la cláusula 110 dispone:

“CLÁUSULA 110. TERMINACIÓN ANTICIPADA POR CAUSA O INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONCESIONARIO

TRANSMILENIO S.A. podrá terminar anticipadamente por causa o incumplimiento imputable al concesionario el presente contrato en los siguientes casos:

- a. Cuando el **CONCESIONARIO** se fusione, escinda o transforme, sin autorización previa, expresa y escrita de **TRANSMILENIO S.A.**, alterando la composición exigida en el Pliego de Condiciones.
- b. Cuando tratándose de una persona jurídica, sus accionista o socios enajenen, transfieren o en alguna forma generen un cambio en la propiedad de la sociedad, sin autorización previa, expresa y escrita de **TRANSMILENIO S.A.**, alterando la composición y calidades del **CONCESIONARIO** exigidas en el Pliego de Condiciones.
- c. Cuando demuestre que el proponente violó lo previsto en el pliego de condiciones de la licitación, sobre requisitos generales para participar.
- d. Cuando se demuestre que para la misma licitación que dio origen al presente **contrato**, el Proponente tenía como socios o control societario común con otro Proponente, o se configuró como **Beneficiario Real** de otro proponente.
- e. Cuando el **CONCESIONARIO** no acredite el **Cierre Financiero** en el plazo estipulado en el presente **contrato de concesión**.
- f. Cuando el **CONCESIONARIO** incumpla el Plan Maestro de implementación.
- g. Cuando el **CONCESIONARIO** incumpla o viole las disposiciones contractuales como consecuencia de los siguientes motivos:
 - Cualquier incumplimiento de sus obligaciones que ponga en riesgo la adecuada, permanente y continua prestación del servicio público de transporte a través del **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO de Bogotá – SITP** en condiciones de seguridad para los usuarios.
 - La falta de constitución, prórroga o **Reposición** del monto de la garantía única del **contrato** y la de Responsabilidad Civil Extracontractual.
 - Por otros motivos contemplados en el presente **contrato** y que permitan a terminación anticipada del **contrato**.”

TRIGESIMO SEPTIMO. Las partes regularon una compensación en materia de terminación anticipada, así:

“CLÁUSULA 112. COMPENSACIÓN POR TERMINACIÓN ANTICIPADA

Las partes aceptan que dentro del procedimiento establecido para determinar el monto de la compensación que se ha previsto en el presente contrato, se entienden incluidas las obligaciones mutuas por concepto de los costos derivados de la terminación anticipada de este contrato, incluyendo pero sin limitarse a los mismos, el daño emergente, el lucro cesante, los perjuicios directos, indirectos y subsecuentes, presentes y futuros, los intereses y las pérdidas o interrupciones en los negocios.

*En cualquier caso en que de la terminación anticipada del contrato surjan obligaciones a cargo de **TRANSMILENIO S.A.** y en favor del **CONCESIONARIO, TRANSMILENIO S.A.** podrá optar, sujeto a la aprobación de los acreedores del **CONCESIONARIO** y previo el cumplimiento de los requisitos legales, por asumir las obligaciones crediticias del **CONCESIONARIO** en los mismos términos pactados entre éste y sus acreedores, excluyendo las penalizaciones, multas o similares que se hubiesen causado a cargo del **CONCESIONARIO** frente aquellos. En este caso, el valor del saldo vigente de los créditos asumidos por **TRANSMILENIO S.A.** se restará del valor a pagar al **CONCESIONARIO**.*

*En cualquier caso de pago directo al **CONCESIONARIO**, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, **TRANSMILENIO S.A.** tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el cincuenta por ciento (50%) del monto correspondiente, y un año adicional para el pago del saldo remanente con intereses calculados a la tasa del interés bancario corriente a la fecha de su liquidación.*

*Cuando surja la obligación de pago a cargo del **CONCESIONARIO** y a favor de **TRANSMILENIO S.A.** en virtud de la terminación anticipada del contrato, el **CONCESIONARIO** pagará esta obligación y los intereses, con los saldos disponibles en el Fideicomiso que administra centralizadamente los recursos del Sistema.*

*Si el Fideicomiso no es suficiente, el **CONCESIONARIO** tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el cincuenta por ciento (50%) del monto correspondiente, y un año adicional para el pago del saldo remanente con intereses calculados a la tasa del interés bancario corriente a la fecha de su liquidación. (...).*

TRIGESIMO OCTAVO. En lo que se refiere a cláusula penal las partes pactaron en la cláusula 132 lo siguiente:

“CLÁUSULA 132. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

*En caso de declaratoria de caducidad, de incumplimiento o de terminación del contrato por incumplimiento imputable al **CONCESIONARIO, TRANSMILENIO S.A.** podrá hacer efectivas las sumas que más adelante se expresan, de conformidad con lo señalado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y sin perjuicio de que se hagan efectivas las multas causadas a cargo del **CONCESIONARIO** si a ello hay lugar. La **Cláusula Penal** deberá estar amparada mediante garantía en las condiciones establecidas en el presente contrato.*

***TRANSMILENIO S.A.** podrá tomar este valor de la garantía del cumplimiento constituida o cobrarlo directamente, por jurisdicción coactiva o por vías judiciales. El pago de este valor se considerará como pago parcial definitivo de los perjuicios causados a **TRANSMILENIO S.A.** El pago de este valor no exime al **CONCESIONARIO** del cumplimiento de dichas obligaciones y no excluye el cobro de los demás perjuicios que hubiere sufrido **TRANSMILENIO S.A.** El **CONCESIONARIO** quedará en mora por el simple hecho de no haber cumplido sus obligaciones dentro del término estipulado para ello sin necesidad de requerimiento.*

Estos valores se dividirán para las etapas preoperativa y operativa de la siguiente manera:

ETAPA PREOPERATIVA

CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS QUINCE MILLONES DE PESOS (\$55.715.000.000), de 31 de diciembre de 2010.

ETAPA OPERATIVA

TREINTA Y SIETE MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$37.144.000.000), de 31 de diciembre de 2010.”

TRIGESIMO NOVENO. El concesionario conoció y asumió al momento de celebrar el contrato los requerimientos de la plataforma tecnológica para el Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario SIRCI, claramente desarrollados en el Anexo II, siendo ello una obligación de resultado en la ejecución del contrato que nos ocupa.

CUADRAGESIMO. Durante la ejecución del contrato se han suscrito los siguientes otrosí al mismo:

- Otrosí Modificatorio No. 1 suscrito el 18 de agosto de 2011, para obtener el cierre financiero, y a solicitud del concesionario se modificó la cláusula 29 del Contrato referente a la suscripción del contrato de fiducia.
- Otrosí Modificatorio No. 2 suscrito el 7 de septiembre de 2011, en virtud de solicitud del concesionario quien plantea aspectos a revisar del esquema fiduciario y un error en el inciso 2º de la cláusula 24 del contrato, el numeral 11,14 de la cláusula 11, y se modifica el inciso segundo de la cláusula 24, el cual quedó de la siguiente manera:

(...)

El CONCESIONARIO deber presentar un Plan Maestro de Implementación, dentro del segundo mes de la etapa preoperativa, para aprobación de TRANSMILENI S.A.

(...)

Es claro que contractualmente el responsable de la implementación era el Concesionario bajo Plan por el propuesto y aprobado por TRANSMILENO S.A.

El plan mencionado fue aprobado por TRANSMILENIO el día 2 de Febrero de 2012, según consta en escrito radicado 2012EE640.

De ser cierto que no se ha cumplido las condiciones para iniciar la etapa operativa del contrato sería claro que RECAUDO BOGOTA incumplió el Plan de Implementación elaborado por el mismo, y que constituye una obligación esencial del contrato que nos ocupa.

- Otrosí Modificatorio No. 3 suscrito el 21 de diciembre de 2011, en virtud de solicitud del concesionario para ampliar el plazo para presentar los documentos requeridos para la obtención del cierre financiero, solicitud que fue considerada como pertinente por TRANSMILENIO, aclarando que la ampliación de este plazo n afectaría el cumplimiento de las demás obligaciones de RECAUDO BOGOTA S.A.S., pactadas en el contrato, ni modifica los cronogramas establecidos para el cumplimiento de las mismas.
- Otrosí Modificatorio No. 4 suscrito el 6 de julio de 2012, en virtud del cual se modifica el cronograma de implementación del SIRCI (Numeral 15.3.4. del Anexo 2 del Contrato de Concesión y adicionalmente se consagra en las clausula segunda y tercera del mencionado otrosí lo siguiente:

CLÁUSULA SEGUNDA: REMUNERACIÓN ACTIVIDADES ADICIONALES. El Concesionario recibirá como remuneración diaria la suma de seis millones trescientos dos mil quinientos treinta y ocho pesos (\$6.302.538,00), por actividades adicionales que desarrollará en los términos del Anexo No. 2 del presente Otrosí en el periodo comprendido entre el 8 y el 21 de julio de 2012.

La remuneración se pagará con cargo a los recursos disponibles en el Fondo de Estabilización Tarifaria del SITP, con la misma periodicidad prevista en el contrato para la remuneración del CONCESIONARIO.

Esta remuneración constituye un pago integral de las actividades adicionales que se llevaran a cabo en el periodo comprendido entre el 8 y el 21 de julio de 2012.”

“CLÁUSULA TERCERA: NIVELES DE SERVICIO. Las partes acuerdan que, desde el inicio de la operación regular y hasta que se ponga en servicio la vigésima cuarta estación de las troncales de la calle 26 y la Cra 10ª, no se tendrán en cuenta los “Niveles de Servicio” para efectos de calcular la remuneración del CONCESIONARIO del SIRCI y por lo tanto el Factor de Calidad de Servicio $f(Q)_{sirci}$ tomará el valor de 100%.”

- *Otrosí Modificatorio No. 5 suscrito el 6 de Julio de 2012 en virtud del cual se modifica el cronograma de implementación y se pacta remuneración por actividades adicionales.*

Llama la atención de la modificación de un cronograma de implementación requiera otrosí, y la parte demandada pretenda que la modificación de las fechas contractuales para el cumplimiento de la fase pre-operativa no lo requiera.

- *Otrosí Modificatorio No. 6 suscrito el 24 de septiembre de 2012, en virtud del cual se modifican algunos aspectos del Anexo 2 del contrato de concesión, y en él se estableció por ambas partes que los costos en que se incurriera para dar cumplimiento al otrosí serían por cuenta y riesgo de RECAUDO BOGOTA, lo que es armónico con la naturaleza del contrato que vincula a las partes.*
- *Otrosí Modificatorio No. 7 suscrito el 2 de septiembre de 2013, en el cual se tuvo en cuenta que en los estudios previos de la licitación TMSA-LP de 2011 se estableció:*

“6.2.3. Esquema de remuneración.

(...)

Si con ocasión del subsistema de recaudo propuesto por el CONCESIONARIO del SIRCI se hace necesario efectuar actualizaciones al sistema de recaudo actual del sistema de TransMilenio o realizar inversiones adicionales para mantener la compatibilidad técnica, estos costos serán a cargo del CONCESIONARIO del SIRCI. Estas actualizaciones y/o inversiones, deberán ser aprobadas por TRANSMILENIO, de conformidad con lo previsto para tal efecto, y no generarán remuneración por inversión en equipos adicionales o costos de operación y mantenimiento adicionales”

Y en la parte modificatoria se pactó:

CLÁUSULA PRIMERA.- SUMINISTRO E INSTALACION DE BARRERAS DE CONTROL DE ACCESO. *En el marco del contrato de concesión 001 de 2011, y como medida eminentemente transitoria orientada a garantizar la integración del medio de pago, el CONCESIONARIO instalará como mínimo ciento setenta y seis (176) barreras de control de acceso (BCA), dentro de los siguientes tres (3) meses contados a partir de la fecha de suscripción del presente Otrosí.*

PARAGRAFO PRIMERO: *Las barreras de control de acceso antes indicadas, deberán tener las mismas especificaciones y características técnicas del SIRCI, colocando la imagen institucional de tullave con el SITP en cada equipo en forma visible para facilitar la identificación del acceso por parte del usuario.*

CLAUSULA SEGUNDA.- LOCALIZACION: *Las barreras de control de acceso de que trata el presente Otrosí deberán localizarse en el área que designe expresamente TRANSMILENIO S.A. en su condición de Ente Gestor, haciendo uso de la infraestructura no concesionada del Sistema TransMilenio en orden a respetar y mantener inalteradas las condiciones contractuales de las concesiones de recaudo de las fases I y II del Sistema TransMilenio.*

TRANSMILENIO S.A. hará entrega material de las áreas donde le solicita al CONCESIONARIO la instalación de los equipos para el uso específico que aquí se determina y a título de mera tenencia, en condiciones aptas para la instalación y operación de los equipos, conforme al Protocolo de Instalación. Del estado de la infraestructura en la cual se hará la instalación, y de las condiciones de conectividad y demás, se dejará constancia en acta de recibo que suscribirán las partes.

CLAUSULA TERCERA.- TRANSITORIEDAD: *Las barreras de control de acceso aquí previstas se proveerán inicialmente con carácter transitorio, pero se mantendrán operativas hasta tanto se cuente con los desarrollos de software y módulos SAM que permitan la lectura y validación de la TISC de los recaudadores de fase III, conforme a la propuesta de integración adoptada.*

Lo anterior, sin perjuicio de la potestad de TRANSMILENIO S.A. de solicitar que dichos equipos se mantengan operativos aun con posterioridad a la implementación de los elementos, condiciones y herramientas tecnológicas que atiendan la integración

legal y contractualmente prevista, siempre que así lo requieran las necesidades del servicio.

CLÁUSULA CUARTA.- RESPONSABILIDADES Y COMPROMISOS DE LAS PARTES: Las partes colaborarán para el logro de la finalidad del presente Otro sí, asumiendo cada una las siguientes responsabilidades y compromisos:

4.1 Responsabilidades y compromisos a cargo de TRANSMILENIO S.A:

1. Corresponderá a TRANSMILENIO coordinar lo que se requiera en relación con los Concesionarios de las Fases I y II, frente a los aspectos de logística y operatividad para la coexistencia de su infraestructura tecnológica con la que requieran los equipos instalados en las zonas no concesionadas;
2. TRANSMILENIO S.A facilitará la adecuación de la infraestructura de las Estaciones para hacer factible la instalación de las barreras de control de acceso, la conectividad y las comunicaciones de las zonas para la instalación en condiciones que lo permitan.
3. TRANSMILENIO S.A. permitirá al CONCESIONARIO, antes de la intervención, el ingreso a todas las estaciones y portales que éste designe para la instalación de las BCAs, con el fin de que el CONCESIONARIO pueda realizar la Inspección, diseño y planeación de la solución.
4. TRANSMILENIO S.A. permitirá la intervención en los portales y estaciones que éste designe para la instalación de las BCAS de acuerdo con el protocolo de instalación que se acuerde entre las partes, el cual hará parte integral del presente otrosí.
5. TRANSMILENIO S.A. deberá facilitar el acceso al personal encargado del CONCESIONARIO a los diferentes portales y estaciones designadas para la instalación de las BCAS

4.2 Responsabilidades y compromisos a cargo del CONCESIONARIO:

1. Serán por cuenta del CONCESIONARIO las inversiones en equipos a instalar (barreras de control de acceso y ups), así como los costos operativos y de mantenimiento de los mismos mientras permanezcan operativos.
2. El CONCESIONARIO garantizará la trazabilidad de toda transacción o validación que se efectúe en las barreras de control de acceso que instale con ocasión del presente Otrosí, y observará las normas y condiciones de reporte de información que se apliquen para el resto de equipos del componente troncal del sistema de recaudo del SIRCI.
3. Ejercer, sobre las áreas y bienes recibidos, las funciones de depositario, respondiendo únicamente por la culpa grave en la custodia y conservación de los mismos.
4. Administrar y garantizar la Seguridad Informática del SIRCI y la Gestión de la Información para la operación del recaudo, de conformidad con el numeral 16.5 de la cláusula 16 del contrato de concesión.
5. Para los efectos pertinentes, el CONCESIONARIO incorporará las barreras de control de acceso y unidades de respaldo eléctrico que instale, en las garantías que amparan la responsabilidad y riesgo por los bienes concesionados, conforme a la cláusula 65 del contrato de concesión.

PARAGRAFO PRIMERO: Si el CONCESIONARIO no puede adelantar las instalaciones por cualquier acción u omisión atribuible a terceros, esto se entenderá en beneficio del CONCESIONARIO como hecho constitutivo de exoneración de responsabilidad.

PARAGRAFO SEGUNDO: Para los efectos del artículo 16 numeral 16.32 del contrato de concesión, con la suscripción del presente Otrosí se entiende impartida la autorización de TRANSMILENIO S.A. tanto para la adquisición como para la instalación de los equipos que se mencionan en el presente acuerdo.

PARAGRAFO TERCERO: Dadas las condiciones de excepción que impone la instalación de los equipos aquí referidos, los mismos no se tendrán en cuenta para efectos de computar los índices y niveles de servicio aplicables a la infraestructura tecnológica y a la operación del SIRCI.

PARAGRAFO CUARTO Los equipos a instalar contarán con la supervisión operativa correspondiente a la estación o portal en donde se instalen, así: durante el horario de operación normal del sistema troncal por personal de Recaudo Bogotá, y en el horario no operativo por parte de Transmilenio S.A.

CLAUSULA QUINTA.- REMUNERACIÓN DE LOS EQUIPOS Y COSTOS OPERATIVOS: Las partes acuerdan que las inversiones y gastos en que se incurra para dar cumplimiento al presente otro sí, no serán objeto de remuneración alguna en favor del CONCESIONARIO.

CLAUSULA SEXTA.- ALTERNATIVAS TECNOLOGICAS DE CARÁCTER TRANSITORIO PARA EL ACCESO DE USUARIOS DE TARJETAS EMITIDAS POR LOS RECAUDADORES DE LAS FASES I Y II DEL SISTEMA TRANSMILENIO. TRANSMILENIO S.A acepta y autoriza la utilización de las soluciones tecnológicas de excepción propuestas por el concesionario, con carácter transitorio mediante el uso de alternativas a los módulos SAMs, de forma que se permita a los usuarios de las TISC Capital y Cliente Frecuente emitidas por los Recaudadores de las Fases I y II del Sistema TransMilenio, el acceso a las estaciones de Fase III bajo gestión del CONCESIONARIO, sin deteriorar el nivel de seguridad actual del sistema de recaudo de Fases I y II.

Estas alternativas tecnológicas operarán en forma excepcional durante el plazo que establezca TRANSMILENIO S.A., según las necesidades del servicio, y en todo caso hasta que se haya logrado el desarrollo e implementación plena de la solución de integración adoptada mediante Resolución 125 de 2013 por el Ente Gestor.

El uso de estas alternativas transitorias no generará responsabilidad adicional al CONCESIONARIO ni diferente a la que le correspondería si hubiera recibido los módulos SAMs; de igual forma, el CONCESIONARIO deberá garantizar la trazabilidad de las transacciones que se registren en la Fase III del Sistema TransMilenio, y efectuará los reportes diarios a TRANSMILENIO para que este los remita a los operadores de Fase I y II de manera que se eviten bloqueos de las tarjetas y/o su registro en las listas negras de los sistemas de recaudo de fases I y II.

CLAUSULA SEPTIMA.- VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES: Las estipulaciones del Contrato de Concesión 001 de 2011 suscrito entre TRANSMILENIO S.A. y el CONCESIONARIO permanecerán inalteradas y conservarán todo su vigor y efecto, en cuanto no contravengan lo estipulado en el presente acuerdo.

CLÁUSULA SEPTIMA.- PERFECCIONAMIENTO: El presente Otrosí se entenderá perfeccionado con la firma de las partes, y por no modificar el plazo, objeto o valor del mismo no requiere ajuste alguno en las pólizas de cumplimiento del contrato, sin perjuicio de lo cual se informará a la aseguradora sobre la suscripción del presente otrosí.

Nuevamente se concluye la naturaleza y riesgos del contrato de concesión en el caso que nos ocupa.

- Otrosí No. 8 suscrito el 2 de diciembre de 2013, en el cual se prorrogó en cuatro (4) Otrosí meses el plazo para instalar 173 barreras de control que en dicho otrosí se había pactado en tres (3) meses.

Llama la atención que en un tema de esta naturaleza se celebre un otrosí, y que RECAUDO BOGOTA pretenda desconocer el plazo de 24 meses para la etapa pre-operativa sin que exista otrosí al respecto.

- Otrosí Modificatorio No. 9 suscrito el 1 de febrero de 2014, en el cual se adiciona un parágrafo al numeral 20.3 de la cláusula 20, en relación con la tarjeta inteligente.
- Otrosí Modificatorio No. 10 suscrito el 10 de marzo de 2014, en el cual se regula el apoyo del concesionario en la emisión, personalización y entrega de las TISC que se

utilizarán para implementar las políticas de Focalización de Subsidios al Transporte Público para los más Pobres establecidas en el Decreto 603 de 2013.

B. HECHOS RELACIONADOS CON LAS DEMANDAS EXISTENTES ACCION POPULAR Y DE GRUPO, y CON LA MULTA IMPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. El incumplimiento por parte de RECAUDO BOGOTÁ de las obligaciones derivadas del contrato de concesión No. 001 de 2011 ha ocasionado que se adelanten en contra de TRANSMILENIO S.A. diversos procesos judiciales, que éste se ha visto en la necesidad de asumir y que se enunciarán a continuación:

- 1) **Acción Popular con radicado 11001-33-34-006-2012-00106-00**
(...)
- 2) **Acción de Grupo con radicado 11001-33-35-026-2013-00648-00**
(...)
- 3) **Proceso ante el Consejo de Estado con número de radicado 11001-03-24-000-2013-00301-00**
(...).

CUADRAGESIMO SEGUNDO. Para atender los procesos judiciales mencionados en el hecho anterior TRANSMILENIO ha celebrado los siguientes contratos de prestación de servicios:

- ✓ HURTADO MONTILLA ABOGADOS S.A.S. – Contrato de Servicios No. 254 de 2013. – Valor \$ 108.000.000.oo incluidas adiciones.
 - ✓ CARLOS EDUARDO MEDELLIN BECERRA – Contrato de Servicios 376 de 2012. – Valor \$158.771.000.oo
- (...)

CUADRAGESIMO CUARTO. En virtud de la sanción impuesta por la Superintendencia de Puertos y Transporte TRANSMILENIO ha pagado hasta la fecha la suma de \$660.510.000,00.

C. HECHOS RELACIONADOS CON LA INTEGRACIÓN CON OTROS CONCESIONARIOS

CUADRAGESIMO QUINTO. (...) Dentro de este contexto contractual se expide por TRANSMILENIO la resolución No. 125 el 29 de Abril de 2013, por medio de la cual se aprueba la propuesta de integración del medio de pago presentada por RECAUDO BOGOTA mediante documento radicado con el número 2013ER7495 del 29 de abril de 2013, en la cual son importantes las siguientes conclusiones que se derivan de la lectura de los considerandos de dicha resolución:

- Desde el Pliego de Condiciones de la Licitación que da lugar al contrato que nos ocupa se estableció en el Anexo 1 del Pliego de Condiciones se determinó que el enfoque del proyecto era:

“El enfoque del proyecto es lograr a través de la implementación de un sistema de recaudo, control de flota, información y servicio al usuario y una tarifa integrada, el control del sistema de transporte público de Bogotá.

(...)

De conformidad con las alternativas analizadas, se concluye que la explotación del subsistema de recaudo por varios operadores no trae ventajas en particular. Esto conlleva, a problemas operativos, de integración tecnológica, de compatibilidad y de coherencia de las informaciones entre los distintos sistemas, de seguridad, pérdida de economías de escala y diluir las responsabilidades frente al usuario, entre otros.

Por lo tanto, debe existir un solo operador responsable para el SIRCI con un único medio de pago transparente al usuario, basado en Tarjeta Inteligente Sin Contacto-TARJETA INTELIGENTE SIN CONTACTO - TISC, con una tarifa integrada con aplicaciones diferenciales y que permita transferencia con el mismo medio de pago entre los diferentes medios de transporte. El CONCESIONARIO podrá instalar el chip de la tarjeta inteligente sin contacto en dispositivos físicos diferentes a la tarjeta, tales como teléfonos celulares, relojes, llaveros, etc.

El proceso de integración con otras modalidades ha sido estudiado en detalle, de las varias posibilidades, en el diseño conceptual se tiene previsto integrar al concesionario SIRCI el recaudo de otras modalidades establecidas en el PMM tales como el Tren de cercanías y el Metro, conformando el sistema centralizado de recaudo con un único medio de pago para el usuario.

- *Es claro que la implementación del sistema se debía realizar a partir de la situación del sistema al momento del trámite del proceso licitatorio que concluye con la celebración del contrato que nos ocupa, situación que debía ser conocida por RECAUDO BOGOTA S.A.S.*
- *Es claro que la obligación de integración con los sistemas de recaudo existentes al momento de celebrar el contrato que nos ocupa está a cargo de RECAUDO BOGOTA (cláusula 11, numeral 11.5, y que dicha obligación incluye la compatibilidad de tarjetas conforme a lo dispuesto en el mismo contrato (Numeral 1.46, 1.53, Cláusula 3).*
- *Es más, en el Anexo 2 del Sistemas Existentes, en el capítulo 5, documento conocido y vinculante para RECAUDO BOGOTA, se estableció el principio de coexistencia del concesionario SIRCI con los operadores de recaudo existentes al momento de la celebración del contrato así:*

“(…)

Para el usuario del SITP la Tarjeta Inteligente Sin Contacto es universal respecto de servicio, esto significa puede acceder a cualquier servicio SITP (incluyendo las rutas troncales y alimentadoras del actual sistema TransMilenio) independientemente del lugar o punto de venta de adquisición, con dicho propósito los documentos del proceso prevén una compatibilidad de la tarjeta con todo el sistema.

- *La resolución mencionado fue clara en este tema y en uno de los considerandos expresamente consagró:*

Que conforme a lo anterior, el concesionario debía garantizar la integración de las tarjetas que se utilizarían en el SITP con las utilizadas actualmente en el sistema TransMilenio, sin embargo esto no se ha logrado, dado que para el usuario hoy existen dos tarjetas que no están integradas; las tarjetas de la fase I y II, las tarjetas de la fase III y el zonal, no pueden usarse de manera indistinta en el sistema, haciéndose evidente esta dificultad para el usuario, restringiéndole a los usuarios el acceso a los beneficios del Sistema, como el transbordo, la ventana de tiempo y los beneficios para la población especial, el acceso al Servicio Público de Transporte de la ciudad.

- *La autorización para la adquisición de la tarjeta Infineon SLE66CL41P, no implicaba aprobación de las funcionalidades y características de la tarjeta, pues ello es una responsabilidad del concesionario y así se hizo constar en el comunicado 2012EE1039, (...).*
- *Dentro del anterior contexto es claro que la autorización mencionada no puede entenderse como una modificación de las obligaciones contractuales del concesionario y mucho menos como una exoneración de las mismas, y así se consagró con claridad en los considerandos de la resolución objeto de estudio. La compra de dichas tarjetas era bajo riesgo del concesionario quien además al solicitar la autorización afirmó que las mismas satisfacían todos los requerimientos del contrato.*
- *Para la legalización del contrato según la cláusula 9 del contrato RECAUDO BOGOTA debía presentar firmado el anexo 4, como efectivamente ocurrió, siendo ilustrativo el numeral 14 del mismo que trata de la propuesta de integración, la que tiene fuerza contractual.*
- *RECAUDO BOGOTA presentó protocolo para garantizar la integración del SIRCI, como era su obligación contractual, sin que la aprobación correspondiente por parte de TRANSMILENIO implicará aprobación de la solución de integración.*

Dentro del mismo contexto se expiden las siguientes resoluciones 327 y 328 del 26 de Julio de 2013 que confirman la resolución No. 125 del mismo año, salvo un ajuste en el cronograma, y por ello modifican el artículo 5 de la resolución recurrida.

CUADRAGESIMO SEXTO. La interventoría en informe del 21 de Febrero de 2014, elaborado por John Ricardo Morales Franco y revisado y aprobado por Magda J. Sotelo Directora de Interventoría concluyó lo siguiente:

CONCLUSIÓN

De acuerdo a la cronología anteriormente expuesta, al alcance de la resolución 125 y sus resoluciones complementarias 327 y 328, y a lo contenido en las 26 actas de reunión de integración hasta el 31 de enero de 2014, esta interventoría encuentra que si bien se desarrollaron las actividades de integración enmarcadas en la resolución 125, y se lograron avances importantes en pro de buscar la integración total del Medio de Pago, con corte al 29 de Noviembre de 2013 no se cumplió con el objetivo establecido de tener el 100% de la integración, por cuanto no fue posible lograr que en la totalidad del sistema fuera operativa la solución de integración planteada por el concesionario y adoptada por el Ente Gestor en la Resolución 125 del 29 de abril de 2013.

CUADRAGESIMO SEPTIMO. En frente de la Resolución 125 de 2013 se interpusieron varios recursos de reposición, los cuales fueron resueltos a través de las Resoluciones 327 y 328 del 26 de Julio de 2013.

CUADRAGESIMO OCTAVO. La Resolución 125 del 29 de abril de 2013 fue notificada personalmente tanto a Angelcom S.A. como a RECAUDO BOGOTÁ el 30 de abril de 2013 dentro del desarrollo del comité de recaudadores llevado a cabo ese día, decisión frente a la cual esta última, mediante escrito con radicación 2013ER8687 del 16 de mayo de 2013, presentó oportunamente recurso de reposición, solicitando aclaración, modificación y adición de la Resolución 125 de 2013, (...).

Así las cosas, TRANSMILENIO S.A., mediante la Resolución 327 del 26 de julio de 2013 resolvió el recurso de reposición presentado por RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., exponiendo, básicamente, las siguientes razones:

En primer lugar, TRANSMILENIO S.A. expresó que como Ente Gestor del SITP, y con fundamento en el deber de adelantar los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del sistema de transporte público colectivo al transporte público masivo, llevó a cabo la licitación TMSA-LP 09 de 2009, adjudicando 13 contratos de concesión del SITP, los cuales se encuentran en ejecución.

Ahora bien, TRANSMILENIO S.A. ha adelantado las gestiones necesarias para la integración con el SIRCI, y prueba de ello es que adelantó la licitación TMSA-LP 03 de 2011, la cual resultó adjudicada a RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., hecho que dio lugar al contrato de concesión No. 001 de 2011, en el cual se estableció como obligación del contratista el diseño, suministro e implementación del SIRCI.

Por otra parte, los decretos distritales a los que alude RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., haciendo una interpretación acomodada a sus intereses, se refiere es a la integración de los diferentes modos de transporte, razón por la cual no debe confundirla con la integración del medio de pago entre los concesionarios, obligación que era del resorte suyo en virtud del contrato de concesión No. 001 de 2011. Sobre este punto resulta ilustrativo el siguiente aparte:

“Como ya se indicó, el Ente Gestor no comparte la interpretación dada a los decretos distritales en donde claramente se indica que la integración es del SIRCI con los recaudadores de Fase I y II del Sistema TransMilenio, en donde TRANSMILENIO S.A. ha actuado conforme sus obligaciones de Ente Gestor, y el concesionario RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. no puede pretender que se le modifique la obligación contractual vía resolución; mas aun cuando se trata de una obligación de resultado (Numeral 16.1. de la cláusula 16 del contrato de concesión No. 01 de 2011) Por lo tanto, no se acepta esta solicitud de aclaración.”

Asimismo, es claro que RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. siempre ha querido desconocer el clausulado tanto de la licitación como del contrato de concesión, alegando que su obligación es de medio y no de resultado, bastando analizar lo afirmado en el recurso de reposición:

“Por lo anterior queda claro que la obligación de Recaudo Bogotá S.A.S. en relación a la integración del medio de pago es una OBLIGACIÓN DE MEDIOS, NO DE RESULTADOS, por cuanto esta se plasmó en el contrato de concesión 001 de 2011...”

Lo anterior se cae por su propio peso, toda vez que es insostenible a la luz de la cláusula 16.1 del contrato, predicar que se trata de una obligación de medio:

“16.1. Diseñar y someter a consideración del **Ente Gestor** el diseño, el suministro y la implementación del **SIRCI** de forma tal que cumpla integralmente con las funcionalidades exigidas en el presente proceso contractual, de conformidad con el Anexo 2 del Contrato. **Esta obligación será considerada como una obligación de resultado...**”

El único aspecto que fue modificado por la Resolución 327, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., fue el relativo al artículo 5 de la Resolución 125 de 2013, modificando las fechas allí plasmadas y estableciendo que la integración adoptada debe estar operativa para los usuarios de todas las estaciones el 29 de octubre de 2013 y en la totalidad del sistema SITP el 29 de noviembre de 2013.

CUADRAFÉSIMO NOVENO. Las resoluciones mencionadas en este capítulo se encuentran en firme y gozan de presunción de legalidad y por lo tanto ni el Tribunal ni los destinatarios de las mismas pueden desconocer dicha presunción.

QUINCUGESIMO. La Dirección de TICs ha evidenciado en distintas comunicaciones los incumplimientos en la integración del medio de pago.

D. HECHOS RELACIONADOS CON LOS DAÑOS REPUTACIONES

QUINCUGESIMO PRIMERO. Se evidencian además incumplimientos imputables a RECAUDO BOGOTA en el tema de COMUNICACIONES Y ATENCION AL USUARIO, que afectan NEGATIVAMENTE, además, la imagen de TRANSMILENIO, (...).

QUINCUGÉSIMO SEGUNDO. Los recursos que TRANSMILENIO ha invertido en publicidad para suplir las deficiencias de RECAUDO BOGOTA, son responsabilidad del concesionario.

QUINCUGESIMO TERCERO. En virtud de los incumplimientos de RECAUDO BOGOTA, los medios de comunicación ha publicado permanentemente noticias negativas del sistema y consecuentemente de TRANSMILENIO, (...).

E. PRECISIONES FACTICAS Y CONTRATUALES ADICIONALES

QUINCUGÉSIMO CUARTO. El contrato consagra la ejecución del mismo en tres etapas a saber: pre-operativa, operativa y de reversión.

Adicionalmente, el contrato consagra períodos (T0, T1, T2), que no coinciden con las etapas ya mencionadas.

QUINCUGESIMO QUINTO. Bajo el esquema contractual pactado por las partes el contrato se encontraba en su ejecución en la etapa pre-operativa se encontraba en operación regular el sistema, hecho determinante para analizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales de RECAUDO BOGOTA S.A.S.

QUINCUGESIMO SEXTO. El inicio de operación desde el punto de vista contractual no coincide con el inicio de la etapa operativa, sino que debe ser entendido como el inició del SIRCI, es decir, del sistema como tal.

QUINCUGESIMO SÉPTIMO. El Concesionario contaba con un plazo prudencial de seis desde el inicio del SIRCI, para mantener en funcionamiento las dos plataformas tecnológicas, a fin de que este optara por mantener e incorporar los equipos y aplicaciones derivados de los sistemas existentes de control de flota troncal y de conectividad, o bien para que procediera con la implantación de nuevos sistemas, garantizando en todo caso la adecuada prestación del servicio, lo que nunca cumplió.

QUINCUGESIMO OCTAVO. La operación regular del sistema se dio a partir del 22 de Julio de 2012, fecha que obviamente no coincide con la Etapa operativa del contrato.

QUINCUGESIMO NOVENO. Las obligaciones de la cláusula 17 del contrato específicamente del numeral 17.1 en relación con contratos existentes para el control

de flota y conectividad, debió darse desde el inicio de la operación regular del sistema es decir desde el 22 de Julio de 2012, y no se dio con los perjuicios económicos que dicho incumplimiento implicó para la Entidad contratante.

Es importante tener claro que la obligación de asumir los contratos existentes es un tema que nada tiene que ver con las etapas contractuales, sino con el inicio de operación que es diferente. (...)

SEXAGESIMO PRIMERO. *Adicionalmente TRANSMILENIO S.A. celebró contrato con el Ing. Fabrizio Bolaño, cuyo objeto era ejecutar labores de la integración del medio de pago, costo que debe ser asumido por RECAUDO BOGOTA S.A.S. (...).*

6.3.- Contestación de la reconvencción y proposición de excepciones

La Parte Convocante contestó oportunamente la demanda de reconvencción, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones formuladas en ésta, y solicitando que se condene en costas a la Convocada. Igualmente, en la contestación de la demanda de reconvencción, la Parte Convocante se pronunció sobre los hechos expuestos por la Parte Convocada, negando unos, aceptando otros, total o parcialmente, formulando aclaraciones o pronunciamientos relativos a ellos e invocando las siguientes razones de defensa y excepciones de mérito:

Bajo el título de “*AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES*” planteó lo siguiente:

“PRIMERO: FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA CONOCER DE LA PRETENSIÓN DUODÉCIMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y SUS CONSECUENCIALES.”

“PRIMER ARGUMENTO: FALTA DE COMPETENCIA POR FALTA DE PACTO EXPRESO PARA DIRIMIR CONFLICTOS SOBRE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO.”

“SEGUNDO ARGUMENTO: FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PORQUE NO SE HA AGOTADO EL PROCEDIMIENTO PREVIO PARA PRETENDER LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO 001-11.”

“SEGUNDO. INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS LEGALES.”

“PRIMER ARGUMENTO: FALTA DE PRECISIÓN Y CLARIDAD EN LOS HECHOS EN LOS QUE SE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES.”

“SEGUNDO ARGUMENTO: INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.”

Y como “*EXCEPCIONES DE MÉRITO*” propuso las siguientes:

“PRIMERA. CUMPLIMIENTO DE RBSAS A SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LA ETAPA PREOPERATIVA.”

“SEGUNDA. CUMPLIMIENTO DE RBSAS A SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES RELATIVAS AL PLAN MAESTRO DE IMPLEMENTACIÓN.”

“TERCERA: EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.”

“PRIMER FUNDAMENTO: TMSA EMITIÓ LA ORDEN DE INICIO DE OPERACIÓN DE MANERA PREMATURA Y SIN EL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES CONTRACTUALMENTE ESTABLECIDAS.”

“SEGUNDO FUNDAMENTO: TMSA INCUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LA INFRAESTRUCTURA.”

“TERCER FUNDAMENTO: TMSA INCUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LAS

FLOTAS DE BUSES PARA SU EQUIPAMIENTO.”

“CUARTO FUNDAMENTO: TMSA INCUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN COMO ENTE GESTOR.”

“CUARTA: IMPOSIBILIDAD DE TMSA DE REBELARSE EN CONTRA DE LOS ACTOS PROPIOS.”

“QUINTA: TMSA TRANSGREDIÓ LA CONFIANZA LEGÍTIMA QUE SU PROPIA CONDUCTA GENERÓ EN RBSAS.”

“SEXTA: ABUSO DE TMSA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS CONTRACTUALES.”

“PRIMER ARGUMENTO: ABUSO DEL DERECHO EN LA EXPEDICIÓN DE LA ORDEN DE INICIO ETAPA OPERATIVA.”

“SEGUNDO ARGUMENTO: ABUSO DEL DERECHO EN LA EXPEDICIÓN DE LA RESOLUCIÓN 468 DEL 12 DE AGOSTO DE 2014.”

“SÉPTIMA: HECHOS DE TERCEROS QUE EXIMEN A RBSAS DE SU RESPONSABILIDAD POR POSIBLES INCUMPLIMIENTOS.”

“OCTAVA. AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE RBSAS RESPECTO DE LAS OBLIGACIONES INEXIGIBLES BAJO EL CONTRATO SOBRE SUSTITUCIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL DE FLOTA Y COEXISTENCIA DE LOS SISTEMAS ANTIGUO Y NUEVO.”

“NOVENA. CUMPLIMIENTO DE RBSAS DE LAS OBLIGACIONES SOBRE SUSTITUCIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL DE FLOTA Y COEXISTENCIA DE LOS SISTEMAS ANTIGUO Y NUEVO, EN EXCESO DE LO EXIGIDO POR EL CONTRATO.”

“DÉCIMA. COMPENSACIÓN RESPECTO DE LOS COSTOS DE CONTRATOS CON TERCEROS.”

“DÉCIMA PRIMERA: CULPA DE TMSA QUE ROMPE EL NEXO DE CAUSALIDAD DEL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO.”

“DÉCIMA SEGUNDA: IMPOSIBILIDAD DE RECLAMAR INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS REPUTACIONALES POR FUERA DE LA CLÁUSULA PENAL SIN PROBAR QUE EXCEDE LA CUANTÍA DE LA MISMA.”

“DÉCIMA TERCERA: INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTOS CON EFECTO RESOLUTORIO FRENTE AL CONTRATO.”

“DÉCIMA CUARTA: REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL PACTADA AL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DEL CONTRATO 001-11.”

“DÉCIMA QUINTA: BUENA FE DE RECAUDO BOGOTÁ.”

“DÉCIMA SEXTA: INCUMPLIMIENTO DE TMSA DE SU DEBER CONTRACTUAL DE BUENA FE.”

“DÉCIMA SÉPTIMA. EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA.”

7 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Quinta Judicial Administrativa, representante del Ministerio Público designada para este proceso, presentó su concepto en relación con las materias sometidas a la decisión del Tribunal Arbitral, con las siguientes conclusiones, agrupadas por materias, que el Tribunal resume a continuación:

- “Controversias relacionadas con la terminación de la etapa pre-operativa y el inicio de la etapa de operación del Contrato de Concesión 001 de 2011 y sus repercusiones en la remuneración del Concesionario durante esta última.”

Sostiene la Procuradora que de conformidad con el Contrato de Concesión 001-2011, este se desarrollaría en tres etapas: (i) pre-operativa, (ii) de operación y (iii) de reversión., la primera de las cuales tendría lugar desde el acta de inicio del Contrato, hasta cuando se cumplieran las quince (15) obligaciones pactadas en la Cláusula 11, como de mínimo cumplimiento por parte del Concesionario, las cuales debían ejecutarse en un plazo estimado de 18 meses. Agrega el concepto que las partes, sin embargo, convinieron un plazo máximo de 24 meses para el desarrollo de la referida etapa pre-operativa, sin posibilidad de prórroga, lo cual constituye un plazo perentorio. De manera que el Concesionario debía cumplir con las mencionadas 15 obligaciones durante el plazo máximo de 24 meses.

Agrega la representante del Ministerio Público que atendiendo a lo previsto en la Cláusula 11 del Contrato, confirmada por lo convenido en el inciso tercero de la Cláusula 12, se concluye que las partes previeron la posibilidad de que la etapa pre-operativa no se extendiera hasta la implementación total del SITP al 100%, *“sino hasta el inicio de la operación con el número de buses mínimo que se estableciera para tales efectos, fecha para la cual debía estar disponible como mínimo, la plataforma tecnológica en ese mismo número de buses, en los centros de control zonal, y en el centro de control del Ente Gestor, con los respectivos medios de conectividad para la correcta iniciación de la operación del SITP”*.

Sostiene la Procuradora Judicial que lo establecido en la Cláusula 24 del Contrato, en cuanto a la posibilidad de modificación del cronograma de implementación aún en la etapa operativa, permite inferir que la implementación del SIRCI se concibió gradual y no debía necesariamente concluirse durante la etapa pre-operativa.

Menciona el concepto de Procuradora que si bien en general las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión 001 de 2011 son de resultado, algunas de las obligaciones contenidas en la Cláusula 11 son de medio por su naturaleza y no cambian su naturaleza por el pacto que hagan las partes, como es el caso de las obligaciones establecidas en los numerales 11.5. y 11.15., respecto de las cuales, para efectos de su cumplimiento bastaba al Concesionario demostrar que actuó con la debida diligencia y cuidado en su ejecución.

Menciona la Procuradora que Transmilenio *“encontró cumplidas las obligaciones del Concesionario para la etapa pre-operativa dentro del plazo máximo establecido para ese efecto y así lo plasmó en la Comunicación 2013EE11949 del 13 de septiembre de 2013”*.

Conforme a lo anterior, concluye el concepto que la interpretación de la Convocante sobre el inicio anticipado de la etapa de operación no tiene respaldo en la interpretación correcta del Contrato, siendo imposible inferir que las condiciones convenidas por las partes para dar inicio a la etapa de operación hubiesen sido: *“(i) que toda la infraestructura, estaciones y portales, estuviera dotada con los equipos de recaudo, cámaras de CCTV, e información al usuario, (ii) que todos los buses de las rutas de cada zona estuvieran equipados con los dispositivos de recaudo y control del SIRCI, y (iii) que los centros de control zonal del Ente Gestor estuvieran entregados y en operación.”*

Por consiguiente, la Procuradora no encuentra que Transmilenio hubiera dado anticipadamente la orden de inicio de la etapa operativa, ni que haya incumplido sus obligaciones contractuales. Por lo anterior, el Ministerio Público se abstiene de pronunciarse en relación con las controversias relacionadas con el supuesto incumplimiento de Transmilenio de sus obligaciones relativas a la facilitación de la coordinación y entendimiento del Concesionario con los operadores de recaudo de la Fase I y de la Fase II.

- “Controversias relacionadas con el rompimiento del equilibrio de la ecuación económica del Contrato.”

Bajo este aparte, la Procuradora presenta su concepto en relación con las pretensiones subsidiarias relativas al rompimiento del equilibrio de la ecuación económica del Contrato por haberse dado inicio a la etapa operativa sin que estuviera totalmente implementado el SITP, dividiendo su análisis en las tres causales de desequilibrio contractual que según Recaudo Bogotá no existían en el momento en que Transmilenio dio la orden de inicio de la etapa operativa:

- “La infraestructura, estaciones y portales, no estaba dotada con los equipos de recaudo, cámaras de CCTV, e información al usuario”

Sostiene el concepto que en el proceso quedó demostrado que con Oficio IDU- No. 20113460123761 del 8 de marzo de 2011, Transmilenio informó cuales eran las obras de infraestructura que hacían parte de la Fase III que estaban en ejecución y su fecha de finalización. También quedó acreditado que algunas de esas obras presentaban retraso para la fecha en que se inició la etapa de operación del Contrato y que otras como la troncal de la carrera 7ª entre la calle 34 y la calle 72, nunca se entregaron.

Para la Ministerio Público el retraso en la entrega de la infraestructura constituye un riesgo asignado a Transmilenio conforme a la Cláusula 86 del Contrato, solamente cuando de instrucciones al Concesionario para que realice las siguientes inversiones:

- **“Inversión en el centro de recaudo, centros de control y equipos en estaciones de la Fase III del Subsistema de TransMilenio.”**
- **“Inversión en equipos en vehículos.”**

Después de relacionar las autorizaciones para la adquisición de equipos en estaciones por parte de Transmilenio y los retrasos en las estaciones, sostiene la Procuradora que el riesgo asignado a Transmilenio se concretó y por tanto es procedente el reconocimiento del respectivo restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del Contrato en favor del Concesionario, desde que entraron en operación los primeros buses del SITP.

Agrega la procuradora que conforme a la formula contractual es evidente el retraso en la entrega de la infraestructura, necesariamente afectó el monto de la remuneración del Concesionario, desde la fecha en que comenzó a operar el primer bus del SITP, razón por la cual, es procedente el restablecimiento mediante la aplicación de la fórmula de compensación establecida en la Cláusula 86 del Contrato.

- “La no entrega de la troncal de la Carrera Séptima.”

Para el Ministerio Público la falta de entrega de la Troncal de la Carrera 7ª fue un un hecho *“sobreviniente, imprevisto e imprevisible, anormal y no imputable al Concesionario”*, toda vez que no se asignó como riesgo en el clausulado del Contrato, ni en la Matriz de riesgos, razón por la cual debe restablecerse el equilibrio económico al punto de no pérdida conforme a la Teoría de la Imprevisión.

- *“La totalidad de los buses de las rutas de cada zona no estaban equipados con los dispositivos de recaudo y control del SIRCI / La no desaparición del Transporte Público Colectivo – TPC-”*

Sostiene la procuradora que los proponentes en la Licitación Pública No. 03 de 2011, debían conocer los términos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-04 -2009 para la adjudicación de trece (13) contratos de concesión de la explotación de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP. Adicionalmente, afirma que en el Contrato de Concesión se estableció que el ingreso de la flota de buses sería gradual, y que el respectivo cronograma de implementación del SIRCI era estimado, habiendo sido modificado, lo cual permite concluir que este riesgo era previsible y conforme a la Cláusula 86 del Contrato, el riesgo de que existan retrasos en la implementación del sistema es del concesionario, salvo cuando el Ente Gestor de instrucciones al Concesionario para que realice las siguientes inversiones:

1. Inversión en el centro de recaudo, centros de control y equipos.
2. En estaciones de la Fase III del Subsistema de TransMilenio.
3. Inversión en equipos en vehículos.

Agrega que en el proceso se demostró Trasmilenio aprobó la adquisición de la totalidad de los equipos del Sistema del Plan Maestro de Implementación y la adquisición de otros equipos para instalar en buses zonales. Sin embargo, sostiene la Procuradora que *“Correspondía a la Convocante demostrar cuáles de esos equipos no se instalaron en los vehículos por causas ajenas a él, prueba que no se observa en el expediente, luego la materialización del riesgo no se probó.”* (Negrilla del original)

En cuanto a los buses de EGOBUS Y COOBUS sostiene el Ministerio Público que el riesgo se materializó cuando los vehículos salieron de operación, razón por la cual, es procedente el reconocimiento económico, mediante la aplicación de la fórmula de compensación establecida en la Cláusula 86 del Contrato.

- *“Los centros de control zonal y del Ente Gestor no estaban en operación.”*

Concluye la representante del Ministerio Público que este esta supuesta causa de desequilibrio es una de las condiciones establecidas en la Cláusula 11 para la orden de inicio a la etapa de operación, obligación que Transmilenio declaró cumplida; por consiguiente, “el hecho sobreviniente alegado por el Concesionario es inexistente y cualquier análisis al respecto resultaría innecesario”.

- *“Retraso en la integración del medio de pago.”*

Señala la Procuradora que esta pretensión no debe prosperar toda vez que el riesgo de dificultad en la integración del medio de pago del SITP, era conocido por el Concesionario desde el momento en que presentó su propuesta, “por cuanto una de sus obligaciones era la integración del medio de pago del SITP, con los medios de pago de las Fases I y II del Sistema TransMilenio; también conocía que uno de los principios rectores del Contrato de Concesión del SIRCI, era la correlación con otros contratos y con los operadores de las Fases I y II, con quienes debía trabajar en equipo mediante su incorporación al Comité de Recaudadores.”

- “Controversias relacionadas con otros incumplimientos de las obligaciones contractuales de TM S.A.”

- “No adoptar las acciones y medidas necesarias para mantener el equilibrio económico del Contrato de Concesión 001 de 2011 respecto de la instalación de los equipos en la totalidad de las estaciones.”

En la medida en que en concepto de la Procuradora se presentaron circunstancias que daban lugar al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, Transmilenio incumplió sus obligaciones contractuales, toda vez que a pesar de que dicho restablecimiento le fue reclamado, Transmilenio no atendió la solicitud del Concesionario, de donde se desprende su falta de diligencia.

- “Prestaciones realizadas por RB S.A.S. excediendo el objeto del Contrato por exigencia de T.M. S.A.”

Afirma la procuradora que en la Cláusula 36 del Contrato, inciso 3º, se convino que el valor efectivo del Contrato remunera todas las labores complementarias necesarias para el cumplimiento contractual, estén o no de manera expresa en el Contrato o en los documentos que lo integran como obligaciones a cargo del Concesionario, por consiguiente todas ellas tienen naturaleza contractual.

Corresponde entonces determinar cuáles de las prestaciones objeto de reclamación se pueden considerar complementarias y necesarias para el cumplimiento del objeto contractual y cuales no necesarias, arribándose a la siguiente conclusión:

Así las cosas, concluye la Procuradora que la reclamación por las prestaciones complementarias y necesarias no pueden prosperar porque su valor se encuentra remunerado con el valor efectivo del Contrato, y las no necesarias, no están cubiertas por la competencia del Tribunal por tratarse de asuntos de naturaleza extracontractual.

- “Haber otorgado descuentos o deducciones de tarifas a los usuarios no establecidos en el Contrato y sin los estudios de viabilidad financiera o impacto en la estabilidad del SITP.”

Afirma el Ministerio Público que efectivamente mediante los Decretos 356 de 2012; 400 de 2012 y 603 del 2013 expedidos por el Alcalde Mayor del D.C. de Bogotá, se introdujeron modificaciones a las tarifas al usuario del SITP; sin embargo, en la parte motiva de los mismos se afirma que dichas modificaciones están debidamente sustentadas en estudios técnicos financieros presentados por el Ente Gestor; así, teniendo en cuenta

además que los referidos Decretos gozan de presunción de legalidad, no se encuentra demostrado el incumplimiento de las obligaciones contractuales de Transmilenio *“en relación con la no elaboración de los estudios financieros pertinentes que sustenten la introducción de alternativas comerciales a las tarifas al usuario del SITP.”*

- “Controversias relacionadas con los supuestos incumplimientos de las obligaciones contractuales de RB S.A.S.”

En relación con los incumplimientos alegados por Transmilenio consistentes en la falta a la buena fe contractual de Recaudo Bogotá por: *“(i) haber pactado un plazo para el cumplimiento de las obligaciones; solicitar expresamente su prórroga y luego argumentar que el plazo no tiene efectos, (ii) tratar de extender la etapa pre operativa y de esta manera obtener una mayor remuneración en virtud del Contrato 001-201, (iii) violar la teoría de los actos propios, pues siempre invocó causas de imposibilidad de incumplimiento diferentes a la conducta de Transmilenio S.A., y (iv) no asumir los Contratos existentes, siendo clara su obligación al respecto.”*, considera el Ministerio Público que las controversias entre las partes en relación con la duración de la etapa pre-operativa, *“obedecen al grado de complejidad que comporta la interpretación de este Contrato y no a la intención de RB S.A.S de obtener una mayor remuneración por concepto de la ejecución del mismo, controversias que se pudo constatar, existieron desde la época en que se inició la etapa pre-operativa.”*

Agrega la Procuradora que Recaudo ha desplegado una conducta constante de colaboración con Transmilenio y *“acorde con la consecución de los fines del Estado en la prestación de un servicio público esencial, como lo es el de transporte público de pasajeros.”*

Por lo anterior, concluye que no se encuentra acreditados los referidos incumplimientos.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1 PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de entrar a decidir el fondo de las controversias sometidas al conocimiento de este Tribunal procederá éste a analizar si se encuentran reunidos los “presupuestos procesales”, esto es, *“las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa”*¹.

1.1 Capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso

Tanto el extremo convocante como el extremo convocado son personas jurídicas debidamente constituidas y adecuadamente representadas conforme a la ley, tal como se expuso en el capítulo de antecedentes de este laudo, por lo cual, los presupuestos conocidos como “capacidad para ser parte” y “capacidad para comparecer al proceso” se verifican a plenitud.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012; Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

1.2 Competencia del Tribunal

En este aparte procederá el Tribunal a ocuparse puntualmente de los reparos que frente a la competencia han propuesto las partes, así:

Llegada la oportunidad de proferir el fallo que desata controversia, el Juez está obligado a examinar la reunión de los presupuestos procesales, dado que son fundamento jurídico del pronunciamiento viable sobre la materia litigiosa. En este caso, la competencia del Tribunal para emitir el fallo de mérito ha sido puesta en cuestión por diversas formulaciones de la parte convocada, que, con fundamentos cambiantes a lo largo del proceso, ha enfocado el tema desde disímiles perspectivas que por lo mismo deben ser todas ellas analizadas en el actual momento del proceso.

Así, en la contestación de la demanda inicial, Transmilenio expuso en el acápite “VI. EXCEPCIONES DE FONDO-RAZONES DE LA DEFENSA”, la “1. FALTA DE COMPETENCIA DE TRIBUNAL PARA PRONUNCIARSE SOBRE EL VALOR Y EL EFECTO DE LA ORDEN DE INICIO DE LA ETAPA OPERATIVA” bajo la consideración de ser ésta, contenida en la Comunicación No. 2013EE11949 de Transmilenio, un acto administrativo, y en tal virtud, un thema decidendi impropio de la justicia arbitral. Ello porque, en su opinión, toda decisión administrativa encaminada a producir efectos jurídicos concretos es materia cuya validez sólo puede ser discutida ante la jurisdicción contencioso administrativa. Son sus palabras al respecto:

“La eventual decisión del Tribunal de Arbitraje sobre la validez de la orden de inicio de la etapa operativa es improcedente, toda vez que, de conformidad con lo ya expuesto, la validez de un acto administrativo no es un asunto de libre disposición de la (sic) partes y, en consecuencia, el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre este punto. Cosa distinta es la competencia que le asiste para manifestarse sobre los efectos económicos derivados del acto de la orden de inicio, tema sobre lo cual no hay discusión, por cuanto la propia Ley 1563 de 2012 estableció la posibilidad de pronunciamiento de los árbitros sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepciones (sic), razón por la cual si para estos actos tiene competencia, con mayor razón para los demás la tendrá, pero tema ajeno por completo al Tribunal, pues al (sic) demanda carece de pretensiones económicas y ello es suficiente para concluir la falta de competencia en el caso que nos ocupa, y sólo limitada a este aspecto.” (págs. 67 y 68)

En tal razón, la orden de iniciar la etapa operativa del contrato carecería de arbitralidad por constituir un acto administrativo.

En la oposición a la demanda reformada repite el mismo cargo -con distinta denominación- como excepción de fondo de “FALTA DE COMPETENCIA DE TRIBUNAL PARA PRONUNCIARSE SOBRE ACTUACIONES DE TRANSMILENIO COMO ENTE GESTOR Y SOBRE ASPECTOS EXTRACONTRACTUALES”. A este respecto dijo:

“Es claro que el Tribunal de Arbitramento que nos ocupa deriva su competencia de una cláusula compromisoria pactada en el contrato en discusión, y por lo tanto no se puede extender la competencia del Tribunal a actuaciones de TRANSMILENIO no como contratante sino como autoridad administrativa, que están por fuera del resorte de la competencia del H. Tribunal, por la cumple razón de no tener la naturaleza contractual y ser extracontractuales, y en consecuencia susceptibles de control por la justicia contenciosa a través de los medios de control de nulidad y restablecimiento o de reparación directa según el caso, pero nunca por un Tribunal de Arbitramento bajo el amparo de una cláusula compromisoria pactada en un contrato.” (pág. 298)

Esta nueva presentación de la excepción incluye entre sus fundamentos el hecho de que la demanda definitiva contemple pretensiones de reconocimiento de obras realizadas por la convocante fuera del objeto del contrato que, en razón de su naturaleza, tendrían que ser perseguidas a través de la actio in rem verso. Dijo la parte a este propósito:

“De otra parte, afirma el apoderado de la parte demandante, que el concesionario RECAUDO BOGOTÁ SAS realizó una serie de obras extras, que están por fuera del objeto del contrato, y que en consecuencia deben ser reconocidas por el H. Tribunal.

Olvida el apoderado de la parte accionante, que los bienes o servicios ejecutados y que pretende su pago o cumplimiento por parte del contratante debe estar estipulado de forma previa a través de un contrato estatal que los justifique, es decir, si las prestaciones alegadas no se encuentran determinadas – como lo afirma insistentemente el apoderado de la parte demandante – dentro del objeto del contrato, las mismas no pueden ser incoadas a través de la acción contractual o medio de control de controversias contractuales, ni mucho menos pueden ser objeto de competencia del Tribunal de Arbitramento.” (pág. 298)

Una segunda formulación de la tesis de incompetencia del Tribunal fue incluida por el apoderado de Transmilenio en la exposición de sus alegaciones de conclusión en audiencia del 18 de octubre de 2016, basándose esta vez en el supuesto de que la orden que origina el litigio es siempre un acto administrativo excluido de la justicia arbitral por contener el ejercicio de una facultad exorbitante por parte del ente gestor que a través de la comunicación No. 2013EE11949 habría dispuesto la interpretación unilateral del contrato. Dijo al efecto:

*“La mencionada manifestación unilateral de voluntad de la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., contenida en la comunicación 2013EE11949, del 13 de Septiembre de 2013, **tiene para todos los efectos legales, la naturaleza de acto administrativo, en ejercicio de la cláusula excepcional de interpretación unilateral del contrato 001 de 2011 celebrado con RECAUDO BOGOTÁ S.A. En todo caso si se acepta, que no es una interpretación unilateral en ejercicio de una facultad excepcional, qué si lo es, se tendría que concluir que es un acto administrativo expedido en ejercicio de funciones como Ente Gestor.**” (subrayas en el texto, Pág. 9)*

Dos son entonces en esta última versión, las razones en que se basaría la carencia de competencia del Tribunal, a saber, la de constituir un acto administrativo por emanar del ente gestor en su condición de tal, y la de tratarse del ejercicio, mediante el acto administrativo, de una de las facultades excepcionales de la Administración como contratante, extrañas al derecho común que rige las actuaciones de ella en este último carácter.

Es de notar que en la contestación de la demanda integrada Transmilenio negó repetidamente la condición de acto administrativo a la decisión de dar inicio a la etapa operativa. Así dijo en la respuesta al hecho 35:

“AL 35. No es cierto en la forma en que está planteado, lo cierto es que según lo pactado en el contrato desde el 28 de Septiembre de 2013 se inició la ETAPA OPERATIVA y así lo informó TRANSMILENIO S.A. desde el 13 del mismo mes y año, en cumplimiento del deber de ejecución de buena fe de los contratos y de sus obligaciones y derechos contractuales, pero esto no implicaba decisión alguna, sino un acto de

ejecución del contrato, frente a un tema claramente pactado desde la celebración del contrato.² (las negrillas son del original, el subrayado nuestro).

En el mismo sentido dice la respuesta al hecho 66:

“AL 66. No es cierto que mediante comunicaciones del 11 de febrero de 2013 y del 5 de agosto de 2013, TRANSMILENIO S.A. expuso que la ETAPA PREOPERATIVA tenía una duración fija de 24 meses, lo cierto es que expuso que tenía una duración máxima de 24 meses, que es diferente. Es cierto que mediante la comunicación 2013EE11949 del 13 de septiembre de 2013, TMSA expidió la Orden de Inicio de la ETAPA OPERATIVA del Contrato de Concesión a partir del 28 de septiembre de 2013, argumentando que el Acta de Inicio del Contrato se suscribió el 27 de septiembre de 2011, y que la ETAPA PREOPERATIVA tenía una duración máxima de 24 meses, todo ello en cumplimiento de lo pactado en el contrato.”³

Es protuberante la contradicción que media entre lo que sostiene a este respecto la contestación de la demanda y lo que predica el alegato de conclusión en cuanto -en la primera- la orden de inicio emitida por TMSA es considerada “un acto de ejecución del contrato” al que por otra parte se le niega en el primer documento el carácter de decisión, al paso que el alegato subraya la condición que enfáticamente atribuye al acto administrativo producido por TMSA en cuanto Ente Gestor de ser el vehículo de una interpretación unilateral del contrato, es decir, de un ejercicio de potestad exorbitante. La parte que exhibe la incongruencia entre sus dos actos de postulación es consciente de ésta y por ello en el último de los dos documentados intenta explicarla, sin éxito a juicio del Tribunal:

“En la contestación se dijo que esto no era realmente una decisión, sino la adecuada aplicación del contrato, no⁴ que no es contradictorio, si se analiza el contexto de lo afirmado. Al revisarse la verdadera magnitud de esta comunicación, se concluye que es una decisión unilateral consistente –precisamente- en interpretar las cláusulas del contrato, pero una vez realizada la interpretación, se trata de la correcta aplicación del contrato, y de no aceptarse esto serían en todo caso dicha orden un acto administrativo en calidad de ente gestor, una orden siempre es una manifestación de voluntad, y puede o no ser en aplicación de un contrato, que es diferente.

Entonces, dando alcance a lo dicho en la contestación en un primer momento, se estaría frente a un acto administrativo cuya decisión consiste en la interpretación unilateral del contrato, pero una vez interpretado, se trata de la correcta aplicación del contrato, y por ello la legalidad de dicho acto, como ejercicio de una facultad excepcional, en virtud de la cual no es posible reformar el contrato.”

Así las cosas, lo que el Tribunal tiene que analizar para efectos de despejar el presupuesto procesal de su competencia, se despliega en tres cuestiones:

(i) Si la orden de inicio de la etapa de operaciones prevista en la cláusula 12 del contrato constituye un acto administrativo contractual despojado de arbitralidad.

² “El 13 de septiembre de 2013, TMSA expidió la Orden de Inicio de la ETAPA OPERATIVA del Contrato de Concesión a partir del 28 de septiembre de 2013”

³ “Mediante comunicaciones de 11 de febrero de 2013 y de 5 agosto de 2013 TMSA expuso que en su sentir, la ETAPA PREOPERATIVA tenía una duración fija de 24 meses. Mediante la comunicación 2013EE11949 del 13 de septiembre de 2013 TMSA expidió la orden de inicio de la ETAPA OPERATIVA del Contrato de Concesión a partir del 28 de septiembre de 2013, argumentando que el acta de inicio del contrato se suscribió el 27 de septiembre de 2011 y que la ETAPA PREOPERATIVA tenía una duración máxima de 24 meses.” (subrayado en el original. Las comunicaciones a que alude al comienzo del texto, según informan sendas notas de pie de página son 2013EE1383 de 11 de febrero de 2013 y 2013EE10018 de 5 de agosto de 2013)

⁴ sic

(ii) Si dicha orden contiene la utilización de la potestad exorbitante de imponer imperativamente a su contraparte una determinada interpretación de una cláusula del contrato.

(iii) Si las pretensiones de la demanda integrada relativas a obras no contempladas en las cláusulas del contrato son arbitrables.

La primera de dichas cuestiones concierne al problema de cuál es el alcance de las facultades de que disponen las partes de una cláusula compromisoria a la hora de constituir un Tribunal de Arbitramento derivadas de un contrato estatal. Este tema que entraña un dilatado debate jurídico en la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa de nuestro país.

No interesa para los efectos de la decisión que tomará el Tribunal la revisión minuciosa y exhaustiva de los numerosos fallos de una y otra jurisdicción respecto al tema. Basta simplemente recordar que la posibilidad de introducir en la competencia de un Tribunal de Arbitramento el acto administrativo contractual ha recorrido una trayectoria zigzagueante, con soluciones diversas, desde aquella fundada en la indisponibilidad de las facultades del Estado pasando por la que sostiene que el artículo 116 de la Constitución no establece límites a la voluntariedad del pacto arbitral, hasta llegar a la tesis por la que se han decantado en los últimos años los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el sentido de que sólo la discusión de la validez de los actos administrativos contractuales que entrañan ejercicio de poder exorbitante son estrictamente reservados a la decisión de la jurisdicción contenciosa en cuanto aparato permanente encargado por la Constitución de administrar justicia.

A juicio del Tribunal para el cometido del fallo es suficiente indicar la posición más actual de la jurisprudencia, de la que es expresión la Sentencia del 22 de octubre de 2012, en la que la Sub-Sección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado consignó el siguiente dictum:

“En este orden, y en esta lógica, la conclusión que parece uniforme en estas líneas es que existen múltiples actos administrativos que pueden dictarse al interior de una relación contractual, y que entre ellos, una parte, los derivados de las potestades exorbitantes de la ley 80 de 1993, no pueden ser juzgados por los tribunales de arbitramento; los demás actos administrativos contractuales sí.” (subraya el Tribunal)

Esta conclusión del fallo deriva de las premisas expuestas en los párrafos antecedentes de la providencia, cuyo texto conviene poner de presente:

“4. Alcance del control judicial de los tribunales de arbitramento, y de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sobre las controversias contractuales derivadas de actos administrativos.

En muchas ocasiones esta Sección se ha pronunciado sobre el tema, señalando, esencialmente, lo que se transcribe a continuación, que resume de manera perfecta la posición más destacada al respecto. Por ejemplo, en la sentencia del 8 de junio de 2000 –exp. 16.973-, la Sala manifestó que no era posible que la justicia arbitral conociera sobre la validez de los actos administrativos:

“En conclusión, de conformidad con el actual estatuto de contratación estatal (ley 80 de 1993), los actos administrativos que se produzcan en ejercicio de la actividad contractual solamente pueden ser impugnados judicialmente ante su juez natural, esto es, ante el juez contencioso administrativo.

“En este contexto y con estas limitaciones, se debe situar e interpretar el art. 218 del C.C.A., en cuanto autoriza que los procesos contractuales puedan terminar por transacción.

“Cuanto hasta aquí se ha dicho, por lo demás, tiene perfecta correspondencia con algunas de las regulaciones más sobresalientes de los países europeos, como lo destaca un informe elaborado por la Sección de Informes y Estudios y adoptado por la Asamblea General del Consejo de Estado francés, el 4 de febrero de 1993.

“De dicho documento menciona la Sala lo siguiente:

“En cuanto concierne al arbitramento, este es un modo propiamente jurisdiccional de componer los litigios, con todos los efectos que son propios a su carácter. Pero esta es una justicia convencional, privada, derivada del acuerdo de las partes, lo que explica la desconfianza de la ley y la jurisprudencia respecto de su aplicación, en materia administrativa, sin que esta fuerte reserva, sin embargo, se traduzca en una prohibición total. (...)

“Una última observación se puede hacer: un desarrollo prudente de los nuevos modos de solución de conflictos en ningún caso puede desconocer los principios fundamentales sobre los cuales, desde hace dos siglos, reposa nuestro derecho administrativo –primacía del interés general, control de legalidad de los actos de la administración, compromiso de su responsabilidad, dualismo jurisdiccional, acceso fácil al juez, existencia de un cuerpo de reglas específicas aplicables a las relaciones entre las colectividades públicas y las personas privadas ...

**“En relación con la transacción, el Consejo de Estado francés ha precisado que, de conformidad con la ley, “no está permitido transigir sobre materias de orden público”; esta regla es general en el extranjero, como en Bélgica lo ha recordado la Corte de Trabajo de Bruselas.
(...)**

“Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una facultad puramente tangencial, destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su ilegalidad.” (ibídem)

En esta sentencia se volvió a mencionar, previo estudio de los alcances y límites de la justicia arbitral, el principio de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, de una parte, y el juzgamiento sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, de otro lado. En este sentido se llegó a las siguientes conclusiones:

1° La jurisdicción contencioso administrativa se encuentra establecida por la Constitución y la ley para resolver, de manera exclusiva y excluyente, los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos y los efectos que sean consecuencia directa de ella.

2° La cláusula general de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es un regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado. Un acuerdo en contrario estaría viciado de nulidad absoluta por existir objeto ilícito.

3° La justicia arbitral puede ser habilitada por las partes para conocer y resolver controversias en materia de contratación estatal, en todos aquellos asuntos de carácter transigible que surjan entre personas capaces de transigir (art. 111, ley 446 de 1998).

4° Cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquella solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, intransigible”.

No obstante, respecto del tema, esta Corporación ya se había pronunciado en reiteradas oportunidades. En una de ellas la Sección Tercera expresó lo siguiente -sentencia del 23 de febrero de 2000-:

"Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público y el ejercicio del poder público. Empero, aún en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder "público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la administración para revocar sus propios actos. (...)

"En efecto, la potestad de declarar la suspensión provisional o la anulación de los actos administrativos radica de manera exclusiva, permanente y excluyente, en la jurisdicción especializada, esto es, en la contencioso administrativa, por expreso mandato de los artículos 236 y 238 de la Constitución Política, que, si bien prevé la existencia y funcionamiento excepcional del juez arbitral, tal actuación se halla limitada en su competencia a los precisos términos que le señale la ley. (...)

En síntesis, la jurisdicción contencioso administrativa está instituida, entre otras cosas, para el juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, aspecto este en el cual, sin duda, se encuentra comprometido el ejercicio del poder público, que no resulta transigible ni puede estar sujeto a la voluntad de las partes en un contrato. (...)

Síguese de lo anterior, que la competencia de los jueces arbitrales la delimitan las partes en la cláusula compromisoria o en el compromiso, pero, con sujeción estricta a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y Ley, pues, de una parte, en la fórmula del Estado de Derecho no son de recibo las competencias implícitas, ni tampoco las sobreentendidas, ni para el juez ordinario, y mucho menos para el juez excepcional, como lo son los árbitros y, de otra, existen materias o aspectos que por voluntad del constituyente o por ministerio de la Ley, están reservados a las autoridades normalmente instituidas para ejercer la función jurisdiccional".

En una perspectiva parcialmente distinta expresó recientemente la Sala, en la sentencia del 10 de junio de 2009 –exp. 36.252-, que se debía precisar la tesis que hasta el momento se había expuesto, en el sentido de indicar que los tribunales de arbitramento pueden conocer de los conflictos derivados de los actos administrativos expedidos con ocasión de la relación contractual, excepto de los proferidos con fundamento en los poderes exorbitantes a que se refiere el art. 14 de la ley 80 de 1993, según una lectura hecha a partir de la sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, a propósito del estudio de exequibilidad de los arts. 70 y 71 de la ley 80 de 1993. Se expresó en esa ocasión:

"Sin embargo, advierte la Sala que el condicionamiento al cual sujetó la Corte Constitucional la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, esto es en cuanto se entienda que esas normas legales no facultan a los árbitros "para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales", estuvo fundado en y limitado a la precisa comprensión que al momento de adoptar tal decisión tuvo la Corte respecto de los aludidos "poderes excepcionales" que en materia de contratación le han sido atribuidos a las Entidades del Estado, asunto que integra la ratio decidendi del fallo.

(...)

"Ese mismo entendimiento aparece ratificado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-174, en la cual dijo reiterar la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, en cuanto allí "concluyó que el análisis sobre **la validez de los actos exorbitantes** que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros".

"Con base en tales presupuestos concluye la Sala que la ratio decidendi del pronunciamiento de exequibilidad condicionada contenido en la sentencia C-1436 de 2000 se encuentra en la precisión que hizo el máximo Tribunal Constitucional al señalar **que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado.**

“Ahora bien, para lograr la mejor comprensión acerca del condicionamiento que la Corte Constitucional impuso a la exequibilidad de los referidos artículos 70 y 71 de la Ley 80 y con el fin de cumplir, acatar y respetar la mencionada sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000 en sus verdaderos sentido y alcance, se impone indagar y clarificar qué fue exactamente lo que la Corte Constitucional entendió por tales “actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.

*“Y al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos – cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: **a)** interpretación unilateral del contrato; **b)** modificación unilateral del contrato; **c)** terminación unilateral del contrato; **d)** sometimiento a las leyes nacionales; **e)** caducidad y **f)** reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.”*

“Dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima conexión y con estricto apego a la ratio decidendi que le sirvió de fundamento, se impone concluir que los demás actos administrativos contractuales –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de “poderes excepcionales”–, los demás actos administrativos contractuales –se repite– sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto.”

Es importante retener el planteamiento que la misma Sección Tercera formuló en fallo del 10 de junio de 2009 (Radicación número 11001-03-26-000-2009-00001-0036252 M.P. Mauricio Fajardo Gómez), en el cual se basa la Sentencia que acaba de citarse. La doctrina que mediante ésta sentó el órgano superior de la justicia contencioso-administrativa, anclada a su vez en los razonamientos expuestos por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000 al condicionar la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, imponen la conclusión acerca de la justiciabilidad arbitral de los actos administrativos contractuales cuando no implican juicio de legalidad sobre decisiones de la Administración contratante en torno a la validez del acto que contiene el ejercicio de cláusulas exorbitantes.

En esta trasental providencia *“acerca de la materia relacionada con las facultades de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos y, en particular, de aquellos expedidos con ocasión de la celebración de los contratos estatales, la Sala considera oportunas las siguientes reflexiones y precisiones”*. Y para efecto de esas puntualizaciones, después de hacer un *“Breve recuento de los criterios jurisprudenciales que han orientado las decisiones de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre dicha materia”*, recordó que:

“En sentencia del 27 de marzo de 2008 la Sala dijo reiterar su posición en el sentido de que:

*“no es posible que la justicia arbitral conociera y determinara la **legalidad de actos administrativos generales y aquellos actos particulares contractuales que involucren el ejercicio de potestades exorbitantes**, cuya competencia en cuanto a determinar su validez corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”*

Y añadió:

“En esa misma fecha, dentro del expediente 36.644, con apoyo en la normatividad vigente, así como en los lineamientos expuestos por la Corte Constitucional sobre la materia, la Sala efectuó las siguientes precisiones respecto de la competencia de los jueces arbitrales para pronunciarse acerca de la legalidad de actos administrativos lo cual obviamente comportó una modulación significativa en relación con la postura uniforme y reiterada que hasta entonces se había sostenido, al señalar que:

*“**En materia contractual** se encuentran excluidos de la competencia de los árbitros i) los actos administrativos de contenido particular y concreto que se expidan en ejercicio de potestades o facultades excepcionales en los términos previstos por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-1436 de 2000 y ii) los actos administrativos de carácter general proferidos en desarrollo de la actividad contractual de la Administración. Podrán, en cambio, ponerse en conocimiento de los árbitros los actos administrativos contractuales de contenido particular que no provengan del ejercicio de facultades excepcionales, dado que respecto de tales actos se reconoce la capacidad dispositiva de las partes, según se desprende de la misma sentencia C-1436 de 2000 en consonancia con los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998.*

***En asuntos de otra naturaleza**, queda también proscrito para los árbitros adelantar juicios de legalidad referidos a i) actos administrativos generales, así como respecto de ii) actos administrativos de contenido particular y concreto que por expresa disposición legal deban someterse a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En cambio, tal competencia sí se advierte respecto de los actos administrativos de contenido particular, ya que el hecho de su transigibilidad, fundado en los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998, hace operante el enunciado normativo del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998.”*

Finalmente, las sentencias de octubre 15 y diciembre 3 de 2008 reiteraron in extenso los pronunciamientos efectuados por la Sala en las sentencias de 23 de febrero de 2000 y 23 de agosto de 2001, limitando, en consecuencia, la competencia de la justicia arbitral al conocimiento de las controversias contractuales transigibles, criterio bajo el cual se excluye de ese ámbito el control jurídico de los actos administrativos expedidos por la Administración en ejercicio de las potestades exorbitantes que en materia de contratación le confiere la ley.

Tal ha sido y es, entonces, el estado de la cuestión en la jurisprudencia de esta Corporación.” (Sentencia C-1436 de 2000)

Descrita de esa manera la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, el fallo se ocupa a continuación de las:

“Decisiones de la Corte Constitucional respecto de la competencia de la justicia arbitral para pronunciarse sobre los actos administrativos expedidos con ocasión del contrato estatal.”

“En cuanto atañe a las controversias que pueden suscitar los contratos estatales, la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, al resolver la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, declaró la exequibilidad de tales disposiciones pero la condicionó en los siguientes y precisos términos:

“Decláranse EXEQUIBLES los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.”

De la mayor importancia resulta tener presente que al momento de proferir la aludida declaratoria de exequibilidad condicionada de los mencionados artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional se apoyó en los razonamientos y en las argumentaciones que se transcriben a continuación:

“Los límites al pronunciamiento arbitral, en este caso, están determinados entonces, por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, según las cuales, éste sólo es posible en relación con asuntos de carácter transigible.

La pregunta que surge, entonces, es si los árbitros, en estos casos, pueden pronunciarse también, frente a las divergencias que surjan entre las partes en relación con los actos administrativos que dicta la administración con ocasión de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación del contrato, teniendo en cuenta que si bien el Estado en materia contractual se rige por los principios de la contratación entre particulares, con preeminencia de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes contratantes, también se rige por disposiciones extrañas a la contratación particular, las cuales buscan la conservación y prevalencia del interés general, como la satisfacción de las necesidades de la comunidad, implícitas en los contratos estatales.

(...)

Al hablar de “disposiciones extrañas a la contratación particular”, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales. Estos intereses y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes de Estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo “determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles”. Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar la caducidad del contrato; su terminación; su modificación e interpretación unilateral, como medidas extremas que debe adoptar después de agotar otros mecanismos para la debida ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no sólo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos.

(...)

En este orden de ideas, las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista.

Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces.

Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares.

Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contenciosa administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política.”

Expuesto el pronunciamiento de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado se ocupó de escudriñar en profundidad la ratio decidendi de la declaración de exequibilidad condicionada, a efectos de precisar su contenido y su real alcance:

“En tanto dicha decisión se encuentra acompañada de los efectos propios de la cosa juzgada constitucional, naturalmente resulta de obligatorio acatamiento para esta Corporación, en razón a lo dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política.”

Sin embargo, advierte la Sala que el condicionamiento al cual sujetó la Corte Constitucional la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, esto es en cuanto se entienda que esas normas legales no facultan a los árbitros “para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”, estuvo fundado en y limitado a la precisa comprensión que al momento de adoptar tal decisión tuvo la Corte respecto de los aludidos “poderes excepcionales” que en materia de contratación le han sido atribuidos a las Entidades del Estado, asunto que integra la ratio decidendi del fallo.

En efecto, la ratio decidendi, “entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica”, tal como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, debe ser identificada y precisada en sus alcances por “los jueces posteriores, o el mismo juez, en casos ulteriores ... de suerte que la doctrina vinculante de un precedente ‘puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores’. (Se resalta)

Pues bien, al examinar la referida sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, a la luz de tales criterios, encuentra la Sala –como ya se ha indicado– que (i) las disposiciones normativas objeto de dicho pronunciamiento fueron los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 relativos a la autorización que la ley impartió a las entidades estatales contratantes para pactar la cláusula compromisoria en sus contratos; (ii) los referentes constitucionales que sirvieron de base a la decisión fueron los artículos 116 –ejercicio de la función jurisdiccional– y 238 –atribuciones y competencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo– de la Constitución Política; finalmente, (iii) el criterio determinante al cual acudió la Corte Constitucional para proferir su decisión, como ya quedó resaltado, consistió en puntualizar que los actos administrativos contractuales derivados del ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común comportan la expresión de la autoridad del Estado, materia que, para efectos de su control judicial, constitucionalmente se encuentra reservada a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

“Ese mismo entendimiento aparece ratificado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-174, en la cual dijo reiterar la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, en cuanto allí “concluyó que el análisis sobre la validez de los actos exorbitantes que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros”.

Con base en tales presupuestos concluye la Sala que la ratio decidendi del pronunciamiento de exequibilidad condicionada contenido en la sentencia C-1436 de 2000 se encuentra en la precisión que hizo el máximo Tribunal Constitucional al señalar que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado.

Ahora bien, para lograr la mejor comprensión acerca del condicionamiento que la Corte Constitucional impuso a la exequibilidad de los referidos artículos 70 y 71 de la Ley 80 y con el fin de cumplir, acatar y respetar la mencionada sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000 en sus verdaderos sentido y alcance, se impone indagar y clarificar qué fue exactamente lo que la Corte Constitucional entendió por tales “actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.

Y al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos – cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: a) interpretación unilateral del contrato; b) modificación unilateral del contrato; c) terminación unilateral del contrato; d) sometimiento a las leyes nacionales; e) caducidad y f) reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional

identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.

Dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima conexión y con estricto apego a la ratio decidendi que le sirvió de fundamento, se impone concluir que los demás actos administrativos contractuales –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de “poderes excepcionales”–, los demás actos administrativos contractuales –se repite– sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto.

Sin perjuicio de las conclusiones que se dejan expuestas, importa destacar que el alcance del concepto de los “poderes excepcionales” al cual se refirió la Corte Constitucional en “su Sentencia C-1436 de 2000 para efectos de establecer el condicionamiento al cual sometió la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80, no coincide con el sentido y el alcance que la mayoría de la Sala le atribuye a la noción de “poderes excepcionales”, expresiones que, por tanto, resultan iguales en sus aspectos lingüístico, fonético y gramatical pero difieren en cuanto a su contenido o aspecto material.

“En efecto, según se desarrolló anteriormente, de conformidad con la ratio decidendi de la Sentencia C-1436 de 2000, en esa ocasión la Corte Constitucional –bueno es reiterarlo– asimiló o identificó los “poderes excepcionales” que en materia de contratación se encuentran consagrados a favor de las entidades estatales, con el conjunto de facultades –y exclusivamente esas– que la Ley 80 de 1993 consagra en su artículo 14.

Por el contrario, para la mayoría de la Sala los poderes excepcionales o tradicionalmente conocidos también como exorbitantes –en cuanto exceden la órbita que integra el marco dentro del cual se desarrollan los contratos que, en pie de igualdad jurídica, celebran los particulares entre sí, de conformidad con la teoría general de los contratos–, corresponden a la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los contratos de derecho público– para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública, a la cual le corresponde velar por el interés general cuya satisfacción se encuentra inmersa en la celebración y consiguiente ejecución de cada contrato estatal.

Desde esa perspectiva cabe precisar entonces que la diferencia que existe en cuanto al contenido o el alcance de las dos clases o especies de la noción de poderes excepcionales que aquí se han descrito, esto es aquella a la cual hace referencia la Corte Constitucional en su sentencia C-1436 de 2000, por un lado y, por el otro, el concepto al cual de ordinario alude en asuntos de contratación pública la mayoría de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radica en que mientras el Tribunal Constitucional identificó en su condicionamiento de exequibilidad los “poderes excepcionales” con aquellos que consagra exclusivamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esta Sala, por el contrario, considera que forman parte del género de los “poderes excepcionales” todas aquellas facultades, atribuciones o prerrogativas que autorizan o permiten a las entidades estatales contratantes la adopción de actos administrativos contractuales, incluidos aquellos a los que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 pero sin limitarse a ellos, por manera que además de las referidas competencias para adoptar decisiones unilaterales vinculantes en virtud de a) la interpretación unilateral; b) la modificación unilateral; c) la terminación unilateral; d) la caducidad administrativa; e) el sometimiento a las leyes nacionales, y f) la reversión, también deben entenderse como parte de los “poderes excepcionales o exorbitantes” –pero no para efectos del entendimiento y aplicación de la sentencia C-1436 de 2000–, los demás actos administrativos contractuales como son, por ejemplo, los que imponen multas, de conformidad con las previsiones del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; los que declaran la terminación unilateral del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, según los dictados del artículo 45 del mismo Estatuto de Contratación Estatal; los que corresponden a la liquidación unilateral de los contratos, de conformidad con las previsiones del artículo 61 de la misma Ley 80; los que determinan u ordenan la

exigibilidad de las garantías constituidas para amparar diversos riesgos de naturaleza contractual; etc.”

A partir de allí, la Sala estudia las condiciones para el ejercicio de la justicia arbitral para llegar a concluir:

“Como bien se observa, es la misma ley la que de manera expresa atribuye a los actos administrativos de contenido particular el carácter de asuntos transigibles, disponibles si se quiere, pues no de otra manera se podría explicar la procedibilidad del mecanismo de la conciliación respecto de las cuestiones que jurisdiccionalmente estarían llamadas a tramitarse tanto por la vía de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – artículo 85 del C. C. A.-, como por la misma Acción Contractual -artículo 87 del C.C.A.-, previendo incluso que el acuerdo que sobre tales asuntos se logre determine para la entidad pública correspondiente la revocatoria directa, la cual como claramente se desprende del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, presupone la invalidez del respectivo acto.

Por lo tanto, comoquiera que por expresa previsión legal los actos administrativos que se adopten en materia contractual son de carácter particular y de contenido económico, sin duda alguna se constituyen en asuntos transigibles.” (este texto en su totalidad registra negrillas y subrayado por parte de su autor).

Y, por último formula la siguiente:

“4.- Conclusión

A partir de lo expuesto y con base en las argumentaciones que aquí se han desarrollado, la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993–, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado – independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes– bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos.

Naturalmente esta conclusión tiene que aparejarse con la anotación adicional, que le resulta inescindible, de que al ejercer las funciones judiciales que en relación con los actos administrativos contractuales distintos de los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, les autorizan la Constitución Política y las normas legales vigentes, los árbitros debidamente habilitados para ello por las partes no podrán, en evento alguno, suspender provisionalmente los efectos de tales actos administrativos contractuales, puesto que, de conformidad con los dictados del artículo 238 de la Carta, esa competencia la reservó el Constituyente de 1991 a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de la cual no forman parte los jueces particulares (árbitros).”

Para el Tribunal es claro entonces que la jurisprudencia actual predica la justiciabilidad arbitral de los actos proferidos por la Administración contratante en ejecución del contrato en ejercicio de las denominadas cláusulas exorbitantes referidas en la anterior sentencia, siempre que no se trate de discutir su validez o pretender su nulidad, y éste es uno de los supuestos de la decisión que deba tomar en relación con la controversia propuesta por TMSA sobre su competencia.

Ahora bien: la demanda reformada distribuye el *petitum* en un “PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES” descrito en general como relativo a “PRETENSIONES RELACIONADAS CON LOS INCUMPLIMIENTOS DE TMSA

Y LOS PERJUICIOS CAUSADOS CON MOTIVO DE LA FINALIZACION PREMATURA DE LA ETAPA PREOPERATIVA Y EL INICIO DE LA ETAPA OPERATIVA DEL CONTRATO DE CONCESION”, numeradas de la Primera a Décimo primera.

Un segundo conjunto constituye el “PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS” AL “PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES”, que formula peticiones numeradas de la sexta a la vigésima segunda, es decir, que integra un bloque de 17 pretensiones al grupo de las primeras 5 de las principales.

Un segundo grupo de pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones principales y al primer grupo de pretensiones subsidiarias, “(...) RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE TMSA A SUS OBLIGACIONES DURANTE LA ETAPA PREOPERATIVA DEL CONTRATO DE CONCESION” Y UN “TERCER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES Y AL PRIMER Y SEGUNDO GRUPOS DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS” que acumula 22 pretensiones de las cuales las 5 primeras son idénticas a las pretensiones 1ª. a 5ª. del primer grupo de principales.

Un cuarto bloque que constituye el segundo de pretensiones principales “(...) RELACIONADAS CON LOS INCUMPLIMIENTOS DE TMSA ENTRE LA FECHA DE INICIACION DE LA ETAPA PREOPERATIVA Y EL 27 DE SEPTIEMBRE DE 2013”.

Por último, se formula un tercer grupo de pretensiones principales (14) “(...) RELACIONADAS CON OTROS INCUMPLIMIENTOS DE TMSA ENTRE LA FECHA DE INICIACION DE LA ETAPA PREOPERATIVA Y LA FECHA DEL LAUDO”.

Ya la tabla que en el memorial de alegaciones consignó el apoderado de TMSA para señalar en frente de cada grupo de pretensiones y, específicamente sobre la cuarta y octava de las declarativas formuladas como primeras principales a la décimo quinta y décimo octava del primer grupo de subsidiarias, a la tercera y cuarta del segundo grupo de pretensiones subsidiarias, a la segunda, cuarta, octava, novena y décimo séptima del primer grupo de subsidiarias, muestra que, en general, el cargo que les endilga el excepcionante no se basa en que la demanda en esos apartes se proponga obtener la anulación de la orden de inicio de la etapa operativa de la concesión y que, por el contrario, las razones que a su juicio hacen ostensible esa pretensión, se refieren todas a las consecuencias de dicha declaración que la convocada interpreta como configuradores de un ataque a la validez del acto de Transmilenio que da origen al litigio. El contradictor de la competencia del Tribunal acude a un verdadero tour de force para identificar el reproche de la Convocante al acto contractual en sus fundamentos y en las consecuencias que pretendidamente le atrajeron perjuicio, con impugnación a la legalidad del acto enderezado a obtener el aniquilamiento de la presunción de legalidad que lo cobija o, más directamente, a la declaración de su nulidad, que por ninguna parte aparece directa o indirectamente postulada por la demandante.

Concluye:

“En palabras concretas, la parte convocante, sin decirlo, está pretendiendo que se juzgue la validez de un acto administrativo que contiene el ejercicio de la cláusula exorbitante de interpretación unilateral pactada en el contrato de concesión”. Para

argüir más adelante: “la conclusión, es que se presenta una ausencia absoluta de COMPETENCIA DEL TRIBUNAL para conocer de las pretensiones de la demanda arbitral, porque está vedado juzgar la validez del acto administrativo de 13 de septiembre de 2013.” (subrayados y negrillas en el original, pág. 18 del resumen de alegaciones).(Se subraya).

Esta inferencia lógico-jurídica del planteamiento del oponente encaminado a hacer ostensible un supuesto desconocimiento de la legalidad y de la existencia de la orden de inicio de la etapa operativa en las formulaciones de la demanda dándole tal alcance a las postulaciones del actor que reclaman indemnizaciones o ponen en discusión los supuestos del acto y sus consecuencias, se confirma en la formulación literal de las pretensiones según el contenido explícito que surge de su texto, en la inspiración teleológica que se descubre en ellas y en su contenido jurídico mismo.

En realidad las pretensiones de TMSA parten del reconocimiento implícito de la validez de la orden de inicio de la etapa operativa, de su eficacia como tal acto, aunque juzgue incorrectos sus fundamentos y por ello reclame las declaraciones que a su juicio justifican la exigencia de indemnización.

Para el Tribunal no es dable asumir el análisis de pretensiones implícitas supuestas por el excepcionante y construidas a partir de deducciones sobre el alcance que en conjunto les atribuye a las expresamente formuladas por quien es legítimamente responsable de hacerlo en razón del rol que asume en el proceso.

Visto entonces que los hechos del proceso, lejos de constituir materia que deba ser excluida por mandato de la ley de una litis confiada a la decisión de árbitros contra lo que enuncia la convocada en el alegato de conclusión, debe el Tribunal dilucidar el otro gran interrogante que surge del planteamiento que la parte endereza al desconocimiento de la competencia de éste, a saber, ¿constituyó la orden de inicio de la etapa operativa un ejercicio de la potestad exorbitante de declarar unilateralmente la interpretación obligatoria de la cláusula contractual que atribuye a Transmilenio la facultad de emitir esa orden?

Recuerda el Tribunal que la afirmación de esa tesis forma parte de la controversia a partir de los alegatos de conclusión en que el representante de Transmilenio la adujo por primera vez, y que la misma establece una contradicción con aseveraciones sostenidas desde el comienzo del proceso hasta la llegada de ese episodio procesal. Ciertamente, si se hace caso del contenido de la cláusula 12, lo que el ente gestor del contrato hizo mediante la comunicación 2013EE11949 consistió en la ejecución de una estipulación contractual, aquella que habilita a Transmilenio para señalar, mediante orden, el inicio de operaciones en el contrato. Y esta orden, a su vez y como correctamente lo expuso el mismo postulante en la contestación de la demanda reformada, constituye un acto de cumplimiento de aquél a través del ejercicio de una facultad-deber descrita en el primer inciso de esa cláusula, que dice:

“CLAUSULA 12. ETAPA OPERATIVA. La etapa de operación comienza con la orden de inicio de operación del contrato dada por parte del Ente Gestor y se extenderá por 15 años”

En el escrito de contestación Transmilenio atinadamente señala la índole del acto que la misma entidad consignó en la comunicación 2013EE11949. La respuesta al hecho 36, dijo:

“AL 36. No es cierto en la forma en que está planteado, ya que la Orden de Inicio de ETAPA OPERATIVA, no es una decisión unilateral de TRANSMILENIO S.A., sino un tema pactado contractualmente desde su celebración por las partes.” (Pág. 71)(subrayas fuera de texto).

Y con relación al hecho 68, expuso en coincidencia con lo anterior en el tercer párrafo de la respuesta:

“AL 68. (...). “No es cierto que TRANSMILENIO S.A. no estuviere legitimada para dar la Orden de Inicio de la ETAPA OPERATIVA, pues el contrato consagra en este tema todo lo contrario (sic), es decir, la facultad de TRANSMILENIO S.A. para dar dicha orden una vez vencido el plazo máximo y cumplidas las obligaciones a cargo de RECAUDO BOGOTÁ S.A.S, en los términos de las cláusulas ya transcritas.” (pág. 107)(subrayas fuera de texto)

Así pues, considerados en conjunto los dos textos que se acaba de transcribir junto a las respuestas de la misma TMSA a los hechos 35 y 66, (transcritas en el presente numeral) aparece nítida la posición de la parte frente a la naturaleza de la orden de inicio. Transmilenio sostuvo entonces que ésta: (i) sin implicar decisión constituyó un acto de ejecución del contrato (respuesta al hecho 35, subrayado en el original); (ii) no es un acto unilateral, sino ejecución de una cláusula del contrato (respuesta al hecho 36); (iii) fue un acto de ejecución del contrato (respuesta al hecho 66); (iv) para emitir la orden de inicio Transmilenio estaba legitimado por el contrato que lo faculta expresamente al efecto (repite en la respuesta al hecho 68).

Esta caracterización de la orden de inicio corresponde a la realidad, salvo en cuanto se le niega inicialmente el carácter de “decisión”, tesis evidentemente contraria a la realidad porque una orden, que es el nombre que el contrato insiste en darle al evento contractual correspondiente, necesariamente contiene una decisión. La orden, en el plano del uso directriz del lenguaje, es el vehículo comunicativo de una decisión. Las demás afirmaciones expresadas de la parte convocada en los pasos de la contestación de la demanda que se han citado, y a los cuales podrían sumarse otros, constituyen descripciones válidas del acto cuya naturaleza el memorial de alegaciones de la misma parte intenta metamorfosear para atribuirle la de acto de interpretación.

Mirado el problema en sí mismo, el Tribunal encuentra insostenible la tesis orientada a asumir la orden de inicio de operación como expresión de la potestad exorbitante de interpretar unilateralmente el contrato, por las razones que se exponen a continuación:

La interpretación unilateral del contrato es aquella expresión de autoridad administrativa en cuanto tal por cuyo medio se impone al contratante privado, con carácter obligatorio y vinculante, el modo de entender una cláusula del contrato que es materia de interpretaciones disímiles entre las partes, con el objeto de que la inteligencia de ésta asumida como regla por el ente público rija la aplicación de la estipulación en disputa. Tiene por finalidad eludir el riesgo de parálisis en la ejecución, por obra del contraste interpretativo y constituye por ello un mecanismo de superación de una controversia surgida acerca del alcance y contenido de una estipulación que, al ser entendida de distinta manera por las partes vinculadas al contrato, conduce la aplicación de éste y, por ello su ejecución, a dificultades insalvables dentro del régimen de la igualdad de los estipulantes. Mediante la figura de la interpretación unilateral el ordenamiento, a

través de la excepcional exorbitancia o asimetría de una de ellas que atribuye a la Administración una puntual intensificación de la posición contractual, provee a destrabar un conflicto así configurado en beneficio de la ejecución del contrato y, por ende del servicio público a cuya prestación éste se encamina.

“Como el interés general implícito en el objeto contractual debe prevalecer sobre la disputa hermenéutica, la entidad tiene la facultad de ponerle fin a la controversia fijando, mediante acto administrativo, el sentido de la estipulación, del modo que mejor se ajuste al contexto de lo convenido y a la satisfacción de la necesidad del servicio público, que es el propósito inmediato del objeto del contrato, celebrado en busca de los fines estatales. En eso consiste la facultad exorbitante del derecho común” (RAMIRO BORJA AVILA, “ESTUDIOS JURIDICOS SOBRE CONTRATACION ESTATAL”, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, Bogotá, pág. 116).

A la naturaleza y el propósito de la interpretación unilateral se refiere RODRIGO ESCOBAR GIL en su divulgada obra sobre el contrato estatal:

“La interpretación unilateral es una potestad que tiene por objeto precisar con carácter previo y ejecutorio la voluntad administrativa y la intención subjetiva del particular que colabora en la gestión de los servicios públicos, tal como aparece contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia, en los documentos preparatorios, en la propuesta del contratista y en la minuta del contrato. Es un medio jurídico que tiene la Administración para fijar con fuerza vinculante mediante la expedición de un acto administrativo, el contenido de la declaración de voluntad, que debe ser obligatoriamente acatada por el contratista, sin perjuicio del derecho que le otorga la ley de solicitar la nulidad del acto ante el juez del contrato, por ser la interpretación contraria a la ley o violatoria de la lex contractus. Esta potestad le permite a la Administración fijar el sentido y alcances de las obligaciones de las partes, cuando los textos contractuales adolecen (sic) de claridad y exactitud, o han sido redactados en forma incompleta, ambigua o confusa, con el fin de evitar la paralización o la afectación grave del servicio público, lo que no exime de responsabilidad a los funcionarios públicos por los perjuicios que ocasione a la entidad pública o al contratista, derivados de la falta de precisión de los documentos del contrato. La interpretación unilateral del contrato, tiene un sentido esencialmente formal o instrumental, al permitirle a la entidad pública decidir con carácter previo y ejecutorio el sentido y alcances del contrato, sin que se establezcan reglas o criterios especiales para la realización de esa labor.” (“TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA, Legis Editores S.A., 1ª. ed., 1999, Bogotá, pág. 339)

En el derecho vigente el régimen de la figura está contemplado en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993:

“ARTICULO 15. DE LA INTERPRETACION UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.”

El artículo precedente obliga a pactar el privilegio en los contratos relativos a la prestación de servicios públicos, entre otros, así:

“ARTICULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato.”

(...)

*“2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.”
(...)*

El mismo texto normativo incluye la posibilidad de pactarlo dentro del rol de dirección general y de ejercicio de control y vigilancia de la ejecución del contrato. Dice su ordinal 1º.:

“Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato.”:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.”

De tal manera que la Ley 80 concibe la interpretación unilateral (i) como una facultad de que la Administración contratante está revestida ex lege como parte del haz de atribuciones que derivan de su papel como directora general del contrato y titular de la responsabilidad de controlar y vigilar su ejecución; (ii) como una estipulación que es obligatorio pactar en el contrato relativo a la prestación de servicios públicos, de manera que forma parte de él aún si los contratantes hubieren omitido incluirle este contenido forzoso.

De estos rasgos del régimen legal de la interpretación unilateral, han deducido los tratadistas las condiciones y particularidades de la cláusula en nuestro Derecho, las cuales el Tribunal comparte plenamente.

El profesor PEDRO A. LAMPREA RODRIGUEZ las enuncia, así:

“Para tal eventualidad, la ley 80 ha instituido la interpretación unilateral, como prerrogativa, exorbitante y, por lo mismo, sometida al régimen riguroso de la decisión excepcional de la administración. El trámite de la interpretación unilateral debe ajustarse a los siguientes pasos necesarios:

I. El contrato debe encontrarse en etapa de ejecución;

II. Debe ocurrir entonces cierta “discrepancia” de las partes contratantes respecto del modo de entender una cláusula de obligatorio cumplimiento;

III. La discrepancia ha de hacer temer seriamente inminente que la ejecución del contrato se paralizará o se afectará gravemente el servicio público que se presta;

IV. Previamente, la administración habrá de invitar al contratista a convenir la interpretación de mutuo acuerdo. Solo si fracasa el intento de interpretación bilateral, la entidad estatal interpretará la parte del contrato en disputa mediante acto administrativo motivado;

V. Solo será objeto de la interpretación unilateral la cláusula que fue causa de la diferencia de criterio.” (“CONTRATOS ESTATALES”. Edit. Temis, 2007, Bogotá, pág. 346).

El tratadista LUIS GUILLERMO DAVILA VINUEZA dice al respecto:

“Con el fin de evitar la parálisis del contrato y, afectar, por ende, los intereses colectivos que con él se pretenden satisfacer, se puede interpretar el contrato cuando existan cláusulas confusas o divergentes o ambiguas que se conviertan en la causa de tal parálisis.

De manera que para (sic) se configure esta potestad se requiere la presencia de dos condiciones esenciales:

-Que existan estipulaciones ambiguas, confusas o contradictorias.

-Que esa situación tenga paralizado el contrato o amenace con paralizarlo por no existir claridad acerca del sentido de un aspecto trascendental para la ejecución del contrato.

La ausencia de la ambigüedad deslegitima el uso de esta potestad como también la presencia de tal ambigüedad pero respecto de estipulaciones que no inciden ni afectan la ejecución del contrato, por lo menos para paralizarlo.”

Y más adelante:

“La potestad de interpretación unilateral no surge de inmediato sino como consecuencia de la falta de acuerdo entre las partes. Esto porque la existencia de las condiciones que sustentan la potestad no confiere el poder súbito de su declaratoria sino que debe intentarse en primer término un acuerdo con el contratista. Si después de haber sido este enterado por la entidad de las circunstancias que apoyan la medida, el contratista se allana a ellas, las partes suscribirán un documento que recoge la interpretación que alienta la ejecución del contrato y en caso de ser necesario, dispondrán las medidas económicas a que haya lugar. Si no se logra acuerdo, la entidad adopta su postura interpretativa en un acto administrativo motivado, lo que da nacimiento a la potestad en cuestión.” (“REGIMEN JURIDICO DE LA CONTRATACION ESTATAL”, Legis Editores S.A., 3ª. ed., Bogotá, 2016, págs. 632 y 633)

Finalmente, SAMUEL YONG SERRANO destaca que el régimen legal impone otro requisito, el de explicitud y motivación:

“La interpretación de la entidad o autoridad pública sobre las cláusulas o estipulaciones objeto de la controversia se debe realizar de manera expresa y motivada, es decir, mediante un acto administrativo en el que se justifique el porqué del razonamiento para definir el alcance de la cláusula o documento contractual que suscitó el conflicto.

Lo anterior, con el fin de que si el contratista no está de acuerdo con el sentido que le dio la administración a las cláusulas o estipulaciones objeto de la diferencia, pueda impugnar la decisión en sede administrativa, utilizando el recurso de reposición (inciso 3º del artículo 14 de la ley 80 de 1993 y 74 y ss de la ley 1437 de 2011) o, en sede judicial, mediante la pretensión relativa a controversias contractuales (art. 77 de la ley 80 de 1993 y 141 de la ley 1437 de 2011).” (“EL CONTRATO ESTATAL”, Grupo Editorial Ibáñez, ed. 21, Bogotá, 2013, pág. 232)

A esta luz debe examinarse entonces el acto emitido por Transmilenio el 13 de septiembre de 2013 a través de la comunicación No. 2013EE11949 que constituyó respuesta a la comunicación No. RL-CC/TM-156968-867-04092013 suscrita por Recaudo el 9 de septiembre inmediatamente anterior. A su vez, esta última se presenta como la reacción de la convocante al anuncio que le fue hecho mediante comunicación No. 2013EE1383 del 11 de febrero del mismo año, complementada por la No. 2013EE10018, ambas en torno a la necesidad en que se encontraría la destinataria de prorrogar la vigencia de la garantía de cumplimiento prevista en la cláusula 98 del contrato que, por prescripción de éste, debía cubrir el plazo total de la Etapa Preoperativa y 6 meses más, entendiendo que la mencionada etapa, según la cláusula 11 no puede superar el término de 24 meses. La complementación de 5 de agosto recuerda a Transmilenio que la Etapa Preoperativa *“en ningún caso puede ser superior a 24 meses, por tanto y teniendo en cuenta que el acta de inicio del contrato fue suscrita el día 27 de septiembre de 2011, este plazo se vence el próximo 27 de septiembre de 2013. Visto lo anterior y al tenor de los preceptos del contrato se informa al concesionario el vencimiento del plazo establecido para que realice las modificaciones pertinentes en las garantías, si hay lugar a ello.”*

RECAUDO S.A.S. formuló en su respuesta la advertencia de *“(…) que la postura del Ente Gestor cambia las condiciones bajo las cuales se licitó y suscribió el Contrato de Concesión 001 de 2011, por vía de una interpretación que no compartimos, por considerar que está descontextualizada (…)*”. Y en sustento de su posición desarrolló en el largo texto las siguientes consideraciones:

“1. El principio general y primordial de plazo regulado en el contrato consiste en que la ETAPA PREOPERATIVA se extenderá HASTA LA CULMINACION DE LA IMPLEMENTACION GRADUAL DEL SITP, Y por lo tanto, la etapa operativa solamente se inicia A PARTIR DE LA IMPLEMENTACION TOTAL DEL SITP; lo que significa que las etapas del contrato dependen de LA PUESTA A PUNTO TOTAL DEL SITP.

“2. La duración de la Etapa Preoperativa está condicionada al cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la cláusula 11 del Contrato de Concesión 001 de 2011 lo cual dado el proceso de implantación que ha seguido el SITP, es imposible que se complete antes del 27 de septiembre de 2013.

“3. La interpretación de la duración de la Etapa Preoperativa tiene un único alcance el cual es que esta etapa se extenderá hasta la culminación de la Implementación gradual del SITP. Y hasta el cumplimiento de todas las obligaciones de la Implementación y de la etapa Preoperativa.”

“4. Iniciar la Etapa Operativa sin que el SITP haya sido puesto a punto causa el Desequilibrio Económico del Contrato de Concesión del SIRCI.

“5. La Etapa Preoperativa tiene un interés asegurable diferente del contemplado para la Etapa Operativa.” (caracteres y subrayas en el original).

Concluye la comunicación:

“De todo lo expuesto se sigue a manera de conclusión, que para el 27 de septiembre del corriente año NO SE HABRAN CUMPLIDO los requisitos contractuales que se necesitan para dar la Orden de Inicio de Operación, dado el actual nivel de implementación del SITP, y por lo tanto carece de todo fundamento legal y contractual que el Ente Gestor mantenga la fecha del 27 de septiembre de 2013 como de inicio de operación.”

El oficio que días después emite Transmilenio, a vuelta de responder cada uno de esos cuestionamientos y planteamientos, decide:

“Por lo tanto, el Ente Gestor reitera lo indicado en el oficio 2013EE1383 al establecer que la etapa preoperativa termina a los 24 meses contados a partir del acta de inicio, es decir el 27 de septiembre de 2013.

Conforme a lo anterior, el concesionario deberá adecuar las garantías correspondientes a la etapa operativa de su contrato, al estar claramente establecido que de ninguna manera se está alterando o modificando el interés asegurable de esta etapa. Por lo tanto se reitera que la orden de inicio de la etapa operativa del contrato de concesión No. 001 de 2011, es a partir del 28 de septiembre de 2013.” (subraya el Tribunal)

Nuevamente se pronunció la convocante (23 de septiembre RL-CC/TM-0000168591-890-2309213) en escrito que objeta desde distintos ángulos la decisión que precede. Sus planteamientos discuten los antecedentes y fundamentos de éste para terminar con la siguiente consideración que el Tribunal destaca:

“Todo lo anteriormente expuesto, implica para Recaudo Bogotá que no están dadas las condiciones para la expedición del Acta de Inicio de Operación, porque al hacer esto se estaría incumpliendo lo establecido en el Contrato de Concesión No. 001 de 2011.

Ante esta situación que pueden tener una serie de repercusiones muy graves para el Concesionario del SIRCI como para el propio Transmilenio, se hace necesario invitar al Ente Gestor a dar paso a la utilización conjunta de los mecanismos de solución de conflictos previstos en las cláusulas 120 y 130 del contrato de concesión 001 de 2011, en vista de la controversia surgida respecto de la interpretación del Contrato, y sin perjuicio de un arreglo directo que supere las diferencias y concilie los intereses de ambas partes, a lo cual estará siempre dispuesto éste concesionario.” (subrayas nuestras)

El Tribunal observa que esta reacción *ex post* de la convocante indica que no dio a la discusión resumida atrás en torno a la Orden de Iniciación de la Etapa Operativa, el alcance o la naturaleza de un acto de ejercicio de la facultad exorbitante de interpretar unilateralmente el contrato, sino el de un componente del desacuerdo acerca de los supuestos de esa Orden a la luz del contrato. La evaluación de las piezas probatorias emanadas de ella confirman que ese fue el alcance que desde el principio se propuso darles su autora a los pronunciamientos que precedieron la emisión definitiva de la orden y, después de ella, a la exposición de las razones de su reacción en el último documento analizado. A conclusión similar se llega respecto del modo como TMSA asumió ese complejo de manifestaciones. La conducta que observaron las partes excluye la hipótesis de que ellas hayan considerado a la sazón que el acto constituyera ejecución de facultad exorbitante pues, de haber partido RB S.A.S. del entendimiento de la discusión como debate de exégesis contrapuestas de las cláusulas contractuales susceptible de culminar en la decisión unilateral sobre su interpretación y alcance, su reacción a la Orden de Inicio habría debido ser la de oponerle un recurso de reposición (según la prescripción del inciso segundo del art. 77 de la Ley 80 de 1993), y, no siendo éste de obligatoria interposición, acudir al ejercicio de la acción contractual ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Al contrario, RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. consideró que el traslado a la jurisdicción debía tomar la forma de proceso arbitral, como lo expuso en el texto últimamente transcrito de su comunicación del 23 de septiembre. Recíprocamente la actitud de Transmilenio, sin duda, fue ajena a toda connotación de esta clase y de allí su aceptación de la ocurrencia al Tribunal.

El hecho de que las partes no percibieran su desencuentro conceptual como un evento susceptible de desembocar en la interpretación unilateral por parte de

Transmilenio, explica a su vez que no hayan surtido las etapas que la doctrina nacional, de manera consistente y uniforme, predica como características de la figura en cuestión. Ni la entidad administrativa convocó a su contraparte a la búsqueda de una interpretación común, ni ésta a su vez planteó tal posibilidad a Transmilenio. Tampoco fue emitido por éste un acto formal que hiciera explícito el ejercicio de la facultad exorbitante que, de haber sido éste el caso, le habría impuesto el deber de motivarlo a la luz de las reglas de la interpretación de los contratos, que rigen no sólo para la interpretación coincidente por ambas partes - que es la rutina de estos eventos, sino también para cuando la Administración asume excepcionalmente la tarea de hacerlo por sí y ante sí en desarrollo de su condición asimétrica con respecto a la contraparte. Discrepancia existió sí, antes de la emisión de la comunicación 2013EE11949, pero por ninguna parte del acervo probatorio allegado al proceso aparece que ella contuviera el germen de una eventual parálisis en la ejecución del contrato, siendo, como fue, que la Orden de Inicio justamente tiene en sí misma el propósito de desatar una etapa de la ejecución y desarrollo regulares de aquél.

Y, lo que es más determinante: siendo indiscutible la naturaleza de acto administrativo contractual que compete a la formulación de la Orden de Inicio de la Etapa Operativa a través de una comunicación cuyo alcance como manifestación del querer de la entidad pública contratante no revistió las condiciones de motivación que supone el razonamiento hermenéutico expreso a la luz de las disposiciones propias de la interpretación de los contratos, ni formuló una declaratoria explícita de que su expedición comportara interpretación con base en potestad exorbitante.

Desde luego que con ocasión de un contrato estatal celebrado y en ejecución, la administración pública puede proferir actos administrativos contractuales, más no todos sus actos son administrativos, pues suelen obedecer a su posición de parte, ejecución y cumplimiento. Así, la expedición de una orden prevista en el contrato para iniciar una etapa contractual, no constituye *stricto sensu*, una manifestación de la voluntad para crear o extinguir un derecho, ni pone término a una actuación o procedimiento administrativo en curso.

Visto por el Tribunal que las consideraciones anteriores muestran cómo, desde el punto de vista formal, el acto de Transmilenio no constituyó expresión de la potestad de interpretación unilateral, es necesario añadir que tampoco desde el punto de vista material se le puede atribuir esa condición. El Tribunal considera que un acto de interpretación se identifica por la forma que reviste y el procedimiento y condicionamientos fácticos que conducen a su expedición, pero que también es característica esencial suya el contenido que le es propio, cuya ausencia determina que no corresponda a un acto de la clase en estudio. Por obvio que parezca, la interpretación unilateral, para que sea tal, debe contener una interpretación, es decir, una operación lógico-jurídica encaminada a desentrañar el sentido real de un texto, o, más precisamente, el sentido que predomina entre los varios posibles -y que son objeto de contraste entre las partes- que la Administración opta por imponer al particular contratante. El acto administrativo que contiene la expresión de la potestad exorbitante es, a la vez un acto de conocimiento y un acto de decisión, porque no solamente implica una imposición imperativa acerca del sentido en que deberá ser entendido por ambas partes, sino también una operación cognoscitiva inescindible de la operación volitiva, que da cuenta del porqué se opta por la interpretación concreta que escoge la Administración. Interpretar un contrato, como interpretar cualquier elemento de un sistema normativo implica la toma de conciencia sobre el sentido de un texto a través de distintas herramientas de la hermenéutica. Si constituyera simplemente una decisión desasistida de todo razonamiento, es decir,

constreñida a los límites de la voluntad, se convertiría en un acto arbitrario cuya contrariedad con los supuestos y valores del Estado de Derecho lo haría jurídicamente inviable. Tampoco se reduce a ser una pura operación cognoscitiva, dado que está, por exigencia de su régimen jurídico, vinculado a una finalidad, la de precaver y cautelar la fluidez de la ejecución del contrato.

Ahora bien: el aspecto epistemológico de la interpretación no es gratuito ni caprichoso. Cuando la Administración encuentra necesario enderezar un contrato por un determinado rumbo que no se ancle en la dilucidación plausible del contenido de las cláusulas en disputa, sino que persigue el logro de un enrutamiento de la ejecución que las circunstancias le hacen ver como preferible a la que está inserta en las cláusulas contractuales, tiene a su alcance un instrumento adecuado para conseguir ese objetivo, el *ius variandi*, que es otra potestad excepcional cuyo efecto específico le permite inducir correcciones al clausulado. En contraste, la interpretación unilateral, siendo como es, interpretación, está sujeta a reglas que en el ordenamiento dan forma a la operación hermenéutica pertinente.

En resumen: sólo es interpretación unilateral *stricto sensu* la que comporta el hallazgo de un sentido del clausulado a través de las normas objetivas y subjetivas que rigen la interpretación del contrato a la luz del Código Civil y de otras fuentes normativas que lo complementan en la plasmación del régimen de la hermenéutica aplicable. Y esa operación es forzosamente explícita, dado que la validez del resultado debe ser controlable por quienes están sujetos a ella. De allí que la explicitud de la operación hermenéutica y de las herramientas lógico-jurídicas que utiliza para llegar a un resultado, sean un condicionamiento material imprescindible de la interpretación unilateral.

Pues bien: el acto sometido a estudio en cuya virtud, Transmilenio dentro de un contexto contencioso dispuso el inicio de la etapa operativa no exhibe trazas siquiera remotas de una operación interpretativa. De donde resulta evidente para el Tribunal que tampoco desde el punto de vista del contenido que insoslayablemente debe exhibir el acto que entraña ejercicio de una potestad exorbitante de interpretar unilateralmente el contrato, se pueda entender que lo sea el discutido en esta controversia.

Este razonamiento ratifica lo que con toda claridad surge de las cláusulas contractuales como lo entendió Transmilenio inicialmente, un acto de ejecución del contrato, por lo tanto perteneciente a la especie de los que pueden ser materia de conocimiento por la justicia arbitral, así lo declara el Tribunal.

Otro de los fundamentos que Transmilenio en las alegaciones finales expuso como razón de la incompetencia del Tribunal es el carácter extracontractual que tendría la responsabilidad por los reclamos que la pretensión sexta del tercer grupo de principales formula en relación con obras nuevas no contempladas en el clausulado del contrato y cuya ejecución le fue exigida en el desarrollo de éste. Al carecer esas prestaciones de estipulación contractual expresa, a su juicio, sólo podrían ser reclamadas a través de la *actio in rem verso*.

Como dirá más adelante el Tribunal en los apartes de este laudo que se refieren directamente a dichas reclamaciones, la mayoría de ellas están enmarcadas en el desarrollo del Contrato y tienen fundamento en su clausulado, es decir, tienen alcance contractual y son por su esencia disponibles. De allí que constituyen materia debatible ante la justicia arbitral.

En efecto, lo solicitado es la declaración de incumplimiento del contrato al exigirse unas obligaciones que no estaban pactadas en el mismo, tales como el *“(…) personal para custodia y vigilancia de áreas que no son objeto del Contrato de Concesión, en las cuales se instalaron barreras de control de acceso en cumplimiento del pacto contenido en el Otrosí No. 7 al Contrato (…), no “pagar los equipos e infraestructura adicionales instalados por RBSAS a petición de TMSA y que no se encontraban previstos en el Contrato de Concesión en las estaciones Bicentenario y 20 de Julio”, “exigir equipamiento adicional en buses zonales no exigido ni previsto en el Contrato de Concesión”, trasladar la asunción del riesgo comercial por evasión que se presenta en las BCA instaladas en la Fase I y Fase II, y exigir a RBSAS la reclamación económica formulada por los operadores de alimentación de Fases I y II con ocasión de la evasión en las BCA instaladas en estas Fases, lo cual impone determinar si el Concesionario tenía o no esas obligaciones contractuales, y de no existir, si Transmilenio incumplió al exigir dichas prestaciones, sin perjuicio de las acciones y mecanismos legales que pudieren existir al margen del contrato por tales circunstancias.*

En resumen: el Tribunal, es competente para conocer y decidir sobre el incumplimiento del contrato pretendido.

A propósito de la invocada falta de competencia por tratarse de controversias técnicas, a este Tribunal ambas partes han sometido diferencias concernientes a la duración, fases o etapas del Contrato, cumplimiento o incumplimiento de obligaciones, indemnización de daños o perjuicios, riesgos previsibles e imprevisibles, terminación anticipada, exigibilidad de la penal pecuniaria y demás prestaciones todas de naturaleza contractual, patrimonial o económica y derivadas de la celebración y ejecución del Contrato de Concesión que las vincula.

En cuanto a la falta de competencia invocada por la Convocante para conocer de las pretensiones duodécima de la demanda de reconvención reformada y sus consecuencias al no mencionarse la terminación en la cláusula arbitral, para el Tribunal, es evidente que la terminación del contrato podrá ser consecuencial de las diferencias surgidas por causa u ocasión de la celebración o de la ejecución, ad exemplum en las hipótesis de incumplimiento de las prestaciones, y en torno a la incompetencia por falta de agotamiento del procedimiento previo para pretender la terminación anticipada, la jurisprudencia ha acentuado la ineficacia de los requisitos contractuales previos para el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, posición recepcionada en el artículo 13 del Código General del Proceso, a cuyo tenor, las *“estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.”*

1.3 Demanda en forma

1.3.1. Reparos planteados por la Convocante

Recaudo Bogotá planteó la ineptitud de la demanda de reconvención por falta de requisitos legales, bajo dos argumentos que el Tribunal pasa a analizar a continuación:

1. Ineptitud por *“falta de precisión y claridad en los hechos en los que se fundamentan las pretensiones”*

Sostiene Recaudo Bogotá que *“Un examen de las pretensiones y de los hechos de la demanda de reconvención muestra sin asomo de duda que TMSA no cumplió a cabalidad con el requisito de señalar los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones en los términos de ley. En efecto, los hechos no están debidamente determinados, clasificados y numerados, como lo ordena la ley (artículo 162 del CPACA).”*. Agrega dicha parte que *“Una lectura detenida de lo que TMSA anuncia como hechos en su gran mayoría no lo son, pues se trata meras opiniones y afirmaciones interpretativas de las cláusulas del Contrato 001 de 2011 y de la correspondencia cruzada entre las partes durante la ejecución del mismo, descontextualizando unas y otras.”*

Lo anterior, afirma Recaudo Bogotá, le impide *“establecer cuáles son los hechos, acciones u omisiones que se le endilga como supuestos incumplimientos para invocar la terminación del Contrato con indemnización de perjuicios”*, es decir, cuál es el fundamento de sus pretensiones, afectando su derecho de defensa.

Si bien los anteriores reparos expuestos por Recaudo Bogotá fueron tenidos en cuenta por el Tribunal al momento de proferir el Auto mediante el cual se admitió la demanda de reconvención, el Tribunal debe reiterar en esta oportunidad que, analizado el texto completo de la demanda de reconvención, es claro que la misma cumple con los requisitos previstos en el Artículo 162 del CPACA, en particular, el previsto en el numeral tercero, según el cual, la demanda debe contener *“3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.”*

En efecto, en la demanda de reconvención se expusieron los hechos en sesenta y un numerales, organizados a su vez en cinco capítulos, a saber: *“A. HECHOS GENERALES”; “B. HECHOS RELACIONADOS CON LAS DEMANDAS EXISTENTES ACCION POPULAR Y DE GRUPO Y CON LA MULTA IMPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE”; “C. HECHOS RELACIONADOS CON LA INTEGRACIÓN CON OTROS CONCESIONARIOS”; “D. HECHOS RELACIONADOS CON LOS DAÑOS REPUTACIONES” y “E. PRECISIONES FACTICAS Y CONTRATUALES ADICIONALES”*.

Los referidos hechos exponen claramente la causa petendi que fundamenta las pretensiones de Transmilenio, de manera que la demandada en reconvención ha tenido toda la oportunidad para controvertir esos hechos y plantear los argumentos de defensa.

2. Ineptitud de la demanda por *“indebida acumulación de pretensiones”*

Sostiene Recaudo Bogotá que en la *“En la pretensión DUODÉCIMA principal de la demanda, TMSA solicita declarar la terminación anticipada del contrato por incumplimiento. Y como consecuencia de la terminación solicita condenar a mi mandante al pago de la cláusula penal pactada en el Contrato.”*; y que *“La demanda presentada por TMSA contiene indebida acumulación de pretensiones, porque los señores árbitros no pueden conocer de TODAS las pretensiones acumuladas en la demanda por falta de habilitación de las partes mediante pacto arbitral que las comprenda a todas.”*

Conforme a lo expuesto en el apartado anterior, el Tribunal es competente para decidir sobre todas las controversias sometidas a su decisión, razón por la cual, no se configura en este caso una inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones.

Así las cosas, en la medida en que la demanda y la reconvencción satisfacen las exigencias formales previstas en la Ley, se cumple también con el presupuesto llamado “demanda en forma”.

Por todo lo anterior, el Tribunal encuentra reunidos los presupuestos procesales necesarios para decidir sobre el mérito de las controversias debatidas en este proceso.

1.3.2. Reparos formulados por la Convocada

La Convocada ha sostenido en este proceso que la reforma de la demanda presentada por la Convocante es improcedente y constituye un abuso del derecho.

En cuanto a la improcedencia sostiene la Convocada que *“Una vez analizada la reforma a la demanda (...), se desprende sin lugar a equívocos, que en realidad, estamos en presencia de un cambio de la demanda y no de una reforma a la demanda, toda vez (...) que el demandante no modificó la demanda sino que tal fue el cambio, que modificó o mudó la demanda inicial en una demanda totalmente distinta a través de la reforma a la demanda.”*

Para sustentar lo anterior, señala dicha parte que *“(...) basta comparar el capítulo de “PRETENSIONES” de la demanda inicial con el de la reforma a la demanda para darse cuenta que se cambió de forma total, la naturaleza de las pretensiones, toda vez que en la demanda inicial es claro que las pretensiones eran meramente declarativas, y no constituían pretensión alguna de condena, (...); mientras que en la reforma a la demanda, se CAMBIÓ de forma total la naturaleza de la pretensión, pues la estructura de esta, en el nuevo escrito, lo que busca es una condena a la Entidad que represento, desnaturalizándose por completo la naturaleza de la pretensión inicial, (...).”*

En ese orden de ideas, afirma que *“(...) cuando el artículo anteriormente transcrito determina que “No podrá sustituirse la totalidad de las personas demandantes o demandadas ni todas las pretensiones formuladas en la demanda, pero sí prescindir de algunas o incluir nuevas.” No hace referencia a la literalidad de la pretensión sino a la naturaleza misma de esta. En este sentido, la finalidad de la norma no busca que la redacción de las pretensiones no varíen en su totalidad, la finalidad real de la norma es evitar que se cambie la naturaleza en forma total de la pretensión, como ocurre en el presente caso, (...).”*

Así, *“Este cambio total en la finalidad de la pretensión es un argumento suficiente para sostener que no se cumple con el requisito establecido en el artículo 93 del CGP, relativo a la limitante de reformar totalmente las pretensiones de la demanda.”*

En cuanto al abuso de derecho sostiene la Convocada que *“(...) se está abusando del derecho a reformar la demanda, toda vez que la finalidad de la norma que regula el tema, tiene doble finalidad, la primera, garantizar la posibilidad que tiene la parte demandante de corregir los yerros u omisiones que tuvo al momento de estructurar la demanda inicial, pero a su vez, dicha norma,*

desde sus limitantes, debe entenderse como una garantía del derecho de defensa y contradicción de los demandados, y es por esto que, el legislador consideró que para contestar la reforma a la demanda se tiene un término de 10 días – la mitad del termino para contestar la demanda inicial -, partiendo del supuesto según el cual no puede reformarse totalmente las pretensiones, los hechos y las partes de la demanda inicial.”

Agrega en ese sentido que “(...) es claro que el demandante en el presente caso, está pretermitiendo la finalidad para la cual fue expedida las limitantes a la reforma a la demanda, pues de forma abusiva, mantuvo algunos hechos de la demanda anterior, al igual que algunas pretensiones, pero la estructura de la demanda en su conjunto cambio de forma total, pasando de una demanda de 41 hechos a una demanda de 394 hechos, y pasando de unas pretensiones simplemente declarativas a unas pretensiones de condena por cifra aproximada a \$120.000’000.000.”

Lo anterior, para concluir que “(...) de admitirse la reforma a la demanda, se estaría transgrediendo de forma ostensible principios tales como el de igualdad, debido proceso – derecho de defensa – y contradicción, pues se estaría aceptando que la demanda sea reformada de forma abusiva, aumentándola en más de 350 hechos, y cambiando la naturaleza absoluta de las pretensiones como ya bien hemos explicado, y logrando con la estrategia de la parte demandante, reducir el plazo para contestar la demanda, lo que se da independientemente de la suspensión realizada, que constituye más que un acto de lealtad procesal, una confesión del abuso, (...).”

“Es más en el tema probatorio se pasa de 10 documentos aportados con la demanda inicial a 357 aportados en la reforma.

Finalmente tan clara es la violación a los derechos de la parte demandada, que además con la reforma se aportan dos dictámenes que de conformidad con la normatividad vigente deben ser controvertidos al momento de contestar la demanda, lo que es imposible para una Entidad Pública en el término de 10 días.”

Al respecto el Tribunal debe reiterar lo expuesto en el Auto proferido el 12 de mayo de 2013 mediante el cual se decidió el recurso de reposición interpuesto por la Convocada contra el auto admisorio de la reforma de la demanda, en el sentido de que si bien en la reforma de la demanda se incorporan nuevas pretensiones, como claramente lo permite el artículo 93 del Código General del Proceso, la causa u origen de la controversia entre las partes sigue siendo el mismo planteado en la demanda inicial. Por lo demás, el escrito de reforma de la demanda no sustituyó la totalidad de las pretensiones que habían sido planteadas inicialmente, pues en la reforma, varias se mantuvieron como subsidiarias.

Se reitera, que el núcleo de la controversia sigue siendo el mismo, esto es, las diferencias existentes entre las partes en relación con la terminación de la etapa preoperativa y el comienzo de la etapa operativa, aspecto cardinal que se mantuvo en la reforma de la demanda.

Tampoco encuentra el Tribunal que la Convocante hubiera abusado de su derecho a reformar la demanda, por la circunstancia de ser ésta última más extensa que la primera. Lo cierto es que la Convocada tuvo toda la oportunidad y las garantías para ejercer su derecho de defensa y plantear sus argumentos y pruebas frente al Tribunal, como de hecho lo hizo ampliamente en este proceso.

Finalmente, tampoco estima el Tribunal que se le haya obstaculizado o que se le hubiera hecho más difícil a la Convocada el ejercicio del derecho de defensa en relación con los dictámenes periciales presentados por la Convocante con el escrito de reforma a la demanda, pues de conformidad con el artículo 227 del Código General del Proceso, si la Convocada requería de otra prueba pericial para contradecir dichos dictámenes podía haberlo anunciado al Tribunal solicitándole que le concediera el tiempo que objetivamente requiriera para ello, lo cual no ocurrió en este caso. Pero adicionalmente, debe destacar el Tribunal que los peritos fueron llamados a declarar al proceso, teniendo la Convocada toda la oportunidad de contradecir en dicha audiencia el contenido de los dictámenes.

Así las cosas, por las razones anteriores el Tribunal rechazará los reparos en cuestión presentados por la Convocada frente al texto de la reforma de la demanda.

Por último, la acción contractual se ejerció oportunamente por las partes, el contrato está en ejecución y no ha operado el término de caducidad consagrado en la Ley 1437 de 2011.

2 LAS PRUEBAS

Para decidir las controversias, el Tribunal se basa en el material probatorio constituido por las pruebas documentales, los testimonios, las experticias aportadas y controvertidas, la exhibición documental y documentos aportados en su virtud y por los declarantes, así como los restantes elementos probatorios de manera conjunta según las precisiones expuestas a continuación.

2.1 Los testimonios

Los testimonios rendidos por las siguientes personas: Ángela Sidnet Mondragón Godoy, John Eduard Espitia Hernández, Nohora Patricia Acero Pérez, Camilo Andrés Rodríguez Remolina, Carlos Aliro García Romero, Jhon Alexander Puentes, Olga Lucía Patiño Velásquez, Jorge Enrique Moraes Becerra, Manuel Humberto Gómez Bermúdez, María Margarita Velasco Campuzano, Mario Enrique Gómez Fernández, José Félix Gómez Pantoja, Maritza Garzón Vargas, Paula Andrea López Vargas, Carlos Alfonso Garzón Saboyá, Per Gabell y Sandra Janneth Hernández Otálora, son apreciados en conjunto con las pruebas documentales y los restantes elementos de convicción, con sujeción a las reglas de la sana crítica, unos solicitados por la parte Convocante, otros por la Convocada, y reflejan una distinta percepción, no son coincidentes e inequívocos en la problemática y el Tribunal los valora conforme a la libre convicción y la sana crítica con las demás pruebas.

En presencia de diferentes grupos de testigos, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el juzgador podrá acoger los que le ofrezcan mayor grado de certeza conforme a los demás elementos de convicción. En efecto, ha dicho que *“cuando militan pruebas en diversos sentidos, el acogimiento por el sentenciador de las que le ofrezcan mayores bases de credibilidad con desestimación de otras, no conforma error (...)”* (se subraya) *excepto cuando “incurra en absurdos o que la apreciación del fallador riña con la lógica”* (Cas. Civ., sentencia del 5 de diciembre de 1990 y 7 de octubre de 1992), *“(...) porque el acogimiento del conjunto testimonial de la parte demandada para hacerlo prevalecer y la*

prescindencia del de la parte demandante para negarle cualquier fuerza de convicción, constituye el ejercicio cabal y legal de la facultad del fallador de instancia que es autónomo en la apreciación de las pruebas; a lo que cabe agregar que cuando se está frente a dos grupos de pruebas, el juzgador de instancia no incurre en error evidente de hecho al dar prevalencia y apoyar su decisión en uno de ellos con desestimación del restante, pues en tal caso su decisión no estaría alejada de la realidad del proceso" (Cas. Civ., sentencia del 18 septiembre de 1998, expediente No. 5058)⁷.

2.2 Los juramentos estimatorios

Los juramentos estimatorios de las demandas principal y de reconvencción reformadas, serán igualmente considerados como medio de prueba válido e idóneo para demostrar los perjuicios según reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-153-13⁸, y apreciados en conjunto con las restantes pruebas del proceso, la crítica y las disposiciones legales. Más adelante el Tribunal refiere a las recíprocas objeciones formuladas.

2.3 Los dictámenes de parte, su cuestionamiento y contradicción

La Parte Convocada argumenta la *"vulneración del derecho de defensa por el comportamiento procesal de la convocante"* al decretarse y practicarse *"cuatro (4) dictámenes, tres de estos aportados por la convocante y todos solicitados por RECAUDO S.A.S en relación a las tarifas, ingresos, configuración y sistemas de información del SITP, pese a las limitaciones señaladas en el Código General sobre este particular, lo que claramente es una desproporción procesal en contra de la parte convocada, y lo que evidencia el carácter técnico de este proceso arbitral, y la consecuente incompetencia de este tribunal, pues la misma parte denomina dictámenes técnicos a algunos de los aportados"*, invoca la nulidad de pleno derecho de estas pruebas, *"reprocha su alto contenido teórico, conceptual, pero sobre todo especulativo, que no tiene aplicación al caso"*, pide al Tribunal al momento de valoraras considerar *"que los dictámenes que pretendían ser una*

⁷ Ha señalado también que, *"a diferentes expresiones de los testigos (...) el acogimiento...de unas de ellas por el sentenciador, así sea implícitamente, no da pie para estructurar un reproche en casación que exige, respecto del error de hecho en la apreciación probatoria, que la equivocación aparezca de modo manifiesto o palmario, lo que no sucede cuando, como aquí, no se vislumbra que haya debido hacerse una estimación enteramente distinta como la que propone el censor, quien, en esa medida, no alcanzó a demostrar la existencia de un yerro evidente, ni por lo dicho trascendente...Tanto más se avala la última conclusión, si los hechos que quiere traducir en su favor la demandante no son absolutamente inequívocos del ejercicio de una posesión propia y exclusiva, pues, como ha dicho esta Corporación 'si un hecho admite una o más interpretaciones que no pugnan con la evidencia, la circunstancia de que el Tribunal elija la que en el sentir del recurrente y aún en el de la Corte, no sea la más atendible, no sería constitutiva de error evidente pues el requisito de la evidencia excluye toda argumentación que se fundase en las probabilidades y no en la certidumbre' (CXLII, pag. 245 y CXXVI, pag. 136)" (Cas. Civ., sentencia de 16 de diciembre de 2004, expediente No. 7281; se subraya), y que *"(...) Por lo demás, la Corte ha entendido que cuando se enfrentan dos grupos de testigos, el Tribunal puede inclinarse por adoptar la versión prestada por un sector de ellos, sin que por ello caiga en error colosal, único que autorizaría el quiebre de la sentencia, pues 'en presencia de varios testimonios contradictorios o divergentes que permitan conclusiones opuestas o disímiles, corresponde al juzgador dentro de su restringida libertad y soberanía probatoria y en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica establecer su mayor o menor credibilidad, pudiendo escoger a un grupo como fundamento de la decisión desechando otro... (G.J. tomo CCIV, No. 2443, 1990, segundo semestre, pág. 20) (Sent. Cas. Civ. de 26 de junio de 2008, Exp. No. 15599-31-03-001-2002-00055-01)"*, -hace notar la Sala- (Sent. Cas. Civ. 25 de mayo de 2010, Exp. 1998-00467-01).*

⁸ "5.2.2. Por las mismas razones se permite que la parte estime de manera razonada la cuantía de los perjuicios sufridos, bajo la gravedad del juramento, y **se reconoce a esta estimación como un medio de prueba que, de no ser objetada, también de manera razonada, o de no mediar una notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena.** Esto quiere decir que basta con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía."

prueba de perjuicios millonarios, se fundamentaron en acreditaciones y razones de la parte convocante sin realizar un estudio riguroso de libros de contabilidad, contabilidad de costos, financiamiento, ni verificación material de los objetos sobre los cuales recaían los conceptos y en algunos casos, incluso, especulaciones”.

Del rendido por el perito Manuel Salazar, precisa su limitación al Sistema de Transporte (SITP), que no aporta nada al proceso.

Destaca la respuesta de la representante legal de BISION CONSULTING LTDA., en cuanto *“No se realizó ninguna inspección técnica, no hacía parte de nuestros servicios”,* ni verificación de *“brazos mecánicos dañados”,* el desconocimiento de los *“módulos a bordo de buses”* a monitorear, carencia de verificación y revisión de los dispositivos a bordo de los buses, componentes de la fórmula y de la exactitud de la información de la mesa de ayuda.

Del dictamen de INVERLINK S.A., previa insistencia en *“que no pueden existir dos dictámenes de un mismo punto”,* pide *“decidir que dictamen se aportó de primero y ese será el dictamen a considerar en cada tema y el segundo sería una prueba nula”,* acentúa la respuesta del perito en su declaración al indicar *“No tengo conocimiento de si haya habido una modificación”* de la remuneración en la etapa preoperativa por adendo u otrosí, la incidencia en sus cálculos de la remuneración esperada del número de puntos de venta (*“No, no tengo información de eso, no hace parte de nuestro documento”,* la matriz y asignación de riesgos, ausencia de redactar verificación de los costos de operación de RECAUDO y comparación con los proyectados en su propuesta (*“No, no era parte de nuestro experticio”,* de verificación contable de los costos incidentes en la remuneración variable (*“Y en el segundo tema de costos es en el tema de costos de almacenamiento y temas de seguros, donde básicamente el representante legal de la compañía, en efecto nos certificó cuáles eran los costos que estaban incurriendo en cada uno de esos casos”; “Adicionalmente, no solamente fue algo certificado por el representante legal sino unas certificaciones de los proveedores de los servicios”, “No cruzamos contra la contabilidad”,* el desconocimiento del precio calculado y real de los equipos (SR. MARULANDA: *No hacía parte de nuestro documento”),* de *“corroboración contable en la remuneración realmente recibida (SR. MARULANDA: No, en la remuneración lo que revisamos fue, la fiduciaria nos certificó los ingresos que había recibido el concesionario para el tema de remuneración),* utilización de un criterio técnico diferente al contractual (*“SR. MARULANDA: Es un criterio, no está escrito en el contrato, es un criterio, consideramos que es el mejor criterio o el mejor supuesto para efectos de uno proyectar los ingresos, porque sería irreal por ejemplo pensar que esos ingresos no se van a aumentar al futuro, por lo general ese tipo de costos uno asume que se van a aumentar con la inflación”),* los cálculos de la tarifa media al usuario (*“No, no hay ningún documento”,* ausencia de verificación física del almacenaje (*“No, no hacía parte de nuestro concepto”,* de consideración de la matriz de riesgos (*“SR. MARULANDA: No la tuvimos en cuenta),* preguntándose *“¿Cómo se puede realzar un dictamen financiero sin conocer documentos contractuales, sin analizar contabilidad de la parte que reclama el perjuicio, sin conocer y aplicar matriz de riesgos?”,* por lo cual *“este dictamen no es prueba de perjuicio alguno y se refiere a protecciones teóricas, la mayoría sacadas de contexto”.*

En torno al dictamen financiero de la doctora Gloria Zady Correa Palacio, indica *“que la perito no tiene claro los distintos tipos de remuneración”,* en las etapas preoperativa y operativa (*“La remuneración fija es constante y tiene una actuación cada año; En la etapa operativa la remuneración fija es un valor fijo*

que cada año se va actualizando con el índice IPC, y la remuneración variable depende del número de validaciones multiplicado por las tarifas.; DR. CÁRDENAS: Una pregunta, simplemente para tenerlo claro, la remuneración fija es igual en la etapa operativa y pre operativa? DRA. CORREA: No señor. (...) En las liquidaciones no se indica nada, no se indica si es etapa pre operativa u operativa, en las liquidaciones lo que sale es cuántos son los ingresos del sistema y cuánto se le asigna a cada uno de los operadores del sistema con todas las variables de liquidación de acuerdo a cada uno, con respecto a la pregunta de etapa pre operativa y etapa operativa con la remuneración variable en la etapa pre operativa era inferior a la etapa operativa, que era los números que estábamos hablando ahora), la indicación por la perito de una modificación desconocida sobre una “etapa mixta, ni operativa, ni preoperativa, una mezcla de las dos” (“Mixta, ahí es mixta”), de análisis o verificación de los descuentos por factor de calidad (“No se aportó ningún documento que diera cuenta del por qué eran esos descuentos, en las liquidaciones aparece simplemente el monto de una comparación de unas cifras, la diferencia que hay entre la remuneración liquidada y una cifra que no explica de qué es esa diferencia es la que da el descuento que le hacen por factor de calidad, pero no se encontró ningún documento que diera cuenta donde le estuvieran diciendo: el factor de calidad que usted debe tener es esto, se mide de tal manera y por eso es que le estamos descontando, no hay dentro de la documentación apartada ningún documento que dé cuenta cuáles son las causas por las cuales se le hacía ese descuento por factor de calidad”), estructura de costos, adquisición y ubicación de equipos, “ni soportes contables para dictaminar los costos de bodegaje”, por todo lo cual, concluye **“que no es posible darle valor probatorio a un dictamen en que la perito no entiende la estructura tarifaria del contrato, no revisó contabilidad, ni verifico situaciones fácticas y ella misma afirma que realizó proyecciones, las cuales nunca pueden ser prueba de un perjuicio, pues ello atenta contra la certeza del mismo.”** (subrayas del texto)

Consideraciones del Tribunal

1. En cuanto hace a los dictámenes aportados por las partes, la Ley 1563 de 2012 (D.O. 48.489 del 12 de julio de 2012), norma especial, prevalente y preferente, regula íntegramente la materia de arbitraje, deroga todas las disposiciones contrarias, aplica desde su vigencia, el 12 de octubre de 2012, remite a la norma vigente de procedimiento aplicable según la naturaleza administrativa u ordinaria del asunto (arts. 12, 118 y 119) y dispone en su artículo 31 que “[e]l tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen”, referencia éste que a partir de la vigencia de la Ley 1564 de 2012, se entiende realizada al Código General del Proceso, aplicable a los asuntos administrativos, incluidos los arbitrales desde el 1º de enero de 2014⁹.

El inciso 5º del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, contempló la posibilidad de aportar experticias de parte para controvertir el dictamen pericial decretado por el Tribunal “[d]entro del término de su traslado, o el de sus aclaraciones o complementaciones” y confirió la facultad (“si lo considera necesario”) de convocar a audiencia al perito y los expertos para interrogarlos.

9 En materia arbitral relativa a temas estatales, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, desde el Auto del 25 de junio de 2014, Rad. 25000233600020120039501 (IJ), precisó que la norma de procedimiento vigente aplicable es el Código General del Proceso a partir del 1º de enero de 2016, vigente de manera general desde el 1º de enero de 2016.

Una hermenéutica exegética, estricta o literal de la norma conduciría *in absurdum* a cercenar el derecho a aportar experticias en otras oportunidades procesales y para fines diferentes, o a que en el mismo proceso pueda existir más de una experticia aportada por la misma parte sobre los mismos hechos o materia.

Empero, según el precepto “[e]l tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen”, de donde, la interpretación armónica de estas normas permite concluir que en el arbitraje las partes pueden aportar experticias privadas en las siguientes oportunidades: (i) En las oportunidades en que según la norma de procedimiento aplicable por remisión de la Ley 1563 de 2012, las partes tienen la facultad de aportar experticias; (ii) Cuando se ha decretado un dictamen en el arbitraje, para contradecir dicho dictamen.

El Código General del Proceso al regular la “Prueba Pericial” consagró las siguientes directrices:

(i) “Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito” (art. 226).

(ii) La “parte que pretenda valerse de un dictamen pericial”, debe aportarlo en la “respectiva oportunidad para pedir pruebas” o, anunciarlo en el escrito para hacerlo dentro del término concedido por el juez, no inferior a 10 días (artículo 227).

(iii) Para la contradicción del dictamen aportado la parte contra quien se aduce “podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones”, dentro “del término del traslado del escrito con el cual se haya aportado o, en su defecto dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento”, y “[e]n ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave.” (artículo 228).

(iv) El juez puede decretar un dictamen en el proceso de oficio o a petición de amparado por pobre (arts. 229, 2 y 230 en consonancia con los artículos 169 y 170).

(v) Salvo norma contraria, “se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba” y cuando el juez niega el decreto de inspección judicial al considerarla innecesaria en virtud de otras pruebas o suficiente el dictamen de peritos para verificar los hechos, otorgará a la parte interesada el término para presentarlo (art. 236); para el examen de los libros y papeles del comerciante, “en los casos de exhibición, la parte interesada podrá designar un perito” (art. 268), surtido el traslado de la tacha de falsedad de un documento, se decretarán las pruebas y ordenará el cotejo pericial de la firma o del manuscrito, o un dictamen sobre las posibles adulteraciones(art. 270), los honorarios de los peritos “serán de cargo de la parte que solicitó la prueba” (art. 364, 5).

(vi) La contradicción del dictamen decretado de oficio se efectúa conforme al artículo 231 poniéndose a disposición de las partes hasta la fecha de la audiencia a la que asistirá el perito que solo puede realizarse pasados por lo menos 10 días desde la presentación del escrito,

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), otorga a las partes en las oportunidades probatorias la opción de presentar dictámenes periciales para probar su derecho o solicitar la designación de perito (artículo 212), ordena la exclusión de la prueba obtenida con violación al debido proceso (art. 214), y disciplina la aportación de dictámenes emitidos por instituciones o profesionales especializados e idóneos, expertos que al emitirlos “deberán manifestar bajo juramento, que se entiende prestado por la firma del mismo, que no se encuentran incurso en las causales de impedimento para actuar como peritos en el respectivo proceso, que aceptan el régimen jurídico de responsabilidad como auxiliares de la justicia, que tienen los conocimientos necesarios para rendir el dictamen, indicando las razones técnicas, de idoneidad y experiencia que sustenten dicha afirmación, y que han actuado leal y fielmente en el desempeño de su labor, con objetividad e imparcialidad, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes”, dispone las causales de impedimento “para actuar como perito que darán lugar a tacharlo mediante el procedimiento establecido para los testigos” y la aplicación del régimen de responsabilidad consagrado para los peritos como auxiliares de la justicia (art. 219).

Bajo el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 y el Código General del Proceso que es la norma de procedimiento aplicable, en el curso del proceso y en las oportunidades procesales respectivas, las partes podrán aportar experticias, teniendo en cuenta que “[s]obre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial”, y presentado, la parte contra quien se aduce podrá a su vez aportar otro para controvertirlo o solicitar la declaración del perito, o aportarlo y pedir la declaración. El artículo 228 de ese Código precisó la oportunidad y forma para ejercer el derecho de contradicción según que el dictamen de parte sea aportado con un escrito respecto del cual la ley prevea o no su traslado. En el primer caso, *verbi gratia*, aportado con la demanda, su sustitución o su reforma, dentro del término de su traslado, y en el segundo, dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que lo pone en conocimiento, en cuyo caso, la parte contraria puede contradecirlo dentro de la oportunidad legal, aportar otro, anunciarlo y solicitar término para aportarlo, pedir la citación del perito a audiencia. También podrá objetar el dictamen aportado dentro de la oportunidad procesal señalada, pues el ordenamiento únicamente excluye el “trámite especial de objeción del dictamen por error grave”. Igualmente, podrá en sus alegatos de conclusión referir a la valoración de la prueba, y en todo caso, el juzgador habrá de valorarlo con los restantes elementos probatorios.

2. Dentro de la oportunidad legal la parte Convocante, aportó al proceso los siguientes dictámenes de parte:

i) **Dictamen pericial técnico elaborado por Manuel Salazar**

El dictamen fechado a 3 de mayo de 2015, titulado “**EXPERTICIO TÉCNICO SOBRE EL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO (SITP) Y EL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) SEGÚN EL CONTRATO DE CONCESIÓN 001 DEL 1 DE AGOSTO DE 2011**”¹⁰, se aportó por la Parte Demandante con el escrito de reforma de la demanda radicado el 12 de mayo de 2015¹¹ dentro de la oportunidad procesal para solicitar o aportar pruebas, del cual se surtió traslado a

¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 136 a 279.

¹¹ Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 120 a 238.

la Parte contraria para los fines y efectos previstos en el artículo 228 del Código General del Proceso mediante providencia del 12 de mayo de 2015 (Acta N° 13).

El dictamen atañe al Sistema de Transporte Público de Bogotá, el Sistema Integrado de Transporte Público –SITP-, la gradualidad de la implementación del sistema conforme a los documentos del proceso licitatorio del SIRCI, los agentes del sistema, funcionamiento del SITP, los operadores del SITP, la infraestructura prevista para la operación del SITP, la operación del SITP respecto de los usuarios, tipos de vehículos, el SIRCI, equipos a instalar por el operador del SIRCI en los vehículos del Sistema, estaciones del sistema troncal de la Fase III del SITP, otros equipos e inversiones, el cronograma de la oferta elaborado por Transmilenio para elaborar y presentar la propuesta, sus modificaciones, la manera progresiva de la oferta de servicios del SITP y su coexistencia con el Transporte Público Colectivo –TPC- la confrontación de los cronogramas de implementación del SITP con el de la licitación, la época de culminación gradual de la implementación del SIRCI, la explicación técnica de la remuneración del SIRCI, tarjetas susceptibles de utilizar en la realización de transbordos, tarifas diferenciales y descuentos aplicables, cálculos e insumos para la estructuración financiera de la propuesta, el riesgo de demanda, demanda y gradualidad.

El Tribunal decretó y practicó la declaración del perito Manuel Guillermo Salazar Arbélaez en audiencia del 16 de septiembre de 2015¹², oportunidad en la que las partes, incluida la demandada, tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción.

ii) **Dictamen pericial técnico elaborado por Bision Consulting Ltda.**

El dictamen de 10 de febrero de 2015, titulado “**DICTAMEN PERICIAL SOBRE EL FACTOR DE CALIDAD DEL SERVICIO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN 001 DEL 1 DE AGOSTO DE 2011**”¹³, se aportó por la Parte Demandante con escrito de reforma de la demanda radicado el 12 de mayo de 2015 dentro de la oportunidad procesal para solicitar o aportar pruebas, del cual se surtió traslado a la Parte contraria para los fines y efectos previstos en el artículo 228 del Código General del Proceso mediante providencia del 12 de mayo de 2015 (Acta N° 23).

El dictamen se elaboró por **BISION CONSULTING LTDA** a través de Ángela Mondragón Godoy y John Eduard Espitia-, comprende asuntos tecnológicos relativos a los niveles de servicios tecnológicos de los documentos contractuales, la plataforma tecnológica, índices de confiabilidad y control de flotas, procedimientos y metodología de medición, sistemas BRT de FI y FII y su confiabilidad en el registro de transacciones de la flota FIII, formas idóneas de registro, torniquete de control de acceso y torniquetes de barreras de control (BCA), solución “Logit Unit check Status”, índices de disponibilidad, cálculos, equipos tecnológicos, procedimientos de cálculo de los indicadores del índice de disponibilidad de la Unidad de Procesamiento de Datos, Módulo a bordo del Bus, monitoreos, disponibilidad de modulo, dispositivos de la red de recarga, soluciones desarrolladas y componentes del sistema de comunicaciones de recaudos.

El Tribunal decretó y practicó en audiencia del 20 de noviembre de 2015 las declaraciones de Ángela Mondragón Godoy y John Eduard Espitia Hernández¹⁴,

¹² Cuaderno de Pruebas No. 11, folios 1 a 62.

¹³ Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 246 a 280 y Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 1 a 98

¹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 11, folios 82 a 89 vuelto.

oportunidad en la que las partes, incluida la demandada, tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción.

iii) **Dictamen Financiero elaborado por Inverlink S.A.**

El dictamen entregado con comunicación fechada a 23 de junio de 2015, titulado **“Peritazgo Financiero Contrato 001 de 2011 de Concesión del Sistema Integrado de Recaudo, Control e información y Servicio al Usuario (SIRCI) del SITP”**¹⁵, se aportó por la Parte Demandante con el escrito de traslado de las excepciones de mérito propuestas frente a la reforma de la demanda, radicado el 25 de junio de 2015¹⁶ dentro de la oportunidad procesal para solicitar o aportar pruebas, del cual se surtió traslado a la Parte contraria para los fines y efectos previstos en el artículo 228 del Código General del Proceso mediante providencia del 28 de agosto de 2016 (Acta N° 16).

El dictamen se elaboró por Inverlink S.A. a través de Lucas Marulanda y comprende asuntos financieros relativos al componente económico de la propuesta según los términos y condiciones del Pliego de Condiciones, los factores de ponderación, los supuestos financieros y del negocio para la determinación de la remuneración del Concesionario, cuantifica la remuneración esperada según el Contrato de Concesión considerando la implementación gradual y la implementación total en las fechas previstas en los cronogramas tomando las hipótesis del dictamen rendido por el perito Manuel Salazar, explica la matriz de riesgos, los riesgos de demanda, implementación y variación de tarifa, la remuneración recibida y la esperada al 27 de septiembre de 2013 y a partir del 28 de septiembre de 2015 al 31 de marzo de 2015, estima el impacto económico de la no culminación de la implementación y calcula la afectación considerando todos los factores incidentes, hace un cuadro comparativo entre los ingresos de la remuneración fija y variable, los percibidos y dejados de percibir en los períodos señalados, calcula los intereses corrientes, explica económicamente la fórmula de compensación consagrada en la Cláusula 86, calcula y cuantifica la compensación por las inversiones realizadas en el centro de recaudo, control de control y equipos en vehículos, la importancia del número de viajes y tarifas en la remuneración del concesionario, la tarifa técnica, tarifas alternativas y su impacto, pagos por pólizas según registros contables, gastos de almacenamiento y bodegaje, y cuantifica el perjuicio “con base en los registros contables, en los documentos contractuales” por los conceptos incidentes, contrato con ETB, personal de custodia y vigilancia en áreas de acceso de las estaciones Fases I y II, funcionamiento desde el punto de vista económico del factor de calidad, y niveles de servicios y su impacto en la remuneración, descuentos aplicados y sus intereses, el efecto económico de la falta de implementación por las obligaciones con proveedores de equipos en el extranjero y las variaciones cambiarias.

El Tribunal decretó y practicó en audiencia del 25 de noviembre de 2015 las declaraciones de Lucas Marulanda López y Jaime Eduardo Ossa López de Inverlink S.A.¹⁷, oportunidad en la que las partes, incluida la demandada, tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción.

iv) **Dictamen Financiero elaborado por Gloria Zady Correa Palacio**

Con la demanda reformada y con el escrito de traslado de las excepciones de mérito propuestas frente a aquella, la Parte Convocante solicitó el decreto y

¹⁵ Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 99 y siguientes.

¹⁶ Cuaderno Principal No. 3, folios 399 a 438.

¹⁷ Cuaderno de Pruebas No. 11, folios 326 a 327 vuelto.

práctica de las siguientes inspecciones judiciales con exhibición de documentos e intervenciones de peritos:

- a) En la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio S.A. con la intervención de un perito técnico y un perito financiero.
- b) En las Estaciones de Transmilenio de la Troncal Carrera 7 y Troncal Calle Sexta, con la intervención de un perito técnico.
- c) En Angelcom S.A., con la intervención de un perito técnico.
- d) En UT Fase II, con la intervención de un perito técnico.

Por su parte, la Convocada solicitó en su escrito de reforma a la reconvencción la práctica de inspección judicial en las oficinas de Transmilenio con la intervención de un perito contable.

Mediante providencia del 28 de agosto de 2016 (Auto N° 16), de conformidad con lo previsto en el Artículo 236 del Código General del Proceso, el Tribunal:

- a) Negó las inspecciones judiciales en Transmilenio solicitadas por las partes, decretando la exhibición de documentos con la intervención de los peritos técnico y financiero, solicitados por la Convocante, y con la intervención del perito contable, solicitado por la Convocada.
- b) Negó la inspección judicial en la Troncal Carrera 7 y Troncal Calle Sexta, decretando el dictamen técnico solicitado.
- c) Decretó las inspecciones judiciales con exhibición de documentos e intervención del perito técnico en Angelcom S.A. y en UT Fase II.

Mediante memorial recibido el 18 de septiembre de 2015, el apoderado de la Parte Convocada se refirió a la improcedencia de la práctica de los dictámenes periciales financiero y técnico.

Con Auto de 25 de agosto de 2015 (Acta N° 18) el Tribunal designó como perito técnico a Pablo Emilio Bocarejo y como perito financiero a la firma Desarrollo Empresarial Ltda.

El 25 de septiembre de 2015, la Parte Convocante presentó los cuestionarios que habrían de absolver los peritos técnico y financiero.

El 11 de octubre de 2015, la Parte Convocada presentó un memorial manifestando la improcedencia del cuestionario para el perito financiero presentado por la Convocante.

Mediante providencia del 13 de octubre de 2016 (Acta N° 19) el Tribunal se pronunció en relación con el cuestionario presentado para el perito financiero y con los memoriales de la Convocada respecto de la improcedencia del mismo, resolviendo, decretar de oficio que el perito absolviera el referido cuestionario, salvo dos preguntas específicas, otorgándole a la Convocada cinco días para que formulara preguntas relacionadas con el cuestionario con el fin de garantizar la igual y el debido proceso. La Convocada recurrió la mencionada providencia la cual fue confirmada por el Tribunal, procediendo a darle posesión al perito financiero.

El mismo 13 de octubre de 2015 (Acta N° 19) el Tribunal designó como perito técnico a la firma Movilidad sostenible S.A. ante la no aceptación del perito designado.

El 20 de octubre de 2015 la Convocada presentó sendos memoriales expresando la improcedencia de los dictámenes técnico y financiero.

Mediante providencia del 9 de noviembre de 2015, el Tribunal procedió a designar nuevamente a los peritos técnico y financiero ante la no aceptación del primero y la renuncia manifestada por el segundo.

Mediante providencia del 20 de noviembre de 2016 (Acta N° 24) el Tribunal se pronunció en relación con el cuestionario presentado para el perito técnico y con los memoriales de la Convocada respecto de la improcedencia del mismo, resolviendo decretar de oficio que el perito absolviera el referido cuestionario, salvo dos preguntas específicas, otorgándole a la Convocada cinco días para que formulara preguntas relacionadas con ese cuestionario con el fin de garantizar la igualdad y el debido proceso. La Convocada recurrió la mencionada providencia.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal resolvió dejar sin efecto el decreto de los dictámenes técnico y financiero solicitados por la Convocante y el contable solicitado por la Convocada y, en su lugar, otorgar a las partes hasta el 21 de enero de 2016 para que presentaran los dictámenes periciales solicitados por ellas como parte de las inspecciones judiciales negadas por el Tribunal.

Para llegar a esta conclusión el Tribunal expuso lo siguiente;

“1. En materia probatoria, la diversidad de normas sobre un mismo asunto (Código de Procedimiento Civil, Ley 1563 de 2012 y Código General del Proceso) y el tránsito de una a otra ha generado dudas e inquietudes respecto de las pruebas y en especial respecto de la posibilidad de que una parte solicite una prueba pericial así como el régimen aplicable en tal caso.

2. Por tal razón, y en la medida en que ambas partes solicitaron la práctica de dictámenes periciales, el Tribunal con el propósito de garantizarles el debido proceso, decretó dichos dictámenes, aplicando así las normas en igualdad de condiciones y oportunidades y en el sentido que ofrece las mayores garantías procesales para ellas.

3. No obstante que como se ha expresado en las distintas providencias el decreto oficioso de una prueba comprende no solo la facultad de decretarla sino de señalar su objeto, como en el presente caso a la Parte Convocada le han surgido reiteradamente algunas dudas acerca de la legalidad de la forma de practicar la prueba pericial, el Tribunal como quiera que se negaron algunas inspecciones judiciales con intervención de peritos, procederá como dispone el artículo 236 del Código General del Proceso, a cuyo tenor “Salvo disposición en contrario, sólo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba.”, y “El juez podrá negarse a decretar la inspección si considera que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existan en el proceso o que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, caso en el cual otorgará a la parte interesada el término para presentarlo. Contra estas decisiones del juez no procede recurso.”

4. Adicionalmente, se dará cumplimiento al artículo 268 del Código General del Proceso, inciso final, según el cual: “Para el examen de los libros y papeles del comerciante en los casos de exhibición, la parte interesada podrá designar un perito.”

Posteriormente, mediante memorial recibido el 3 de diciembre de 2015, la Parte Convocante desistió de las inspecciones judiciales con exhibición de documentos e intervención del perito técnico en Angelcom S.A. y en la UT Fase II, así como

de las intervenciones del perito técnico en la exhibición de documentos en las oficinas de Transmilenio.

En audiencia llevada a cabo el 14 de junio de 2016 (Acta N° 37), la Convocante desistió del dictamen técnico que había sido decretado como parte de la solicitud de inspección judicial en las Estaciones de Transmilenio de la Troncal Carrera 7 Troncal Calle Sexta y en Angelcom S.A. y UT Fase II. Por su parte, la Convocada desistió del dictamen contable solicitado como parte de la inspección judicial en Transmilenio.

Luego de haber sido prorrogado en varias ocasiones el término para presentar el dictamen financiero solicitado por la Convocante, el 25 de julio de 2016 (dentro del plazo fijado por el Tribunal) se recibió el referido dictamen, el cual se puso en conocimiento de la Convocada mediante providencia del 28 de julio de 2016, en los términos del Artículo 228 del Código General del Proceso.

Este dictamen con fundamento en “los documentos exhibidos por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. (“TMSA”)”, conforme a “los informes, reportes y correspondencia recibidos de Fideicomiso de la Sociedad Fiduciaria de Occidente con NIT 830054076-2 (“Fiducia del SITP”)”, “documentos contables de TMSA”, “informes, reportes y correspondencia recibidos de la Fiducia del SITP”, “los documentos relacionados con el diseño y estructuración del SIRCI y su diseño institucional, elaborados por TMSA, la Secretaria de Movilidad y sus contratistas”, “los documentos de la licitación”, “la correspondencia cruzada y en comparación con los informes de la Fiducia”, “la contabilidad de RBSAS y de TMSA”, versó sobre los montos y conceptos recibidos por los beneficiarios de la de la Fiducia del SITP, incluido RBSAS, como participación en los ingresos generados por la explotación comercial de SITP desde la fecha de iniciación del contrato de fideicomiso en ciernes y hasta la fecha en que rinda su dictamen pericial”, “como participación en los ingresos generados por la explotación comercial de los buses identificados como “SITP provisional”, desde el 1° de junio de 2015 y hasta la fecha en que rinda su dictamen pericial.”; “el monto total, y por qué concepto, que ha recibido TMSA y cada uno de los concesionarios de recaudo de las Fases I y II del Sistema TransMilenio como participación en dicha explotación comercial, desde el 28 de octubre de 2011 y/o la fecha en la cual TMSA aprobó el “protocolo para Garantizar la Integración del SIRCI” presentado por RBSAS para la integración de los medios de pago – y hasta la fecha en que rinda su dictamen pericial”, el cálculo de los que hubiere correspondido a cada concesionario”, “la diferencia entre los ingresos que ha recibido TMSA entre el 28 de octubre de 2011 y la fecha del dictamen, como beneficiario de la Fiducia del SITP”, “el impacto económico que ha tenido RBSAS en su remuneración variable por las reducciones en la Tarifa al usuario asociadas a “hora pico y hora valle”, entre el 1° de abril de 2015 y la fecha en que, según conste en los documentos de TMSA, se eliminaron los descuentos de pasajes en “horas valle”, “el impacto económico que ha tenido RECAUDO BOGOTÁ en su remuneración variable por las reducciones en la tarifa al usuario asociadas a (i) trasbordos, (ii) adultos mayores, y (iii) Sisbén, entre el 1° de abril de 2015 y la fecha del dictamen”; el “originado en que TMSA haya dado la orden de inicio de la ETAPA OPERATIVA sin el cumplimiento de las condiciones contractuales para la iniciación de dicha etapa”, la incidencia económica “en el esquema de costos y producción de flujos de caja de proyecto” de los distintos actores del sistema”, “el registro de los hechos económicos y los supuestos incumplimientos atribuidos a RBSAS de que tratan los hechos de la demanda de reconvencción y sus pretensiones”, los “riesgos y su distribución para el Contrato de Concesión 001 de 2011”, “las autorizaciones para compras de equipo, los descuentos sobre el factor de calidad

del servicio, las actas de entrega y recibo de estaciones, las actas de entrega y recibo de buses para operación del SITP, el perito se servirá manifestar cual ha sido el monto de las inversiones autorizadas por TMSA a RBSAS en el centro de recaudo, centros de control y equipos en estaciones de la Fase III del subsistema TransMilenio, y el monto total de la inversión autorizada en equipos del SIRCI”, “la forma como se liquidó por TMSA el ingreso para RBSAS, como concesionario del SIRCI, y que sirvió de base o fundamento para la entrega de los fondos a RBSAS como participación en los ingresos generados por la explotación comercial del SITP”, el impacto del desplazamiento de los cronogramas, valor de los descuentos por calidad, fundamentos de la estructura tarifaria, “el volumen de ingresos que ha debido percibir el SITP si no hubiera dado aplicación a la reducción de tarifas”, ni desplazado los cronogramas, montos no percibidos por remuneración variable, y costos de desinstalación de equipos.

El Tribunal decretó y practicó en audiencia del 17 de agosto de 2016 la declaración de la doctora Gloria Zady Correa Palacio.¹⁸, oportunidad en la que las partes, incluida la demandada, tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción.

3. Como se puede apreciar, los dictámenes de parte fueron aportados por la Convocante en la oportunidad legal para pedir y aportar pruebas, y según sus cuestionarios, y las respuestas refieren a asuntos que no son exactamente los mismos, esto es, versan o recaen no sobre un mismo punto o asunto, así algunas preguntas o respuestas se basen en uno u otro, o guarden similitud.

El dictamen técnico del perito Salazar atañe al Sistema de Transporte Público – SITP-; el dictamen técnico de BISION CONSULTING LTDA a la plataforma tecnológica, componentes y funcionalidades; el dictamen financiero de INVERLINK S.A a la estructura financiera y económica del proyecto, y el dictamen de la doctora GLORIA ZADY CORREA PALACIO a aspectos financieros de conformidad con los documentos exhibidos y la contabilidad de TRANSMILENIO S.A., desde luego, que no son exactamente el mismo asunto o materia, si bien guardan en algunas partes similitud.

Distinta es la valoración probatoria de los dictámenes conforme al ordenamiento jurídico, en armonía con los restantes elementos de convicción y las reglas de la sana crítica. Censuras, tales como el carácter teórico y especulativo del trabajo pericial, su carencia de soporte en los libros, papeles y registros contables de la Convocante, el deficiente o erróneo entendimiento de la estructura financiera, tarifaria, la remuneración, o la modificación de los parámetros del contrato, apuntan a la valoración de la prueba.

Con estas premisas, no observa el Tribunal abuso ninguno en la conducta de la parte Convocante al aportar dictámenes sobre asuntos o materias que no son exactamente las mismas según corresponde a su derecho a la prueba, menos la supuesta vulneración invocada cuando la parte Convocada en este proceso, ha tenido siempre la oportunidad garantizada por el Tribunal, en absoluta igualdad de condiciones y oportunidades, equilibrio y simetría, para ejercer sus derechos.

Por lo expuesto, son infundados los cuestionamientos de la Parte Convocada.

¹⁸ Cuaderno de Pruebas No. 37, folios 54 a 95.

3 LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA Y LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS

Las pretensiones incoadas en las demandas y las excepciones interpuestas en su contra serán decididas temáticamente en conjunto, al servirse de unas mismas consideraciones por su conexidad indisociable.

La Convocante, en su demanda arbitral reformada, formula diferentes grupos de pretensiones principales y subsidiarias, así:

3.1 Primer grupo de pretensiones principales y subsidiarias

En el “*PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES*”, pide declarar:

- Que el plazo total y definitivo del contrato corresponde a la sumatoria de la Etapa Preoperativa, más los 15 años de la Etapa Operativa (Pretensión primera);
- Que según el contrato, sus anexos, Otrosíes y demás documentos, el período de duración de la Etapa Preoperativa es indeterminado y su terminación está sujeta a varias condiciones sin cuya ocurrencia no es contractualmente válido pasar a la etapa operativa (Pretensión segunda);
- Que, según las CLÁUSULAS 8, 11 y 12 del Contrato de Concesión y el Numeral 1.2 del Anexo 2 del Contrato, la etapa preoperativa se extiende hasta “*la culminación de la implementación gradual del SITP*”, la orden de iniciación de la Etapa Operativa debe expedirse “*cuando finalice la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del SITP*” en la época pactada para el momento en el que se celebró el Contrato de Concesión, y exige “*haber cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa*” (Pretensión Tercera);
- Que para el día 27 de septiembre de 2013 se estaba ejecutando la etapa preoperativa y no se habían cumplido íntegramente las condiciones relativas al anterior pedimento (Pretensión Cuarta);
- Que para ese mismo día, TMSA “*no había cumplido obligaciones a su cargo, señaladas en los hechos, indispensables para “la culminación de la implementación gradual del SITP” y para “haber cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”, de tal manera que el SITP para ese día no encontraba plenamente implementado, puesto a punto y en operación al 100%.*”; (Pretensión quinta);
- Que incumplió, “entre otras” las CLÁUSULAS 8, 11 y 12 del Contrato de Concesión, y el Numeral 1.2. del Anexo 2 del Contrato, porque sin cumplir con obligaciones a su cargo y sin haberse cumplido la totalidad de las condiciones establecidas para emitir la Orden de Inicio de la ETAPA OPERATIVA del Contrato, mediante carta 2013EE11949 del 13 de septiembre de 2013 le reiteró a RECAUDO BOGOTÁ la orden de inicio de la ETAPA OPERATIVA del Contrato a partir del día 28 de septiembre de 2013.” (Pretensión Sexta);
- Que los retrasos en la plena implementación y puesta en marcha del SITP no son imputables al concesionario, y no es responsable que en la fecha no se

hayan cumplido las condiciones y presupuestos necesarios para iniciar la etapa operativa (Pretensión Séptima);

- Que, en consecuencia de la terminación unilateral de la Etapa Preoperativa y la emisión prematura de la orden de inicio de la Operativa, “y/o los incumplimientos del Contrato de Concesión” por TMSA, le causó perjuicios al impedirle desde el 28 de septiembre de 2013 recibir la totalidad de la participación en los ingresos que desde esa fecha según la cláusula 59 le correspondía durante los 15 años de duración de la etapa operativa, y de haber estado implementado, puesto a punto y en operación, en el 100% el SITP (Pretensión Octava); y, en consecuencia, imponer condena a TMSA por las sumas y conceptos reclamados, intereses corrientes a la tasa máxima legal sobre las sumas mensuales respectivas e intereses moratorios a partir del 28 de septiembre de 2013 (Pretensiones Novena, Décima y Décima Primera).

En el “PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES”, en subsidio de las pretensiones sexta a décima primera del primer grupo de pretensiones principales y de negarse “total o parcialmente” su prosperidad, fórmula idénticas pretensiones a la Primera a Quinta del primer grupo de pretensiones principales, ya indicadas; declarar:

- Que de acuerdo con los documentos contractuales la iniciación de la etapa Operativa está condicionada a la “plena implementación y puesta a punto” del SITP y a la finalización de la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del mismo (Pretensión sexta), y que no puede finalizar sin que el SITP se encuentre plenamente implementado y puesto a punto, lo que implica la verificación de todas las condiciones señaladas en la pretensión (Pretensión Séptima);
- Que, así haya concluido o vencido el término de 24 meses previsto en la cláusula 11 del Contrato, la etapa preoperativa no puede finalizar si no se han reunido las condiciones y presupuestos para la plena implementación y puesta a punto del SITP, y finalizado la etapa preoperativa de los contratos de operación del mismo (Pretensión Octava); y que, por no encontrarse reunidas tales condiciones y presupuestos, la demandada no puede dar orden de inicio de la etapa de operación a partir del 28 de septiembre de 2013 (Pretensión Novena);
- Asimismo, que para la fecha en que expidió dicha orden no se habían cumplido todas las obligaciones de implementación y de la etapa preoperativa, ni culminado la implementación gradual del SITP conforme al Contrato (Pretensión Décima);
- Que a la fecha de presentación de la reforma, no se encuentra en operación, ni plenamente implementado, ni puesto ni puesto a punto el 100% del SITP, ni se reúnen las condiciones o presupuestos establecidos para la finalización de la ETAPA PREOPERATIVA e inicio de la ETAPA OPERATIVA del Contrato de Concesión. (Pretensión Décima Primera);
- Que, por tal motivo la orden de inicio de la operación a partir del 28 de septiembre de 2013, carece de efectos vinculantes para ella y del efecto de dar inicio a la etapa operativa (Pretensión Décima Segunda);

- Que, el período de duración de la etapa preoperativa, continuará ejecutándose hasta el día en que se reúnan a cabalidad las condiciones o presupuestos establecidos para la finalización de la ETAPA PREOPERATIVA, esto es, cuando el SITP se encuentre plenamente implementado, puesto a punto y en operación al 100% del mismo (Pretensión Décima Tercera), y tiene derecho a ejecutar la etapa operativa durante 15 años a partir del momento que se reúnan tales condiciones o presupuestos (Pretensión Décima Cuarta),
- Que por la carencia de efectos contractuales de la orden de inicio de la operación a partir del 28 de septiembre de 2013 y/o incumplimientos de TMSA, le causó perjuicios al impedirle desde el 28 de septiembre de 2013 recibir la totalidad de la participación en los ingresos que desde esa fecha según la cláusula 59 le correspondía durante los 15 años de duración de la etapa operativa, y de haber estado implementado, puesto a punto y en operación, en el 100% el SITP (Pretensión Octava); y, en consecuencia, imponer condena a TMSA por las sumas y conceptos reclamados, intereses corrientes a la tasa máxima legal sobre las sumas mensuales respectivas e intereses moratorios a partir del 28 de septiembre de 2013 (Pretensiones Décima Quinta, Décima Sexta, Décima Séptima y Vigésima), a dar inicio a la etapa preoperativa solamente cuando haya culminado la implementación gradual del SITP y se hayan cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la ETAPA PREOPERATIVA, fecha a partir de la cual se deben contar los quince (15) años de la ETAPA OPERATIVA del Contrato de Concesión (Pretensión Décima Octava), a pagarle todos los costos o gastos en que incurra para la renovación de los equipos posterioridad al 28 de septiembre de 2028 hasta la fecha efectiva de terminación del Contrato, asumir y condenar los costos adicionales o sobrecostos en que ha incurrido RBSAS por la adquisición de seguros para amparar el cumplimiento, la responsabilidad civil y extracontractual, y salarios y prestaciones sociales para la ETAPA OPERATIVA, pues aún no ha terminado la ETAPA PREOPERATIVA en suma de COP\$867.000.000,00 (Pretensiones Vigésima, Vigésima Primera y Vigésima Segunda).

Las pretensiones se sustentan en los hechos reseñados en el acápite de la demanda arbitral principal.

En su alegato de conclusión, la Parte Convocante argumenta que para la correcta interpretación del contrato deben considerarse las referencias normativas (arts. 6º, 19 y 198 del Decreto 309 de 2009) a la implementación gradual y progresiva del SITP en sus diferentes Fases I (preparación para la implementación del SITP) II (implantación gradual de la operación y desaparición del TPC), III (Operación Integrada tarifaria y operacional del SITP) y IV (integración con otros medios de transporte), y contractuales a la operación regular iniciada en julio de 2012 con la vinculación y entrada en operación del primer bus del SITP, a las Fases I y II del contrato del SIRCI, Etapa Preoperativa, Etapa Operativa y períodos de transición T_0 , T_1 y T_2 , según la ocurrencia de ciertos hechos dentro del plazo programado en el Plan de Implementación del SIRCI por TMSA conforme al principio de gradualidad en la implantación del SITP con la vinculación gradual de rutas en las zonas hasta la desaparición total del TPC y el aumento progresivo de un único medio de pago, (Anexo Técnico 2 del Contrato SIRCI, 1.2. “Principios de Transición”), donde T_2 en adelante, comienza cuando estén equipadas el 100% de las rutas, haya culminado la implantación e identifica con la implementación total del SITP, una de las exigencias para iniciar la etapa operativa según la gráfica 4 del Anexo 2 del Contrato, la Fase 2 de implantación gradual del SITP, que no termina hasta que no se consolide y

concentre el recaudo de tarifas en el concesionario, con la Etapa Preoperativa del SIRCI por las actividades descritas en los numerales 11.2 al 11.9, inicia con el acta de ejecución del Contrato y termina con la culminación de la implementación gradual del SITP, es decir, su plazo es indeterminado y determinable “al cumplirse con la condición de *“la culminación gradual del SITP”, para lo cual el Contrato incluye una “estimación” (que es diferente de certeza y de precisión) del momento en que debería ocurrir la condición, que es el mes 18*”, considerado por TMSA para la culminación gradual de implementación del SITP, y la Fase III del SITP de *“operación integrada”*, definida en función de la integración, tanto tarifaria como operacional, del 100% de las rutas y de los servicios, con la Etapa Operativa del SIRCI.

De conformidad con la Cláusula 12 del Contrato, la “Etapa Operativa” comienza con la orden de iniciación del contrato dada por el Ente Gestor, y para expedirla, establece las condiciones incidentes en la distribución de riesgos consistentes en la finalización de la “Etapa Preoperativa” de los contratos de transporte del SITP, que se extiende hasta *“la culminación de la implementación gradual del SITP”,* y cumplimiento de *“todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”*, sin cuya observancia no puede iniciar, tanto más por la previsión de distintas garantías y sanciones de las prestaciones de una u otra (cláusulas 98, 99, 101 y 132), de donde, *“el final de la Etapa Preoperativa y el comienzo de la Etapa Operativa, estaban determinados por tres condiciones: (i) debía culminar la implementación gradual de la totalidad del SITP, es decir, implementado al cien por ciento (100%) y puesto a punto, (ii) que hubiera finalizado la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del SITP y (iii) que se hubiera “cumplido con todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa” del Contrato. Y solo a partir del acaecimiento de esas tres condiciones, TMSA podía emitir válidamente la orden de inicio de la Etapa Operativa”,* como lo aceptó al contestar los hechos de la demanda 41, 53, 54.3 y 56, y reconoció en la carta con radicado 2013EE11949 del 13 de septiembre de 2013 el cumplimiento de las obligaciones de Recaudo, posición de ambas partes sobre la exigencia de la culminación de la implementación gradual del sistema para iniciar la etapa operativa, armónica con los Decretos 309 de 2009 y 319 de 2006, la duración estimada por TM para las etapas preoperativas en las grafica 8 -Anexo 2- “Anexo técnico del Contrato”.

En su opinión, el plazo de 18 y 24 meses de la Cláusula 11, es indicativo, porque debían cumplirse las condiciones pactadas, o sea, terminar la implementación gradual de la totalidad del SITP, finalizar la etapa preoperativa de todos los contratos de operación de transporte del SITP y haberse cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa, sin cuyo advenimiento no podía emitirse la orden de iniciar la etapa operativa, que fue así prematura porque sin haber terminado TMSA impartió la orden de iniciarla a partir del del 28 de septiembre de 2013, lo que configura incumplimiento resolutorio por el ejercicio antijurídico de un derecho que no había nacido, por lo cual, no puede asumirse un término cierto, fijo y único de 540 días “como plazo de la Etapa Preoperativa, sin importar que las condiciones establecidas en el Contrato como obligatorias no se hayan cumplido en dicho lapso”, y una *interpretación distinta, resultaría absurda e iría en contra del genuino sentido de la ejecución gradual del Contrato y elementales reglas legales para su recto entendimiento*”, por llevar *“a concluir que la Etapa Preoperativa debía terminar indefectiblemente al cabo de dieciocho (18) o veinticuatro (24) meses, inclusive en la hipótesis de que hubiera cero (0) buses disponibles para operar, no existiera la infraestructura, o no estuvieran los equipos para instalarlos”,* cuando la cláusula 11 es clara que las principales *“obligaciones de acuerdo con el cronograma que se detalla en el anexo 2 del Contrato”,* deben terminar

previamente al inicio de la Etapa Operativa”, y su previo cumplimiento “*condiciona imperativamente el inicio de la Etapa Operativa*”, de donde el plazo referido en la cláusula 11, “*es estimativo y no es cierto y, por lo tanto, indeterminado, pues la norma claramente ha definido cuándo es su inicio y cuándo su culminación, y ésta solamente se presenta cuando se concluyen determinadas tareas*”; las obligaciones condicionales y a plazo no son exigibles antes de su materialización, los criterios fundamentales para su exigibilidad conforme a su disciplina normativa, denotan que sólo “el día cierto y determinado, es decir, el que “necesariamente ha de llegar, y se sabe cuándo” es un verdadero plazo, y las otras modalidades son condiciones en cuanto las “**obligaciones contraídas a plazo y que deben cumplirse en un día incierto, sea determinado o no, tienen el valor de condiciones y como tales deben considerarse dentro de una sana hermenéutica**”, el “*plazo de cumplimiento de la Etapa Preoperativa del Contrato está determinado por el lapso que separa a un acto jurídico, la suscripción bilateral del acta de inicio o ejecución del contrato, de dos hechos jurídicos: (i) la culminación de la implementación del SITP, y (ii) cumplimiento de todas las obligaciones de la implementación y de la Etapa Preoperativa; hechos que no pueden calificarse como constitutivos de fechas ciertas y determinadas*”, y “*la Etapa Operativa, según la cláusula 12, se repite, empieza con el acto jurídico unilateral consistente en la emisión de la Orden de Inicio de la Etapa Operativa, cumplidos ciertos hechos condicionantes, y termina en la fecha cierta de quince (15) años después, aritméticamente determinados*”, de donde la orden de iniciarla antes de la ocurrencia de las condiciones, constituye un incumplimiento del contrato.

Agrega que “*la prevalencia de la voluntad real sobre la formalmente declarada*”, la interpretación lógica y sistemática del contrato, el principio de conservación y la regla hermeneútica del artículo 1620 del Código Civil, implica que “*la Etapa Operativa solo puede empezar cuando se cumplan las condiciones dispuestas contractualmente para ello en las Cláusulas 11 y 12 del Contrato, y no cuando se cumplieran los dieciocho (18) o veinticuatro (24) meses estimados como plazo de duración de la Etapa Preoperativa.*”, y en últimas, invoca la contenida en el artículo 1624 C. C., según la cual las cláusulas ambiguas se interpretarán “*contra proferentem*”, reiterando la notificación prematura del inicio de la etapa operativa, al estar probada la iniciación de la preoperativa el 27 de septiembre de 2011 con la firma del Acta de Inicio del Contrato¹⁹, y demostrado que el 13 de septiembre de 2013²⁰, TMSA informó a RBSAS que daría por expedida la Orden de Inicio de Operación de que trata la cláusula 12 del Contrato partir del 28 de septiembre de 2013, fecha en la cual la dio por iniciada, veinticuatro (24) meses después de haberse suscrito el Acta de Inicio, cuando no se habían cumplido las condiciones contractuales, pues para entonces la implementación del sistema estaba en un 28% según el perito Manuel Salazar, las pruebas documentales y testimoniales. De esta forma, concluye el incumplimiento del contrato por TRANSMILENIO S.A. al impartir la orden de iniciación de la Etapa Operativa a partir del 28 de septiembre de 2013, de manera prematura, sin la ocurrencia de las condiciones y restantes exigencias acordadas, todo lo cual le causó perjuicios que deben resarcirse. Argumenta seguidamente que en la hipótesis de declararse “*que la duración de la ETAPA PREOPERATIVA tenía un plazo máximo de 24 meses, que se cumplía el 27 de septiembre de 2013*”, que durante la misma TRANSMILENIO S.A., incumplió sus obligaciones que impidieron la culminación de la implementación gradual del SIPT para el 27 de septiembre de 2013 y se hubieran cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa, en forma que para esa fecha el SITP no se implementó

¹⁹ “Cuaderno de Pruebas No. 2. Folio 374.”

²⁰ “Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 248 a 251”

plenamente, ni estaba puesto a punto y en operación al 100% del mismo para dar comienzo a la ETAPA OPERATIVA en las condiciones pactadas, tales las de entregar de manera oportuna e íntegra la infraestructura requerida y flota de buses para su equipamiento de acuerdo con el cronograma de implementación del SIRCI, las de validar los buses en los que instaló equipos como “buses operando”, adelantar las actividades y gestiones para la integración, evaluación y seguimiento del SITP y SIRCI, particularmente lo relativo a sus deberes y obligaciones sobre la integración de los medios de pago y los sistemas de recaudo, las relativas a la salida de operación de las calles del 100% de la flota de buses que funciona como parte del sistema de transporte público colectivo de Bogotá, de acuerdo al cronograma de implementación del SITP, adoptar todas las medidas y acciones enderezadas al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión en los términos contractuales., y las acciones y medidas necesarias para mantener el equilibrio económico del Contrato de Concesión respecto del ingreso esperado por la remuneración semanal por equipos en buses operando (RVHO), con ocasión de la extensión de los contratos de concesión de los operadores de las Fases I y II de TMSA., lo que le causó perjuicios que deben resarcirle.

La Parte Convocada, al contestar la demanda se opuso expresamente a las pretensiones e interpuso las denominadas excepciones ya mencionadas y en sus alegatos conclusivos, argumentó la ausencia de competencia del Tribunal para conocer de lo que estima un acto administrativo de interpretación unilateral del contrato a propósito de las cláusulas 11 y 12, contenido en su comunicación 2013EE11949, del 13 de septiembre de 2013, que *“reitera lo indicado en el oficio 2013EE1383 al establecer que la etapa preoperativa termina a los 24 meses contados a partir del acta de inicio, es decir el 27 de septiembre de 2013”* respecto de la orden de inicio de la operación, las pretensiones conexas por indebida acumulación y de las que considera técnicas. Añade que la “Etapa Preoperativa” está sometida a un plazo fijo de 24 meses que sólo puede modificarse mediante su prórroga que como afirmó en los hechos 250 a 252 de la demanda reformada, solicitó la Convocante *“porque era consciente de que la obligación contractual tenía un plazo señalado, como reconoció el testigo Camilo Andrés Rodríguez Remolina en su testimonio del 15 de noviembre de 2015²¹, para soportar la ampliación de la vigencia de la garantía única de cumplimiento y la póliza de responsabilidad civil extracontractual, solicitud negada con sus comunicaciones 2013EE1383 del 11 de febrero de 2013 y la 2013EE10018 del 5 de agosto de 2013, porque tenía como plazo perentorio e improrrogable el 27 de septiembre de 2013.*

Precisa que el plazo de la etapa preoperativa, *“era indicativo, pero con un techo, lo que quiere decir que podía durar menos de 24 meses, nunca más, y el plazo*

²¹ *“DR. GIL: Conoce usted alguna solicitud de Recaudo Bogotá para prorrogar el plazo del contrato, en caso afirmativo, explique el contenido de la misma y la forma cómo se le dio trámite a la solicitud correspondiente? SR. RODRÍGUEZ: Si mal no recuerdo hay uno, que es por allá en el mes de enero del año 2013 si mal no estoy, no recuerdo bien el año, hacia enero, y sé que lo que solicitaba Recaudo era la ampliación de una de las etapas, que era la pre operativa, porque no es propia una ampliación del contrato mismo, pero el acceder a una ampliación de la etapa pre operativa, obviamente significaba de forma tácita una prórroga a la concesión, porque en el proceso licitatorio ya estaban establecida las etapas, así como en el contrato, y se decía: etapa pre operativa a 18 meses máximo 24, cumplan las funciones; etapa operativa, desde el momento de la orden de inicio de la etapa operativa desarróllela por 15 años, si yo prorrogó esos 24 meses obviamente se me va a correr el inicio de la etapa operativa y podría pensarse en una prórroga tácita de concesión. DR. GIL: Cómo fue resuelta esta solicitud a la cual usted hace mención?SR. RODRÍGUEZ: No, no recuerdo muy bien, pero creo que se les explica lo que les estoy diciendo que el contrato es claro y contempla unos términos perentorios que tienen que ser cumplidos y que tienen que respetarse, y en esos términos tenían que cumplirse una serie de obligaciones que eran las convenidas en la cláusula 11. (TESTIMONIO DEL SEÑOR CAMILO ANDRÉS RODRÍGUEZ REMOLINA, AUDIENCIA DEL 15.10.15, profesional especializado grado 6 de la subgerencia jurídica de Transmilenio S.A.)”*

de la etapa operativa es fijo, solo que el vencimiento del contrato dependería de la duración de la etapa pre-operativa, pero el mismo nunca podía durar más de la sumatoria del plazo máximo de la etapa PRE-OPERATIVA y el plazo de la etapa operativa, que es fijo. Por ello estamos en presencia de una estrategia para prorrogar la ejecución del contrato, logrando una remuneración mayor, y un plazo de ejecución mayor, obviamente dicha pretensión es antijurídica. En todo caso la única posibilidad para que la etapa PRE-OPERATIVA durara más de 24 meses era que así lo pactaran las partes, antes de su vencimiento en un otrosí modificatorio del contrato, el que no existe”, las obligaciones contraídas por Recaudo durante esta etapa, son todas de resultado y no las pudo cumplir por hechos imputables a un tercero, las partes establecieron como riesgo previsible los retrasos en la implementación gradual del proyecto, que “debe ser asumido por ambas partes contractuales dependiendo de las causales que lo ocasionen”, nunca “se llegó al absurdo de estimar que la fase operativa del contrato de concesión comenzaría cuando se implementará el 100% del SITP, incluso sin consideración a las modificaciones que ya han ocurrido, las obras descartadas, pero sobre todo, sin considerar que esa interpretación hace que la concesión se extienda hasta ser casi perpetua, porque en la implementación del SITP también está contemplado el metro y muchas más obra.”; y “[n]o es posible que se afirme un absurdo de esta magnitud, pues cuando una interpretación es de esta naturaleza necesariamente esta equivocada, por elementales principios de interpretación”.

Se detiene en el alcance de la obligación de integración al tenor del Decreto Distrital 319 de 2006, sus principios y reglas, naturaleza progresiva, gradual, dinámica, constante y a largo plazo con ejecución sucesiva y permanente de actividades que no se siente cumplida en forma definitiva a partir de un plazo determinado, la coexistencia e interdependencia del contrato del SIRCI, con otros contratos de concesión del SIPT y sus efectos, el carácter indicativo del cronograma de implementación del SITP, dentro de cuyo marco normativo, ni los contratos de operación zonal ni el Anexo 2 de la licitación establecieron fechas específicas para iniciar las etapas y fases del proceso se estiman plazos y se prevé la definición de cronogramas posteriores, susceptibles de modificación, conforme al cumplimiento de los diferentes componentes sobre los que es necesario mantener control, adelantar acciones que mitiguen sus efectos y conforman la matriz de riesgos identificada para dar inicio a la implementación, puesto que la matriz de riesgos fue diseñada para prevenir los riesgos del proyecto y mitigar las consecuencias adversas en caso que los riesgos anticipados sucedan, como las actualizaciones y ajustes al Plan de Implementación, y en el caso concreto, “el riesgo en el retraso del Plan de Implementación del proyecto debe ser asumido por ambas partes contractuales dependiendo de las causales que lo ocasionen”, por TRANSMILENIO S.A., cuando “autorice la entrada de la flota sin que la infraestructura para ponerla en operación esté lista. En estos casos, la entidad deberá tomar las medidas necesarias para efectos de equilibrar el contrato, según las medidas señaladas en él”, sin existir “prueba alguna en el expediente que acredite la existencia de autorizaciones de entrada de flota sin tener lista la infraestructura, y lo claro es que no estaba TRANSMILENIO obligado a dar dichas autorizaciones en plazo alguno determinado ni por el contrato ni por la ley”, y en “los demás eventos que puedan materializar el riesgo de retraso en el Plan de Implementación deben ser asumidos por el CONCESIONARIO, quien ya tenía garantizada vía remuneración fija la inversión total en el contrato independientemente del tema operativo.”

Analiza el marco legal de contrato de concesión, su naturaleza, el alcance de las obligaciones de las partes, los riesgos asumidos, el plazo fijo establecido en la Cláusula 11, las obligaciones sometidas a plazo y su incumplimiento, la demanda

incoada “se fundamenta en que los supuestos perjuicios de RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. se generan porque la etapa operativa inició el 28 de septiembre de 2013 y termina en 15 años”, pero “la prórroga de la etapa operativa implicaría una mayor remuneración fija para RECAUDO BOGOTÁ, y le ocasionaría perjuicios por el incremento en costos y por la obsolescencia tecnológica, y ello no es un argumento de TRANSMILENIO, sino del mismo perito de parte, lo que impide conceder las pretensiones de la demanda, y lo que nos ubicaría eventualmente en una petición antes de tiempo”, las obligaciones de Recaudo “no sólo son de resultado, sino además, reforzadas, pues solo permiten la exoneración por parte del deudor incumplido mediante la prueba de solo una de las manifestaciones de la causa extraña: La fuerza Mayor o el caso fortuito”, lo que se predica de “las obligaciones establecidas en la cláusula 11 del contrato para la parte preoperativa” en el plazo fijo pactado.

Por otra parte, la violación del acto propio y la buena fe, impiden a la demandante ir contra su propia conducta, cuando firmó diez otrosíes, el ocho relativo a una prórroga de cuatro meses del plazo para instalar 173 barreras, y ahora pretenda desconocer de facto el plazo de veinticuatro meses de la etapa preoperativa, su solicitud de prórroga que no se concedió, y la constitución de las garantías de la etapa operativa, así como la atribución de la responsabilidad por los retrasos al gripe ANGELCOM, hechos demostrativos de la temeridad y mala fe. De la misma manera, Recaudo es un sujeto calificado, sociedad constituida con la única finalidad de ejecutar el contrato de concesión, debió certificar su experiencia y no puede ignorar el conocimiento de los riesgos, “debe llegarse a la necesaria conclusión de que esa sociedad conocía de los riesgos derivados del mismo y de los perjuicios que podría causar con su incumplimiento o que asumió profesionalmente los riesgos que dicho contrato implican pues es indiscutible que estamos en presencia de un sujeto calificado, y ello es determinante para interpretar el alcance de las cláusulas contractuales.”, la adquisición de equipos exigía autorización que no se constató ni su valor en la contabilidad, lo que excluye la asunción del riesgo por TRANSMILENIO S.A., sin prueba se calculó un perjuicio,

No existe legitimación en la causa por pasiva, porque “las partes acordaron en el objeto del contrato, como en las obligaciones del concesionario, que el mismo debía asumir la obligación de interdependencia con los concesionarios operadores del SIRCI para efectos de materializar la integración, y que dicha obligación era de resultado. Corolario a lo anterior, los hechos de los contratistas de los contratos de operación del SITP, no pueden denominarse jurídicamente como hechos de terceros, pues la interacción con ellos insistimos, constituía desde un inicio, la esencia de la obligación asumida por RECAUDO BOGOTÁ S.A.S”, de donde, “todos los inconvenientes que hayan surgido como consecuencia de la interdependencia, y sus correlativas consecuencias, no pueden ser imputables a TRANSMILENIO, ni mucho menos puede ser este el llamado a responder por dichos conflictos, pues de derivarse responsabilidad alguna por parte de los concesionarios del SIRCI, la misma debe incoarse por parte de RECAUDO BOGOTÁ de forma directa contra ellos teniendo como fuente la responsabilidad extracontractual – como en efecto lo hizo con las distintas demandas y acciones judiciales en contra de ANGELCOM y demás concesionarios del SIRCI – y acudir directamente al juez competente para solicitar la correspondiente indemnización, de ser procedente por parte de dichos concesionarios”.

Por último, indica que no se presentó incumplimiento alguno, no hay prueba de los perjuicios ni de afectación a la remuneración, la inversión del concesionario está pagada con su remuneración fija y no es cierto que cambiaría en la etapa

operativa porque era fija con su actualización, el riesgo cambiario lo asumió, y TRANSMILENIO cumplió sus obligaciones, presentándose dificultades para implementar el SITP al 100%, imputables en algunos casos a Recaudo Bogotá S.A.S y de las cuales no es responsable porque no le son imputables, además que incumplió las obligaciones contraídas respecto de las barreras, y de los 41.00 puntos de recarga, las tarifas y sus variaciones ningún perjuicio le han causado, su retribución no se afecta con el cambio de etapa, los intereses de mora y la actualización no proceden.

La señora Procuradora Quinta Judicial Administrativa, en su concepto, expresa:

“Para esta agencia del Ministerio Público, la interpretación de las Cláusulas 11, 12, y 24 del Contrato de Concesión 001-2011, en armonía con la naturaleza del mismo, sus principios rectores y su objeto, permite inferir que la etapa pre- operativa iría desde el acta de inicio del Contrato, hasta cuando se cumplieran las quince (15) obligaciones que se establecieron en la Cláusula 11, como de mínimo cumplimiento por parte del Concesionario, las cuales debían satisfacerse en un plazo estimado de 18 meses; sin embargo las partes convinieron un plazo máximo de 24 meses para el desarrollo de ésta etapa, sin posibilidad de prórroga, es decir un plazo perentorio.

Lo anterior significa que las quince (15) obligaciones que se comprometió a cumplir el Concesionario durante la etapa pre-operativa debían cumplirse dentro del término máximo de 24 meses, so pena de incurrir en incumplimiento del Contrato.

*Al final de la Cláusula 11 se aclara que durante esta etapa el Concesionario deberá entregar en operación la totalidad de los componentes, dispositivos y elementos de software y hardware que integran la plataforma tecnológica, bajo responsabilidad del Concesionario, en los buses, que de acuerdo con el cronograma, **se requieran para el inicio de la operación**, centros de control zonal, centro de control Ente Gestor, y en los respectivos medios de conectividad requeridos para la correcta operación del SITP.*

*La anterior aclaración permite concluir que las partes contemplaron la posibilidad de que la etapa pre-operativa no se extendiera hasta la implementación total del SITP al 100%, sino hasta el inicio de la operación con el número de buses mínimo que se estableciera para tales efectos, fecha para la cual debía estar disponible como mínimo, la plataforma tecnológica en ese mismo número de buses, en los centros de control zonal, y en el centro de control del Ente Gestor, con los respectivos medios de conectividad para la correcta iniciación de la operación del SITP. [...] La Cláusula 24, y en especial su parágrafo, permite inferir que si la implementación del SIRCI se haría de acuerdo con un cronograma que debía elaborar el Concesionario al comienzo del Contrato teniendo como referencia el cronograma de implementación de la Licitación Pública LP-04-de 2009, relacionada con la concesión de la explotación de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SIPT., cronograma aquél que era indicativo y podía ser modificado por TM S.A. **en cualquier momento de la vigencia de la concesión**, es decir, en cualquier momento de la etapa pre-operativa o en cualquier momento de la etapa de operación, para esta agencia del Ministerio Público la implementación del SIRCI se concibió gradual y **no debía necesariamente concluirse** durante la etapa pre-operativa.*

*El hecho de que se hubiera estimado un plazo de dieciocho (18) meses y un plazo máximo de veinticuatro (24) para el desarrollo de la etapa pre-operativa, indica que el objetivo era a implementación del SIRCI en esos plazos, pero se previó también la posibilidad de que **NO** se lograra su implementación total en el plazo máximo, caso en el cual se iniciaría la operación con el cumplimiento de las obligaciones mínimas del Concesionario a que se hace referencia en la Cláusula 11 del Contrato.”[...]*

Si bien, algunas expresiones contenidas en la Cláusula 11, como las siguientes “(...) se extenderá hasta la culminación de la implementación gradual del SITP.” Y en la Cláusula 12, se deberá haber cumplido con todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa” hacen oscuras dichas cláusulas y por tanto difícil su interpretación, otros apartes de las mismas permiten desentrañar su verdadero sentido, como se indica a continuación:

- *En el último inciso de la Cláusula 11 se aclaró que el Concesionario debía entregar en operación la totalidad de los componentes de la plataforma tecnológica, **exclusivamente en los buses que de acuerdo con el cronograma se requieran***

para el inicio de la operación, en los centros de control zonal y en el centro de control del Ente Gestor, lo cual excluye las condiciones, tal y como las presenta la parte Convocante, es decir, que todos los buses de las rutas de cada zona estuvieran equipados con los dispositivos de recaudo y control del SIRCI y que toda la infraestructura, estaciones y portales, estuviera dotada con los equipos de recaudo, cámaras de CCTV, e información al usuario.

- *El alcance de las quince (15) obligaciones mínimas y específicas a cumplir por parte del Concesionario durante la etapa pre-operativa establecidas en la Cláusula 11, resulta insuficiente para estar a punto de operación al 100% con todas las estaciones, portales, y con la totalidad los buses de las rutas de cada zona equipados con los dispositivos de recaudo y control del SIRCI*
- *El párrafo de la Cláusula 24 aclaró que el cronograma de implementación del SIRCI era solamente indicativo y podía ser modificado por TM S.A. **en cualquier momento de la vigencia de la Concesión.***
- *En el Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión 001 de 2011, suscrito por las partes el 24 de septiembre de 2012, por medio del cual se modificó el cronograma de implementación del SIRCI, se dejó claro que “...[e]n todo caso, la instalación de equipos tanto en buses troncales como en buses zonales estará sujeta a la disponibilidad de la flota.” En consecuencia, encontrándose cumplidos los presupuestos convenidos por las partes para que TM S.A. diera la orden de inicio de la etapa de operación del Contrato de Concesión, la cual se produjo el 13 de septiembre de 2013, esta agencia del Ministerio Público no encuentra que TM S.A. hubiese dado la orden de inicio de la etapa de operación del Contrato anticipadamente, ni que haya incumplido sus obligaciones contractuales, ni desconocido los términos del acuerdo de voluntades. Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, y en especial, en las conclusiones precedentes, el Ministerio Público no abordará el estudio de las controversias por el supuesto incumplimiento por parte de **TM S.A. de sus obligaciones como Contratante y Ente Gestor, relacionadas con la facilitación de la coordinación y entendimiento del Concesionario con los operadores de recaudo de la Fase I y de la Fase II, por resultar irrelevantes para la resolución de las controversias suscitadas sobre el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario en la etapa pre-operativa.**”*

Consideraciones del Tribunal

1. Según una difundida opinión jurisprudencial en firme la naturaleza de un contrato depende de sus elementos esenciales (arts. 1501 C.C y 891 C. de Co.)²², y con arreglo al numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1983:

“4o. Contrato de Concesión.

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”²³

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de noviembre 12 de 1896, T. XII, 116; abril 9 de 1927, T. XXXIX, 199 ss; 9 de septiembre de 1929, G.J., tomo XXXVII, p. 128; 28 de julio de 1940, G.J. tomo XLIX, 574; julio 5 de 1983; 11 de septiembre de 1984, G.J. No 2415, 254; 7 de febrero de 2008, exp. 2001-06915-01; 1º de julio de 2008, exp. 2001-00803-01; 19 de diciembre de 2011, exp. 11001-3103-005-2000-01474-01; 27 de marzo de 2012, exp. 2006-00535 y 10 de septiembre de 2013, exp. 1100131030222005-00333-01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Radicación No.: 25000-23-26-000-1994-0071-01 Referencia: 14.390; Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de agosto de 2012, Expediente No.: 22.822; Actor: Carlos Ernesto Pérez Garzón; Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 30 de enero de 2013, Radicación número: 7001-23-31-000-1999-00188-01(20342); Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de septiembre de 2013, Radicación número: 855001-23-31-000-1998-00118-01(19705).

²³ El derogado artículo 102 Decreto-Ley 222 de 1983, disponía: “De la definición del sistema de concesión de obra pública. Mediante el sistema de concesión una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un

Trátase, por consiguiente, de contrato estatal con *nomen*, tipicidad y disciplina *legis*, *intuitu personae*, oneroso, de prestaciones correlativas, usualmente de larga duración y de ejecución sucesiva²⁴, por cuya virtud, una parte llamada Concedente, el Estado o entidad de derecho público, otorga a otra parte denominada Concesionaria, la organización, funcionamiento, prestación, operación, explotación o gestión de servicios públicos, construcción de una obra pública o la explotación de bienes estatales, por su propia cuenta, riesgo y costo a cambio de una contraprestación consistente bien en beneficios, estímulos, ayudas, garantías, subvenciones estatales, bien en el precio del servicio percibido de los usuarios.

De acuerdo con su definición legal, el contrato estatal de concesión tiene por elementos esenciales la prestación, operación, explotación, organización o gestión de un servicio público o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinado al servicio público por cuenta y riesgo del concesionario, y la remuneración, contraprestación o retribución a su favor (arts. 1501, C.C., 898 [2], C. de Co, 32 [4] Ley 80 de 1983). La concesión podrá comprender una, varias o todas de las actividades enunciadas, es decir, la prestación o la operación o la explotación o la organización o la gestión total o parcial del servicio público, o la construcción, o la explotación o la conservación total o parcial de un obra o bien destinados al servicio o uso público, y en general, todas aquellas necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, sin que sea menester para su existencia otorgarlas todas, y la remuneración, puede consistir en una suma única o porcentual, fija, variable o periódica, determinada o indeterminada pero determinable, “*en derechos, tarifas, tasas, valorización [...] y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden*”, no prohibida por la ley y sujeta a la simetría prestacional (art. 32, Ley 80 de 1993)²⁵, por lo común proveniente de la prestación del servicio público o explotación de los bienes concedidos, y establecida según el objeto del contrato, servicio, obra o bien, complejidad, prestaciones, esquema financiero, inversiones, riesgos, garantías, duración y la equivalencia contractual²⁶.

En torno a sus elementos, modalidades y características más relevantes, la Corte Constitucional en sentencia C-250 de junio 6 de 1996, Proceso D-1064, precisó:

“De acuerdo con la anterior definición, el citado contrato presenta las siguientes características: a) Implica una convención entre un ente estatal – concedente – y otra persona – concesionario; b) Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público. c) Puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinadas al servicio o uso público; d) En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio. [...] e) El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. [...] f) En

tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas”.

²⁴ André De Laubadere. “*Traité du Droit Administratif*”. París. 1934. Tit. I-, M. Maria Diez, Derecho Administrativo, III, Contratos, Función pública, Bibliográfica Omeba, Editores Libreros, Buenos Aires, 1967, pp. 267. Roberto Dromi Derecho Administrativo, Edic. Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina, 1994; Fernando Garrido., Tratado de Derecho Administrativo, T. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pp. 358 ss; Enrique Sayagues Laso, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 2a. ed., Montevideo, 1972, pp. 12 ss. G. Vedel, Derecho Administrativo, Biblioteca jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 708.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias 10929 de octubre 15 de 1999 y 30 de noviembre de 2006, Expediente 13.074

²⁶ Artículos 3º, inc. 2; 4º, numerales 3º, 8º y 9º; 5º, 14-1, 23, 25-14, 26, numeral 2º; 27, numeral 1º; 28 y 50 Ley 80 de 1983; Ley 1150 de 2007; 2º, 13, 58, 83 y 90, Constitución Política.

los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales o de caducidad. g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato”.

En sentencia C-300 de 2012 destacó “tres tipos de contratos de concesión: el de servicios, el de obra pública y el de explotación de bienes públicos”, que la remuneración podrá consistir en “(...) en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue [al concesionario] en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual”, entre otras posibilidades, y puntualizó:

“Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal. La doctrina expresa que una de las principales motivaciones de la participación privada en proyectos de concesión –especialmente de infraestructura- es obtener mayor valor por el dinero, es decir, mayores servicios por la misma cantidad de dinero, lo que hace que este tipo de proyectos redunde en ahorros para la entidad contratante y prácticas más eficientes.

*“El **objeto** de estos contratos, a grandes rasgos y según el artículo 32.4 de la ley 80, es delegar a una persona –concesionario- “(...) **[i]** la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o **[ii]** la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o **[iii]** bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio”. Sin embargo, la determinación del objeto en cada caso concreto depende de la manera cómo se estructuran las respectivas prestaciones en el contrato, todo ello en el marco de los parámetros legales.[...] La **remuneración** puede consistir “(...) en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue [al concesionario] en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual”, entre otras posibilidades. El **plazo** debe corresponder a un término razonable que concilie, de un lado, la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y obtener una remuneración justa, y de otro, la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario. El concesionario se compromete a desarrollar el objeto del contrato **por su cuenta y riesgo**, lo que comprende usualmente la asunción de la responsabilidad de las inversiones y el desarrollo de las obras, pero **bajo la vigilancia y control de la entidad contratante** [...] Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el contrato de concesión, por su finalidad, involucra la cláusula de reversión, así las partes no la pacten. Según esta cláusula, al finalizar el contrato, los elementos y bienes afectados para su desarrollo, se vuelven de propiedad de la entidad contratante, sin necesidad de remuneración adicional (artículos 14.2 y 19 de la ley 80). Por el contrario, antes de que termine el contrato, el concesionario mantiene el control y el derecho de uso de los bienes afectados por el contrato”.*²⁷

En análogo sentido, el Consejo de Estado²⁸, ha señalado:

“7.2. Elementos del contrato de concesión.

“[...] Esta Corporación se ha ocupado de señalar cuales son las características del contrato de concesión”²⁹ y, en tal sentido, ha indicado que son: i) su celebración por parte de una

En similar sentido, las sentencias C-711 de 1996; C-350 de 1997, C-647 de 1997, C-126 de 1998, y C-983 de 2010,

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 19 de junio de 1998, Radicación número: 10217; 11 de mayo de 2000, Expediente: 1261; 9 de diciembre de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921); 30 de noviembre de 2006, Radicación número: 110010326000199503074 01; Expediente número: 13074; Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 29 de mayo de 2014, Radicación número: 66001-23-31-000-2004-02098-01(33832): “elementos esenciales de objeto y remuneración que se establecen para este tipo de contrato estatal”.

entidad estatal, que actúa con carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario, ii) es el concesionario quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga, iii) la entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario, iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros) y v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.

“Respecto del objeto sobre el cual puede versar el contrato de concesión, se ha dicho que puede encontrarse referido a la prestación de un servicio público, a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien estatal. En tratándose de la concesión de un servicio público, la misma tiene lugar cuando se otorga al concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público. En cuanto a la denominada concesión de obra pública se refiere, aquella se configura cuando el contratista tiene a su cargo la construcción, explotación y conservación, total o parcial, de una obra o bien destinado al servicio o al uso público y, por último, la concesión de bien público, tiene por objeto la explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien de dominio público ya sea fiscal o de uso público. No obstante lo anterior, esta Corporación ha sostenido que el contrato de concesión no necesariamente debe circunscribirse, en su objeto, a las tres modalidades enunciadas, en tanto que “el contrato de concesión no sólo se celebra para las prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público”³⁰.

Otro aspecto fundamental para destacar en los contratos de concesión es el que hace referencia a la vigilancia y control que ejerce la entidad concedente respecto de las actividades desarrolladas por el concesionario, la cual se acrecienta e intensifica en este tipo de contratos por el especial interés público que involucran³¹. Finalmente, una característica que diferencia el contrato de concesión de los demás contratos es el relacionado con la obligación que tiene el concesionario de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su propia cuenta y riesgo.

Sobre ese particular la Corporación discurrió en la forma que se transcribe a continuación³²: “Y en lo atinente a (iii) la obligación, a cargo del concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo, se ha indicado que en cuanto, por definición legal al concesionario corresponde actuar por su cuenta y riesgo, ello significa que deberá disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra o la prestación del servicio, razón por la cual ha de tener derecho a las utilidades, en igual sentido, deberá asumir las pérdidas derivadas de la gestión del bien, de la actividad o del servicio concesionado e, igualmente, tiene la responsabilidad de retribuir al Estado la explotación que realiza de un bien de propiedad de éste o de un servicio cuya prestación normativamente ha sido asignada a una entidad estatal, con una contraprestación económica; tal consideración es la que permite distinguir, con mayor claridad, la naturaleza jurídica o la función económico social del contrato de concesión, respecto de la de otros tipos contractuales, como la ha expresado la jurisprudencia: “La diferencia entre el contrato de administración delegada y el contrato de obra pública por el sistema de concesión, consistía en que en el primero el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio y, en el segundo, el concesionario se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, aquel cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas”³³.

²⁹ “Sentencia proferida el 18 de marzo de 2010 por el Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. No. 14390.”

³⁰ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”

³¹ “Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997);”

³² “Sentencia proferida el 18 de marzo de 2010 por el Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. No. 14390.

³³ “Original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del cinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve; Consejero ponente: Javier Henao Hidrón; Radicación número: 1190. Actor: Ministro de Hacienda y Crédito Público”.

Lo dicho pone de presente que la concesión, en cualquiera de sus modalidades, es un contrato que se distingue de otros tipos negociales con los cuales tiene cierta proximidad en punto a su objeto —obra pública, servicios públicos, etcétera— [...] ³⁴.

Así pues, es dable concluir que la concesión es un negocio jurídico en el cual el particular contratista destina a la prestación de un servicio público, a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él, por su propia cuenta y responsabilidad, mientras que el Estado contratante le otorga al concesionario, además del derecho a construir la obra, explotar el bien o servicio, a obtener la remuneración correspondiente – la cual usualmente proviene de la explotación económica del objeto de la concesión -, con el fin de que recupere la inversión del capital destinado y se le garantice la obtención de utilidades, de ahí que a diferencia de los demás contratos, en la concesión la utilidad económica que persigue el concesionario no surge del precio pactado, sino del rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual.”³⁵

En cuanto al régimen jurídico regulador del contrato estatal de concesión, “*en las materias particularmente reguladas*” se aplica prevalente y preferentemente el Estatuto de Contratación, la Ley 80 de 1983, las normas que la modifican y reglamentan, se incorporan a su contenido los principios del interés público, social o general, la función administrativa y los servicios públicos (artículos 1º y 209 de la Constitución Política), y en lo no previsto, el Derecho Privado, civil o comercial³⁶.

Por expresa disposición legal³⁷, en todo contrato estatal, el principio del equilibrio económico o financiero³⁸ impone mantener constante la “*igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar*”, así como el deber legal de restablecerlo en presencia de circunstancias que lo alteren³⁹, ya por actos de autoridad, bien por causas extrañas a la esfera jurídica de una o ambas, ora sobrevenidas, extraordinarias, imprevistas, imprevisibles o irresistibles y no imputables⁴⁰, en forma tal “*que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias*

³⁴ “Original de la sentencia citada: Artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993.”.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 27 de marzo de 2014, Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02814-01(26939). En sentencia de 27 de noviembre de 2014, Sección Segunda Subsección B, sentencia de 27 de noviembre de 2014, Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00196-00(1486-10), indicó: “Como características principales de este tipo de contrato se tiene que el particular: a) asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyéndolo en el cumplimiento de dicha carga o la construcción y/o mantenimiento de una obra pública; b) obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público; y c) asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines Estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas. A cambio el particular recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación. Por su parte la entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de septiembre de 2009, Radicación número: 25000-23-27-000-2005-00060-01(16370).

³⁶ Artículos, 3º. 13 y 40 de la Ley 80 de 1993.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-892 de agosto 22 de 2001; Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de octubre 24 de 1996: “La ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no.”.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-892 de agosto 22 de 2001; Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de octubre 24 de 1996: “La ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 29 de abril de 1999, Exp. 14855, 15 de octubre 1999, Exp. 10.929 y 26 de febrero de 2004, Radicación 25000232600019910739101(14043): “(...) La Sala precisa que la teoría del equilibrio financiero del contrato procede respecto de todo contrato oneroso, de tracto sucesivo, conmutativo y sinalagmático, sin consideración al sistema de pago acordado”.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996. Expediente D-1111. Gaceta de la Corte Constitucional, 1996, Tomo 8. En el mismo Sentencia C-430 de abril 12 de 2000, Expediente D-2585, y Sentencia C-899 de 2003, Expediente D-4562.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 7 de marzo de 2011, Exp. 20683; 31 de agosto de 2011, Exp. 18080; 28 de septiembre de 2011, Exp. 15476; Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 18 de julio de 2012, Rad. 50001233100019920 396601.

para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio" (artículos 27; 3, inc. 2, 4 n°. 3-8- 9; 5-1, 14-1, 23, 25-14, 27 y 28 Ley 80 de 1983; 32, Ley 1150 de 2007; Decreto 2474 de 2008; 2°, 13, 58, 83 y 90 de la Constitución Política)⁴¹.

2. EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. TRANSMILENIO S.A., mediante Resolución número 153 expedida el 25 de abril de 2011 ordenó la apertura de la Licitación Pública TMSA-LP-003 de 2011 para adjudicar el contrato de concesión relativo al diseño, suministro, implementación, operación y mantenimiento de los subsistemas de recaudo, información y servicio al usuario, integración y consolidación de la información, el diseño, suministro, implementación, gestión y mantenimiento del subsistema de control de flota, suministro de conectividad, integración de los mencionados subsistemas que conforman el SIRCI del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP⁴².

Los estudios previos de la Licitación Pública TMSA-LP-003 de 2011⁴³, señalan:

a) El marco normativo del Sistema Integrado de Transporte Público –SITP- (Antecedentes) y de la posterior selección del concesionario (Régimen Aplicable), el diseño conceptual del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario –SIRCI-, *“enfocado a diseñar, suministrar, implementar, operar y mantener la tecnología necesaria para la adecuada operación”* del SITP y *“cumplir con los objetivos planteados en el Plan Maestro de Movilidad”*, definen el SIRCI, la importancia de un único operador y medio de pago basado en la Tarjeta Inteligente Sin Contacto –TISC- y tarifa integrada con aplicaciones diferenciales para superar los problemas operativos de la operación por varios operadores, los subsistemas del SIRCI (subsistema de recaudo, subsistema de control de flota, subsistema de información y servicio al usuario, subsistema de integración y consolidación de la información y la herramienta de conectividad), sus componentes, agentes del SITP y relación.

b) Precisan que el plan de implementación del SIRCI comprende todas *“las actividades previas a la etapa de operación, consideradas como requisito necesario para su puesta en funcionamiento”* teniendo en cuenta *“que para la implementación del SIRCI está prevista una entrada gradual de las rutas de las zonas del SITP y se debe realizar la articulación y gradualidad del SIRCI con los sistemas existentes”* (3.4.10, se subraya)⁴⁴, la necesaria integración con los sistemas de la Fase I y II cuya *“articulación y gradualidad del nuevo operador con Angelcom S.A., operador de recaudo de la Fase I del sistema TransMilenio, y la Unión Temporal Fase II, operador de recaudo de la Fase II del sistema*

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2011, 25000-23-26-000-1997-04390-01[18080]).

⁴² Cuaderno de Pruebas No 1, cd, folio 260. Esta licitación estuvo precedida de las Licitaciones Públicas TMSA-LP-001 de 2010 y TMSA-LP-001 de 2011 que se declararon desiertas.

⁴³ Cuaderno de pruebas No. 1, cd folio 259. “Estudios Previos-Licitación TMSA-LP-003 de 2011.pdf”, “LICITACIÓN”, “ANEXOS DEL PLIEGO DE CONDICIONES”.

⁴⁴ El texto del numeral 3.4.10, dice: *“El plan de implementación debe incluir todas las actividades previstas para la puesta en funcionamiento del SIRCI y de los subsistemas necesarios para la gestión de cada uno de ellos, lo cual incluye: ingeniería de diseño, de detalle, fabricación y adquisición de equipos, suministro, instalación, pruebas, documentación, capacitación e implementación de la solución, así como las tareas de coordinación y dirección técnica, y el aseguramiento de la calidad durante todas las fases del proyecto. El Plan de implementación del SIRCI comprende las actividades previas a la etapa de operación, consideradas como requisito necesario para su puesta en funcionamiento. Se debe tener en cuenta que para la implementación del SIRCI está prevista una entrada gradual de las rutas de las zonas del SITP y se debe realizar la articulación y gradualidad del SIRCI con los sistemas existentes. Por último es importante resaltar que el plan de implementación debe contemplar las siguientes etapas: Etapa de Ingeniería de Diseño Etapa de Ingeniería de Detalle Etapa de documentación de la solución Etapa de desarrollo y adquisición Etapa Pruebas en Ambiente Controlado Etapa de Instalación y Adecuación.”*

TransMilenio, se deberá desarrollar de conformidad con las cláusulas de interconexión establecidas en el "CONVENIO PARA LA CONSTITUCIÓN DEL COMITÉ DE GESTIÓN DEL SISTEMA DE RECAUDO DEL SISTEMA TransMilenio"(3.4.11)⁴⁵.

c) Reseñan la problemática del transporte Bogotá (4.1.), los objetivos propuestos (4.2), el número de viajes diarios en el "SITP"⁴⁶, la integración de los servicios, tarifa e infraestructura, las operaciones tecnológicas requeridas (almacenamiento de datos, ventas de pasaje promedio año (Carga y Recarga) 2010, entradas al sistema diarias promedio, transacciones considerado la integración de las Fases I, II y III y zonales para el año 2011, todas "proyectadas", que se "estima", el crecimiento anual con el número de transacciones de entrada diarias en días hábiles que se proyecta "aproximadamente" en los años 2011, 2013, 2015 y 2018, y la información para la planificación del sistema (4.3.).

c) Expresan el objeto a contratar y la interdependencia de la licitación con "los contratos de operación del SITP", por lo cual "todos los documentos que hacen parte de dicha Licitación (TMSA-LP-04-2009), son de obligatorio cumplimiento para el concesionario del SIRCI, en lo pertinente al objeto y su alcance, y alas obligaciones y derechos previstos en el pliego de condiciones, anexos y proformas de la Licitación TMSA- LP-003-2011" (Nota 1.6.1)

d) La duración del Contrato "se estima en 16 años contados a partir del acta de inicio del contrato", plazo establecido "a partir de un análisis técnico de periodo de reposición de los equipos y de un análisis financiero que considera el tiempo suficiente para remunerar adecuadamente las inversiones de la concesión", y prevén su ejecución en:

⁴⁵ El numeral 3.4.11. consigna: "3.4.11 CONSIDERACIONES ADICIONALES Integración con los sistemas de la fase I y II La articulación y gradualidad del nuevo operador con Angelcom S.A., operador de recaudo de la Fase I del sistema TransMilenio, y la Unión Temporal Fase II, operador de recaudo de la Fase II del sistema TransMilenio, se deberá desarrollar de conformidad con las cláusulas de interconexión establecidas en el "CONVENIO PARA LA CONSTITUCIÓN DEL COMITÉ DE GESTIÓN DEL SISTEMA DE RECAUDO DEL SISTEMA TransMilenio" Tomando en consideración lo anterior, y para mantener y procesar la información en un sistema integrado de transporte, donde existen reglas y condiciones al momento de la aplicación de la tarifa, es necesario una consolidación de ella en el centro principal objeto de esta solución, para ello el traspaso de información en forma coordinada de los sistemas de recaudo de la fase I y II debe ser considerada como hecho relevante e importante. La integración más evidente y crítica por su propia naturaleza es a nivel de los validadores, la compatibilidad de las tarjetas actuales y las nuevas es necesaria e ineludible, esta condición de interoperabilidad técnica debe ser abordada desde el mismo momento de la adjudicación, primero para determinar las coordinaciones necesarias entre los distintos actores, para luego pasar a la solución técnica y operativa a implementar. Datos de la Transacción Es necesario que la información asociada a las transacciones que se realicen por uso del servicio de transporte, quede registrada en el medio de pago y sea procesada por el validador para la aplicación de la tarifa integrada. Necesidades de integración de los subsistemas La integración de los subsistemas del SIRCI deriva de una parte de la necesidad del análisis de los datos aportados por los dos subsistemas principales, que son recaudo y control de flota, de los cuales se podrá establecer comportamientos, necesidades, cumplimiento de parámetros contractuales, planificación y otros; y de otra de la integración de información que permiten la identificación de los operadores, y datos relacionados con la identificación de la ruta en la cual se está prestando el servicio y el lugar de acceso de los pasajeros en los buses zonales. En los sistemas de acceso fijo como TransMilenio, el problema de identificación del lugar está resuelto por defecto, ya que corresponde a una estación, al contrario de los buses zonales donde el validador se encuentra en movimiento. En el caso de los buses de operación zonal se hace necesario georreferenciar la transacción de manera que sea posible establecer el origen geográfico, pues solo la ubicación del bus corresponde a un dato genérico."

⁴⁶ "Número de viajes diarios en el sistema integrado de transporte de Bogotá y modos de atención. Respecto al número de viajes diarios en transporte público, de acuerdo con la proyección realizada a partir de la Encuesta de Movilidad de la ciudad para el año 2005 (Secretaría Distrital de Movilidad - DANE), se estimó que en el año 2010 se realizarían aproximadamente 6.081.000 viajes diarios. De estos viajes, cerca del 27% se efectuarían en TransMilenio y el restante 73% en transporte público colectivo. La proyección para el año 2011 con la implementación del SITP, es que se realicen alrededor de 6.172.215 viajes diarios, donde se estima que el 40% será atendido por el componente troncal y el restante 60% por el componente zonal."

(i) La “Etapa Preoperativa” que “comienza a partir del acta de inicio o ejecución del contrato y se extenderá hasta la fecha de la culminación de la implementación gradual del SITP. El plan maestro de implementación del SIRCI deberá considerar y ser consecuente con el plan de implementación que apruebe TRANSMILENIO S.A. a los concesionarios de operación del SITP. Se estima como plazo para esta etapa dieciocho (18) meses, sin embargo podrá ser mayor o menor, de conformidad con el Plan de Implementación presentado por el CONCESIONARIO y aprobado para el efecto por TRANSMILENIO S.A., sin que en ningún caso esta etapa pueda ser superior a veinticuatro (24) meses. Durante esta etapa el CONCESIONARIO deberá cumplir como mínimo con las siguientes obligaciones: (...)”; y

(ii) La “ETAPA OPERATIVA”, que “comienza con la orden de inicio de operación del contrato dada por parte del Ente Gestor y se extenderá por quince (15) años. Para la expedición de la orden de inicio de la etapa de operación del contrato por parte de TRANSMILENIO S.A., se deberá haber cumplido con todas las obligaciones de la etapa preoperativa” (6.2.1)

e) La remuneración del concesionario consistirá en una participación en los ingresos del sistema durante el término de la concesión, conformada por una remuneración fija semanal, una remuneración variable por cargas del sistema, una remuneración por equipos de validación y control instalados en vehículos operando en el sistema, y una remuneración por inversiones adicionales, determinadas conforme a los factores, parámetros, coeficientes y fórmulas enunciadas (6.2.3).

También enuncian los derechos y obligaciones de las partes, la interventoría de la concesión, los requisitos básicos, factores de selección, criterios de escogencia, exigencias de la propuesta, y la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles.

Los pliegos de condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-003 de 2011⁴⁷, entre otros aspectos, regulan:

a) Las condiciones generales (Capítulo I), antecedentes del SITP (1.1.), la descripción técnica del objeto a contratar para celebrar el contrato de concesión del SIRCI, “*en los términos y condiciones previstas en los mismos y en el **pliego de condiciones de la licitación***”, el objeto de ésta, dentro de cuyo alcance se enuncian algunas obligaciones a cargo del futuro concesionario, y la descripción “*detaillada y completa del objeto a contratar, su alcance y especificaciones técnicas están contenidos en el Anexo del **Pliego No 1 “Resumen Ejecutivo Diseño Conceptual del SIRCI”, el Anexo No 2 de la Minuta del Contrato: Anexo Técnico “Especificaciones Técnico Operativas y de Puesta en Funcionamiento del SIRCI” y el Anexo No 3 de la minuta del Contrato “Niveles de Servicio” que hacen parte del presente **Pliego de condiciones*****”.(1.2.1, Convocatoria y objeto de la licitación).

b) Las normas de interpretación del pliego “*como un todo*”, dándole a las “*palabras definidas en el glosario*” el entendimiento de su definición, y a las demás “*el sentido natural y obvio, según su uso común o el lenguaje técnico respectivo*” (1.3.1).

Definen, entre otros conceptos, los siguientes:

⁴⁷Cuaderno de pruebas No. 1, CD folio 259. “PLIEGO_DE_CONDICIONES_DEFINITIVO.pdf”, “LICITACIÓN”, “PLIEGO DE CONDICIONES”.

- “Acta de inicio de Ejecución del Contrato”;
- “Agentes del Sistemas”
- “Barreras de Control de Acceso”;
- “Conectividad”;
- “Convenio para la Constitución del Comité de Gestión del Sistema de recaudo del Sistema TransMilenio”
- “Estaciones” (troncales sencillas, de cabecera-portales- intermedias-);
- “Flota”;
- “Gestión y operación del subsistema de Recaudo”
- “Gestor del Sistema”;
- “Implementación”⁴⁸;
- “Ingresos del Concesionario del SIRCI”
- “Orden de inicio de operación”⁴⁹;
- “Integración del Medio de pago”, física, tarifaria, tecnológica y virtual;
- “Plataforma Tecnológica”;
- “Puntos Externos de Venta y Carga”;
- “Rutas Jerarquizadas”;
- “Sistema Integrado de Transporte Público- SITP-”;
- SIRCI”;
- “Subsistema de Recaudo”, “Subsistema de información y servicio al usuario”, Subsistema de integración y consolidación de la información del SIRCI”;
- “Tarifa Técnica de Operación”, “Transacción” y “Zona”.

c) Enuncian los documentos de la licitación (1.4), la carga de *“diligencia debida e información de la concesión”* para lo cual, los **“proponentes, al elaborar su propuesta, deberán tener en cuenta que el cálculo de los costos y gastos, cuales quiera que ellos sean, se deberán basar estrictamente en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones, con apoyo en la información contenida en el centro de documentación o cuarto de datos”** (1.6.2), y también *“que este contrato es interdependiente de los contratos de operación del SITP, por lo que 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 y su alcance, y a las obligaciones y derechos previstos en el pliego de condiciones, anexos y proformas de la Licitación TMSA-LP-003-2011”* (1.6.2), las aclaraciones al pliego de condiciones (1.7), audiencia para revisión y distribución definitiva de riesgos *“previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato”* (1.8), modificaciones al pliegos, normas sobre la elaboración y presentación de la propuesta (1.10), participantes (2.2.), documentos de la propuesta (Capítulo III), reglas de la propuesta económica con los tres factores para obtener el valor, esto es, la oferta sobre remuneración fija semanal, la remuneración variable por cargas del Sistema, y la remuneración por equipos de validación y control instalados en vehículos operando en el Sistema(4.5.3).

El Anexo 1 del Pliego de Condiciones, “Resumen Ejecutivo Diseño Conceptual del SIRCI”, contiene una síntesis del enfoque del proyecto, sus objetivos principales, medidas propuestas, describe el diseño conceptual del SIRCI, la gestión y operación del Subsistema de Recaudo, gestión de la información para la Operación (Actualización, Suministro y Mantenimiento de Infraestructura) de los Centros de Control del subsistema de control de flota, para la Operación de los Centros de Control Troncal del subsistema de control de flota y de los Centros de Control Zonal del subsistema de control de flota; del Subsistema de

⁴⁸ “1.3.2.45. **Implementación** Se refiere a las tareas inherentes y necesarias para la configuración y puesta en correcto funcionamiento del equipamiento de los sistemas correspondientes. Se entiende por tareas los procesos de levantamiento de información, diseño de la solución, instalación de sistemas a bordo de los buses, instalación y prueba de hardware y software aplicativos, pruebas funcionales, puesta en producción y transferencia tecnológica, entre otros.”

⁴⁹ “1.3.2.55. **Orden de Inicio de Operación.** Es el documento emitido por **TRANSMILENIO S.A.**, que ordena al **CONCESIONARIO** dar inicio a la operación de la **concesión** adjudicada. “.

Integración y Consolidación de la Información, conectividad del SITP, el esquema de la arquitectura del SIRCI, la seguridad informática, funciones de los operadores de los centros de control, administrador financiero y plan de implementación del SIRCI.

El Anexo 2 del Pliego de Condiciones (“SUBSISTEMAS EXISTENTES”), describe el Subsistema de recaudo existente en Fase I (Angelcom) y II (Unión Temporal Fase II), sus niveles central, local y de conectividad, subsistemas del sistema TransMilenio, adjunta el “*Convenio para la Constitución del Comité de Gestión del Sistema de Recaudo Transmilenio*”, cuyas partes, o sea, TRANSMILENIO S.A., los recaudadores existentes y los futuros adjudicatarios se “*comprometen a determinar conjunta y unificadamente, en la forma prevista en el presente convenio, los temas técnicos, administrativos y regulatorios que se relacionen con la operación y la tecnología para la interconexión del recaudo, así como para la comercialización de la tarjeta inteligente sin contacto (RISC)*” (Cláusula 1), que consagra las condiciones de interconexión de los recaudadores, “*bajo las condiciones técnicas de interconexión que establezca el comité de operadores*” y mientras no cambien o sean redefinidas, a las establecidas en su Anexo 1), así como de administración y comercialización externa de medios de pago, enunciando los principios de coexistencia del concesionario del SIRCI con los operadores de recaudo actuales del Sistema TMSA (5), los contratos vigentes y procesos de contratación, y el listado de equipos que se pondrá a disposición de aquél.

El Anexo 3 de los pliegos contiene la “Minuta del Contrato”, con sus anexos 1 (“Minuta Contrato de Fiducia para la administración de los recursos del CONCESIONARIO”), 2 (“Anexo Técnico. Especificaciones Técnico Operativas y de Puesta en Funcionamiento del SIRCI”), 3 (Niveles de Servicio) y 4 (“Anexo Técnico Operacional”), y entre otros aspectos, reitera las definiciones del glosario, el objeto, naturaleza y principios, las reglas de interpretación, la coexistencia del contrato con otros contratos del SITP y del Sistema TransMilenio actual, la naturaleza pública esencial del servicio, los principios de gestión del SIRCI de colaboración y coordinación centralizada de recaudadores a cuyo Comité se integrará el Concesionario del SIRCI de conformidad con las cláusulas “*Convenio para la Constitución del Comité de Gestión del Sistema de Recaudo Transmilenio*”, los derechos y obligaciones de las partes (Capítulo 3, aspectos económicos de la concesión (Título 2), valor estimado y efectivo, ingresos del sistema, principios básicos, tarifa al usuario, alternativas comerciales a la tarifa al usuario, cuya implementación debe darse en el marco de sostenibilidad financiera del sistema (Cláusula 44), los ingresos del concesionario (Cláusulas 58 y ss), remuneración fija semanal, variable, por equipos e inversiones adicionales con sus componentes, factores, fórmulas e índices (Cláusula 59), los ingresos del sistema (Cláusulas 61 y ss), tarifa técnica y ajustes (Cláusulas 62 y ss), la operación del SIRCI (Cláusulas 67 y ss), Asignación de riesgos del contrato (Cláusulas 82 y ss), equilibrio económico, restablecimiento de la ecuación contractual por retrasos en la implementación (Cláusula 86).

La Cláusula 8 de la minuta del Contrato de Concesión, contempla la duración del contrato que “*se estima en dieciséis años (16) años, el cual se desarrollará en etapas*” (cláusula 8), en las etapas “*Preoperativa*” y “*Operativa*”, así:

“**CLÁUSULA 11. “ETAPA PREOPERATIVA.** *Esta etapa comienza a partir del acta de inicio o ejecución del contrato y se extenderá hasta la culminación de la implementación gradual del SITP. El plan Maestro de implementación del SIRCI deberá considerar y ser consecuente con el plan de implementación que apruebe TRANSMILENIO S.A. a los concesionarios de operación del SITP.*

Se estima como plazo para esta etapa dieciocho (18) meses, sin embargo podrá ser mayor o menor, de conformidad con el Plan Maestro de Implementación presentado por el CONCESIONARIO y aprobado para el efecto por TRANSMILENIO S.A., sin que en ningún caso esta etapa pueda ser superior a veinticuatro (24) meses.

Durante esta etapa el CONCESIONARIO deberá cumplir como mínimo con las siguientes obligaciones, de acuerdo con el cronograma que se detalla en el anexo 2 del contrato “Especificaciones Técnico Operativas”:

[...]

Durante esta etapa, el CONCESIONARIO deberá entregar en operación la totalidad de los componentes, dispositivos y elementos de software y hardware que componen la plataforma tecnológica, bajo responsabilidad del CONCESIONARIO, en los buses, que de acuerdo con el cronograma se requieran para el inicio de la operación, centros de control zonal, centro de control Ente Gestor y en los respectivos medios de conectividad requeridos para la correcta operación del SITP.”

“CLÁUSULA 12. ETAPA OPERATIVA. La etapa de operación comienza con la orden de inicio de operación del contrato dada por parte del Ente Gestor y se extenderá por quince (15) años. La orden de inicio de la etapa operativa se expedirá cuando finalice la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del SITP. Para la expedición de la orden de inicio de la etapa de operación del contrato por parte de TRANSMILENIO S.A., se deberá haber cumplido con todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”.

La minuta anexa al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-001-2011 que precedió a la Licitación Pública TMSA-LP-003 de 2011 y se declaró desierta, en su Cláusula 8 (Duración) y 12 (Etapa Operativa), era igual, y la 11, Etapa Preoperativa, del siguiente tenor:

“CLÁUSULA 11. ETAPA PREOPERATIVA.

Esta etapa comienza a partir del acta de inicio o ejecución del contrato y se extenderá hasta la fecha en que el Ente Gestor expida la orden de inicio de la operación.

Se estima como plazo para esta etapa un (1) año, sin embargo podrá ser mayor o menor, de conformidad con el Plan de Implementación presentado por el CONCESIONARIO y aprobado para el efecto por TRANSMILENIO S.A., sin que en ningún caso esta etapa pueda ser superior a 18 meses. (...).”

En la Audiencia de Aclaraciones del Pliego (Licitación Pública TMSA-LP-001-2011), se aclaró la duración estimada en del Contrato, así:

“Observaciones realizadas por ALEJANDRO CHARRY de INDRA del 18 de Marzo de 2011. Asunto: PLAN DE IMPLEMENTACIÓN.

Plazo de la Concesión:

Cláusula 11. ETAPA PREOPERATIVA

*Se estima como plazo para esta etapa un (1) año, sin embargo podrá ser mayor o menor, de conformidad con el Plan de Implementación presentado por el **CONCESIONARIO** y aprobado para el efecto por TRANSMILENIO S.A., sin que en ningún caso esta etapa pueda ser superior a 18 meses.*

Cláusula 12. ETAPA OPERATIVA *‘La etapa de operación comienza con la **orden de inicio de operación** del contrato dada por parte del Ente Gestor y se extenderá por quince (15) años (15 años * 12 meses = 180 meses).*

*La orden de inicio de la etapa operativa se expedirá cuando finalice la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del **SITP**.*

Para la expedición de la orden de inicio de la etapa de operación del contrato por parte de TRANSMILENIO S.A., se deberá haber cumplido con todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”.

Por lo tanto, si el concesionario estableciera un Plan de Implementación de 18 meses y justo después de este período el concesionario le dan el acta de inicio de operación, el plazo total de la concesión sería de 18 meses + 180 meses, es decir 16 años y medio, ¿no?:

Se adopta la observación SI__ / NO__ Se aclara _X_

Respuesta: *Conforme a lo señalado por el contrato de concesión el plazo de duración del mismo se ha estimado en dieciséis años, desarrollándose en etapas conforme a la descripción contenida en ese mismo documento.*

A su vez el contrato de concesión señala que la etapa operativa es de quince (15) años. Teniendo en cuenta que el plazo de duración establecido en la cláusula 8 del contrato de concesión señala que dicho plazo es estimado, y que, en cambio, la cláusula 12 señala que el plazo de la etapa operativa es un plazo fijo, el plazo total y definitivo del contrato de concesión será el que resulte de sumar las etapas preoperativa y operativa.”⁵⁰

El Anexo 4 de los pliegos, “*Protocolo de articulación entre CONCESIONARIOS de operación y el CONCESIONARIO del SIRCI del SITP*”, establece las reglas al respecto, exige que previo a la entrada en operación cada bus deberá estar autorizado en las condiciones que debe cumplir respecto del SIRCI, y en caso de controversias confiere a TRANSMILENIO S.A. fijar las directrices necesarias para el correcto funcionamiento del SITP, las cuales serán obligatorias⁵¹. El Anexo 5 de los pliegos, contiene la “*Matriz de riesgos*”⁵² (y su Anexo Explicativo), y el Anexo 6 la “*Minuta Contrato de Fiducia SITP*”, los cuales integran los documentos contractuales junto con las proformas 1 a 12 (numeral 1.4 del pliego), adendas (1-5), y las actas de las audiencias los días 26 y 28 de abril de 2011 sobre tipificación, estimación y asignación de riesgos⁵³ y aclaración del pliego de condiciones⁵⁴.

Previo agotamiento de la Licitación Pública TMSA-LP-003 de 2011, evaluación de las cuatro ofertas presentadas y adjudicación por Resolución número 327 del 15 de julio de 2011 al proponente denominado “**PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.**”⁵⁵, el 1º de agosto de 2011 se suscribe con **RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.**, el Contrato de Concesión número 001 de 2011 del sistema integrado de recaudo, control e información y servicio al usuario (SIRCI) del SIPT⁵⁶, de cuyo contenido destaca el Tribunal:

a) Su objeto es “*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 DE FLOTA, EL SUBSISTEMA DE INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO Y EL*

⁵⁰Formulario preguntas y respuestas pliego definitivo de condiciones no. 26 de la licitación SIRCI, Observación es realizadas Alejandro Charry de INDRA del 18 de Marzo de 2011. Asunto: Plan de Implementación, Respuesta a la Observación 390. Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 202 y 203.

⁵¹ Cuaderno de Pruebas No. 37, cd folio 8, Anexo al memorial de 24 de agosto de 2016, documento titulado “PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO”, “Documentos contractuales”, de la subcarpeta “Contratos de recaudo”, “Documentos Exhibición Judicial”, páginas **447 a 468** del referido documento digital”,

⁵² Cuaderno de Pruebas No. 1, cd, folio 260, “Anexo 5 – Matriz de riesgos_Definitivo.pdf”, “ANEXOS DEL PLIEGO DE CONDICIONES”, “LICITACIÓN.”:

⁵³ Cuaderno de Pruebas No. 1, cd folio 259, “ACTA DE AUDIENCIA DE REVISIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES.pdf”, “LICITACIÓN”, “ACTA DE AUDIENCIA DE REVISIÓN DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS.”

⁵⁴ Cuaderno de pruebas 1, cd folio 259, “LICITACIÓN”, “ACTA DE AUDIENCIA DE ACLARACIÓN PLIEGO PLIEGO”.

⁵⁵ Cuaderno de Pruebas No 1, cd, folio 260. Notificada el 15 de julio de 2011.

⁵⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 1-166

SUBSISTEMA DE INTEGRACIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LA INFORMACIÓN, QUE CONFORMAN EL SIRCI, PARA EL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE BOGOTÁ, D.C.”, cuya descripción detallada y completa, “alcance y especificaciones técnicas están contenidas en el Anexo técnico No 1 del Pliego que dio origen en al presente contrato: —Resumen Ejecutivo Diseño Conceptual del SIRCI”, el Anexo No 2 del Contrato —Anexo Técnico” y el Anexo No 3 del “Contrato —Niveles de Servicio” y ejecutará “por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO” (Cláusula 1).

b) Se rige por las normas civiles y comerciales vigentes en Colombia, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, las normas y decretos que la adicionen, modifiquen, reformen o reglamenten, y las demás disposiciones aplicables (Cláusula 37, *in fine*).

c) Establece la coexistencia e interdependencia del contrato de concesión con otros contratos o concesiones presentes o ulteriores para la operación del SITP, desarrollo de actividades conexas o complementarias de pasajeros para la funcionalidad del sistema integrado, en especial, los relativos al recaudo, alimentación y operación troncal de las Fases I y II, a cuya terminación el Concesionario ejecutará la operación (Cláusula 3). El texto de la estipulación, expresa:

“CLÁUSULA 3. COEXISTENCIA DEL PRESENTE CONTRATO CON OTROS CONTRATOS DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE BOGOTÁ O DEL SISTEMA TransMilenio ACTUAL.

El presente contrato coexistirá con otros contratos o concesiones, actuales o futuros, para la operación del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO de Bogotá - SITP y para el desarrollo de otras actividades conexas o complementarias a las actividades tanto de Recaudo, control, información y servicio al usuario, como de transporte de pasajeros, necesarias para la funcionalidad del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO de Bogotá-SITP. Esta circunstancia se declara expresamente conocida y aceptada por el CONCESIONARIO, quien reconoce a TRANSMILENIO S.A. como gestor y titular del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO de Bogotá-SITP, y por lo tanto acepta y se somete a todas las decisiones que TRANSMILENIO adopte en relación con la contratación de las concesiones que se requieran para garantizar la prestación del servicio de transporte de pasajeros a través del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO de Bogotá-SITP, aceptando así mismo de manera explícita y sin condicionamientos su coexistencia con la que se contrata por medio del presente instrumento. En particular, el presente contrato coexistirá con los contratos de concesión suscritos a la fecha para el recaudo, la alimentación y la Operación Troncal de las Fases I y II del Sistema TransMilenio, Contratos que el CONCESIONARIO que suscribe el presente contrato declara conocer con sus modificaciones y adiciones.

Si durante la vigencia del contrato ingresan otros modos de transporte al SITP, como por ejemplo el componente férreo: Metro y el Tren de Cercanías, el CONCESIONARIO del SIRCI podrá ser el operador de recaudo de los mismos, si así lo requiere el Ente Gestor.

Terminada la vigencia de los contratos de concesión de recaudo, de las Fases I y II del Sistema TransMilenio, el CONCESIONARIO deberá atender la operación correspondiente a las fases mencionadas, de conformidad con los requerimientos previstos para el SIRCI.

Si durante la vigencia del presente contrato el Ente Gestor requiere contratar un CONCESIONARIO adicional para operar el SIRCI, TRANSMILENIO S.A. informará previamente al contratista y ajustará su remuneración, de conformidad con la cláusula de restablecimiento del equilibrio económico del contrato que se prevé en el presente documento”. (Subrayas ajenas al texto).

d) Reitera el carácter de servicio público esencial del servicio objeto de concesión, y establece la gestión del Sistema Integrado de Recaudo, Control e

Información y Servicio al Usuario –SIRCI- con sujeción al principio de colaboración y coordinación centralizada de recaudadores, para lo que el Concesionario deberá integrarse al Comité de Recaudadores existente, de conformidad con las cláusulas establecidas en el “Convenio para la Constitución del Comité de Gestión del Sistema de Recaudo del Sistema TransMilenio.” (Cláusulas 4 y 5).

e) Sus cláusulas, contenido, términos y el de sus documentos, serán interpretados conforme a su naturaleza, alcance y en su “*sentido natural y obvio, salvo el caso de las palabras que se definen en el presente contrato o en el pliego de condiciones al que se encontró sometido el proceso de selección que dio origen al contrato, las que para todos los efectos legales se entenderán según el alcance y significado que allí se les otorga. Harán parte del presente contrato y sus anexos, para efectos de interpretación y alcance de los Derechos y Obligaciones, el pliego de condiciones sus Proformas, Anexos y Adendas así como la Oferta presentada por el CONCESIONARIO. En caso de discrepancia entre el presente contrato y los demás documentos, prevalecerá el contenido del primero*” (Cláusula 2).

En armonía, define entre otras, las nociones de:

- **Acta de Inicio de Ejecución del Contrato** (1.1.).
- **Agentes del Sistema:** “[...] *personas jurídicas públicas o privadas, que tienen relación directa con la correcta operación del SITP. Para los efectos del presente contrato de concesión, son agentes del SITP: TRANSMILENIO S.A., en su calidad de Ente Gestor, los CONCESIONARIOS de operación zonal y troncal, el CONCESIONARIO del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (SIRCI) del SITP, los actuales CONCESIONARIOS de operación troncal, recaudo, y alimentación del Sistema TransMilenio y los administradores financieros de los dineros que se recaudan por el servicio*” (1.5);
- **Administración y mantenimiento de la Infraestructura**, Barreras de Control de Acceso, Concedente, Concesionario, Conciliación de Ventas, Convenio para la Constitución del Comité de Gestión del Sistema de Recaudo del Sistema Transmilenio, Estaciones, Gestión y Operación del Subsistema de Recaudo, Gestor del Sistema (1.2, 1.9, 1.17, 1.18, 1.20, 1.23, 1.25, 1.33-1.35, 1.44).
- **Conectividad:** “*La conectividad es la herramienta que permite comunicaciones de voz, y/o datos y/o video entre las estaciones, buses, terminales de buses, paraderos, puntos de carga de los medios de pago, fijos y móviles, centros de control del subsistema de recaudo, centros de control de la operación, subsistema de información y servicio al usuario y demás componentes del SITP, a través de la contratación o adquisición, adaptación, instalación, actualización, desarrollo de los equipos, plataformas, sistemas y software, y respectivo licenciamiento y obtención de los permisos de uso exigibles. La función de conectividad estará a cargo del CONCESIONARIO del SIRCI*” (1.21).
- **Flota** (“*Es el conjunto de vehículos requeridos para la prestación del Servicio Público de Transporte de Pasajeros dentro del SITP, con las características, especificaciones y tipología previstas en los contratos de concesión y sus anexos*”); Flota Usada y Flota Nueva (1.40, 1.41 y 1.42).
- **Gestión y Operación del Subsistema de Recaudo:** “*Es la administración del medio de pago, la operación de la red de distribución, comercialización y recarga de los medios de pago, la administración de la seguridad lógica, la gestión y operación de la información incluyendo el servicio al usuario en cuanto a recaudo y el soporte y acompañamiento al subsistema de control de flota operado por el Ente Gestor y los operadores zonales*” (1.43).
- **Implementación:** “*Se refiere a las tareas inherentes y necesarias para la configuración y puesta en correcto funcionamiento del equipamiento de los sistemas correspondientes. Se entiende por tareas los procesos de levantamiento de información, diseño de la solución,*

instalación de sistemas a bordo de los buses, instalación y prueba de hardware y software aplicativos, pruebas funcionales, puesta en producción y transferencia tecnológica, entre otros” (1.46).

- **Ingresos del Concesionario del SIRCI:** “Participación que le corresponde al CONCESIONARIO en cada liquidación periódica de las unidades de transporte vendidas de acuerdo con la tarifa técnica, su oferta económica y lo establecido en el presente contrato” (1.47).
- **Integración del medio de pago:** “Es la utilización de un único medio de pago, que permite al usuario del SITP el pago del pasaje para su acceso y utilización de los servicios del Sistema”; integración física, tarifaria, tecnológica y virtual (1.2, 1.45-1.50).
- **Orden de inicio de la operación:** “[...] documento emitido por TRANSMILENIO S.A., que ordena al CONCESIONARIO dar inicio a la operación de la concesión adjudicada” (1.59);
- **Operación Troncal,** operación zonal y operador zonal (1.60-1.62).
- **Plataforma Tecnológica:** “Es la infraestructura representada por el hardware, software, firmware, medios de comunicación y conectividad y medios de almacenamiento masivo entre otros, destinada al procesamiento, almacenamiento, transporte, respaldo, aseguramiento y presentación de la información relacionada con la operación y administración de cada uno de los siguientes subsistemas: Subsistema de Recaudo del SIRCI . Subsistema de Control de Flota (**Ente Gestor** y zonal). Subsistema de Información y servicio al Usuario Subsistema de Integración y consolidación de la información” (1.67).
- **Sistema Integrado del Transporte Público- SITP:** “[...]comprende las acciones para la articulación, vinculación y operación integrada de los diferentes modos de transporte público; las instituciones o entidades creadas para la planeación, la organización, el control del tráfico y el transporte público; así como la infraestructura requerida para la accesibilidad, circulación y el recaudo, control e información y el servicio al usuario al sistema” (1.78); **SIRCI:** “Es el conjunto de software, hardware y demás componentes que permiten la gestión y operación de recaudo, de los centros de control troncal y zonal, de información y servicio al usuario, la consolidación de la información y la conectividad de la totalidad del SITP” (1.80).
- **Subsistema de Control de Flota:** “Comprende el conjunto de equipos, infraestructura y procesos que permiten realizar las actividades de programación, regulación y control de la flota del Sistema integrado de Transporte Público – SITP.” (1.81).
- **Subsistema de Recaudo:** “Son todos los recursos, equipos, aplicativos, licencias, sistema gestor de base de datos, infraestructura, estructura organizacional, procesos y procedimientos relacionados con la operación de la actividad de recaudo de los dineros provenientes del pago de los pasajes del SITP.” (1.82).
- **Subsistema de Información y Servicio al Usuario:** “Es la red de atención especializada encargada del sistema de atención de peticiones, quejas, reclamos y de información en general al usuario”(1.83).
- **Subsistema de Integración y consolidación de la Información del SIRCI:** “Es el conjunto de los recursos, equipos, aplicativos, licencias, sistema gestor de base de datos, infraestructura, estructura organizacional, procesos y procedimientos relacionados con la información proveniente del SIRCI, que incluye también, la información sobre control de ingresos, salidas y trasbordos en el SITP; y la información proveniente del sistema de recaudo del sistema TransMilenio fases I y II” (1.84).
- **Subsistema TransMilenio (SbTM):** “Para efectos de la tarifa técnica, como subsistema TransMilenio se hará referencia a los concesionarios actuales de la operación troncal, recaudo y concesionarios de alimentación, cuya remuneración sea considerada en el cálculo de la tarifa técnica del Sistema TransMilenio” (1.85).
- **Subsistema de Control de Flota:** El conjunto de equipos, infraestructura y procesos que permiten realizar las actividades de programación, regulación y control de la flota del SITP.

- **Tarifa al Usuario** (1.86), Tarifa Técnica del SITP (1.87), Zona (1.97-199).

f) El plazo de duración que “se estima en dieciséis años (16) años”, podrá ampliarse por suspensión total o presencia de “situaciones que afecten de manera relevante las condiciones de ejecución del contrato”, se desarrollará en las etapas “preoperativa”, “operativa”⁵⁷ y de “reversión (Cláusulas 11, 12, 13, 14, 117 a 122)”, y el “Acta de inicio” se suscribirá cumplidos los requisitos pactados (Cláusulas 8, 9 y 10).

De conformidad con la Cláusula 11, en su redacción primaria:

“CLÁUSULA 11. ETAPA PREOPERATIVA.

Esta etapa comienza a partir del acta de inicio o ejecución del contrato y se extenderá hasta la culminación de la implementación gradual del SITP. El plan Maestro de implementación del SIRCI deberá considerar y ser consecuente con el plan de implementación que apruebe TRANSMILENIO S.A. a los concesionarios de la operación del SITP.

Se estima como plazo para esta etapa dieciocho (18) meses, sin embargo podrá ser mayor o menor, de conformidad con el Plan de Implementación presentado por el CONCESIONARIO y aprobado para el efecto por TRANSMILENIO S.A., sin que en ningún caso esta etapa pueda ser superior a veinticuatro (24) meses.

Durante esta etapa el CONCESIONARIO deberá cumplir como mínimo con las siguientes obligaciones, de acuerdo con el cronograma que se detalla en el anexo 2 del contrato “Especificaciones técnicas operativas:

11.1 Presentar el Plan Maestro de Implementación, el Plan de Calidad, y el Cumplimiento de las Especificaciones Técnico Operativas, de acuerdo con lo establecido en los Anexos 2 y 4 del presente contrato. El plan Maestro de implementación del SIRCI deberá considerar y ser consecuente con el plan de implementación que apruebe TRANSMILENIO S.A. a los concesionarios de operación del SITP.

11.2 Presentar el diseño/ingeniería de detalle.

11.3 Desarrollar los aplicativos de los Subsistemas del SIRCI .

11.4 Adelantar reuniones con los Concesionarios del Sistema de Recaudo existente y concertar el Plan Integración de las Fases I y II y el SIRCI .

11.5 Iniciar las pruebas de integración tecnológica necesarias en las estaciones de las Fase 1, 2 y 3.

11.6 Cierre Financiero.

11.7 El suministro de todos los equipos de la plataforma tecnológica de los Subsistemas del SIRCI para el componente troncal y para el componente zonal.

11.8 La instalación, pruebas y puesta en funcionamiento de los equipos de la plataforma tecnológica de los Subsistemas del SIRCI para el componente troncal y para el componente zonal.

11.9 Respecto de los equipos a bordo de los vehículos y los validadores de pago para la integración tarifaria del componente zonal, su instalación y puesta en funcionamiento se efectuará de acuerdo al cronograma que acuerden las partes, tomando como referencia

⁵⁷ “CLÁUSULA 12. ETAPA OPERATIVA. La etapa de operación comienza con la orden de inicio de operación del contrato dada por parte del Ente Gestor y se extenderá por quince (15) años. La orden de inicio de la etapa operativa se expedirá cuando finalice la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del SITP. Para la expedición de la orden de inicio de la etapa de operación del contrato por parte de TRANSMILENIO S.A., se deberá haber cumplido con todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa.”

el existente para la operación de transporte del SITP. Sin embargo, el contratista deberá prever que los equipos deben estar listos para operar con las primeras rutas del SITP.

11.10 Presentar las pólizas de los seguros sobre otros bienes afectos al servido y sobre el dinero recaudado, y demás seguros previstos en la normatividad legal y en este Contrato para amparar el servicio.

11.11 La póliza de responsabilidad civil extracontractual, deberá cubrir todos los eventuales perjuicios que se puedan producir a los usuarios del sistema o a terceros o a TRANSMILENIO S.A.

11.12 Presentar, previa a la suscripción, las minutas de los Contratos de Fiducia para la verificación y aprobación de TRANSMILENIO S.A.

11.13 Suscribir el Contrato de Fiducia CONCESIONARIO dentro de: los noventa (90) días calendario, siguientes a la legalización de contrato de concesión.

11.14 Suscribir el Contrato de Fiducia del SITP dentro de los ciento diez (11) días calendario, siguientes a la aprobación que haga el Tribunal de Decisiones del pliego de condiciones y la minuta de contrato de fiducia presentado por el CONCESIONARIO.

11.15 Adelantar todas las actividades propias de la integración del medio de pago con los recaudadores existentes, de acuerdo a lo establecido en el Anexo 2 del pliego de condiciones "Sistemas Existentes".

Durante esta etapa, el CONCESIONARIO deberá entregar en operación la totalidad de los componentes, dispositivos y elementos de software y hardware que componen la plataforma tecnológica, bajo responsabilidad del CONCESIONARIO, en los buses, que de acuerdo con el cronograma se requieran para el inicio de la operación, centros de control zonal, centro de control Ente Gestor y en los respectivos medios de conectividad requeridos para la correcta operación del SITP.

A. Plan Maestro de Implementación.

El CONCESIONARIO deberá presentar un Plan Maestro de Implementación, dentro del segundo mes de la etapa pre- operativa, para la aprobación de TRANSMILENIO S.A., el cual deberá permitir sincronizar el avance diario de los diversos actores que intervienen en la puesta en marcha del SITP. (Operadores de recaudo el actual Sistema Transmilenio, operadores zonales, operadores troncales, TRANSMILENIO S.A., operadores del Sistema TransMilenio).

TRANSMILENIO S.A. revisará el plan dentro del plazo establecido en el cronograma contenido en el anexo 2 del contrato "Especificaciones Técnico Operativas". Al finalizar este periodo TRANSMILENIO S.A. entregará al CONCESIONARIO las observaciones requeridas para el ajuste final del Plan Maestro de Implementación, que deberá entregarse ajustado por parte del CONCESIONARIO dentro del plazo establecido en el cronograma contenido en el anexo 2 del contrato "Especificaciones Técnico Operativas".

En este Plan se deberá prever que el Centro de Control de TRANSMILENIO S.A. estará disponible desde el primer día de la concesión. Las partes acuerdan que estas obligaciones no generan a cargo de TRANSMILENIO S.A. indemnizaciones o pagos adicionales, pues tiene como finalidad dar sincronización y cronología a los proyectos.

El Plan Maestro de Implementación, deberá incluir una propuesta técnica para el desarrollo del contrato, la cual deberá elaborarse con base en lo previsto en el Anexo Técnico No. 2. Dicha propuesta estará sujeta a la revisión y aprobación del Ente Gestor. El CONCESIONARIO deberá efectuar los ajustes señalados de manera escrita por el Ente Gestor, los cuales no podrán prever condiciones diferentes a las previstas en el Anexo Técnico No. 2 del Contrato.

El Plan deberá contener un cronograma de actualización de la plataforma tecnológica y sus componentes, para todos los subsistemas del SIRCI, el cual será presentado al Ente Gestor para aprobación.

B. Cierre Financiero

[...]". (Subrayas ajenas al texto).

En cuanto a la Etapa Operativa, se acuerda:

“CLÁUSULA 12. ETAPA OPERATIVA.

La etapa de operación comienza con la orden de inicio de operación del contrato dada por parte del Ente Gestor y se extenderá por quince (15) años.

La orden de inicio de la etapa operativa se expedirá cuando finalice la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del SITP.

Para la expedición de la orden de inicio de la etapa de operación del contrato por parte de TRANSMILENIO S.A., se deberá haber cumplido con todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”. (Subrayas ajenas al texto).

Asimismo, la Cláusula 24, estipula:

“CLÁUSULA 24. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO.

El inicio de la operación del SIRCI se efectuará de acuerdo con el cronograma de implementación establecido en el contrato de concesión de la licitación pública No. TMSA- LP-004 de 2009, el cual se ajustará periódicamente, de acuerdo con los lineamientos establecidos para el efecto por el Ente Gestor.

Dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de suscripción del presente Contrato, el CONCESIONARIO deberá entregar a TRANSMILENIO S.A. el Plan de Implementación de la Operación.

TRANSMILENIO S.A. dispondrá de un (1) mes para revisar este documento y solicitar al CONCESIONARIO realizar ajustes y correcciones, quien tendrá, a su vez, quince (15) días calendario, a partir del recibo de dicha solicitud, para efectuar las correcciones y ajustes pedidos y volver a presentar el Plan de Implementación de la Operación.

Parágrafo: El cronograma de implementación es solamente indicativo, y podrá ser modificado por TRANSMILENIO S.A. en cualquier momento de la vigencia de la concesión.” (Subrayas ajenas al texto).

El Anexo 2 del Contrato, “Anexo Técnico. Especificaciones Técnico-Operativas y de puesta en funcionamiento del SIRCI”⁵⁸, enuncia los requerimientos de la plataforma tecnológica para el SIRCI, se basa en el Diseño Técnico, Legal y Financiero del SITP con las actualizaciones, modificaciones y adecuaciones del equipo técnico del SIRCI y TRANSMILENIO S.A., describe “la realidad física del sistema”, su esquema general, la integración con los actuales operadores y el establecimiento de responsabilidades en el período de transición a un solo operador será “un tema a desarrollar en términos del protocolo “CONVENIO PARA LA CONSTITUCIÓN DEL COMITÉ DE GESTIÓN DEL SISTEMA DE RECAUDO DEL SISTEMA TransMilenio” y en los requerimientos técnicos que establezca TRANSMILENIO S.A., de conformidad con las necesidades del SITP.” (literal d, numeral 1.1.4. “Seguridad”), las “fases y tiempos de implementación del subsistema de control de flota son las mismas que las establecidas para el subsistema de recaudo. Es decir, antes de iniciar la operación y la utilización de la TISC como medio de pago de la ruta, tanto las plataformas del SIRCI como los dispositivos a bordo de los buses (recaudo, control e información) deben estar en funcionamiento.” (2.Generalidades-Articulación), los requerimientos, funcionalidades y soluciones de los Subsistemas del SIRCI, los equipos requeridos (numeral 17), los aspectos básicos de la integración de los subsistemas, el numeral 1.2., consagra los principios de transición gradual, el numeral 1 trata del “PLAN MAESTRO DE IMPLEMENTACIÓN DEL SIRCI” que

⁵⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 167-227

“*comprende las actividades previas a la etapa de operación, consideradas como requisito necesario para la puesta en funcionamiento del SIRCI bajo las condiciones previstas en el contrato.*”, será elaborado por el Concesionario y sometido a aprobación de TRANSMILENIO S.A. o quien designe, “*el Ente Gestor podrá hacer observaciones y/o solicitar ajustes*”, contendrá las etapas de “*ingeniería de diseño, de detalle y de acuerdo a construcción(as built), etapa de desarrollo y adquisición, etapa de pruebas en ambiente controlado, etapa de instalación y adecuación, etapa de pruebas de funcionamiento e integración, y etapa de masificación e inicio de operación.*”, y en el numeral 15.3.4., dispone el “Cronograma de implementación del SIRCI”.

g) La explotación económica de las actividades del SIRCI, confiere al Concesionario el derecho a utilizar, “*sin exclusividad*”, la infraestructura, los espacios destinados al mismo y al Centro de Control, celebrar contratos y operaciones dentro del alcance y finalidad de la concesión, administrar los bienes, percibir la remuneración por su ejecución; recibir “*en forma completa y oportuna los insumos*” e información para desarrollar las actividades, obtener colaboración de la concedente, y proponer la explotación de negocios colaterales e introducir a su costo las modificaciones, dotación y equipamiento necesario, previa autorización expresa y escrita (Cláusula 15).

Las Cláusulas 16 a 24, enumeran las obligaciones del Concesionario derivadas de la concesión, el subsistema de información y servicio al usuario, operación del centro de control del Ente Gestor y centros de control zonales, la conectividad, el subsistema de recaudo, las administrativas y financieras, las inherentes a la administración de la infraestructura y bienes recibidos o afectos, los costos de la plataforma tecnológica y bienes propiedad de TRANSMILENIO S.A., y la implementación del proyecto (Cláusulas 16 a 24).

Entre otras, las de diseñar y someter al Ente Gestor, el diseño, el suministro y la implementación del SIRCI en forma tal que se cumpla integralmente las funcionalidades exigidas conforme al Anexo 2, obligación considerada por las partes como de “resultado”, y en su caso, “efectuar todos los ajustes que se requieran de manera posterior”, bajo su exclusiva responsabilidad (16.1); desarrollar e implementar la solución propuesta, cumplir los requerimientos en los tiempos, cronogramas y condiciones establecidos (16.2); suministrar todos los equipos y plataforma tecnológica para la implementación del sistema integrado, y renovar la tecnología (16.3); operar el sistema con los estándares de calidad y niveles de servicio establecidos en el contrato y en el Anexo 3 (16.4); administrar y garantizar la seguridad informática del SIRCI y la gestión de la información de éste y la operación de recaudo (16.5 y 16.6); el costo total de la inversión y de la operación, por cuenta propia con aportes de capital, obtención de créditos u otras fuentes de financiación (16.7); responder de los daños causados con su incumplimiento; defender los bienes e infraestructura; obtener las licencias y permisos; cumplir las condiciones y modalidades; entregar la información para la adecuada supervisión y control, expansión, integración o ampliación del sistema; atender el manual de operaciones e instrucciones operativas; crear mecanismos, estrategias y planes de mercadeo para difundir y dar un mayor acceso a los usuarios; administrar los bienes; realizar bajo su costo y riesgo las adecuaciones necesarias para las acometidas de redes eléctricas y de comunicaciones de los centros de cómputo de recaudo y control de la operación, estaciones y áreas concesionadas; actuar razonablemente en el marco de sus obligaciones; celebrar los contratos de fiducia; garantizar un taller de mantenimiento de los equipos de hardware; suministrar, implementar y operar un subsistema de “Mesa de Ayuda”; desarrollar aplicativos adicionales; suministrar “*una plataforma tecnológica (Hardware y Software), que permita la integración y consolidación de la*

información del Subsistema de Recaudo, del Subsistema de Control de Flota y del Subsistema de Información y Servicio al usuario”; solicitar “la autorización del Ente Gestor, para efectuar cualquier pedido de equipos; en el caso de que el CONCESIONARIO realice el pedido sin dicha autorización, asumirá los riesgos que pudieren generarse por la operación de estos equipos sin remuneración”; recibir los bienes concesionados; entregar para su tenencia y administración las “unidades lógicas, los equipos de comunicación y control y los demás equipos a bordo de los vehículos, así como los equipos, hardware y software que integran los centros de control y cualquier otro bien que sea necesario para la prestación del servicio”; diligenciar “el anexo 4 del presente contrato denominado anexo operacional dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la adjudicación del contrato, el mismo será revisado y aprobado por TRANSMILENIO S.A.”; suministrar, instalar y mantener “cámaras del circuito cerrado de televisión y los equipos de vigilancia del centro de control del ente gestor, señaladas en el anexo 2 del presente contrato”; “asumir el 100% del recaudo del SITP, incluyendo las fases I y II del Sistema TransMilenio, al vencimiento de los actuales contratos de concesión de dicho sistema o antes, si TRANSMILENIO S.A lo solicita expresamente”; obtener los permisos y mantener actualizadas las licencias(16.8 a 16.39); “Realizar el desarrollo de aplicativos, adicionales a los establecidos en la minuta y sus anexos incluyendo todos aquellos necesarios para garantizar los niveles de servicios exigidos a opción de TRANSMILENIO S.A.” (16.29); remitir al Ente Gestor, dentro de los plazos y con los procedimientos establecidos por éste, para su respuesta al usuario, la petición, queja, reclamo o sugerencia recibida por el concesionario, sobre temas que no se refieran específicamente al SIRCI (18.7).

Igualmente, las de suministrar, implementar, mantener y actualizar la plataforma tecnológica para la operación del Centro de Control del Ente Gestor, incluido el troncal y zonal, a su costo y riesgo (Cláusula 17), así como el Subsistema de Información y Servicio al Usuario (Cláusula 18); garantizar la integración de tecnologías de las comunicaciones y la plataforma de conectividad que contenga los subsistemas de Red de fibra óptica, radiocomunicaciones inalámbricas de voz y datos, y telefonía de IP (Cláusula 19); suministrar y mantener actualizada a su costo, la plataforma tecnológica (Hardware y Software) para el recaudo de los recursos; custodiar, distribuir y controlar las tarjetas inteligentes sin contacto o del medio de pago adoptado; proporcionar las tarjetas de tarifas diferenciales; establecer los puntos de venta y recarga según el Anexo 2; definir las estrategias de su ubicación; administrar el medio de pago; adherirse al Comité de Gestión del Sistema de Recaudo del Sistema Transmilenio, atender la operación de las Fases I y II, terminada la vigencia de los contratos de recaudo; calcular diariamente el valor de las ventas; efectuar las consignaciones e informar al Ente Gestor y la Fiduciaria de Administración; liquidar el valor de las ventas, manejar, transportar, consignar y conciliar bajo su responsabilidad plena los valores y transferencias electrónicas por recarga o venta; responder por la seguridad del dinero recaudado, su traslado, entrega y consignación oportuna, el fraude en la utilización del subsistema de recaudo, incorporar los recursos, procedimientos y mecanismos para su control en cualquier punto de las estaciones e identificar y controlar las fuentes de fraude internas y externas dentro de los límites pactados (Cláusula 20); equipar y dotar la infraestructura entregada en administración y que ha sido dispuesta para el desarrollo de las actividades de recaudo del SITP, en las estaciones a su cargo, para garantizar el cumplimiento de los niveles de servicio, disponibilidad de la plataforma y confiabilidad, así como las condiciones de funcionalidad de cada estación de acuerdo a lo previsto en el Contrato. (22.11) y cumplir los niveles de servicio establecidos en el Anexo 3. y cualquier otro establecido en este Contrato, en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA –003-2011, sus proformas y anexos (Cláusula 69).

h) TRANSMILENIO como titular y Ente Gestor del SITP, tiene derecho a *“realizar la planeación estructural del sistema integrado de transporte público de Bogotá – SITP y del sistema integrado de recaudo, control, información y servicio al usuario –SIRCI”*; la supervisión, vigilancia y control SITP y del SIRCI; supervisar el desarrollo y ejecución del contrato, y acceder a los documentos e información que dan cuenta de la actividad del CONCESIONARIO, incluida la información financiera y contable; impartir *“las instrucciones operativas que considere necesarias sobre la programación, operación y control de la operación para garantizar la operatividad, seguridad, calidad, y funcionalidad del Sistema, la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros y los propósitos de este contrato”*; establecer Manuales y Reglamentos, revisarlos y modificarlos *“garantizando el restablecimiento de la ecuación económica del contrato, en caso de que dicha modificación genere su rompimiento, en los términos establecidos en la cláusula 86 del presente contrato”*; acceder a toda la información en tiempo real; explotar en forma exclusiva los negocios colaterales; *“solicitar al CONCESIONARIO instalar nuevos equipos en la flota del SITP, ampliar lo servicios prestados o mejorar requerimientos, en cumplimiento de su deber de garantizar la prestación del servicio público esencial de transporte, conforme al artículo 365 de la C.P. y a los propósitos del presente contrato”*; recibir una remuneración con cargo a los recursos del sistema, percibir ingresos de explotaciones colaterales, determinar los futuros desarrollos de la infraestructura del Sistema, a la reversión y transferencia de la plataforma tecnológica y la tecnología, ajustar e introducir modificaciones al cronograma de implementación del SIRCI. (Cláusula 25).

Adquiere, entre otras, las obligaciones de aprobar el Plan Maestro y el cronograma de Implementación del SIRCI, impartir la orden de inicio de su operación, diseñar y ejecutar el cronograma de implementación de rutas conforme al Plan de Implementación del SIPT, adelantar las actividades de control del SIRCI, revisar los lineamientos técnicos de la operación, tramitar las apropiaciones presupuestales para solucionar las prestaciones económicas a su cargo, otorgar a los concesionarios de operación del SITP el derecho a usar las licencias de software tramitadas y obtenidas por el concesionario del SIRCI, entregar *“al CONCESIONARIO la infraestructura cuya tenencia se ofrece para su adecuada administración, en el estado en que se encuentren y será responsabilidad del CONCESIONARIO realizar las adecuaciones necesarias para su funcionamiento”*, poner a disposición los buses, bienes y enseres del SITP para la instalación de los equipos e infraestructura, adoptar las medidas necesarias para garantizar la pacífica tenencia, pagar la remuneración del concesionario y establecer *“el procedimiento mediante el cual el Ente Gestor resolverá las controversias que surjan entre todos los concesionarios del SITP”* (Cláusula 27).

i) El marco económico del contrato, *“la interpretación de las cláusulas que lo regulan, y el ejercicio de las facultades, obligaciones y derechos que se confieren a cada una de las partes, se orientará al cumplimiento”* de los principios básicos de *“Costeabilidad”, “Equilibrio”, “Sostenibilidad”, “Integración”* y *“Tarifas para poblaciones específicas”*, la *“fuente principal de ingresos”* del SITP se conforma con *“el recaudo diario de la venta de unidades de transporte, según la Tarifa al Usuario que sea aplicable”* cuya integración *“implica la utilización de un Medio de Pago común a los servicios integrados”* mediante *“cobros diferenciales por tipo de servicio y transbordo”*.

La planeación tarifaria corresponde al Ente Gestor, la tarifa será fijada y actualizada por el Alcalde Mayor mediante Decreto Distrital con sujeción a los

principios y estructura del sistema tarifario del SITP, “los cuales hacen parte de los contratos de concesión de los agentes del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO –SITP”; los recursos serán recibidos y administrados por la Fiducia del SITP suscrita por el concesionario del SIRCI, y se constituirán Fondos específicos cuyos fideicomitentes son “los *CONCESIONARIOS de las diferentes actividades que habilitan la funcionalidad del Sistema*” y beneficiarios “*las personas que en razón de las previsiones contractuales tienen el derecho a ser remunerados de manera permanente y continua por el patrimonio autónomo, con cargo a los flujos generados como resultado de los diferentes recursos que recibe el sistema*” (Cláusulas 39-57 y 84).

La tarifa técnica del SITP, se define como “*aquella que, dado un diseño operacional del **SITP** que busca satisfacer las necesidades de movilidad de los usuarios del transporte público bajo condiciones de eficiencia y estándares de calidad de servicio, indica el costo medio de operación y control por pasajero pago del Sistema; considerando para cada uno de los agentes prestadores de servicio que intervienen en dicha operación, una adecuada estructura de costos, y una rentabilidad razonable conforme a las condiciones definidas en el pliego de condiciones*”, y coexiste bajo dos esquemas, el de la tarifa técnica del subsistema TRANSMILENIO (Sb TM) y el de la tarifa técnica del SITP; la primera, es parte de la última, y calcula con la remuneración a los concesionarios actuales según sus contratos de concesión considerando el costo troncal, alimentación, recaudo y el porcentaje de participación del Ente Gestor y de la fiducia de administración, según la fórmula establecida (Cláusula 62).

La tarifa al usuario comprenderá cobros diferenciales por tipo de servicio y transbordo, un medio de pago común a todos los servicios integrados, y diversas alternativas comerciales, cuya implementación considerará la sostenibilidad financiera del sistema, el nivel de la Tarifa Técnica del Sistema (TT), la capacidad de pago de los usuarios, la disponibilidad de recursos públicos para subsidiar, sea al usuario o a la operación directamente, el uso eficiente del Sistema, el beneficio económico del descuento comercial (incrementos en la demanda), el costo de la identificación de usuarios y el control de fraude en la operación de recaudo, para el tema de cobros diferenciales o descuentos y la viabilidad de subsidios cruzados entre usuarios, sin que afecte los ingresos del concesionario, salvo la remuneración variable (Cláusula 43)⁵⁹.

j) El valor efectivo del contrato “*corresponderá al valor de los ingresos obtenidos por el CONCESIONARIO por la operación del SIRCI*”, y remunera “todos los riesgos previsibles asumidos por el CONCESIONARIO”, sean “*comerciales, ambientales, de operación, administrativos, financieros, tributarios, regulatorios, políticos y todos los demás asignados al CONCESIONARIO y que surjan de las estipulaciones de este Contrato, salvo por lo expresamente previsto en el mismo a cargo de TRANSMILENIO S.A.*”; “*sin limitarse, los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el CONCESIONARIO por la preparación y celebración del contrato, así como por la ejecución y terminación del mismo*”; “*los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente contrato*”; “los costos financieros, la recuperación del capital invertido, las utilidades del CONCESIONARIO y, en general, incluye el valor de la remuneración por todas las obligaciones que adquiere”; “*las labores complementarias necesarias para el*

⁵⁹ “El riesgo que pueda generarse sobre los ingresos del Sistema, exceptuando los efectos sobre la Remuneración Variable del CONCESIONARIO del SIRCI (RVAR), estará garantizado con el compromiso de pago extendido por el Distrito Capital, suscrito como un compromiso unilateral a favor de TRANSMILENIO S.A. en su calidad de gestor del Sistema TransMilenio, por medio del cual se ha obligado a reconocer los valores que conforme a lo previsto en el presente contrato tendría derecho a percibir el SITP y a través del mismo, sus CONCESIONARIOS y agentes”.

cumplimiento del objeto contractual” expresas en su contenido “o en los documentos que lo integran como obligaciones a cargo del CONCESIONARIO”, como las de elaborar sus propios estudios; y “todas las obligaciones actividades a cargo del CONCESIONARIO durante las diferentes etapas del Contrato, los gastos financieros y administrativos directos e indirectos y todos los demás que sean requeridos para la cabal ejecución del objeto contratado” (Cláusula 36).

k) La remuneración del concesionario durante el tiempo de vigencia del contrato, equivale a una participación en los ingresos generados por la explotación comercial del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá –SITP– mediante el pago periódico de un valor determinado con la siguiente fórmula:

$$RSIRCI = f(Q)_{SIRCI} \times [RFS + RVARs + RVHO + R_INVER_ADC]$$

Donde:

RSIRCI: Remuneración del **CONCESIONARIO** del **SIRCI**

RFS: Remuneración Fija semanal del **CONCESIONARIO** del **SIRCI**

RVARs: Remuneración Variable del **CONCESIONARIO** del **SIRCI** por cargas del Sistema.

RVHO: Remuneración por equipos de validación y control instalados en vehículos operando en el Sistema

R_INVER_ADC: Remuneración por inversiones adicionales

f(Q)_{SIRCI}: Factor de Calidad de servicio que aplica al **CONCESIONARIO** del **SIRCI**, de conformidad con lo previsto en el Anexo 3 del Contrato “Niveles de Servicio”.

Los componentes, se determinan así:

(i) La Remuneración Fija Semanal (RFS) es un pago fijo semanal en función de la Oferta Económica del Concesionario (que cubre los costos fijos, los costos administrativos, la recuperación de inversiones, reposición de equipos, operación, mantenimiento de equipos, control de flota, información al usuario y seguros), calculado, conforme a:

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

Donde:

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

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

$$F_{impl} = \text{Mínimo} \{1.000; 0.8786 \times \left(\frac{NVES_{24,600,000}}{NVES_{24,600,000}}\right)^{1.0936}\}$$

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

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

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

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

IPCacum: Uno (1) más la variación acumulada de IPC certificado por el DANE contada a partir del 31 de diciembre de 2010. IPCacum se calculará anualmente, en el mes de enero de cada año (a partir del día diez calendario), considerando la variación en IPC del año inmediatamente anterior, el primer ajuste se realizará en enero de 2012

Los parámetros de RFS serán informados al **CONCESIONARIO** a más tardar el décimo (10º) día hábil del mes de su aplicación o antes del día del mes en que se empleen los nuevos valores en la liquidación de la remuneración semanal, lo que primero suceda.

Nota: La remuneración recibida por el **CONCESIONARIO** por la compra de las TISC, por parte de los usuarios, será igual al precio de costo de las mismas. El excedente que paga el usuario por la compra de las TISC será trasladado al Fondo de Estabilización Tarifaria del **SITP**. El Concesionario deberá presentar las órdenes de compra de las TISC.

(ii) La remuneración Variable del **CONCESIONARIO** del **SIRCI** por carga del Sistema (RVARS), será igual a:

$$RVARS = (\%C \times CSIRCI)$$

Donde:

RVARS: : Remuneración Variable del **CONCESIONARIO** del **SIRCI** por cargas del Sistema.

%C : Participación porcentual ofertada por el **CONCESIONARIO**, aplicable sobre el valor en pesos del total de cargas realizadas por el operador del **SIRCI** .

CSIRCI: Total de cargas en pesos realizadas por los usuarios a través del operador del **SIRCI** en el periodo a remunerar. Es igual al total de cargas en pesos

%C se calculará empleando la siguiente formulación:

$$\%C = COE_RVARS \times 4.15\%$$

COE_RVARS: Oferta económica del concesionario del **SIRCI** sobre remuneración Variable por cargas del Sistema. Corresponde a un número igual o menor a 1.000 (uno)

(iii) La Remuneración por equipos de validación y control instalado en vehículos operando en el Sistema (RVHO), se determina con la siguiente fórmula:

$$RVHO = COE_RVHO \times IPCacum \times \sum_i (TVHO_i \times NVH_i)$$

Donde

RVHO : Remuneración del **CONCESIONARIO** del **SIRCI** por equipos de validación y control instalados en vehículos operando en el sistema.

i: Subíndice empleado para hacer referencia a los tipos de vehículo con equipos a bordo instalados y mantenidos por el concesionario del **SIRCI**, a saber: Articulados y biarticulados, Padrón Dual, Alimentadores Sin Validación, Otros vehículos con Validación (entiéndase otros vehículos diferentes a los anteriormente mencionados).

IP Cacum: Uno (1) más la variación acumulada de IPC certificado por el DANE contada a partir del 31 de diciembre de 2010. IPCacum se calculará anualmente, en el mes de enero de cada año (a partir del día diez calendario), considerando la variación en IPC del año inmediatamente anterior, el primer ajuste se realizará en enero de 2012.

TVHO_i : Remuneración semanal ajustada para equipos de validación y control instalados en vehículos tipo —i— operando en el sistema

TVHO_i tomará los siguientes valores:

Vehículos Tipo "i"	TVHO _i (\$/Vehículo)
Articulados y biarticulados	48,700
Padrón Dual	78,000
Alimentadores Sin Validación	19,000
Otros vehículos con Validación	44,500

NVH_i: Número de vehículos tipo "i" vinculados al sistema que se encuentran operando, incluyendo la flota de reserva, y que tengan equipos de validación y control instalados.

COE_RVHO: Oferta económica del concesionario del **SIRCI** sobre remuneración por equipos de validación y control instalados en vehículos operando en el Sistema. Corresponde a un número igual o menor a 1.000 (uno).

Los parámetros de RVHO serán informados al **CONCESIONARIO** a más tardar el décimo (10º) día hábil del mes de su aplicación o antes del día del mes en que se empleen los nuevos valores en la liquidación de la remuneración semanal, lo que primero suceda.

(iv) La Remuneración por Inversión en Equipos Adicionales (R_INVER_ADC), cuando por decisión del Ente Gestor el Concesionario realice "inversiones adicionales a las inicialmente previstas en el contrato de concesión, relacionadas

con expansiones del Sistema, entendiéndose entrada de nuevas estaciones, terminales, portales y puntos de integración”, se determina así:

$$R_INVER_ADC = \sum \frac{CAE (R;TRCkadc;INVkadc)+COMA_{kadc}}{52} XPC \text{ acumuladz } kadc$$

R_INVER_ADC: Remuneración por inversiones adicionales

Kadc: Índice que hace referencia a la *k*-ésima inversión adicional que se reconoce.

CAE: Costo anual equivalente, costo financiero equivalente a un pago uniforme vigente en un plazo que va desde el momento en el cual es reconocida la “kadc” inversión adicional.

r: Tasa de referencia igual a 10% E.A..

TRCkadc: Periodo de tiempo en años o fracción de años comprendido entre la fecha de reconocimiento de la inversión adicional y la fecha de terminación del plazo de concesión.

INVkadc: alor de la inversión adicional a reconocer.

IPCacumulado_{kadc}: Este factor se calcula en enero de cada año, y es vigente durante un año. Es igual a uno (1.00) más la variación en el índice de inflación desde el mes en el cual se reconoce la inversión, hasta el mes de enero en el cual se ajusta. El ajuste será vigente a partir del décimo (10o) día calendario; y sus valores y memorias de cálculo deberán ser informados al **CONCESIONARIO** a más tardar el décimo (10o) día hábil del mes de su aplicación o antes del día del mes en que se empleen los nuevos valores en la liquidación de la remuneración semanal, lo que primero suceda

COMA_{kadc}: Costo de Operación y Mantenimiento anuales asociados a las nuevas inversiones.

52: Número de semanas en un año.

La remuneración de inversiones adicionales se efectúa para cada —kadcll inversión adicional desde el momento de su reconocimiento hasta el fin de la concesión.

La función CAE (r;TRCkadc;INVkadc) es igual a:

$$CAE (r;TRCkadc;INVkadc) = (INVkadc * gt_{kadc}(r))$$

Donde $gt_{kadc}(r)$ se calcula mediante la utilización de la siguiente fórmula:

$$gt_{kadc}(r) = \frac{r \times [1+r]^{TRCkadc}}{[1+r]^{TRCkadc} - 1}$$

Siendo TRCkadc el plazo transcurrido desde el momento en que la inversión adicional —kadcll es reconocida hasta la fecha de finalización de la concesión, expresado en años y fracción. El gestor fijará con base en investigaciones de mercado el valor de la inversión y costos de operación y mantenimiento asociados a los equipos susceptibles de ser adicionados, este procedimiento lo realizará previo a la orden de instalación de equipos adicionales.

Nota. Si con ocasión del subsistema de recaudo propuesto por el **CONCESIONARIO** del **SIRCI** se hace necesario efectuar actualizaciones al sistema de recaudo actual del sistema TransMilenio o realizar inversiones adicionales para mantener la compatibilidad técnica, estos costos serán a cargo del **CONCESIONARIO** del **SIRCI**. Estas actualizaciones y/o inversiones, deberán ser aprobadas por TRANSMILENIO, de conformidad con lo previsto para tal efecto, y no generarán remuneración por inversión en equipos adicionales o costos de operación y mantenimiento adicionales.

(v) $f(Q)_{SIRCI}$ - Factor de calidad de servicio (%D_IC, %D_Disp)

$$f(Q)_{SIRCI} = \text{Maximo}\{97\%, 100\% - (\%D_IC + \%D_Disp)\}$$

Donde:

$f(Q)_{SIRCI}$: Factor de Calidad de servicio que aplica al **CONCESIONARIO** del **SIRCI** de conformidad con lo previsto en el Anexo 3 del Contrato: “Niveles de Servicio”.

%D_IC: Porcentaje de Descuento por Índice de Confiabilidad

%D_Disp: Porcentaje de Descuento por Índice de Disponibilidad

Los porcentajes de descuento $f(Q)_{SIRCI}$, %D_IC y %D_Disp se calcularán mensualmente, con información del mes inmediatamente anterior. $f(Q)_{SIRCI}$ así calculado será vigente a partir del decimo (10o) día calendario; y sus valores y memorias de cálculo deberán ser informados al **CONCESIONARIO** a más tardar el decimo (10o) día hábil del mes de su aplicación o antes del día del mes en que se empleen los nuevos valores en la liquidación de la remuneración semanal, lo que primero suceda.

Los porcentajes de descuento %D_IC y %D_Disb se definen a continuación:

- **Índice de Confiabilidad de la Plataforma Tecnológica del SIRCI (IC) y %D_IC:**

Se define el índice de confiabilidad IC como:

$$IC = (ICR + ICC) / 2$$

Donde

ICR: Índice de Confiabilidad de Recaudo

ICC: Índice de Confiabilidad de Control de Flota

Se tiene que el Porcentaje de Descuento por Índice de Confiabilidad (%D_IC) es el siguiente:

INDICE DE CONFIABILIDAD (IIC)	DESCUENTO %D_IC
De 100% a 99.7%	0%
De 99.6% a 99.0%	0.5%
De 98.9% a 98.0%	1%
De 97.9% a 95.0%	2%
Inferior a 95%	3%

Nota 1: Si el índice de confiabilidad, durante tres (3) meses consecutivos, fuere inferior al 95,0% se constituirá en causal de caducidad del contrato, siempre y cuando así lo determine TRANSMILENIO S.A.

Nota 2: Para los índices con centésimas se aproximan a décimas.

- **Índice de Confiabilidad de Recaudo ICR:**

$$ICR = 100\% - \frac{\text{Total Transacciones fallidas (mes)}}{\text{Total Transacciones Realizadas (mes)}} \times 100\%$$

Se tendrán en cuenta la totalidad de las transacciones del sistema (Ventas, Entradas y Salidas).

Las transacciones fallidas (Ventas, Entradas y Salidas) se identifican en la verificación mensual de la conciliación periódica que se lleva a cabo entre el Ente Gestor y el CONCESIONARIO del SIRCI.

- **Índice de Confiabilidad de Control de Flota ICC:**

$$ICC = 100\% - \frac{\text{Total Transacciones fallidas (mes)}}{\text{Total Transacciones Realizadas (mes)}} \times 100\%$$

Se tendrán en cuenta la totalidad de las transacciones del sistema (Envío de posicionamientos por cada minuto de cada bus durante el tiempo de operación al día).

- **Índice de Disponibilidad de la Plataforma tecnológica del SIRCI (ID) y % D_Disb:**

$$IDz = \left[1 - \frac{\sum_{i=1}^{NumD} HFDS_i}{NumD \times HEO} \right] \times 100\%$$

Z = se calculará para los siguientes “z” tipos de equipos: Unidades de Procesamiento de Datos, Sistema de Comunicaciones de Recaudo, Unidad de Consolidación de Datos, Terminal de Carga Asistida, Torniquete de Control de Acceso, Modulo a Bordo del Bus.

HEO = Horas Efectivas de Operación (mes) para el tipo de equipo “z”

NumD = Número de dispositivos del mismo tipo “z”

HFDS = Número de horas fuera de servicio del dispositivo (mes) para el tipo de equipo “z”

Se tiene que el Porcentaje de Descuento por Índice de Disponibilidad por tipo de equipo “z” (%D_Dispz) es el siguiente:

Tipo de Equipo “z”	PORCENTAJE MÍNIMO ADMISIBLE PARA IDZ	% DESCUENTO %D_Dispz
Unidades de Procedimiento de Datos	99.6%	1.5%
Sistema de Comunicaciones de Recaudo	99.4%	1.0%
Unidad de Consolidación de Datos	99.4%	1.0%
Terminal de Carga Asistida	99.0%	0.5%
Módulo a Bordo del Bus	99.0%	0.5%

Nota: Se aclara que para el cálculo del índice de confiabilidad y disponibilidad se empleará una (1) cifra decimal, redondeando hacia abajo en el caso de que la segunda cifra decimal sea menor a 5 y hacia arriba en el caso de que la segunda cifra decimal sea mayor o igual a 5.

Si el porcentaje de disponibilidad calculado para el tipo de equipo “z” es menor al mínimo admisible, aplicará el porcentaje de descuento (%D_Dispz). El %D_Dispz a aplicar es la suma de los %D_Dispz así calculados.

El CONCESIONARIO reportará al Ente Gestor durante los primeros ocho días (8) del mes, el cálculo mensual de la Disponibilidad por Tipo de Dispositivo.

Cualquier componente deberá ser reemplazado por uno nuevo cuando falle más de dos veces al mes.

l) El Capítulo 5, Asignación de Riesgos del Contrato, Cláusulas 82, “*Distribución de Riesgos previsibles del Contrato*”, en consonancia con las cláusulas 2, 36, 83, 85. y 136⁶⁰, consagra que a partir de su celebración:

(i) Las partes asumen los efectos derivados de los riesgos tipificados, estimados y asignados en la Matriz de Riesgos Previsibles estipulados en el Anexo 5 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA No. 003 de 2011.

(ii) El Concesionario declara conocer los beneficios y riesgos de la matriz, acepta la suficiencia de su remuneración para asumirlos, la improcedencia de reclamaciones por su acaecimiento y que la concedente no hará reconocimiento alguno, ni entenderá que ofrece garantía ninguna para suprimir o mitigar sus efectos, salvo que así se haya pactado expresamente.

(iii) Respecto de los riesgos no previsibles se acuerda aplicar la teoría de la imprevisión conforme a su regulación normativa.

(iv) Los eventos constitutivos de fuerza mayor y caso fortuito asegurables serán de la órbita del concesionario, quien contratará las pólizas de seguro respectivas para cubrir adecuadamente estos riesgos.

(v) Se consideran imprevisibles los eventos de fuerza mayor y caso fortuito según la definición del artículo 64 del Código Civil y sólo exonerarán al concesionario del cumplimiento de sus obligaciones probando relación causal con conexidad directa entre el hecho y la obligación incumplida, más las circunstancias que lo afecten únicamente las asumirá sin lugar a indemnizaciones ni reclamaciones recíprocas.

⁶⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, cd, folio 260, “Anexo 5 – Matriz de riesgos_Definitivo.pdf”, “ANEXOS DEL PLIEGO DE CONDICIONES”, “LICITACIÓN.”; “Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos” Cuaderno de Pruebas No. 37, cd folio 8, Anexo al memorial de 24 de agosto de 2016, “PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO”, l “Documentos contractuales”, “Contratos de recaudo”, “Documentos Exhibición Judicial”, páginas 486 a 493; y “Acta de Revisión de la Asignación de Riesgos Previsibles” del 26 de abril de 2011, Cuaderno de Pruebas No. 1, cd folio 259, documento titulado “ACTA DE AUDIENCIA DE REVISIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES.pdf”, “LICITACIÓN”, “ACTA DE AUDIENCIA DE REVISIÓN DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS.”

El Anexo 5 Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA No. 003 de 2011 trata de la tipificación, asignación y mitigación de riesgos contractuales del contrato de concesión del SIRCI (numeral 5.1.) y a título informativo inserta la matriz de riesgos de los contratos de operación del SITP (numeral 5.2.).

La matriz dispone sobre el riesgo de implementación⁶¹:

(i) Modificación “del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura”:

“Consiste en el efecto económico en el sistema originado en el cambio del plan de implementación para la puesta en marcha de la operación, ocasionando afectaciones económicas a las partes.

Esta afectación se puede generar cuando se presenten retrasos en la entrega de infraestructura operación o aplazamientos adjudicación en todas las zonas.

La asignación de este riesgo se efectúa de manera compartida ya que existe la probabilidad que la ocurrencia del hecho generador sea originado por la actuación de cualquiera de las partes intervinientes.

Este riesgo corresponderá al concesionario salvo en aquellos casos en que TRANSMILENIO S.A. autorice el pedido de equipos y los mismos no puedan ser operados por razones ajenas a la responsabilidad del concesionario, caso en el cual se reconocerá a este el daño emergente por la incorporación de dichos equipos.

TMSA (100% del riesgo cuando autorice el pedido de equipos y la infraestructura no está lista) CONCESIONARIO DEL SIRCI (los demás eventos)”⁶².

(ii) Demora “en el inicio de la concesión por otros operadores”:

⁶¹ El “Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos” Cuaderno de Pruebas No. 37, cd folio 8, “PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO”, I “Documentos contractuales”, “Contratos de recaudo”, “Documentos Exhibición Judicial”, páginas 486 a 493, indica: b. Implementación Este riesgo se puede generar por alguna modificación que se realice al cronograma proyectado para la puesta en marcha de la concesión, ocasionando afectaciones económicas a las partes. Esta afectación se puede generar cuando se presenten retrasos en la entrega de la infraestructura de operación o por demora en el inicio de operación de las zonas SITP. La asignación de este riesgo se efectúa de manera compartida ya que existe la probabilidad que la ocurrencia del hecho generador sea originado por la actuación de cualquiera de las partes intervinientes.”

⁶² En el Formulario Preguntas y Respuestas Audiencia de Riesgos (Cuaderno de pruebas No. 1, cd folio 260, “LICITACIÓN”, se consigna: “Se da la palabra por parte del Subgerente de TRANSMILENIO S.A. Fernando Rojas al señor Arturo Martínez “(...) Buenos días a todos, yo soy Arturo Martínez y represento a la Empresa de Transportes de Madrid. “Mi pregunta va en relación con la fase de implementación (...) qué pasaría por ejemplo en el supuesto de que se retrasase el proyecto por operación, por no encontrarse los buses actualmente o porque la infraestructura se retrasara durante tres años?, (...) por consiguiente solicito a TRANSMILENIO que tenga en cuenta esta circunstancia, y que no solamente a partir del periodo en el cual los equipos se autorizan, simplemente a partir de un retraso significativo, un retraso en el periodo de implantación del inicio de operación, repercute grandemente en la rentabilidad del negocio e incluso dependiendo del grado de retraso pueda ser inviable el propio negocio, por causales totalmente ajenas al adjudicatario”. RESPUESTAS: “Observaciones del Dr. Arturo Martínez: “Riesgo de Implementación - Modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura. (...) En cuanto al ejemplo presentado, se aclara que el retraso del inicio de operación del SITP por un término de 3 años, en las condiciones actuales del proyecto no es considerado un riesgo previsible, por lo cual no puede ser tipificado, estimado ni asignado. En caso de presentarse un evento de este tipo deberá dársele el tratamiento previsto legal y jurisprudencialmente frente a la teoría de la imprevisión”. El “Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos” Cuaderno de Pruebas No. 37, cd folio 8, “PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO”, I “Documentos contractuales”, “Contratos de recaudo”, “Documentos Exhibición Judicial”, páginas 486 a 493, dice: “En cuanto a la modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura, por la no entrada de otros operadores o por otros inconvenientes que retrasen el inicio simultáneo de la operación. En estos casos, el riesgo de implementación no tiene un efecto económico hasta tanto no se genere el daño, por lo tanto, hasta que no se presente el hecho generador no podrá alegarse ningún tipo de afectación. Es decir, el daño se genera únicamente cuando existan equipos disponibles y no puedan operarse. La minuta del contrato establece que cualquier pedido de equipos que realice el concesionario, debe ser autorizado previamente por TRANSMILENIO S.A., por lo cual la Administración será responsable de la modificación del cronograma de implementación si ha autorizado dichos pedidos y sólo en el caso de que el Concesionario realice el pedido sin dicha autorización, asumirá los riesgos de no operación de estos equipos”.

“Consiste en el efecto económico en el sistema originado en no haber sido adjudicadas todas las zonas o presentarse otro tipo de inconvenientes que retrasa el inicio simultáneo de la operación. TRANSMILENIO S.A. se encuentra en capacidad de controlar los pedidos de equipos a los concesionarios, por lo cual en caso de autorización de dichos pedidos y que esta autorización genere un daño emergente al Concesionario, corresponde al concedente asumir dicho evento. En los demás casos, este riesgo estará en cabeza del concesionario. TMSA (100% del riesgo cuando autorice el pedido de equipos y el SITP no esté listo) CONCESIONARIO DEL SIRCI (los demás eventos)”.

En consonancia, la cláusula 86 del Contrato, establece:

“CLÁUSULA 86. RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL POR RETRASOS EN LA IMPLEMENTACIÓN. El riesgo de que existan retrasos en la implementación del Sistema es del **CONCESIONARIO**. El único caso en el cual el **Ente Gestor** asumirá el riesgo de retrasos en la implementación será cuando éste dé instrucciones al concesionario para que realice las siguientes inversiones: Se hará referencia a dos tipos de inversiones:

Inversión en el centro de recaudo, centros de control y equipos en estaciones de la Fase III del subsistema TransMilenio.

Inversión en equipos en vehículos

Formula de compensación para el caso de inversiones en el centro de recaudo, centros de control y equipos en estaciones de la Fase III del subsistema TransMilenio: [...]”

En cuanto al riesgo regulatorio por variación de tarifas, establece:

“Consiste en el detrimento que en los ingresos del sistema pueda causar una modificación en la tarifa al usuario provocado por un acto de autoridad. TMSA – DISTRITO Cambio de tasas, impuestos y contribuciones. Consiste en el efecto económico originado en las modificaciones en la regulación tributaria nacional, regional o local La imposición de nuevas tasas, impuestos y contribuciones se considera como un hecho imprevisible. CONCESIONARIO DEL SIRCI”⁶³.

TRANSMILENIO S.A., asumió los riesgos por retrasos en la implementación del sistema cuando impartió instrucciones al concesionario para hacer inversiones en el centro de recaudo, centros de control y equipos en las estaciones de la Fase III del Subsistema de TransMilenio e inversión en equipos (Cláusula 86), y el regulatorio por variación de tarifas por acto de autoridad (Cláusulas 43, 45 a 48).

El concesionario, el financiero⁶⁴, cambiario⁶⁵, cartera (por fraude) equipos⁶⁶, demanda⁶⁷, operación⁶⁸, fuerza mayor asegurable.

⁶³ Cuaderno de Pruebas No. 1, cd, folio 260, “Anexo 5 – Matriz de riesgos_Definitivo.pdf”, “ANEXOS DEL PLIEGO DE CONDICIONES”, “LICITACIÓN.” “Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos” Cuaderno de Pruebas No. 37, cd folio 8, “PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO”, I “Documentos contractuales”, “Contratos de recaudo”, “Documentos Exhibición Judicial”, páginas 486 a 493.

⁶⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, cd, folio 260, “Anexo 5 – Matriz de riesgos_Definitivo.pdf”, “ANEXOS DEL PLIEGO DE CONDICIONES”, “LICITACIÓN” y Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos” Cuaderno de Pruebas No. 37, cd folio 8, “PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO”, I “Documentos contractuales”, “Contratos de recaudo”, “Documentos Exhibición Judicial”, páginas 486 a 493.

⁶⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, cd, folio 260, “Anexo 5 – Matriz de riesgos_Definitivo.pdf”, “ANEXOS DEL PLIEGO DE CONDICIONES”, “LICITACIÓN” y Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos” Cuaderno de Pruebas No. 37, cd folio 8, “PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO”, I “Documentos contractuales”, “Contratos de recaudo”, “Documentos Exhibición Judicial”, páginas 486 a 493.

⁶⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, cd, folio 260, “Anexo 5 – Matriz de riesgos_Definitivo.pdf”, “ANEXOS DEL PLIEGO DE CONDICIONES”, “LICITACIÓN” y Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos” Cuaderno de Pruebas No. 37, cd folio 8, “PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO”, I “Documentos contractuales”, “Contratos de recaudo”, “Documentos Exhibición Judicial”, páginas 486 a 493.

⁶⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1, cd, folio 260, “Anexo 5 – Matriz de riesgos_Definitivo.pdf”, “ANEXOS DEL PLIEGO DE CONDICIONES”, “LICITACIÓN” y Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos” Cuaderno de Pruebas No. 37, cd folio 8, “PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO”, I “Documentos contractuales”, “Contratos de recaudo”, “Documentos Exhibición Judicial”, páginas 486 a 493.

⁶⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1, cd, folio 260, “Anexo 5 – Matriz de riesgos_Definitivo.pdf”, “ANEXOS DEL PLIEGO DE CONDICIONES”, “LICITACIÓN” y Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos” Cuaderno de Pruebas No. 37, cd folio 8, “PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO”, I “Documentos contractuales”, “Contratos de recaudo”, “Documentos Exhibición Judicial”, páginas 486 a 493.

m) El Contrato estipula reglas respecto de los bienes afectos a la concesión, la operación del SIRCI, responsabilidad de la planeación estructural del sistema, de recaudo y niveles de servicios, centros de control, estructura administrativa y financiera del concesionario, supervisión y control del concesionario, interventoría, multas, garantías y seguros, toma de posesión, terminación anticipada, reversión, liquidación, las cláusulas de terminación, modificación e interpretación unilateral, caducidad, solución de conflictos, arbitramento en derecho y técnico, cláusula penal pecuniaria, relaciones entre las partes, modificación escrita, domicilio y documentos (Cláusulas 63-136).

El Contrato de Concesión empezó su ejecución con el Acta de Inicio suscrita el 27 de septiembre de 2011⁶⁹, y las partes celebraron los siguientes Otrosíes:

(i) Otrosí No. 1 del 18 de agosto de 2011, modifica fechas y los plazos iniciales para celebrar el contrato de fiducia (Cláusulas 29 y 30)⁷⁰.

(ii) Otrosí No. 2 del 7 de septiembre de 2011, modifica los apartes segundo, tercero y cuarto de la Cláusula 45, el numeral 11.14 de la Cláusula 11 sobre la fiducia SITP, y el aparte 2º de la Cláusula 24 del Contrato de Concesión en torno a la presentación por el Concesionario dentro del segundo mes de la etapa preoperativa del Plan Maestro de implementación para aprobación de TRANSMILENIO S.A.⁷¹.

(iii) Otrosí No. 3 del 21 de diciembre de 2011, modifica el literal B, de la Cláusula 11 del Contrato de Concesión, respecto del cierre financiero⁷².

(iv) Otrosí No. 4 del 15 de marzo de 2012, modifica las Cláusulas 106 y 107 del Contrato de Concesión a propósito de la toma de posesión a favor de los prestamistas o garantes del Concesionario⁷³.

(v) Otrosí No. 5 [“4”] del 6 de julio de 2012⁷⁴, modifica el numeral 15.3.4 del Anexo 2 del Contrato de Concesión en cuanto al cronograma de implementación del SIRCI, estipula la remuneración por las actividades adicionales, los niveles de servicio, precisa el cronograma de implementación del SIRCI, y acuerda, en lo pertinente:

⁶⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 374.

⁷⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 228 y 229.

⁷¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 231 y 232.

⁷² Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 233-235. En sus considerados, se consigna, entre otros aspectos: “Que TRANSMILENIO S.A. aprobó el Plan Maestro de Implementación presentado por el CONCESIONARIO y por ende el cronograma de implementación presentado por él, en los términos del inciso segundo de la cláusula 11 del contrato de Concesión SIRCI”; “Que mediante los oficios radicados 2012EE1037 del 15 de febrero de 2012, 2012EE949 del 3 de febrero de 2012, y 2012EE1396 del 28 de febrero de 2012 TRANSMILENIO aprobó la adquisición de los equipos a cargo del CONCESIONARIO”. Que TRANSMILENIO S.A. mediante visitas adelantadas los días 3 y 4 de marzo de 2012, constató que el CONCESIONARIO contaba con equipos cuya adquisición había sido autorizada por la entidad. Que TRANSMILENIO S.A. ha verificado el avance del cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios de transporte del SITP asociadas a la incorporación de flota, constatando que los mismos pueden iniciar su operación. Que a la fecha no se ha logrado la concertación del Plan de Integración de las Fases I y II y el SIRCI, y se encuentran en evaluación de TRANSMILENIO S.A. las propuestas presentadas por los concesionarios de recaudo. Que el día 30 de junio de 2012 se dio inicio a la entrada gradual del SITP, comenzando por la operación Troncal y alimentadora de la Fase III del Subsistema Transmilenio [...] Que para preservar y garantizar la prestación del servicio público de transporte masivo en el Sistema y desplegar una experiencia pedagógica a los usuarios que facilite la comprensión de la ciudadanía sobre el uso del SITP, mitigue los riesgos de implantación y permita hacer un uso más eficiente de la infraestructura y de la flota disponible, TRANSMILENIO S.A. solicitó al CONCESIONARIO del SIRCI y este aceptó, dar inicio a la implementación del Sistema lo que hace necesario reformular el cronograma de implementación. Que conforme a lo establecido en el numeral 15.3.4 del anexo 2 del contrato de concesión 001 de 2011, el cronograma de implementación del SIRCI puede ser modificado.” (Subrayas ajenas al texto)

⁷³ Cuaderno de Pruebas No. 1, cd folio 260, “OTROSÍ4.pdf”, “OTROSÍES”, “CONTRATO DE CONCESIÓN”.

⁷⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 236-238. La Cláusula quinta del Otrosí No. 6 del 24 de septiembre de 2012, la numeración de este otrosí, 5 en vez “4”.

“15.3.4. Cronograma de implementación del SIRCI:

El siguiente es el cronograma que deberá ejecutar el CONCESIONARIO para la implementación del SIRCI. Este cronograma es indicativo y puede ser modificado por TRANSMILENIO S.A.

Las actividades presentadas en el cronograma, algunas son predecesoras de otras como el mismo cronograma indica. De esta manera para continuar con las actividades siguientes, el CONCESIONARIO debe haber dado cumplimiento a la respectiva (s) actividad (es) predecesora (s). Sin embargo, las actividades del cronograma que se puedan realizar en paralelo, se podrán ejecutar de esta forma siempre y cuando se hayan cumplido con la o las actividades predecesoras.

(...)

Cronograma indicativo

Notas:

El CONCESIONARIO deberá presentar dentro de los dos (2) meses siguientes a la suscripción del Acta de Inicio el Plan Maestro de Implementación del SIRCI, de acuerdo con lo establecido en el presente anexo y en el Anexo 4 del contrato de concesión. Dicho Plan deberá considerar y ser consecuente con el plan de implementación que apruebe TRANSMILENIO S.A. a los concesionarios de operación del SITP. En caso de que TRANSMILENIO S.A. presente observaciones al Plan Maestro de Implementación, el CONCESIONARIO tendrá un plazo de 15 días calendario para presentar el Plan Maestro de Implementación ajustado y atendiendo las observaciones de TRANSMILENIO S.A.

Durante los tres (3) meses siguientes a la suscripción del Acta de Inicio, el **CONCESIONARIO** deberá adelantar reuniones con los Concesionarios del Sistema de Recaudo existente y concertar el Plan de Integración de las Fases I y II y el SIRCI.

El desarrollo de aplicativos de los Subsistemas del SIRCI se realizará durante máximo seis (6) meses después de la aprobación por el ente Gestor del Plan Maestro de Implementación del SIRCI [...]

El suministro de todos los equipos de la plataforma tecnológica de los Subsistemas del SIRCI se realizará dentro de los doce (12) meses siguientes a la aprobación por el ente Gestor del Plan Maestro de Implementación del SIRCI [...]

En todo caso, la instalación de los equipos tanto en buses troncales como en buses zonales estará sujeta a la disponibilidad de la flota”.

El CONCESIONARIO iniciará pruebas de primer nivel en los equipos instalados en las dos (2) primeras estaciones FASE III, en el período comprendido entre el 8 y el 21 de julio de 2012, en los términos del Anexo 2 del Contrato de Concesión[...] A partir del 22 del julio de 2012 se iniciará el cobro a los usuarios del Sistema, momento a partir del cual se entiende iniciada la operación regular del Sistema según la Cláusula 59 del Contrato de Concesión.

Las demás estaciones de la Fase III entrarán en operación gradualmente, de conformidad con el cronograma establecido en el Anexo 1 del presente documento. [...] La operación zonal iniciará a partir de la orden que emita TRANSMILENIO S.A. y se implementará de manera gradual [...]

CLÁUSULA SEGUNDA: REMUNERACIÓN ACTIVIDADES ADICIONALES.- El Concesionario recibirá como remuneración diaria la suma de seis millones trescientos dos mil quinientos treinta y ocho pesos (\$6´302.538) por las actividades adicionales que desarrollará en los términos del Anexo No. 2 del presente Otrosí, en el período comprendido entre el 8 y el 21 de julio de 2012.

La remuneración se pagará con cargo a los recursos disponibles en el Fondo de Estabilización Tarifaria del SITP, con la misma periodicidad prevista en el contrato para la remuneración del CONCESIONARIO.

Esta remuneración constituye un pago integral de las actividades adicionales que se llevarán a cabo en el período comprendido entre el 8 y el 21 de julio de 2012.

CLÁUSULA TERCERA: NIVELES DE SERVICIO.- Las partes acuerdan que, desde el inicio de la operación regular y hasta que se ponga en servicio la vigésima cuarta estación de las troncales de la calle 26 y la Cra 10ª, no se tendrán en cuenta los “Niveles de Servicio” para efectos de calcular la remuneración del CONCESIONARIO del SIRCI y por lo tanto el Factor de Calidad de Servicio $f(Q)_{sirci}$ tomará el valor del 100%. (Subrayas y negrillas ajenas al texto).

Según este Otrosí No. 5, el cronograma para la implementación del SIRCI es indicativo y puede modificarse por la Concedente, el Plan Maestro de implementación debe considerar y ser consecuente con el aprobado por TRASMILENIO S.A., a los concesionarios de operación del SITP, la implementación y operación es gradual, el Concesionario durante los tres meses siguientes al Acta de Inicio se obligó a adelantar reuniones con los Concesionarios del Sistema de Recaudo existente y a **“concertar el Plan de Integración de las Fases I y II y el SIRCI”**, y se estipula su remuneración diaria integral por las actividades adicionales acordadas.

(vi) Otrosí No. 6 del 24 de septiembre de 2012, modifica el literal a) del numeral 4.21.2.2 y el numeral 7.4.2. del Anexo 2 al Contrato de Concesión, por cuanto **“no se han definido las condiciones de integración de los sistemas de recaudo de las Fases I y II y del SIRCI”**, para iniciar la operación del componente zonal del SITP es menester un plan de masificación del medio de pago, y según radicado 2012ER3524 de la Subgerencia Técnica y de Servicios para el 12 de septiembre de 2012 en la fecha de iniciación prevista en el cronograma de implementación de ese componente respecto del primer grupo de rutas, **“no se contará con la integración de los medios de pagos de la Fase I y II del Sistema TransMilenio y la tarjeta “Tullave” que es el medio de pago del SITP”**, por lo cual se acuerda no aplicar las restricciones de venta allí expresadas **“durante el tiempo en que no exista integración de los medios de pagos, salvo que la alternativa de integración que se establezca mantenga indemne a los concesionarios de los sistemas de recaudo de las Fases I, II, III y SITP, respecto de las condiciones aplicables a cada concesión, según sus respectivos contratos”**, desmontar los puntos de venta, recarga y personalización a menos de 500 metros, y la asunción de todos los costos por cuenta y riesgo del Concesionario⁷⁵.

(vii) Otrosí No. 7 del 2 de septiembre de 2013, cuyos considerandos reiteran la integración progresiva del SITP (art. 6º, Decreto Distrital 309 de 2009), la coexistencia e interdependencia de la concesión con otros contratos de concesión, actuales o futuros para la operación del Sistema y el desarrollo de las actividades conexas o complementarias, el recaudo, control, información y servicio al usuario, la iniciación de la etapa *preoperativa* el 27 de septiembre de 2011, las obligaciones del concesionario de suministrar durante esta etapa todos los equipos de la plataforma tecnológica y adelantar todas las actividades propias de la integración del medio de pago con los recaudadores existentes, y hace constar:

“Que durante la etapa preoperativa, el CONCESIONARIO ha adelantado todas las actividades propias de la integración del medio de pago que han estado a su alcance habiéndose adoptado mediante resolución 125 de 2013 el (sic) propuesta de integración del Recaudo presentada por Recaudo Bogotá S.A.S.”

Que para avanzar en la implementación de la solución adoptada se requieren: A) unos módulos SAM que se han solicitado a los operadores de la Fase I y II así como al proveedor de los mismos en Austria, sin que hasta la fecha hayan visto avances con la solicitud, a pesar de que los mencionados módulos SAM constituyen un hito crítico para avanzar, y B) desarrollar software para las barreras de control de acceso a las Fases I y II, a los cuales Recaudo Bogotá no ha podido acceder, como tampoco ha podido conocer el

⁷⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 239-242.

interés y costo para que dichos desarrollos sean efectuados por los concesionarios de Fase I y II o por sus proveedores”

Que conforme a lo anterior no ha podido lograrse la implementación efectiva de la propuesta de integración del recaudo del SIRCI en las fases I y II.

Que ante el imperativo de lograr la integración y garantizar la prelación del interés público que se materializa con la implantación progresiva del SIPT”, el Ente Gestor y el CONCESIONARIO, buscaron medidas alternativas que de forma transitoria habiliten funcionalidades que brinda la integración, mientras se obtienen los Módulos SAM y se adelantan los desarrollos que posibiliten la integración total del medio de pago [...]”

“Que el concesionario propuso dos alternativas temporales para avanzar en la implementación de la propuesta de recaudo adoptada por el Ente Gestor: a) El reemplazo temporal de los módulos SAM de Fase I y II por un software de bajo nivel que se instalará en los torniquetes (BCA) de la Fase III [...] y b) la instalación de BCA en las estaciones y portales de la Fase I y II” (Subrayas y negrillas ajenas al texto).

El Otrosí No. 7, reconoce las dificultades de la implementación progresiva y gradual del SITP y del SIRCI, estipulando soluciones temporales para garantizar la integración del medio de pago mediante la instalación mínima de 176 barreras de control de acceso (BCA) *“dentro de los tres (3) meses” siguientes a su celebración en los sitios señalados expresamente por TRASMILENIO S.A. en su condición de Ente Gestor, haciendo uso de la infraestructura no concesionada del Sistema TransMilenio en orden a respetar y mantener inalteradas las condiciones contractuales de las concesiones de recaudo de las Fases I y II del Sistema”, barreras que “se mantendrán operativas hasta tanto se cuente con los desarrollos de software y módulos SAM que permitan la lectura y validación de la TISC de los recaudadores de Fase III, conforme a la propuesta de integración adoptada”.*

Se acuerda que las inversiones y costos operativos y de mantenimiento de las barreras serán a cargo del concesionario sin lugar a remuneración alguna a su favor por tal virtud, las responsabilidades y compromisos de ambas partes, alternativas tecnológicas transitorias para el acceso de los usuarios de tarjetas emitidas por los recaudadores de las Fases I y II sin responsabilidad adicional del concesionario, y que *“para efectos del artículo 16 numeral 16.32 del contrato de concesión, con la suscripción del presente Otrosí se entiende impartida la autorización de TRASMILENIO S.A. tanto para la adquisición como para la instalación de los equipos que se mencionan en el presente acuerdo”*⁷⁶.

(viii) Otrosí No. 8 del 2 de diciembre de 2013, prorroga en cuatro meses el plazo establecido en la Cláusula Primera del Otrosí No. 7 del Contrato de Concesión⁷⁷.

(ix) Otrosí No. 9 del 11 de febrero de 2014, adiciona un párrafo al numeral 20.3 de la Cláusula 20 del Contrato de Concesión relacionada el diseño de la TISC para el subsidio del SISBEN⁷⁸, y

(x) Otrosí No. 10 del 10 de marzo de 2014, establece las condiciones bajo las cuales el Concesionario *“apoyará, la emisión, personalización y entrega de las TISC que han de utilizarse para implementar la Política de Focalización de Subsidios al Transporte Público para los más Pobres establecida en el Decreto 603 de 2013”*⁷⁹.

⁷⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 243 a 247.

⁷⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1, cd, folio 260, “OTROSÍ 8.pdf”, “OTROSÍES”, “CONTRATO DE CONCESIÓN”.

⁷⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1, cd, folio 260, “OTROSÍ 9.pdf”, “OTROSÍES”, “CONTRATO DE CONCESIÓN”.

⁷⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, cd, folio 260, “OTROSÍ 10.pdf”, “OTROSÍES”, “CONTRATO DE CONCESIÓN”.

3. Sentadas las premisas precedentes, y descendiendo a la cuestión litigiosa, las partes plantean *prima facie* divergencias relativas a la duración del contrato, plazo de la “Etapa Preoperativa”, su terminación y la orden de iniciación de la “Etapa Operativa”.

En sentir de la parte Convocante, el término total y definitivo de duración del contrato corresponde a la sumatoria del plazo de 15 años de la Etapa Operativa, más el indeterminado de la Etapa Preoperativa que se extiende hasta la “*culminación gradual de la implementación del SITP*”, finalización de la “*etapa preoperativa de los contratos de transporte del SITP*”, y el cumplimiento de “*todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa*”, condiciones a las cuales estaba sometida su terminación y la orden de iniciación de la Etapa Operativa, que al impartirse sin su ocurrencia para el 27 de septiembre de 2013, comportan un incumplimiento de TRANSMILENIO S.A. A su juicio, el plazo de de la Etapa Preoperativa empieza con el Acta de Inicio de ejecución del Contrato y termina con la culminación de la implementación del SITP, el cumplimiento de las obligaciones de la implementación y de esa etapa, por lo cual se configura un día incierto e indeterminado que equivale a condición.

Por su lado, agrega, la Etapa Operativa comienza con la orden de iniciación sometida al advenimiento de las señaladas condiciones, termina en la fecha cierta de 15 años, la Preoperativa al verificarse las mismas, y únicamente con su observancia, nacia el derecho de TMSA a emitir la Orden de Inicio de la Etapa Operativa, de lo que pendían las obligaciones de la Etapa Operativa para ambas partes.

Por esto, dice, el plazo de 24 meses señalado en la Cláusula 11, es indicativo, debe interpretarse en el sentido que produzca algún efecto, reconociéndose que la Etapa Operativa sólo inicia cuando cumplidas todas las condiciones se emita la orden de iniciación y no a los 18 o 24 meses estimados.

La Convocada, además de la alegada falta de competencia del Tribunal para juzgar lo que considera un acto administrativo de interpretación unilateral, estima que el plazo de duración del contrato se determina por el máximo de 24 meses meses señalado para la Etapa Preoperativa más los quince años de la Etapa Operativa.

Denota la demandada que la implementación del SITP y del SIRCI, según su regulación normativa y las previsiones de los Pliegos, sus Anexos y el Contrato, es gradual y progresiva, el Plan Maestro de Implementación, y el cronograma de implementación, indicativo, y los retrasos fueron previstos en la matriz de riesgos.

Delimitada la controversia en lo concerniente a este aspecto concreto, definida la competencia de este Tribunal para su conocimiento, en armonía con su régimen jurídico, antecedentes prodrómicos, estudios previos, pliegos de condiciones, sus adendos y anexos, la oferta, adjudicación, denominación, contenido y ejecución práctica, el Contrato número 001 de 2011 del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (SIRCI) celebrado el 1º de agosto de 2011, es estatal de concesión.

Por expresa previsión legal, las estipulaciones del contrato estatal serán las que según las normas civiles, comerciales y las previstas en el estatuto contractual, correspondan a su esencia y naturaleza, las entidades estatales pueden celebrar los contratos permitidos por la autonomía de la “voluntad” y con sujeción a la Constitución Política y a la ley, al orden público, sus principios y finalidades, y

buena administración, podrán incluir las modalidades, condiciones, cláusulas o estipulaciones necesarias y convenientes (art. 40, Ley 80 de 1983).

En ejercicio de la autonomía privada dispositiva, las partes contratantes están autorizadas por el ordenamiento jurídico para estipular en sus contratos y obligaciones, el plazo, la condición o el modo.

La condición es “*acontecimiento futuro, que puede suceder o no*” (art. 1530 c.c.), positivo o negativo (art. 1531 c.c.), dependiente de la “*voluntad del acreedor o del deudor*” (*potestativa*), de un tercero o del acaso (*casual*) o de ambos (*mixta*), no de la “*mera voluntad de la persona que se obliga*” (*simplemente potestativa*), suspende (*suspensiva*) o extingue (*resolutoria*) y debe verificarse en el modo y forma estipulado (arts. 1536, 1537, 1540, 1541 c.c.).

La condición suspensiva somete la prestación o el acto dispositivo a su verificación sin la cual no es exigible ni genera el efecto jurídico que le es propio, y la resolutoria, con su advenimiento, termina o resuelve la obligación o negocio jurídico que genera *ab initio* la plenitud de sus efectos⁸⁰.

Siempre es un acontecimiento futuro e incierto. No hay verdadera condición en hechos sucedidos o por ocurrir con certeza. La incertidumbre y la pendencia son esenciales a su noción. El suceso pasado o actual conocido por las partes o de imposible repetición no es condición a diferencia del ignorado (incertidumbre subjetiva) y susceptible de repetirse que vale como tal referido a su nuevo acontecer (art. 1129 y 1130, C.C.). La condición debe cumplirse en el modo estipulado, so pena de fallar, y extinguir la obligación. No toda estipulación del contrato, o simple mención de la expresión “*condición*” en su texto, configura “*condición*”, y por tanto, “*obligación condicional*”, sino la que pende de un suceso, evento o acontecimiento futuro e incierto, con tal que así se estipule o derive de la estipulación. En particular, las obligaciones de una parte de cuyo cumplimiento penda las de la otra, no son condiciones. A dicho respecto, anota la jurisprudencia:

“*Para la ciencia del derecho privado, **únicamente es obligación condicional** la que subordina su existencia o extinción a un acontecimiento futuro e incierto. Por lo tanto, los elementos constitutivos de la obligación condicional son: 1º) la necesidad de un*

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de octubre de 2010, Expediente 11001-3101-003-2001-00855-01: “[...] las partes en ejercicio de su autonomía privada, libertad contractual o de contratación, podrán alterar los efectos finales o definitivos de un acto dispositivo de intereses según su definición *legis* y disciplina normativa, en atención a los fines a alcanzar, sus designios o conveniencia práctica, con la agregación de concretas modalidades atañederas a la condición, el término y el modo. [...] . Para la Sala las “modalidades” del negocio jurídico son cláusulas accidentales, estipuladas *expressis verbis*, “de las que pueden llegar a depender la existencia, la duración o la estabilidad de los efectos que a dicho negocio le son inherentes”, (Cas. Civ. sentencia de 28 de junio de 1993, exp. 3680, CCXXII, 2461, pp. 600 y ss.). [...] Tratándose de obligaciones a plazo, por lo común, el término no suspende su nacimiento o constitución, y la insolvencia deudorisor comporta su exigibilidad (artículos 1551 y 1553 Código Civil). Tocante a las obligaciones condicionales, se distingue la condición suspensiva y resolutoria; en la primera, el derecho está en pendencia y subordinado a la verificación de la condición; en cambio, en la última, el crédito existe, es exigible y se resuelve cuando acontezca (artículo 1536 Código Civil). Más precisamente, la condición suspensiva, como expresa su *nomen*, suspende el efecto definitivo, normal, usual e inherente al acto, sujetándolo a un evento objetivamente incierto en cuanto futuro, susceptible de ocurrir o no, cuya incertidumbre respecto de su realización ulterior, hace incierta la relación al someter su eficacia a su verificación oportuna e íntegra. Se crea, por lo tanto, una relación jurídica pendiente generatriz de los efectos jurídicos primarios característicos del acto dispositivo y propios de su celebración, como también de un interés tutelado por el ordenamiento. De este modo, pendiente la condición el contrato existente naturalmente genera su efecto vinculante, pero en el estado de pendencia no es exigible su cumplimiento, ni los derechos y obligaciones dimanadas, sino una vez verificada. Tampoco el sujeto pasivo está obligado a cumplirla, y de hacerlo, podrá solicitar la restitución. Igualmente, la obligación no es exigible, descarta la compensación e impide la iniciación del cómputo de prescripción (arts. 1542, 1715, 2535 Código Civil). La incertidumbre se resuelve con la verificación o falta de ocurrencia del acontecimiento futuro, y su consecuencia, es la producción o ausencia definitiva del efecto. Verificado, en línea de principio, el efecto se retrotrae al instante de la celebración del contrato”.

*acontecimiento futuro e incierto; 2º) la sujeción de la obligación a este acontecimiento, y 3º) el carácter voluntario, o sea, convencional, de esta dependencia. **El acontecimiento futuro e incierto no puede consistir en una obligación sino en un hecho. La sujeción de una obligación a otra no constituye ese acontecimiento fáctico.** La dependencia de las dos prestaciones no obedece a la voluntad de las partes sino a la naturaleza de ellas, dado el contrato que las originó.”⁸¹ (Se subraya)*

Esto es así, porque la condición excluye interpretación amplia o extensiva como toda “*modalidad*” restrictiva de la libertad o autonomía dispositiva, y debe consistir en un hecho y no en una obligación.

El plazo, contrario a la condición, es suceso futuro y cierto que necesariamente se sabe ocurrirá y cuándo. Si la ley no lo establece (arts. 1289, 1361, 2225 y 2287), o fija el juez en los casos excepcionales en que se le autoriza, debe pactarse por estipulación expresa (*accidentalía negotia*). Es expreso cuando se establece en la convención con precisión; tácito o implícito si deriva de sus términos; suspensivo o resolutorio cuando suspende la exigibilidad o extingue la vigencia del derecho; determinado o indeterminado, fijo e indefinido, perentorio, máximo e improrrogable, pendiente, en curso o consumado, y en ocasiones, su distinción con la condición puede suscitar algún grado de dificultad, particularmente por defectos de plenitud o claridad de la cláusula. Según el artículo 1139 del Código Civil, el día es cierto y determinado, si se sabe que necesariamente llegará y cuándo; cierto e indeterminado, si necesariamente llegará, pero no se conoce cuándo; incierto y determinado, si no se sabe si ocurrirá en el tiempo señalado; e incierto e indeterminado, el que no se sabe si sucederá ni cuándo. Los días ciertos y determinados son plazo; los demás, condición (arts. 1131 a 1144, C.C.).⁸²

Ahora, la interpretación de un contrato tiende a desentrañar el significado prístino jurídicamente relevante del acto dispositivo y la recíproca intención de las partes, sin modificar ni alterar su contenido⁸³, es labor retrospectiva y prospectiva, al comprender su formación, celebración, ejecución, y contextual, conjunta, armónica e integral, sin restringirse al escrito. Para los contratos estatales las directrices hermeneúicas se contienen en la Constitución Política (Artículos 1º y 209), el Estatuto Contractual expedido con la Ley 80 de 1993, sus normas reglamentarias y modificatorias, y en lo pertinente, el Título XIII, Libro IV, artículos 1618 a 1624 del Código Civil, también aplicables a los negocios jurídicos mercantiles (1º, 822 y 823 del C. de Co)⁸⁴, que imponen considerar los fines y principios de la contratación estatal, la buena fe, el equilibrio o equivalencia entre las prestaciones y derecho⁸⁵, pautas de la función administrativa, normas rectoras de la conducta de los servidores públicos, los principios generales del derecho, los particulares del derecho administrativo y los de la buena administración.

⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 31 de mayo de 1938, G.J. XLVI, 573; 17 de noviembre de 1939, XLVIII, 888.

⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 3 de julio de 1969, G.J.t. CXXXI, 12

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de marzo de 1927; cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, SC-007-2008], exp. 2001-06915-01: “[...] la labor del juez no se orienta a enervar, reemplazar o suplantar la autoridad del *dominus negotii*, ni a modificar, eclipsar, adulterar o desvirtuar sus estipulaciones (cas. marzo 27/1927), está ceñida a “*la fidelidad*” del pacto (cas. agosto 27/1971, CCLV, 568)”, sin convertirse en “mero reproductor” ni “autómata”.

⁸⁴ Artículo 28, Ley 80 de 1993: “De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

⁸⁵ Artículos 3º y 23 Ley 80 de 1993

Delanteramente se indagará la común, convergente, homogénea y real intención de las partes, sin limitarse al texto exegético, gramatical o semántico (Principio de la prevalencia de la intención de las partes)⁸⁶, los términos del contrato aplicarán a la materia contratada (Principio de especificidad)⁸⁷, preferirá el sentido eficaz de la estipulación según su naturaleza respecto de aquel en que no la produzca (Principio de interpretación útil, efectiva o conservatoria),⁸⁸ según “*la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato*”, incluidas las “*cláusulas de uso común aunque no se expresen*” (art.1621, C.C., Principio de Interpretación naturalística o usual), examinándose en forma sistemática, integral, contextual y en conjunto las cláusulas, “*dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad*” (Principio de interpretación contextual e integral, art.1622, C.C.)⁸⁹ que podrán interpretarse por “*las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia*”⁹⁰ o “*por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte*” (Principios de interpretación extensiva y auténtica) art.1622, C.C.)⁹¹, sin restringir la explicación a aquellos casos a los cuales naturalmente se extiende, salvo pacto en contrario (Principio de interpretación excluyente o extensiva, art. 1623, C.C), y de subsistir alguna duda, las estipulaciones

⁸⁶ Art. 1618 del Código Civil: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. LuíS CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, tomo duodécimo, De las obligaciones, Santiago de Chile 1979, 16 y ss. “Esta regla, en cuanto prescribe al juez la investigación de la voluntad de los contratantes, domina todas las otras disposiciones del título: ella supone que los términos de la convención no son absolutamente claros y exigen esta investigación. Naturalmente, si el sentido literal, o, como dice Pothier, gramatical, de las expresiones empleadas por los contratantes bastare para determinar la naturaleza y alcance de la convención, el juez no tendría para qué investigar si la verdadera intención de las partes es diferente de la que los términos empleados por ellas para expresarse suponen necesariamente. Debe admitirse, por regla general, que las palabras de que los contratantes se han servido, expresan con exactitud su pensamiento; y por consiguiente, cuando el sentido de estas palabras es evidente y razonable, no hay ningún otro elemento de prueba que pueda hacer conocer con mayor seguridad la voluntad de las partes”. Christian LARROUMET, *Teoría General del Contrato*, traducción de Jorge Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 1993, 112.

⁸⁷ Artículo 1619 C.C: “Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de noviembre de 1899. Gaceta Judicial año 14, pp. 376 ss; cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, SC-007-2008], exp. 2001-06915-01.

⁸⁸ Artículo 1620 C.C: “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, SC-007-2008], exp. 2001-06915-01: “[...], el hermeneuta preferirá la interpretación más conveniente al efecto útil del acto respecto de aquél en que no lo produzca (*Utile per inutile non vitiatur*), tanto cuanto más por la relevancia abstracta del negocio, las cargas de la autonomía privada, en particular, las de legalidad, previsión, sagacidad, corrección, buena fe, probidad y el principio de cooperación negocial que imponen a las partes desde el *iter negotii* la carga de conocer, respetar y aplicar la disciplina normativa (*ignoranti legis non excusat*), evitar causas de irrelevancia e ineficacia y colaborar armónicamente en la integración y regularidad del acto.”.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de agosto de 1935; Gaceta Judicial XLII., 343. “Sólo así es posible aprehender la idea dominante de las partes y construir con sus palabras una figura jurídica”; cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, SC-007-2008], exp. 2001-06915-01: “En sentido análogo, los cánones hermenéuticos de la *lex contractus*, comportan el análisis *in complexu*, sistemático e integral de sus cláusulas “*dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad*” (art.1622 C.C.), plenitud e integridad y no el de uno de sus apartes o segmentos (*Tota in toto, et tota in qualibet parte*), según de vieja data postula la Corte al destacar la naturaleza orgánica unitaria, compacta y articulada del acto dispositivo “*que por lo regular constituye una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de otras como partes autónomas*” (cas. civ. 15 de marzo de 1965, CXI y CXII, 71; 15 de junio 1972, CXLII, 218; sentencia de 2 de agosto de 1935, Gaceta Judicial XLII, pág. 3437, 7 de octubre de 1976)”. LuíS CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, tomo duodécimo, De las obligaciones, Santiago de Chile 1979, 26 y ss.

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de noviembre de 1897. Gaceta Judicial, año 13, p. 117. “*Cuando un contrato es reformativo de otro, deben tenerse en cuenta, para fijar su inteligencia, las cláusulas de ambos y no tan solo las del segundo*”; Sentencia de 1º de octubre de 2004; Exp.: 7560.

⁹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, SC-007-2008], exp. 2001-06915-01: “En la búsqueda del designio concurrente procurado con el pactum, se confiere singular connotación a la conducta, comportamiento o ejecución empírica significativa del entendimiento de los sujetos al constituir de lege utenda una “interpretación auténtica que le imprime vigor al real sentido del contrato por la aplicación práctica que las partes han hecho del mismo” (art. 1622, C.C. cas.civ. S-139-2002 [6907], agosto 1/2002 reiterando cas. octubre 29/1936, XLIV, 456).

ambiguas se interpretarán a favor del deudor (*favor debitoris* o *pro debitoris*), pero las extendidas o dictadas por una parte, acreedora o deudora, serán interpretadas en su contra, siempre que la ambigüedad provenga de omitir la explicación debida (*interpretatio contra proferentem* o *stipularorem*, art. 1624 C.C)⁹².

En lo atañedor a la interpretación del contrato estatal, el Consejo de Estado, ha puntualizado:

“8.3 [...] la hermenéutica de los objetos jurídicos –ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc. – es un proceso que tiene como propósito desentrañar el sentido de los textos respectivos y que el primer instrumento que debe utilizarse para ello es la materia sobre la cual se exterioriza la voluntad de quien lo ha creado, es decir, el texto jurídico.

“8.3.1 Diferentes fuentes de la tradición jurídica romana –“cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio”⁹³– y medieval –“in claris non fit interpretatio”–, incorporadas ampliamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico –“Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consulta su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.” “Artículo 1618.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras.”– guían al intérprete judicial en el sentido señalado, al poner de presente cuán importante es lo literal para interpretar un objeto, como punto de partida del trabajo respectivo.

Si bien es cierto que el artículo 1618 establece que la intención de los contratantes prevalece sobre el sentido gramatical, también lo es que, de manera armónica con el artículo 1627 –“El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación...”–, impone al intérprete tomar el texto como primer elemento, pues se entiende que la voluntad del autor reside en su declaración final, salvo que se conozca claramente y que se acredite en el proceso judicial, que su intención era diferente a la que aparece en el texto

“8.3.2 En ningún momento sugiere la Sala una posición literal o exégeta que agote el proceso hermenéutico en el texto –algo así constituiría claramente un error, pues el texto obedece a un contexto que habrá lugar a analizar para discernir el significado relevante para el derecho–, pero sí afirma que el primer paso que se debe adelantar con el propósito de entender jurídicamente el pliego de condiciones y la propuesta de los oferentes, precisa de atención, detenimiento y cuidado en el sentido gramatical correspondiente, como reflejo de la intención final del autor del texto, pues en muchos casos este criterio será preponderante y suficiente.

[..]

“9 No obstante lo anterior, la Sala encuentra pertinente recordar que existe una regla de interpretación, consagrada en diferentes artículos de nuestro ordenamiento jurídico⁹⁴, denominada interpretación sistemática o coherente, la cual pone de presente la correlación

⁹² Luís CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, tomo duodécimo, De las obligaciones, Santiago de Chile 1979, pág. 28 y ss: “Esta regla supone que la duda sobre el verdadero sentido de las cláusulas o de una cláusula de un contrato no ha podido desaparecer con la aplicación de todas las demás reglas interpretativas que pudieran ser aplicadas y que resultan, por lo tanto, inaplicables o insuficientes para solucionar la ambigüedad de la cláusula”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, cas. civ. sentencia de 1º de agosto de 2002, Exp. 6907.

⁹³D.32, 25,1 PAULO”.

⁹⁴ “En relación con la interpretación de la ley, el Código Civil dispone: “Art. 30.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”. A propósito de la interpretación de los contratos, el artículo 1622 del Código Civil establece: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”. Por su parte, el Código de Procedimiento Civil prescribe: “Artículo 187.- Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos...” “Artículo 250.- Apreciación de los indicios. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.” “Artículo 258.- Indivisibilidad y alcance probatorio del documento. La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, y comprende aun lo meramente enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.”

entre las partes constitutivas de un discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo del que hacen parte –“incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iuducare vel respondere”⁹⁵–. La correlación y referencia posibilitan la iluminación recíproca del significado entre el todo y los elementos constitutivos⁹⁶”.

“9.1 De conformidad con este criterio, los pliegos y la propuesta deben ser interpretados en función de las diferentes partes que los conforman, sin aislar o separar una de ellas del conjunto...”⁹⁷

De conformidad con la Cláusula 8 del Contrato de Concesión 001 de 2011, el plazo de duración “se estima en dieciséis (16) años, el cual se desarrollará en etapas, como se describe en las cláusulas siguientes”:

(i) “Etapa Preoperativa”.

Según la Cláusula 11 del Contrato, la “Etapa Preoperativa”:

- Comienza “a partir del acta de inicio o ejecución del contrato”, “
- se extenderá hasta la culminación de la implementación gradual del SITP”;
- “Se estima como plazo para esta etapa dieciocho (18) meses”;
- “sin embargo podrá ser mayor o menor, de conformidad con el plan de implementación gradual del SIRCI, presentado por el CONCESIONARIO y aprobado para el efecto por TRANSMILENIO S.A.”;
- “sin que en ningún caso esta etapa pueda ser superior a veinticuatro (24) meses”.

En esta etapa, el Concesionario “deberá cumplir como mínimo con las siguientes obligaciones, de acuerdo con el cronograma que se detalla en el anexo 2 del contrato “Especificaciones técnicas operativas”, dentro de éstas las de presentar el Plan Maestro de Implementación (PMI) consecuente con el plan de implementación aprobado a los concesionarios de operación del SITP, el de Calidad y el cumplimiento de las especificaciones técnicas operativas, según lo establecido en los Anexos 2 y 4 del Contrato, adelantar “reuniones con los Concesionarios del Sistema de Recaudo existente y concertar el Plan Integración de las Fases I y II y el SIRCI”, y presentará dentro del segundo mes de la etapa preoperativa el Plan Maestro de Implementación para aprobación de TRANSMILENIO S.A., que revisará y entregará las observaciones para su ajuste final (Literal A, Cláusula 11).

“Durante esta etapa, el CONCESIONARIO deberá entregar en operación la totalidad de los componentes, dispositivos y elementos de software y hardware que componen la plataforma tecnológica, bajo responsabilidad del CONCESIONARIO, en los buses, que de acuerdo con el cronograma se requieran para el inicio de la operación, centros de control zonal, centro de control Ente Gestor y en los respectivos medios de conectividad requeridos para la correcta operación del SITP.” (Cláusula 11, Subrayas ajenas al texto).

(ii) “Etapa Operativa”.

De acuerdo con la Cláusula 12 del Contrato, la etapa de operación:

⁹⁵ D.1.3.24 CELSO: Es contra derecho juzgar o responder en vista de alguna parte pequeña de la ley, sin haber examinado atentamente toda la ley.

⁹⁶ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente n.º 40.124, C.P. Danilo Rojas Betancourth”.

⁹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2012, radicado No 250002326000199703808 01. Ponente, Dr. Danilo Rojas Betancourth”.

- “comienza con la orden de inicio de operación del contrato dada por parte del Ente Gestor y se extenderá por quince (15) años”;
- “La orden de inicio de la etapa operativa se expedirá cuando finalice la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del SITP”;
- y
- “[p]ara la expedición de la orden de inicio de la etapa de operación del contrato por parte de TRANSMILENIO S.A., se deberá haber cumplido con todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”.

La Cláusula 24 del Contrato, en cuanto a las obligaciones del concesionario respecto de la implementación del proyecto, prevé el inicio de la operación del SIRCI según “el cronograma de implementación establecido en el contrato de concesión de la licitación pública No. TMSA- LP-004 de 2009”, que se ajustará periódicamente conforme a los lineamientos del Ente Gestor, la entrega a TRANSMILENIO S.A. dentro de los 30 días siguientes a la firma del contrato (1º de agosto de 2011) del “Plan de Implementación de la Operación”, quien podrá solicitar ajustes y correcciones dentro del mes siguiente, y reitera que el “*cronograma de implementación es solamente indicativo*”.

La interpretación conjunta, sistemática e integral de las Cláusulas 11 y 12 del Contrato 001 de 2011, en armonía con sus estipulaciones, anexos, documentos contractuales, conducta de las partes durante su ejecución práctica, naturaleza del contrato de concesión y régimen jurídico, precisa que la etapa preoperativa está sujeta a un plazo cierto, fijo, perentorio y máximo de veinticuatro (24) meses a partir del acta de iniciación del contrato suscrita el 27 de septiembre de 2011⁹⁸.

Como invoca la Parte Convocante, la Cláusula 11, en efecto expresa que la Etapa Preoperativa “se extenderá hasta la culminación de la implementación gradual del SITP”, y la Cláusula 12, que la orden de inicio de la “Etapa Operativa” o de la operación “se expedirá cuando finalice la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del SITP” y “se deberá haber cumplido con todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”.

Empero, las referidas expresiones no desvirtúan la certeza del plazo ni comportan su indeterminación o condicionamiento, en tanto su recta inteligencia corresponde al sentido armónico, conjunto e integral, no aislado o fragmentario.

En efecto, la estipulación es clara, expresa e inequívoca al indicar que la Etapa Preoperativa comienza a partir del acta de inicio del contrato, estima un plazo de “dieciocho (18) meses” que “podrá ser mayor o menor de conformidad con el Plan Maestro de Implementación” presentado por el Concesionario y aprobado por TRANSMILENIO S.A., y precisa que “**en ningún caso esta etapa pueda ser superior a veinticuatro (24) meses**”, naturalmente a partir de la firma del acta de ejecución.

Nótese que los extremos temporales establecidos en la Cláusula 11, son ciertos definidos, que necesariamente han de llegar, y se sabe cuándo: i) desde cierto día, el de la firma del acta de iniciación del contrato, o sea, el 27 de septiembre de 2011 y ii) hasta cierto día, a los veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de la mencionada acta.

De este modo, las citadas expresiones contenidas en la Cláusula 11, respecto a que la etapa preoperativa “(...) se extenderá hasta la culminación de la implementación gradual del SITP.”, y en la Cláusula 12, en cuanto a que la orden

⁹⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 374.

de iniciación de la etapa operativa “se expedirá cuando finalice la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del SITP” y “se deberá haber cumplido con todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”, no deben entenderse ni aplicarse de manera unitaria sino en su conjunto, el sentido útil, eficaz o relevante que mejor convenga al contrato en su totalidad, a su naturaleza, recíproca intención plasmada en los documentos contractuales, ejecución práctica, y no equivalen a condición y menos a un plazo indeterminado, porque la estipulación contiene un término perentorio, cierto y determinado para la duración de esa etapa, dentro del cual el “CONCESIONARIO deberá cumplir como mínimo con las siguientes obligaciones, de acuerdo con el cronograma que se detalla en el anexo 2 del contrato “Especificaciones técnicas operativas”, “entregar en operación la totalidad de los componentes, dispositivos y elementos de software y hardware que componen la plataforma tecnológica, bajo responsabilidad del CONCESIONARIO, en los buses, que de acuerdo con el cronograma se requieran para el inicio de la operación, centros de control zonal, centro de control Ente Gestor y en los respectivos medios de conectividad requeridos para la correcta operación del SITP.” (Se destaca).

La implementación del SITP y del SIRCI, por previsión legal y referencia explícita en los documentos contractuales, se diseñó gradual y progresiva con sujeción a los principios de coordinación y colaboración de los distintos agentes del sistema, el Ente Gestor, concesionarios y operadores, cuyos contratos son coexistentes e interdependientes, de conformidad con el “Plan Maestro de Implementación” consecuente con el “plan de implementación” aprobado a los concesionarios de operación del SITP, y al “plan de implementación de la operación” que el concesionario del SIRCI entregará para su aprobación a TRANSMILENIO S.A. dentro de los treinta días calendarios siguientes a la fecha de suscripción del contrato, sus ajustes y correcciones ulteriores, o “modificaciones en cualquier momento de la vigencia de la concesión”, considerando su carácter “indicativo”. (Se destaca).

En coherencia, el Anexo 2 del Contrato, “Anexo Técnico. Especificaciones Técnico-Operativas y de puesta en funcionamiento del SIRCI”⁹⁹, previa descripción de la “*realidad física del Sistema*”, necesidad de la integración de los operadores, enunció unos “*Principios de Transición*” gradual -numeral 4.4. “Plan de Implementación del SIRCI” del Anexo 1, Resumen Ejecutivo, Diseño Conceptual del SIRCI”, que comprenden las “*acciones previas*” (Período T0 a T1), en concordancia con el Anexo 2 de la minuta de contrato-Plan de Implementación –definitivo” del pliego de condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-004 de 2009 que seleccionó las propuestas más favorables para la adjudicación de trece (13) contratos de concesión, la programación gradual “*en el tiempo de todas las rutas*” para instalar los equipos en todos los buses con los dispositivos del SIRCI y para el recaudo en estaciones y portales de la fase 3, previendo la “coexistencia de las rutas” del TPC con el SITP hasta lograr “*la operación del 100% del sistema*”, considerando la operación de las Fases I y II del Sistema TransMilenio por los operadores de recaudo actual y su continuidad bajo una tarifa integrada, las pruebas, su finalización y aprobación, a partir de la cual se “podrá comenzar la implementación gradual de las rutas seleccionadas”(T1-T2), así como la entrega y operación de los centros de control zonal y del ente gestor (T2, en adelante). (Se destaca).

En armonía con el plazo estimado para la etapa preoperativa de “dieciocho (18) meses” y las listadas obligaciones del concesionario del SIRCI (Cláusula 11), el

⁹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 167-227

mencionado Anexo 2 del Contrato, “Anexo Técnico. Especificaciones Técnico-Operativas y de puesta en funcionamiento del SIRCI”, en el numeral 15.3.4, “Cronograma de implementación del SIRCI”, al enunciar las actividades a ejecutar y sus tiempos (en meses), señaló dieciocho (18) meses para realizar las actividades tendientes a la implementación del SIRCI, precisando que el cronograma es indicativo y “puede modificar TRANSMILENIO S.A.”

Estableció con claridad que las actividades del cronograma, *“algunas son predecesoras de otras como el mismo cronograma lo indica. De esta manera, para continuar con las actividades siguientes, el CONCESIONARIO debe haber dado cumplimiento a la respectiva(s) actividad(es) predecesora(s)”*, y las que se puedan realizar en paralelo, *podrán ejecutarse “siempre y cuando se hayan cumplido con la o las actividades predecesora”*. Asimismo, que el concesionario deberá concertar el Plan de Integración de las Fases I y II y el SIRCI.

Lo anterior, acredita que la implementación se proyectó en forma gradual, progresiva y armónica con los distintos componentes del sistema, sujeta a la coordinación, cooperación, coexistencia e interdependencia de los agentes del sistema, y a la ejecución en los tiempos (meses) de un conjunto de actividades, algunas predecesoras y necesarias para las siguientes, unas a cargo del concesionario, los operadores existentes, la concedente, otras de todos, en un período de (18) meses, que en la Cláusula 11 las partes previeron podía ser menor o mayor, pero en ningún caso superior al plazo cierto y determinado de veinticuatro (24) meses a partir del acta de inicio del contrato, a cuya llegada contemplaron la posibilidad de la implementación total del SITP y se expediría la orden de inicio de la etapa operativa, pero también la eventualidad de no culminarla en su totalidad y que la etapa preoperativa no se extendiera hasta la implementación íntegra del SITP al 100%, sino hasta la fecha cierta y determinada, que necesariamente ha de llegar, y se sabe cuándo, la llegada del día de vencimiento de los veinticuatro (24) contados a partir de la fecha de suscripción del acta de ejecución, en cuyo caso a su vencimiento terminaba y debía impartirse la orden de iniciar la operación con el cumplimiento *“como mínimo”* de las obligaciones enunciadas en la citada cláusula 11, dentro de éstas la entrega en operación de la *“de los componentes, dispositivos y elementos de software y hardware que componen la plataforma tecnológica, bajo responsabilidad del CONCESIONARIO, en los buses, que de acuerdo con el cronograma se requieran para el inicio de la operación, centros de control zonal, centro de control Ente Gestor y en los respectivos medios de conectividad requeridos para la correcta operación del SITP.”*. (Se destaca).

Las partes, por demás, en la matriz de riesgos, como quedó dicho, contemplaron el “riesgo de implementación” en virtud de la *“modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura”*, y demora *“en el inicio de la concesión por otros operadores”*, y en la cláusula 86 del Contrato, el restablecimiento de la ecuación contractual *“por retrasos en la implementación”*, cuyo riesgo *“es del Concesionario”* y el *“único caso en el cual el Ente Gestor asumirá el riesgo de retrasos en la implementación será cuando éste dé instrucciones al concesionario para que realice las siguientes inversiones: Se hará referencia a dos tipos de inversiones: Inversión en el centro de recaudo, centros de control y equipos en estaciones de la Fase III del subsistema TransMilenio. Inversión en equipos en vehículos”*. (Se destaca).

El entendimiento que se deja expuesto, es también convergente con la ejecución práctica del contrato y la conducta de las partes, plasmada en las modificaciones introducidas al contrato de concesión.

Mediante comunicación 2012EE640 del 2 de febrero del 2012, TRASMILENIO S.A. aprueba la versión 3.0 del Plan Maestro de Implementación presentado por el Concesionario, como documento de referencia que no incluye el tema de integración, “condicionado al desglose en detalle por procesos” y a “futuras modificaciones, ampliaciones o redefiniciones en la medida en que sea aprobada la propuesta de integración con los recaudadores de las Fases I y II de TransMilenio, o aquellas que se consideren necesarias durante la ejecución del proyecto”¹⁰⁰. (Se destaca).

En el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012, las partes de consuno modifican el numeral 15.3.4 del Anexo 2 del Contrato de Concesión respecto del cronograma de implementación del SIRCI, reiteran que “es indicativo y puede ser modificado por TRANSMILENIO”, la obligación del Concesionario de adelantar reuniones con los Concesionarios del Sistema de Recaudo existente “y concertar el Plan Integración de las Fases I y II y el SIRCI”, precisan que en “todo caso, la instalación de los equipos tanto en buses troncales como en buses zonales estará sujeta a la disponibilidad de la flota”, y convienen la remuneración integral por las actividades adicionales en el período comprendido entre el 8 y el 21 de julio de 2012¹⁰¹. (Se destaca).

En el Otrosí No. 6 del 24 de septiembre de 2012, hacen constar que “no se han definido las condiciones de integración de los sistemas de recaudo de las Fases I y II y del SIRCI”¹⁰², y en el Otrosí No. 7 del 2 de septiembre de 2013, el cumplimiento por el Concesionario de todas las “todas las actividades propias de la integración del medio de pago que han estado a su alcance habiéndose adoptado mediante resolución 125 de 2013 el (sic) propuesta de integración del Recaudo presentada por Recaudo Bogotá S.A.S.”, que “no ha podido lograrse la implementación efectiva de la propuesta de integración del recaudo del SIRCI en las fases I y II”, y se acuerdan soluciones temporales, cuyos costos e inversiones serán de cargo del Concesionario sin remuneración alguna a su favor.¹⁰³ (Se destaca).

Con comunicación 2013EE11949 del 13 de septiembre de 2013, TRANSMILENIO S.A., tiene “cumplidas las obligaciones de la etapa preoperativa” a cargo del concesionario¹⁰⁴, parcialmente las de desarrollar los aplicativos de los Subsistemas del SIRCI”, porque “están desarrollados, pero requieren de ajustes”, otorga un plazo no mayor a cuatro meses para tal efecto, las de implementación con la presentación del PMI, los 24 meses de la etapa preoperativa vencen el 27 de septiembre de 2013, la totalidad de los contratos del SITP se encuentran en etapa operativa, “el Ente Gestor reitera lo indicado en el oficio 2013EE1383 al establecer que la etapa preoperativa termina a los 24 meses contados a partir del acta de inicio, es decir el 27 de septiembre de 2013”, y “que la orden de inicio de la etapa operativa del contrato de concesión No. 01

¹⁰⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2. Folio 407. En dicha comunicación se expresa que con la comunicación 01536 del 28 de noviembre de 2011, el Concesionario presentó el Plan Maestro de Implementación; posteriormente con radicados ER00986 de 24 de enero de 2012 y correo electrónico del 28 de diciembre de 2011; TRANSMILENIO S.A. con oficios EE9189 del 13 de diciembre de 2001, EE189 y EE309 del 12 y 18 de enero de 2012 formuló observaciones, y analizada la última versión impartió su aprobación. La comunicación CC/TM-0068-28112011 radicado 01536 del 28 de noviembre de 2011 del Concesionario remitiendo el Plan Maestro de Implementación, consta en el Cuaderno de pruebas No. 4, cd, 85 bis. “51.pdf.

¹⁰¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 236-238. La Cláusula quinta del Otrosí No. 6 del 24 de septiembre de 2012, la numeración de este otrosí, 5 en vez “4”.

¹⁰² Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 239-242.

¹⁰³ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 236-238. La Cláusula quinta del Otrosí No. 6 del 24 de septiembre de 2012, la numeración de este otrosí, 5 en vez “4”.

¹⁰⁴ En el mismo sentido, testimonio rendido el 9 de noviembre de 2015 por Carlos Alirio García Romero, Director de Tecnologías, información y comunicación de TRANSMILENIO S.A. Cuaderno de pruebas No. 11, folios 153 a 182, y 19 transcripción.

de 2011, es a partir del 28 de septiembre de 2011”¹⁰⁵. Por otro lado, el concesionario solicitó autorización y aprobación de las órdenes de compra de equipos¹⁰⁶, inversión en equipos, vehículos enunciados en el Anexo IV – Equipos del Sistema del Plan Maestro de Implementación, y en el Centro de Recaudo, Centros de Control y equipos en estaciones de la Fase III del Subsistema TransMilenio, que fueron autorizadas, como consta además en los considerandos del Orosí No. 5, cuya instalación “tanto en buses troncales como en buses zonales estará sujeta a la disponibilidad de la flota”¹⁰⁷, y para adquirir equipos a ser instalados en las estaciones de las Troncales Calle 26 y Carrera 10¹⁰⁸, que fue impartida por la concedente¹⁰⁹. (Se destaca).

La integración total del medio de pago que experimentó dificultades extremas, según TMSA se verificó desde el 29 de noviembre de 2013 pero la integración tarifaria sólo culminó el 30 de agosto de 2015¹¹⁰ y para la Convocante, el 1º de septiembre de 2015.

Por todo lo anterior, el Tribunal comparte y acoge el concepto emitido por la señora Agente del Ministerio Público, Procuradora Quinta Judicial Administrativa.

Ahora, tratándose de verdaderas condiciones a las que se someta la producción o terminación de los efectos un negocio jurídico, la exigibilidad, el cumplimiento o

¹⁰⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 248 a 251. La comunicación 2013EE1383 del 11 de febrero de 2013 visible en el Cuaderno de pruebas No. 4, cd folio 85 bis. “5.pdf”, informa al concesionario que “*está próximo a vencerse el término máximo ordenado en la cláusula 11 del contrato 01 de 2011, que establece que la etapa preoperativa en ningún caso puede ser superior a 24 meses (...) este plazo se vence el próximo 27 de septiembre de 2013*”, y en igual sentido la comunicación 2013EE10018 del 5 de agosto de 2013 (Cuaderno de Pruebas No. 4. Folio 85 bis, documento titulado “6.pdf”. El concesionario en comunicación RL-CC/TM-0000168591-890-23092013 del 09 de septiembre de 2013, señaló que “*la postura del Ente Gestor cambia las condiciones bajo las cuales se licitó y suscribió el Contrato de Concesión 001 de 2011, por vía de una interpretación que no compartimos, por considerar que está descontextualizada (...)*”(Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 248- , circunstancia reiterada en RL-CC/TM-156968-867-04092013, radicado 2013ER16683, del 23 de septiembre de 2013 (Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 252-258); posteriormente con la RL-CC/RBSAS-265709-14022014 del 14 de febrero de 2014 (Cuaderno de Pruebas No. 3. Folio 169), solicitó el restablecimiento del equilibrio económico, petición negada por TRANSMILENIO S.A. con la 2014EE7761 del 2 de mayo de 2014. (Cuaderno de Pruebas No. 4, cd 280 bis, documento “2014ee7761 respuesta a 2014er3838 desequilibrio económico. pdf”

¹⁰⁶ Comunicaciones 2012ER1849 del 10 de febrero de 2012, 2012ER1245, 2012ER1246, 2012ER1247 y 2012ER1251 del 31 de enero de 2012, y 2013ER16868 del 11 de septiembre de 2013. (Cuaderno de Pruebas No. 5. folio 630 y Cuaderno de Pruebas No. 4, cd, folio 85 bis. “59.pdf”, “60.pdf”, “61.pdf”, “63.pdf”.

¹⁰⁷ Comunicaciones 2012EE1396 del 28 de febrero del 2012, 2012EE1037 del 15 de febrero de 2012, y 2012EE949 del 13 de febrero de 2012. Cuaderno de pruebas No. 4, cd folio 85 bis. “66.pdf”, “65.pdf”, “64.pdf”. El otrosí No. 5, consigna: “Que mediante los oficios radicados número 2012EE1037 del 15 de febrero de 2012, 2012EE949 del 13 de febrero de 2012, y 2012EE1396 del 28 de febrero de 2012 TRANSMILENIO SA aprobó la adquisición de los equipos a cargo del CONCESIONARIO. “Que TRANSMILENIO S.A mediante visitas adelantadas los días 3 y 4 de mayo de 2012, constató que el CONCESIONARIO contaba con equipos cuya adquisición había sido autorizada por la entidad”

¹⁰⁸ Comunicaciones 2012ER1849 del 10 de febrero de 2012 y 2013ER16868 del 11 de septiembre de 2013. Cuaderno de pruebas No. 4, cd, folio No. 85 bis. “62.pdf” y “63.pdf”.

¹⁰⁹ Comunicaciones 2012EE949 del 13 de febrero de 2012, 2012EE1037 del 15 de febrero de 2012, 2012EE1396 del 28 de febrero de 2012 Cuaderno de pruebas No. 4, cd, folio No. 85 bis. Documentos “64.pdf”, “65.pdf”, “66.pdf”: y Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 99 a 231.

¹¹⁰ Testimonio rendido el 9 de noviembre de 2015 por Carlos Alirio García Romero, Director de Tecnologías, información y comunicación de TRANSMILENIO S.A: “: Cuál es el estado actual de esa integración del medio de pago? SR. GARCÍA: Eso está cumplido al 100%, la integración del medio de pago desde el 29 de noviembre del 2013, es posible con una tarjeta, en este caso con la tarjeta Tullave entrar a cualquier estación o a cualquier bus para pagar el pasaje y utilizar los servicios, tal como lo define el Decreto 309, el 29 de noviembre del 2013 fue la Resolución 125 fue de abril, del 29 de abril del 2013, firmó unos plazos, esa Resolución la recurrieron los operadores de recaudo. Pero finalmente se logró que esta tarjeta tu llave tuviera la integración del medio de pago para esa fecha, quedó faltando la integración tarifaria, la integración tarifaria es de los trasbordos, para ello continuando con el proceso con los operadores fue necesario encontrar una solución en el contexto de reemplazar la tecnología que había anteriormente de los operadores de fase 1 y fase 2, retirar todos sus torniquetes, sus equipos de recarga, un proceso que empezó en febrero de este año y terminó el 30 de agosto de este año. De manera que hoy en día incluso no sólo la integración del medio de pago sino la integración tarifaria ya está al 100% operando, con cualquier tarjeta pueden entrar a las estaciones, pero también pueden beneficiarse de los trasbordos”. Cuaderno de prueba No. 11, folios 160 y 161; 15 y 16 de la transcripción.

la extinción de una obligación, las consecuencias normativas de la condición fallida “cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual tal acontecimiento ha debido verificarse y no se ha verificado” (arts. 1531 a 1540 C.C), implican que “al fallar una condición, la obligación no se convierte en pura y simple, sino que desaparece o se extingue” (artículo 1625 C.C.)¹¹¹, asunto que no se presenta en el caso, tanto cuanto más que el “acontecimiento futuro e incierto no puede consistir en una obligación sino en un hecho. La sujeción de una obligación a otra no constituye ese acontecimiento fáctico”¹¹².

Del igual modo, el contrato estatal no puede someterse a un plazo absolutamente indeterminado e indefinido en el tiempo, “su vigencia es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido”¹¹³.

En consecuencia, por lo expuesto:

i) Del primer grupo de pretensiones principales, prospera la pretensión primera en el sentido de declarar que el plazo total y definitivo de duración del Contrato de Concesión corresponde a la sumatoria de la duración de la Etapa Preoperativa prevista en la Cláusula 11, más los quince (15) años fijados en la Cláusula 12 para la Etapa Operativa, con la precisión que la duración de la Etapa Preoperativa, es de veinticuatro (24) meses contados a partir del Acta de Inicio o de ejecución del contrato suscrita 27 de septiembre de 2011, que vencieron el 27 de septiembre de 2013, y no prosperan las pretensiones segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décima primera del primer grupo de pretensiones principales.

ii) Del primer grupo de pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones principales, la primera a quinta son idénticas a las primera a quinta del primer grupo de pretensiones principales anterior, que se proponen como “subsidiarias”, y por consiguiente, con ese entendimiento, no hay lugar a pronunciamiento sobre la primera “subsidiaria” porque es idéntica a la primera principal del primer grupo de pretensiones principales y prosperó. Por estar fundadas en la misma causa y lo expuesto en este laudo, no prosperan las pretensiones segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décima primera, décima segunda, décima tercera, décima cuarta, décima quinta, décima sexta, décima séptima, décima octava, décima novena, vigésima, vigésima primera y vigésima segunda del primer grupo de pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones principales.

3.2 Segundo grupo de pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones principales y subsidiarias

Debe entrar el Tribunal a analizar el SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES Y AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS, que de acuerdo con la demanda se formulan “para el caso en que el H. Tribunal las niegue y decida o declare que la ETAPA PREOPERATIVA tenía un periodo fijo de veinticuatro (24)

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de agosto de 1921, G.J. t. LXXVIII, 342.

¹¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 31 de mayo de 1938, G.J. XLVI, 573; 17 de noviembre de 1939, XLVIII, 888.

¹¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997

meses contados a partir del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato firmada el día 27 de septiembre de 2011”.

3.2.1 Pretensión Primera del segundo grupo de pretensiones subsidiarias

En la pretensión primera del segundo grupo de pretensiones subsidiarias, la Demandante solicitó:

“DECLARAR que la duración de la ETAPA PREOPERATIVA tenía un plazo máximo de 24 meses, que se cumplía el 27 de septiembre de 2013.”

Como ya se expuso en otro aparte de este Laudo, dicha pretensión está llamada a prosperar.

3.2.2 Pretensiones segunda y siguientes del segundo grupo de pretensiones subsidiarias

En la pretensión segunda del segundo grupo de pretensiones subsidiarias la Demandante solicitó que se declarara:

“SEGUNDA.- DECLARAR que durante la ETAPA PREOPERATIVA, TMSA incumplió las siguientes obligaciones a su cargo, que impidieron que para el 27 de septiembre de 2013 hubiere “culmina[ado] la implementación gradual del SITP” y se hubieren “cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”, de tal manera que el SITP de Bogotá D.C. no se implementó plenamente, ni estaba puesto a punto y en operación al 100% del mismo para dar comienzo a la ETAPA OPERATIVA en las condiciones pactadas:

“(i) No entregó a RBSAS de manera íntegra y oportuna la infraestructura requerida de acuerdo con el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el Numeral 15.3.4 del Anexo 2 del Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012.

“(ii) No entregó de manera íntegra y oportuna la flota de buses para el equipamiento por parte de RBSAS de acuerdo con el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el Numeral 15.3.4 del Anexo del Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012.

“(iii) No validó los buses en que RBSAS instaló los equipos del SIRCI en la categoría de “buses operando”, impidiendo la remuneración de RBSAS, por causas atribuibles a TMSA.

“(iv) No adelantó las actividades y gestiones para la integración, evaluación y seguimiento del SITP y SIRCI, particularmente lo relativo a sus deberes y obligaciones sobre la integración de los medios de pago y los sistemas de recaudo.

“(v) No adelantó las actividades y gestiones para la salida de operación de las calles del 100% de la flota de buses que funciona como parte del sistema de transporte público colectivo de Bogotá, de acuerdo al cronograma de implementación del SITP.

“(vi) No adoptó oportunamente todas las medidas y acciones enderezadas al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión en los términos contractuales.

“(vii) No adoptó las acciones y medidas necesarias para mantener el equilibrio económico del Contrato de Concesión respecto del ingreso esperado por la remuneración semanal por equipos en buses operando (RVHO), con ocasión de la extensión de los contratos de concesión de los operadores de las Fases I y II de TMSA.”

En las siguientes pretensiones solicita declarar “que como consecuencia de uno o varios de los incumplimientos anteriores, ocasionados por actuaciones, abstenciones, hechos u omisiones antijurídicos de TMSA durante la ejecución de la ETAPA PREOPERATIVA”, le causó perjuicios al impedirle entre el 27 de septiembre de 2011 y el 27 de septiembre de 2013, recibir la totalidad de la participación en los ingresos del SITP de Bogotá D.C. de acuerdo con las fórmulas contenidas en la CLÁUSULA 59 del Contrato, que le hubiere

correspondido durante ese lapso, de haberse implementado el SIRCI en la forma y plazos previstos en el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el numeral 15.3.4 del Anexo No. 2 al Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012, también a partir del 28 de septiembre de 2013 durante los quince años de duración de la etapa operativa (Pretensiones Tercera y Cuarta) y, condenarla a pagarle las sumas y por los conceptos reclamados, con intereses corrientes y moratorios (Pretensiones Quinta, Sexta y Séptima).

Procede entonces el Tribunal a pronunciarse sobre si la ausencia de culminación de la implementación gradual del SITP para el 27 de septiembre de 2013 y la falta de cumplimiento de las obligaciones de implementación y de la etapa preoperativa, tiene por causa el incumplimiento de las obligaciones a cargo de TRANSMILENIO S.A. durante la etapa preoperativa, de manera que el SITP, no se implementó, ni estaba puesto a punto y en operación al 100% para dar comienzo a la Etapa Operativa en las condiciones pactadas, y por esa virtud, se causó un perjuicio a ala demandante al impedirle recibir la remuneración correspondiente al sistema implementado en su totalidad.

3.2.2.1 Incumplimiento en la entrega íntegra y oportuna de la infraestructura

Solicita la Demandante que se declare que la Demandada incumplió sus obligaciones durante la etapa Preoperativa en primer lugar porque *“No entregó a RBSAS de manera íntegra y oportuna la infraestructura requerida de acuerdo con el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el Numeral 15.3.4 del Anexo 2 del Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012”*.

Señala que el alistamiento y la entrega de la infraestructura completa de las troncales de la Calle 26, Calle 6 y Carrera 10 se atrasó, incluso hasta junio de 2015, cuando se entregaron las últimas estaciones, frente al plan de entrega original. Adicionalmente, la Troncal de la Carrera 7ª ni siquiera se ha construido. Agrega que a lo largo de todos los documentos precontractuales y contractuales, así como en los contratos de concesión de todos los agentes del SITP y de los demás documentos, abundan las referencias que confirman explícita e implícitamente, los compromisos de TMSA en cuanto al plazo en la entrega de la infraestructura de operación, en la vinculación de los buses y en el retiro del TPC. Es así como TMSA se comprometió a que *“El periodo de T1-T2, debe ser concordante con el establecido en el ‘Anexo 2 de la minuta de contrato – Plan de Implementación – definitivo’ del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP 004 de 2009 que seleccionó las propuestas más favorables para la adjudicación de trece (13) contratos de concesión de operación, cuyo objeto será la explotación preferencial y no exclusiva, de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP”* .

Añade que las obligaciones que debían haberse ejecutado durante los plazos indicados por TMSA para la entrega de la infraestructura fueron incumplidas, como se probó documental y testimonialmente –en algunos casos incluso por tratarse de hechos notorios. En particular, se destaca el hecho de no haberse construido la Troncal de la Carrera 7ª de acuerdo con la fecha prevista en los documentos precontractuales, ni las tres (3) estaciones de la Calle 26 correspondientes al Aeropuerto Eldorado, ni la Estación Central de la misma Calle 26, comprendidas en el tramo entre la *“Carrera 103 y Patio-Portal”*, ni tampoco la entrega oportuna de la calle 6, que apenas se entregó en julio de

2015¹¹⁴. Por consiguiente, los ingresos a título de participación que como remuneración ha debido recibir RBSAS por la operación de las estaciones no se percibieron en los términos previstos en la Licitación y en el Contrato.

Expresa que TMSA tiene la responsabilidad y las facultades para exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales a los otros contratistas y, también, a las otras entidades del Distrito, como es el caso del IDU y la Secretaría Distrital de Movilidad – SDM. En este sentido, entonces, cuando se presenta un incumplimiento de sus obligaciones, haya o no culpa contractual de TMSA, ésta asume la responsabilidad derivada de su incumplimiento. Aún más, de no mediar incumplimientos de TMSA, habiendo impartido ésta la autorización para la realización de las inversiones por parte de RBSAS en el ámbito del Contrato, de acuerdo a la cláusula 86, el Ente Gestor asume el riesgo de la demora de implementación.

Por su parte la Demandada sostiene que el cronograma de implementación del proyecto no era rígido, por el contrario, el mismo era susceptible de ajustes periódicos, como bien lo establece la CLAUSULA 22 del contrato, relativa a las “OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO”, en especial el párrafo segundo que determina que el cronograma de implementación es “*meramente indicativo y podrá ser modificado por TRANSMILENIO S.A., en cualquier momento de vigencia de la concesión*”. Agrega que igualmente, mediante Decreto 309 de 2009 se estableció el proceso gradual planeado para la Fase II del proyecto SITP “*Por el cual se adopta el Sistema Integrado de Transporte Público para Bogotá, D.C., y se dictan otras disposiciones*”, en concordancia con la Gradualidad en la implementación del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO establecida en el Plan Maestro de Movilidad, el cual indica: el SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO se desarrollará en etapas o fases, con el fin de prestar un adecuado servicio al usuario.

Destaca que el Sistema Integrado de Transporte Público de Pasajeros fue estructurado a largo plazo, por lo que la Alcaldía Mayor de Bogotá, reconociendo que la implementación del Sistema Integrado de Transporte Público -SITP-, es un proceso complejo y que debía ser progresivo, sin afectar el servicio público de transporte, decide desligar la culminación de la Fase II de la implementación del SITP a una fecha exacta, para en su lugar atarla al cumplimiento de unos hitos fundamentales para el sistema los cuales deben ser fijados por el ente gestor, por esta razón en el 2011, para lo cual la Alcaldía Mayor de Bogotá, expidió el Decreto 535, de noviembre 29 de 2011, creando una condición diferente a la inicialmente definida en el Decreto 309 de 2009.

Señala que en el marco de este criterio no se estipuló en los contratos de operación zonal ni en el Anexo 2 de la licitación, fechas específicas para dar inicio a las etapas y fases del proceso; en los contratos sólo se estiman plazos y se prevé la definición de cronogramas posteriores, susceptibles de modificación, de acuerdo con el cumplimiento de los diferentes componentes. Dichos componentes sobre los que es necesario mantener control y adelantar acciones que mitiguen sus efectos, hacen parte de la matriz de riesgos identificada para dar inicio a la implementación, puesto que la matriz de riesgos fue diseñada para prevenir los riesgos del proyecto y mitigar las consecuencias adversas en caso que los riesgos anticipados sucedan; no obstante el esfuerzo para prevenirlos.

¹¹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 37, cd Anexo al memorial 29 de agosto de 2016, remisario de la exhibición de documentos de TMSA, carpeta “TRIBUNAL AGOSTO 2016”, subcarpeta “7.6 ENTREGA DE ESTACIONES”.

Anota que de la distribución de riesgos señalada se concluye sin lugar a equívocos, que el riesgo en el retraso del Plan de Implementación del proyecto debe ser asumido por ambas partes contractuales dependiendo de las causales que lo ocasionen. El riesgo debe ser asumido por TRANSMILENIO S.A., cuando el mismo autorice la entrada de la flota sin que la infraestructura para ponerla en operación esté lista. En estos casos, la entidad deberá tomar las medidas necesarias para efectos de equilibrar el contrato, según las medidas señaladas en él. No existe prueba alguna en el expediente que acredite la existencia de autorizaciones de entrada de flota sin tener lista la infraestructura, y lo claro es que no estaba TRANSMILENIO obligado a dar dichas autorizaciones en plazo alguno determinado ni por el contrato ni por la ley. Además, establece el cuadro de distribución de riesgos por otro lado que los demás eventos que puedan materializar el riesgo de retraso en el Plan de Implementación deben ser asumidos por el CONCESIONARIO, quien ya tenía garantizada vía remuneración fija la inversión total en el contrato independientemente del tema operativo.

Consideraciones del Tribunal

En orden a establecer si existió o no el incumplimiento que se le endilga a la Demandada en esta materia es necesario determinar lo que al respecto se pactó en el contrato celebrado entre las partes. Desde este punto de vista ha de observarse que en el Contrato se estipuló como una obligación del Concesionario en la etapa preoperativa la siguiente:

“11.1 Presentar el Plan Maestro de Implementación, el Plan de Calidad y el Cumplimiento de las Especificaciones Técnico Operativas, de acuerdo con lo establecido en los Anexos 2 y 4 del presente contrato. El plan Maestro de implementación del SIRCI deberá considerar y ser consecuente con el plan de implementación que apruebe TRANSMILENIO S.A. a los concesionarios de operación del SITP”

De conformidad con esta estipulación, el Concesionario debía presentar el Plan Maestro de Implementación, el cual debía ser consecuente con el plan de implementación que Transmilenio aprobara a los concesionarios del SITP.

A este respecto es pertinente señalar que el Contrato de Concesión del SIRCI está estrechamente vinculado con los contratos de concesión de los operadores del SITP, pues finalmente se trata de poner operación el Sistema Integrado de Transporte Público, por lo cual el Contrato de Concesión del SIRCI establece:

“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 proformas de la Licitación TMSA-LP-003-2011”

Ahora bien, en el Anexo Técnico del Contrato se estableció en el numeral 15.3.4. lo siguiente:

“15.3.4. Cronograma de implementación del SIRCI:

“El siguiente es el cronograma que deberá ejecutar el CONCESIONARIO para la implementación del SIRCI. Este cronograma es indicativo y puede ser modificado por TRANSMILENIO S.A.”

De esta manera, el Contrato contempló un Cronograma de Implementación que era claramente vinculante para el Concesionario, pues él lo debía ejecutar, pero que podía ser modificado por Transmilenio. Dicho Cronograma de Implementación del SIRCI fue modificado por medio del Otrosí de fecha 6 de julio de 2012 (folio 236 del Cuaderno de Pruebas No 1) que aparece identificado con el No. 4, pero cuyo número posteriormente a través del otrosí 6, las partes aclararon que era el 5. Este Cronograma es el siguiente:

CRONOGRAMA IMPLEMENTACIÓN SIRCI		Tiempo (meses)																	
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18
COMÚN SUBSISTEMAS SIRCI	Elaboración y entrega del Plan Maestro de Implementación	█	█																
	Comité recaudadores: Plan Integración Fases I y II- SIRCI.	█	█	█															
	Aprobación TMSA: plan implementación definitivo y fabricación equipos			█	█	█													
	Instalación de equipos para las dos primeras estaciones de Fase III								█	█	█								
	Desarrollo de pruebas de las dos primeras estaciones de Fase III									█	█								
	Puesta en servicio de las primeras estaciones de Fase III										█	█							
	Desarrollo de los aplicativos de los subsistemas de SIRCI						█	█	█	█	█								
	Puesta a punto de los aplicativos												█	█	█				
	Fabricación de equipos (suministro)						█	█	█	█	█	█	█	█	█	█	█	█	█
	TRONCAL	Equipo a borde de los buses troncales	Aprovisionamiento (suministro)								█	█	█	█					
Instalación equipos											█	█	█	█					
Pruebas												█	█	█	█				
Puesta en servicio														█	█	█	█		
Equipo de las estaciones troncales		Aprovisionamiento (suministro)									█	█	█	█					
		Instalación equipos										█	█	█	█				
		Pruebas											█	█	█	█			
		Puesta en servicio													█	█	█	█	
ZONAL		Aprovisionamiento (suministro)									█	█	█	█	█	█	█	█	
		Instalación equipos										█	█	█	█	█	█	█	
		Pruebas											█	█	█	█	█	█	
		Puesta en servicio de rutas													█	█	█	█	

De conformidad con dicho Cronograma el plazo total previsto en el mismo para la implementación del SIRCI, incluyendo los buses zonales, era de 18 meses. El plazo para instalación de equipos y puesta en servicio en las estaciones troncales de 14 meses. En particular el comienzo de la instalación de los equipos debía hacerse a partir del mes 10.

Ahora bien, para precisar el alcance de dicho Cronograma de Implementación del SIRCI es necesario precisar a cuál implementación es a la que hace

referencia. A este respecto considera el Tribunal que dicha implementación se refería al SIRCI tal y como resultaba de los documentos de la licitación, del texto del Contrato que se celebró como consecuencia de ella y de sus anexos técnicos.

En este punto es entonces necesario distinguir entre el hecho de la implementación del SIRCI con las características que resultaban de los documentos mencionados, y los cambios que se presentarían posteriormente por la naturaleza misma del desarrollo un sistema de transporte masivo.

Desde esta perspectiva es claro que si el Concesionario debía realizar la implementación en la forma prevista en el Cronograma pactado en el Otrosi No 5, debía instalar los equipos en los plazos previstos en el cronograma, y por consiguiente, la infraestructura debería estar lista de manera que se pudiera cumplir con dicho Cronograma.

A este respecto debe observarse que la Cláusula 26 del contrato establece entre las obligaciones de Transmilenio:

“26.5. Entregar al CONCESIONARIO la infraestructura cuya tenencia se ofrece para su adecuada administración, en el estado en que se encuentren y será responsabilidad del CONCESIONARIO realizar las adecuaciones necesarias para su funcionamiento.”

A la luz de lo expuesto dicha entrega debía entonces hacerse oportunamente para que el Concesionario pudiera cumplir el Cronograma. Todo lo anterior es concordante con la Cláusula 15.8 del Contrato la cual establece como un derecho del contratista *“15.8 El derecho a obtener la colaboración de TRANSMILENIO S.A. para el adecuado desarrollo de la concesión”*.

Ahora bien, en el presente proceso está acreditado que buena parte de la infraestructura que se había previsto desde que se celebró el Contrato se entregó tarde y en otros casos simplemente no se entregó. Lo primero que debe observarse es que Acta de Inicio del Contrato se suscribió el 27 de septiembre de 2011¹¹⁵, por consiguiente, a los 10 meses de dicha fecha debía comenzarse la instalación de los equipos, lo que implicaba de conformidad con el Cronograma, que las estaciones donde debería realizarse la instalación, debían entregarse el 27 de julio de 2012.

En este punto advierte el Tribunal que el numeral 17 del Anexo Técnico del Contrato señala los *“Equipos Mínimos en Estaciones”* y hace una lista de las estaciones que hacen parte del sistema.

Ahora bien, el perito Manuel Salazar en su experticia señaló las siguientes fechas de entrega de las diversas estaciones, que no se encuentran desvirtuadas por otras pruebas practicadas en el presente proceso:

Tabla 24 Entrega de Estaciones Troncales a Recaudo Bogotá.

	Denominación Anexo 2	Nueva denominación	Fecha de Entrega
--	----------------------	--------------------	------------------

¹¹⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2. Folio 374.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Calle 26	Portal de Occidente	Portal El Dorado	19 de junio de 2014
	Modelia	Modelia	19 de junio de 2014
	Boyacá calle 26	Normandía	19 de junio de 2014
	Av Rojas	Av Rojas	9 de octubre de 2013
	Salitre	El Tiempo	9 de octubre de 2013
	Avenida 68	Salitre-El Greco	16 de julio de 2012
	CAN	CAN	9 de octubre de 2013
	Gobernación	Gobernación	16 de julio de 2012
	Quinta Paredes	Quinta Paredes	9 de octubre de 2013
	Corferias	Corferias	9 de octubre de 2013
	U Nacional	Ciudad Universitaria	16 de julio de 2012
	Cra 30	Plaza de la Democracia	9 de octubre de 2013
	Renacimiento	Centro de Memoria	16 de julio de 2012
	Estación Central	Estación Central	
	Calle 22	Universidades	19 de junio de 2014
	Aeropuerto 1	Aeropuerto 1	
	Aeropuerto 2	Aeropuerto 2	
	Aeropuerto 3	Aeropuerto 3	
Carrera 10	Portal de Oriente	Portal 20 de Julio	19 de junio de 2014
	Calle 27 Sur	Country Sur	9 de octubre de 2013
	Av. Primero de Mayo	Av. 1 de Mayo	9 de octubre de 2013
	Calle 11 sur	Ciudad Jardín	9 de octubre de 2013
	Calle 2 Sur	Policarpa	9 de octubre de 2013
	Calle 1	Hospitales	9 de octubre de 2013
	Calle 6	Bicentenario	19 de junio de 2014
	Calle 13	San Victorino	19 de junio de 2014
	Calle 19	Las Nieves	9 de octubre de 2013
	Calle 24	San Diego	9 de octubre de 2013
	Calle 31	Museo Nacional	19 de junio de 2014
Carrera 7	Calle 36	Parque Nacional	
	Calle 43	Javeriana	
	Calle 46	Hospital Militar	
	Calle 53	Calle 54	
	Calle 60	Chapinero	
	Calle 67	Quinta Camacho	
	Calle 72	Pedagógica	
	Portal Calle 100	Cantón Norte	
Calle Sexta	Cra 20	Av. Mariscal Sucre	
	Cra 24	Veraguas	

Como se puede apreciar, un gran número de estaciones se entregaron con posterioridad al 27 de julio de 2012 y un importante número nunca se construyeron, como son tres estaciones del aeropuerto, la estación central de la calle 26 y 8 estaciones de la carrera 7. En cuanto a las estaciones de la calle sexta las mismas fueron entregadas en septiembre de 2015¹¹⁶. Con todo debe observarse que sin modificar expresamente el Cronograma, se determinaron nuevas fechas para la entrega de las estaciones, las cuales en algunos casos se situaban por fuera de los plazos previstos en el Cronograma para la instalación de los equipos.

¹¹⁶ Cuaderno de Pruebas No. 37, cd Anexo al memorial 29 de agosto de 2016, remisario de la exhibición de documentos de TMSA, carpeta "TRIBUNAL AGOSTO 2016", subcarpeta "7.6 ENTREGA DE ESTACIONES".

Así por comunicación del 22 de junio de 2012¹¹⁷ Transmilenio le expresa al Concesionario:

“Para su información y fines pertinentes, de manera atenta me permito informarle las fechas de entrada en operación de las estaciones de las troncales Carrera 10 y Calle 26 las cuales se definieron con base en los acuerdos realizados con Recaudo Bogotá S.A.S. Vale la pena señalar, tal como esta entidad lo ha manifestado en reiteradas ocasiones, que de ser posible, se puede adelantar la puesta en funcionamiento de las estaciones a medida que el concesionario finalice los trabajos de alistamientos”

Las fechas previstas eran:

- (i) Portal El Dorado y Gobernación: 30 de junio de 2012.
- (ii) Salitre El Greco y Centro Memoria: 15 de julio de 2012.
- (iii) Ciudad Universitaria y Modelia: 22 de julio de 2012.
- (iv) Portal 20 de Julio, Primero de Mayo, Bicentenario, Hospitales, Ciudad Jardín y Normandía: 30 de julio de 2012.
- (v) Avenida Rojas, El Tiempo, Quinta Paredes, Corferias, Plaza de la Democracia, Country Sur, Policarpa, San Victorino, Las Nieves y San Diego: 1 de septiembre de 2012.

En relación con dicha comunicación destaca el Tribunal que la misma hace referencia a un acuerdo con Recaudo, y que en todo caso, contiene una decisión de TRANSMILENIO que afecta el Cronograma establecido. En todo caso, de acuerdo con la información aportada por el experto, la estaciones no se entregaron en las fechas señaladas en esta última comunicación (la única que se entregó en una fecha cercana a la pactada fue la de Salitre el Greco que estaba prevista para el 15 de julio y se entregó el 16 de julio de 2012). Adicionalmente, por comunicación del 27 de diciembre de 2013 TRANSMILENIO informó a RBSAS que se adelantan las obras de construcción de la Troncal Calle 6 y que las estaciones Carrera 18 y Carrera 27 estarían terminadas y disponibles para ser recibidas por TRANSMILENIO a mediados de marzo de 2014¹¹⁸, por lo que los equipos debían estar disponibles en esa fecha para proceder a su instalación. En esta medida las dos comunicaciones mencionadas implicaron una modificación del Cronograma, para lo que estaba facultado Transmilenio.

En este punto conviene precisar si la naturaleza de la obligación de entregar las estaciones de conformidad con el cronograma vigente era una obligación de medio o de resultado. Si bien en principio puede afirmarse que una obligación de dar o entregar es de resultado¹¹⁹, en todo caso debe señalarse que en casos como el que se analiza, la obligación de entregar en una determinada fecha una infraestructura puede ser una obligación de medio.

A este respecto no sobra recordar que como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia el criterio clásico de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado toma en consideración la aleatoriedad del resultado esperado¹²⁰. Igual criterio ha seguido el Consejo de Estado¹²¹. En este sentido los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010,

¹¹⁷ Comunicación 2012EE5055 del 22 de junio de 2012. Cuaderno de Pruebas No. 4, cd obrante a Folio 85 bis, documento titulado “7.pdf”.

¹¹⁸ Comunicación 2013EE18052 del 27 de diciembre de 2013. Cuaderno de Pruebas No. 4, cd obrante a Folio 85 bis, documento titulado “17.pdf”.

¹¹⁹ Alex Weill, Francois Terre. Droit Civil. Obligations. 3^a ed. Dalloz. Paris 1980, pagina 448

¹²⁰ Sentencia de la Sala de Casación Civil del 5 de noviembre de 2013, expediente Ref.: 20001-3103-005-2005-00025-01

¹²¹ Sentencia de la Sección Tercera del 24 de junio de 1998.

que pretenden recoger los principios que pueden ser aplicados a todos los contratos internacionales, establecen los criterios para distinguir entre las obligaciones de resultado y las de emplear los mejores esfuerzos y a tal efecto señalan en el artículo 5.1.5. como uno de ellos: “(c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado”. Igualmente señalan que para tal efecto debe tenerse en cuenta “(b) el precio y otros términos del contrato”.

Desde esta perspectiva es claro que en un caso como el que se examina, la entrega por Transmilenio en una fecha determinada de una infraestructura que habría de construirse por terceros contratistas, implicaba un grado de incertidumbre que permite calificar dicha obligación, en cuanto se refiere específicamente al momento de la entrega, de obligación de medio. Lo anterior precisamente se confirma si se tiene en cuenta los términos del contrato y la facultad que en el mismo se previó de modificar el cronograma y el hecho mismo que, como se verá a continuación, las partes contemplaron como uno de los riesgos del contrato la demora en la implementación por no estar lista la infraestructura.

De esta manera, concluye el Tribunal que si bien Transmilenio estaba obligado a entregar las estaciones de acuerdo con el cronograma de implantación, con las modificaciones que al mismo se establecieron, el hecho de que ello no ocurriera en el momento previsto en dicho cronograma no determina necesariamente la responsabilidad de la entidad contratante, pues en este punto habrá que aplicar los principios que rigen la determinación de la existencia de una responsabilidad contractual por razón de obligaciones de medio. Ahora bien, cuando quiera que a pesar de que no se entregaron las estaciones en la fecha prevista, se establezca que no hay un incumplimiento del contrato, entonces deben aplicarse las reglas sobre distribución de riesgos pactadas en el contrato. En este punto es necesario distinguir entre el incumplimiento del contrato y la asignación de riesgos a los que el mismo está sujeto. En efecto, al referirse al restablecimiento del equilibrio económico el Consejo de Estado ha señalado que una cosa es la ruptura del equilibrio contractual que da lugar a su restablecimiento y otra el incumplimiento del contrato.

En tal sentido en sentencia del 27 de marzo de 2014 la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Referencia: Expediente 29214) expresó:

“(...) si bien algunas normas legales vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una posible génesis del desbalance de la ecuación contractual, lo cierto es que el instituto del equilibrio económico en la contratación estatal tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo, sin que haya lugar a confundir esa institución con la materia propia de la responsabilidad contractual.”

“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación comercial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles como la variación de precios, por razones no imputables a las partes.

“(...) El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño

antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento general la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.”(...) “Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no solo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno u otro caso.

En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos casos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo dispone el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.”¹²²

Partiendo entonces de la necesaria distinción entre incumplimiento y restablecimiento del equilibrio por razón de riesgos, ha observarse que el inciso segundo de la cláusula 82 del Contrato dispone que las Partes “a partir de la fecha de suscripción del presente contrato de concesión, asumen los efectos derivados de los riesgos tipificados, estimados y asignados en la Matriz de Riesgos Previsibles del contrato de concesión de Operación del SIRCI, anexa al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA No. 003 de 2011, el cual es parte integral del presente contrato”.

Ahora bien en la matriz de riesgo se expresó¹²³:

CLASE	CAUSA DEL RIESGO	OBSERVACIONES	MITIGACION	ASIGNACION	ESTIMACION DEL RIESGO	
					PROBABILIDAD	IMPACTO
Implementación	Modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura	La identificación de este riesgo no tiene correspondencia con el documento CONPES no. 3107 de 2001, por lo que se hace necesaria su justificación. Consiste en el efecto económico en el sistema originado en el cambio del cronograma o plan de implementación para la puesta en marcha de la operación ocasionando afectaciones económicas a partes. Esta afectación se puede generar cuando se presenten retrasos en la entrega de la infraestructura de operación, o por aplazamientos en la adjudicación en todas las zonas. La asignación de este riesgo se efectúa de manera compartida ya que existe la probabilidad que la ocurrencia del hecho generador sea originado por la actuación de cualquiera de las partes intervinientes.	El Distrito tiene priorizadas las necesidades de Infraestructura del sistema y la solicitud de Ingreso de flota se hará de conformidad con las necesidades racionales y de disponibilidad de dicha infraestructura. Este riesgo corresponderá al concesionario salvo en aquellos casos en que TRANSMILENIO SA. Autorice el pedido de equipos y los mismos no puedan ser operados por razones a la responsabilidad del concesionario, caso en el cual se reconocerá a este el daño emergente por la incorporación de dichos equipos. Minuta del contrato: CLAUDSULA 86 RESTABECIMIENTO DE LA ECUACION CONTRACTUAL POR RESTRASOS EN LA IMPLEMENTACION	TMSA (100% del riesgo cuando autorice el pedido de equipos y EL SITP no esté listo) CONCESIONARIO DE SIRCI (los demás eventos)	MEDIO	ALTO

¹²² Sección Tercera Subsección A, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Becerra.

¹²³ Folio 36 cuaderno de pruebas No 8

A este respecto en el Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos, se hace referencia al riesgo de la Implementación de esta manera (pendiente verificar texto):

"Este riesgo se puede generar por alguna modificación que se realice al cronograma proyectado para la puesta en marcha de la concesión, ocasionando afectaciones económicas a las partes. Esta afectación se puede generar cuando se presenten retrasos en la entrega de la infraestructura de operación o por demora en el inicio de operación de las zonas SITP. La asignación de este riesgo se efectúa de manera compartida ya que existe la probabilidad que la ocurrencia del hecho generador sea originado por la actuación de cualquiera de las partes intervinientes"¹²⁴

Por su parte la cláusula 86 del Contrato establece:

"CLAUSULA 86. RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACION CONTRACTUAL POR RETRASOS EN LA IMPLEMENTACION.

"El riesgo de que existan retrasos en la implementación del Sistema es del CONCESIONARIO. El único caso en que el Ente Gestor asumirá el riesgo de retrasos en la implementación será cuando este dé instrucciones al concesionario para que realice las siguientes inversiones:

"Se hará referencia a dos tipos de inversiones:

"1. Inversión en el centro de recaudo, centros de control y equipos en estaciones de la Fase III del subsistema TransMilenio

"2. Inversión en equipos en vehículos".(se subraya)

De esta forma, el contrato previó de manera particular el riesgo de implementación por no encontrarse lista la infraestructura, el cual atribuyó al Concesionario, salvo los casos en que TRANSMILENIO hubiera autorizado las inversiones. En este punto debe observarse que que la fórmula de compensación prevista para estos propósitos en la cláusula 86 ya citada dispone:

"CRFS: Compensación mensual del CONCESIONARIO del SIRCI por retrasos en la implementación del Sistema, relaciona inversiones en el centro de recaudo, centros de control y equipos en estaciones de la fase III del subsistema Transmilenio.

"...

"t: Subíndice que hace referencia a la 't' inversión realizada antes de la entrada en operación por el concesionario previa instrucción del Ente Gestor y que el concesionario efectivamente las realice y sin que pueda operar.

"...

"CRFS: se pagará mensualmente desde el momento en que el concesionario del SIRCI entrega los equipos instalados listos para operar, certificada dicha fecha por el Ente Gestor, hasta el momento en que comience la operación regular"

Con base en esta redacción Transmilenio sostuvo que solo asume el riesgo cuando se instalan equipos previa orden del ente gestor y los deja listos para operar y no comienza la operación¹²⁵. Ahora la demandante sostiene que el riesgo aquí previsto es el de implementación del SIRCI, y que cosa distinta es el riesgo derivado de retrasos en la entrega de la infraestructura. En tal sentido señala la Demandante que RBSAS no tiene obligación alguna en relación con la

¹²⁴ Cuaderno de Pruebas No. 37, cd obrante a folio 8, Anexo al memorial de 24 de agosto de 2016, documento titulado "PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO", localizado en la subcarpeta "Documentos contractuales", de la subcarpeta "Contratos de recaudo", de la carpeta "Documentos Exhibición Judicial", páginas 486 a 493 del referido documento digital.

¹²⁵ Una situación semejante se presenta con la formula respecto de los buses porque la formula señala .

implementación del SITP desde el punto de vista de vinculación de la flota, de la entrega de la infraestructura de operación de vías y de estaciones. Advierte que esta responsabilidad es única y exclusiva de TMSA y de los concesionarios de operación de transporte, según el caso, conforme con los documentos que hacen parte de la Licitación, y porque TMSA tiene la responsabilidad y las facultades para exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales a los otros contratistas y, también, a las otras entidades del Distrito, como es el caso del IDU y la Secretaría Distrital de Movilidad – SDM. En este sentido, entonces, cuando se presenta un incumplimiento de sus obligaciones, haya o no culpa contractual de TMSA, ésta asume la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

A este respecto considera el Tribunal que claramente la Matriz de Riesgo establece como causa del riesgo que se distribuye la “*Modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura*” y lo asigna al Concesionario, salvo que se hubieran autorizado las inversiones. Por consiguiente, es claro que el riesgo que allí se regula incluye el determinado por el retraso en la entrega de la infraestructura. Ahora bien, el hecho de que la fórmula prevista en el contrato haya incluido como uno de sus componentes los equipos instalados listos para operar, no puede interpretarse en el sentido de que si el contratista adquirió los equipos, pero no los puede instalar porque no está disponible la flota, el deba asumir el riesgo, pues claramente la primera parte de la cláusula y la matriz de riesgo asignaron el riesgo en la implementación a Transmilenio en la medida en que el mismo “*autorice el pedido de los equipos*” o de instrucciones para que se realicen inversiones.

Lo anterior es aún más claro si se tiene en cuenta que en la Audiencia de Asignación de riesgos se preguntó por uno de los asistentes:

“Mi pregunta va en relación con la fase de implementación que en el apartado correspondiente habla de dos aspectos, uno es la modificación del cronograma de implantación por no encontrarse lista la infraestructura, que posteriormente demora el inicio de la concesión de otros operadores. En ambos casos quien asume el riesgo es TRANSMILENIO, siempre y cuando, autorice el pedido de los equipos, y aquí está la cuestión, el autorizar el pedido de los equipos puede ser una condición mitigadora, mitigadora en parte en el caso de que los licitadores y adjudicatarios hacen su propuesta en base a una estructuración financiera, que se basa en un periodo de implementación, y por consiguiente en un inicio de operaciones, a partir de las cuales se generan ingresos y se devuelven capitales e intereses; qué pasaría por ejemplo en el supuesto de que se retrasase el proyecto por operación, por no encontrarse los buses actualmente o porque la infraestructura se retrasara durante tres años?, eso sería un desastre financiero para el adjudicatario, para los licitadores, y sin embargo no ha sido en ningún momento causado por causas ajenas a ellos mismos, por consiguiente solicito a TRANSMILENIO que tenga en cuenta esta circunstancia, y que no solamente a partir del periodo en el cual los equipos se autorizan, simplemente a partir de un retraso significativo, un retraso en el periodo de implantación del inicio de operación, repercute grandemente en la rentabilidad del negocio e incluso dependiendo del grado de retraso pueda ser inviable el propio negocio, por causales totalmente ajenas al adjudicatario. Gracias.”

El representante de la entidad pública al contestar expresó:

“Riesgo de Implementación - Modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura. En estos casos, el riesgo de implementación no tiene un efecto económico hasta tanto no se genere el daño, por lo tanto, hasta que no se presente el hecho generador no podrá alegarse ningún tipo de afectación. Es decir, el daño se genera únicamente cuando existan equipos disponibles y no puedan operarse.

“La minuta del contrato establece que cualquier pedido de equipos que realice el concesionario, debe ser autorizado previamente por TRANSMILENIO S.A., por lo cual la Administración será responsable de la modificación del cronograma de implementación si ha autorizado dichos pedidos y sólo en el caso de que el Concesionario realice el pedido sin dicha autorización, asumirá los riesgos de no operación de estos equipos.”

“En cuanto al ejemplo presentado, se aclara que el retraso del inicio de operación del SITP por un término de 3 años, en las condiciones actuales del proyecto no es considerado un riesgo previsible, por lo cual no puede ser tipificado, estimado ni asignado. En caso de presentarse un evento de este tipo deberá dársele el tratamiento previsto legal y jurisprudencialmente frente a la teoría de la imprevisión.” (se subraya)

Por lo mismo, es claro para el Tribunal que deben distinguirse varias situaciones: la primera, aquellos casos en que claramente no se entregaron las estaciones por un hecho imputable a Transmilenio, lo que constituye un incumplimiento contractual que genera la responsabilidad del mismo; los eventos en que las estaciones no se entregaron por hechos imputables a terceros, lo que constituye un riesgo que en principio debe ser tratado en la forma contemplada en la fórmula de asignación de riesgos prevista en el contrato, y finalmente, los casos extraordinarios que puedan considerarse un retraso imprevisible al momento de celebrar el contrato, que debe ser objeto de los principios del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en la forma que lo ha delineado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Con estas premisas, lo primero que se advierte es que la entidad contratante decidió no construir una serie de estaciones originalmente previstas, por lo que nunca las entregó. En este caso, en la medida en que la no entrega proviene de una decisión de la propia entidad contratante existe un incumplimiento del contrato, que origina el resarcimiento de los perjuicios. Por otra parte, está acreditado que la entidad entregó tardíamente numerosas estaciones, sin que se haya acreditado que tal hecho no obedeció a su conducta.

Por otro lado, en lo que se refiere a las otras estaciones, es claro para el Tribunal que la no entrega de las mismas obedeció a las diversas circunstancias que se presentan con ocasión de una obra pública y que conduce en gran número de casos a que no se pueda cumplir estrictamente el cronograma inicialmente previsto. Desde esta perspectiva lo que se produjo fue entonces un riesgo que se había asignado.

Desde esta perspectiva se advierte que si bien ha sido discutido por la entidad estatal, encuentra el Tribunal, como lo señaló la señora Agente del Ministerio Público en su concepto, que en el expediente está acreditado que Transmilenio aprobó la compra de los equipos.

En efecto, por oficio del 2 de febrero de 2012 Transmilenio aprobó la versión 3 del Plan Maestro de Implementación presentado por Recaudo Bogotá y a tal efecto señaló que Transmilenio S.A. *“ha decidido aprobar dicho documento con sus respectivos anexos (...)”*¹²⁶. En relación con dicho oficio, por comunicación remitida por la Concesionaria¹²⁷ la misma en cumplimiento del numeral 16.32 de la cláusula 16 del contrato de concesión y de acuerdo con el oficio 2011EE640 del 2 de febrero de 2011 (debe entenderse que es de 2012), mediante el cual Transmilenio S.A. decidió aprobar *“con sus respectivos anexos”* el Plan Maestro de Implementación, expresó *“nos permitimos solicitar autorización de Transmilenio de los equipos enunciados en el Anexo IV Equipos del Sistema del Plan Maestro de Implementación”*.

¹²⁶ folio 407 del cuaderno de pruebas No 2

¹²⁷ folio 630 del cuaderno de Pruebas No 5

2.6.3.2 Cantidad de Equipos de Campo

División	No.	Item	Referencia	Quantity	Remark
Bus Alimentador	1	Unidad Lógica	Documentación : "2011EE6924-12186" Revisión MIP(por TM)	334	
Bus Troncal	2	Unidad Lógica	Documentación: "2011EE6924-12186"	356	Bus Articulado: 2 por bus El-articulado: 3 por bus
	3	Panel de Información al Pasajero		962	
Estación Troncal	4	Cámaras de Control de Acceso	Anexo 2	206	
	5	Bareras de Control de Acceso para Discapacitados		70	
	6	Carga Asistida (para estación)		161	
	7	Terminal de Consulta de Salidos		68	
	8	Panel de Información al Pasajero		202	
Bus Zonal	9	Unidad Lógica	Documentación: "2011EE6924-12186"	11,832	
	10	Validador		11,832	
	11	Torniquete para Bus		11,832	

[Tabla 2-6] Cantidad de equipos de campo

En relación con esta solicitud por comunicación 2012EE1396 del 28 de febrero del 2012 Transmilenio autorizó la adquisición de los elementos enunciados en el anexo IV – Equipos de Sistema del Plan Maestro de Implementación¹²⁸.

Por comunicación 2012EE949 del 13 de febrero de 2012¹²⁹, Transmilenio autorizó la adquisición de una serie de ítems. Igualmente por oficio 2012EE1037 del 15 de febrero de 2012¹³⁰ autorizó la adquisición de cable de fibra óptica para 24 estaciones y cableado para alimentación. Por Oficio del 8-10-2010 autorizó el pedido de otros equipos para los buses.

Adicionalmente en los considerandos del Otrosí No. 5 se expresó por las partes:

“Que mediante los oficios radicados número 2012EE1037 del 15 de febrero de 2012, 2012EE949 del 13 de febrero de 2012, y 2012EE1396 del 28 de febrero de 2012 TRANSMILENIO SA aprobó la adquisición de los equipos a cargo del CONCESIONARIO.

“Que TRANSMILENIO S.A mediante visitas adelantadas los días 3 y 4 de mayo de 2012, constató que el CONCESIONARIO contaba con equipos cuya adquisición había sido autorizada por la entidad”

Lo anterior permite acreditar que Transmilenio había autorizado la compra de los equipos, por lo que de acuerdo con lo previsto en el Contrato, Transmilenio debe asumir el riesgo correspondiente.

En este punto es pertinente hacer referencia al juicioso concepto de la señora Agente del Ministerio Público, que el Tribunal comparte, en el cual se expresa:

“De acuerdo con el dictamen del perito Técnico Manuel Salazar, las estaciones Portal El Dorado y Gobernación se entregaron hasta el 30 de junio de 2012; las estaciones Salitre, El Greco y Centro Memoria, se entregaron hasta el 15 de

¹²⁸ folio 122 del cuaderno de Pruebas No 8

¹²⁹ folio 129 del Cuaderno de Pruebas No 8

¹³⁰ folio 121 del cuaderno de Pruebas No 8

julio de 2012; las estaciones Ciudad Universitaria y Modelía se entregaron hasta el 22 de julio de 2012; las estaciones Portal 20 de Julio, Primero de Mayo y Bicentenario Hospitales, Plaza de la Democracia, Country Sur, Policarpa, San Victorino, Las Nieves y San Diego, se entregaron hasta el 1º de septiembre de 2012, de donde se infiere que el riesgo asignado a TM S.A. se realizó y procede el reconocimiento del respectivo restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del Contrato en favor del Concesionario, a partir de la fecha en que entraron en operación los primeros buses del SITP, por cuanto la ecuación económica hace referencia a una participación del Concesionario en los ingresos del sistema durante todo el término de vigencia del Contrato, igual a factor de calidad del servicio, por remuneración fija semanal del Concesionario, más remuneración variable del Concesionario por cargas del sistema, más remuneración por equipos de validación y control instalados en vehículos operando en el sistema, más remuneración por inversiones adicionales.

“Dónde la remuneración fija semanal del Concesionario es igual a la oferta económica del Concesionario sobre remuneración fija semanal, que corresponde a un número igual o menor a 1, por Factor de Implementación, por factor de operación fase I y fase II del subsistema TransMilenio, por 1,658000,000 X uno (1 más la variación acumulada de IPC certificado por el DANE contado a partir del 31 de diciembre de 2010).

“El Factor de Implementación se debía calcular durante los primeros ocho meses de operación regular, con la siguiente fórmula: Factor implementación = Mínimo [1000; 0.8786 X Número total de validaciones en la semana a remunerar, igual al número total de validaciones en vehículos operando en el SIPT con equipos instalados por el Concesionario del SIRCI, más el número total de validaciones en las estaciones de las troncales fase 3 del subsistema TransMilenio del SITP/ 24,600000]1.0936 .

“Las anteriores fórmulas para calcular la remuneración del Concesionario demuestran que el número de validaciones en las estaciones constituye un componente para su determinación, en consecuencia, el retraso en la entrega de la infraestructura, necesariamente afectó el monto de la remuneración del Concesionario, desde la fecha en que comenzó a operar el primer bus del SITP, razón por la cual, en concepto de esta agencia del Ministerio Público, procede el restablecimiento de la ecuación económica del Contrato por la causa bajo estudio, mediante la aplicación de la fórmula de compensación establecida en la Cláusula 86 del Contrato”.

Así las cosas, concluye el Tribunal que existió un incumplimiento en la entrega de las estaciones que finalmente no fueron construidas por decisión de la entidad estatal. Por otra parte, en los eventos en que se retrasó la entrega de las estaciones, por las contingencias de las obras públicas existe una ruptura del equilibrio del contrato que debe ser restablecido en los términos de la cláusula 86 del Contrato.

3.2.2.2 La no entrega de manera íntegra y oportuna de la flota de buses

Solicita la Demandante que se declare que la Demandada incumplió sus obligaciones durante la etapa Preoperativa por la “no entrega de manera íntegra y oportuna de la flota de buses para el equipamiento por parte de RBSAS de acuerdo con el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el Numeral 15.3.4 del Anexo del Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012”.

A tal efecto señala que al cabo de los 18 meses contados desde la firma del Acta de Inicio del Contrato, tiempo estimado por TMSA para implementar todo el sistema, apenas se había vinculado el 7,8% de la flota al SITP y actualmente apenas se ha alcanzado el 75%. Señala que los plazos no se han cumplido, por

la acción y omisión culposa de TMSA y que por razones atribuibles a TMSA. Advierte que el TPC bajo la modalidad del SITP Provisional, continúa en cerca de un 25% de la totalidad de flota de buses que se encuentran rodando y operando en la ciudad de Bogotá.

En su contestación a la Reforma a la Demanda, la Demandada expresó que la implementación del sistema es gradual y que han existido causas exógenas que han llevado a retraso en el proceso de implantación. A tal efecto se refiere a la no entrega oportuna de los chasis por parte de los proveedores de vehículos nuevos a los operadores, los tiempos mayores a los estimados en los procesos de instalación de carrocería y alistamiento de cada vehículo, la modificación en la normatividad ambiental de control de emisiones, lo cual afectó la tecnología de los vehículos a vincular, los procesos de cruce de flota y el bajo interés de los conductores del TPC a migrar al SITP.

Consideraciones del Tribunal

De conformidad con el Cronograma de Implantación adoptado por el Otrosí No 5 al que se ha hecho referencia, los equipos debían ser instalados a bordo de los buses troncales entre el 9 y el 12 mes y en los zonales a partir del mes 11 hasta el mes 18.

De esta manera, a la luz del contrato, Transmilenio debía procurar que se pusieran a disposición del Concesionario los buses para que el mismo pudiera instalar los equipos dentro del Cronograma de Implementación.

Reitera el Tribunal que si bien el proceso de desarrollo de un sistema de transporte masivo no termina cuando se crea y se pone en funcionamiento, las partes en el Contrato objeto del presente proceso previeron un Plan Maestro de Implementación y un Cronograma de Implementación que tenía por objeto que se instalaran los equipos dentro de la Flota contemplada en el proyecto.

Desde esta perspectiva, hay que recordar que la cláusula 15 del Contrato establece entre los derechos del Concesionario “15.8. El derecho a obtener la colaboración de TRANSMILENIO S.A. para el adecuado desarrollo de la concesión”, lo que claramente implica una obligación para ella, por lo que debía adelantar las actuaciones que le correspondieran dentro de sus facultades para que la Flota se pusiera a disposición del Concesionario del SIRCI de modo que este pudiera instalar los equipos de acuerdo con el Cronograma de Implementación.

Ahora bien, desde este punto de vista se aprecia lo siguiente:

En el anexo Técnico del Contrato se hace referencia a la implementación gradual del SIRCI y se distinguen diferentes períodos. En particular en el punto 1.2.2. se dice:

“1.2.2. Período T1-T2

“A partir de T1 se programan gradualmente en el tiempo todas las rutas, para que sean equipados todos sus buses con los dispositivos del SIRCI a bordo de los buses. A medida que cada línea de ruta este equipada completamente entrara a operar en el SIRCI...”

“Durante este periodo se deberán instalar los equipos para el recaudo en estaciones y portales de la fase 3. Adicionalmente en este periodo se van a instalar las cámaras del CCTV y los equipos de información al usuario complementarios para las estaciones de las Fases 1 y 2 y las necesarias para la fase 3.”

“El periodo de T1-T2. Debe ser concordante con el establecido en el “Anexo 2 de la minuta de contrato- Plan de Implementación-definitivo” del pliego de condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP 004 de 2009 que seleccionó las propuestas más favorables para la adjudicación de trece(13) contratos de concesión, cuyo objeto será la explotación preferencia y no exclusiva, de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP...”.¹³¹

“1.2.3. Periodo T2 en adelante

*“Después de T2 todos los buses de las rutas de cada zona estarán equipados con dispositivos de recaudo y control del SIRCI... Adicionalmente, las estaciones y portales estarán dotadas con los equipos de recaudo, cámaras del CCTV e información al usuario. En este periodo deberán estar entregados y en operación los centros de control zonal y del ente gestor.”*¹³²

De este modo de acuerdo con el Anexo Técnico después de T2 todos los buses debían estar equipados con dispositivos de recaudo y control del SIRCI, lo que debería ser concordante con el Plan de Implementación-definitivo del pliego de condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP 004 de 2009. En este punto es pertinente mencionar que de conformidad con el Anexo 2 de los contratos de concesión de operación de transporte del SITP (Licitación Pública N°. TMSA-LP-004 DE 2009), que obran en el expediente¹³³, la entrada gradual del SITP, esto es, su puesta a punto con la instalación del 100% de sus buses y rutas y el reemplazo de la totalidad del TPC, **debía culminar en un plazo de ocho (8) meses.**

En concordancia con lo anterior la entidad demandada al contestar el hecho 113 de la demanda reformada aceptó que *“Es cierto que de conformidad con el Anexo 2 del Contrato de Operación de Transporte del SITP (Licitación Pública N°. TMSA-LP-004 DE 2009), la entrada gradual del SITP y, por consiguiente, su puesta a punto, debía culminar en un plazo de 8 meses con el ingreso al Sistema TransMilenio de más de 10.000 buses”*.

Ahora bien, la cláusula 11 del Contrato en su numeral 11.9 estableció:

“11.9 Respecto de los equipos a bordo de los vehículos y validadores de pago para la integración tarifaria del componente zonal, su instalación y puesta en funcionamiento se efectuará de acuerdo al cronograma que acuerden las partes, tomando como referencia el existente para la operación del transporte del SITP. Sin embargo, el contratista deberá que prever que los equipos tienen que estar listos para operar con las primeras rutas del SITP.”

En relación con esta cláusula es importante precisar que el Otrosi 5 dispuso en su cláusula primera, que modifica la cláusula 15.3.4., lo siguiente:

“El suministro de todos los equipos de la plataforma tecnológica de los Subsistemas del SIRCI se realizará dentro de los doce (12) meses siguientes a la aprobación por parte del Ente Gestor del Plan Maestro de Implementación. Para el componente troncal el aprovisionamiento de equipos se debe realizar entre el tercero y sexto mes de este proceso. Para el componente zonal, el aprovisionamiento se debe realizar entre el tercero y décimo segundo mes de este proceso.

¹³¹ Cuaderno de Pruebas No.1. Folio 172.

¹³² Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 173.

¹³³ Contrato Operadores SITP, Contratos Nos. 06, 07, 08, 09, 10, 11 y 12 de 2010. Cuaderno de Pruebas No. 12, cd obrante a folio 19. Dichos contratos se identificaron en los ordinales 8, 9, 10, 11, 13, 14 y 15, del memorial del 24 de junio de 2016, respectivamente.

“En todo caso, la instalación de equipos tanto en buses troncales como en buses zonales estará sujeta a la disponibilidad de la flota”.

De esta manera, de conformidad con el Contrato el aprovisionamiento de los equipos debía hacerse dentro de los 12 meses siguientes a la aprobación del Plan Maestro de Implementación. Por otra parte, el Cronograma de Implementación contempla que la instalación de los equipos en buses troncales debía realizarse a más tardar en el mes 12 y en buses zonales en el mes 18, aunque en todo caso está sujeta a la disponibilidad de la flota. En este punto es pertinente hacer referencia a los Contratos de Concesión para la explotación preferencial no exclusiva para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP, los cuales en su cláusula 17, numeral 17.2 de la cláusula 17 imponen a los Concesionarios la obligación de *“poner a disposición del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP, los vehículos requeridos para la operación de los servicios, así como los que le solicite TRANSMILENIO S.A. por razones del servicios, según las condiciones técnicas, de tipología y de dotación previstas en el presente Contrato y en el Manual de Operación, en las fechas y bajo las condiciones determinadas por TRANSMILENIO S.A.”.*

De esta manera de acuerdo con la estructura contractual adoptada, los concesionarios de la operación del SITP debían poner a disposición de Transmilenio los buses, para que los mismos pudieran ser objeto de la instalación de los equipos por parte del SIRCI. Transmilenio como ente concedente y gestor del sistema debía velar porque ello ocurriera así. En relación con todo lo anterior, en su dictamen el experto Manuel Salazar indicó la forma como debía entrar en operación la flota:

“El detalle de la entrada en operación de los buses del Sistema conforme a los documentos existentes en la etapa licitatoria se detalla en la Tabla siguiente, sin precisar la fecha a la que corresponde cada mes:

Tabla 19 Resumen de Gradualidad de entrada de la Flota

Anexo 2 del contrato de operación de Transporte del SITP

Mes	Microbus	Buseta	Bus	Padrón	Articulado	Biarticulado	Padrón dual	TOTAL
1	195	117	568	320	14	56		1270
2	267	229	557	383				1436
3	129	196	974	459	52	214	20	2044
4	309	159	407	186				1061
5	424	170	626	139				1359
6	413	190	485	319				1407
7	110	314	432	208				1064
8	159	113	392	208				872
Total	2006	1488	4441	2222	66	270	20	10513

Tabla 23: Gradualidad real de instalaciones en vehículos Mes	ACUMULADO INSTALACIONES REALES	% de avance real	% de Avance conforme a Otrosí
--	--------------------------------	------------------	-------------------------------

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

mar-12	0	0,0%	
abr-12	0	0,0%	
may-12	3	0,0%	
jun-12	46	0,4%	
jul-12	83	0,8%	12,10%
ago-12	158	1,5%	25,80%
sep-12	330	3,1%	45,10%
oct-12	456	4,3%	55,20%
nov-12	601	5,7%	68,20%
dic-12	673	6,4%	81,60%
ene-13	814	7,7%	91,70%
feb-13	964	9,2%	100,00%
mar-13	1.149	10,9%	
abr-13	1.391	13,2%	
may-13	1.648	15,7%	
jun-13	1.911	18,2%	
jul-13	2.286	21,7%	
ago-13	2.622	24,9%	
sep-13	2.943	28,0%	
oct-13	3.273	31,1%	
nov-13	3.567	33,9%	
dic-13	3.896	37,1%	
ene-14	4.234	40,3%	
feb-14	4.586	43,6%	
mar-14	4.913	46,7%	
abr-14	5.294	50,4%	
may-14	5.726	54,5%	
jun-14	6.218	59,1%	
jul-14	6.609	62,9%	
ago-14	7.008	66,7%	
sep-14	7.200	68,5%	
oct-14	7.342	69,8%	
nov-14	7.408	70,5%	
dic-14	7.516	71,5%	

“ ”
...

Ahora bien, según se expresa en el hecho 114 de la demanda reformada, que fue aceptado por la demanda en la contestación, Transmilenio le envió a RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. en abril de 2012, la siguiente información:

Mes	ESTE ES MI BUS		SUMA	GMOVIL	COOBUS	MASIVO CAPITAL	EGOBUS	CONSORCIO EXPRESS	EGOBUS		MASIVO CAPITAL	ESTE ES MI BUS	CONSORCIO EXPRESS	TRANZIT	Total
	Bosa	Calle 80							Suba Centro	Suba Oriental					
jul-12	22	16	32	15	28	14	23	13	33				21	32	249
ago-12	46	37	19	32	12	19	18	21	21				27	20	272
sep-12	63	33	22	42	18	27	11	19	57	12	18		24	21	367
oct-12	67	12	33	54	11	32	38	16	52	25	23		73	28	464
nov-12	82	26	40	49	41	55		14	48	23	21		87	53	539
dic-12	80	44	31	45	57	74	33	22	88	20			83	49	626
ene-13	85	68	51	49	55	88	18	46	120	20	13		100	58	771
feb-13	85	34	50	51	56	84	26	59	118	17	23		112	40	755
mar-13	97	37	52	51	51	100	27	51	116	19	22		108	55	786
abr-13	97	34	64	48	56	86	20	46	120		30		107	50	758
may-13	97	33	50	47	60	85	19	36	111	17	14		111	60	740
jun-13	89	26	51	46	59	88	22	30	113	19	27		128	62	760
jul-13	88	25	54	58	60	93	13	43	120	27	10		114	64	769
ago-13	90	34	62	41	68	76	21	32	101	15	19		105	69	733
sep-13	83	14	57	67	74	74	39	30	125	38			79	51	731
oct-13	89		40		69	80	17	13	81	39			92	14	534
Total	1,260	473	708	695	775	1,075	345	491	1,424	291	220		1,371	726	9,854

De acuerdo con dicho cronograma los 9.854 buses estarían disponibles entre julio de 2012 y octubre de 2013, es decir en un período de 15 meses.

Por otra parte, en el otrosí 5 al Contrato objeto de este proceso de fecha 6 de julio de 2012, se pactó un Cronograma de Implementación de acuerdo con el cual la instalación de los equipos en los buses se realizaría entre el mes 9 y el mes 18. Si se tiene en cuenta que el Acta de Inicio de este Contrato se suscribió el 27 de septiembre de 2011¹³⁴, el plazo para tener instalados los equipos era el 27 de marzo de 2013, es decir que el cronograma pactado en el Otrosí establecía un plazo inferior al que se había informado por Transmilenio. Ahora

¹³⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2. Folio 374.

bien, de acuerdo con la Tabla incluida por el perito Manuel Salazar en su dictamen, el total de equipos instalados a terminar el mes de marzo de 2013 era de 1.149 buses, para un total de 10.9%. El Concesionario sostiene que cuando se inició la etapa operativa el 27 de septiembre de 2013 había 3.009 buses de los 10.556 buses estipulados. Es pertinente señalar que la cifra de buses estipulados que se incluye en la tabla del hecho 117 de la demanda se basa en una información a diciembre de 2012 contenida en el oficio 2012EE11843 del 28 de diciembre de 2012¹³⁵.

	<i>Información a diciembre de 2012²⁷</i>	<i>Información a septiembre de 2013 (Inicio de la Etapa Operativa según TMSA)</i>
Buses	No. Buses	No. Buses
Zonales	9.907	2.523
Troncales	336	270
Duales	20	9
Alimentadores	303	207
Total	10.566	3.009

Por otra parte, al contestar la demanda, la demandada manifiesta que ese hecho no es cierto, precisa un número inferior de buses troncales, y agrega que no habían entrado los buses duales, así mismo señala un número diferente de buses alimentadores, de la siguiente forma:

	Información a diciembre 2012	Información a septiembre de 2013 (Inicio de Etapa Operativa según TMSA)
Buses	No. Buses	No. Buses
Zonales	9907	
Troncales	336	TOTAL ARTICULADOS 66 TOTAL BIARTICULADOS 193, GRAN TOTAL 259
Duales	20	A 30 DE SEPT DE 2013 NO HABIAN ENTRADO DUALES
Alimentadores	303	179 ALIMENTADORES F III
Total	10566	

Independientemente de la discrepancia anotada, en todo caso es claro que ni en el plazo previsto en el Cronograma, ni en los plazos previstos en la comunicación de Transmilenio se cumplió la entrega de la totalidad de los buses previstos. Debe señalarse que el perito Manuel Salazar expresó:

“Es importante señalar que existe una pequeña diferencia entre las cifras de Recaudo Bogotá y las publicadas por TransMilenio respecto de la implementación de vehículos y

¹³⁵ Cuaderno de Pruebas No. 37, Cd a folio 8.

consecuentemente de rutas. Esta diferencia obedece a que Recaudo Bogotá registra los equipos instalados al interior de los buses como paso previo para que entren en circulación, mientras que la cifra de TransMilenio corresponde a los buses que efectivamente están ya circulando. Es decir se evidencia, como es obvio, entre el momento de instalación de los equipos de Recaudo y Control de Gestión de Flota y el momento en el que el bus entra en operación dentro del Sistema un tiempo para complementar su alistamiento, pero además para que TransMilenio S.A. implemente los servicios que permitan la utilización de los vehículos que cuentan con los equipos que Recaudo Bogotá ha instalado. No obstante, esta diferencia menor en las cifras señaladas no tiene incidencia sobre la realidad de que al momento de dar inicio a la etapa operativa, aproximadamente del 30% de los vehículos del SITP estaban operando.”

Adicionalmente, en el hecho 120 de la demanda se señaló que “Según el informe preparado por TMSA sobre el avance del sistema, publicado en la página web de la entidad, para el 31 de mayo de 2014 habían sido vinculados únicamente 4.554 vehículos, cifra significativamente baja en relación con lo que debía haber entrado en operación conforme los documentos del proceso licitatorio”. Este hecho fue aceptado por Transmilenio. Por otra parte la demandante manifestó en el hecho 121 de su Demanda que “Se ha conocido por parte RBSAS, hasta una versión décimo octava (18) del cronograma de instalación de equipos. Frente a esta última versión RBSAS informó, el 25 de septiembre de 2014 que:

“(…) no se han cumplido los cronogramas de implementación remitidos a Recaudo Bogotá, especialmente los siguientes:

- *Cronograma versión 17 enviado mediante oficio 2014EE13643, en el cual nos informaban que el plan de implementación se finalizaba el 30 de abril de 2014.*
- *Cronograma versión 18 enviado el 20 de mayo de 2014, cuya fecha de finalización fue modificada para el 31 de agosto de 2014.”³¹*

Transmilenio aceptó como cierto que Recaudo hizo tal manifestación y en el hecho 122 dijo que “**Es cierto** que con base en los dos cronogramas mencionados, al 31 de agosto de 2014 el porcentaje de cumplimiento respecto a la entrega de buses planeados por TRANSMILENIO S.A. y la entrega de los buses por los operadores fue del 64,7%,...”. Así mismo el perito Manual Salazar “Esta realidad se corrobora al tomar el dato del informe preparado por TransMilenio S.A. sobre avance del sistema y publicado en su página web, en donde se señala claramente que a 30 de noviembre de 2014 habían entrado en operación 7.032 vehículos, que representan el 67% del total previsto para la operación del SITP”¹³⁶.

Establecido entonces que los equipos no fueron instalados en todos los buses, es necesario determinar las causas para que ello ocurriera. Desde esta perspectiva se aprecia que el perito Manual Salazar precisa que por comunicación del 13 de mayo de 2014 2014EE8463 Transmilenio remitió la actualización del Plan de Implementación, en la cual se señalan como temas que llevaron a su modificación:

“la no entrega oportuna de los chasises por parte de los proveedores de vehículos nuevos los operadores, los tiempos mayores a los estimados en los procesos de instalación de carrocería y alistamiento de cada vehículo, la modificación en la normatividad ambiental de control de emisiones, lo cual afectó la tecnología de los vehículos a vincular, los procesos de cruce de flota y el bajo interés de los conductores del TPC a migrar al SITP”.

¹³⁶ Página 63 y 64 del dictamen. Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 124 a 238.

Se expresa igualmente en la comunicación lo siguiente con respecto a los operadores Coobus y Egobus:

“El cronograma ha sido impactado por el no inicio de las rutas individuales y compartidas por parte de los concesionarios COOBUS SAS y EGOBUS SAS, hecho cierto mitigado por acuerdos de modificación de cronogramas con los demás operadores que comparten ruta y flota con estos concesionarios.”

El Concesionario COOBUS SAS, como parte de su participación zonal y troncal, tiene asignado el 8.7% de la flota total del SITP1 y el Concesionario EGO BUS SAS tiene asignada el 17.8% de la flota total del SITP, para un total de participación en flota de estos dos concesionarios de 27%. En cuanto a las rutas, los Concesionarios COOBUS SAS y EGO BUS SAS, tienen participación directa en el 40% de las rutas o servicios a implementar, tanto en rutas individuales como en rutas compartidas, con lo cual puede concluirse que estos operadores han impactado la meta definida de implementar el SITP para abril de 2014, en lo propio y en su efecto colateral o sistémico en todos los componentes.”

Como se puede apreciar el atraso de mayor impacto es el que se deriva de la situación de Ecobus y Coobus.

En relación con estas empresas se aprecia lo siguiente:

Transmilenio declaró el incumplimiento total del contrato de concesión de Coobus mediante Resolución 233 del 25 de abril del 2016 y del contrato de concesión de Egobus mediante la Resolución 235 del 25 de abril de 2016. Advierte la Demandante que en el caso de Coobus se había iniciado un proceso por incumplimiento del contrato de concesión mediante comunicación con radicado de Transmilenio 2013EE15355 del 18 de septiembre de 2013 y la Superintendencia de Puertos y de Transporte mediante Resolución 1938 de marzo 8 de 2013 había sometido a control dicha sociedad, la cual se mantuvo hasta la fecha de iniciación de la liquidación de la misma. En el caso de Egobus, señala la Demandante, se había iniciado el proceso de declaratoria de incumplimiento total de la concesión mediante comunicación TMSA 2013EE15561 del 19 de noviembre de 2013 y la Superintendencia de Puertos y de Transporte mediante Resolución 4677 del 30 de abril de 2013 había sometido a control a dicha compañía, medida que se mantuvo hasta la iniciación de la liquidación de la sociedad. Advierte la Demandante *“que frente a tan grave incumplimiento que puso en riesgo la totalidad del sistema SITP, como lo ha advertido la Contraloría Distrital de Bogotá en varios informes, entre ellos, el Informe de Auditoría de Desempeño Código 260 a la Secretaría de Movilidad y a TMSA (Período auditado 2012-2015) de octubre de 2015¹³⁷, TMSA no haya adoptado las medidas necesarias para superar dicho grado de incumplimiento y evitar los perjuicios que ha sufrido y sufre RBSAS como Concesionario de recaudo del SITP. Esto configura clara e inequívocamente un grave incumplimiento de TMSA de sus obligaciones del Contrato.”*

A este respecto es importante hacer referencia a lo que ha ocurrido con dichas empresas. En este sentido, el señor Mario Enrique Gómez, funcionario de la Demandada, expresó:

¹³⁷ Contraloría de Bogotá D.C. (2015). *Informe de Auditoría de Desempeño. SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD S.D.M. Y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO- TRANSMILENIO S.A.Período Auditado 2012-2015*” Dirección Sector Movilidad. Código 260. Disponible en http://www.contraloriabogota.gov.co/intranet/contenido/informes/AuditoriaGubernamental/Movilidad/PAD_2015/JL-DC/Desempe%C3%B1o/D_SDM_Y_TM.pdf, página 92 del informe.

“SR. GÓMEZ: Significa que por diferentes circunstancias y disputas entre ellos y por no cumplir ciertos requerimientos que sus financiadores les dieron y me acuerdo específicamente de Ecobus, que Ecobus hizo un cierre financiero con una banca de inversión muy importante, si no estoy mal creo que fue con Correval, pero no estoy seguro, ellos lograron el cierre pero por problemas en su gobierno corporativo, el crédito sindicado que habían obtenido no se lo sostuvieron y fueron problemas de mucha índole.

“Efectivamente la cantidad de buses que tienen ellos es importante, yo no tengo las cifras de cuánto representa exactamente la participación de estos dos concesionarios pero sé que supera el 20% y no sé cuánto exactamente en buses y para tener una cifra más precisa, sé que se le están remunerando a Recaudo Bogotá 7 mil de buses y estábamos con una expectativa de 9 mil. Estos operadores tuvieron un inicio y lograron operar como hasta el 2014, lograron operar y ahí fue cuando en el 2014 como en mayo y junio del 2014 si no estoy mal, fue que dejaron de operar.

“Esas son circunstancias nadie prevé hasta ese punto, al gestor le ha tocado asumir esa parte, tratar de manejarla con unos servicios adicionales prestados por los demás operadores para cubrir lo que se venía prestando con estos dos operadores, de tal manera que con la colaboración de los otros siete operadores y específicamente con algunos particulares, donde tienen zonas cercanas o facilidades se ha tratado de dar la operación muy insipiente de eso que tenían prestando.

“DR. CÁRDENAS: Esos son los servicios provisionales?”

“SR. GÓMEZ: No, los servicios provisionales fue un mecanismo para tratar de apoyar un poco estas zonas y efectivamente tomar las rutas estratégicas más importantes y darle una cobertura al servicio.

“DR. CÁRDENAS: En esos servicios provisionales opera el sistema de recaudo?”

“SR. GÓMEZ: No, no los opera.”

De esta manera, de conformidad con dicha declaración los problemas derivados de las dos empresas mencionadas, fueron atendidos con la colaboración de otros operadores, y así mismo para tratar de apoyar las zonas donde funcionaban esos operadores, se acudió a autorizar servicios profesionales, cuyos recursos no ingresan al sistema de recaudo.

A este respecto encuentra el Tribunal que si se examinan los actos administrativos proferidos en relación con Coobus y Egobus dentro de los procesos sancionatorios iniciados por Transmilenio (en particular las resoluciones 233 a 240 de 25 de abril de 2016 de Transmilenio) se aprecia que durante el año 2014 y en cierta medida durante el año 2015 se adelantaron los respectivos procesos administrativos que implicaron práctica de pruebas y otras actuaciones. Ahora bien, en comunicación del 3 de septiembre de 2015 la jefe de la oficina asesora de la Superintendencia de Puertos y de Transporte solicitó que se mantuviera la suspensión de los procesos sancionatorios frente a las sociedades mencionadas dadas las condiciones de las empresas, pues se estaba iniciando la ejecución de actividades de los Planes de Mejoramiento y Recuperación.

Frente a lo anterior el 10 de septiembre de 2015 se decidió oficiar a la Superintendencia para que se pronunciara sobre la suspensión de los procesos sancionatorios. Igualmente el 15 de diciembre de 2015 se decidió proceder de igual manera. Finalmente, el 16 de enero de 2016, la Superintendencia de Puertos y Transporte manifestó que el proceso sancionatorio de Transmilenio es independiente del proceso de sometimiento a control de la Superintendencia.

De lo anterior se desprende que no existe una prueba de que Transmilenio haya sido claramente negligente en sus actuaciones frente a las empresas operadoras, pues debió adelantar procesos administrativos complejos, los que además se vieron influidos por las actuaciones que se realizaban dentro del proceso de control de las empresas por parte de la Superintendencia de Puertos

y de Transporte. Si bien podría discutirse si la empresa pudo haber actuado más rápidamente, en todo caso no está acreditado que ello hubiera permitido resolver con anticipación las demoras que se han presentado en la implementación del SITP.

Por otra parte existieron otras circunstancias que determinaron que los buses no se presentaron para instalar los equipos en los mismos, a los que ya se ha hecho referencia como es, la no entrega oportuna de los chasis por parte de los proveedores de vehículos nuevos a los operadores, los tiempos mayores a los estimados en los procesos de instalación de carrocería y alistamiento de cada vehículo, la modificación en la normatividad ambiental de control de emisiones, lo cual afectó la tecnología de los vehículos a vincular, los procesos de cruce de flota y el bajo interés de los conductores del TPC a migrar al SITP. En tal caso no se puede considerar que haya existido un incumplimiento de Transmilenio, sobre todo si como se desprende del expediente la misma expidió numerosos cronogramas de entrega que alteraban las fechas previstas y adicionalmente el Otrosí número 5, había señalado que *“En todo caso, la instalación de equipos tanto en buses troncales como en buses zonales estará sujeta a la disponibilidad de la flota”*.

En todo caso, lo que si ocurre es que se ha producido una demora en la implementación del sistema por razón de la infraestructura, lo que constituye un riesgo asignado al Concesionario, salvo cuando el Concedente haya autorizado la inversión en los equipos. Desde esta perspectiva debe recordarse que Transmilenio por diversas comunicaciones del 2012 y 2013 aprobó la compra de los equipos¹³⁸.

Adicionalmente, como ya se dijo, en los considerandos del Otrosí No. 5, TMSA reconoció la aprobación para la adquisición de equipos y su adquisición por la Concesionaria. Ahora bien, como ya se expresó en otro aparte de este Laudo el hecho que la fórmula prevista en el contrato para estos efectos establece como factor para calcular el valor correspondiente el NVHCi, el cual se define de la siguiente manera *“Número de vehículos tipo ‘i’ que tengan equipos de validación y control instalados (según sea el caso) y que no se encuentren operando por retrasos en la implementación del sistema”*, no significa que no proceda el restablecimiento del equilibrio, pues claramente tanto la matriz de riesgo, como la cláusula 86 asignaron el riesgo por las demoras en la implementación en cabeza de Transmilenio cuando el mismo *“autorice el pedido de los equipos”* o de instrucciones para que se realicen inversiones.

3.2.2.3 La no validación de los buses en que RBSAS instaló equipos

La demandante solicita que se declare que la Demandada incumplió el contrato porque no *“validó los buses en que RBSAS instaló los equipos del SIRCI en la categoría de “buses operando”, impidiendo la remuneración de RBSAS, por causas atribuibles a TMSA.”* Señala en su reforma a la demanda que a la luz del contrato se entendía que un bus estaba en operación luego de que TMSA emitiera la aprobación, una vez verificara el cumplimiento del Protocolo de Articulación entre los concesionarios de operación y el Concesionario del SIRCI. Agrega que la Demandante instaló los equipos en todos los buses que le fueron puestos a disposición y le informó a TMSA el funcionamiento de los referidos

¹³⁸ Comunicaciones 2012ER1849 del 10 de febrero de 2012 y 2013ER16868 del 11 de septiembre de 2013. Cuaderno de pruebas No. 4, cd obrante a folio No. 85 bis. Documentos titulados “62.pdf” y “63.pdf”, respectivamente.

equipos; es decir, estaban “*dispuestos para la operación*”. Añade que partir de ese momento, le correspondía a TMSA aprobar la aptitud de bus para desempeñar su función dentro del SITP. Advierte entonces que se presenta una discrepancia entre los buses dispuestos en operación por RBSAS y aquellos liquidados por TMSA. Señala que la decisión unilateral de TMSA de no tener en cuenta los vehículos con equipos instalados y certificados para la operación por RBSAS implican un claro desconocimiento del entendimiento conjunto de las dos Partes respecto de la aplicación de la fórmula para liquidar la remuneración por equipos de validación y control. A tal efecto se refiere a las preguntas y respuestas durante el proceso licitatorio.

Por su parte, la Demandada se opone porque la pretensión de la Demandante no se ajusta al contrato que prevé el pago por vehículos operando en el sistema y ello ocurre cuando han sido vinculados al sistema en los términos de los contratos.

Consideraciones del Tribunal

La cláusula 59 del Contrato sobre el valor de los derechos de participación del concesionario dispone:

“CLÁUSULA 59. VALOR DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DEL CONCESIONARIO

“El CONCESIONARIO obtendrá a título de participación en los ingresos del Sistema durante el término de vigencia del presente contrato, un valor que estará determinado así:

$$RSIRCI = f(Q)_{SIRCI} \times [RFS + RVARs + RVHO + R_INVER_ADC]$$

“Donde:

“RSIRCI: Remuneración del CONCESIONARIO del SIRCI

“RFS: Remuneración Fija semanal del CONCESIONARIO del SIRCI

“RVARs: Remuneración Variable del CONCESIONARIO del SIRCI por cargas del Sistema

“RVHO: Remuneración por equipos de validación y control instalados en vehículos operando en el Sistema...”

De esta manera es claro que para que proceda el pago correspondiente a la Remuneración por equipos de validación y control instalados es necesario que los buses estén operando en el sistema, por lo cual no procede el pago por la simple instalación.

En este punto vale la pena hacer referencia a los contratos de concesión de operación del SITP a los cuales hace referencia el Contrato que se analiza en este proceso. A este respecto la cláusula 77 de los mencionados contratos establece:

“CLÁUSULA 77. VINCULACIÓN DE VEHÍCULOS DE FLOTA USADA AL SERVICIO

“Sólo podrán vincularse al servicio los vehículos de la Flota Usada que obtengan el Certificado de Vinculación al Servicio expedido por TRANSMILENIO S.A., el cual será otorgado a cada vehículo de manera individual...”

“... El Certificado de Vinculación al Servicio será requisito indispensable para remunerar la actividad que desarrolle el operador dentro del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP a través de cada uno de los vehículos aportados...”

La cláusula 78 dispone:

“CLÁUSULA 78. VINCULACIÓN DE VEHÍCULOS NUEVOS AL SERVICIO

“Sólo podrán vincularse al servicio los vehículos nuevos que obtengan el Certificado de Vinculación al Servicio expedido por TRANSMILENIO S.A., el cual será otorgado a cada vehículo de manera individual, únicamente cuando se haya cumplido con los siguientes requisitos:...”

“...La obtención del Certificado de Vinculación al Servicio será requisito indispensable para remunerar la actividad que desarrolle el operador dentro del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP a través de cada uno de los vehículos aportados...”

Así mismo la cláusula 79 establece:

“CLÁUSULA 79. VINCULACIÓN DE LA FLOTA REQUERIDA PARA EL INICIO DE LA OPERACIÓN DEL SISTEMA

“EL CONCESIONARIO se obliga a vincular con una anterioridad de 4 semanas anteriores a la Orden de Inicio de Operación por ruta, de acuerdo con el cronograma de implementación, la Flota total conformada por el número de vehículos usados y nuevos determinados en el Anexo 1 – Resumen ejecutivo del diseño operacional, la cual deberá cumplir con todos los requisitos para el inicio de la operación...”

“... El Certificado de Vinculación al Servicio será requisito indispensable para remunerar la actividad que desarrolle el operador dentro del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP a través de cada uno de los vehículos aportados...”

De esta manera, de acuerdo con los contratos de concesión de los operadores, sólo pueden vincularse al servicio los vehículos que obtengan el Certificado de Vinculación, y sólo los mismos generan remuneración.

Teniendo en cuenta lo anterior y el Contrato de concesión que es objeto del presente proceso, encuentra el Tribunal que el pago al concesionario por razón de Remuneración por equipos de validación y control instalados sólo se da cuando se trata de vehículos operando, lo que a luz de los contratos de concesión de la operación sólo es posible cuando el vehículo está vinculado. Por consiguiente, es claro que sólo es posible pagar por buses que estén operando y no es suficiente que los equipos hayan sido instalados.

Por lo anterior no se presentó el mencionado incumplimiento.

3.2.2.4 El incumplimiento en la integración de los medios de pago y los sistemas de recaudo

La Demandante pide declarar el incumplimiento del contrato por Transmilenio porque no *“adelantó las actividades y gestiones para la integración, evaluación y seguimiento del SITP y SIRCI, particularmente lo relativo a sus deberes y obligaciones sobre la integración de los medios de pago y los sistemas de recaudo”*. A tal efecto expresa la convocante que la dilación y demora en la integración de los medios de pago se explica por las actuaciones de mala fe de

los concesionarios de recaudo de las Fases I y II del Sistema TransMilenio, esto es, Angelcom S.A. (“Angelcom”) y la Unión Temporal Fase II, de la cual Angelcom era parte (la “UT Fase II”), y las actuaciones y omisiones de TMSA. En efecto, no pudo completarse oportunamente y de acuerdo a lo planeado por TMSA, el proceso de integración por (i) la deficiente administración y gestión del Contrato por parte de TMSA, (ii) la deliberada obstaculización a la integración por Angelcom y la UT Fase II, con la anuencia de TMSA, y (iii) los incumplimientos de TMSA a sus obligaciones a corregir dichos obstáculos que impedían la ejecución del Contrato por parte de RBSAS, incluyendo la de resolver las diferencias entre distintos concesionarios, tal como lo exigía el Reglamento del Comité de Recaudadores.

Por su parte la Demandada hace referencia a la contradicción que encuentra en la conducta de la Demandante que en otras instancias no ha criticado en esta materia la actuación de Transmilenio sino la de Angelcom y señala que RECAUDO BOGOTA S.A.S. asumió unas obligaciones de resultado, las cuales, según dicha sociedad, no las pudo cumplir por hechos imputables a un tercero, lo que daría eventualmente lugar a un proceso de responsabilidad extracontractual entre RECAUDO BOGOTA S.A.S. y dicho tercero, pero nunca dichas circunstancias serían eximentes de responsabilidad en frente de TRANSMILENIO S.A. Es claro que RECAUDO BOGOTA S.A.S. carece de acción contractual contra dichos terceros, pero no carece de acción extracontractual, de ser cierto lo que afirma. Agrega que los hechos de los mal llamados terceros en este proceso no pueden ser eximentes de responsabilidad, entre otras razones, por tratarse de obligaciones de resultado asumidas contractualmente por RECAUDO BOGOTA S.A.S. a sabiendas de la interacción que para su cumplimiento se requería.

Consideraciones del Tribunal

En relación con la obligación de integración de medios de recaudo y sistemas de pago considera el Tribunal lo siguiente:

En el contrato se había pactado en la cláusula 11, entre las obligaciones del Concesionario en la etapa preoperativa:

“11.4. Adelantar reuniones con los Concesionarios del Sistema de Recaudo existente y concertar el Plan de Integración de las Fases I y II y el SIRCI.”

“11.15. Adelantar todas las actividades propias de la integración de los medios de pago con los recaudadores existentes”.

Así mismo en la cláusula 19 se estipuló como obligación del concesionario:

“19.6 Presentar para aprobación del Ente Gestor o de quien éste designe, un protocolo para garantizar la integración del SIRCI con los operadores de recaudo actuales del sistema Transmilenio, dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción del contrato de concesión”

Igualmente en el otrosí No 5 se expresa que *“Durante los tres (3) meses siguientes a la suscripción del Acta de Inicio, el CONCESIONARIO deberá adelantar reuniones con los Concesionarios del Sistema de Recaudo existente y concertar el Plan de Integración de las Fases I y II y el SIRCI”.*

De esta manera, de los textos contractuales se desprende la obligación a cargo de la Demandante de adelantar reuniones con los concesionarios del sistema de recaudo existente y “*concertar el Plan de Integración de las Fases I y II y el SIRC*”.

Ahora bien, la Demandada ha sostenido que la obligación de la Demandante tenía el carácter de una obligación de resultado. Al respecto lo primero que se aprecia es que las partes no calificaron esta obligación expresamente como de resultado.

En todo caso debe observarse que se pactó que la obligación de la Demandante era “*concertar el Plan de Integración*”, lo que podría entenderse que implicaba que el Demandante tenía que lograr un Plan de Integración. Sin embargo, dicha expresión también podría entenderse en el sentido de desarrollar una actividad para lograr que se acordara el Plan de Integración. Así las cosas, considera el Tribunal que la redacción de la cláusula no es clara sobre el alcance de la obligación que se asume.

Por lo anterior el Tribunal debe entrar a determinar si la obligación es medio o de resultado. A tal efecto se advierte que como ya se expresó la doctrina ha propuesto diversos criterios para establecer cuándo una obligación es de medio o de resultado, y que como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, el criterio clásico en esta materia es la aleatoriedad del resultado. Dicho criterio es acogido por los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales que además consagra otros en el artículo 5.1.5:

“ARTÍCULO 5.1.5

(Determinación del tipo de obligación)

Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

- (a) los términos en los que se describe la prestación en el contrato;*
- (b) el precio y otros términos del contrato;*
- (c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado;*
- (d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.”*

Si se toman en cuenta los criterios previstos en dicho artículo se advierte claramente que la obligación que se analiza debe ser calificada de medio, en la medida en que no podía haber certeza de que por la sola conducta de la Demandante se lograra una concertación con los otros concesionarios del recaudo, y en todo caso Transmilenio podía influir decisivamente en el cumplimiento de la obligación.

Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que la obligación de la Demandante era de medio y no de resultado en lo relativo a lograr la concertación con los otros concesionarios del recaudo.

Desde esta perspectiva de la prueba que obra en el proceso resulta que el Demandante realizó diversas actuaciones para lograr la concertación con los otros concesionarios del Recaudo. De ello se dejó constancia en los considerandos del otrosí No 7, en el cual se dijo que “*durante la Etapa*

Preoperativa, el CONCESIONARIO ha adelantado todas las actividades propias de la integración del medio de pago que han estado a su alcance, habiéndose adoptado mediante resolución 125 de 2013 [la] Propuesta de Integración del Recaudo presentada por Recaudo Bogotá S.A.S. Destaca el Tribunal que esta calificación solo es relevante si se parte de la base que la obligación de la Demandante era de medio, lo que confirma la conclusión a la que ha llegado el Tribunal.

Ahora bien, como quiera que la Demandante sostiene que Transmilenio incumplió sus obligaciones en esta materia, lo primero que debe el Tribunal es precisar cuál es la obligación incumplida por parte de la Demandada.

A este respecto debe anotarse que Transmilenio es el ente gestor del sistema. A tal efecto el artículo 8º del Decreto 309 de 2009 estableció:

“Artículo 8º.- Competencia de TransMilenio S.A. como Ente Gestor del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO. De conformidad con lo establecido en el Acuerdo Distrital 4 de 1999 y los Decretos Distritales 319 y 486 de 2006, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TransMilenio S.A. como ente gestor del SITP realizará: La planeación, gestión y control contractual del Sistema; el proceso de integración, evaluación y seguimiento de la operación y los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del actual transporte público colectivo al transporte público masivo.” (se subraya)

De tal manera, que de conformidad con las normas que lo rigen, Transmilenio tiene que desarrollar la gestión y control del sistema y el proceso de integración. Es claro que tal actividad la desarrolla a través de los contratos que celebra, pero en todo caso como entidad pública conserva la responsabilidad por cumplir tales funciones.

Por lo tanto, debe anotarse que Transmilenio en virtud de la cláusula 15, numeral 15.8, del Contrato tenía una obligación de colaboración con el Concesionario para el adecuado desarrollo de la Concesión, por lo cual desde la óptica de sus funciones debía adelantar las actuaciones de su competencia para que el Concesionario pudiera lograr la concertación.

Desde esta perspectiva debe entonces el Tribunal examinar la conducta de la Demandada en esta materia.

Para este efecto debe recordarse que en los contratos con los concesionarios de los recaudadores de las fases I y II se contempló la existencia de un Comité de Recaudadores, al cual adhirió Recaudo Bogotá. En dicho Comité participaba Transmilenio.

En relación con la situación que se presentó con relación a la concertación con los concesionarios del recaudo y la participación de Transmilenio en el Comité de Recaudadores, el testigo Carlos Alirio García expresó:

“DR. SUÁREZ: Sírvase explicar al Tribunal cuál era el rol de Transmilenio en el comité de recaudadores, cuál era el rol que tenía el comité de recaudadores, porque usted manifestó que ese era uno de los temas más importantes y era central para el contrato SIRCI, quisiera entender o que usted nos indique cuál era el rol de acuerdo al contrato que tenía Transmilenio en el comité recaudador?”

“SR. GARCÍA: Sí señor, el comité de recaudadores es una reunión prevista en los contratos de los operadores de recaudo para definir temas sensibles con la operación

propia de Recaudo, el comité de recaudadores tiene un reglamento al que adhirió Recaudo Bogotá al suscribir su contrato, porque se les exigía, hace parte del contrato.

“El rol de Transmilenio en ese comité de recaudadores, primero era asistir, segundo era presidir una reunión y en esa reunión los recaudadores debatían y acordaban una solución sobre lo que estuviese debatiendo; la acordaban por votación que podía ser mayoría, votación que fuera, sé que en los primeros comités de recaudadores duraron como 3 reuniones poniéndose de acuerdo en cómo iban a votar, con Recaudos Bogotá y Angelcom de fase 2.

“Una vez que tuvieron un acuerdo que nunca lo tuvieron, que nunca lo lograron, a excepción del 10 de abril del 2014, Transmilenio podía vetar el acuerdo o cogerlo, es decir Transmilenio no votaba, no decía me gusta, simplemente ustedes acordaron, Transmilenio podía vetar o coger y el 10 de abril del 2014 que fue la única ocasión en que se pusieron de acuerdo los recaudadores en un plan de sustitución y transición, Transmilenio acogió ese acuerdo y hay un acta firmada por todos los representantes legales sobre eso, fue la única vez que ese comité de recaudadores dio un resultado

“DR. SUÁREZ: Usted recuerda cuánto tiempo transcurrió entre las primeras reuniones de los Recaudadores en ese comité con la asistencia de Transmilenio y la fecha de la Resolución 125 a la cual usted hizo mención?

“SR. GARCÍA: sí señor, sé que durante 2011, finales del 2012 hubo reuniones del comité de recaudadores, varias, como 4, 5 y yo tendría un mes en Transmilenio, el 14 de diciembre del 2012 asistí por primera vez al comité de recaudadores; para no salirme de su pregunta desde el 2012 hubo los primeros, yo asistí al primero a finales del 2012 y la Resolución salió el 29 de abril del 2013, ese es el tiempo.

“DR. SUÁREZ: Entre esas fechas y dada la importancia de ese tema para el sistema, sírvase informar al Tribunal qué hizo Transmilenio, qué fue lo que hizo Transmilenio para que trataran de avanzar en las conversaciones de recaudadores y se llegara a una concertación, qué hizo?

“SR. GARCÍA: Lo primero que no se puede perder de vista es que la obligación de la concertación está en el contrato de Recaudos Bogotá, Recaudos Bogotá concertará la integración con los operadores de fase 1 y fase 2, ya visto el propósito del comité de recaudadores Transmilenio facilitó los espacios, tiempo en el que yo no estuve en Transmilenio, estoy diciendo lo que supe, sé que se reunieron en la Alcaldía, sé que se reunieron los operadores, hicieron 4 o 5 y es lo que sé que hizo Transmilenio.

“Cuando ya estoy, conozco más el detalle, fruto de esas reuniones en donde no hubo acuerdo había 4 propuestas de integración, una presentada por Angelcom, Angelcom no tenía por qué presentar propuesta, la obligación de presentar una propuesta era de Recaudos Bogotá, las otras tres presentadas por Recaudos Bogotá, una de esas tres, bueno las tres inaceptables, pero una de esas tres de alguna manera era sigamos como estamos hasta que se terminen los contratos.

“La otra era que solamente la tarjeta Tullave opere en el sistema y que de alguna manera los operadores Angelcom y UT dejara de cumplir con su contrato, esa no fue aceptable porque no cumplía el principio de coexistencia con los operadores existentes y la otra era que funcionaran todas las tarjetas, pero que las azules y rojas no fueran utilizables en los buses zonales, y eso tampoco era aceptable porque era restricciones para el ciudadano.

“Las 4 alternativas ninguna era aceptable, cuando llego a Transmilenio y empiezo a conocer el problema que las 4 ninguna se podía aceptar y era lo que había en la mesa y Transmilenio no podía proponer porque el que debía proponer era Recaudos Bogotá, lo que hicimos fue analizar con los asesores externos de la Universidad de los Andes cuáles eran las que realmente tenían factibilidad y eran dos, una que se llamaba la uno que era la tarjeta Tullave en todo el sistema, únicamente la tarjeta Tullave que esa la objetó el área jurídica por principio de coexistencia y la de todas las tarjetas en todo el sistema pero sin restricciones al ciudadano.

“DR. SUÁREZ: Esas propuestas quién las presentó, las que usted está diciendo que los Andes revisó?

“SR. GARCÍA: Recaudos Bogotá en cumplimiento de su obligación, dijeron que tenía que presentar Recaudos Bogotá propuestas, pero no cumplía con los requisitos que se pedía de ellas.

Hecho el análisis nos reunimos con Recaudos Bogotá y se les dijo, creemos que la 4, los Andes viabiliza la 1 y la 4, pero la 1 jurídica no la permite porque no cumple la coexistencia, creemos que la 4 siempre y cuando le quiten las restricciones al ciudadano y siempre y cuando hagan una prueba operativa de lo que están proponiendo en una estación.

“Se le culminó un oficio, un oficio que se llama así una culminación que presentaran eso, una propuesta que fuera viable, que no tuviera restricciones para el ciudadano, que tuviera una prueba operativa y Recaudos Bogotá la presentó el primero de abril del 2013 en el plazo que se le dio.

Después hubo revisiones, correcciones, ajustes, hubo dos versiones, creo que del 15 de abril al 23 de abril y el 29 de abril salió la Resolución 125 diciendo se acoge o se adopta la propuesta presentada por Recaudos Bogotá para la integración del medio de pago y con esa Resolución 125 se empezó a trabajar, fue recorrida por todos los operadores de Recaudo y dio sus frutos el 29 de abril del 2013 cuando su tarjeta Tullave permitió en todas las estaciones y en todos los buses la utilización de una sola tarjeta.

“Aquí hago una precisión y es que en cumplimiento de lo que considera sus obligaciones, Recaudos Bogotá hizo unos desarrollos para que las tarjetas azules y rojas que ya funcionaban en fase 1 y fase 2 sirvieran en la fase 3 y en los buses, aquí quiero corregir algo que he dicho mal, no era la tarjeta Tullave en todo el sistema sino las azules y rojas por acciones emprendidas por Recaudos Bogotá en el contexto de esa Resolución.

“DR. SUÁREZ: Para precisar, existió en algún momento concertación entre Angelcom, la Unión Temporal de Angelcom y La Unión Temporal Fase 2 y Angelcom, entre ellas estaba metidos los sistemas de redes que después vamos a hablar; existió la concertación que usted nos dijo que era una obligación, existió la concertación entre las propuestas que fueron presentadas por Recaudos Bogotá y que fueron aprobadas técnicamente por la Universidad de los Andes y la que finalmente se aprobó, existió concertación o nunca hubo concertación con Angelcom?

“SR. GARCÍA: Nunca hubo concertación, por eso, como no hubo concertación por eso se expidió una Resolución en donde Transmilenio como ente gestor decía no sigan hablando de so, esta propuesta que presenta Recaudos Bogotá en ejercicio de su obligación, que no tiene restricciones para el ciudadano, que tiene aval de la Universidad de los Andes es la que se deberá implementar.

“DR. SUÁREZ: Considera usted que esa Resolución que fue tomada en la fecha que usted nos indicó ha debido ser tomada con anterioridad para que no se hubiera perdido tanto tiempo entre cuándo se ha debido iniciar la implementación y cuando se toma la medida con la Resolución 125?

“SR. GARCÍA: Doctor mirar con el espejo...

“DR. SUÁREZ: No sé, le estoy preguntando...

“SR. GARCÍA: Es difícil, yo considero que lo ideal es que esa Resolución hubiera estado cuando hicieron los pliegos, que hubieran dicho desde antes de la licitación la integración va a ser así, pero se dio una cláusula que decía que Recaudos debía concertar, está explícita y Recaudos se presenta sabiendo que debía concertar y pasa mucho tiempo y no hace la concertación; evidentemente había que tomar acciones y si no estaríamos todavía buscando resultados.

“DR. SUÁREZ: Pero de acuerdo a una respuesta que usted dijo que Recaudos había adelantado todas las actividades en busca de la concertación de acuerdo con el plan?

“SR. GARCÍA: Claro, una es hacer todas las actividades tendientes que las hizo, presentó las propuestas, hizo las reuniones, fue pro activo, hizo todas las actividades, pero no logró la concertación.

“DR. SUÁREZ: También usted mencionó algo de Tullave y nos acaba de decir una precisión, era para un grupo de buses particular, esa solución de Tullave que se podía implementar para la totalidad del sistema o cuando fue presentada por Recaudos Bogotá fue una solución temporal con el ánimo de contribuir a que funcionara el sistema y salir del atolladero por falta de implementación de la integración por los medios de pago, cómo, qué sucedió, cómo lo vio usted, cómo se manejó la cosa?

“SR. GARCÍA: Me perdí un poco en el contexto de la pregunta, porque cuando Recaudos Bogotá propuso que fuera su tarjeta la única del sistema, no había atolladero, fue la primera propuesta que presentó seguramente en el 2011, propuesta que evidentemente no aceptó Angelcom, luego no hubo concertación, empezó la discusión, pero desde la óptica de Recaudos Bogotá era una solución a largo plazo, pero no consideraba de alguna manera según nuestra oficina jurídica, que los operadores de Angelcom deberían coexistir así como están hoy en día.

“Hoy en día Angelcom atiende sus taquillas, atiende sus ciudadanos, recarga sus tarjetas, recarga las de Tullave, recarga todo, en ese sentido no sé, no entendí lo del atolladero porque fue lo primero que presentó.

“DR. SUÁREZ: Esto que estamos hablando de Tullave, las oficinas del servidor y el problema que existía, que no se podía avanzar, eso tiene algo que ver con un otrosí que usted mencionó que era el otrosí No.7, del contrato, eso es lo que está en el otrosí No.7?

“SR. GARCÍA: El otrosí 7 se da porque efectivamente y eso está hoy probado y demostrado, Angelcom se opuso a la concertación y para poder implementar la solución prevista en la Resolución 125, había que instalarle una tarjeta sim card a los torniquetes y a los registros de recaudo como la que tiene los celulares.

“Una tarjeta sim card se llama módulo SARC, sin la cual podemos hacer todos los desarrollos, pero cuando lleguen con la tarjeta al torniquete si no tiene esa sim card no va a funcionar, vuelvo y digo es una tarjeta como la de los celulares, Transmilenio, primero Recaudos que la expidió necesito las tarjetas sim card y Transmilenio se las pidió a Angelcom de fase 2 y ellos empezaron a dilatar la entrega de sus tarjetas sim card, módulo SARC.

De una manera hoy en día yo lo puedo ver como anecdótico, ya en el momento era tensionaste, pero nos mandaron al proveedor en Austria, el fabricante de esa sim card es en Austria, y el proveedor no Transmilenio yo proveedor no les doy eso, yo se los doy solamente a SARC, quién es SARC? El proveedor de tecnología de Angelcom, señores SARC necesitamos los torniquetes, no yo no tengo ningún contrato con Transmilenio, señores Angelcom denle la orden a SARC, empezó cruces de comunicaciones con cosas tan anecdóticas como que no le podemos atender su pedido porque estamos en vacaciones de verano en Austria.

Se dilató y se dilató y la resolución 125 tenía un plazo que era el 30 de noviembre y un día recaudo Bogotá en cumplimiento de su plazo, en cumplimiento de su obligación llegó a Transmilenio y dijo como no nos dan los módulos SARC nosotros estamos en capacidad de hacer un desarrollo que sustituya temporalmente esa tarjeta sincard, nosotros miramos desde el punto de vista técnico si eso era válido, lo analizamos sí, sí es válido, dio lugar al otrosí 7 en donde se le autorizó a Recaudos Bogotá a utilizar ese software que hizo, a utilizar temporalmente los módulos SARC.

Y adicionalmente en esa conversación Recaudos Bogotá y es que también como tenemos que hacer que la tarjeta Tullave funcione en las estaciones tenemos 176 torniquetes que podemos instalar en esas estaciones, estábamos buscando el beneficio de la ciudadanía, porque yo siento y eso lo digo al Tribunal que es algo en lo que hemos trabajado con Recaudos Bogotá independientemente de todas las dificultades porque es un proceso complejo, pero es claro que se piensa en la ciudadanía.

En ese momento se dio lugar al otrosí 7, autorizamos implementar los desarrollos, autorizamos la instalación de los torniquetes, empezó a operar el otrosí 7, se cumplió el plazo de la Resolución, 30 de noviembre, el 29 se hicieron las pruebas, en diciembre llegaron las tarjetas sim card que se venían pidiendo como de mayo, esa es un poco la historia de eso.

“DR. SUÁREZ: Dado el esfuerzo conjunto que usted nos acaba de describir entre Transmilenio y Recaudos, para buscarle salidas a las diferencias, pongámoslo así, o a la posición asumida por Angelcom y la Unión Temporal para fases 1 y fases 2 que son de recaudo, usted conoce de procedimientos administrativos o procesos judiciales que hayan sido iniciados por Angelcom o por Recaudos Bogotá respecto de estos temas para tratar de solucionarlos?

SR. GARCÍA: Sé que Recaudos Bogotá ha llevado este tema a la Superintendencia de Industria y Comercio quejándose del comportamiento de Angelcom y basados en los

resultados de esos procesos que ya tienen fallos judiciales es que digo que Angelcom no estaba colaborando.

“DR. SUÁREZ: Usted también nos informó que en el 2014, si me equivoco me corrige, fue expedida la Resolución 468...”

“SR. GARCÍA: Sí señor.

“DR. SUÁREZ: Por qué se expidió esa Resolución 468, quién hizo las propuestas de tipo técnico que allá fueron acogidas y cómo está funcionando hoy el sistema, por favor precísenos un poco, usted nos mencionó y nos explicó muy rápidamente, pero me interesa cómo está funcionando eso, cómo se implementó, por qué se tomó la Resolución 468, habida cuenta de la 125 y lo que había sucedido ya con la 125, le agradecería que precise un poco más porque es un tema importante?”

“SR. GARCÍA: Haré un resumen también, la Resolución 125 ordenó unas mesas semanales entre Angelcom, Recaudos Bogotá, Transmilenio y UT fase 2, esas mesas se reunieron religiosamente por orden de esa resolución y cada reunión dejaban constancia que no estaban de acuerdo con esa Resolución, pero estábamos reuniéndonos y mirando cómo se implementaba.

Se hicieron 44 reuniones documentadas con actas, en el transcurso de esos meses ya se había hecho el desarrollo para que las tarjetas rojas y azules funcionaran en todo el sistema y se tenía que hacer el desarrollo por parte de Angelcom para que también funcionara la tarjeta Tullave fase 1 y fase 2.

Se empezaron a profundizar los temas, se le pidió a Angelcom una cotización de cuánto valía ese desarrollo, ellos cotizaron el diseño, en alguna reunión dijeron que los equipos de recaudo tenían que sufrir un reemplazo de una parte importante de sus partes y a partir de ahí Recaudo Bogotá tomó, preferiría en lugar de reemplazar una parte de unos equipos que van a salir de uso en diciembre del 2015, prefería reemplazar todos los equipos, los torniquetes y los de recaudo.

Curiosamente para mí, Angelcom acogió en las mesas esa propuesta y empezamos a construir cómo se haría, quién pone el internet, quién pone la electricidad, cómo hacemos los cambios, quién se encarga, todo se discutió en esas mesas y ya había un acuerdo en las mesas, se decidió elevemos este acuerdo al comité de recaudadores que no se había vuelto a reunir porque todo venía con la Resolución 125.

Se reúne el comité de recaudadores el 10 de abril, Recaudos Bogotá presenta una propuesta de sustituir unos equipos, torniquetes y equipos de recarga, Angelcom y UT aceptan esa propuesta en ese comité, es decir hubo un acuerdo, hubo una concertación el 10 de abril del 2014, Transmilenio lo acogió y firmó el acta, y dice todos de acuerdo, seguían unas mesas posteriores para que esos acuerdos se incorporaran mediante otrosí a los contratos.

Otra vez pasaron 2 o 3 meses y no lográbamos con Angelcom y UT definir los textos del otrosí, llegó el nuevo gerente de Transmilenio, hizo una revisión del tema a la luz de lo que estaba escrito y encontró que lo que se acuerda en el comité de recaudadores se vuelve obligación contractual, la interpretación de él como gerente es que no necesitamos un otrosí para que eso se empezara a hacer y cómo Angelcom insistía que el otrosí, él sacó una Resolución incorpórese a los contratos del mes de abril, esa es la Resolución 468 que se cumplió de febrero a agosto.

“DR. SUÁREZ: Dada su activa participación en todo este proceso, y de su responsabilidad además con Transmilenio, en su experiencia, su experticia, sus conocimientos en ingeniería en materia tecnológica, para fin de este año, diciembre, ya estará implementado el sistema en forma tal que el sistema recaudo sea uno solo y que no subsista los dos sistemas porque termina la fase 1 y la fase 2?”

“SR. GARCÍA: Sí claro, ese es un gran logro de todo lo que se ha hecho, los contratos de Angelcom de fase 2 terminan el 21 de diciembre del 2015, nosotros tenemos la convicción y la seguridad de que el 22 a las 3:30 de la mañana Recaudos Bogotá estará en el 100% de las estaciones sin resistencia, porque ya la plataforma tecnológica que hay es de Recaudos gracias a lo que se hizo en todo el proceso de integración y que está operando al 100% desde agosto 30.¹³⁹

¹³⁹ Cuaderno de pruebas No. 11, folios 153 a 182.

De esta declaración que el Tribunal ha transcrito en extenso dado que a su juicio revela claramente todo lo que ocurrió con la integración de los medios de pago, se desprende que el proceso de concertación fue prolongado y traumático y se desarrolló a través de un gran número de reuniones de los concesionarios en las cuales se buscó acuerdo entre ellos. Dado que el objeto de las reuniones era una concertación entre operadores y Recaudo tenía la obligación de procurar dicha concertación, no le correspondía a Transmilenio adoptar en principio las decisiones correspondientes. En todo caso Transmilenio tomó algunas decisiones en relación con las materias objeto de las reuniones para buscar soluciones a la situación planteada.

Así mismo sobre la participación de Transmilenio en el Comité de Recaudadores declaró el señor Camilo Andrés Rodríguez Remolina, funcionario de Transmilenio:

“DR. SUÁREZ: ¿Quiere usted informarle al Tribunal cuál es el rol que tiene Transmilenio en ese comité de recaudadores, en el comité de recaudadores? SR. RODRÍGUEZ: Es un rol de verificación, es un rol de avalar, él avala los acuerdos a los que llegan los recaudadores que se vienen adhiriendo al comité. DR. SUÁREZ: En unas de sus respuestas usted utilizó específicamente, expresamente la palabra mediador, de actuar como mediador, Transmilenio S. A. tenía la función de actuar como mediador en ese comité? SR. RODRÍGUEZ: Él avala, avala los acuerdos, pero obviamente viendo que ha habido siempre resistencia entre los recaudadores sí ha tenido una práctica de intermediación para que se logre un óptimo consenso entre ustedes tendiente a facilitar la solución de conflictos de forma armoniosa, entonces en ese ejercicio sí ha cumplido una función de mediación para la obtención de esto. DR. SUÁREZ: Dadas las diferencias profundas existentes entre los concesionarios de fase 1 y fase 2 y Recaudo Bogotá fase 3, diferencia profunda y expresada a lo largo de innumerables procesos de los cuales usted manifestó tener conocimiento pero no participación, qué facultades tenía o tiene Transmilenio S.A. con razón de este contrato y los otros contratos que están coexistiendo, que existe una interrelación para que funcione el SITP, qué facultades o funciones tiene Transmilenio S.A. para que si no se llega a un acuerdo entre las partes qué se puede hacer, qué tocaba hacer? SR. RODRÍGUEZ: Por ejemplo con los operadores de transporte allí los acuerdos, la solución y el ponerse de acuerdo los unos con los otros se hace a través del protocolo de articulación, que es un mecanismo que sirve para articular esos operadores con los recaudadores y en el tema de recaudadores versus recaudadores era el comité de recaudo. DR. SUÁREZ: Por eso, pero si no hay un acuerdo entre las partes qué hizo, tanto tiempo, porque parte de o lo que se ha dicho es que no se ha cumplido esa obligación de integración de los medios de pago y que se ha demorado muchísimo, qué podría hacer Transmilenio S.A. distinto de sentarse a escuchar las diferencias entre las partes, qué podía hacer como gestor del sistema? SR. RODRÍGUEZ: Tomar una postura, ya lo que hizo que fue tomar la postura como lo hace a través de adopción de la resolución 468 y lo que hace simplemente es generar esa acta que es vinculante como lo dice el comité de recaudadores porque contiene en sí misma un acuerdo de una sesión, de unos trabajos y de unos temas puntuales que están esgrimidos puntualmente en esa acta del 10 de Abril y trasladarla tal como lo hizo a un acto administrativo que se denominó la resolución 468”.

De las declaraciones transcritas se desprende que en el Comité de Recaudadores se adoptaban decisiones que se sometían a Transmilenio. Ahora bien, de las declaraciones transcritas no aprecia el Tribunal que se pueda hacer un reproche a la conducta de Transmilenio, en la medida en que le correspondía a Recaudo adelantar el proceso de concertación con los otros concesionarios, y Transmilenio debía apoyar dicho proceso dentro del marco de sus funciones. Transmilenio participó en el Comité, analizó las alternativas presentadas por Recaudo y expidió la resolución 125 de 2013, así mismo suscribió el Otrosí No 7, para implementar soluciones transitorias que permitieran integrar los sistemas.

Es pertinente señalar que la Demandante hace referencia a unas decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio del 10 de junio de 2015 y el Tribunal Superior de Bogotá del 23 de junio de 2016 en las cuales señala la Demandante, se declaró que *“que las sociedades ANGELCOM S.A. y SISTEMAS ASESORIAS Y REDESS.A.S. incurrieron en la violación al principio de la buena fe comercial contemplado en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996 (...)”*. Ahora bien, en el proceso no obra copia de dichas providencias, porque señala el Demandante el proceso se encuentra en la Corte Suprema de Justicia para decisión. En todo caso teniendo en cuenta el sentido de las decisiones adoptadas según lo indica el Demandante, las mismas no acreditarían un error de conducta por parte de Transmilenio.

Por otra parte está establecido que la Superintendencia de Puertos y Transporte mediante Resolución 7095 del 19 de octubre de 2012¹⁴⁰, confirmada en la Resolución 9608 del 31 de diciembre de 2012¹⁴¹, decidió someter a Control a la Empresa Transmilenio S.A, y ordenó a dicha empresa presentar un Plan de Recuperación y Mejoramiento que permitiera *“aliviar la situación actual de orden jurídico y administrativo de la compañía”*. En los considerandos de dicho acto administrativo se hace referencia al tiempo transcurrido en torno a la integración de medios de pago en el sistema y se destaca que el tema no había sido sometido a la junta directiva de la empresa.

Igualmente está acreditado en el expediente que por Resolución 3790 del 08 de abril de 2013 la Superintendencia impuso a Transmilenio multas sucesivas de hasta 180 SMLMV por cada mes de mora *“en la expedición de actos administrativos que conlleven a la integración de tarjetas de recaudo”*¹⁴².

De la decisión Superintendencia de Puertos y Transporte se desprende entonces que a juicio del ente de control Transmilenio no actuó diligentemente en procura de una solución a las dificultades que existían para definir la integración de los medios de pago. Es de destacar que frente a la Superintendencia Transmilenio como ente rector del sistema era el responsable de buscar una solución a la integración.

Ahora bien con posterioridad a dicha Resolución de la Superintendencia, el 29 de abril de 2013 Transmilenio expidió la Resolución 125 de 2013, por la cual tomó una serie de decisiones en materia de integración. Ahora bien, señala la demandante que Transmilenio no hizo cumplir dicha Resolución.

En este punto debe observar el Tribunal que en memorial presentado por RECAUDO BOGOTA S.A.S. ante el Consejo Superior de la Judicatura en el trámite de la acción de tutela interpuesta por ANGELCOM, RECAUDO BOGOTA S.A.S.¹⁴³, manifestó lo siguiente:

“IV. GRUPO DE DECISIONES JUDICIALES QUE INCULPAN AL GRUPO ANGELCOM COMO RESPONSABLE DEL RETARDO DE LA INTEGRACION DE LOS OPERADORES

“Ahora bien, para conocimiento de ese despacho, informamos que teniendo en cuenta el comportamiento de ANGELCOM en asocio con SAR S.A.S. (empresa del Grupo Angelcom como ha sido anunciado en su página web) durante todo el desarrollo de la integración de operadores del sistema fue necesario que Recaudo Bogotá demandara ante los jueces competentes dichas conductas. En este sentido se han proferido

¹⁴⁰ Cuaderno de Pruebas No. 4. CD del Folio No. 85 bis. Documento titulado “99.pdf”.

¹⁴¹ Cuaderno de Pruebas No. 4. CD del Folio No. 85 bis. Documento titulado “100.pdf”.

¹⁴² Cuaderno de Pruebas No 1 Anexos a

¹⁴³ Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 458 a 472.

diferentes providencias por Jueces de la República donde se ha recriminado textualmente el comportamiento desleal por parte del Grupo Angelcom. Dichas providencias han sido confirmadas en segunda instancia, y no han sido objeto de tutela.

“1. ...

“2. Así mismo, dentro del proceso de competencia desleal, la Superintendencia de Industria y Comercio profirió dos medidas cautelares contra el grupo Angelcom, conformado por Angelcom S.A. y SAR S.A.S., así:

“a. Medida cautelar proferida mediante Auto No. 9734 del 30 de Abril de 2013 por la Superintendencia de Industria y Comercio, en la que ordena a “ANGELCOM S.A., a título de medida cautelar, INFORMAR a RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. el valor de las licencias necesarias para la integración del SIRCI a las que hace referencia en las comunicaciones que Recaudo Bogotá S.A.S. radicó en Angelcom S.A.S. (...)” y

“b. Medida cautelar proferida mediante Auto No. 34007 del 25 de Octubre de 2013 por la Superintendencia de Industria y Comercio, en la que ordena a “SISTEMAS ASESORÍAS Y REDES –SAR S.A. a título de medida cautelar, INFORMAR a RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. el valor de las licencias y desarrollos tecnológicos necesarios para la integración del SIRCI”

“3. El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá-Sala Civil mediante auto proferido el 19 de junio de 2014, ratificó la medida cautelar en contra de SAR S.A. que le ordenó entregar a Recaudo Bogotá S.A.S. el precio de los desarrollos y licencias que se requieren para el proceso de integración y manifestó respecto de la actitud de Angelcom S.A. y SAR S.A.S. ante el proceso de integración y la medida cautelar que:

“a. (...) resulta inexcusable que se abstenga de acatar tal decisión”, pues a la fecha, SAR S.A.S. no ha cumplido la medida cautelar ordenada por la SIC, es decir, no ha informado a Recaudo Bogotá el valor de las licencias y desarrollos tecnológicos necesarios para la integración, información sine qua non para hacer posible desplegar las actividades necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones de integración de la resolución 125; y

“... ”

“d. La resolución 125 de 2013 no se puede cumplir sin contar con la colaboración de los operadores de recaudo de las Fases I y II, y más si se tiene en cuenta que ‘la Resolución No. 125 del 29 de abril de 2013, (...) adoptó una propuesta de integración de medio de pago presentada por Recaudo Bogotá S.A.S., disponiendo en su artículo 3º, que los recaudadores de las fases I y II, entre ellos, la recurrente, debían ofrecer, con un alto grado de colaboración, la información necesaria, así como las actividades de documentación y especificaciones a dar cumplimiento al documento radicado con el número 2013ER7495 del 29 de abril de 2013’.”

“... ”

“4. Las medidas cautelares expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, así como el auto del Tribunal Superior de Bogotá han sido informadas a Transmilenio S.A. con el fin de evidenciar que el retraso en el cumplimiento de las fechas establecidas en la Resolución 125 de 2013 no son responsabilidad de Recaudo Bogotá, sino de Angelcom S.A. y SAAR S.A.S.”

“5. Finalmente, y teniendo en cuenta que SAR S.A.S. después de un año y tres meses se ha negado a cumplir la medida cautelar ordenada por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Auto No. 34007 del 25 de Octubre de 2013, el día 14 de enero de 2015, dicha Superintendencia profirió el Auto No. 968 por medio del cual impone una multa a la demandada SAR S.A.S. por incumplimiento de órdenes cautelares por valor de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con lo cual se aprueba, el boicot al proceso de integración en el que ha participado dicha empresa.

“Lo descrito anteriormente, evidencia que Angelcom S.A. y la UT Fase II han implementado diversos mecanismos con el propósito de retrasar y hasta, detener por completo, el proceso de integración que viene adelantando Recaudo Bogotá S.A.S. en beneficio de los usuarios del sistema de transporte de la ciudad de Bogotá D.C., pues las medidas de la Superintendencia de Industria y Comercio referidas anteriormente, se dieron en el marco de la integración adoptada por Transmilenio S.A. a través de la Resolución 125 de 2013, la cual, no fue posible ejecutar en su totalidad por la negativa

de Angelcom S.A. y de SAR S.A.S. de cumplir la medida cautelar ordenada por la SIC, entre otras negativas emanadas de esas compañías en contra del proceso, como por ejemplo, no suministrar información indispensable, pertinente y completa para el proceso de integración.”

Como se puede apreciar, la propia Demandante reconoció que era la conducta obstructiva de los otros concesionarios la que no había permitido dar cumplimiento a la Resolución de Transmilenio, con todo y que la Superintendencia de Industria y Comercio había adoptado unas medidas cautelares.

Ahora bien, el 2 de septiembre de 2013 se firmó el Otrosí No. 7 al Contrato por el cual las partes adoptaron una serie de medidas para resolver las dificultades sobre integración de los medios de pago.

De lo expuesto se desprende para el Tribunal que si bien la Superintendencia de Puertos y Transporte consideró que Transmilenio no había actuado diligentemente en el cumplimiento de sus funciones en relación con la integración, en todo caso cuando Transmilenio procedió a actuar, la decisión que adoptó no se cumplió, según lo señaló el propio Recaudo, por la conducta de los otros concesionarios del recaudo, fases I y II, lo que a juicio del Tribunal demuestra que la posible negligencia de Transmilenio no guarda relación causal con el hecho de no haber logrado rápidamente la integración de los medios de pago, pues este resultado fue generado por la conducta de los otros concesionarios de recaudo de las fases I y II.

Por otra parte, señala la Demandante que Transmilenio formuló pliego de cargos contra la Demandante por el presunto incumplimiento del artículo 5 de la Resolución 125 de 2013 -modificado por el artículo 2 de las Resoluciones 327 y 328 de 2013-, en lo relacionado con el término para implementar la solución de integración adoptada por el Ente Gestor, sin hacerlo frente a los otros concesionarios del recaudo, en abierta contradicción con su obligación de ejecutar el Contrato de buena fe.

Sobre el particular advierte el Tribunal que al revisar el oficio del 14 de marzo de 2014 de Transmilenio¹⁴⁴ se encuentra que el mismo se fundó en que el concesionario no había dado cumplimiento a la Resolución 125 de 2013, y que el mismo invocó para sustentar su incumplimiento el hecho de un tercero, y que la obligación de integración del medio de pago es de resultado. A este respecto considera el Tribunal que como ya se aclaró, la obligación de Recaudo en este punto no podía considerarse de resultado, por lo que no comparte el planteamiento de Transmilenio al formular cargos. En todo caso en este proceso no se está discutiendo un acto sancionatorio con dicho fundamento, por lo que no es del caso entrar en un análisis sobre el particular.

Por otra parte señala la Demandante que Transmilenio en abierta rebeldía con lo convenido en el Comité de Recaudadores del 10 de abril de 2014, conforme con el cual debía suscribirse el Otrosí No. 11 al Contrato –remitido por RBSAS a TMSA-¹⁴⁵, TMSA desconoció la solución de integración por sustitución adoptada

¹⁴⁴ Comunicación 2014EE4528 del 14 de marzo de 2014. Cuaderno de pruebas No. 4, cd obrante a folio No. 85 bis. Documento titulado “159.pdf”.

¹⁴⁵ Ver: i) comunicación con radicado 2014ER11370 del 6 de mayo de 2014 remitida por RECAUDO BOGOTÁ S.A.S al ente gestor; 2) Mail remitido a Ernesto Cadena Rojas el 28 de mayo de 2014; 3) Mail remitido a Ernesto Cadena Rojas el 3 de junio de 2014; 4) Mail remitido a Luis Fernando García, Carlos Alirio García, Ernesto Cadena y Camilo Andrés Rodríguez el 4 de julio de 2014; 5) Mail remitido a Ernesto Cadena, Luis Fernando García, Carlos Alirio García y Camilo Andrés Rodríguez el 17 de julio de 2014; 6) Mail remitido a Luis Fernando García el 18 de julio de 2014; y 7) comunicación con radicado 2014ER21659

unánimemente en el Comité de Recaudadores del 10 de abril de 2014, y profirió la Resolución 468 del 12 de agosto 2014, por la cual incorporó a los contratos de concesión de recaudo de las Fases I y II y del SIRCI la propuesta de la Demandante. De esta manera, las Resoluciones 125, 327 y 328 de 2013 quedaron sin efecto por el decaimiento de las mismas. Es decir, señala la Demandante, nuevamente Transmilenio adoptó una propuesta de RBSAS, aunque esperó hasta agosto de 2014 para ello. Aún más, no sobra resaltar que desde la primera propuesta presentada por la Demandante en septiembre de 2011 era viable la integración. Advierte que este comportamiento contractual de TMSA conllevó a que, pese a la indeclinable colaboración y buena fe desplegada por la Demandante en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, la integración total de los medios de pago sólo ocurriera el 01 de septiembre 2015, apenas 4 meses antes de que terminaran los contratos de concesión de recaudo de Angelcom y la UT Fase II, hecho que acaeció el 21 de diciembre de 2015.

En este punto considera el Tribunal que no está acreditado que Transmilenio haya incumplido sus obligaciones, pues la propuesta contenida en el correo a que hace referencia la Demandante constituía en celebrar un otrosí al Contrato de Concesión y no puede aceptarse que pueda considerarse incumplida una entidad estatal por el sólo hecho de que la misma decida no suscribir dicho otrosí y adopte otra fórmula contractual.

Por lo demás señala el Tribunal que mediante Resolución No. 23253 del 5 de Mayo de 2015 la Superintendencia de Industria y Comercio, expresó:

“En tal sentido, conviene revisar nuevamente las actuaciones adelantadas por TRANSMILENIO, partiendo de la Resolución No. 125 del 29 de abril de 2013, donde debido a la ausencia de consenso entre los recaudadores respecto de la alternativa de integración a implementar, se adoptó inicialmente la propuesta de integración de RECAUDO BOGOTÁ, la cual se fundamentó en la aplicabilidad de la norma ISO 14443^a en tarjetas- lectores.

“Así mismo, el Ente Gestor buscó medidas alternativas que de forma transitoria habilitaran las funcionalidades que brinda la integración, mientras se obtenían los módulos SAM y se adelantaban los desarrollos que posibilitaran la integración total del medio de pago del sistema...”

Agregó la Superintendencia:

“Por tanto, es claro que el estado actual del proceso de integración de los medios de recaudo, como se evidencia anteriormente, deviene de las conductas desplegadas presumiblemente por ANGELCOM, SAR Y KEB, cuya responsabilidad de forma alguna puede hacerse extensiva a TRANSMILENIO, habida cuenta que el abuso de posición de dominio y conductas de obstrucción y/o dilación del proceso de integración del sistema de recaudo que fueron vistas, no son atribuibles ni relacionadas a actuación alguna adelantada por el Ente Gestor o al ejercicio de facultad que asista a este, quien en todo caso, se ha mostrado en desacuerdo con las actuaciones de los demás investigados.

“Nótese además, que TRANSMILENIO ha advertido a los concesionarios que debía darse lugar a la implementación de una solución benéfica para la ciudadanía, dejando claro que consideraba inaceptable la exposición de argumentos que no presentaron los recursos, que hubieran sido resueltos o que implicaran la dilatación de acciones para que no se cumpla con lo ordenado por el Ente Gestor”

Igualmente dijo la Superintendencia sobre la conducta de TRANSMILENIO en relación con el PROTOCOLO DE SUSTITUCION Y TRANSICION.

del 14 de agosto de 2014. Cuaderno de pruebas No. 4, cd obrante a folio 85 bis. Documentos titulados “168.pdf”, “169.pdf”, “170.pdf”, “171.pdf”, “172.pdf”, “173.pdf”, “175.pdf”, respectivamente.

“Finalmente, TRANSMILENIO en reacción al estado del proceso de integración, como fuera analizado adoptó un nuevo y diferente PROTOCOLO DE INTEGRACION de los sistemas de recaudo mediante Resolución 468 del 12 de agosto de 2014, ellos mediante la incorporación de la fase de transición u sustitución de los contratos de concesión de recaudo, pues, como ya se dijo, consideró entre otros aspectos, que realizó todos los esfuerzos para concretar la materialización de la decisión vinculante para los recaudadores adoptada mediante acta del 10 de abril de 2014, mediante múltiples reuniones, mesas de trabajo y concretando los protocolos asociados a los aspectos técnicos y económicos necesarios sin que hubiera logrado dar inicio de la implementación de la etapa de transición y sustitución.

(...)”

Lo anterior, sin contar que el ente Gestor ha tenido que asumir la constante censura de sus decisiones por parte de ANGELCOM quien no solo incoó recurso en contra de la Resolución 468 del 12 de agosto de 2014, que fue confirmada mediante Resolución 758 del 3 de diciembre de 2014, sino que además ha pretendido truncar el nuevo protocolo adoptado por vía de acción de tutela”

De todo lo anterior concluye el Tribunal que no está establecida la responsabilidad de Transmilenio en la no integración de los medios de pago. Si bien, un órgano de control en ejercicio de sus funciones consideró en un determinado momento que Transmilenio no había actuado diligentemente, posteriormente otras autoridades reconocieron la actuación de Transmilenio. Así mismo, la prueba que obra en el expediente y la propia manifestación de la Demandante ante una autoridad judicial acredita que realmente los causantes de la no integración oportuna fueron otros concesionarios del recaudo. A lo anterior vale la pena agregar que no es claro que el proceso de integración hubiera podido ser más expedito si Transmilenio hubiera actuado de otra manera, habida cuenta de la conducta obstructiva de los otros concesionarios que inclusive no dieron cumplimiento a medidas cautelares dispuestas por autoridades jurisdiccionales. Es decir que aun si se aceptara que Transmilenio incurrió en omisiones no es claro que las mismas hayan tenido un papel causal en la situación que se presentó.

Por lo anterior no procede reconocer el incumplimiento invocado.

3.2.2.5 No haber adelantado las actividades y gestiones para la salida de operación del 100% de la flota de buses

Entre los incumplimientos en los que la Demandante considera incurrió Transmilenio durante la etapa preoperativa se encuentra que *“(v) No adelantó las actividades y gestiones para la salida de operación de las calles del 100% de la flota de buses que funciona como parte del sistema de transporte público colectivo de Bogotá, de acuerdo al cronograma de implementación del SITP.”*

A tal efecto señala la Demandante que el Contrato del SIRCI, en su Anexo 2, estableció que la implementación gradual del SITP, durante las fechas previstas de los cronogramas, requería el incremento sostenido del uso de las TISC para que al finalizar el periodo T1-T2 estuviera implementado el sistema en un 100%, lo que implicaba necesariamente la desaparición del uso de dinero efectivo como medio de pago y por ende la desaparición igualmente del TPC. Agrega que ello no ha ocurrido pues subsiste e *“SITP Provisional”*, en un porcentaje de alrededor del 30% del transporte público. El SITP Provisional compite con los buses del SITP que están operando bajo la plataforma tecnológica del Contrato SIRCI. Agrega que los dineros que reciben los conductores de los buses del SITP Provisional no ingresan al sistema de recaudo del SIRCI. Esto ha causado y sigue causando cuantiosos perjuicios a RBSAS por la seria afectación en la remuneración a que tiene derecho conforme con el Contrato.

Consideraciones del Tribunal

Como ya se expuso en otro aparte de este Laudo, está acreditado que el sistema SITP no tiene la cobertura que se había previsto, pues subsisten numerosos buses que no están incorporados al sistema. En particular, la situación de mayor trascendencia se refiere a dos de las empresas concesionarias de la operación, que fueron objeto de medidas de intervención. Lo anterior llevó a la administración a organizar el SITP Provisional.

Sobre la subsistencia del transporte público colectivo tradicional y su impacto declaró el Dr. Carlos Alfonso Garzón Saboyá, subgerente económico de TMSA, lo siguiente:

“DR. SUÁREZ: El transporte colectivo afecta la demanda del sistema integrado de transporte público - SITP?”

“SR. GARZÓN: Absolutamente, lo he dicho ya varias veces, el TPC, nosotros lo conocemos como el TPC, el transporte público colectivo, que era el transporte tradicional, le está pegando, le pegó muy duro a la demanda, no quito pasajeros que han debido ser del SITP...”

“DR. SUÁREZ: Cuáles han sido los problemas que ha afrontado el ente gestor para la salida de esa flota que integra ese sistema de transporte colectivo, cuáles han sido los problemas que han afrontado a la salida de eso?”

“SR. GARZÓN: Está básicamente por un lado las obligaciones de sacar, de chatarrizar, está es en cabeza de los concesionarios y para los concesionarios por comodidad y por facilidad, los concesionarios zonales, lo que hicieron fue meter primero flota nueva, en vez de hacer una sustitución progresiva de flota vieja también, es decir empezar a chatarrizar paralelamente y al mismo tiempo, lo que hicieron fue entrar flota nueva y eso retrasó la salida de la flota vieja, ese fue el principal problema en términos del comportamiento y de la existencia del TPC en la ciudad.

“DR. SUÁREZ: Qué hizo la administración pública, en particular Transmilenio para hacer cumplir esa obligación que usted nos está indicando de los operadores de transporte que no cumplían con sus obligaciones?”

“SR. GARZÓN: Ha habido varios replanteamientos de la programación de la forma como debe chatarrizarse, de los programas de chatarrización que tiene que cumplir, entonces se les ha exigido varios esquemas para lograr esa chatarrización y finalmente lo último que hicimos fue el tema del fondo a cuenta, dónde se le metieron 200 mil millones para... Distrito compre los derechos y obligue a chatarrizar a los pequeños propietarios, eso no va ayudar a sacar alrededor de 1.600 vehículos.

“...”

“DR. SUÁREZ: Transmilenio ha hecho algún cálculo sobre la desviación entre los ingresos por no chatarrización, no sustitución, no tener toda la flota lista en el período de 24 meses desde que inició el contrato del SIRCI, para tener todo el sistema de transporte masivo afuera y sustituido por el nuevo sistema para que los ingresos estimados por lo menos se cumplieran, para que ese plan se cumpliera, se ha mirado qué desviación existe entre lo proyectado inicialmente y a los 24 meses lo que había, la desviación en los estimados, yo entiendo lo otro, pero sólo lo estimado?”

“SR. GARZÓN: Digamos que no hemos hecho estudios detallados del tema porque finalmente la estructuración que nosotros montamos y con la cual se manejó la licitación se elaboró en el año 2009, 2010 entonces el desfase es muy grande en términos de demanda, no se pensaba que el comportamiento iba a ser tan cambiante como efectivamente se dio, porque se pensaba repito de una demanda de 6.5 millones de viajes día y esa demanda no se dio, entonces comparar con eso no nos da herramientas para lo que se viene hacia adelante en la estrategia de lograr toda la implementación.

“DR. CÁRDENAS: Cuánto es el número de viajes día hoy?”

“SR. GARZÓN: Hoy estamos básicamente en 4 millones de viajes día.

“DR. SUÁREZ: Usted recuerda más o menos... cómo se estimaba demanda para el momento de iniciación de contrato de recaudo, el momento de iniciación de operación regular, o sea, el primer bus que entraba al sistema y a los 24 meses, es decir 27 de septiembre de 2013, sabe eso?

“SR. GARZÓN: No, no yo se la cifra global digamos, estamos hablando de año 2011, 6.5 millones, pero ese detalle ya la...

“DR. SUÁREZ: Conoce algún estudio que se haya hecho?

“SR. GARZÓN: No.

“DR. SUÁREZ: Usted quiere ilustrarle al Tribunal dentro del programa de implementación para recaudo, me refiero básicamente al número de buses que tenían que estar dentro del sistema de acuerdo al plan de implementación a los 24 meses, qué peso tenían Ecobus y Coobus, proporcionalmente hablando?

“SR. GARZÓN: Sí más o menos, un 25%.

“DR. SUÁREZ: De ese 25% de esos buses de estas dos compañías cuántos realmente ingresaron al sistema?

“SR. GARZÓN: Alcanzaron a ingresar unos 400 porque Ecobus y Coobus alcanzaron a operar alrededor de un año pero ya con la parada de esos dos operadores dejaron de operar esa flota”¹⁴⁶

De la declaración del testigo se desprende que la subsistencia del servicio público colectivo tradicional afectó la demanda de pasajeros de Transmilenio. Si bien el testigo señala que no se ha hecho un estudio sobre la desviación entre lo proyectado inicialmente y lo que había a los 24 meses, en todo caso señala que las proyecciones eran de 6.5 millones de viajes, y actualmente se realizan 4 millones. Así mismo señaló que las empresas Ecobus y Coobus tenían un gran peso en el número de buses del sistema.

Por otra parte, el testigo John Alexander Puentes, funcionario de Transmilenio, declaró:

“DR. SUÁREZ: Mi pregunta para usted es, ya ocurrió T2? Y de haber ocurrido T2, cuándo ocurrió?

“SR. PUENTES: T2.

“DR. SUÁREZ: Sí.

“SR. PUENTES: Está en ejecución, está pendiente.

“DR. SUÁREZ: O sea, no ha pasado T2? No hemos llegado a T2?

“SR. PUENTES: En términos generales, no.

“DR. SUÁREZ: Qué significa en términos generales para usted?

“SR. PUENTES: Primero, reitero nuevamente, el diagrama es claro, el cobro de efectivo hoy se está dando y eso implica que todavía estamos entre T1 y T2.

“DR. SUÁREZ: Por qué todavía se está dando el cobro en efectivo, por qué?

“SR. PUENTES: Porque todavía no ha salido el colectivo propiamente, ahí hay un tema con respecto a la nueva, la incorporación del provisional pero es un tema que yo no manejo propiamente, entonces tengo entendido que el recaudo está pendiente en ese sistema provisional y con esos finalizaría el tema de T1 y llegaría T2.

¹⁴⁶ Cuaderno de Pruebas No. 11, folios 129 a 152.

“DR. CÁRDENAS: Simplemente para que quede claridad, en el sistema provisional se sigue pagando en efectivo?”

“SR. PUENTES: Se sigue pagando en efectivo.”

“DR. SUÁREZ: Ese que se llama sistema provisional del SITP, que es reciente, cuéntenos a dónde van esos recursos, lo que se paga en los buses?”

“SR. PUENTES: Ese tema lo desconozco, o sea, por lo que no tiene nada de control de flota es más de regulación y más de las decisiones que se dieron en otro ámbito, no de lo que...”

“DR. CÁRDENAS: Ese sistema provisional de alguna manera estaba previsto en el contrato?”

“SR. PUENTES: El sistema provisional no estaba previsto en el contrato, está previsto es en el Conpes como sistemas estratégicos de transporte.”

“...”

“DR. SUÁREZ: Como usted nos leyó dice: todos los buses, quiere indicarnos de que número de buses estaba previsto, estaba previsto en el contrato de SIRCI con base en los documentos de licitación y en los pliegos, ahí dice todos los buses, a que número de buses está refiriéndose ahí?”

“SR. PUENTES: Yo creería, es que no me acuerdo bien de la cifra, pero se hablaba de 12 mil buses”¹⁴⁷

Como se puede apreciar de esta declaración se desprende que el SITP no ha logrado llegar a una implementación total, particularmente porque no se ha centralizado el recaudo, en la medida en que en el sistema provisional se sigue cobrando en efectivo.

Desde esta perspectiva advierte el Tribunal que no encuentra acreditado el incumplimiento de Transmilenio, en la medida en que la crisis que se presentó con los operadores Coobus y Egobus no fue imputable a Transmilenio, y no se desprende del expediente que las medidas que adoptó Transmilenio y la oportunidad en que las adoptó, desde la perspectiva existente cuando dicha empresa obró, implicaban una voluntad de desconocer sus obligaciones contractuales o un proceder descuidado o negligente. Adicionalmente no es claro que si Transmilenio hubiera obrado más rápidamente otra hubiera sido la situación de la implementación.

3.2.2.6.- No adopción oportuna de las medidas y acciones para el restablecimiento del equilibrio económico

La demandante solicita que se declare que durante la ETAPA PREOPERATIVA, TMSA incumplió las siguientes obligaciones a su cargo, que impidieron que para el 27 de septiembre de 2013 *hubiere “culmina[ado] la implementación gradual del SITP”* y se hubieren *“cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”, de tal manera que el SITP de Bogotá D.C. no se implementó plenamente, ni estaba puesto a punto y en operación al 100% del mismo para dar comienzo a la ETAPA OPERATIVA en las condiciones pactadas:...”* y a tal efecto señala que Transmilenio *“(vi) No adoptó oportunamente todas las medidas y acciones enderezadas al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión en los términos contractuales”*.

¹⁴⁷ Cuaderno de Pruebas No. 11, folios 247 a 279.

A este respecto la Demandante se refiere a la ley Ley 80 de 1993 que impone el deber de corregir los desajustes que pudieren presentarse y acordar los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse. Señala que este deber fue continua y persistentemente ignorado y omitido por TMSA durante la ejecución del Contrato pese a los reclamos y peticiones efectuados por RBSAS para que se restableciera la ecuación contractual por los incumplimientos de TMSA, los actos constitutivos de hechos del príncipe y los riesgos imprevisibles acaecidos.

Por su parte la Demandada expresa que el día 6 de Julio de 2012, se decidió por las partes modificar el cronograma de implementación y se pactó una remuneración por actividades adicionales. Agrega que en este instrumento contractual, TRANSMILENIO, con fundamento en que para esa fecha se iniciaba la operación parcial del SITP, y como medida de restablecimiento económico por el retraso en el cronograma, acordó con RECAUDO BOGOTÁ SAS iniciar desde esa fecha, con el pago de la tarifa plena del contrato, establecida para la etapa operativa a sabiendas de que en dicha fecha se encontraban en la etapa pre operativa. Las partes acordaron y así lo entendieron, que esta medida era suficiente, para efectos de restablecer el equilibrio económico del contrato como consecuencia de los atrasos en la puesta a punto del plan de implementación del SITP, manifestación que se concretó con su posterior suscripción. Señala que este es el punto coyuntural de este proceso, y la verdadera finalidad para la cual el Convocante presentó la demanda que nos ocupa, pues el mismo, como se desprende del otrosí en comento, estuvo recibiendo la remuneración plena en la etapa pre operativa, como si estuviera en la etapa operativa, y de ahí se deriva su insistencia en que se continúe y se declare que no ha iniciado la etapa operativa, pues está recibiendo la remuneración plena, sin que inicie el periodo de 15 años de la concesión. Esta es la verdadera finalidad del demandante, y debe ser tenida en cuenta a la hora de analizar el debate probatorio el H. Tribunal.

Agrega que los hechos imprevisibles o desencadenantes del desequilibrio económico, no son posteriores al Otrosí No. 5 del contrato, por el contrario, son causas previas – atrasos en el plan de implementación del SITP – frente a las cuales las partes adoptaron las medidas que consideraron pertinentes y así lo aceptaron, para efectos de restablecer el equilibrio económico del contrato. Precisa que cuando se procede a modificar las cláusulas de un contrato en aras de restablecer el equilibrio económico del mismo, dicha modificación se entiende que tiene efectos transaccionales frente a la causas que desencadenaron el desequilibrio y frente a los perjuicios o desmedros que se le hubiesen causado.

Consideraciones del Tribunal

Como quiera que la Demandada manifiesta que el Otrosí No 5 constituyó una forma de restablecer el equilibrio económico del contrato por la demora en la implementación, considera necesario el Tribunal examinar el contenido del mismo:

A tal efecto se advierte que en los considerandos de dicho otrosí, después de hacer referencias generales al SITP, al Plan Maestro de Movilidad, al Decreto que creó el Subsistema Integrado de Recaudo, al Decreto que establece que Transmilenio será el ente gestor del SITP, a la licitación, a las funciones de Transmilenio, a los objetivos del SITP, al objeto del contrato de concesión, se expresó en particular lo siguiente:

“Que TRANSMILENIO S.A. aprobó el Plan Maestro de Implementación presentado por el CONCESIONARIO y por ende, el cronograma de implementación presentado por él, en los términos del inciso segundo de la cláusula 1 1 del contrato de concesión SIRCI.

“Que mediante oficios radicados número 2012EE1037 del 15 de febrero de 2012, 2012EE94e del 13 de febrero de 201 2, y 2012EE1396 del 28 de febrero de 2012 TRANSMILENIO SA aprobó la adquisición de los equipos a cargo del CONCESIONARIO.

“Que TRANSMILENIO S A mediante visitas adelantadas los días 3 y 4 de mayo de 2012, constató que el CONCESIONARIO contaba con equipos cuya adquisición había sido autorizada por entidad

“Que TRANSMILENIO S.A. ha verificado el avance del cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios de transporte del SITP asociadas a la incorporación de flota, constatando que los mismos pueden iniciar su operación.

“Que a fecha no se ha logrado la concertación del Plan de Integración de las Fases I y II y el SIRCI, y se encuentran en evaluación de TRANSMILENIO SA. las propuestas presentadas por los concesionarios de recaudo.

“Que el día 30 de junio de 2012 se dio inicio la entrada gradual del SITP, comenzando por operación Troncal y alimentadora de la Fase III del Subsistema Transmilenio, con el fin de generar una experiencia pedagógica para los usuarios, quienes podrán utilizar el Sistema de manera gratuita hasta el día 23 de 2012.

“Que para preservar y garantizar la prestación del servicio público de transporte masivo en el Sistema y para desplegar una experiencia pedagógica a los usuarios que facilite la comprensión de la ciudadanía sobre el uso del SITP, mitigue los riesgos de implantación y permita hacer un uso más eficiente de la infraestructura y de la flota disponible, TRANSMILENIO S.A. solicitó al CONCESIONARIO del SIRCI y este aceptó dar inicio a la implementación del Sistema lo que hace necesario reformular el cronograma de implementación.

“Que conforme a lo establecido en el numeral 15.3.4, del anexo 2 del contrato de concesión 001 de 2011, el cronograma de implementación del SIRCI puede ser modificado.

“Que la ejecución de la experiencia pedagógica para los usuarios implica costos para el CONCESONARIO del SIRCI que no se encontraban previstos en el Contrato de Concesión, los cuales serán remunerados por TRANSMILENIO S.A. en virtud de lo dispuesto en el numeral 8o del artículo 4o de la Ley 80 de 1993.

“Que el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 sobre los fines de la contratación estatal establece que “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”, y dispone que “Los particulares por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal implica obligaciones.”

“Que conforme a la cláusula 4a del Contrato de concesión 001 de 2011, el servicio que presta el CONCESIONARIO tiene el carácter de servicio público esencial, por ser parte imprescindible del servicio de transporte público ofrecido por el SITP.

Con base en dichas consideraciones las partes acordaron lo siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA. CRONOGRAMA DE IMPLEMENTACIÓN DEL SIRCI. – El numeral 15.3.4 del Anexo 2 al Contrato de Concesión quedará así:

“15.3.4. Cronograma de Implementación del SIRCI:

“El siguiente cronograma que deberá ejecutar el CONCESIONARIO para la implementación del SIRCI. Este cronograma es indicativo y puede ser modificado por TRANSMILENIO S.A.

(...)

Notas:

“El CONCESIONARIO deberá presentar dentro de los dos (2) meses siguientes a la suscripción del Acta de Inicio el Plan Maestro de Implementación del SIRCI, de acuerdo con establecido en el presente anexo y en el anexo 4 del contrato de concesión. Dicho plan deberá considerar y ser consecuente con el plan de implementación que apruebe TRANSMILENIO S.A. a los concesionarios de operación del SITP. En caso de que TRANSMILENIO SA presente observaciones al Plan Maestro de Implementación, el CONCESIONARIO tendrá un plazo de 15 días calendario para presentar el Plan Maestro de Implementación ajustado y atendiendo las observaciones de TRANSMILENIO S.A.

“Durante los tres (3) meses siguientes a la suscripción del Acta de Inicio, el CONCESIONARIO deberá adelantar reuniones con los Concesionarios del Sistema de Recaudo existente y concertar el Plan Integración de las Fases I y II y el SIRCI.

“El Desarrollo de aplicativos de los Subsistemas del SIRCI se realizará durante máximo seis (6) meses después de la aprobación por parte del Ente Gestor del Plan Maestro de Implementación del SIRCI, La puesta a punto de los aplicativos se realizará durante los tres (3) meses siguientes a finalización del plazo para el desarrollo de los mismos.

“El suministro de todos los equipos de la plataforma tecnológica de los Subsistemas del SIRCI se realizará dentro de los doce (12) meses siguientes a la aprobación por parte del Ente Gestor del Plan Maestro de Implementación. Para el componente troncal el aprovisionamiento de equipos se debe realizar entre el tercero y sexto mes de este proceso, Para el componente zonal, el aprovisionamiento se debe realizar entre el tercero y décimo segundo mes de este proceso,

“En todo caso, la instalación de equipos tanto en buses troncales como en buses zonales estará sujeta a la disponibilidad de la flota.

“El CONCESIONARIO iniciará pruebas de primer nivel en los equipos instalados en las dos (2) primeras estaciones Fase III, en el periodo comprendido entre el 8 y el 21 de julio de 2012, en los términos del numeral 13 del Anexo 2 del Contrato de Concesión. Durante este período habrá presencia de usuarios en las estaciones, quienes podrán utilizar el sistema de manera gratuita, lo cual deberá ser tenido en consideración por el CONCESIONARIO para la ejecución de las pruebas. A partir del 22 de julio de 2012 se iniciará el cobro a los usuarios del Sistema, momento a partir del cual se entiende iniciada la operación regular del Sistema según la cláusula 59 del Contrato de Concesión

“Las demás estaciones de la Fase III entrarán en operación gradualmente, de conformidad con el cronograma establecido en el Anexo No 1 del presente documento.

“La instalación, pruebas y puesta en funcionamiento de los equipos de la plataforma tecnológica de los Subsistemas del SIRCI para el componente zonal se realizará gradualmente a partir del quinto (5o) mes contado a partir de la aprobación por parte del Ente Gestor del Plan Maestro de Implementación del SIRCI. La operación zonal iniciará a partir de la orden que emita TRANSMILENIO S.A. y se implementará de manera gradual. En este periodo se deberán efectuar todas las pruebas necesarias para el adecuado funcionamiento de los tres subsistemas.

“Una vez se defina el Plan de Integración de las Fases I y II y el SIRCI se realizarán las pruebas de integración tecnológica necesarias en las estaciones de las Fase I, II, III, las cuales se realizarán conforme a los protocolos y cronogramas presentados por Recaudo Bogotá y aprobados por TRANSMILENIO S.A. para tal.

“CLÁUSULA SEGUNDA: REMUNERACIÓN ACTIVIDADES ADICIONALES.

“El Concesionario recibirá como remuneración diaria la suma de seis millones trescientos dos mil quinientos treinta y ocho pesos (\$6´302.538) por las actividades adicionales que desarrollará en los términos del Anexo No. 2 del presente Otrosí, en el período comprendido entre el 8 y el 21 de julio de 2012.

“La remuneración se pagará con cargo a los recursos disponibles en el Fondo de Estabilización Tarifaria del SITP, con la misma periodicidad prevista en el contrato para la remuneración del CONCESIONARIO.

“Esta remuneración constituye un pago integral de las actividades adicionales que se llevaran a cabo en el periodo comprendido entre el 8 y el 21 de julio de 2012.

CLÁUSULA TERCERA: NIVELES DE SERVICIO. – *Las partes acuerdan que, desde el inicio de la operación regular y hasta que se ponga en servicio la vigésima cuarta estación de las troncales de la calle 26 y la Cra 10ª, no se tendrán en cuenta los “Niveles de Servicio” para efectos de calcular la remuneración del CONCESIONARIO del SIRCI y por lo tanto el Factor de Calidad de Servicio $f(Q)_{sirci}$ tomará el valor del 100%.” (se subraya)*

Si se revisan tanto los considerandos como el clausulado del Otrosí se encuentra lo siguiente:

En primer lugar, que el 30 de junio de 2012 se dió comienzo a la entrada gradual del SITP y que para generar una experiencia pedagógica se consideró que los usuarios debían poder utilizar el sistema de manera gratuita hasta el 21 de julio del 2012.

Así mismo se señala que *“para preservar y garantizar la prestación del servicio público de transporte masivo en el Sistema y para desplegar una experiencia pedagógica a los usuarios que facilite la comprensión de la ciudadanía sobre el uso del SITP, mitigue los riesgos de implantación y permita hacer un uso más eficiente de la infraestructura y de la flota disponible”, se debe reformular el programa de implementación.*

Se agrega que la experiencia pedagógica implica costos para el Concesionario que no se encontraban previstos, los cuales serán remunerados por Transmilenio.

Con base en lo anterior, por el Otrosí en primer lugar se modifica el cronograma de implementación. En segundo lugar se pacta una remuneración diaria, por actividades adicionales entre el 8 y 21 de julio del 2012. En tercer lugar se estipula que desde el inicio de la operación regular y hasta que ponga en servicio la vigésima cuarta estación de las troncales de la calle 26 y la cra 10 no se tendrán en cuenta los niveles de servicio para efectos de calcular la remuneración del concesionario.

Así las cosas no encuentra el Tribunal que en lo dispuesto en el otrosí mencionado se haya previsto un mecanismo de restablecimiento del equilibrio del contrato. Lo que se previó fue un ajuste al cronograma de implementación, un mecanismo para pagar unas actividades adicionales y una excepción temporal mientras se entregaban las primeras 24 estaciones a la aplicación del criterio de niveles de servicio. Lo anterior buscaba mitigar el riesgo de implementación, es decir, *“Moderar, aplacar, disminuir”* el riesgo, según indica el Diccionario de la Lengua, pero no restablecer el equilibrio.

Por lo demás, y como ya se expuso en otro aparte de este Laudo, el cronograma contemplado en el Otrosí No 5 tampoco fue cumplido.

Ahora bien, en todo caso ha de advertirse que no puede afirmarse que dentro de la etapa preoperativa Transmilenio ha debido restablecer el equilibrio del contrato, en la medida en que la situación no estaba definida y por ello no era

claro hasta cuando se mantendrían las circunstancias que impedían el cumplimiento del cronograma.

3.2.2.6 No adopción de las medidas necesarias para mantener el equilibrio por buses operando con ocasión de la extensión de los contratos de los operadores

La Demandada solicitó que se declarará el incumplimiento de Transmilenio en la etapa preoperativa por cuanto *“(vii) No adoptó las acciones y medidas necesarias para mantener el equilibrio económico del Contrato de Concesión respecto del ingreso esperado por la remuneración semanal por equipos en buses operando (RVHO), con ocasión de la extensión de los contratos de concesión de los operadores de las Fases I y II de TMSA.”*

A este respecto observa el Tribunal que la parte Demandante no señaló hechos específicos sobre esta pretensión. Tampoco hizo referencia a este tema en los alegatos de conclusión. Por lo que no se pronuncia sobre la misma.

Conclusión

Cómo quedó expuesto, la culminación de la implementación gradual del sistema el 27 de septiembre de 2013, no era una exigencia para terminar la Etapa Preoperativa e iniciar la operación o Etapa Operativa.

La Convocante, parte de la premisa según la cual, la culminación gradual e implementación plena, puesto a punto, en operación y al 100%, el 27 de septiembre de 2013, era menester para dar comienzo a la Etapa Operativa en las condiciones pactadas, y el incumplimiento pretendido de las obligaciones a cargo de TRANSMILENIO S.A. durante la Etapa Preoperativa la impidió.

Sin embargo, según se analizó, las condiciones pactadas no sujetan la expedición de la orden de inicio de la operación y el comienzo de la Etapa Operativa a la culminación gradual de la implementación, o implementación plena, puesto a punto y en operación y al 100% del SITP, a la llegada del día cierto, determinado y máximo de los 24 meses contados desde la firma del acta de inicio o ejecución del contrato, esto es, al 27 de septiembre de 2013, ni existe cláusula, estipulación o documento contractual en el que las partes hubieren pactado, a lo menos en forma expresa, clara y precisa, que para iniciar la operación el SITP debía estar totalmente implementado y al 100%, y por el contrario, contemplaron la posibilidad de culminarla en la etapa preoperativa conforme a las actividades descritas y en los tiempos del Plan Maestro de Implementación y el cronograma de implementación aprobado al concesionario, pero también la eventualidad de no culminarla e iniciar la operación en la fecha cierta máxima estipulada con el cumplimiento “como mínimo” de las obligaciones enunciadas en la citada cláusula 11, dentro de éstas, la entrega en operación *“de los componentes, dispositivos y elementos de software y hardware que componen la plataforma tecnológica, bajo responsabilidad del CONCESIONARIO, en los buses, que de acuerdo con el cronograma se requieran para el inicio de la operación, centros de control zonal, centro de control Ente Gestor y en los respectivos medios de conectividad requeridos para la correcta operación del SITP.”*

Por lo tanto, la culminación gradual de la implementación del SIPT y su implementación plena, puesto a puesto y en operación al 100% no es una exigencia de la iniciación de la operación, ni para el 27 del septiembre de 2013

necesaria para “*dar comienzo a la ETAPA OPERATIVA en las condiciones pactadas*”, que por el contrario, previeron la eventualidad contraria, tal como precisó la Señora Procuradora en su concepto que el Tribunal comparte.

De otra parte, las pruebas del proceso acreditan que la ausencia de culminación de la implementación gradual del SITP dentro de los tiempos en meses del cronograma de implementación -indicativo sí pero vinculante, mientras no se haya modificado conforme al Contrato- y en la Etapa Preoperativa, así como de la implementación plena, puesto a punto y al 100% para dar comienzo a la ETAPA OPERATIVA, no dependía ni depende exclusivamente de TRANSMILENIO S.A.

La implementación gradual y progresiva del SITP, según los documentos contractuales, exige la imprescindible coordinación, cooperación, coexistencia e interdependencia de los diferentes agentes del sistema: Las autoridades, el Ente Gestor, los concesionarios del SITP y de operación del recaudo de las Fases I y II, cuyos contratos coexisten en indisociable relación de interdependencia y proyectan efectos en la concesión del SIRCI, en cuanto de todos son exigibles deberes de conducta que confluyen en la implementación plena del SITP y del SIRCI. La proyección de estos contratos, fue expresamente pactada en la cláusula tercera del Contrato 001 de 2011, y por ende, vincula y obliga a las partes. De este modo, la ejecución de esos contratos se proyecta en el contrato del SIRCI, y por lo tanto, sus vicisitudes, sin que las partes puedan invocar, por no serles permitido, la inobservancia de lo pactado. Por esto, el incumplimiento de un concesionario, repercute en la ejecución del contrato del SIRCI, sin perjuicio claro es, de las acciones que procedan en su contra por los daños que ocasione.

En tal sentido, el Contrato 001 de 2011, el Plan Maestro de Implementación y el cronograma de implementación del SIRCI, coexisten y son interdependientes entre sí con las restantes relaciones de concesión del SITP y de la operación de recaudo hasta lograr la implementación plena del sistema. Al respecto, el Plan Maestro de Implementación, y el cronograma de implementación del Contrato 001 de 2011, contemplan un cúmulo de actividades progresivas, exigibles al Ente Gestor, los concesionarios, operadores, y al concesionario del SIRCI, *“algunas son predecesoras de otras como el mismo cronograma lo indica. De esta manera, para continuar con las actividades siguientes, el CONCESIONARIO debe haber dado cumplimiento a la respectiva(s) actividad(es) predecesora(s)”, y las que se puedan realizar en paralelo, podrán ejecutarse “siempre y cuando se hayan cumplido con la o las actividades predecesora”.*

El concesionario del SIRCI, fue informando y conoció de la problemática del transporte público colectivo (TPC), la operación de recaudo entonces existente, y contrajo obligación de adelantar reuniones y concertar el plan de integración de las Fases I y II del SIRCI, que en efecto adelantó con diligencia y cuidado, sin que pueda imputársele reproche alguno, tampoco al ente gestor por las vicisitudes extremas de tales actividades, y que por supuesto, tienen una relación causal incidente en la falta de culminación gradual de la implementación en los tiempos estimados para la implementación plena del sistema.

Las partes, conocieron las dificultades inherentes a la implementación gradual del SITP por factores ajenos a su conducta. Así en el Otrosí No. 5 [“4”] del 6 de julio de 2012¹⁴⁸, se modifica el numeral 15.3.4 del Anexo 2 del Contrato de

¹⁴⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 236-238. La Cláusula quinta del Otrosí No. 6 del 24 de septiembre de 2012, la numeración de este otrosí, 5 en vez “4”.

Concesión, y el cronograma inicial de implementación del SIRCI, estipulan actividades adicionales con la remuneración respectiva, y acuerda que, no obstante las fechas estimadas en *“todo caso, la instalación de los equipos tanto en buses troncales como en buses zonales estará sujeta a la disponibilidad de la flota”*, en el otrosí No. No. 6 del 24 de septiembre de 2012, se modifica el literal a) del numeral 4.21.2.2 y el numeral 7.4.2. del Anexo 2 al Contrato de Concesión, porque *“no se han definido las condiciones de integración de los sistemas de recaudo de las Fases I y II y del SIRCI”*, y hace constar que en las fechas previstas en el cronograma para iniciar la operación del componente zonal del SITP, respecto del primer grupo de rutas, *“no se contará con la integración de los medios de pagos de la Fase I y II del Sistema TransMilenio y la tarjeta “Tullave” que es el medio de pago del SITP”*, acordándose no aplicar las restricciones de venta *“durante el tiempo en que no exista integración de los medios de pagos, salvo que la alternativa de integración que se establezca mantenga indemne a los concesionarios de los sistemas de recaudo de las Fases I, II, III y SITP, respecto de las condiciones aplicables a cada concesión, según sus respectivos contratos”*, desmontar los puntos de venta, recarga y personalización a menos de 500 metros, y la asunción de todos los costos por cuenta y riesgo del Concesionario¹⁴⁹; y en el Otrosí No 7 del 2 de septiembre de 2013, se consigna que *“no ha podido lograrse la implementación efectiva de la propuesta de integración del recaudo del SIRCI en las fases I y II”*, destaca el “imperativo de lograr la integración y garantizar la prelación del interés público que se materializa con la implantación progresiva del SIPT”, y acuerdan soluciones transitorias.

De esta manera, la falta de culminación gradual del SITP, el cumplimiento de las obligaciones de implementación y de la etapa preoperativa, la ausencia de implementación plena del sistema, puesto a punto y en operación al 100% para el 27 de septiembre de 2013, o en los tiempos del cronograma de implementación, no dependía únicamente de TRANSMILENIO S.A., tampoco del Concesionario del SIRCI, y experimentó dificultades extremas reconocidas por las partes en los acuerdos en los cuales hicieron constar algunas de las causas de los retrasos y acordaron soluciones temporales, sin ninguna imputación de incumplimientos recíprocos, ni reserva alguna.

En tal virtud, no procede declarar que por los incumplimientos pretendidos no se culminó a 27 de septiembre de 2013 la implementación gradual, inobservaron las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa, ni se implementó plenamente el sistema *“puesto a punto y en operación al 100% para dar comienzo a la ETAPA OPERATIVA en las condiciones pactadas”*, por cuanto no puede suponerse, sino que debe estar plenamente demostrado y en el proceso no lo está, que haya sido la causa determinante que además impidió un requisito no establecido en los documentos contractuales para dar comienzo a la ETAPA OPERATIVA, cuando para su iniciación no era menester la culminación gradual del SITP, ni su implementación plena, puesto a punto y al 100%, para iniciarla, más aún si de ello se pretende la reparación de un perjuicio, al habersele impedido al concesionario recibir toda la participación en los ingresos con un sistema implementado en su totalidad.

En conclusión, de este segundo grupo de pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones principales y al primer grupo de pretensiones subsidiarias relacionadas con el incumplimiento pretendido de TMSA a sus obligaciones durante la Etapa Preoperativa, prospera la pretensión declarativa primera, en el

¹⁴⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 239-242.

sentido de declarar “que la duración de la ETAPA PREOPERATIVA tenía un plazo máximo de 24 meses, que se cumplía el 27 de septiembre de 2013”.

No prosperan las pretensiones segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y séptima, orientadas a declarar que durante la Etapa Preoperativa, TMSA incumplió las obligaciones a su cargo obligaciones “que impidieron que para el 27 de septiembre de 2013 hubiere *“culmina[ado] la implementación gradual del SITP”* y se hubieren *“cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”*, de tal manera que el SITP de Bogotá D.C. no se implementó plenamente, ni estaba puesto a punto y en operación al 100% del mismo para dar comienzo a la ETAPA OPERATIVA en las condiciones pactadas”, y consecuentemente, declarar que por tal virtud le causó perjuicios “porque entre el 27 de septiembre de 2011 y el 27 de septiembre de 2013 le impidió recibir la totalidad de las participación en los ingresos del SITP de acuerdo con las fórmulas contenidas en la CLÁUSULA 59 del Contrato, que le hubiere correspondido durante ese lapso, de haberse implementado el SIRCI en la forma y plazos previstos en el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el numeral 15.3.4 del Anexo No. 2 al Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012”, y desde el 28 de septiembre de 2013 “durante los quince (15) años de duración de la ETAPA OPERATIVA, de haber estado el SITP plenamente implementado, puesto a punto y en operación al 100% a partir de esa fecha”, condenarla a las sumas y por los conceptos expresados, con los intereses corrientes y moratorios respectivos, por cuanto tienen la misma causa, sustentan en idéntico supuesto fáctico y normativo de la falta de implementación total del SITP para el 27 de septiembre de 2013, época en la que, a juicio de la demandante, debía haber culminado su implementación gradual y estar puesto a punto y en operación al 100% para iniciar la etapa operativa, y en tanto, para el Tribunal es evidente que todos los presupuestos legales y contractuales para impartir la orden de inicio de la operación en dicha fecha concurren a plenitud, y la falta de implementación total del sistema para entonces encuentra por causa un cúmulo de actuaciones, y conductas, incluso ajenas a ambas partes, sin que pueda establecerse ni así está demostrado, que la causa única y exclusiva está vinculada a la conducta de TRANSMILENIO S.A., tampoco el grado de participación o contribución causal de las restantes causas en la frustración y en la causación del daño. Lo anterior, sin desconocer que existieron algunos incumplimientos de TRANSMILENIO, pero que no tuvieron la relevancia causal que pretende la Demandante.

3.3 Tercer grupo de pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones principales y al primer grupo y segundo grupos de pretensiones subsidiarias

En el tercer grupo de pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones principales y al primero y segundo grupos de pretensiones subsidiarias el Demandante formula una serie de pretensiones que “*presenta debidamente integrado” y “pide resolver en bloque, en SUBSIDIO del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES para el caso de que el Tribunal niegue total o parcialmente la prosperidad de las mismas, especialmente la SEXTA a DÉCIMA PRIMERA del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES; en SUBSIDIO del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS si se niegan total o parcialmente, en especial, las pretensiones DÉCIMA SEGUNDA a VIGÉSIMA SEGUNDA; y en subsidio de que se NIEGUE LA TOTALIDAD DEL SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.”*

La forma en que el Demandante expresó sus pretensiones implica determinar el sentido y alcance de las mismas para lo cual se deben hacer las siguientes consideraciones:

Lo primero que se advierte es que el Demandante formula este grupo de pretensiones para que se resuelvan en bloque, esto es, ellas deben estudiarse en su integridad si se presentan alguno de los supuestos que señala el Demandante. Ahora bien, el demandante formula varios supuestos, que no es claro para el Tribunal si deben analizarse separada o conjuntamente. Advierte el Tribunal que si se analizaran separadamente ello implicaría que si se da el primer supuesto, estos es que *“el Tribunal niegue total o parcialmente la prosperidad de las mismas (del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES), especialmente la SEXTA a DÉCIMA PRIMERA del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES”*(se intercala entre paréntesis la frase a la que se refiere), el tercer grupo debería analizarse como pretensiones subsidiarias al primer grupo. Sin embargo, ello desconocería que la parte formuló un segundo grupo de pretensiones que son subsidiarias al primer grupo, y que por el hecho de que fueron planteadas como segundo grupo deberían analizarse si no prosperan las del primer grupo. La otra alternativa consiste en entender que este grupo debe analizarse si se dan conjuntamente todos los supuestos que en el se indican: esto es que se niegue total o parcialmente el primer grupo, especialmente la sexta a decima; en subsidio del primer grupo si se niegan total o parcialmente, especialmente las pretensiones decima segunda a vigésima segunda, y en subsidio de que se niegue la totalidad del segundo grupo de pretensiones subsidiarias. Como quiera que es claro que de los anteriores grupos de pretensiones sólo prospera la pretensión primera del primer grupo, encuentra el Tribunal que debe analizar el tercer grupo de pretensiones.

3.3.1 Pretensiones primera a quinta

En relación con sus pretensiones primera a quinta de este grupo señala la Demandante *“Idénticas pretensiones a las pretensiones PRIMERA a QUINTA del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES.”*

Por lo anterior las pretensiones primera a quinta tienen el siguiente contenido:

“PRIMERA.- DECLARAR que el plazo total y definitivo de duración del Contrato de Concesión, corresponde a la sumatoria de la duración de la ETAPA PREOPERATIVA prevista en la CLÁUSULA 11, más los quince (15) años fijados para la ETAPA OPERATIVA en la CLÁUSULA 12, ambas del mismo Contrato.

“SEGUNDA.- DECLARAR que de conformidad con lo previsto en el Contrato de Concesión, sus anexos, sus otosíes y demás documentos integrantes, el periodo de duración de la ETAPA PREOPERATIVA prevista en la CLÁUSULA 11 del Contrato es indeterminado y su terminación está sujeta a varias condiciones, sin cuya ocurrencia no es contractualmente válido pasar a la ETAPA OPERATIVA del Contrato prevista en la CLÁUSULA 12.

“TERCERA.- DECLARAR que de conformidad con las CLÁUSULAS 8, 11 y 12 del Contrato de Concesión y con el Numeral 1.2 del Anexo 2 del Contrato:

1.La ETAPA PREOPERATIVA se extiende hasta *“la culminación de la implementación gradual del SITP”*,

2.La Orden de Inicio de la ETAPA OPERATIVA, debe expedirse *“cuando finalice la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del SITP”* en la época pactada para el momento en el que se celebró el Contrato de Concesión, y

3.La expedición de la Orden de Inicio de la ETAPA OPERATIVA exige “haber cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”.

“CUARTA.- DECLARAR que para el día 27 de septiembre de 2013, se estaba ejecutando la ETAPA PREOPERATIVA del Contrato de Concesión y para ese día no se habían cumplido íntegramente las siguientes condiciones:

“1.No había culminado “la implementación gradual del SITP”.

“2.No había finalizado “la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del SITP” en la época pactada para el momento en el que se celebró el Contrato de Concesión.

“3.No se habían “cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”.

“QUINTA.- DECLARAR que para el día 27 de septiembre de 2013, TMSA no había cumplido obligaciones a su cargo, señaladas en los hechos, indispensables para “la culminación de la implementación gradual del SITP” y para “haber cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa”, de tal manera que el SITP para ese día no encontraba plenamente implementado, puesto a punto y en operación al 100%. “

En relación con las pretensiones anteriores, encuentra el Tribunal que la primera corresponde a la primera del primer grupo de pretensiones, la que el Tribunal consideró que estaba llamada a prosperar, por lo que no procede una nueva declaración a este respecto.

Por lo que se refiere a las pretensiones cuarta a quinta, las mismas reproducen las pretensiones que con la misma numeración fueron negadas en otro aparte de este laudo, por lo que deben ser igualmente negadas al ser formuladas como pretensiones subsidiarias.

3.3.2 Pretensiones sexta a décima del primer grupo

En relación con las pretensiones sexta a décima primera del tercer grupo, la Demandante manifestó que son “*Idénticas pretensiones a las pretensiones SEXTA a DÉCIMA PRIMERA del PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.*”

De acuerdo con lo anterior estas pretensiones tienen el siguiente contenido:

“SEXTA.- Se DECLARE que de conformidad con lo previsto en las estipulaciones incorporadas en el Contrato de Concesión No. 001 de 2011, en sus anexos y demás documentos integrantes, el cual fue celebrado entre TRANSMILENIO y RECAUDO BOGOTÁ, cuyo objeto es el diseño, suministro, implementación, operación del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (SIRCI) del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) del Distrito Capital de Bogotá, el inicio de la etapa operativa contemplada en la cláusula décimo segunda del Contrato, está condicionado a la plena implementación y puesta a punto del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) del Distrito Capital de Bogotá y a la finalización de la ETAPA PREOPERATIVA de los contratos de operación de transporte del mismo sistema.

“SÉPTIMA.- Se DECLARE que de conformidad con lo previsto en las estipulaciones incorporadas en el Contrato de Concesión No. 001 de 2011, en sus anexos y demás documentos integrantes, el cual fue celebrado entre TRANSMILENIO y RECAUDO BOGOTÁ, cuyo objeto es el diseño, suministro, implementación, operación del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (SIRCI) del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) del Distrito Capital de Bogotá, la etapa preoperativa contemplada en la cláusula décimo primera del Contrato, no puede finalizar sin que el Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) del Distrito Capital de Bogotá

se encuentre plenamente implementado y puesto a punto. Lo cual implica que se den las siguientes condiciones: (i) Que el equipamiento de todas las rutas equipadas esté concluido, esto es, que todos los buses de las rutas de cada zona deben estar equipados con los dispositivos de recaudo y control del SIRCI; (ii) Que las estaciones y portales estén dotados con los equipos de recaudo; (iii) Que las estaciones y portales del sistema estén dotados con cámaras del CCTV; (iv) Que las estaciones y portales estén dotados con información al usuario; (v) Que estén entregados y en operación los centros de control zonal y del ente gestor.

“OCTAVA.- Se DECLARE que así haya concluido o vencido el término de 24 meses contemplado en la Cláusula décimo primera del Contrato de Concesión No. 001 de 2011, la etapa preoperativa del mismo no puede finalizar si no se han reunido las condiciones y presupuestos establecidos para la plena implementación y puesta a punto del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) del Distrito Capital de Bogotá, como tampoco si no ha finalizado la etapa preoperativa de los contratos de operación de transporte del mismo sistema.

“NOVENA.- Se DECLARE que, conforme a las estipulaciones incorporadas en el contrato y sus anexos, TRANSMILENIO no puede dar la orden de inicio de la etapa de operación del Contrato de Concesión No. 001 de 2011 a partir del día 28 de septiembre de 2013, por no encontrarse reunidas las condiciones, presupuestos e hitos necesarios para la plena implementación y puesta a punto del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) del Distrito Capital de Bogotá y por no haber finalizado la etapa preoperativa de los contratos de transporte del referido sistema.

“DÉCIMA. DECLARAR que para la fecha de expedición de la Orden de Inicio de la ETAPA OPERATIVA por parte de TMSA no se habían cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la ETAPA PREOPERATIVA, ni había culminado la implementación gradual del SITP en los términos del Contrato de Concesión.

“DÉCIMA PRIMERA.- DECLARAR que a la fecha de presentación de esta reforma a la demanda no se encuentra en operación ni está plenamente implementado ni puesto a punto el 100% del SITP, ni se reúnen las condiciones o presupuestos establecidos para la finalización de la ETAPA PREOPERATIVA e inicio de la ETAPA OPERATIVA del Contrato de Concesión.”

Como quiera que estas pretensiones fueron negadas al examinar el primer grupo de pretensiones subsidiarias, las mismas deben ser negadas por las mismas razones al ser presentadas en el tercer grupo de pretensiones subsidiarias.

3.3.2.1 Pretensión décima segunda.

En la pretensión décima segunda del tercer grupo de pretensiones subsidiarias la Demandante solicitó:

“DÉCIMA SEGUNDA.- DECLARAR que entre la fecha en que inició la ETAPA PREOPERATIVA y la fecha de presentación de esta reforma a la demanda, RBSAS ha padecido un detrimento patrimonial como consecuencia de riesgos previsibles asumidos por TMSA y/o por circunstancias o hechos no imputables a las Partes e imprevisibles, que ha causado un desequilibrio económico del Contrato.”

En relación con este grupo de pretensiones señala la Demandante en su alegato que las indemnizaciones, compensaciones o pago de frutos o mejoras que se solicitan en este grupo se contraen a las siguientes: (i) el restablecimiento de la ecuación contractual por retrasos en la implementación (Cláusula 86 del Contrato de Concesión) en los términos de la pretensión DÉCIMA QUINTA; (ii) el reconocimiento de los costos financieros en que ha incurrido RBSAS debido, entre otras, al retraso en la implementación del SITP, en los términos de la pretensión DÉCIMA NOVENA; (iv) el reconocimiento de los costos adicionales o

sobrecostos por la adquisición de seguros para amparar el cumplimiento de la Etapa Operativa, en los términos de la pretensión VIGÉSIMA PRIMERA.

Consideraciones del Tribunal

En relación con esta pretensión encuentra el Tribunal que como ya se analizó en otro aparte de este Laudo, se presentaron riesgos asumidos por la Demandada por la demora en la implementación de la infraestructura.

En efecto, como se expuso en otro aparte de este Laudo, las estaciones en las que debían instalarse los equipos según el Anexo Técnico, fueron entregadas tardíamente de acuerdo con el cronograma de implantación.

Así mismo, los buses no fueron entregados de acuerdo con los cronogramas al Concesionario para la instalación de los equipos, por diversas circunstancias que se han expuesto en el Laudo y que no constituyen un incumplimiento.

Como quiera que Transmilenio autorizó la compra de los equipos, según se indicó en otro aparte de este Laudo e igualmente reconoció que dichos equipos habían sido adquiridos por el Concesionario, como se expresó en el otrosí No 5, es claro que se presentó el riesgo de implantación que asumió Transmilenio por lo dispuesto por la Clausula 86 del Contrato, que dispone:

“El riesgo de que existan retrasos en la implementación del Sistema es del CONCESIONARIO. El único caso en que el Ente Gestor asumirá el riesgo de retrasos en la implementación será cuando este dé instrucciones al concesionario para que realice las siguientes inversiones:

“Se hará referencia a dos tipos de inversiones:

“1. Inversión en el centro de recaudo, centros de control y equipos en estaciones de la Fase III del subsistema

“2. Inversión en equipos en vehículos”

Por otra parte, y como se examinará posteriormente en otro aparte de este Laudo, tales circunstancias causaron un detrimento patrimonial para el concesionario.

Por consiguiente, se accederá a la pretensión formulada y se declarará que entre la fecha en que inició la ETAPA PREOPERATIVA y la fecha de presentación de esta reforma a la demanda, RBSAS ha padecido un detrimento patrimonial como consecuencia de riesgos previsibles asumidos por TMSA y/o por circunstancias o hechos no imputables a las Partes e imprevisibles, que ha causado un desequilibrio económico del Contrato.

3.3.2.2 Pretensión decima tercera

En la pretensión décima tercera la Demandante solicitó:

“DÉCIMA TERCERA.- DECLARAR que TMSA autorizó a RBSAS el pedido y la adquisición de equipos sin que la infraestructura y los buses estuvieran disponibles para la instalación de aquellos.”

En relación con esta pretensión, como ya se expuso en otro aparte de este Laudo, Transmilenio autorizó a la Demandante la adquisición de los equipos, aun cuando la totalidad de la infraestructura y la totalidad de los buses estuvieren disponibles para la instalación.

Así consta particularmente en los considerandos del Otrosí No 5 en el que se expresó:

“Que mediante los oficios radicados número 2012EE1037 del 15 de febrero de 2012, 2012EE949 del 13 de febrero de 2012, y 2012EE1396 del 28 de febrero de 2012 TRANSMILENIO SA aprobó la adquisición de los equipos a cargo del CONCESIONARIO.

“Que TRANSMILENIO S.A mediante visitas adelantadas los días 3 y 4 de mayo de 2012, constató que el CONCESIONARIO contaba con equipos cuya adquisición había sido autorizada por la entidad”

Así consta además en los oficios 2012EE1396 del 28 de febrero del 2012¹⁵⁰, 2012EE949 del 13 de febrero de 2012¹⁵¹, y 2012EE1037 del 15 de febrero de 2012 y en los otros que igualmente figuran como anexo al dictamen pericial de Inverlink (folios 118 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 8).

Por lo anterior se accederá a declarar que TMSA autorizó a RBSAS el pedido y la adquisición de equipos sin que la infraestructura y los buses estuvieren disponibles para la instalación de aquellos.

3.3.2.3 Pretensión décima cuarta.

En la pretensión décima cuarta la Demandante solicita que se declare:

“DÉCIMA CUARTA.- DECLARAR que por la autorización otorgada a RBSAS para la adquisición de equipos, TMSA asumió la totalidad del riesgo de los perjuicios sufridos por RBSAS por las demoras en la implementación del SITP”.

En relación con esta pretensión reitera el Tribunal que en la cláusula 86 del Contrato se estipuló:

“El riesgo de que existan retrasos en la implementación del Sistema es del CONCESIONARIO. El único caso en que el Ente Gestor asumirá el riesgo de retrasos en la implementación será cuando este dé instrucciones al concesionario para que realice las siguientes inversiones:

“Se hará referencia a dos tipos de inversiones:

“1. Inversión en el centro de recaudo, centros de control y equipos en estaciones de la Fase III del subsistema

“2. Inversión en equipos en vehículos”

Lo anterior corresponde a la matriz de riesgo en la que se expresó sobre el riesgo de modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura que el mismo sería para TMSA (100% del riesgo cuando autorice el pedido de equipos y el SITP no esté listo) y lo expresado en la Audiencia de Asignación de riesgos en la que se dijo:

¹⁵⁰ folio 122 del cuaderno de Pruebas No 8

¹⁵¹ folio 129 del Cuaderno de Pruebas No 8

“La minuta del contrato establece que cualquier pedido de equipos que realice el concesionario, debe ser autorizado previamente por TRANSMILENIO S.A., por lo cual la Administración será responsable de la modificación del cronograma de implementación si ha autorizado dichos pedidos y sólo en el caso de que el Concesionario realice el pedido sin dicha autorización, asumirá los riesgos de no operación de estos equipos.”

Por lo anterior se accederá a esta pretensión y se declarará que de conformidad con lo pactado en el Contrato y en los precisos términos previstos en el mismo por la autorización otorgada a RBSAS para la adquisición de equipos, TMSA asumió la totalidad del riesgo de los perjuicios sufridos por RBSAS por las demoras en la implementación del SITP.

3.3.2.4 Pretensión décima quinta

En la pretensión décima quinta la Demandante solicitó:

“DÉCIMA QUINTA.- DECLARAR, como consecuencia de las declaraciones anteriores, que TMSA está obligada al pago previsto por la “CLÁUSULA 86. RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL POR RETRASOS EN LA IMPLEMENTACIÓN”.

En relación con esta pretensión, se advierte en primer lugar, que si bien han prosperado las pretensiones anteriores, la obligación de pago por parte de Transmilenio supone que se cumplan todos los supuestos que consagra la cláusula 86 del Contrato. Como se verá al analizar la siguiente pretensión tales supuestos no se presentan.

Por lo anterior no se accederá a la pretensión décima quinta.

3.3.2.5 Pretensión décima sexta

En la pretensión décima sexta se indicó:

“DÉCIMA SEXTA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del Laudo que ponga fin a este proceso, la cantidad de CUARENTA Y TRES MIL TRECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS (\$43.344.900.000,00) moneda legal colombiana, liquidada al 31 de marzo de 2015, más la suma que resulte a la fecha de la ejecutoria del Laudo, o la suma que se demuestre dentro del proceso, conforme lo dispuesto en la “CLÁUSULA 86. RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL POR RETRASOS EN LA IMPLEMENTACIÓN”.

En relación con esta pretensión en su alegato de conclusión la Demandante señala que el perito Inverlink, con base en las pruebas que tuvo a su disposición y menciona en su dictamen, y una vez analizada la fórmula contenida en la cláusula 86 del Contrato¹⁵², consideró que, en punto de RVHO, la ecuación económica se restablece mediante el reconocimiento y pago de la suma de COP\$38.239.700.000,00¹⁵³, los cuales actualizados, de acuerdo con el

¹⁵² Respuesta a la pregunta 12, páginas 30 a 32, Inverlink. Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 99 a 231.

¹⁵³ Página 44 Inverlink. Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 99 a 231.

documento preparado por el área financiera de RBSAS asciende a la suma de COP\$50.024.000.000,00 a 30 junio de 2016¹⁵⁴.

Consideraciones del Tribunal

En relación con la suma que deba reconocerse se encuentra que en el expediente obra el dictamen pericial rendido por Inverlink. En dicho dictamen al perito se le pidió (página 34 del Dictamen):

“13) Con apoyo en lo dispuesto por la Cláusula 86 de la Concesión, sírvase determinar y cuantificar la compensación a la que RECAUDO BOGOTÁ tendría derecho por haber realizado, previa autorización o instrucciones de TMSA, inversiones en (i) el Centro de Recaudo, Centros de Control equipos en estaciones de la Fase III del Sistema Transmilenio V (ii) equipos en vehículos, todo ello en armonía con el riesgo de implementación asumido por TMSA en la "Matriz de Riesgos" de la Concesión. Para los anteriores efectos el perito se basará en la información sobre inversiones autorizadas por TMSA en los casos indicados por la citada cláusula y en la información entregada por RECAUDO BOGOTÁ.”

Desde esta perspectiva conviene recordar lo que dispone la cláusula 86 del Contrato en relación con la fórmula de restablecimiento:

“Fórmula de compensación para el caso de inversiones en el centro de recaudo, centros de control y equipos en estaciones de la Fase III del subsistema TransMilenio:

$$C_{RFS} = COE_RFS \times 1,658,000,000 \times IPCacum \times \sum_{t=1}^{NT} FE_t$$

“Donde:

CRFs: Compensación mensual del CONCESIONARIO del SIRCI por retrasos en la implementación del Sistema, relaciona inversiones en el centro de recaudo, centros de control y equipos en estaciones de la Fase III del subsistema TransMilenio

COE_RFS: Oferta económica del concesionario del SIRCI sobre remuneración Fija semanal. Corresponde a un número igual o menor a 1.000 (uno)

IPCacum: Uno (1) más la variación acumulada de IPC certificado por el DANE contada a partir del 31 de diciembre de 2010. *IPCacum* se calculará anualmente, *n* (sic) el mes de enero de cada año (a partir del día diez calendario), considerando la variación en IPC del año inmediatamente anterior, el primer ajuste se realizará *n* (sic) enero de 2012.

t: Subíndice que hace referencia a la "t" inversión realizada antes de la entrada en operación por el concesionario previa instrucción del Ente Gestor y que el concesionario efectivamente las realice sin que pueda operar.

NT: Número total de inversiones

FE: Factor función de las inversiones realizadas, toma los siguientes valores:

Descripción Inversión "t"	FE_t
Inversiones en Estaciones Fase III	0.4410%
Centro de Recaudo	3.1884%

¹⁵⁴ Cuaderno de Pruebas No. 6 Folios 99 a 231.

<i>Por cada Centro de Control (13)</i>	<i>0.5097%</i>
<i>Equipos red y puntos externos</i>	<i>0.7989%</i>

“CRFS se pagará mensualmente desde el momento en que el concesionario del SIRCI entregue los equipos instalados listos para operar, certificada dicha fecha por el Ente Gestor, hasta el momento en que comience su operación regular.

“Se aclara que CRFS así calculado se encuentra expresado en pesos por mes (\$/mes).

“Para el caso de fracción de mes, se remunerará proporcional al número de días a remunerar, considerando meses de 30 días”.

De conformidad con dicha fórmula, para calcular la Compensación mensual del Concesionario del SIRCI por retrasos en la implementación del Sistema en relación con inversiones en el centro de recaudo, centros de control y equipos en estaciones de la Fase III del subsistema TransMilenio, debe tomarse en cuenta la oferta económica del concesionario (COE_RFS), la variación del IPC a partir del 31 de diciembre de 2010 (IPCacum); un subíndice (t) que hace referencia a la *“inversión realizada antes de la entrada en operación por el concesionario previa instrucción del Ente Gestor y que el concesionario efectivamente las realice sin que pueda operar”*; el número de inversiones (NT), y un factor función de las inversiones realizadas (FE).

Al examinar dichos elementos encuentra el Tribunal que los mismos suponen que el Ente Gestor haya autorizado la inversión, que ésta sea *“realizada antes de la entrada en operación”*, y *“que el concesionario efectivamente las realice sin que pueda operar”*.

Ahora bien, el perito realiza sus cálculos con base en la información suministrada por RECAUDO BOGOTA (Anexo 12,4,5 y Anexo 12 "Actas de Instalación Tomo I y Tomo 2"). Si se examinan los soportes del perito se encuentra que, por una parte, se funda en una certificación del representante legal de Recaudo Bogotá sobre *“las fechas de instalación de equipos en las estaciones”* (folio 74 del Cuaderno de Pruebas No 8) y por otra en unos documentos denominados *“Equipment’s Installation Confirmation & Transfer of Control”* en idioma inglés, que hacen referencia a la instalación y que están firmados por una persona que actúa a nombre del “installer”: Metalredes; una persona que actúa como “Submit”: LG CNS, y finalmente otra que actúa como “Receive”: Recaudo Bogotá.

De acuerdo con la certificación del representante legal de Recaudo Bogotá la instalación de las estaciones se verificó entre el 4 de septiembre de 2012 (Portal 20 de julio Peatonal) y el 8 de noviembre de 2013 (Portal 20 de julio IPES)

Ahora bien, el cálculo que hace el perito es el siguiente:

“Inversión en el Centro de Recaudo, Centros de Control y Equipos en Estaciones de la Fase III de Transmilenio

“Cálculo de la Compensación por Inversiones Realizadas en Estaciones (Basado en información suministrada por RECAUDO BOGOTÁ (Anexo 12,4,5 y Anexo 12 "Actas de Instalación Tomo I y Tomo 2")

Tabla 20

Fecha	COE_RFS	Pago mensual (COP MM)	IPCacum	NT	FE _t	CRFS (COP MM)
jun.-12	0,99	1.658	1,04	35	0,4410%	262,8
jul.-12	0,99	1.658	1,04	35	0,4410%	262,8
ago.-12	0,99	1.658	1,04	34	0,4410%	255,3
sep.-12	0,99	1.658	1,04	33	0,4410%	247,8
oct.-12	0,99	1.658	1,04	13	0,4410%	97,6
nov.-12	0,99	1.658	1,04	13	0,4410%	97,6
dic.-12	0,99	1.658	1,04	13	0,4410%	97,6
ene.-13	0,99	1.658	1,06	13	0,4410%	100,0
feb.-13	0,99	1.658	1,06	13	0,4410%	100,0
mar.-13	0,99	1.658	1,06	12	0,4410%	92,3
abr.-13	0,99	1.658	1,06	12	0,4410%	92,3
may.-13	0,99	1.658	1,06	12	0,4410%	92,3
jun.-13	0,99	1.658	1,06	12	0,4410%	92,3
jul.-13	0,99	1.658	1,06	12	0,4410%	92,3
ago.-13	0,99	1.658	1,06	12	0,4410%	92,3
sep.-13	0,99	1.658	1,06	12	0,4410%	92,3
oct.-13	0,99	1.658	1,06	10	0,4410%	76,9
nov.-13	0,99	1.658	1,06	10	0,4410%	76,9
dic.-13	0,99	1.658	1,06	10	0,4410%	76,9
ene.-14	0,99	1.658	1,08	10	0,4410%	78,4
feb.-14	0,99	1.658	1,08	10	0,4410%	78,4
mar.-14	0,99	1.658	1,08	10	0,4410%	78,4
abr.-14	0,99	1.658	1,08	10	0,4410%	78,4
may.-14	0,99	1.658	1,08	10	0,4410%	78,4
jun.-14	0,99	1.658	1,08	10	0,4410%	78,4
jul.-14	0,99	1.658	1,08	10	0,4410%	78,4
ago.-14	0,99	1.658	1,08	10	0,4410%	78,4
sep.-14	0,99	1.658	1,08	10	0,4410%	78,4
oct.-14	0,99	1.658	1,08	10	0,4410%	78,4
nov.-14	0,99	1.658	1,08	10	0,4410%	78,4
dic.-14	0,99	1.658	1,08	10	0,4410%	78,4
ene.-15	0,99	1.658	1,12	10	0,4410%	81,3
feb.-15	0,99	1.658	1,12	10	0,4410%	81,3
mar.-15	0,99	1.658	1,12	10	0,4410%	81,3
Total (COP MM)						3.583,2

Fuente: Cálculos propios

“El cálculo de la compensación entre junio de 2012 y marzo de 2015 por inversiones realizadas en estaciones, de acuerdo con la Cláusula 86 del

Contrato de Concesión, contempla la multiplicación de los factores en las Columnas B, C, D, E y F. Posteriormente, la sumatoria de cada uno de los meses, que conlleva a un valor de COP 3.583,2 millones de pesos.”

Como se puede apreciar, el perito realiza sus cálculos a partir de junio de 2012 y toma como número NT: 35, lo que implica como ya se vio, que para ese mes el Concesionario debía haber realizado efectivamente las inversiones sin que pueda operar. El perito anexa las copias de las comunicaciones que contienen las autorizaciones impartidas por TRANSMILENIO S.A., al Concesionario para adquirir equipos con radicado 2012EE949 del 12 de febrero de 2012, 2012ER1245 del 13 de febrero de 2012, 2012EE1037 del 15 de febrero de 2012, 2012EE1396 del 28 de febrero de 2012, 2012EE8444 del 8 de octubre de 2012, 2013EE9646 de 29 julio de 2013 (fecha a 24 de julio de 2013)¹⁵⁵, así como las solicitudes contenidas en las comunicaciones RL-CC/TM-0096-30012012, RL-CC/TM-0097-30011212, RL-CC/TM-0098-30011201, RL-CC/TM-0099-300112012 todas radicadas “20120131”, RL-CC/TM-00105-09022012 radicada el “20120210”, RL-CC/TM-0361-19092012 radicada “20120921”, RL-CC/RB-2014-000321357 de 16052014 radicada “MAY 21, 14”, RB-392436 TM-04082014 radicada “AUG 4’14”¹⁵⁶, que igualmente constan en el expediente¹⁵⁷

Sin embargo, de la certificación expedida por el representante legal y de las mencionadas comunicaciones, no encuentra el Tribunal acreditado con certeza que efectivamente para el mes de junio de 2012 el Concesionario haya hecho todas las inversiones por las estaciones a que se refiere el perito. En efecto, las comunicaciones atrás referidas acreditan las solicitudes formuladas por el Concesionario y las autorizaciones impartidas por TRANSMILENIO S.A., pero carecen de certidumbre para demostrar que para esas fechas se habían realizado efectivamente todas las inversiones por las estaciones a que se refiere el perito, que necesariamente al tratarse de un hecho económico realizado debía estar debidamente registrado y desagregado en la contabilidad, en forma tal que demuestre con grado de certeza la fecha de la inversión realizada¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Cuaderno de Pruebas No. 8, folios 118-124. Anexo 12.7 del Dictamen “Cartas de autorización de TRANSMILENIO para solicitud de Equipos”,

¹⁵⁶ Cuaderno de Pruebas No. 8, folios 125-137, Anexo 12.7 del Dictamen “Cartas de autorización de TRANSMILENIO para solicitud de Equipos”,

¹⁵⁷ Cuaderno de Pruebas No. 5. Folio 630. Comunicación 2012ER1849 del 10 de febrero de 2012; Cuaderno de Pruebas No. 4, cd folio 85 bis. “59.pdf”, “60.pdf”, “61.pdf”, “62.pdf”, “63.pdf”, “64.pdf”, “65.pdf”, “66.pdf”, Comunicaciones 2012ER1245, 2012ER1246, 2012ER1247 y 2012ER1251 del 31 de enero de 2012, 2012EE949 del 13 de febrero de 2012, 2012EE1037 del 15 de febrero de 2012, 2012EE1396 del 28 de febrero de 2012. y 2013ER16868 del 11 de septiembre de 2013.

¹⁵⁸ En su testimonio, el perito expresó: “DR. GIL: No hubo ningún análisis de la contabilidad de Recaudo Bogotá para análisis de costos? SR. MARULANDA: Sí pero no fue contrastado con lo que ellos pusieron en la propuesta, que es su pregunta. DR. GIL: Qué análisis de costos se hizo en relación con la parte contable de Recaudo Bogotá? SR. MARULANDA: En esencia dos. Primero sobre el cálculo del efecto de la remuneración variable, nosotros hicimos una, si bien en el tema variable se han dado menos transacciones y por lo tanto menos ingreso, se hizo una depuración también porque en la medida en que no se dieron esas transacciones no se dieron ciertos costos asociados con esas transacciones. En nuestros cálculos reflejamos esos costos transaccionales no se dieron y por lo tanto la diferencia debería ser menos, eso es por un lado. Y en el segundo tema de costos es en el tema de costos de almacenamiento y temas de seguros, donde básicamente el representante legal de la compañía, en efecto nos certificó cuáles eran los costos que estaban incurriendo en cada uno de esos casos. DR. GIL: Insisto en la pregunta. Ustedes hicieron una verificación contable de los costos o el dictamen se fundamenta en una certificación dada por el representante legal sobre la existencia de esos costos? SR. OSSA: Quisiera agregar algo ahí y también de los proveedores. DR. CÁRDENAS: Se identifica para que quede en la grabación. SR. OSSA: Jaime Ossa. Adicionalmente, no solamente fue algo certificado por el representante legal sino unas certificaciones de los proveedores de los servicios. DR. GIL: Qué certificaban los proveedores de los servicios? SR. OSSA: El costo unitario por cada, que en los que se debe incurrir, por cada, ya sea el almacenamiento, ya sea la comunicación de Tigo, que son el costo asociado a la... (Interpelado) DR. GIL: Ustedes cruzaron que la certificación del representante legal de Recaudo y las certificaciones de proveedores tuvieran soportes y coincidieran con la contabilidad de Recaudo Bogotá y qué verificaciones se hicieron en ese respecto? SR. OSSA: No cruzamos contra la contabilidad.”

Por lo demás, como ya se precisó, de acuerdo con el propio certificado del representante legal de Recaudo la entrega se verificó entre el 4 de septiembre de 2012 (Portal 20 de julio Peatonal) y el 8 de noviembre de 2013 (Portal 20 de julio IPES).

Por lo anterior era necesario que se acreditara por los medios adecuados que para la época que se toma en cuenta en los cálculos del perito, el Concesionario ya había realizado todas las inversiones por las estaciones a que se refiere el perito, lo que no se hizo.

A este respecto debe observarse que en los considerandos del Otrosí No 5 se expresa:

“Que mediante los oficios radicados número 2012EE1037 del 15 de febrero de 2012, 2012EE949 del 13 de febrero de 2012, y 2012EE1396 del 28 de febrero de 2012 TRANSMILENIO SA aprobó la adquisición de los equipos a cargo del CONCESIONARIO.

“Que TRANSMILENIO S.A mediante visitas adelantadas los días 3 y 4 de mayo de 2012, constató que el CONCESIONARIO contaba con equipos cuya adquisición había sido autorizada por la entidad”.

Como se puede apreciar dicho documento indica que para las fechas de las comunicaciones mencionadas en el otrosí, esto es, los días 13, 15 y 28 de febrero de 2012, TRANSMILENIO S.A., *“aprobó la adquisición de los equipos a cargo del CONCESIONARIO”*, y que para los días 3 y 4 de mayo de 2012, *“contaba con equipos cuya adquisición había sido autorizada por la entidad”*, más no si son todos los equipos autorizados o cuántos de ellos, o la inversión realizada, ni todas las inversiones por las estaciones a que se refiere el perito,

Lo anterior conduce a concluir que no está acreditado en debida forma que para la época señalada por el perito el Concesionario ya había realizado todas las inversiones por las estaciones a que se refiere el perito.

Por lo que se refiere a los centros de control zonal, el perito señaló:

“Cálculo de la Compensación por Inversiones Realizadas en Centros de Control (Basado en información suministrada por RECAUDO BOGOTÁ (Anexo 12,4,1)

Tabla 21

Fecha	COE_RFS	Pago mensual (COP MM)	IPCacum	NT	FE _t	CRFS (COP MM)
jun.-12	0,99	1.658	1,04	13	0,5097%	112,8
jul.-12	0,99	1.658	1,04	13	0,5097%	112,8
ago.-12	0,99	1.658	1,04	10	0,5097%	86,8
sep.-12	0,99	1.658	1,04	7	0,5097%	60,7
oct.-12	0,99	1.658	1,04	6	0,5097%	52,1
nov.-12	0,99	1.658	1,04	5	0,5097%	43,4
dic.-12	0,99	1.658	1,04	5	0,5097%	43,4
ene.-13	0,99	1.658	1,06	5	0,5097%	44,5
feb.-13	0,99	1.658	1,06	5	0,5097%	44,5
mar.-13	0,99	1.658	1,06	5	0,5097%	44,5
abr.-13	0,99	1.658	1,06	5	0,5097%	44,5
may.-13	0,99	1.658	1,06	4	0,5097%	35,6
jun.-13	0,99	1.658	1,06	4	0,5097%	35,6
jul.-13	0,99	1.658	1,06	4	0,5097%	35,6
ago.-13	0,99	1.658	1,06	4	0,5097%	35,6
sep.-13	0,99	1.658	1,06	4	0,5097%	35,6
oct.-13	0,99	1.658	1,06	4	0,5097%	35,6
nov.-13	0,99	1.658	1,06	4	0,5097%	35,6
dic.-13	0,99	1.658	1,06	4	0,5097%	35,6
ene.-14	0,99	1.658	1,08	4	0,5097%	36,3
feb.-14	0,99	1.658	1,08	4	0,5097%	36,3
mar.-14	0,99	1.658	1,08	4	0,5097%	36,3
abr.-14	0,99	1.658	1,08	4	0,5097%	36,3
may.-14	0,99	1.658	1,08	4	0,5097%	36,3
jun.-14	0,99	1.658	1,08	4	0,5097%	36,3
jul.-14	0,99	1.658	1,08	4	0,5097%	36,3
ago.-14	0,99	1.658	1,08	4	0,5097%	36,3
sep.-14	0,99	1.658	1,08	4	0,5097%	36,3
oct.-14	0,99	1.658	1,08	4	0,5097%	36,3
nov.-14	0,99	1.658	1,08	4	0,5097%	36,3
dic.-14	0,99	1.658	1,08	4	0,5097%	36,3
ene.-15	0,99	1.658	1,12	4	0,5097%	37,6
feb.-15	0,99	1.658	1,12	4	0,5097%	37,6
mar.-15	0,99	1.658	1,12	4	0,5097%	37,6
Total (COP:MM)						1.522,0

Fuente: Cálculos propios

Como se puede apreciar, el perito se fundó en la información suministrada por Recaudo, la cual obra como Anexo 12.4.1 en el folio 54 del Cuaderno de Pruebas No 8. Dicho documento es una certificación expedida por el representante legal de Recaudo en que se certifica “el número y cantidad de equipos instalados por Recaudo Bogotá en nueve (9) Centros de Control Zonal, entre el 27 de julio de 2012 y el 26 de febrero de 2013, como se detalla en la siguiente tabla.” Añade el representante legal que “Las fuentes utilizadas para el cálculo son: Actas de entrega al Operador y registros de control internos de Recaudo Bogotá”. Es de anotar que a la certificación no se anexaron dichas fuentes.

Desde esta perspectiva advierte el Tribunal que la fuente de la información del perito es una declaración de la propia parte. Si bien el Código General del Proceso reconoce como medio de prueba la declaración de parte, lo cierto es que la misma debe ser apreciada de acuerdo con las reglas generales de la sana crítica, las que indican que cuando la declaración es a favor de la parte que la hace, la misma tiene muy escaso valor probatorio.

En este punto se observa, además, que el perito toma como punto de partida de sus cálculos el mes de junio de 2012 con trece unidades, y de acuerdo con la certificación del representante legal de Recaudo la fecha de instalación de los equipos fue del 27 de junio de 2012 al 28 de febrero de 2013 y la fecha de entrega del 13 de agosto de 2012 al 13 de mayo de 2014.

Por lo anterior era necesario que se acreditara por los medios adecuados que para la época que se toma en cuenta en los cálculos del perito, el Concesionario ya había realizado la inversión, lo que no se hizo.

Todo lo anterior conduce al Tribunal a concluir que no puede reconocer valor probatorio en este punto a dicho dictamen.

Por lo que se refiere a vehículos, el Contrato contempla lo siguiente sobre la fórmula:

“Fórmula de compensación para el caso de inversiones en equipos en vehículos:

$$C_{RVHO} = 0.930 \times COE_{RVHO} \times \sum_i (TVHO_i \times NVHC_i) \times IPC_{cum}$$

“Donde:

C_{RVHO}: Compensación mensual del CONCESIONARIO del SIRCI por retrasos en la implementación del Sistema, relaciona inversiones en equipos en vehículos.

“0.930: Coeficiente igual cero punto novecientos treinta

COE_{RVHO}: Oferta económica del concesionario del SIRCI sobre remuneración por equipos de validación y control instalados en vehículos operando ien el Sistema. Corresponde a un número igual o menor a 1.000 (uno)

i: Subíndice empleado para hacer referencia a los tipos de vehículo con equipos a bordo instalados y mantenidos por el concesionario del SIRCI, a saber: Articulados y biarticulados, Patrón Dual, Alimentadores Sin Validación, Otros Vehículos con Validación (entiéndase otros vehículos diferentes a los anteriormente mencionados)

TVHO I: Remuneración semanal ajustada para equipos de validación y control instalado en vehículos tipo "i" operando en el sistema

Vehiculos Tipo "i"	TVHO _i
<i>Articulados y biarticulados</i>	<i>48.700</i>
<i>Padrón Dual</i>	<i>78.000</i>
<i>Alimentadores Sin Validación</i>	<i>19.000</i>
<i>Otros vehiculos con Validación</i>	<i>44.500</i>

"NVHC_i: Número de vehículos tipo "t" que tengan equipos de validación y control instalados (según sea el caso), y que no se encuentren operando por retrasos en la Implementación del Sistema. Solo serán validos los vehículos sobre los cuales el Ente Gestor verifique y certifique que los equipos están listos

"IPCacum: Uno (1) más la variación acumulada de IPC certificado por el DANE contada a partir del 31 de diciembre de 2010. IPCacum se calculará anualmente en el mes de enero de cada año (a partir del día diez calendario), considerando variación en IPC del año inmediatamente anterior, el primer ajuste se realizará enero de 2012.

Se aclara que CRVHO así calculado se encuentra expresado en pesos por (\$/mes).

De esta manera, el cálculo de la compensación por retrasos en la implementación del Sistema en relación con inversiones en equipos en vehículos (C_{RVHO}), supone aplicar un coeficiente (0.930); la Oferta económica del concesionario sobre remuneración por equipos de validación y control instalados en vehículos operando en el Sistema (COE_{RVHO}); un subíndice (i) relativo a los tipos de vehículos con equipos a bordo instalados y mantenidos por el concesionario del SIRCI; la Remuneración semanal ajustada para equipos de validación y control instalado en vehículos tipo "i" operando en el sistema ($TVHO I$); el IPC actualizado, y el Número de vehículos tipo "t" que tengan equipos de validación y control instalados (según sea el caso), y que no se encuentren operando por retrasos en la Implementación del Sistema ($NVHC_i$). Agrega la regla que *"Solo serán validos los vehículos sobre los cuales el Ente Gestor verifique y certifique que los equipos están listos"*. Lo primero que debe advertirse de la fórmula es que la misma parte de los vehículos que tengan equipos de validación y control instalados (según sea el caso), y que no se encuentren operando por retrasos en la Implementación del Sistema. La fórmula no prevé expresamente la situación en la que el equipo de validación y control está listo para ser instalado pero no lo ha sido porque no han sido presentados al Concesionario los vehículos respectivos. Para el Tribunal se trata simplemente de una imprecisión de la fórmula que debe ser aclarada señalando que en la medida en que el riesgo de implementación por razón del atraso de la infraestructura es de Transmilenio, el mismo aplica tanto cuando los equipos ya están instalados, como cuando los equipos no han sido instalados pero están listos para serlo, pues de acuerdo con la matriz de riesgo, este último es de Transmilenio cuando *"autorice el pedido de equipos y los mismos no puedan ser operados por razones ajenas a la responsabilidad del concesionario"*. Partiendo de lo anterior debe advertirse que la cláusula contractual establece que *"Solo serán validos los vehículos sobre los cuales el Ente Gestor verifique y certifique que los equipos están listos"*. Dicha regla tiene un claro propósito y es asegurar que los equipos efectivamente estén disponibles, y que por ello esté acreditado el daño que sufre el Concesionario y que da lugar al restablecimiento.

Ahora bien, en el presente caso el perito Inverlink procedió a hacer los cálculos de la siguiente forma:

“Inversiones en Equipos de Vehículo

“A continuación se detalla el monto de la compensación a favor del Concesionario para cada tipo de vehículo de acuerdo con la Cláusula 86 del Contrato de Concesión, con base en la información suministrada por RECAUDO BOGOTÁ (Anexo 12,4,3)

Articulados y Biarticulados

Tabla 22

Fecha	Semanas x mes	Coeficiente fijo	COE_RVHO	TVHO (COP 2010)	Articulados y Biarticulados			IPC acum	C _{RVHO} (COP MM)
					Otrosí No. 5	Real	NVHC		
mar.-12	4,4	0,93	0,99	48.700	0	0	0	1,04	0,0
abr.-12	4,3	0,93	0,99	48.700	0	0	0	1,04	0,0
may.-12	4,4	0,93	0,99	48.700	0	0	0	1,04	0,0
jun.-12	4,3	0,93	0,99	48.700	0	0	0	1,04	0,0
jul.-12	4,4	0,93	0,99	48.700	70	0	70	1,04	14,4
ago.-12	4,4	0,93	0,99	48.700	70	0	70	1,04	14,4
sep.-12	4,3	0,93	0,99	48.700	336	0	336	1,04	67,0
oct.-12	4,4	0,93	0,99	48.700	336	0	336	1,04	69,2
nov.-12	4,3	0,93	0,99	48.700	336	0	336	1,04	67,0
dic.-12	4,4	0,93	0,99	48.700	336	0	336	1,04	69,2
ene.-13	4,4	0,93	0,99	48.700	336	0	336	1,06	70,9
feb.-13	4,0	0,93	0,99	48.700	336	0	336	1,06	64,0
mar.-13	4,4	0,93	0,99	48.700	336	0	336	1,06	70,9
abr.-13	4,3	0,93	0,99	48.700	336	0	336	1,06	68,6
may.-13	4,4	0,93	0,99	48.700	336	0	336	1,06	70,9
jun.-13	4,3	0,93	0,99	48.700	336	0	336	1,06	68,6
jul.-13	4,4	0,93	0,99	48.700	336	0	336	1,06	70,9
ago.-13	4,4	0,93	0,99	48.700	336	0	336	1,06	70,9
sep.-13	4,3	0,93	0,99	48.700	336	0	336	1,06	68,6
oct.-13	4,4	0,93	0,99	48.700	336	0	336	1,06	70,9
nov.-13	4,3	0,93	0,99	48.700	336	0	336	1,06	68,6
dic.-13	4,4	0,93	0,99	48.700	336	284	52	1,06	11,0
ene.-14	4,4	0,93	0,99	48.700	336	285	51	1,08	11,0
feb.-14	4,0	0,93	0,99	48.700	336	286	50	1,08	9,7
mar.-14	4,4	0,93	0,99	48.700	336	286	50	1,08	10,8
abr.-14	4,3	0,93	0,99	48.700	336	286	50	1,08	10,4
may.-14	4,4	0,93	0,99	48.700	336	286	50	1,08	10,8
jun.-14	4,3	0,93	0,99	48.700	336	286	50	1,08	10,4
jul.-14	4,4	0,93	0,99	48.700	336	286	50	1,08	10,8
ago.-14	4,4	0,93	0,99	48.700	336	291	45	1,08	9,7
sep.-14	4,3	0,93	0,99	48.700	336	321	15	1,08	3,1
oct.-14	4,4	0,93	0,99	48.700	336	365	-29	1,08	0,0
nov.-14	4,3	0,93	0,99	48.700	336	398	-62	1,08	0,0
dic.-14	4,4	0,93	0,99	48.700	336	426	-90	1,08	0,0
ene.-15	4,4	0,93	0,99	48.700	336	439	-103	1,12	0,0
feb.-15	4,0	0,93	0,99	48.700	336	439	-103	1,12	0,0
mar.-15	4,4	0,93	0,99	48.700	336	439	-103	1,12	0,0
Total:									1.162,6

Fuente: Cálculos propios

“El cálculo del impacto económico entre junio de 2012 y marzo de 2015 por inversiones realizadas en buses articulados y biarticulados contempla la multiplicación de los factores en las Columnas B, C, D, E, H, e I. Posteriormente, la sumatoria de cada uno de los meses, que conlleva a un valor de COP 1.162,7 millones de pesos.

(resto de la página dejada intencionalmente en blanco)

Padrones Duales

Tabla 23

Fecha	Semanas x mes	Coeficiente fijo	COE_RVHO	TVHO (COP 2010)	Padrón Dual			IPC acum	C _{RVHO} (COP MM)
					Otrosi No. 5	Real	NVHC		
mar.-12	4,4	0,93	0,99	78.000	0	0	0	1,04	0,0
abr.-12	4,3	0,93	0,99	78.000	0	0	0	1,04	0,0
may.-12	4,4	0,93	0,99	78.000	0	0	0	1,04	0,0
jun.-12	4,3	0,93	0,99	78.000	0	0	0	1,04	0,0
jul.-12	4,4	0,93	0,99	78.000	0	0	0	1,04	0,0
ago.-12	4,4	0,93	0,99	78.000	0	0	0	1,04	0,0
sep.-12	4,3	0,93	0,99	78.000	20	0	20	1,04	6,4
oct.-12	4,4	0,93	0,99	78.000	20	0	20	1,04	6,8
nov.-12	4,3	0,93	0,99	78.000	20	0	20	1,04	6,4
dic.-12	4,4	0,93	0,99	78.000	20	0	20	1,04	6,6
ene.-13	4,4	0,93	0,99	78.000	20	0	20	1,06	6,8
feb.-13	4,0	0,93	0,99	78.000	20	0	20	1,06	6,1
mar.-13	4,4	0,93	0,99	78.000	20	0	20	1,06	6,8
abr.-13	4,3	0,93	0,99	78.000	20	0	20	1,06	6,5
may.-13	4,4	0,93	0,99	78.000	20	0	20	1,06	6,8
jun.-13	4,3	0,93	0,99	78.000	20	0	20	1,06	6,5
jul.-13	4,4	0,93	0,99	78.000	20	0	20	1,06	6,8
ago.-13	4,4	0,93	0,99	78.000	20	0	20	1,06	6,8
sep.-13	4,3	0,93	0,99	78.000	20	8	12	1,06	3,9
oct.-13	4,4	0,93	0,99	78.000	20	31	-11	1,06	0,0
nov.-13	4,3	0,93	0,99	78.000	20	31	-11	1,06	0,0
dic.-13	4,4	0,93	0,99	78.000	20	31	-11	1,06	0,0
ene.-14	4,4	0,93	0,99	78.000	20	33	-13	1,08	0,0
feb.-14	4,0	0,93	0,99	78.000	20	33	-13	1,08	0,0
mar.-14	4,4	0,93	0,99	78.000	20	42	-22	1,08	0,0
abr.-14	4,3	0,93	0,99	78.000	20	59	-39	1,08	0,0
may.-14	4,4	0,93	0,99	78.000	20	87	-67	1,08	0,0
jun.-14	4,3	0,93	0,99	78.000	20	112	-92	1,08	0,0
jul.-14	4,4	0,93	0,99	78.000	20	180	-160	1,08	0,0
ago.-14	4,4	0,93	0,99	78.000	20	188	-168	1,08	0,0
sep.-14	4,3	0,93	0,99	78.000	20	223	-203	1,08	0,0
oct.-14	4,4	0,93	0,99	78.000	20	225	-205	1,08	0,0
nov.-14	4,3	0,93	0,99	78.000	20	227	-207	1,08	0,0
dic.-14	4,4	0,93	0,99	78.000	20	227	-207	1,08	0,0
ene.-15	4,4	0,93	0,99	78.000	20	229	-209	1,12	0,0
feb.-15	4,0	0,93	0,99	78.000	20	230	-210	1,12	0,0
mar.-15	4,4	0,93	0,99	78.000	20	231	-211	1,12	0,0
Total									82,9

Fuente: Cálculos propios

El cálculo del impacto económico entre junio de 2012 y marzo de 2015 por inversiones realizadas en padrones duales contempla la multiplicación de los factores en las Columnas B, C, D, E, H, e I. Posteriormente, la sumatoria de cada uno de los meses, que conlleva a un valor de COP 82,9 millones de pesos.

Alimentadores sin Validación

Tabla 24

Fecha	Semanas x mes	Coeficiente fijo	COE_RVHO	TVHO (COP 2010)	Alimentadores sin Validación			IPC acum	C _{RVHO} (COP MM)
					Otrosí No. 5	Real	NVHC		
mar.-12	4,4	0,93	0,99	19.000	0	0	0	1,04	0,0
abr.-12	4,3	0,93	0,99	19.000	0	0	0	1,04	0,0
may.-12	4,4	0,93	0,99	19.000	0	0	0	1,04	0,0
jun.-12	4,3	0,93	0,99	19.000	0	0	0	1,04	0,0
jul.-12	4,4	0,93	0,99	19.000	111	0	111	1,04	8,9
ago.-12	4,4	0,93	0,99	19.000	113	0	113	1,04	9,1
sep.-12	4,3	0,93	0,99	19.000	315	0	315	1,04	24,5
oct.-12	4,4	0,93	0,99	19.000	315	0	315	1,04	25,3
nov.-12	4,3	0,93	0,99	19.000	315	0	315	1,04	24,5
dic.-12	4,4	0,93	0,99	19.000	315	0	315	1,04	25,3
ene.-13	4,4	0,93	0,99	19.000	315	0	315	1,06	25,9
feb.-13	4,0	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,06	24,2
mar.-13	4,4	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,06	26,8
abr.-13	4,3	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,06	26,0
may.-13	4,4	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,06	26,8
jun.-13	4,3	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,06	26,0
jul.-13	4,4	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,06	26,8
ago.-13	4,4	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,06	26,8
sep.-13	4,3	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,06	26,0
oct.-13	4,4	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,06	26,8
nov.-13	4,3	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,06	26,0
dic.-13	4,4	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,06	26,8
ene.-14	4,4	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,08	27,4
feb.-14	4,0	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,08	24,7
mar.-14	4,4	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,08	27,4
abr.-14	4,3	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,08	26,5
may.-14	4,4	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,08	27,4
jun.-14	4,3	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,08	26,5
jul.-14	4,4	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,08	27,4
ago.-14	4,4	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,08	27,4
sep.-14	4,3	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,08	26,5
oct.-14	4,4	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,08	27,4
nov.-14	4,3	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,08	26,5
dic.-14	4,4	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,08	27,4
ene.-15	4,4	0,93	0,99	19.000	326	0	326	1,12	28,3
feb.-15	4,0	0,93	0,99	19.000	326	395	-69	1,12	0,0
mar.-15	4,4	0,93	0,99	19.000	326	587	-261	1,12	0,0
Tota									783,1

Fuente: Cálculos propios

El cálculo del impacto económico entre junio de 2012 y marzo de 2015 por inversiones realizadas en buses alimentadores sin validación contempla la multiplicación de los factores en las Columnas B, C, D, E, H, e I. Posteriormente, la sumatoria de cada uno de los meses, que conlleva a un valor de COP 783,1 millones de pesos.

Otros Vehículos con Validación

Tabla 25

Fecha	Semanas x mes	Coeficiente fijo	COE_RVHO	TVHO (COP 2010)	Otros vehículos con validación			IPC acum	C _{RVHO} (COP MM)
					Otrosí No. 5	Real	NVHC		
mar.-12	4,4	0,93	0,99	44.500	0	0	0	1,04	0,0
abr.-12	4,3	0,93	0,99	44.500	0	0	0	1,04	0,0
may.-12	4,4	0,93	0,99	44.500	0	0	0	1,04	0,0
jun.-12	4,3	0,93	0,99	44.500	0	0	0	1,04	0,0
jul.-12	4,4	0,93	0,99	44.500	1.069	0	1.069	1,04	205,0
ago.-12	4,4	0,93	0,99	44.500	2.523	0	2.523	1,04	474,9
sep.-12	4,3	0,93	0,99	44.500	4.079	33	4.046	1,04	736,9
oct.-12	4,4	0,93	0,99	44.500	5.140	185	4.955	1,04	932,6
nov.-12	4,3	0,93	0,99	44.500	6.499	352	6.147	1,04	1.119,6
dic.-12	4,4	0,93	0,99	44.500	7.906	482	7.424	1,04	1.397,3
ene.-13	4,4	0,93	0,99	44.500	8.970	609	8.361	1,06	1.612,0
feb.-13	4,0	0,93	0,99	44.500	9.831	688	9.143	1,06	1.592,2
mar.-13	4,4	0,93	0,99	44.500	9.831	823	9.008	1,06	1.736,8
abr.-13	4,3	0,93	0,99	44.500	9.831	1.002	8.829	1,06	1.647,4
may.-13	4,4	0,93	0,99	44.500	9.831	1.238	8.593	1,06	1.656,8
jun.-13	4,3	0,93	0,99	44.500	9.831	1.377	8.454	1,06	1.577,4
jul.-13	4,4	0,93	0,99	44.500	9.831	1.648	8.183	1,06	1.577,7
ago.-13	4,4	0,93	0,99	44.500	9.831	1.950	7.881	1,06	1.519,5
sep.-13	4,3	0,93	0,99	44.500	9.831	2.191	7.640	1,06	1.425,5
oct.-13	4,4	0,93	0,99	44.500	9.831	2.587	7.244	1,06	1.396,7
nov.-13	4,3	0,93	0,99	44.500	9.831	3.187	6.644	1,06	1.239,7
dic.-13	4,4	0,93	0,99	44.500	9.831	3.247	6.584	1,06	1.269,4
ene.-14	4,4	0,93	0,99	44.500	9.831	3.418	6.413	1,08	1.260,4
feb.-14	4,0	0,93	0,99	44.500	9.831	3.639	6.192	1,08	1.099,2
mar.-14	4,4	0,93	0,99	44.500	9.831	3.869	5.962	1,08	1.171,8
abr.-14	4,3	0,93	0,99	44.500	9.831	4.221	5.610	1,08	1.067,0
may.-14	4,4	0,93	0,99	44.500	9.831	4.555	5.276	1,08	1.037,0
jun.-14	4,3	0,93	0,99	44.500	9.831	4.946	4.885	1,08	929,1
jul.-14	4,4	0,93	0,99	44.500	9.831	5.355	4.476	1,08	879,7
ago.-14	4,4	0,93	0,99	44.500	9.831	5.838	3.993	1,08	784,8
sep.-14	4,3	0,93	0,99	44.500	9.831	6.039	3.792	1,08	721,3
oct.-14	4,4	0,93	0,99	44.500	9.831	6.161	3.670	1,08	721,3
nov.-14	4,3	0,93	0,99	44.500	9.831	6.207	3.624	1,08	689,3
dic.-14	4,4	0,93	0,99	44.500	9.831	6.288	3.543	1,08	696,4
ene.-15	4,4	0,93	0,99	44.500	9.831	6.328	3.503	1,12	711,9
feb.-15	4,0	0,93	0,99	44.500	9.831	6.395	3.436	1,12	630,7
mar.-15	4,4	0,93	0,99	44.500	9.831	6.416	3.415	1,12	694,0
Total									36.211,2

El cálculo del impacto económico entre junio de 2012 y marzo de 2015 por inversiones realizadas en otros vehículos con validación contempla la multiplicación de los factores en las Columnas B, C, D, E, H, e I. Posteriormente, la sumatoria de cada uno de los meses, que conlleva a un valor de COP 36,211,2 millones de pesos.

Como se puede apreciar, el cálculo del perito se fundó en la información suministrada por Recaudo que obra en el Anexo 12.4.3 (folio 59 del Cuaderno de Pruebas No 8). Dicho documento es una certificación del representante legal de Transmilenio sobre el número de buses remunerados a Recaudo Bogotá S.A.S. por parte de Transmilenio.

La información en que se basa el perito no incluyó una certificación del Ente Gestor de que los equipos están listos. Por lo demás no obra en el expediente una prueba que acredite que los equipos estaban listos en las cantidades indicadas en los cálculos del perito.

A este respecto debe señalar el Tribunal que la cláusula exige la certificación del Ente Gestor y su verificación en cuanto a que los equipos estén listos. Por esto, no puede entenderse otorgada en los considerandos del Otrosí No 5 pues éste solo hace referencia a que el Concesionario “contaba con equipos”, pero no se precisa si eran todos los equipos autorizados o parte de ellos, ni que los mismos “están listos”.

A lo anterior se agrega que a folio 189 y siguientes del Cuaderno de Prueba No 8 obra una certificación de OSIS sobre “las fechas de ingreso de partes para estaciones y buses zonales”. Dicha certificación relaciona una serie de ingresos de elementos que van desde junio de 2012 a septiembre de 2014, lo que indica que para la fecha inicialmente tomada por el perito, la demandante no contaba con todos los equipos previstos.

En conclusión, el Tribunal no encuentra acreditados con certeza, los presupuestos pactados en la Cláusula 86 ya referidos para aplicar las fórmulas del restablecimiento económico por retrasos en la implementación.

Lo anterior conduce al Tribunal a la conclusión de que no se encuentra acreditado el valor de la compensación a que tendría derecho el Concesionario.

Por lo anterior se negará esta pretensión.

3.3.2.6 Pretensión décima séptima

En la pretensión décima séptima se solicitó:

“DÉCIMA SÉPTIMA.- CONDENAR a TMSA a dar inicio a la ETAPA OPERATIVA solamente cuando haya culminado la implementación gradual del SITP y se hayan cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la ETAPA PREOPERATIVA, fecha a partir de la cual se deben contar los quince (15) años de la ETAPA OPERATIVA del Contrato de Concesión.”

Al respecto reitera el Tribunal que las partes expresamente pactaron una duración máxima a la etapa preoperativa, por lo cual no se ajusta al contrato que la etapa operativa sólo comience cuando se haya culminado la implementación gradual.

Por lo anterior, se negará esta pretensión.

3.3.2.7 Pretensión décima octava.

En la pretensión décima octava la Demandante solicita:

“DÉCIMA OCTAVA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, con fundamento en lo previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los intereses moratorios a la tasa señalada en la Ley 80 de 1993 o la tasa que el Tribunal estime aplicable, sobre la suma que el Tribunal condene a

TMSA a pagar en virtud de la pretensión DÉCIMA SEXTA anterior, a partir del vencimiento del término indicado de cinco (5) días y hasta la fecha de pago.”

En relación con esta pretensión considera el Tribunal lo siguiente:

Los intereses moratorios suponen una obligación líquida de pagar una suma de dinero que el deudor está en mora de cumplir. Desde este punto de vista es claro entonces que en casos como el que se analiza en el que es el fallo el que establece la obligación dineraria, no existe una obligación líquida en mora y por consiguiente, no procede el reconocimiento de intereses moratorios sino a partir del vencimiento del plazo que se otorgue para cumplir la condena.

Por tal razón se negará esta pretensión.

3.3.2.8 Pretensión décima novena

En la pretensión décima novena la Demandante solicitó lo siguiente:

“DÉCIMA NOVENA.- DECLARAR que TMSA está obligado a pagar a RBSAS todos los costos y gastos en que incurra RBSAS para la renovación de equipos que deba hacer bajo el Contrato, con posterioridad al 28 de septiembre de 2028 hasta la fecha efectiva de terminación del Contrato.”

Lo primero que advierte el Tribunal es que la pretensión que se examina no tiene ningún desarrollo adicional en la Demanda. En todo caso entiende el Tribunal que tal como está concebida parte del supuesto general de la Demanda, esto es, que la etapa preoperativa se extiende hasta que termina la implantación del sistema. En esta medida y como quiera que el Tribunal ha llegado a la conclusión que el Contrato tiene un término máximo de duración, la pretensión no puede prosperar.

3.3.2.9 Pretensión vigésima

En la pretensión vigésima la Demandante solicitó:

“VIGÉSIMA.- DECLARAR que debido al retraso en la implementación del SITP y al no pago de la participación en los ingresos esperados según lo pactado en el Contrato, se han generado para RBSAS costos financieros adicionales a los propios del crédito inicial obtenido con los bancos, derivados de la imposibilidad de cumplir con las amortizaciones del crédito en las fechas pactadas y la necesidad de refinanciar los créditos. Como consecuencia, CONDENAR a TMSA pagar a RBSAS la suma que se demuestre en el curso del proceso, en caso de que el daño se consume antes de proferirse el Laudo.”

En relación con esta pretensión en primer lugar advierte el Tribunal, que el Contrato reguló de manera específica en la cláusula 86 las consecuencias del retraso en la implementación del sistema. Por consiguiente, no existiendo incumplimiento de Transmilenio, no hay lugar a reconocimientos adicionales a los previstos en el Contrato. En todo caso no encuentra el Tribunal que esté debidamente acreditados en el expediente los costos adicionales que se reclaman.

Por tal razón se negará esta pretensión.

3.3.2.10 Pretensión vigésima primera.

En la pretensión vigésima primera se solicitó:

“VIGÉSIMA PRIMERA.- DECLARAR que TMSA está obligada a asumir los costos adicionales o sobrecostos en que ha incurrido RBSAS por la adquisición de seguros para amparar el cumplimiento, la responsabilidad civil y extracontractual, y salarios y prestaciones sociales para la ETAPA OPERATIVA, pues aún no ha terminado la ETAPA PREOPERATIVA”.

La Demandante funda esta pretensión según expresa en su alegato en que *“Como consecuencia de la decisión prematura de TMSA de dar inicio a la Etapa Preoperativa, no obstante no haber ocurrido el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Contrato, RBSAS tuvo que incurrir en costos adicionales para otorgar los seguros y garantías, simultáneamente para las etapas Preoperativa y Operativa.”*

Como se puede apreciar la posición de la Demandante parte del supuesto que la etapa preoperativa se prolongaba más allá del plazo previsto en el Contrato. Por consiguiente, si como ya se estableció, la etapa preoperativa tenía una duración máxima, y como consecuencia del cumplimiento del plazo previsto se pasó de la preoperativa a la etapa operativa, es claro que no había razón para que la Demandante mantuviera pólizas simultáneamente para los etapas. Si lo hizo no hay razón alguna para que Transmilenio deba asumir dicho costo.

Por tal razón se negará esta pretensión.

3.3.2.11 Pretensión vigésima segunda.

En la pretensión vigésima segunda se solicitó:

“VIGÉSIMA SEGUNDA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS los costos adicionales o sobrecostos en que ha incurrido RBSAS por la adquisición de seguros para amparar el cumplimiento, la responsabilidad civil y extracontractual, y salarios y prestaciones sociales para la ETAPA OPERATIVA, correspondientes a la suma de COP\$867.000.000,00.”

Al igual que la pretensión anterior, la que se examina se funda en la tesis del demandante que la etapa preoperativa no ha terminado. Como quiera que para el Tribunal es claro que la etapa preoperativa tenía un plazo máximo que se cumplió, y por ello se pasó a la etapa operativa, no hay razón alguna para que el Demandante reclame el pago de las pólizas propias de la etapa operativa.

Por tal razón se negará la pretensión formulada.

3.4 Segundo grupo de pretensiones principales

En su demanda la Demandante formuló un segundo grupo de pretensiones relacionadas con los incumplimientos de TMSA entre la fecha de iniciación de la etapa preoperativa y el 27 de septiembre de 2013. Procede entonces el Tribunal a decidir sobre las mismas.

3.4.1 Pretensión primera del tercer grupo

En la pretensión primera del segundo grupo de pretensiones la Demandante solicitó:

PRIMERA.- DECLARAR que TMSA incumplió las siguientes obligaciones a su cargo entre la fecha en que inició la ETAPA PREOPERATIVA, es decir el 27 de septiembre de 2011, y el día 27 de septiembre de 2013:

“(i) No entregó a RBSAS de manera íntegra y oportuna la infraestructura requerida de acuerdo con el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el Numeral 15.3.4 del Anexo 2 del Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012.

“(ii) No entregó directamente o por conducto de los operadores de manera íntegra y oportuna la flota de buses para el equipamiento por parte de RBSAS de acuerdo con el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el Numeral 15.3.4 del Anexo del Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012.

“(iii) No adelantó las actividades y gestiones para la integración, evaluación y seguimiento del SITP y SIRCI, particularmente en cuanto a sus deberes y obligaciones sobre la integración de los medios de pago y los sistemas de recaudo, y no haber exigido a los operadores de recaudo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

“(iv) No adelantó las actividades y gestiones para la salida de operación de las calles de la flota de buses que forma parte del sistema de transporte público colectivo de Bogotá, de acuerdo con el Contrato de Concesión y su Anexo 2.

“(v) No adoptó oportunamente todas las medidas y acciones enderezadas al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión en los términos contractuales.

“(vi) No adoptó las acciones y medidas necesarias para mantener el equilibrio económico del Contrato de Concesión respecto del ingreso esperado por la remuneración semanal por equipos en buses operando RVHO, con ocasión de la extensión de los contratos de concesión de los operadores de las Fases I y II de Transmilenio.”

Procede entonces el Tribunal a pronunciarse sobre los incumplimientos en que se funda dicha pretensión de la siguiente manera:

3.4.1.1 No entrega de la infraestructura requerida

En relación con esta pretensión se remite el Tribunal a lo expuesto al analizar el mismo incumplimiento pero referido a la etapa preoperativa. En particular se remite el Tribunal a la tabla del perito Manuel Salazar sobre la entrega de las estaciones que reproduce igualmente en este punto:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

	Denominación Anexo 2	Nueva denominación	Fecha de Entrega
Calle 26	Portal de Occidente	Portal El Dorado	19 de junio de 2014
	Modelia	Modelia	19 de junio de 2014
	Boyacá calle 26	Normandía	19 de junio de 2014
	Av Rojas	Av Rojas	9 de octubre de 2013
	Salitre	El Tiempo	9 de octubre de 2013
	Avenida 68	Salitre-El Greco	16 de julio de 2012
	CAN	CAN	9 de octubre de 2013
	Gobernación	Gobernación	16 de julio de 2012
	Quinta Paredes	Quinta Paredes	9 de octubre de 2013
	Corferias	Corferias	9 de octubre de 2013
	U Nacional	Ciudad Universitaria	16 de julio de 2012
	Cra 30	Plaza de la Democracia	9 de octubre de 2013
	Renacimiento	Centro de Memoria	16 de julio de 2012
	Estación Central	Estación Central	
	Calle 22	Universidades	19 de junio de 2014
	Aeropuerto 1	Aeropuerto 1	
	Aeropuerto 2	Aeropuerto 2	
	Aeropuerto 3	Aeropuerto 3	
Carrera 10	Portal de Oriente	Portal 20 de Julio	19 de junio de 2014
	Calle 27 Sur	Country Sur	9 de octubre de 2013
	Av. Primero de Mayo	Av. 1 de Mayo	9 de octubre de 2013
	Calle 11 sur	Ciudad Jardín	9 de octubre de 2013
	Calle 2 Sur	Policarpa	9 de octubre de 2013
	Calle 1	Hospitales	9 de octubre de 2013
	Calle 6	Bicentenario	19 de junio de 2014
	Calle 13	San Victorino	19 de junio de 2014
	Calle 19	Las Nieves	9 de octubre de 2013
	Calle 24	San Diego	9 de octubre de 2013
	Calle 31	Museo Nacional	19 de junio de 2014
Carrera 7	Calle 36	Parque Nacional	
	Calle 43	Javeriana	
	Calle 46	Hospital Militar	
	Calle 53	Calle 54	
	Calle 60	Chapinero	
	Calle 67	Quinta Camacho	
	Calle 72	Pedagógica	
	Portal Calle 100	Cantón Norte	
Calle Sexta	Cra 20	Av. Mariscal Sucre	
	Cra 24	Veraguas	

Como ya se dijo un gran número de estaciones se entregaron con posterioridad al el 27 de julio de 2012 y un importante número de estaciones nunca se construyeron, como son tres estaciones del aeropuerto, la estación central de la calle 26 y 8 estaciones de la carrera 7. En cuanto a las estaciones de la calle sexta las mismas fueron entregadas en julio de 2015¹⁵⁹

Ahora bien, como ya se expuso, en los casos en que Transmilenio decidió suprimir las estaciones existió un incumplimiento contractual, en la medida en que por su propia decisión determinó no entregar varias de las estaciones previstas en el Anexo Técnico. Por el contrario, como ya se dijo, la demora en la entrega de las estaciones no se puede calificar de un incumplimiento de Transmilenio dadas las contingencias que se presentan en esta materia.

¹⁵⁹ Cuaderno de Pruebas No. 37, cd Anexo al memorial 29 de agosto de 2016, remitido de la exhibición de documentos de TMSA, carpeta "TRIBUNAL AGOSTO 2016", subcarpeta "7.6 ENTREGA DE ESTACIONES".

Por lo anterior, solo se accederá a reconocer el incumplimiento respecto de las estaciones que Transmilenio decidió no construir.

3.4.1.2 No entrega íntegra y oportuna de la flota de buses

Solicitó la Demandante que se declarara que Transmilenio incumplió sus obligaciones entre el 27 de septiembre de 2011, y el día 27 de septiembre de 2013, porque *“(ii) No entregó directamente o por conducto de los operadores de manera íntegra y oportuna la flota de buses para el equipamiento por parte de RBSAS de acuerdo con el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el Numeral 15.3.4 del Anexo del Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012”*.

En este punto se refiere el Tribunal a lo ya expuesto sobre este tópico al analizar las pretensiones del primer grupo, y en particular a la tabla incluida por el perito Manuel Salazar en su dictamen la cual se reproduce a continuación:

Tabla 23: Gradualidad real de instalaciones en vehículos Mes	ACUMULADO INSTALACIONES REALES	% de avance real	% de Avance conforme a Otrosí
mar-12	0	0,0%	
abr-12	0	0,0%	
may-12	3	0,0%	
jun-12	46	0,4%	
jul-12	83	0,8%	12,10%
ago-12	158	1,5%	25,80%
sep-12	330	3,1%	45,10%
oct-12	456	4,3%	55,20%
nov-12	601	5,7%	68,20%
dic-12	673	6,4%	81,60%
ene-13	814	7,7%	91,70%
feb-13	964	9,2%	100,00%
mar-13	1.149	10,9%	
abr-13	1.391	13,2%	
may-13	1.648	15,7%	
jun-13	1.911	18,2%	
jul-13	2.286	21,7%	
ago-13	2.622	24,9%	
sep-13	2.943	28,0%	
oct-13	3.273	31,1%	
nov-13	3.567	33,9%	
dic-13	3.896	37,1%	
ene-14	4.234	40,3%	
feb-14	4.586	43,6%	
mar-14	4.913	46,7%	
abr-14	5.294	50,4%	
may-14	5.726	54,5%	
jun-14	6.218	59,1%	
jul-14	6.609	62,9%	
ago-14	7.008	66,7%	
sep-14	7.200	68,5%	
oct-14	7.342	69,8%	
nov-14	7.408	70,5%	
dic-14	7.516	71,5%	

Como se puede apreciar de esta tabla se desprende que para el período que se analiza Transmilenio no había logrado que se entregara la totalidad de la flota para la instalación de los equipos.

En todo caso como ya se expuso en otra parte de este Laudo, el retraso en la entrega de los buses previstos no obedeció a un incumplimiento de Transmilenio, sino a un conjunto de circunstancias vinculadas a la implementación del SITP. A este respecto debe observarse que aún si se reconociera que Transmilenio pudo haber actuado con más diligencia en ciertos temas, lo cierto es que no está acreditado que dicha conducta hubiera permitido evitar los retrasos presentados.

Por tal razón se negará la pretensión respecto de este incumplimiento.

3.4.1.3 Adelantamiento de las actividades y gestiones para la integración del SITP y el SIRCI

Solicita el Demandante que se declare que Transmilenio incumplió sus obligaciones en el período comprendido entre el 27 de septiembre de 2011, y el día 27 de septiembre de 2013, porque *“(iii) No adelantó las actividades y gestiones para la integración, evaluación y seguimiento del SITP y SIRCI, particularmente en cuanto a sus deberes y obligaciones sobre la integración de los medios de pago y los sistemas de recaudo, y no haber exigido a los operadores de recaudo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales”*.

A este respecto se remite igualmente el Tribunal al análisis realizado sobre dicho tópico en otro aparte de este Laudo y señala que como allí se precisó la demora en la integración de los medios de pago y de los sistemas de recaudo no es imputable a Transmilenio sino a la conducta de varios concesionarios del recaudo.

Por lo anterior se negará la pretensión que se analiza en relación con este incumplimiento.

3.4.1.4 Adelantamiento de las actividades y gestiones para la integración del SITP y el SIRCI

Solicita el Demandante que se declare que Transmilenio incumplió sus obligaciones en el período comprendido entre el 27 de septiembre de 2011, y el día 27 de septiembre de 2013, porque *“(iv) No adelantó las actividades y gestiones para la salida de operación de las calles de la flota de buses que forma parte del sistema de transporte público colectivo de Bogotá, de acuerdo con el Contrato de Concesión y su Anexo 2.”*

En relación con este punto se remite el Tribunal a lo expuesto en otro aparte de este Laudo en el que se hizo referencia a las diferentes circunstancias que han demorado la implementación del sistema incluyendo la situación de las empresas Ecobus y Coobus, lo que ha determinado que continúen funcionando buses que operan bajo este principio del sistema de transporte público.

Como se expuso en otro aparte de este laudo, no encuentra el Tribunal que la situación que se ha producido constituya un incumplimiento de Transmilenio, sino mas bien es el resultado de un conjunto de factores que han dificultado la implementación.

Por tal razón se negará el incumplimiento.

3.4.1.5 Medidas para el restablecimiento del equilibrio económico

Solicita la Demandante que se declare que Tansmileno incumplió sus obligaciones entre el 27 de septiembre de 2011, y el día 27 de septiembre de 2013, porque *“(v) No adoptó oportunamente todas las medidas y acciones enderezadas al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión en los términos contractuales”*.

A este respecto se encuentra que no se puede afirmar que exista un incumplimiento por la razón que invoca el Demandante, pues precisamente la situación no se encontraba definida para así concluir que existían todos los elementos para establecer el restablecimiento del equilibrio contractual.

No sobra destacar que precisaene fue con posterioridad al periodo mencionado que por comunicación RL-CC/RBSAS-265709-14022014 de fecha 17 de febrero de 2014, la Demandante solicitó a la Demandada adoptar las medidas idóneas y pertinentes para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No 001 de 2011¹⁶⁰. En dicha comunicación la Demandada se refirió a las siguientes causas:

- Demora en la entrega de las estaciones por parte de Transmilenio.
- Costo de oportunidad que tuvo que hacer el concesionario para estar listo para la implantación del sistema de recaudo en las estaciones previstas en la carrera 7.
- Costo de oportunidad de la inversión efectuada por Recaudo en equipos que debían ser instalados en los vehículos del SITP y no lo fueron e ingresos no realizados por la falta de instalación de equipos en los buses dada la falta de disponibilidad de la flota.
- Adquisición e instalación por orden de Transmilenio de equipos adicionales y no previstos a cargo del concesionario.
- Anticipación del fondo de Crédito al Usuario por orden de Transmilenio aunque jurídicamente el contrato se encuentra en su etapa preoperativa.
- Adquisición por orden de Transmilenio de las pólizas de garantía exigidas para etapa operativa, pese a que el contrato se encuentra aún en la etapa preoperativa.
- Otorgamiento por orden de Transmilenio de beneficios económicos a transbordos adicionales a los previstos en el contrato de concesión, es decir transbordo con tarjetas no personalizadas.
- Afectación de los ingresos del concesionario por falta de prestación del servicio del SITP al no haberse implantado el sistema con todas las rutas y con todos los vehículos en funcionamiento sacando de circulación los servicios de transporte público colectivo.
- Anticipación de la inversión en Equipos CCTV por orden de Transmilenio para las fases I y II, pese que contractualmente no le corresponde hacerlo al concesionario del SIRCI por la etapa del contrato de concesión.
- Menores ventas por rebajas de tarifa en violación a los principios económicos del SITP y particularmente al principio de la tarifa teórica.
- Costo del sistema tetra que ha tenido que asumir Recaudo Bogotá por orden y acción directa de Transmilenio.

Esta petición fue resuelta por Comunicación No.2014EE7761 del 2 de mayo de 2014¹⁶¹, la que negó el restablecimiento por los razones que se exponen en dicha comunicación.

Por lo anterior, concluye el Tribunal que se debe negar la pretensión de la demandante respecto de este incumplimiento.

3.4.1.6 No adopción de medidas para mantener el equilibrio por el ingreso esperado por la remuneración de los buses por la

¹⁶⁰ Cuaderno de Pruebas No 3, folio 169

¹⁶¹ Cuaderno de Pruebas No. 4, cd obrante a folio 280 bis, documento titulado "2014ee7761 respuesta a 2014er3838 desequilibrio económico. pdf"

extensión de los contratos de concesión de los operadores Fase I y II

La Demandante solicitó que se declarara el incumplimiento Transmilenio incumplió sus obligaciones entre el 27 de septiembre de 2011, y el día 27 de septiembre de 2013, porque *“(vi) No adoptó las acciones y medidas necesarias para mantener el equilibrio económico del Contrato de Concesión respecto del ingreso esperado por la remuneración semanal por equipos en buses operando RVHO, con ocasión de la extensión de los contratos de concesión de los operadores de las Fases I y II de Transmilenio.”*

Al respecto encuentra el Tribunal que como ya se dijo en su demanda la Demandante no formuló hechos relacionados con esta materia, ni aparecen acreditados hechos que permitan establecer la ruptura de equilibrio por tal circunstancias.

Por tal razón se negará la pretensión respecto de este incumplimiento.

3.4.2 Pretensiones segunda y tercera del segundo grupo de pretensiones principales

En las pretensiones segunda y tercera del segundo grupo de pretensiones la Demandante solicitó:

“SEGUNDA.- DECLARAR que como consecuencia de uno o varios de los incumplimientos anteriores, ocasionados por actuaciones, abstenciones, hechos u omisiones antijurídicos de TMSA durante la ejecución de la ETAPA PREOPERATIVA del Contrato de Concesión, TMSA le causó perjuicios a RBSAS porque entre el 27 de septiembre de 2011 y el 27 de septiembre de 2013 le impidió recibir la totalidad de la participación en los ingresos del SITP de Bogotá D.C. de acuerdo con las fórmulas contenidas en la CLÁUSULA 59 del Contrato, que le hubiere correspondido durante ese lapso, de haberse implementado el SIRCI en la forma y plazos previstos en el cronograma de implementación del SIRCI establecido en el numeral 15.3.4 del Anexo No. 2 al Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012.

“TERCERA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, a la ejecutoria del Laudo que ponga fin a este proceso, la cantidad de TREINTA Y SIETE MIL CIENTO SESENTA Y UN MILLONES DE PESOS (\$37.161.000.000,00) moneda legal colombiana, o la suma que se demuestre dentro del proceso, correspondiente a la cuantificación de la totalidad de los perjuicios causados entre el 27 de septiembre de 2011 y el 27 de septiembre de 2013, consistentes en los ingresos que hubiere percibido de haberse cumplido en la forma y plazos previstos, los hitos consignados en el Cronograma de Implementación del SIRCI establecido en el numeral 15.3.4 del Anexo No. 2 al Contrato de Concesión, modificado por el Otrosí No. 5 del 6 de julio de 2012, discriminados así:

“(i) La sumatoria de la remuneración semanal variable del Concesionario por carga del sistema (RVARS), la cantidad de COP\$15.737.000.000,00.

“(ii) La sumatoria de la remuneración semanal por equipos de validación y control instalado en vehículos operando en el sistema (RVHO), la cantidad de COP\$21.424.000.000,00.”

En relación con las pretensiones que se examinan y como quiera que ellas son consecuenciales de las que la anteceden, es claro que en todo aquello que estas últimas no prosperan, no pueden prosperar las condenatorias que se examinan.

Al respecto advierte el Tribunal que el único incumplimiento que el Tribunal ha encontrado acreditado se refiere a la no entrega de las estaciones que

Transmilenio dejó de construir. Ahora bien, en este punto no está acreditado el daño que haya sufrido la Demandante, pues lo cierto es que en el caso de la carrera 7 la operación se realiza a través de buses duales, que hacen el recaudo que correspondería hacer a las estaciones que no se construyeron.

Por tales razones se negarán estas pretensiones.

3.4.3.- Pretensiones cuarta y quinta del segundo grupo de pretensiones principales

En las pretensiones cuarta y quinta de este grupo la Demandante solicitó:

“CUARTA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS los intereses corrientes a la tasa máxima legal, sobre las sumas mensuales que el Tribunal condene a TMSA a pagar en virtud del respectivo perjuicio causado, liquidados mensualmente a partir de la fecha en que cada una de las remuneraciones debió haber sido liquidada y pagada, entre el 27 de septiembre de 2011 y el 27 de septiembre de 2013, según la pretensión TERCERA anterior, y hasta la fecha de la ejecutoria del Laudo.

“QUINTA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, con fundamento en lo previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los intereses moratorios a la tasa señalada en la Ley 80 de 1993 o la tasa que el Tribunal estime aplicable, sobre la suma que el Tribunal condene a TMSA a pagar en virtud de la totalidad del perjuicio causado, según la pretensión TERCERA anterior, desde la ejecutoria del Laudo y hasta la fecha de pago.”

En relación con estas pretensiones considera el Tribunal que las mismas están estrechamente vinculadas a las pretensiones de condena, por lo cual al haberse negado estas últimas, deben igualmente negarse las que se examinan.

3.5 Tercer grupo de pretensiones principales

En el tercer grupo la Demandante presentó una serie de “*pretensiones relacionadas con otros incumplimientos de TMSA entre la fecha de iniciación de la etapa preoperativa y la fecha del laudo*”, las cuales procede a examinar el Tribunal:

3.5.1 Pretensión primera del tercer grupo

En la pretensión primera del Tercer Grupo de Pretensiones Principales, la Demandante solicitó:

“PRIMERA.- DECLARAR que TMSA incumplió las siguientes obligaciones a su cargo entre la fecha en que inició la ETAPA PREOPERATIVA y la fecha del Laudo:

“(i) No aprobó oportunamente la aptitud de la totalidad de los buses puestos a su disposición por RBSAS, después de instalar los equipos requeridos y haber certificado que estaban dispuestos para la operación.

“(ii) Efectuó descuentos por Factor de Calidad del Servicio en la remuneración de RBSAS, por fuera de las disposiciones del Contrato de Concesión y con fundamento en circunstancias y hechos no previstos en el mismo.

“(iii) Exigió a RBSAS personal para la custodia y vigilancia de áreas que no son objeto del Contrato de Concesión, en las cuales se instalaron Barreras de Control de Acceso (o “BCA”) en cumplimiento del pacto contenido en el Otrosí No. 7 al Contrato.

“(iv) *Trasladó a RBSAS la asunción del riesgo comercial por evasión que se presenta en las BCA instaladas en la Fase I y Fase II.*

“(v) *Exigió a RBSAS asumir la reclamación económica formulada por los operadores de alimentación de Fases I y II con ocasión de la evasión en las BCA instaladas en estas Fases.*

“(vi) *No pagó los equipos e infraestructura adicionales instalados por RBSAS a petición de TMSA y que no se encontraban previstos en el Contrato de Concesión, en especial, en las estaciones Bicentenario y 20 de Julio.*

“(vii) *Exigió equipamiento adicional en los buses zonales, no exigido ni previsto en el Contrato de Concesión.*

“(viii) *Otorgó a los usuarios descuentos o reducciones en la tarifa de los pasajes y trasbordos sin que se cumplieran los supuestos de la “CLÁUSULA 43. ALTERNATIVAS COMERCIALES A LA TARIFA AL USUARIO” y sin atender las políticas y principios reconocidos en la “CLÁUSULA 84. VARIACIÓN DE LA TARIFA” del Contrato.*”

Procede entonces el Tribunal a pronunciarse sobre los incumplimientos en los que la Demandante sostiene que incurrió la Demandada.

3.5.1.1 Incumplimiento en la aprobación oportuna de la aptitud de la totalidad de los buses después de instalar los equipos.

Señala la Demandante que Transmilenio incumplió el Contrato porque “(i) *No aprobó oportunamente la aptitud de la totalidad de los buses puestos a su disposición por RBSAS, después de instalar los equipos requeridos y haber certificado que estaban dispuestos para la operación.*”

A este respecto la Demandante afirma que instaló los equipos en todos los buses que le fueron puestos a disposición y le informó a TMSA el funcionamiento de los referidos equipos; es decir, estaban “*dispuestos para la operación*”. Añade que partir de ese momento, le correspondía a TMSA aprobar la aptitud de bus para desempeñar su función dentro del SITP. Sin embargo, no expidió oportunamente el certificado de vinculación por cada bus que había cumplido el trámite de instalación de equipos conforme con el protocolo.

Por su parte la Demandada señala que no es cierto que a partir de ese momento, le correspondía a TRANSMILENIO S.A. aprobar la aptitud de bus para desempeñar su función dentro del SITP, pues no existe esta obligación contractual. Agregó que la aptitud y autorización de un bus para operar se surte cuando el Concesionario de Operación del SITP cumple con las Clausulas 75, 77, 78 y 79, correspondientes a la vinculación de un bus, así mismo la remuneración de este bien para el Concesionario del SIRCI, se efectúa de acuerdo a las condiciones contractuales establecidas, en las cláusulas 59, 75, 77,78 y 79, anteriormente citadas y transcritas.

Consideraciones del Tribunal

Si se examinan los contratos de concesión de operación se encuentra que en sus cláusulas 75, 77, 78 y 79 se establecen los requisitos que deberían reunirse para que un bus pudiera operar en el sistema. Lo anterior determina por consiguiente, que así se haya incorporado al SIRCI, si no cumple los otros requisitos no puede entrar en operación.

En relación con este punto declaró la señora María Margarita Velasco Campuzano:

“DR. SUÁREZ: En materia de instalación de buses, una vez que se había firmado el acta de entrega, de instalación de los equipos en los buses esos buses entran al sistema a operar, son validados y entran al sistema SIRCI o no?”

“SRA. VELASCO: Desde mi perspectiva ingenieril sí, por qué, porque cuando yo hago la instalación yo instalo una unidad lógica e instalo un validador en el caso de los buses zonales, cuando son troncales y alimentadores no tiene validador pero para que el sistema opere yo tengo que hacer una configuración, yo le pongo unos códigos por ejemplo al validador y yo pongo ese número de validador en mi sistema central de recaudo para que él reconozca es equipo, entonces cuando yo estoy haciendo las pruebas con el operador al que le estoy entregando el bus para mí él está operando en mi sistema ya porque yo puedo validar una tarjeta, puedo prender la unidad lógica y puedo registrarme contra el sistema entonces desde mi perspectiva del SIRCI el bus está operando en el momento en que yo lo entrego cuando estoy haciendo las pruebas.

“Ahora, que ese bus esté dando servicio al ciudadano es una interpretación distinta de operación, desde la perspectiva técnica el SIRCI opera pero el bus hay que meterlo en una ruta y el operador tiene que ponerle un conductor y hacerlo andar en una ruta, ahí hay otras cosas que pueden afectar esa operación, por decir algo: si el bus no tiene todos los papeles en regla o no tiene la matrícula o no tiene el traspaso, o tiene cualquier otra cosa, la reglamentación no permite que ese bus entre a operar, si por ejemplo el bus tiene una falla mecánica, tiene una falla de frenos o cualquier cosa el bus no puede salir a operar, ese bus puede estar operando en el SIRCI, puede estar registrado en el SIRCI, puede estar disponible en el SIRCI pero puede no estar dando un servicio al ciudadano.

“Adicionalmente hay un proceso que ellos llaman el proceso de vinculación, ellos quiero decir Transmilenio, cuando ellos terminan de verificar que un bus tiene todo lo que requiere para salir a operar que incluye: el acta SIRCI, es decir que los equipos están listos, pero también papeles como que están los seguros, que está toda la revisión técnico mecánica, el tema de lo que sea, ellos generan un registro en el sistema nuestro diciendo que el bus está vinculado, pero eso para mí es simplemente un registro en una base de datos de que el bus está vinculado.

“Adicionalmente hay una cosa que yo nunca he podido explicar y que he preguntado personal y por escrito muchas veces a Transmilenio y es el entender por qué yo tengo un porcentaje tan algo de la flota que está instalado, que tiene equipo SIRCI y que no está operando en ruta, y nosotros en el informe SIRCI por ejemplo tenemos una gráfica en la que muestra por operador y yo tengo por ejemplo el 13% de la flota instalada según nosotros, operando según nosotros porque yo la veo en el sistema y está lista y que no aparece en rutas.

“Qué hacen esos buses parqueados, no lo sé, por qué están parados tampoco lo sé, pero lo hemos preguntado muchas veces y hay buses que operan desde nuestra perspectiva pero que no operan desde la perspectiva del operador entonces ahí hay que ver la operación desde qué ojo se ve, para mí operan desde que yo lo instalé.”

De esta manera, es claro que el hecho de que se haya instalado el SIRCI no significa que necesariamente el bus pueda operar inmediatamente, pues pueden no haberse cumplido todos los requisitos para su vinculación.

Es claro en todo caso que en desarrollo del deber de obrar de buena fe Transmilenio debía actuar diligentemente en el proceso de vinculación y cumplir dicho trámite en un plazo razonable.

En el proceso no aparece acreditadas en concreto las demoras que se presentaron frente al trámite de vinculación ni cuáles fueron los errores de conducta en que incurrió Transmilenio que condujeron a que no se vincularan rápidamente los buses.

Por tal razón se negará esta pretensión en relación con este incumplimiento.

3.5.1.2 Efectuar descuentos de calidad por fuera de las disposiciones del contrato

La Demandante solicita que se declare que Transmilenio incumplió el Contrato porque *“(ii) Efectuó descuentos por Factor de Calidad del Servicio en la remuneración de RBSAS, por fuera de las disposiciones del Contrato de Concesión y con fundamento en circunstancias y hechos no previstos en el mismo”*.

Señala la Demandante que las cláusulas contractuales sobre los indicadores de confiabilidad y disponibilidad son ambiguas y que por ello fue necesario que las partes acordaran y precisaran la metodología sobre el cálculo de los indicadores, con base en la propuesta presentada por el Concesionario del SIRCI, dando alcance a lo establecido en el anexo 3, e incorporando nuevos indicadores conforme con las propuestas que RBSAS presentó a TMSA. Agrega que según consta en la cláusula tercera del Otrosí No. 5, las Partes convinieron en que los descuentos por Factor de Calidad del Servicio sólo se empezarían a calcular a partir de la entrada en servicio y operación regular de la vigésima cuarta (24ª) estación de las troncales de la Calle 26 y Carrera 10ª, hecho que ocurrió el 19 de octubre de 2013. En consecuencia, se acordó que hasta que no se cumpliera dicha condición, el Factor de Calidad del Servicio tendría un valor de 100%. Advierte que TMSA quedó obligado de entregar mensualmente a RBSAS las Memorias de Cálculo de los citados descuentos, cuando hubiere lugar a descontar. Agrega que RBSAS aún hoy desconoce las razones puntuales y, más aún, cómo se calcularon los descuentos efectuados.

Precisa que no existe en el expediente prueba alguna de que el índice de confiabilidad sea inferior al 95%, y contrariamente, existe abundante material probatorio que muestra que el cumplimiento del índice de confiabilidad ha sido superior al 99%, por lo que no procedían los descuentos realizados por TMSA, sin fórmula de juicio ni explicación alguna haciendo el descuento máximo del 3% en los ingresos de RBSAS, cuando esa disminución sólo está definida y autorizada contractualmente para aquellos casos cuando el cumplimiento de los índices es inferior al 95.0%.

Señala que TMSA endilgó a RBSAS un supuesto incumplimiento porque *“a la fecha el Concesionario no incluye las transacciones (posicionamientos) de los buses troncales Fase III”*, aun cuando el supuesto incumplimiento responde exclusivamente a causas atribuibles a TMSA respecto de la migración de buses de las Fases I y II al SAE de la Fase III, puesto que por decisión de TMSA, los buses troncales de FIII se encuentran operando en el SAE I, herramienta que no fue provista por Recaudo Bogotá para lo cual se está a la espera de migrar los buses troncales de FI, FII y FIII al SAE III, a la herramienta de control de flota provista por Recaudo Bogotá.

Expresa que RBSAS en efecto no puede medir y controlar la flota de buses de las Fases I y II del Sistema TransMilenio dado que los contratos de concesión para la operación de transporte de esas fases son anteriores al SITP y, en tal medida, no obligan a sus concesionarios operadores a instalar los equipos SIRCI en sus buses. Esta circunstancia también es atribuible a TMSA pues los contratos de concesión de marras fueron prorrogados por TMSA por no haber iniciado los procesos de licitación tendientes a la celebración de nuevos contratos que los reemplazaran.

Precisa que TMSA también ha incumplido el Contrato por efectuar descuentos por concepto del indicador de disponibilidad de determinados dispositivos, que

TMSA insiste en que RBSAS debe medir no obstante tal obligación no existe en el Contrato. En concreto, TMSA ha efectuado descuentos a la remuneración de RBSAS por no medir (i) los dispositivos de conexión de red de recarga externa y las terminales de carga asistida de buses zonales, (iii) y demás dispositivos a bordo del bus del componente zonal, todo lo anterior con base en la interpretación unilateral que hace TMSA del Contrato y sus anexos. Advierte que como se probó en el proceso, particularmente mediante el dictamen pericial rendido por BISION CONSULTING, ninguno de estos dispositivos que TMSA ha exigido medir a RBSAS se encuentran dentro del listado de equipos que, conforme con el Anexo 3 del Contrato, deben ser medidos para calcular este indicador.

Destaca que la falta de coherencia de TMSA en su actuar es tal que pese a haber iniciado un procedimiento de imposición de multas y haberlo terminado por considerar que tales multas no eran procedentes por cuanto RBSAS había dado cumplimiento a sus obligaciones respecto de los indicadores de la flota troncal Fase III, continuó haciendo los máximos descuentos por Factor de Calidad del Servicio a RBSAS.

Señala que en mayo de 2016 se realizaron mesas de trabajo donde se acordaron nuevas metodologías para el cálculo del indicador por lo que desde el mes de mayo de 2016 los descuentos del 3% disminuyeron a 1% en mayo y en junio al 0%.

Por su parte la Demandada expresó que el 19 de octubre de 2013 entró en servicio y operación regular la vigésima cuarta (24a) estación de las troncales de la Calle 26 y Carrera 10ª y, por consiguiente, a partir de esa fecha se comenzó el cálculo de los niveles de servicio para efectos del Factor de Calidad. Lo que evidencia que este es un tema propio de la ETAPA OPERATIVA y que nada tiene que ver con el proceso en curso.

Agregó que no es cierto que el 5 de noviembre de 2013 RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. presentara a TRANSMILENIO S.A. la versión definitiva del procedimiento para efectuar el cálculo de los indicadores de confiabilidad y disponibilidad, pues este documento era precario y no cumplía con los estándares necesarios para que fuera aprobado. Agrega que si bien RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. ha presentado el cálculo correspondiente conforme al procedimiento presentado el 5 de noviembre de 2013, estos cálculos no contemplaban el universo completo de cada indicador para cada medición, tal como lo indicó tanto el Ente Gestor, como la interventoría del SIRCI, hecho que dio lugar a iniciar un proceso sancionatorio por posible incumplimiento al contrato de concesión.

Agrega que el reporte del primer cálculo a realizar correspondiente al periodo del 19 al 31 de octubre se reportó por fuera del plazo convenido, y sin tener en cuenta la totalidad de la información. Así las cosas, el Ente Gestor procedió a aplicar el máximo descuento permitido, es decir el 3%.

El reporte para el periodo comprendido entre el 1 al 30 de noviembre de 2013, se entregó el indicador un día después del plazo contractual, y la interventoría no lo avaló porque: a. La interventoría no tiene acceso a las bases de datos para poder realizar las validaciones, b. El indicador de disponibilidad del sistema de comunicación de recaudo no tiene en cuenta el sistema de comunicaciones de la red externa. C. El indicador de terminales de carga asistida no tiene en cuenta las terminales de carga asistida que se encuentra en la red externa, d. el indicador de torniquetes de control de acceso no tiene en cuenta los torniquetes

de control de acceso que están en los buses. Por lo anterior se descontó el máximo permitido.

El reporte para el tercer mes de medición, es decir del 1 al 31 de diciembre de 2013, se reportó siete (7) días después del plazo establecido contractualmente, e igualmente, la interventoría del SIRCI no los avala por los siguientes motivos: a. El indicador de disponibilidad del sistema de comunicaciones de RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. no tiene en cuenta el sistema de comunicaciones de la red de recaudo que existe en la red externa, b. El indicador de terminales de carga asistida, no tiene en cuenta las terminales de carga asistida que existe en la red externa, c. El indicador de torniquetes de control de acceso no tiene en cuenta los torniquetes de control de acceso que hay en los buses, d. El indicador de módulos a bordo del bus solo lo miden en la unidad lógica y basados en los tickets que se generen en la mesa de ayuda, lo cual no contempla la totalidad de dispositivos a bordo, ni la metodología para su cálculo es la adecuada, toda vez que el contrato contempla que se pueda realizar un monitoreo de los dispositivos, sin que dependa de un tercero para generar un ticket. Por ello el ente gestor descontó el máximo permitido.

Agrega que las mismas situaciones fueron replicadas para los cálculos de los siguientes meses incluyendo otros hallazgos de la interventoría como: a. La falta de procedimientos claros y soportes de metodología aplicada para validar el indicador de disponibilidad de sistemas centrales o b. La falta de medición del indicador de disponibilidad de unidades de consolidación de datos; por lo tanto, en los meses siguientes, el Ente Gestor seguía teniendo en cuenta la validación realizada por la interventoría del SIRCI, y en cada ocasión el Ente Gestor procedió a realizar los cálculos de descuentos a aplicar, encontrando en la gran mayoría de períodos, que los descuentos superaban el descuento máximo permitido, por lo que según la fórmula contractual, solo se puede descontar un 3% y fue este valor el que se procedió a descontar.

Señala que es cierto que Transmilenio inició un proceso de imposición de multas, pero no es cierto que se hubiere dado por terminado el procedimiento de imposición de multas, porque el concesionario había dado cumplimiento a sus obligaciones respecto de los indicadores de la flota troncal Fase III. Señala que lo que ha sucedido es que el Concesionario solicitó plazo para entregar la solución hasta finales de mayo de 2015, el cual ha venido siendo prorrogado y por ello el plazo está suspendido.

Agrega que si bien RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. ha presentado Indicadores de Confiabilidad y Disponibilidad de entre el 100% y el 99.43%, no es cierto que TRANSMILENIO S.A. haya aprobado el procedimiento, ni que el mismo haya tenido visto bueno de la interventoría.

Agregó que es cierto que desde que se empezó a hacer el cálculo del Factor de Calidad del Servicio, TMSA ha efectuado descuentos hasta el máximo valor del 3% de la remuneración de RBSAS.

Consideraciones del Tribunal

La cláusula 59 del Contrato establece que el Concesionario obtendrá a título de participación en los ingresos del Sistema un valor que se determina por una fórmula, en la cual se incluye como elemento el Factor de calidad del servicio. A tal efecto la cláusula 59.5 estableció la fórmula en la cual se toma en cuenta el Porcentaje de Descuento por Índice de Confiabilidad y el Porcentaje de Descuento por Índice de Disponibilidad. Destaca el Tribunal el propósito de esta

cláusula que es asegurar el buen funcionamiento y buen servicio del sistema a través del control de lo que está ocurriendo en el sistema.

A tal efecto dispuso la cláusula ya citada:

"Los porcentajes de descuento $f(Q)$ SIRCI, %D_IC y %D_Dis se calcularán mensualmente, con información del mes inmediatamente anterior. $f(Q)$ SIRCI así calculado será vigente a partir del décimo (10º) día calendario; y sus valores y memorias de cálculo deberán ser informados al CONCESIONARIO a más tardar el décimo (10º) día hábil del mes de su aplicación o antes del día del mes en que se empleen los nuevos valores en la liquidación de la remuneración semanal, lo que primero suceda"

Así mismo la cláusula determina como se calcula el índice de Disponibilidad y Confiabilidad. Sin embargo, como señaló el experto Bisión, no existe en el Contrato una metodología contractual para determinar el índice de confiabilidad de recaudo, ni el índice de confiabilidad del control de Flota, que son los que permiten determinar el índice de confiabilidad de la plataforma tecnológica del SIRCI, pero los mismos se han medido con un procedimiento establecido por Recaudo (folio 253 de Cuaderno de Pruebas No 4). Igualmente los documentos contractuales no contienen todos los elementos para calcular el índice de disponibilidad.

Es claro que el propósito de los índices de confiabilidad y disponibilidad es verificar la calidad del servicio, por lo cual la forma en que dichos índices deben ser calculados y lo que debe comprender, debe determinarse en razón del propósito de los mismos, teniendo en cuenta claro está las posibilidades tecnológicas para su medición.

Obran en el expediente las comunicaciones cruzadas por las partes en esta materia¹⁶² de las cuales se desprende que el Concesionario presentó a consideración de Transmilenio un procedimiento para efectuar el cálculo de los índices de confiabilidad y disponibilidad, el cual fue objeto de observaciones por parte de Transmilenio. Como consecuencia, el concesionario entregó otro documento en noviembre de 2013. Sobre dicho documento se realizó una reunión en la cual se formularon observaciones por parte de la Interventoría. Posteriormente cuando el Concesionario presentó los cálculos en los distintos meses los mismos fueron objeto de observaciones por parte de la interventoría. Respecto de algunos puntos específicos la Interventoría solicitó concepto a Transmilenio, el cual lo rindió, con fundamento en lo cual la interventoría ha formulado observaciones. En este punto debe observarse que el numeral 4.8 del Anexo Técnico señala que "*TRANSMILENIO deberá definir los diferentes reportes a generar por el CONCESIONARIO del SIRCI....estos reportes deben los necesarios para la comprobación de los niveles de servicios de los CONCESIONARIOS (SIRCI, CONCESIONARIOS de Operación)*". Lo anterior implica que es Transmilenio el que en últimas, obviamente dentro del marco contractual, debe definir la forma como se deben producir los reportes para medir la calidad de los servicios.

De la correspondencia a la que se ha hecho referencia igualmente se desprende que en diversos casos, el Concesionario entregó tarde la información requerida.

Por otra parte han existido controversias entre las partes sobre distintos aspectos.

¹⁶² Ver al respecto la comunicación 2014ER11354 que obra como prueba aportada con la contestación a la reforma de la Demanda.

En primer lugar, en cuanto al índice de confiabilidad de control de la flota.

En efecto, de acuerdo con la propia manifestación de Recaudo la misma cuenta con los registros de los buses zonales y alimentadores, los cuales utilizan el SAE Fase III, pero no los de la flota troncal fase III, pues aún se encuentra en el sistema BRT, por lo cual señala que es imposible para el concesionario obtener los registros. Así mismo señala solo en el momento en que se produzca la migración del sistema será posible el cálculo (comunicación de recaudo sobre los indicadores del mes de Marzo de 2014, recibida el 9 de abril de 2014, obrante en el CD acompañado a la respuesta la demanda referido al hecho 289).

Sobre el punto el señor Carlos Alirio Garcia declaró en el proceso:

“DR. GIL: En qué consiste la confiabilidad de la flota y qué importancia tiene dicho concepto en la ejecución del contrato 01 del 2011?”

“SR. GARCÍA: La confiabilidad, hay un tema grande que se llama el control de calidad que mide confiabilidad y calidad de los servicios que presta Recaudo Bogotá, en particular la confiabilidad refleja la posibilidad de saber en dónde están los buses del sistema, tanto los troncales que son los rojos como los zonales que son los azules, eso es de total importancia en la medida que el control de flota es eso, saber en dónde están los buses, saber si están cumpliendo las rutas, poderse comunicar con esos mismos buses.”

“Actualmente solamente están operando los buses de la fase 3, en el sistema de control de flota los buses de sistema de control antiguo, se está haciendo un proceso de migración que de hecho se espera que concluya al finalizar este mes, pero el hecho de que no esté un solo software tiene repercusión en la medición de este índice de confiabilidad, de hecho no se ha podido medir por eso, porque no está en la totalidad de buses implementado, se mide parcialmente.”

“DR. GIL: Quién es el responsable contractualmente de ese control de flota?”

“SR. GARCÍA: El contrato de Recaudo Bogotá implica la medición de control de flota en todo la flota, es una responsabilidad de Recaudo.”

“DR. GIL: Durante la ejecución del contrato ha sido posible tener en cuenta los registros de la flota troncal para el cálculo de la confiabilidad del control de flota?”

“SR. GARCÍA: Como decía, como expliqué ahora no en toda la flota, los buses de fase 1 y fase 2 no están con el software que se llama SAE que regula toda la operación, sólo los de fase 3, nos vemos con que los buses de fase 1 y fase 2 que son como 1000 un poco más de 1000, los otros son un poco menos, como 300 o 400 estén en un software distinto, porque estamos teniendo dos software, uno antiguo que es de Transmilenio, otro nuevo que es el que está previendo Recaudos Bogotá y hay como dos fuentes de información, tenemos que medirlos con los registros que da el uno y el otro, pero no es un proceso automático que es como debía ser, eso genera ineficiencias.”

“DR. GIL: Qué impacto tiene para la remuneración de recaudo Bogotá el que no sea posible tener en cuenta los registros de la flota troncal y qué impacto tiene en relación con concesionarios de flota ese mismo hecho?”

“SR. GARCÍA: En Recaudo Bogotá le afecta porque hay una medición que se llama control de calidad, si ese factor de calidad y factor que incluye esta confiabilidad no se puede medir les castiga la remuneración a Recaudo Bogotá, pero a la vez que no podamos medirle a los operadores hace que se nos dificulte la medición de cosas como kilometraje, a veces incluso se puede perder información en donde hay zonas que no hay cobertura de los datos.”

“A veces unos buses van a una parte de Bogotá y el centro de control no saben dónde están los buses, los han perdido porque no hay transmisión de información, eso dificulta el seguimiento, dificulta incluso liquidar los pagos porque se paga por kilómetros a esos buses, es algo que aún hoy está en mora de que funcione efectivamente.”

“DR. GIL: En qué consiste el tema de alarmas en el software de control y qué ha ocurrido con dicho tema en la ejecución del contrato 01 del 2011?”

“SR. GARCÍA: Las alarmas son una especificación que tiene el software que debe avisar cuando algo falla, si un equipo a bordo de un bus, Recaudo Bogotá tiene la responsabilidad de poner los buses que funcionan al interior, poner los equipos que funcionan al interior de los buses, lo que se espera es que si un equipo de esos falla haya una alarma que avisa que falló.

“Como esa alarma no está operando nos damos cuenta que falla cuando alguien avisa, cuando alguien lo detecta, hay una pérdida de tiempo en lo que fuera una alarma automática versus lo que está operando es que alguien tiene que reportarlo, alguien tiene que decir mire está dañado este equipo de este bus, una unidad lógica por ejemplo, n es automática, ahí sí hay algo por mejorar.

“DR. GIL: Pero es por mejorar o es porque no funciona?”

“SR. GARCÍA: No funciona, las alarmas automáticas no funcionan, estamos trabajando sin esas alarmas, cuando me refiero a algo por mejorar es a algo que debiera estar funcionando.”

En relación con lo anterior en el Informe del experto Bision al ser preguntado por las razones por las cuales el sistema BRT de FI y FII no puede efectuar el registro de la totalidad de las transacciones de la Flota FIII, expresó que el funcionario encargado de la administración del sistema SAE BRT y que pertenece a la empresa Grupo Etra le manifestó lo siguiente:

“SAE BRT es un sistema implementado para el control de flota de la Fase I y II de Transmilenio. Con la implementación de la flota troncal Fase III Transmilenio tomó la decisión de incluir dicha flota en el sistema SAE BRT

“El sistema SAE BRT guarda información del posicionamiento de los buses siempre y cuando exista comunicación. SAE BRT no fue diseñado para determinar con certeza las tramas de información cuando no existe comunicaciones (offline).

“La infraestructura del sistema SAE BRT fue diseñada para transmitir las comunicaciones de unos 600 buses aproximadamente. La solución implementada permite compartir una parte del canal de voz para transmitir los datos de la flota, Actualmente existen unos 1700 buses y el canal se encuentra completamente saturado. Se estima una pérdida de datos del 30%. Adicionalmente el sistema de comunicación tiene prioridad para la transmisión de voz y cuando suceden eventos como manifestaciones, se usa el canal de para desviar ó impartir alguna instrucción a todos los buses, por lo tanto el canal de datos no puede ser utilizado y la pérdida de los datos de posicionamiento de los buses es total.

“El sistema SAE BRT fue implementado hace más de 12 años y no fue diseñado para tener la misma información que es registrada en el sistema SIRCI. Por lo tanto, no es posible calcular el indicador de confiabilidad de control flota para los buses de la Fase III, que son controlados por el sistema SAE BRT, por falta de información.”

Agregan el experto que *“teniendo como base lo manifestado por el funcionario encargado de la administración del sistema SAE BRT y que pertenece a la empresa Grupo Etra, el sistema SAE BRT no registra las transacciones fallidas de posicionamiento de los buses por lo cual no es posible calcular el índice de Confiabilidad de Control de Flota”.*

De esta manera, la imposibilidad de calcular el índice de confiabilidad de control de la flota obedece al sistema SAE BRT que no permite un control completo de la ubicación de la flota.

A este respecto destaca el Tribunal que la cláusula 17 del Contrato establece:

“CLÁUSULA 17. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA OPERACIÓN DEL CENTRO DE CONTROL DEL ENTE GESTOR Y LOS CENTROS DE CONTROL ZONALES DEL (SITP)

“A través del presente contrato de concesión, el CONCESIONARIO adquiere la obligación de suministrar, implementar, mantener y actualizar la plataforma tecnológica necesaria para la operación del Centro de Control del Ente Gestor (incluye el Centro de Control Troncal) y los Centros de Control Zonal del SITP, a su costo y riesgo y durante la vigencia del contrato de concesión, lo que incluirá como mínimo las siguientes obligaciones:

“17.1. Evaluar los sistemas existentes para el control de la flota troncal y la conectividad, para determinar si incorporará estos equipos y aplicaciones a su plataforma tecnológica. En caso contrario deberá suministrarlos a su costo, pero en todo caso garantizará la continuidad de la prestación del servicio.”

Desde esta perspectiva aprecia el Tribunal que de conformidad con el Contrato, el Concesionario debía evaluar los sistemas existentes para incorporarlos a su plataforma y si ello no era posible, entonces debía suministrarlos a su costo. Ahora bien, en el expediente no obra prueba clara de las razones por las cuales no ha sido posible hacer la migración de los equipos, aunque en la carta a la que se ha hecho referencia de Recaudo se alude a que para hacer la migración es necesario que los operadores de Fase 1 y 2 entreguen los buses para instalar los equipos.

Por otra parte, en cuanto al cálculo de indicar de disponibilidad, como lo señala la Interventoría en su informe jurídico por incumplimiento del contrato de concesión (documentación que obra en el CD de la contestación de la Demanda hecho289) el sistema comprende todos los equipos que componen el subsistema y que se encuentran en estaciones, buses y red externa, y por ello el indicador debe cobijar todos estos equipos. El Tribunal comparte esta apreciación teniendo en cuenta el texto del contrato y el propósito de los índices establecidos.

Desde este punto de vista como se aprecia en la correspondencia que obra en el expediente, la metodología empleada por Recaudo no incluía el control de los torniquete en los buses, lo cual claramente forma parte del sistema. Así mismo, el módulo a bordo del bus debía incluir un reporte sobre los distintos equipos en el bus que deben y pueden ser objeto de control para los efectos contractuales, lo que no se incluía la metodología prevista por Recaudo. Igualmente debía existir un control de los puntos de venta externo y terminales asistida.

Vale la pena destacar que en el informe de Bisión se ha señalado que existen diversas soluciones tecnológicas que Recaudo ha propuesto para hacer la medición correspondiente.

Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que la metodología implementada inicialmente por Recaudo no permitía medir adecuadamente los índices.

Es claro que teniendo en cuenta el propósito de los índices y los deberes a cada parte, si Recaudo, que es quien debe suministrar la información correspondiente provee una información que es insuficiente, no puede sostenerse que entonces no puede existir el descuento por razón de la calidad del servicio, pues de una parte ello permitiría a la parte que tiene el deber de proveer una información adecuada aprovecharse del incumplimiento del mismo.

Por todo lo anterior, el Tribunal concluye que en esta materia no existió incumplimiento de Transmilenio.

Por tal razón se negará esta pretensión en relación con este incumplimiento.

3.5.1.3 Exigió personal para custodia y vigilancia en áreas que no son objeto del contrato de concesión, trasladó al Demandante la asunción del riesgo comercial por evasión que se presenta en las BCA instaladas en la Fase I y Fase II, y exigió a RBSAS asumir la reclamación económica formulada por los operadores de alimentación de Fases I y II con ocasión de la evasión en las BCA instaladas en estas Fases

Señala la Demandante que la Demandada incumplió el contrato porque *“(iii) Exigió a RBSAS personal para la custodia y vigilancia de áreas que no son objeto del Contrato de Concesión, en las cuales se instalaron Barreras de Control de Acceso (o “BCA”) en cumplimiento del pacto contenido en el Otrosí No. 7 al Contrato”, “(iv) Trasladó a RBSAS la asunción del riesgo comercial por evasión que se presenta en las BCA instaladas en la Fase I y Fase II” y “(v) Exigió a RBSAS asumir la reclamación económica formulada por los operadores de alimentación de Fases I y II con ocasión de la evasión en las BCA instaladas en estas Fases”.*

Afirma la Demandante que TMSA desconoce que contractualmente: (i) la responsabilidad de RBSAS por evasión en el Subsistema de Recaudo se debió remitir materialmente sólo al ámbito de su concesión, que comprende la Fase III; (ii) la seguridad y vigilancia de las áreas no concesionadas de las Fases I y II del Sistema TransMilenio no formaba parte del alcance de las obligaciones pactadas en el Contrato; y (iii) las responsabilidades por el cumplimiento de los Reglamentos que rigen el acceso de los usuarios al Sistema TransMilenio en la infraestructura de las Fases I y II no son responsabilidad del Concesionario al amparo del Contrato.

Agregó que el acceso de los usuarios a las estaciones de las Fases I y II evadiendo el pago saltando las BCA, no fue en ningún caso una situación de la cual se podía imputar responsabilidad alguna para RBSAS, pues no era esta compañía a quien le competía vigilar el comportamiento de los usuarios en las Fases I y II, ni la utilización adecuada de las BCA allí instaladas. Señala que en observancia del numeral 20.17 de la Cláusula 20 del Contrato de Concesión, RBSAS debía incorporar los recursos, procedimientos y mecanismos para el control de la evasión en cualquier punto del Subsistema de Recaudo a su cargo. Las estaciones de las Fases I y II en las cuales se instalaron BCA por virtud de las Cláusulas 1 a 4 del Otrosí 7 no integraban el Subsistema de Recaudo del SIRCI y las BCA instaladas por RBSAS fueron puestas allí como una medida transitoria de accesibilidad a los usuarios, debido al boicot de Angelcom y a la negligencia de TMSA para lograr una integración del sistema de recaudo, cuya aplicación no puede extenderse más allá de lo expresamente pactado por las Partes en dicho Otrosí.

Agrega que la instalación de las BCA no comportó jamás la entrega en concesión del área en las que se pusieron en funcionamiento las BCA instaladas, ni tampoco la asunción por parte de RBSAS de obligación adicional a la de garantizar su funcionamiento, razón por la cual no existe fundamento legal o contractual para que TMSA pretenda que el control de la evasión en tales puntos sea responsabilidad de RBSAS. Señala que la supervisión operativa a la que se refiere el Contrato no significó disponer de personal de vigilancia las 24 horas del día, ni tener policía en las BCA, pues esta función no corresponde a RBSAS.

Por su parte Transmilenio señaló que si bien es cierto que las áreas donde se instalaron las BCA no le habían sido asignadas a la Demandante en el Contrato de Concesión, el concesionario tiene el deber y la obligación de vigilancia, que no se cumple simplemente con la instalación de ciertas BCA, sino que debe tener personal de vigilancia, sin que ello implique que se convierte en sustituto de la fuerza pública, tan es así que en el OTROSI 7, Clausula 4, numeral 4.2 “Responsabilidades y compromisos a cargo del Concesionario” en especial en el párrafo cuarto se pactó contractualmente que los equipos a instalar contarán con la supervisión operativa correspondiente a la estación o portal en donde se instalen por parte de Recaudo durante el horario de operación normal del sistema .

Consideraciones del Tribunal

Por Resolución 071 de 2015¹⁶³ Transmilenio consideró que Recaudo había incumplido el contrato, por cuanto no había personal de Recaudo que apoyara el ingreso en los torniquetes y brindara información a los usuarios del manejo de la tarjeta tu llave y aparte de no tener respuesta a los usuarios se habían presentado colados en el sistema.

A este respecto se expresó en la Resolución citada:

“Que del clausulado contractual citado anteriormente, el Concesionario de recaudo, es decir RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., tiene la obligación contractual, a partir del OTROSÍ No. 7 al contrato, de evitar la evasión de pasajeros al momento de pasar por las BCA, toda vez que este se obligó a brindar la supervisión operativa para el ingreso de pasajeros, con fundamento en la cláusula 1.10 del contrato.

“Que es claro para TRANSMILENIO que el OTROSÍ 7 no es un contrato autónomo, como no lo es ninguno de los OTROSÍ suscritos durante la ejecución del contrato, y que en consecuencias las cláusulas del contrato inicial están Vigentes y son vinculantes para las partes con las modificaciones y adiciones incorporadas bilateralmente en cada uno de los Otrosí.

“Que ni el OTROSÍ 7 ni ninguno de los OTROSÍ restantes suscritos durante la ejecución del contrato, pueden interpretarse en forma aislada entre sí, ni en relación con el contrato.

“Que la instalación de torniquetes no es una obligación aislada del contratista, y que la misma debe cumplir con una finalidad, que no se logra solamente con la instalación de los torniquetes, sino que es necesario cumplir con las demás obligaciones contractuales para cumplir la finalidad de dicha instalación.

“Que es una realidad que en algunos de los portales como ha ocurrido con norte, suba y la 80 no había personal de RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. que apoye el ingreso en los torniquetes y brinde información a los usuarios del manejo de la tarjeta tu llave, lo que ha facilitado que se presenten colados en el sistema, con las implicaciones que ello tiene.

“Que el hecho de que las obligaciones del OTROSÍ No. 7 resulten onerosas o no para RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. no es justificación para no cumplir sus obligaciones contractuales o para tratar de modificar o desconocer las mismas.

¹⁶³ Folios 1 y siguientes del cuaderno 4

“..

“Que es claro que el contrato que nos ocupa implicó para el CONCESIONARIO la obligación, entre otras, que se materializa en la responsabilidad que se derive del efecto económico que se cause al sistema por fraude, responsabilidad que no es solo frente a TRANSMILENIO S.A, sino frente a cualquier otro agente del SITP o incluso frente a cualquier tercero.

“Que el riesgo comercial fue asumido por el CONCESIONARIO y ello tiene unos alcances en relación con todo tipo de fraudes que posibiliten la evasión del pago de la tarifa, fraudes que se facilitan si se incumplen las obligaciones de personal que dieron lugar a este proceso sancionatorio.

“Que es claro que las partes pactaron desde el Otrosí 7, como se lee en el párrafo de la cláusula cuarta que los equipos a instalar contarán con supervisión operativa en el horario operacional normal por personal de RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. y en horario no operacional por parte de TRANSMILENIO.

“Que es claro el contrato al definir personal operativo e incluir en dicha definición las personas a cargo del control de evasión en las estaciones, entre otros (Cláusula 1.10)

“...

“Que no es cierto que las obligaciones contractuales de RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. se limiten a la operatividad y funcionalidad de las BCA, pues de ser así quedaría sin sentido cláusulas como la 20.17 y la Nota No. 1 de la misma.

“Que no existe ninguna estipulación contractual que determine que la supervisión operativa es un mecanismo de monitoreo sobre la operatividad de los equipos instalados encaminado a garantizar su funcionalidad en sentido tecnológico, que no implica ni involucra la obligación de que tal acción deba ser realizada por personal de RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. de manera presencial y permanente en cada BCA, argumento de defensa que no encuentra respaldo en ninguna cláusula contractual.

Que es diferente que un dispositivo no requiera de asistencia de personal para cumplir con su funcionalidad y otra diferente es que se requiera personal para cumplir obligaciones y responsabilidades contractuales adicionales a la funcionalidad de los dispositivos, como serian las relacionadas con la evasión de la tarifa”.

En relación con lo anterior advierte el Tribunal que la cláusula 20 del Contrato establece en lo pertinente que el “CONCESIONARIO adquiere las siguientes obligaciones relacionadas con el subsistema de Recaudo del SIRCI:

“20.16 La responsabilidad que se derive por el efecto económico en el Sistema que ocasione el fraude en la utilización del subsistema de recaudo a cargo del CONCESIONARIO, será asumida por él frente a TRANSMILENIO S.A. y frente a cualquier otro agente del SITP o tercero que sufra daño por tal causa.

“20.17 El riesgo comercial asumido por el CONCESIONARIO y la responsabilidad aquí prevista, tiene los siguientes alcances mínimos, sin perjuicio de las acciones que por este concepto le sean imputables al CONCESIONARIO conforme a ley:

- Todo tipo de fraude que posibilite la evasión del pago de la tarifa por deficiencias en el subsistema de recaudo provisto por el (la falta de e es del contrato) CONCESIONARIO, será asumido económicamente por él. (las palabras con letras omitidas corresponden al texto del contrato tal como obra en el expediente)

“ ...

El CONCESIONARIO debe incorporar los recursos, procedimientos y mecanismos para el control del fraude en cualquier punto de las áreas de las estaciones que integran el subsistema de recaudo, así como identificar y controlar las fuentes de fraude internas y externas.

“ ...

Nota 1. Para los efectos previstos en el presente contrato de concesión, se entenderá por fraude todo tipo de actividad directa o indirecta, atribuible bien a a (sic) terceros o al CONCESIONARIO, a sus empleados, agentes dependientes, contratistas o subcontratistas, que con intención o sin ella derive en que no se produzca el pago de la tarifa al usuario no obstante ingresar una persona al SITP por medio de las instalaciones, equipos y servicios que integran el sistema (sic) de recaudo provisto por el CONCESIONARIO.

No será responsabilidad del CONCESIONARIO el fraude ocasionado en aquellos casos en los cuales la obligación de vigilancia o control de la práctica de evasión se encuentre atribuida específicamente a cualquier persona o entidad diferente al CONCESIONARIO, o tenga lugar mediante mecanismos diferentes al uso del sistema de recaudo para el ingreso a las estaciones o a los buses en operación del SITP”

De lo expuesto en el contrato resulta claro que el Concesionario sólo era responsable por el ingreso de personas al sistema sin pagar la tarifa a través de los sistemas de recaudo. Por consiguiente, el ingreso de personas por lugares distintos no es responsabilidad del Concesionario. Tampoco lo es, según el Contrato, el fraude o evasión cuando la vigilancia corresponde a otra persona.

Ahora bien, respecto de los equipos que se instalaron en la Fase I y II para asegurar la transición del sistema es pertinente señalar que la cláusula cuarta del Otrosí No 7, dispuso en su párrafo cuarto lo siguiente:

“PARAGRAFO CUARTO Los equipos a instalar contarán con la supervisión operativa correspondiente a la estación o portal en donde se instalen, así: durante el horario de operación normal del sistema troncal por personal de Recaudo Bogotá, y en el horario no operativo por parte Transmilenio S.A.”

Como se puede apreciar, esta estipulación contractual le impone al Concesionario realizar la supervisión operativa durante el horario de operación normal del sistema troncal. El contrato no precisa el significado de la expresión “supervisión operativa”. Para determinar su alcance encuentra el Tribunal, en primer lugar, que de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, la expresión supervisar significa “Ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros”. Por otro lado, en cuanto a la expresión operativa se advierte que las definiciones de la misma en Diccionario de la Lengua Española no parecen corresponder al sentido que aquí se emplea. En efecto, de conformidad con el Diccionario tal palabra significa “1. Adj .Dicho de una cosa: Que obra y hace su efecto” o “2. adj. Preparado o listo para ser utilizado o entrar en acción”. Desde esta perspectiva al examinar el Contrato encuentra el Tribunal que las partes al hacer referencia a lo operativo, aludieron a la operación. Así por ejemplo, en el otrosí 7, que se examina, también se hace referencia en la cláusula 4.2. a los costos operativos, lo que entiende el Tribunal alude a los costos de operación. Por otra parte, el contrato define personal operativo de la siguiente manera:

“1.10 Personal Operativo: Todo el personal que atiende en forma directa la operación del servicio: Taquilleros en estaciones, personal a cargo del control de evasión en estaciones

por parte del Concesionario, personal en puntos de atención al usuario, personal que de forma exclusiva atiende puntos de venta externos, móviles y fijos y demás persona que soporte la operación en forma permanente.”

Desde esta perspectiva es claro que la expresión operativo que utiliza el contrato corresponde a la operación.

Ahora bien, si con base en lo anterior se determina el alcance del párrafo de la cláusula 4a del Otrosí No 7 se puede concluir que la expresión supervisión operativa, implica supervisar, esto es, ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros, sobre la operación. Por consiguiente, la supervisión operativa no implica realizar el trabajo en sí mismo sino vigilar que se haga adecuadamente.

Por otra parte, si se analiza el significado de la expresión dentro del contexto del contrato, se encuentra que la estipulación no hace referencia al personal operativo, pues emplea otra expresión, supervisión operativa, lo que indica que lo que allí se regula tiene un alcance distinto. No tendría sentido que habiendo definido las partes la expresión personal operativo, no la hubieran utilizado si la cláusula quisiera hacer referencia a dicho concepto.

Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que el párrafo 4º de la cláusula 4ª del otrosi No 7 no implica que la Demandante debiera colocar personal que ejercerá una vigilancia para evitar evasión en las zonas donde había colocado los equipos para permitir el acceso.

Resta por examinar si a la luz del resto de las disposiciones contractuales en todo caso la Demandante estaba obligada a proveer dicho servicio. Desde este punto de vista advierte el Tribunal que el Otrosí No 7 consagra una regla especial aplicable a la solución que se decidió implementar para superar las dificultades que se habían presentado en materia de integración. Dicha regla especial debe prevalecer sobre el régimen general del Contrato. En efecto, si se aplicara el régimen general era evidente que el Demandante debía no solo supervisar el funcionamiento de los equipos que constituían el sistema de recaudo, sino también controlar la evasión. Si las partes estipularon una regla especial en el Otrosi No 7, es porque el régimen general no era aplicable.

Adicional a lo anterior, debe agregar que las barreras de entrada de las estaciones de las fases I y II no estaban incluidas en el Contrato del Demandante, pues correspondían a otro Concesionario de Recaudo, y fue como mecanismo transitorio que las partes acordaron instalar nuevas barreras de entrada para permitir la integración del medio de pago. Por consiguiente, el sistema acordado no implicaba que el Demandante sustituya a quien ejercía el recaudo en dichas estaciones.

Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que la Demandante no estaba obligada a proveer personal en los sitios que colocara los equipos a que se refiere el Otrosí No 7 para controlar el acceso y evitar el fraude.

Por lo mismo, no le corresponde a dicho Concesionario asumir el riesgo de evasión que se presenta en las Barreras de Control de Acceso colocadas por él en las estaciones correspondientes a la Fase I y Fase II. Así mismo no le corresponde al Concesionario asumir la reclamación económica formulada por los operadores de alimentación de Fases I y II con ocasión de la evasión de dichas Barreras instaladas por el Concesionario en estas Fases.

Ahora bien, lo anterior no implica que exista un incumplimiento de Transmilenio, pues para que el mismo se produzca es necesario que previamente se establezca la existencia de una obligación contractual. En el presente caso no existe dicha obligación. Cosa distinta es que Transmilenio, como toda persona, no puede exigir de otros prestaciones a las cuales no está obligado.

Por lo anterior, se negará la pretensión

3.5.1.4 No pago de la infraestructura adicional instalada a petición de Transmilenio

Señala la Demandante que la Demandada incumplió el contrato porque *“(vi)No pagó los equipos e infraestructura adicionales instalados por RBSAS a petición de TMSA y que no se encontraban previstos en el Contrato de Concesión, en especial, en las estaciones Bicentenario y 20 de Julio”*.

A tal efecto expresa que en tratándose del Portal 20 de Julio, TMSA entregó la infraestructura sin el lleno de requisitos que permitieran instalar y dejar en adecuado funcionamiento los equipos SIRCI. Por ello, RBSAS se vio obligada a adelantar actividades de adecuación no previstas en el Contrato, y que a la fecha no han sido remuneradas.

Agrega que como consecuencia de estos trabajos no previstos en el Contrato, RBSAS pagó COP \$46.067.429, sin incluir el IVA, trabajos que habían sido autorizados por TMSA el 7 de septiembre de 2012¹⁶⁴.

Así mismo señala que Transmilenio incumplió el contrato en relación con las obras y actividades adelantadas en la Estación Bicentenario por exigir a RBSAS incurrir en determinados costos que no hacían parte de sus obligaciones conforme lo dispuesto en el numeral 17 del Anexo Técnico 2, pues RBSAS debió ejecutar obras por fuera del alcance del Contrato para evitar que habitantes de la entonces existente zona del “Bronx” hurtaran los equipos y parte del cableado de los equipos SIRCI que se instalaron a la intemperie, debido el diseño de la estación por parte de TMSA.

Agrega la Demandante que correspondía a TMSA entregar la infraestructura y realizar las adecuaciones y que TMSA incumplió su obligación de entregar la infraestructura en condiciones de ser adecuada, lo que obligó a RBSAS asumir costos de actividades y obras que no correspondían a ella.

Por su parte, la Demandada señala que de conformidad con el numeral 16.22 de la CLÁUSULA 16 del Contrato de Concesión, RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. tenía la obligación de ejecutar las adecuaciones necesarias en las estaciones para el correcto funcionamiento de los equipos a instalar, y por ello no es cierto que RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. haya realizado obras extracontractuales. Agrega que de ser obras adicionales las mismas no podían ejecutarse sin mediar contrato modificatorio, y no podrían reclamarse vía contractual, pues no hacen parte del contrato, y tampoco extracontractualmente, por falta de competencia del H. Tribunal y por improcedencia a la luz de la jurisprudencia de unificación de la sala plena del Consejo de Estado.

¹⁶⁴ El testigo José Félix Gómez Pantoja reconoce que solicitó a RBSAS que “los torniquetes tuvieran una nivelación porque había una diferencia entre la rampa y la llegada a las plataformas y los equipos, de acuerdo al proveedor que tenía Recaudo Bogotá que era LG, no se podían instalar con pendientes sino que tenían que quedar horizontales”. Cuaderno de pruebas No. 11, folios 363 a 365.”.

Consideraciones del Tribunal:

La cláusula 16.22 del Contrato dispone lo siguiente:

“16.22. Realizar, bajo su costo y riesgo, las adecuaciones necesarias para las acometidas de las redes eléctricas y redes de comunicaciones para los centros de cómputo de recaudo y de control de la operación, estaciones y en general cualquier área requerida para el correcto funcionamiento de los equipos a instalar”

Por otra parte, la cláusula 26, establece en el numeral 26.5, como obligación de Transmilenio:

“26.5. Entregar al CONCESIONARIO la infraestructura cuya tenencia se ofrece para su adecuada administración, en el estado en que se encuentren y será responsabilidad del CONCESIONARIO realizar las adecuaciones necesarias para su funcionamiento.”

Como se puede apreciar, existe una discrepancia entre la cláusula 16.22 y la cláusula 26, porque de acuerdo con la primera el Concesionario debe realizar las adecuaciones necesarias para las acometidas, en tanto de conformidad con la segunda el Concesionario debe realizar cualquier adecuación que se requiera.

De esta manera existe una ambigüedad que debe disiparse. A este respecto encuentra en primer lugar el Tribunal que de conformidad con el artículo 1624 del Código Civil, cuando no sea posible precisar el sentido de una cláusula la misma se interpreta a favor del deudor. A lo anterior se agrega que al examinar la ejecución del contrato se advierte que en diversos casos la Demandante solicitó información sobre distintos componentes de las estaciones para verificar que estaban en determinadas condiciones y Transmilenio le dio respuesta confirmando en algunos casos la disponibilidad de las instalaciones.

Lo anterior lleva a concluir al Tribunal que en principio Transmilenio debía entregar las estaciones en condiciones que permitieran la instalación de los equipos del Concesionario, con excepción de lo relativo a las acometidas que correspondía adelantar al Concesionario.

Ahora bien, lo que reclama el Concesionario es que Transmilenio incumplió porque *“No pagó los equipos e infraestructura adicionales instalados por RBSAS a petición de TMSA y que no se encontraban previstos en el Contrato de Concesión, en especial, en las estaciones Bicentenario y 20 de Julio”*.

Desde este punto de vista encuentra el Tribunal que la Demandante no pretende que se le paguen los perjuicios que pudo haber sufrido por el incumplimiento en la entrega de las estaciones en el estado en que deberían encontrarse, sino que le paguen los equipos e infraestructura adicionales instalados a petición de Transmilenio pero que no estaban contemplados en el Contrato. Puestas así las cosas, es evidente que no puede hablarse de un incumplimiento contractual de Transmilenio en el no pago de los equipos e infraestructura, pues no existe una obligación contractual en tal sentido. En este punto debe aplicarse la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha señalado que en principio los contratos estatales son solemnes y por ello no procede reconocimiento por prestaciones ejecutadas al margen de un contrato celebrado con los requisitos legales, sino en casos excepcionales por virtud de la acción de enriquecimiento sin causa. A tal efecto en providencia del 19 de noviembre de 2012 (Radicación

número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897), el Consejo de Estado expresó:

“12.1 Para este efecto la Sala empieza por precisar que, por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831 del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.

“Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta.

“No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios.

“En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.

“Y si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la actio de in rem verso en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual, como lo hace la tesis intermedia, tal justificación se derrumba con sólo percatarse de que la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva.

“En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva.

“Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados.

“Así que entonces, la buena fe objetiva “que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”, es la fundamental y relevante en materia comercial y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo

contractual”, cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.

“Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta además que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

“Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho “constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario.”

“Pero por supuesto en manera alguna se está afirmando que el enriquecimiento sin causa no proceda en otros eventos diferentes al aquí contemplado, lo que ahora se está sosteniendo es que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador.

“12.2. Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.

“Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

“a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

“b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

“c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no

esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993”.

De esta manera la pretensión que se analiza no puede prosperar, en la medida en que no existe legalmente un incumplimiento del contrato y lo que debe reclamarse es el reconocimiento de dichas obras por la vía de la acción de enriquecimiento sin causa.

Como tal no es la pretensión formulada, la misma habrá de negarse.

3.5.1.5 Exigencia de equipamiento adicional en los buses zonales no exigido por el contrato

Solicita la Demandante que se declare que la Demandada incumplió el Contrato porque *“(vii) Exigió equipamiento adicional en los buses zonales, no exigido ni previsto en el Contrato de Concesión”.*

Señala la Demandante que contrario a lo señalado y acordado con TMSA en el Protocolo de Articulación, este exigió al Concesionario SIRCI bienes y servicios en los buses zonales del SITP que no están contemplados en el Contrato y sus anexos por ser responsabilidad de los concesionario de operación. Agrega que en los numerales 16.3 y 16.26 del Contrato no se incluyen a cargo de la Demandante actividades relacionadas con las condiciones técnicas y de espacio necesarias para la instalación los equipos relacionados con el recaudo. Por el contrario, éstas últimas actividades están en cabeza de los concesionarios de la operación de transporte del SITP como se estipula en los contratos de operación. Agrega que contrario a lo anterior, es decir de manera arbitraria e ilegal, el Comité del Protocolo de Articulación, en acta del 6 de julio de 2012, *“adoptó decisiones”* en el sentido de asignar a RBSAS la responsabilidad de acondicionar (i) el millare para la base para la consola y tornillería (platina por debajo para refuerzo), que es un típico acondicionamiento de la carrocería del vehículo para instalar equipos a bordo; (ii) la coraza para antena, coraza para proteger los cables que conectan el validador de bus y unidad lógica, coraza para proteger cable entre micrófono conductor a interfaz unidad lógica, y la canaleta para arneses entre caja y millare y tornillos para fijarla; (iii) el habitáculo con prensa estopa para proteger los cables, cerradura con llave amaestrada, bandeja para el banco de baterías, platina o tornillos soldados en el interior del habitáculo para equipos internos (unidad lógica, SMPS, Modulo Interfaz), y el arnés de conexión entre batería vehículo y banco de baterías; (iv) los paneles de información electrónico interno, también llamados por TMSA como Informadores Internos o PIP.

Es decir, TMSA impuso unilateralmente a RBSAS una obligación no prevista en el Contrato consistente en asumir costos y actividades de adecuación de flota de buses para poder instalar equipos SIRCI.

Por su parte Transmilenio señaló que no es cierto que RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. haya incurrido en costos adicionales, ni es cierto que TRANSMILENIO S.A. haya desconocido el Protocolo de Articulación, lo que es cierto es que TRANSMILENIO S.A. exigió a RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. el cumplimiento de sus obligaciones contractuales en este tema. A tal efecto analiza cada uno de los ítems requerido y señala que son equipos a cargo de la Demandante. Agrega que Transmilenio ha dado plena validez a las decisiones adoptadas y contenidas en el acta del 6 de julio de 2012 del Comité de Protocolo de Articulación, pues corresponden a las obligaciones de la Demandante.

Consideraciones del Tribunal

La Cláusula 16 del Contrato establece como obligación del concesionario:

“16.3 Suministrar la totalidad de equipos y plataforma tecnológica necesarios para la implementación del sistema integrado de recaudo, control e información y servicio al usuario — SIRCI. Así mismo, deberá renovarse la tecnología de los subsistemas de recaudo, de control de flota y de integración tecnológica, cuando ello sea necesario en aras de dar cumplimiento a los niveles de servicio establecidos, independientemente de la antigüedad de los equipos.”

Como lo señala la Demandante y lo acepta la demandada en la contestación a la demanda reformada, el numeral 17.3.6 de la CLÁUSULA 17 de los contratos de concesión de los operadores del SITP, establece que el concesionario de operación proveerá *“los espacios necesarios para los equipos y dispositivos que serán adecuados e instalados por el CONCESIONARIO del SIRCI en la Flota Usada de operación del SITP. Será obligación del CONCESIONARIO instalar en los vehículos nuevos los equipos necesarios para el SIRCI, de conformidad con las especificaciones definidas en el Protocolo de Articulación entre los concesionarios de operación y el Concesionario del SIRCI anexo este que forma parte integral de este documento”*.

Así mismo, de conformidad con el Contrato de Operación, el concesionario de operación tiene la obligación de *“[m]antener en buen estado de conservación y uso las unidades lógicas, los equipos de comunicación y control y los demás equipos a bordo y los equipos, hardware y software que hacen parte del SIRCI, siguiendo al efecto las instrucciones y recomendaciones del Concesionario del SIRCI”*, al tenor de lo dispuesto en las cláusulas 17.3.8 de las concesiones de la operación del SITP.

De igual manera, la cláusula 74 del contrato de concesión de operación, establece que *“El CONCESIONARIO deberá efectuar las actividades de reparación, adecuación, limpieza, cambio de color y demás actividades necesarias para garantizar que la flota inicial cumpla con las condiciones mínimas establecidas en el Manual de Operación y en el Protocolo de Articulación entre los Concesionarios de Operación y el Concesionario del SIRCI”*.

Así mismo el inciso 11 del numeral 5 del Protocolo de Articulación que establece que: *“El concesionario de operación debe cumplir con las condiciones de espacios requeridos para los equipos a bordo correspondientes al concesionario de SIRCI, espacios que permitan la acomodación de los equipos y la protección de los mismo”*¹⁶⁵

Desde este punto de vista encuentra el Tribunal que le corresponde a la Demandante suministrar la totalidad de equipos y plataforma tecnológica necesarios para la implementación del sistema integrado de recaudo, control e información y servicio al usuario. De esta manera, a la Demandante le corresponde en principio suministrar todo lo que fuera necesario para instalar los equipos a bordo de los buses que se encuentren en adecuadas condiciones de conformidad con el Manual de Operación y el Protocolo de Articulación entre los Concesionarios de Operación y el Concesionario del SIRCI. En principio al Concesionario de operación solo le corresponde proveer los espacios necesarios

¹⁶⁵ El Protocolo de Articulación, aparece como parte del Pliego de Condiciones.

para los equipos y dispositivos que serán adecuados e instalados por el CONCESIONARIO del SIRCI.

Ahora el Demandante para fundar su tesis de que deben ser provistas por los Concesionarios de operación los elementos que protegen a las partes de las unidades del sistema de recaudo a las que se ha hecho referencia a la obligación que tiene el concesionario de operación de “[m]antener en buen estado de conservación y uso las unidades lógicas, los equipos de comunicación y control y los demás equipos a bordo y los equipos, hardware y software que hacen parte del SIRCI, siguiendo al efecto las instrucciones y recomendaciones del Concesionario del SIRCI”.

Desde esta perspectiva considera el Tribunal que una cosa es realizar una instalación de un equipo para que se conserve en adecuadas condiciones y otra distinta la de mantener en buen estado de conservación las unidades lógicas y demás elementos del SIRCI. La colocación de la unidad y demás equipos de manera que no sufran deterioro es parte de la instalación y por ello obligación de la Demandante.

Por lo anterior no se accederá a la pretensión del Demandante.

3.5.1.6 Otorgamiento de descuentos o reducciones de tarifa sin cumplir los supuestos de la cláusula 43 y las políticas y principios de la cláusula 84

El Demandante considera que el Demandado incumplió sus obligaciones, porque “(viii) Otorgó a los usuarios descuentos o reducciones en la tarifa de los pasajes y trasbordos sin que se cumplieran los supuestos de la “CLÁUSULA 43. ALTERNATIVAS COMERCIALES A LA TARIFA AL USUARIO” y sin atender las políticas y principios reconocidos en la “CLÁUSULA 84. VARIACIÓN DE LA TARIFA” del Contrato.”

Así mismo hace referencia la fijación de tarifas diferenciales y señala que la fijación arbitraria de las tarifas por parte del Alcalde Mayor de Bogotá, sin atender las disposiciones contractuales, los estudios técnicos emanados de TMSA, ni las recomendaciones de la Secretaría Distrital de Movilidad son un riesgo que evidentemente tiene que asumir TMSA. Lo anterior queda ampliamente probado con las estipulaciones contractuales y sus anexos, así como con los documentos aportados al expediente por la Contraloría de Bogotá, donde se da traslado de los diferentes hallazgos fiscales tras auditar a TMSA durante 2013 al 2015. En tales investigaciones se comprueba que hubo una reducción de los ingresos del SITP como consecuencia de la aplicación del Decreto 356 de 2012, por el cual se establece la tarifa del servicio de transporte masivo, sin atender los estudios técnicos y financieros que soportan la actualización tarifaria y que constituye un subsidio generalizado a la tarifa, circunstancia que va en contravía de los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales.

Por su parte la Demandada se opone en razón de lo dispuesto por la cláusula 43 del contrato en la cual se estableció que el concesionario del SIRCI mediante RVARS asume el riesgo de fijación de la tarifa al usuario del SITP. Igualmente se refiere a las audiencias de riesgos y en los formularios de preguntas y respuestas, al pliego definitivo de condiciones de la licitación pública No TMSA – LP 003 DE 2011, en los cuales el tema de las alternativas comerciales a la tarifa al usuario y el riesgo de la demanda fue tratado y discutido ampliamente y se

señaló que “no es un riesgo previsible asignable a una de las partes sino de una regulación contractual en materia de remuneración, no se trata de un evento previsible sino de un hecho reglado por la minuta del contrato de concesión”.

Consideraciones del Tribunal

Lo primero que debe advertir el Tribunal que el objeto de esta pretensión no es revisar la legalidad o no del Decreto Distrital que modificó las tarifas, asunto que corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Lo que le corresponde al Tribunal es si a la luz del Contrato el Concesionario tiene derecho a que se le reconozca el efecto económico que tiene el Decreto mencionado en relación con sus ingresos.

Desde esta perspectiva debe recordarse que el Contrato establece en su cláusula 84 lo siguiente:

“CLÁUSULA 84. VARIACIÓN DE LA TARIFA

“El Decreto 309 de 2009, “Por el cual se adopta el SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO para Bogotá. D.C., y se definen políticas y criterios para su implantación” establece que la fijación de la tarifa y sus actualizaciones estará sujeta exclusivamente a los principios y estructura del sistema tarifario del SITP los cuales hacen parte de los contratos de concesión de los agentes del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO -SITP”.

A su turno dicho decreto dispone en sus artículos 21 y 22:

“Artículo 21°.- Principios para la determinación de la Tarifa del SITP. Se adoptan como principios básicos para la definición de la tarifa del SITP los siguientes:

21.1. Costeabilidad: El modelo tarifario del SITP considerará la capacidad de pago promedio de los usuarios.

21.2. Equilibrio: La tarifa técnica del SITP reflejará permanentemente el monto necesario para remunerar los costos de operación que se le imputen en el diseño financiero y garantizará la eficiencia del Sistema.

21.3. Sostenibilidad: El diseño tarifario garantizará la sostenibilidad financiera del Sistema en el tiempo, obedeciendo los principios de costeabilidad y equilibrio antes enunciados. En todo caso, el modelo financiero del SITP deberá remunerar la totalidad de los costos operacionales en condiciones de eficiencia y equilibrio.

21.4. Integración: El diseño tarifario del SITP integrará los costos de los servicios que se incorporen al Sistema Integrado de Transporte Público en la ciudad de Bogotá D.C., y estará abierto a su integración con sistemas de transporte de pasajeros intermunicipales.

21.5. Tarifas para poblaciones específicas: El diseño tarifario estará abierto a la implementación de tarifas para grupos poblacionales específicos, siempre y cuando se asegure una fuente presupuestal independiente de los ingresos corrientes del SITP y no se perjudique a los usuarios del servicio y la sostenibilidad financiera del sistema, conforme al Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Artículo 22°.- Fijación y Actualización de la Tarifa al Usuario. El Alcalde Mayor fijará mediante Decreto Distrital la tarifa al usuario y sus actualizaciones, con fundamento en la evaluación previa que adelante la Secretaría Distrital de Movilidad del estudio técnico y financiero presentado por el Ente Gestor, la cual se fundamentará en los principios y estructura del diseño contractual, financiero y tarifario adoptado para el SITP.

Las actualizaciones de la tarifa al usuario requeridas, de acuerdo con las evaluaciones realizadas por la Secretaría Distrital de Movilidad, serán fijadas por el Alcalde Mayor en las oportunidades definidas o requeridas por tal autoridad.

Las condiciones de fijación de la tarifa y los supuestos de actualización estarán sujetas exclusivamente a los principios y estructura del sistema tarifario, y harán parte de los contratos de concesión de los operadores de buses y recaudo, control e información y servicio al usuario del SITP.”

De esta manera de acuerdo con dichas reglas la fijación de la tarifa por parte del Alcalde Mayor supone la evaluación previa que adelante la Secretaría Distrital de Movilidad del estudio técnico y financiero presentado por el Ente Gestor.

Por otra parte, la cláusula 43 del Contrato prevé la posibilidad de que existan alternativas tarifarias y a tal propósito dispone:

“CLAUSULA 43, ALTERNATIVAS COMERCIALES A LA TARIFA AL USUARIO

La autoridad competente para la determinación de la Tarifa al Usuario, con base en los estudios técnicos que adelante TRANSMILENIO S.A. y previa evaluación de la Secretaría Distrital de Movilidad podrá decidir realizar ajustes a la Tarifa Usuario para incorporar el efecto de modalidades o alternativas comerciales para el uso del Sistema que incidan en la posibilidad de mejorar el nivel de servicio.

“En cualquier caso en el que se incorpore una modalidad o alternativa comercial para el uso del Sistema el efecto sobre el ingreso generador ya sea cobro marginal o descuento no deberá afectar los ingresos del CONCESIONARIO, con excepción de la Remuneración Variable del CONCESIONARIO del SIRCI, por ser función de las cargas que efectúen los usuarios del Sistema (RVARs). El riesgo que pueda generarse sobre los ingresos del Sistema, exceptuando los efectos sobre la Remuneración Variable del CONCESIONARIO del SIRCI (RVARs), estará garantizado con el compromiso de pago extendido por el Distrito Capital suscrito como un compromiso unilateral a favor de TRANSMILENIO S.A., en su calidad de gestor del Sistema TransMilenio, por medio del cual se ha obligado a reconocer los valores que conforme a lo previsto en el presente contrato tendría derecho a percibir el SITP y a través del mismo. sus CONCESIONARIOS y agentes.

“Los CONCESIONARIOS del SITP podrán proponer a su cuenta y riesgo descuentos en su remuneración con el objeto de transferir eficiencias logradas a los usuarios del Sistema o con el propósito de atraer una mayor demanda del servicio, y coadyuvar a la competitividad y sostenibilidad del mismo. En este caso dichos descuentos incidirán en la remuneración de los agentes del Sistema directamente involucrados. Dado lo anterior, la fórmula de remuneración de los agentes involucrados deberá ajustarse considerando la forma en que cada uno de ellos asumirá el efecto causado por la alternativa planteada.

“El esquema tarifario del SITP estará abierto, entre otras, a las siguientes opciones de tarifas diferenciales y descuentos:

“Tarifas diferenciales por franja horaria: Esta política tiene el objeto de optimizar el uso del Sistemas. En la medida que los usuarios encuentren incentivo en desplazar su viaje de un periodo pico a uno de menor demanda, el requerimiento de material rodante será menor y reducirá el costo medio del servicio.

“Descuentos sociales por tipo de usuario: El esquema de Tarifa al Usuario estará abierto a descuentos a grupos especiales de usuarios, como personas de la tercera edad, discapacitados, estudiantes, personas de bajos recursos, madres cabeza de hogar.

“De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1171 de 2007, se establecerá una tarifa diferencial para las personas mayores de 62 años, inferior a la tarifa ordinaria. Dicha tarifa corresponderá como máximo al 90% de la tarifa plena del servicio que se aborde, y no existirá descuento sobre la tarifa por transbordo. Para que el usuario mayor pueda ser beneficiario del descuento, deberá ingresar al SITP empleando una tarjeta personalizada especial para usuarios mayores de 62 años. El CONCESIONARIO del SIRCI diseñará y ejecutará los programas y medidas de control que incentiven y garanticen el buen uso de dicha tarjeta

“En cualquier caso la fijación del descuento a las personas mayores de 62 años debe obedecer el principio de sostenibilidad del SITP que se estipula en la cláusula 39 del presente contrato.

“Descuentos comerciales por volumen de compra: Descuento por compra en volumen o expedición de "abonos" mensuales de transporte con descuentos.

“Descuentos comerciales a pasajeros provenientes de otros modos de transporte: El descuento podría implementarse para pasajeros provenientes de transporte intermunicipal (buses o tren de cercanías) o pensando en una futura integración con el subsistema Metro.

“La implementación de cualquiera de estas alternativas debe darse en el marco de sostenibilidad financiera del Sistema, por lo tanto para su implementación deben considerarse siempre y como mínimo los siguientes aspectos:

•El nivel de la Tarifa Técnica del Sistema (TT).

•La capacidad de pago de los usuarios.

• La disponibilidad de recursos públicos para subsidiar bien sea al usuario o a la operación directamente.

•El uso eficiente del Sistema.

•El beneficio económico del descuento comercial (incrementos en la demanda).

•El costo de la identificación de usuarios y control de fraude en la operación de recaudar para el tema de cobros diferenciales o descuentos.

La viabilidad de subsidios cruzados entre usuarios”.

Como se puede apreciar, la cláusula establece, en primer lugar, que la autoridad competente puede incorporar a la tarifa al Usuario modalidades o alternativas comerciales, pero para ello debe hacerlo con base en estudios técnicos de Transmilenio y previa evaluación de la Secretaría Distrital de Movilidad.

Agrega la cláusula que en cualquier caso en que se incorpore una modalidad o alternativa comercial para el uso del Sistema el efecto sobre el ingreso generador ya sea cobro marginal o descuento no deberá afectar los ingresos del CONCESIONARIO, con excepción de la Remuneración Variable del CONCESIONARIO del SIRCI, por ser función de las cargas que efectúen los usuarios del Sistema (RVARs).

A este respecto debe señalarse que como lo destaca la Demandada, en la etapa previa de celebración del contrato se reiteró el contenido de esta regla

contractual señalando al efecto en la Audiencia de Riesgos del 26 de abril de 2011 lo siguiente:

“Respuestas de la Administración a la observación Del Sr. Tovar.

“Solicitud de inclusión de un riesgo relacionado con la remuneración variable del concesionario y la posibilidad de que la misma disminuya con motivo de alternativas comerciales a la tarifa al usuario y/o de tarifas diferenciales”.

“Efectivamente la cláusula 43 y la fórmula de remuneración prevista en la minuta del contrato establecen que en cualquier caso en el que se incorpore una modalidad o alternativa comercial para el uso del Sistema el efecto sobre el ingreso generado, ya sea cobro marginal o descuento no deberá afectar los ingresos del CONCESIONARIO, con excepción de la Remuneración Variable del CONCESIONARIO del SIRCI, por ser función de las cargas que efectúen los usuarios del Sistema (RVARS).

“Se trata no de un riesgo previsible asignable a una de las partes sino de una regulación contractual en materia de remuneración, no se trata de un evento previsible sino de un hecho reglado por la minuta del contrato de concesión.

“Ahora bien, por tratarse de un tema relacionado con la tarifa al usuario, el riesgo de su variación si se encuentra incorporado en la matriz de riesgos, en el riesgo” “Regulatorio – Variación de la Tarifa”.

Así mismo en el formulario No. 2 de preguntas y respuestas, en relación con las observaciones del señor EDUARDO TOVAR de BELTRÁN & CORREA ABOGADOS del 26 de abril de 2011, relacionada con las ALTERNATIVAS COMERCIALES A LA TARIFA AL USUARIO se expresa:

*“**Respuesta:** Como se ha expresado en varias oportunidades, si bien es cierto que el establecimiento de nuevas tarifas subsidiadas, podría afectar el componente variable de la remuneración del Concesionario del SIRCI, dicha ocurrencia se constituye en un hecho conocido por los interesados, por lo cual los proponentes deberán efectuar la valoración respectiva de dicha posibilidad y hacer su oferta económica con base en dicha valoración. Por lo anterior no se considera necesario modificar el esquema tarifario establecido, ni establecer excepciones contractuales.*

“Ahora bien, las propias transcripciones efectuadas por el observante, demuestran que desde los estudios previos se previó expresamente este asunto, por lo cual mal podría hablarse de contradicción entre los mismos y los documentos de la licitación.

“En este sentido, se trata de un hecho conocido por los observantes que deberá ser evaluado y valorado conforme a lo previsto en el pliego de condiciones para efectos de presentación de su oferta económica. En el mismo sentido, se aclara que la administración distrital no tiene previsto dentro de la estructura financiera del SITP ni en el presupuesto para la presente vigencia recursos que permitan contar con tarifas diferenciales distintas de aquella prevista legalmente para los adultos mayores. “

Así las cosas, de las estipulaciones transcritas se desprende que en la medida en que la decisión de adoptar alternativas en materia de tarifas se funde en estudios técnicos de Transmilenio y previa evaluación de la Secretaría Distrital de Movilidad, la misma no da derecho al restablecimiento en relación con la Remuneración Variable del CONCESIONARIO del SIRCI. Lo anterior se fundaría en el hecho de que en la medida en que la remuneración variable depende de las

recargas al sistema no hay certeza absoluta del impacto económico de la medida, en cuanto la rebaja puede incentivar el mayor uso.

Desde esta perspectiva, para el Tribunal es claro que a la luz del Contrato el Concesionario asumió la posibilidad de los cambios de tarifa en sus ingresos por recarga, cuando la misma se realizara en la forma indicada.

Ahora bien, en cuanto a los estudios técnicos base de las modificaciones debe observarse que en diversos Decretos del Alcalde que modifican tarifas se señala que se contó con los estudios realizados por Transmilenio e igualmente se hace referencia a la Secretaría de Movilidad. Así por ejemplo el Decreto 356 de 2012 indica que “la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.- ha realizado los estudios técnicos y económicos correspondientes, los cuales fueron puestos a consideración de la Secretaría Distrital de Movilidad y sirven de fundamento para la fijación de la tarifa que señala el presente Decreto”. Igualmente en el Decreto 603 de 2013 se hace referencia a estudios realizados por Transmilenio. Por otra parte obran en el expediente diversos estudios tarifarios realizados por Transmilenio (obrantes al CD en el cuaderno de Pruebas No 37). De esta manera, como quiera que no está probado que dichos estudios no constituyan el fundamento técnico adecuado para adoptar las modificaciones tarifarias, no puede el Tribunal acceder a la pretensión formulada.

3.5.2 Pretensión segunda del tercer grupo de pretensiones

En la pretensión segunda del tercer grupo de pretensiones la Demandante solicitó:

“SEGUNDA.- DECLARAR que RBSAS no está obligada a intervenir la infraestructura física en las estaciones de las Fases I, II y III”

En relación con esta pretensión advierte el Tribunal que en los hechos de la Demanda no se hizo referencia que permita precisar el supuesto fáctico de dicha pretensión, por lo que el Tribunal no puede acceder a la pretensión en los términos en que ha sido formulada.

3.5.3 Pretensión tercera del tercer grupo

En esta pretensión la Demandante solicitó:

“TERCERA.- DECLARAR que RBSAS no está obligada a asumir los costos del Convenio 042-09 antes del vencimiento de la prórroga de dicho contrato.”

Al respecto la Demandante señaló que TMSA suscribió con la Empresa Telecomunicaciones de Bogotá ETB-ESP (“ETB”) el Convenio 042-09 para la prestación de los servicios integrales de telecomunicaciones de video, cuyo plazo era de treinta y nueve meses, teniendo como fecha de vencimiento el 16 de septiembre de 2012. Mediante otrosí No. 1 suscrito entre TMSA y ETB, dicho convenio fue prorrogado con ocasión de la instalación y funcionamiento de las 35 cámaras adicionales hasta el 1° de marzo de 2014.

Se refiere a la cláusula 16.37 del Contrato y a la Nota 1 del sub-numeral 2.1 del numeral 2 del Anexo 2 de la Licitación y expresa que, conforme con el Contrato,

incluyendo los documentos precontractuales, era obligación de RBSAS asumir el contrato de CCTV una vez terminara el Convenio 042-09 entre TMSA y la ETB, esto es, el 1° de marzo de 2014 conforme el otrosí suscrito entre las Partes. No obstante, lo que se probó en el proceso fue que TMSA obligó a RBSAS a asumir ese Convenio desde el 16 de septiembre de 2012, pretermitiendo el otrosí que el mismo Ente Gestor había suscrito con la ETB prorrogando el plazo de dicho Convenio.

Agrega que TMSA mediante comunicación 2013EE10953 insistió en que el Convenio 042-09 había terminado el 16 de noviembre de 2012, por cuanto la prórroga mediante el otrosí no desvirtuaba la terminación por vencimiento del plazo inicial, arguyendo que así lo había aceptado.

Señala que con el fin de evitar la imposición de multas abusivas por parte de TMSA, y aun cuando RBSAS consideraba que no debía asumir el convenio que había sido prorrogado por TMSA, tal como se evidenció con la comunicación 2013ER13647 del 25 de julio de 2013, RBSAS asumió el convenio con base a las tarifas pactadas entre TMSA y ETB.

Advierte que se probó que vencido el Convenio el 1° de marzo de 2014, RBSAS y la ETB suscribieron un nuevo contrato para el servicio de CCTV, cuyas tarifas son únicamente el 20% de las tarifas que se pagaban en virtud de la prórroga al Convenio 042-09 convenida entre TMSA y la ETB.

Por su parte la Demandada expresó que el Anexo Técnico 2 en el numeral 8 contempla que: *“Una vez terminen los contratos de suministro y vigilancia de cámaras de las fases I y II del Sistema TransMilenio, el suministro y mantenimiento de éstas deberá ser asumido por el concesionario del SIRCI.”* Agrega que en el numeral 7 de dicho anexo se listaron los contratos que tenía TRANSMILENIO S.A. en ejecución y las fechas de terminación y se listó el contrato que TRANSMILENIO S.A., tenía con la empresa E.T.B para *“(…) una solución integral de telecomunicaciones de video..”*, que contempló un total de 300 cámaras de video vigilancia, y cuya fecha de finalización estimada era el 17 de noviembre de 2012. Agrega que este contrato mencionado, realmente terminó el 16 de septiembre de 2012, tal como se le indicó a Recaudo Bogotá S.A.S.

Expresa que la Demandante informó que asumiría la obligación con ETB, siendo esta una decisión de Recaudo Bogotá S.A.S. de continuar prestando el servicio con el mismo proveedor, las mismas cantidades y las mismas especificaciones técnicas, pasando por alto que ni la cantidad de cámaras instaladas por ETB cuando tenía contrato con TMSA, ni dicha solución contaba con las especificaciones técnicas requeridas por TMSA en el contrato del SIRCI, tal como se le hizo saber a RB. Agrega que el convenio 042 de 2009 que tenía pactado TMSA con ETB, tenía un otro sí que contemplaba 35 cámaras adicionales a las 300 inicialmente pactadas, y las cuales estaban también listadas en el Anexo 2 del pliego de condiciones, en un ítem aparte, con una fecha de finalización diferente a la del ítem anterior y así lo entendió RECAUDO BOGOTA, que el pago de este otrosí, competía a RECAUDO BOGOTA a partir de la finalización de este otro sí, y para tal efecto RECAUDO BOGOTA debería venir asumiendo el servicio de estas 35 cámaras adicionales, sin que esto quiera decir que está cumpliendo lo relacionado con CCTV en el contrato de concesión 001 de 2011.

De otra parte, señala que en reunión sostenida el 3 de mayo de 2013, tal como reposa en el acta, RECAUDO BOGOTA se comprometió a asumir el contrato de ETB completamente y cancelar el servicio de las 35 cámaras adicionales, para

que TRANSMILENIO SA pudiera proceder a hacer la liquidación con la ETB, hecho que no ocurrió. Señala que RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. asumió el servicio con la ETB en las mismas condiciones con las que tenía TRANSMILENIO S.A., pactado el servicio con ETB. RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. asumió el servicio con la ETB para sólo 300 cámaras a partir del 18 de septiembre de 2012. RECAUDO BOGOTÁ asumió el servicio con ETB para las 35 cámaras adicionales correspondientes al otro 1 del convenio 042 de 2009, aproximadamente 16 meses después.

Finalmente señala que RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. viene utilizando el cableado y la infraestructura que implementó ETB y TRANSMILENIO S.A., para la solución de video-vigilancia, sin hacerse responsable del mantenimiento y continuidad en la prestación del servicio cuando hay afectaciones en esa infraestructura.

Consideraciones del Tribunal

La cláusula 16 del contrato establece entre las obligaciones del concesionario derivadas de la concesión del sistema integrado la siguiente:

“16.37 Suministrar, instalar y mantener las cámaras de circuito cerrado de televisión y los equipos de vigilancia del centro de control del ente gestor, señaladas en el anexo 2 del presente contrato”.

Por su parte en el Anexo 2 del Contrato se dispuso:

“8. SISTEMA DE CIRCUITO CERRADO DE TELEVISION CCTV

“8.1. EL CONCESIONARIO deberá implementar un sistema de videocontrol CCTV para el control de la operación con cámaras IP.

“Una vez terminen los contratos de suministro y vigilancia de cámaras de las fases I y II del Sistema TransMilenio, el suministro y mantenimiento de éstas deberá ser asumido por el concesionario del SIRCI.”

De esta manera, es claro que el concesionario debía suministrar las cámaras del circuito cerrado, y ello debía hacerlo dentro del período de implementación. Ahora en cuanto a las Fases I y II, el suministro y mantenimiento de las cámaras sería asumido cuando terminaran los contratos respectivos.

En declaración rendida en este proceso la señora Maritza Garzón Vargas expresó¹⁶⁶:

“SRA. GARZÓN: El contrato particularmente con ETB era para el tema de CCTV, ese contrato lo que hicimos nosotros fue tomar en las mismas condiciones que tenía el contrato Transmilenio y ese fue una de las primeras cosas cuando yo arranqué a tener el área técnica, ahí puede que haya algunas cosas que no puedo puntualizárselas pero de lo que recuerdo, el contrato ETB lo tenía a su vez tercerizado con una empresa que tuvimos bastantes rollos, si mal no me acuerdo se llama Isico que era la que hacía los mantenimientos de las cámaras.

¹⁶⁶ Cuaderno de Pruebas No. 37, folios 20 a 29.

“Pero Transmilenio en el desarrollo de su contrato les había dejado una deuda, tuvimos muchos problemas para que ellos fueran a hacer los mantenimientos, el arranque de ese contrato, vuelvo y le digo, fue muy al inicio de cuando yo empecé con el tema técnico, eso lo tenía la vicepresidencia de tecnología, una de las cosas que veíamos ahí es que, que recuerdo de reuniones con los abogados en Transmilenio, es que ese contrato no había tenido todavía la terminación, tenía un otrosí y nos obligaron a nosotros a retomarlo anticipadamente y a tomarlo en algo que, en lo que yo entiendo, no debería haber sido, en ese momento todavía de ejecución nuestra porque no estábamos todavía ni siquiera en etapa operativa.”

“Cuando es la etapa operativa es tengo todos los buses en la calle, no existen los buses del colectivo y todo el mundo paga con la tarjeta, había cosas que uno no entendía muy bien, yo lo que sí le puedo decir es de los temas de CCTB que es de lo que estamos hablando de lo que tenía que ver con ETB, para fase III nosotros montamos todas las cámaras y lo que se tenía previsto hasta cuando estuvo Recaudo Bogotá era lo de fase I y fase II, que son todo lo que tiene que ver con cámaras complementarias, el montaje una vez se echara la etapa operativa.”

“El contrato con ETB era un contrato de mantenimiento de las cámaras que están hoy en las estaciones, pero la verdad como impuesto un poco por Transmilenio, me acuerdo que fue como de o lo toman o les va una multa y desde el área jurídica nos dieron la instrucción de empezar a operar ese contrato, nosotros como administradora ante ETB que era antes Transmilenio el que estaba en esa negociación con ETB, pero ni siquiera era ETB el que hacía como tal los mantenimientos sino un tercero que es la empresa que yo menciono.”

Ahora bien, al revisar la documentación que obra en el expediente no encuentra el Tribunal que esté acreditado que Recaudo debió asumir el contrato con la ETB porque fue obligada en forma contraria a la ley. En cuanto a la declaración testimonial a que se ha hecho referencia, el Tribunal no puede tener por acreditado la existencia de un vicio en el consentimiento, si se tiene en cuenta además que la testigo no declara sobre la coacción misma a que pudo ser sometida Recaudo, sino sobre una información que le dieron terceros.

Por otra parte, si en el negocio que asumió la Demandante el precio era desequilibrado ello no es causal de invalidez de los negocios jurídicos.

Por lo anterior se negará esta pretensión.

3.5.4 Pretensión cuarta del tercer grupo

En la pretensión cuarta la Demandante solicitó:

“CUARTA.- DECLARAR que RBSAS ha dado cumplimiento a las estipulaciones contractuales sobre cómo calcular el Factor de Calidad de Servicio, midiendo los indicadores de confiabilidad y disponibilidad de que trata la CLÁUSULA 59.5 y el Anexo 3 del Contrato (Niveles de Servicio) en los términos y condiciones del Contrato.”

En relación con este punto se remite el Tribunal a lo ya expuesto en otro aparte de este Laudo y por ello negará esta pretensión.

3.5.5 Pretensión quinta del tercer grupo

En la pretensión quinta se solicitó:

“QUINTA.- DECLARAR que TMSA está obligada a asumir los costos y gastos por el almacenamiento y bodegaje de los equipos adquiridos y que RBSAS no ha podido instalar en los buses y estaciones por los incumplimientos en la entrega por TMSA y de los concesionarios operadores del SITP”.

A tal efecto señala la demandante que contractualmente TMSA está obligado a asumir los costos y gastos en que incurrido RBSAS por el almacenamiento y bodegaje de los equipos cuya adquisición fue autorizada por TMSA, y que no han podido instalarse en los buses y estaciones debido a los incumplimientos en la entrega por parte tanto de TMSA y como de los concesionarios operadores del SITP. A tal efecto expresa que la oferta de la entonces Promesa de Sociedad Futura Recaudo Bogotá durante la Licitación, y el diseño, elaboración, pedido e importación de equipos SIRCI por parte de RBSAS se hizo con base en un cronograma de ocho meses para el suministro de buses, y de diez para la implementación del SIRCI. Por consiguiente, el responsable de no haberse cumplido estos plazos, es decir, TMSA, es el responsable de pagar a RBSAS todos los sobrecostos en que éste haya incurrido por no haberse podido ejecutar el Contrato en la forma convenida.

Señala la Demandada que lo que establece la matriz de riesgos y su anexo explicativo es que el riesgo de implementación no tiene un efecto económico hasta tanto no se genere el daño y hasta que no se presente el hecho generador no se puede alegar ningún tipo de afectación, y en este caso se hace referencia únicamente cuando existan equipos disponibles y no puedan operarse, lo que debe ser claramente demostrado con las pruebas que los expertos consideren necesarios

Consideraciones del Tribunal

En relación con esta pretensión considera el Tribunal:

Es claro que cuando una parte incumple el contrato, la otra tiene derecho a la indemnización de los perjuicios causados. Dentro de dichos perjuicios quedan incluidos los gastos de custodia de las cosas que el deudor debe entregar pero que no lo puede hacer porque el acreedor no ha cumplido sus obligaciones. Así lo establece el artículo 1883 del Código Civil cuando regula la mora del comprador en recibir la cosa comprada.

Sin embargo, en el presente caso ha concluido el Tribunal que la demora en la implementación no puede atribuirse a la culpa de Transmilenio, pues en ello han confluído múltiples y muy diversos factores.

En la medida en que no existe un incumplimiento de Transmilenio, no puede imponerse a este asumir los costos de almacenamiento y bodegaje. Por lo demás como ya se vió las partes en el contrato regularon específicamente el tratamiento que habría de darse a la demora en la implementación y las consecuencias económicas que ella tendría, por lo que no puede el Tribunal hacer reconocimientos adicionales.

Por tal razón se negará esta pretensión.

3.5.6 Pretensión sexta del tercer grupo de pretensiones

En la pretensión sexta del tercer grupo de pretensiones la Demandante solicitó:

“SEXTA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, a la ejecutoria del laudo que ponga fin a este proceso, la cantidad de SIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$7.856.000.000,00) moneda legal colombiana, liquidada al 31 de marzo de 2015, más la suma que resulte a la fecha del Laudo, o la suma que se demuestre dentro del proceso, correspondiente a la cuantificación de la totalidad de los perjuicios causados entre la fecha en que inició la ETAPA PREOPERATIVA y la fecha del Laudo, consistentes en los ingresos que hubiere percibido de haberse cumplido las anteriores obligaciones y los gastos en que incurrió RBSAS como consecuencia de los incumplimientos de TMSA.

“La anterior cuantía resultante de la sumatoria de las siguientes, se encuentra liquidada al 31 de marzo de 2015, y se discrimina así:

“(i) Por efectuar descuentos por Factor de Calidad del Servicio en la remuneración de RBSAS, por fuera de las disposiciones del Contrato de Concesión y con fundamento en circunstancias y hechos no previstos en el mismo, la suma de COP\$4.451.000.000,00.

“(ii) Por exigir a RBSAS el personal para custodia y vigilancia de áreas que no son objeto del Contrato de Concesión, en las cuales se instalaron Barreras de Control de Acceso en cumplimiento del pacto contenido en el Otrosí No. 7 al Contrato, la suma de COP\$703.000.000,00.

“(iii) Por no pagar los equipos e infraestructura adicionales instalados por RBSAS a petición de TMSA y que no se encontraban previstos en el Contrato de Concesión en las estaciones Bicentenario y 20 de Julio, la suma de COP\$420.000.000,00.

“(iv) Por exigir equipamiento adicional en buses zonales no exigido ni previsto en el Contrato de Concesión, la suma de COP\$1.358.000.000,00.

“(v) Por otorgar a los usuarios descuentos o reducciones en la tarifa de los pasajes y trasbordos sin que se cumplieran los supuestos de la “CLÁUSULA 43. ALTERNATIVAS COMERCIALES A LA TARIFA AL USUARIO” y sin atender las políticas y principios reconocidos en la “CLÁUSULA 84. VARIACIÓN DE LA TARIFA” del Contrato, que causó una afectación económica al Concesionario correspondiente a un menor ingreso de COP\$1.010.000.000,00.”

En relación con esta pretensión encuentra el Tribunal que la misma no puede prosperar en los rubros respecto de los cuales el Tribunal ha concluido que no existió incumplimiento por Transmilenio.

3.5.7 Pretensiones séptima y octava del tercer grupo de pretensiones

En las pretensiones séptima y octava del tercer grupo de pretensiones la demandante solicitó:

“SEPTIMA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS la cantidad de COP\$1.307.000.000,00 liquidada al 31 de marzo de 2015 más la suma que resulte a la fecha del Laudo, correspondiente a los costos y expensas en que ha incurrido respecto del Convenio 042-09 antes del vencimiento de su prórroga.”

“OCTAVA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS la suma de COP\$1.350.000.000,00 liquidada al 31 de marzo de 2015 más la suma que resulte a la fecha del Laudo, por los costos y gastos en que ha incurrido RBSAS por el almacenamiento y bodegaje de los equipos adquiridos y que RBSAS no ha podido instalar en los buses y estaciones por la no entrega de los mismos por TMSA y los concesionarios operadores del SITP.”

En la medida en que estas pretensiones se fundan en pretensiones declarativas que el Tribunal ha negado, es claro que estas pretensiones deben ser negadas.

3.5.8 Pretensión novena del tercer grupo de pretensiones

En la pretensión novena la demandante solicitó:

“NOVENA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS los intereses moratorios a la tasa máxima legal, sobre las sumas mensuales que el Tribunal condene a TMSA a pagar en virtud del perjuicio causado por los descuentos por Factor de Calidad que ha realizado en contravención a lo dispuesto por el Contrato, liquidados mensualmente a partir de la fecha en que se realizó cada descuento, según la pretensión SEXTA (i) anterior, y hasta la fecha de la ejecutoria del Laudo.”

En relación con esta pretensión debe señalarse que en como quiera que ella se funda en una pretensión declarativa que se niega, la pretensión que se examina debe negarse.

3.5.9 Pretensión décima del tercer grupo de pretensiones

En la pretensión décima de su demanda, la Demandante solicitó:

“DÉCIMA.- DECLARAR que debido al retraso en la implementación del SITP y al no pago de la participación en los ingresos esperados según lo pactado en el Contrato, se han generado perjuicios a RBSAS derivados de la imposibilidad de cumplir con el pago de los equipos comprados en dólares de los Estados Unidos de América, consistentes en la devaluación que ha sufrido el peso colombiano frente al dólar de los Estados Unidos de América, entre la fecha en que se debieron producir los pagos y la fecha en que efectivamente se produjeron. Como consecuencia, CONDENAR a TMSA pagar a RBSAS la suma de COP\$26.727.300.000,00.”

Al respecto señala la Demandante que para dar cumplimiento al Pliego de Condiciones y al Contrato SIRCI, con la tecnología escogida por RBSAS y aprobada por TMSA se requirió un total de doscientos un millones de dólares de los Estados Unidos de América (MUSD201). Este monto cubría el CAPEX por la adquisición de bienes y equipos de varios proveedores, entre ellos LG CNS con quien se adquirieron obligaciones por (i) el suministro de equipos y servicios por noventa y cuatro millones de dólares de los Estados Unidos De América (MUSD94), y (ii) mantenimiento y, además, todos los costos de arranque del proyecto.

Dado los enormes atrasos en la implementación del SITP, demoras que hasta el día de hoy persisten, los ingresos del SITP sufrieron una sustantiva reducción impactando negativamente la remuneración de RBSAS reflejadas en RVHO y RVARS, por la no oportuna vinculación de los buses. Por esta razón, RB no pudo honrar los compromisos de pago que tenía con LG CNS, teniendo que atrasar los pagos a dicho proveedor significativamente, de los cuales todavía al día de hoy, se le debe la cantidad de Veintiocho Millones de Dólares de Estados Unidos de América (28 MUSD) en facturas vencidas (mas otros Veinticuatro Mil Millones de Pesos Colombianos (24 KM COP).

Advierte que es igualmente claro, que la mengua de la remuneración de RBSAS por la disminución de los ingresos del sistema y la consecuente falta de caja, causó a RBSAS perjuicios adicionales, pues LG CNS, como proveedor de

equipos importados exige y seguirá exigiendo, en dólares, el pago total de los 28 MUSD. No sobra precisar que el pago de esta cantidad al proveedor estaba prevista para el año 2013. Así, de acuerdo a los compromisos de pago y a las facturas emitidas por LG CNS, las cantidades debidas en dólares equivalían al cambio de la fecha de las facturas (a 1800 COP/USD) a la suma de Cincuenta Mil Cuatrocientos Millones de Pesos Colombianos (50,400 millones KM COP). Sin embargo, al día de hoy, cuando se presentan estos alegatos, esa deuda de 28 MUSD, equivale en pesos colombianos a la cantidad de Ochenta y Un mil Doscientos Millones (81,200 KM COP)(asumiendo un tipo de cambio de 2900 COP/USD. Esto significa una pérdida en cambio de Treinta y Un Mil Millones de Pesos Colombianos (31 KMCOP). Esta pérdida es definitiva para RBSAS ya que no hay forma de reducir la deuda con LG CNS, pues, conforme al Contrato SIRCI la remuneración de RBSAS es en pesos colombianos y no se ajustan por el tipo de cambio del dólar.

Agrega que no se compró una cobertura cambiaria para asegurar que esas facturas se podían pagar en pesos colombianos al tipo de cambio de 1800 COP por dólar, porque para comprar una cobertura cambiaria hace falta dos cosas: 1) un valor a pagar en moneda extranjera – en este caso 28 MUSD, y 2) una claridad absoluta sobre la fecha en la cual se iba a tener los fondos necesarios en pesos colombianos para comprar los 28 MUSD. Obviamente, dado los constantes incumplimientos de TMSA en el plan de implementación, que persiste hasta el día de hoy, el segundo requisito era de imposible cumplimiento.

Por su parte la Demandada señala que para que esta pretensión pudiera prosperar era necesario que se acreditara la diferencia entre lo que debió recibir desde la etapa pre operativa y se necesita no menos de los siguientes requisitos:

- Debe acreditar que la diferencia en lo que debió recibir desde la etapa pre operativa a la fecha en que debió pagar los equipos, era el dinero correspondiente para el pago de los equipos.
- Debe acreditar porque si tenía garantías y capital por casi 200 mil millones de pesos, como bien se desprende de la oferta presentada en la licitación pública del contrato, no pudo pagar el valor de dichos equipos a tiempo, si precisamente esa capacidad económica que se le exige a los oferentes es para mitigar este tipo de eventos.
- Debe acreditar que todos los equipos que ocasionaron el supuesto perjuicio habían sido autorizados de forma expresa por parte de TRANSMILENIO.

Agrega que el concesionario olvida nuevamente la matriz de distribución de riesgos sobre la materia, del cual se desprende sin lugar a equívocos que el riesgo cambiario reclamado por el concesionario estaba claramente distribuido en la matriz de riesgos para que este lo asumiera, por lo que no se entiende la petición realzada en la demanda frente a la variación en la tasa de cambio por la adquisición de equipos.

Consideraciones del Tribunal

En la matriz de distribución de riesgos se estableció en esta materia:

CLASIFICACIÓN CONPES	CLASE	CAUSA DEL RIESGO	OBSERVACIONES	MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	ESTIMACIÓN DEL RIESGO	
						PROBABILIDAD	IMPACTO
CAMBIARIO	Cambiarío	Riesgo cambiario en compra	Consiste en el efecto económico originado en alzas	El concesionario debe efectuar los estudios y análisis	CONCESIONARIO DEL SIRCI	MEDIO	ALTO

		de equipos y en el costo de financiación	no proyectadas originadas por modificaciones en la tasa de cambio, en los precios de los equipos y en el costo de financiación. Para estos efectos se consideran imprevisibles variaciones en la Tasa Representativa del Mercado que cumplan con la siguiente condición: que durante un período continuo de 6 o más meses calendario, la variación de la tasa representativa del mercado promedio del mes calendario frente al mismo mes calendario del año inmediatamente anterior supere el 20%.	que correspondan para conocer las condiciones del negocio, establecer planes de acción internos para reajustar sus proyecciones y definir y ejecutar las medidas frente a este tipo de contingencias. Contratación de instrumentos de cobertura en el mercado nacional e internacional MINUTA DEL CONTRATO - INGRESOS DEL CONCESIONARIO CLÁUSULAS 58 60. PLIEGO DE CONDICIONES NUMERAL 3.2.7 EXPERIENCIA EN CONSECUCCIÓN DE FINANCIACIÓN – ASITENTE FINANCIERO		
--	--	--	--	---	--	--

Como se puede apreciar, la Matriz asignó el riesgo cambiario al Concesionario. A este respecto debe observarse que la Matriz de Riesgo estableció que sería imprevisible la variación de la tasa cuando “*durante un período continuo de 6 o más meses calendario, la variación de la tasa representativa del mercado promedio del mes calendario frente al mismo mes calendario del año inmediatamente anterior supere el 20%*”, lo cual no ha sido acreditado en el presente caso.

Por consiguiente, no se accederá a esta pretensión.

3.5.10 Pretensión décima primera

En la pretensión décima primera la Demandante solicitó:

“DÉCIMA PRIMERA.- DECLARAR que TMSA no adelantó las acciones y gestiones ante la Secretaría Distrital de Movilidad de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., ni ante el Alcalde Mayor para que éste actualizara la tarifa al usuario mediante decreto con base en la evaluación de dicha Secretaría y de acuerdo con la normatividad tarifaria, conforme lo dispone el Contrato, rompiendo el equilibrio económico del Contrato.”

Al respecto señala la Demandante que en el Informe de Gestión del año 2013 de TMSA, el Ente Gestor concluyó que la tarifa del SITP no había sido fijada por la Administración Pública conforme con el incremento de los costos del Sistema, como lo dispone la cláusula 42 del Contrato de Concesión y el artículo 22 del Decreto 356 de 2012. Agrega que tal conclusión también se encuentra iterada en el Informe de Gestión del año 2014 y posteriores, todos ellos de pública consulta en la página web de TMSA. Lo anterior se corrobora respecto a la operación de los buses del SITP, cuyos costos de operación han incrementado anualmente sin que haya un incremento correlativo en la tarifa del SITP. Afirma que esta transgresión de los principios y estructura del Sistema Tarifario del SITP, así como de los principios básicos del marco económico del Contrato SIRCI, tiene al

SITP de la ciudad de Bogotá en una situación financiera desastrosa que ha comprometido la viabilidad y continuidad del Sistema, tal como lo ha reconocido la misma Administración Distrital y los estudios realizados que menciona la Contraloría Distrital al formular cargos de responsabilidad fiscal a TMSA. Agrega que TMSA no ha adelantado gestión alguna para corregir esta circunstancia, estando obligado a hacerlo en su calidad de Ente Gestor. El no incremento de la tarifa del SITP ha causado daño a RBSAS por los menores ingresos a los que contractual y legalmente tiene derecho.

Por su parte la demandada afirma que el Tribunal no es competente por tratarse de una controversia técnica. Por otra parte reconoce que en los informes de TMS se señaló que la tarifa del SITP no había sido fijada conforme al incremento de costos del sistema. Agrega que no es cierto que el supuesto no incremento de la tarifa del SITP haya causado daños a RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. por los menores ingresos a los que contractualmente tenía derecho, por la simple razón que la tarifa usuario no es determinante en la remuneración del concesionario, que se fundamenta es en la tarifa técnica, tema que inexplicablemente omite el Demandante en su demanda de reconvención. Además contractualmente se pactó que este era un tema de responsabilidad del Distrito y por ello es él el llamado a responder en caso de ser cierto lo afirmado por RECAUDO BOGOTA.

Consideraciones del Tribunal

La cláusula 42 del Contrato establece lo siguiente:

“CLÁUSULA 42. COMPETENCIA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA TARIFA AL USUARIO

“El Alcalde Mayor fijará mediante Decreto Distrital la tarifa al usuario y sus actualizaciones, con fundamento en la evaluación previa que adelante la Secretaría Distrital de Movilidad del estudio técnico y financiero presentado por el Ente Gestor, la cual se fundamentará en los principios y estructura del diseño financiero y tarifario adoptado para el SITP, de acuerdo con los pliegos de licitación y con los contratos de operación de buses y recaudo, control e información y servicio al usuario.

“Las actualizaciones de la tarifa al usuario requeridas, de acuerdo con las evaluaciones realizadas por la autoridad de transporte, serán fijadas por el Alcalde Mayor en las oportunidades definidas o requeridas por tal autoridad.

Las condiciones de fijación de la tarifa y los supuestos de actualización estarán sujetas exclusivamente a los principios y estructura del sistema tarifario, que hace parte del presente contrato.”

Al examinar dicha cláusula contractual se aprecia lo siguiente:

En primer lugar, le corresponde al Alcalde Mayor fijar la tarifa al usuario y sus actualizaciones. Dicha fijación la debe hacer con fundamento en la evaluación previa que adelante la Secretaria de Movilidad del estudio que realice el ente gestor, es decir Transmilenio. Agrega la cláusula que las actualizaciones a la tarifa serán fijadas por el Alcalde Mayor en las oportunidades definidas o requeridas por la autoridad de transporte, esto es, por la Secretaria de Movilidad.

De lo expuesto se advierte que la fijación de tarifas supone un proceso administrativo complejo que incluye la determinación de la oportunidad para hacer la actualización de tarifas que corresponde a la secretaria de movilidad; un estudio técnico y financiero presentado por Transmilenio; una evaluación del

mismo por la Secretaria de Movilidad y una decisión del Alcalde Mayor sobre el particular.

Ahora bien, en la matriz de asignación de riesgo se dijo:

CLASIFICACIÓN CONPES	CLASE	CAUSA DEL RIESGO	OBSERVACIONES	MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	ESTIMACIÓN DEL RIESGO	
						PROBABILIDAD	IMPACTO
REGULATORIO	Regulatorio	Variación de la Tarifa	Consiste en el detrimento que en los ingresos del sistema pueda causar una modificación en la tarifa al usuario provocado por un acto de autoridad	Política taificara claramente definida y coordinada entre las instancias involucradas Alcaldía, SDM y TM ACUERDO DE RESPLADO MINUTA DEL CONTRATO. INGESOS DEL SISTEMA CLAUSULAS 39 a 43	TMSA-DISTRITO	BAJO	ALTO

Ahora bien, en el Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos, que según se expresa forma parte integral de la Matriz de Riesgos, se dijo al referirse al “Riesgo de Operación-mayores egresos que los previstos”.

“Respecto de estos dos riesgos, la matriz es clara al señalar que la remuneración al operador se ajustará periódicamente por inflación. Igualmente, y considerando que un componente de la remuneración corresponde a un porcentaje sobre las ventas [RVARs], su remuneración también incorpora los ajustes a la tarifa técnica y por ende implica el ajuste de la canasta de costos de operación de transporte. Dicho incremento se reflejará en la tarifa técnica del sistema. La remuneración del concesionario se encuentra contempladas en el capítulo 4 INGRESO DEL CONCESIONARIO de la minuta del contrato.

“En consecuencia, el riesgo asignado al concesionario en la matriz se refiere únicamente a mayores egresos generados por incrementos en los costos superiores a los previstos en la tarifa técnica.”

De esta manera, la asignación de riesgos parte de la base que la remuneración del operador se ajustará periódicamente por inflación.

Ahora bien, la Demandante señala que la tarifa no se ha ajustado por la inflación, hecho que no fue negado por la Demandada.

Por lo anterior esta pretensión esta llamada a prosperar.

3.5.11.- Pretensión décima segunda del tercer grupo de pretensiones

En la pretensión décima segunda del tercer grupo de pretensiones la Demandante solicitó:

“DÉCIMA SEGUNDA.- CONDENAR a TMSA a reliquidar a RBSAS el valor de la participación en el ingreso del SITP con base en la CLÁUSULA 59 del Contrato de Concesión que determine el Laudo, aplicando el valor de la tarifa al usuario, actualizada, de acuerdo con la normatividad tarifaria, conforme lo dispone el Contrato. Se estima provisionalmente que la actualización de la tarifa al usuario, con base en la variación por el IPC, corresponde a la suma de COP\$6.511.400.000,00.”

En relación con esta pretensión encuentra el Tribunal que el perito Inverlink calculó el efecto que ha tenido la no actualización de la tarifa por el IPC y concluyó que el mismo es de 6.511,4 millones para el período comprendido entre junio de 2012 y marzo de 2015.

Por consiguiente se accederá a esta pretensión y se reconocerá la suma de 6.511,4 millones.

3.5.12.- Pretensión décima tercera del tercer grupo de pretensiones

En la pretensión décima tercera del tercer grupo de pretensiones la Demandante solicitó:

“DÉCIMA TERCERA.- CONDENAR a TMSA a pagar a RBSAS, con fundamento en lo previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los intereses moratorios a la tasa señalada en la Ley 80 de 1993 o la tasa que el Tribunal estime aplicable, sobre las anteriores condenas a partir de la ejecutoria del Laudo y hasta la fecha de pago.”

En la medida en que la norma del artículo 192 debe ser aplicada a casos como el que se analiza, se condenará al pago de intereses en la forma prevista en dicho artículo.

3.6 Las excepciones formuladas a la demanda principal reformada

3.6.1 Primera excepción: Falta de competencia del tribunal para pronunciarse sobre actuaciones de Transmilenio como ente gestor y sobre aspectos extracontractuales

Sobre esta excepción se pronunció el Tribunal en otro aparte de este Laudo, negando que exista falta de competencia del Tribunal, y a ello se remite.

3.6.2 Segunda excepción: la naturaleza del contrato de concesión

En esta excepción la Demandada se refiere a la definición del contrato de concesión consagrada por el numeral 4 de la ley 80 de 1993, de la cual destaca que el objeto de la concesión implica que se actúe por cuenta y riesgo del concesionario. Hace énfasis en dos aspectos de la naturaleza del contrato de concesión: su formación y su riesgo. En cuanto se refiere a su formación destaca que se trata de un contrato con doble naturaleza, pues contiene un conjunto de cláusulas reglamentaria, relativas a la organización y funcionamiento del servicio, y otras de naturaleza contractual, que fijan los términos financieros o retribución de concesionario.

En lo que se refiere al riesgo señala que las prestaciones del concesionario son bajo su cuenta y riesgo.

Se refiere al artículo 365 de la Constitución Política y señala que como el Estado tiene el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, dicha obligación lleva a deducir que todas las obligaciones destinadas tanto a su organización como funcionamiento son de resultado para el concesionario. Señala que, en esta misma lógica, la

obligación de integración del sistema de recaudo dentro del plazo establecido en el contrato, es una obligación de resultado, y así lo pactaron las partes.

Se refiere así mismo a los riesgos asumidos en el contrato de concesión y señala que las partes pactaron que RECAUDO BOGOTÁ sólo se exonera en presencia de un caso fortuito o fuerza mayor. Por ello expresa que el plazo de 24 meses para dar inicio a la fase operativa, a partir de la cual los sistemas de recaudo debían estar integrados es una cláusula contractual con fuerza obligatoria, cuyo incumplimiento solo podría exonerar al concesionario si demostrara la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor o la materialización de un riesgo expresamente asumido por TRANSMILENIO, hipótesis que no se presentan en el caso que nos ocupa.

Agrega que en este caso el desequilibrio del contrato es improcedente porque de una parte, las partes siempre equilibraron el contrato a través de los diferentes otrosíes suscritos, especialmente por el otrosí No. 5, y en segundo lugar, porque no se dan los presupuestos para el desequilibrio, y es la ocurrencia de hechos posteriores a la celebración que desequilibren el contrato.

Consideraciones del Tribunal

Como ya se expresó en otro aparte de este laudo, en materia de integración del sistema de recaudo no se pactó una obligación de resultado, pues lo que se estipuló fue concertar el plan de integración. Así en el Otrosí No 5 se impuso al concesionario la obligación de “adelantar reuniones con los Concesionarios del Sistema de Recaudo existente y concertar el Plan de Integración de las Fases I y II y el SIRCI”. Ahora bien, como se ha indicado en otros apartes de este Laudo, no fue posible lograr la concertación dentro del plazo pactado por hechos que son imputables a los otros concesionarios del sistema de recaudo.

Por otra parte, es claro que forma parte de la naturaleza del contrato de concesión el hecho de que el concesionario actúe por su cuenta y riesgo. Sin embargo, ello no significa que la asunción de riesgos por el Concesionario es ilimitada, pues precisamente de conformidad con la ley los riesgos previsibles deben asignarse a las partes. Por otra parte, a los riesgos no previsibles deben aplicarse las instituciones propias de la contratación estatal y en particular la del restablecimiento del equilibrio económico.

Finalmente, como ya se precisó en otro aparte de este Laudo, el Tribunal no encuentra que los otrosíes y en particular el No 5, hayan restablecido el equilibrio económico del contrato. En efecto, los reconocimientos que se hacen en el otrosí se refieren específicamente a las prestaciones que el concesionario asume.

Por todo lo anterior no prospera la excepción formulada.

3.6.3 Tercera excepción: las obligaciones sometidas a plazo y su incumplimiento

Se refiere el demandante a la cláusula 11 del contrato 001 de 2011 que establece el plazo máximo con que contaba la sociedad RECAUDO BOGOTÁ S.A.S para hacer entrega de la etapa preoperativa del mismo. Con base en ello señala que resulta claro que teniendo en cuenta que el acta de inicio es del 28 de septiembre de 2011, la sociedad RECAUDO BOGOTÁ debió cumplir con las obligaciones de entregar la etapa pre-operativa para el día 28 de setiembre de 2013, hecho que si no se presentó implica, entonces, de forma absolutamente

clara, el incumplimiento del contrato de concesión celebrado con TRANSMILENIO S.A., con todas las consecuencias que de ello se derivan.

Consideraciones del tribunal

A este respecto reitera el Tribunal que como se expone en otro aparte de este Laudo, Transmilenio reconoció expresamente que el Concesionario había cumplido sus obligaciones en la etapa preoperativa.

En todo caso, como ya se ha señalado, el propósito de las partes al celebrar el contrato era lograr la implementación total del sistema dentro de la etapa preoperativa, lo que implicaba la entrega de la totalidad de las estaciones previstas, y la disponibilidad de la flota contemplada para instalar los equipos del SIRCI, lo que suponía una actividad de Transmilenio y una conducta de los concesionarios de la operación del SITP. Por consiguiente, lograr tal finalidad no era una obligación exclusiva de la Demandante.

Por lo anterior esta excepción no prospera.

3.6.4 Cuarta excepción: obligaciones de resultado, su pago y la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

Al plantear esta excepción se refiere la Demandada a la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado y señala que para establecer la naturaleza y el contenido de las obligaciones asumidas por la sociedad RECAUDO BOGOTÁ, basta con ver lo establecido por la cláusula 83 del contrato de concesión suscrito por las partes, en el cual claramente se establece que el concesionario sólo queda exonerado del cumplimiento de sus obligaciones en los casos de fuerza mayor o caso fortuito. De lo anterior concluye que todas las obligaciones del concesionario son de resultado.

Agrega la Demandada que la naturaleza misma de las obligaciones permite llegar a la conclusión de que son de resultado, pues siendo todas de hacer no existe un solo factor que se interponga entre la RECAUDO BOGOTÁ S.A.S y la satisfacción del interés de TRANSMILENIO S.A. Afirma que en la ejecución del contrato de concesión no se encuentra un solo alea que no permita a RECAUDO S.A.S, mediante el pago, satisfacer el interés positivo de TRANSMILENIO S.A.

Por otra parte expresa que en muchas estipulaciones contractuales expresamente se dispuso que la obligación era de resultado, siendo ilustrativa la cláusula relativa al diseño, suministro e implementación del SIRCI.

Señala entonces que en el presente caso RECAUDO BOGOTÁ se obligó a cumplir la etapa preoperativa para el día 28 de septiembre de 2013, fecha en la que la prestación mencionada debía ser cumplida, lo que implica de forma necesaria que el interés de TRANSMILENIO S.A. fuera satisfecho y la obligación fue, en consecuencia, cumplida, pues de lo contrario, es imperativo concluir el incumplimiento contractual de recaudo Bogotá,

Consideraciones del Tribunal

Como es sabido la diferencia fundamental entre las obligaciones de medio y de resultado, consiste en que mientras en las primeras el deudor sólo se obliga a emplear los medios adecuados para obtener un resultado, en las segundas el deudor se obliga a obtener dicho resultado.

Lo anterior determina claramente cuándo existe incumplimiento de una obligación, pues en la obligación de medio sólo existirá incumplimiento cuando se establezca que el deudor no empleó los medios adecuados, en tanto que en la obligación de resultado el mismo existirá cuando no se logra el resultado. Es por ello que cuando en la obligación de medio el deudor prueba que actuó diligentemente para lograr el resultado, no está acreditando un medio de exoneración de responsabilidad, sino que está demostrando que cumplió con su obligación.

Puestas así las cosas es evidente que la cláusula 83 que invoca el actor no puede interpretarse en el sentido de considerar que todas las obligaciones del concesionario son de resultado.

En efecto, dicha cláusula dispone:

“CLÁUSULA 83. FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO

“Los eventos de fuerza mayor y caso fortuito asegurables se encuentran en cabeza del CONCESIONARIO por lo cual deberá contratar las pólizas de seguro correspondientes, que cubran adecuadamente estos riesgos.

“El CONCESIONARIO únicamente estará exonerado del cumplimiento de las obligaciones previstas a su cargo en el presente contrato de concesión, en los casos de fuerza mayor y caso fortuito, entendidos éstos en los términos del artículo 64 del Código Civil, siempre que se demuestre una relación causal, de conexidad directa, entre el hecho y la obligación incumplida. Estos eventos serán considerados como imprevisibles y se les dará el tratamiento previsto en el parágrafo de la Cláusula 82 del presente contrato.

“En todo caso, sólo se admitirá el incumplimiento que sea proporcional a la fuerza mayor o al caso fortuito, y entrará el CONCESIONARIO a responder por el incumplimiento que no tenga una relación causal proporcional con los hechos alegados para exonerar su responsabilidad.

“La ocurrencia de circunstancias que únicamente afecten al CONCESIONARIO y que se presenten con ocasión de la Fuerza Mayor o el Caso Fortuito, serán asumidas por el CONCESIONARIO, sin que haya lugar a indemnizaciones a favor del perjudicado ni reclamaciones recíprocas entre las partes. “

Como se puede apreciar, al regular la fuerza mayor lo que prevé el contrato consiste en que el Concesionario únicamente queda exonerado del cumplimiento en caso de fuerza mayor. Lo anterior por su naturaleza se refiere a las obligaciones de resultado, porque cuando la obligación es de medio, como ya se dijo, el cumplimiento de la obligación es emplear los medios adecuados.

Por lo demás, y frente al criterio de interpretación de los contratos que fija el artículo 1620 del Código Civil el cual señala que el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto debe preferirse a aquél en que no produzca efecto alguno, la regla mencionada es útil así se refiera sólo a obligaciones de resultado, si se tiene en cuenta que una parte de la doctrina discute la procedencia de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado y señala que a la luz del artículo 1604 del Código Civil, y sin distinguir la naturaleza de la obligación, el deudor tiene dos formas de exonerarse: la prueba de la diligencia debida y o la del caso fortuito¹⁶⁷. En el caso del contrato que se examina, cuando la obligación es de resultado el deudor sólo puede exonerarse probando la fuerza mayor.

¹⁶⁷ Guillermo Ospina Fernandez. Régimen General de las Obligaciones. Ed Temis 1976, página 160

Por otra parte si se acude a los criterios clásicos para distinguir las obligaciones de medio y de resultado, a los que se refieren los principios de Unidroit y que la Corte Suprema de Justicia mencionó en sentencia del 5 de noviembre de 2013, se encuentra que el más conocido es el relativo a la aleatoriedad del resultado. Igualmente los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales hacen referencia (artículo 5.1.5) a “la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación”. Desde esta perspectiva se aprecia que en las obligaciones que se pactaron en el presente contrato existen claramente algunas en las que existía una aleatoriedad en el resultado derivado del hecho de que terceros debían participar para el logro del mismo. Tal es el caso de la integración de los medios de pago en el sistema de recaudo. Por otra parte, igualmente existen obligaciones en las cuales la conducta del acreedor podía incidir en el resultado. En efecto, la implementación total del SIRCI no sólo dependía del concesionario sino también de la conducta de Transmilenio y de los concesionarios de la operación.

Finalmente señala la Demandada que existen obligaciones de resultado pactadas en el contrato, lo cual señala el Tribunal, es cierto, en los términos que se ha señalado en este Laudo.

De todo lo expuesto resulta que no es posible concluir, como lo hace la Demandada, que existió un incumplimiento de RECAUDO BOGOTÁ en cuanto ella se obligó a cumplir la etapa preoperativa para el día 28 de septiembre de 2013, pues lo que ella se obligó fue a una serie de obligaciones que Transmilenio reconoció que habían sido cumplidas.

Por lo anterior no prospera la excepción formulada.

3.6.5 Quinta excepción: Violación del acto propio-principio de buena fe

La Demandada hace referencia al principio de buena fe y señala que en el caso concreto RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. suscribió con TRANSMILENIO S.A. diez (10) otrosí al contrato de concesión No. 001 de 2011, de los cuales el otrosí No. 8 hacía referencia a una prórroga de cuatro (4) meses en el plazo para instalar 173 barreras de control que en dicho contrato se había pactado en tres (3) meses. Desde esta perspectiva llama la atención que en un tema de esta naturaleza se celebre un otrosí, y que RECAUDO BOGOTA pretenda desconocer de facto el plazo de 24 meses para la etapa pre-operativa, yendo en contravía de su actuar contractual, en virtud de cual para modificar pequeñas cuestiones como lo relativo a la instalación de barreras de control sí suscribió un otrosí, pero para un asunto tan importante como la etapa pre-operativa no lo haya hecho. Agrega que el tema es aún más claro si se recuerda que el mismo RECAUDO BOGOTA solicitó la prórroga del plazo, prórroga que nunca se acordó en ningún acto contractual, ni en ningún otrosí, llamando la atención incluso la contradicción de RECAUDO BOGOTA que por un lado solicita la prórroga del plazo de 24 meses y por el otro, cuando no lo logra, argumenta que dicho plazo no tiene efectos vinculantes.

De otra parte, destaca el otrosí 5 por el cual se modifica cronograma de implementación, y lo confronta con el hecho que RECAUDO BOGOTA pretende que el plazo de una etapa contractual como es la pre-operativa, no obstante su solicitud de prórroga, la misma se dé de facto.

Adicionalmente, destaca que RECAUDO BOGOTA en memorial presentado ante el Consejo Superior de la Judicatura en el trámite de la acción de tutela

interpuesta por Angelcon Recaudo Bogota S.A.S., se refirió al Grupo Angelcom como responsable del retardo de la integración de los operadores.

De esta manera advierte que hasta la contestación de la demanda de reconvención, nunca RECAUDO BOGOTA S.A.S. había imputado incumplimiento a TRANSMILENIO S.A., sino que había radicado todos los juicios de imputación en este tema, como causante de sus inconvenientes en la ejecución contractual al Grupo ANGELCOM. Señala entonces que si esto no es mala fe, no existe la mala fe.

Igualmente se refiere al análisis realizado en la Resolución No. 23253 del 5 de Mayo de 2015 la Superintendencia de Industria y Comercio, en la que se absolvió a Transmilenio.

Así mismo destaca que se presente una demanda por RECAUDO BOGOTA S.A.S. y se afirme que es una demanda de mero derecho, y que en los escritos procesales posteriores se hable de incumplimiento, responsabilidad contractual, desequilibrio contractual, temas que no son obviamente exclusivamente declarativos, sino que tienen evidentes efectos económicos, para concluir con una sustitución total de la demanda vía reforma a la misma.

Advierte que RECAUDO BOGOTA S.A.S. conocía los riesgos de la ejecución del contrato y el alcance de sus obligaciones, pero con el argumento de que el contrato es de adhesión, omitió su autonomía contractual, que se materializa también en celebrar o no el contrato, y decide celebrarlo, lo que puede constituir una exposición imprudente al daño.

Consideraciones del Tribunal

A este respecto considera el Tribunal que como ya se señaló, claramente existe una conducta contradictoria de la Demandante en cuanto hace referencia a la incidencia de la conducta de Transmilenio en lo relativo a la integración de los medios de pago. En este sentido prospera la excepción propuesta.

Por el contrario, como se analizó en otros apartes, no encuentra el Tribunal una clara contradicción entre la conducta de la Demandante y su tesis de que la etapa preoperativa debía prolongarse hasta la implementación total del SITP.

Así mismo, no encuentra el Tribunal que exista una conducta contraria a la buena fe, por razón de la reforma de la demanda, que es una alternativa que la ley consagra.

Por consiguiente, la excepción solo prosperará en el punto señalado.

3.6.6 Sexta excepción: sujeto calificado y exposición imprudente al daño

Advierte la Demandante que RECAUDO BOGOTÁ es una sociedad constituida con la única finalidad de ejecutar el contrato de concesión celebrado con TRANSMILENIO S.A. Agrega que para participar en el proceso de selección la sociedad RECAUDO BOGOTÁ tuvo que haber certificado que contaba experiencia en la ejecución de este tipo de contratos, razón por la que no puede venir ahora a alegar que no conocía los riesgos que se derivaban de la celebración y ejecución del mismo.

Expresa la Demandada que presentar la propuesta asumiendo los riesgos contractuales claramente estipulados y después tener el comportamiento contractual descrito, es evidentemente una exposición imprudente al daño.

Consideraciones del Tribunal

Es claro que el Demandante es un profesional y que fue seleccionado para celebrar el contrato teniendo en cuenta la experiencia que acreditó. Sin embargo debe tenerse en consideración que en el contrato objeto del presente proceso se establecieron claramente las obligaciones y riesgos que asumía. Dichas estipulaciones tienen fuerza obligatoria para las partes, sin que ello se vea alterado por el profesionalismo del concesionario

Por consiguiente no prospera la excepción propuesta.

3.6.7 Séptima excepción. Falta de legitimación en la causa por pasiva

Señala la Demandada que en las obligaciones del concesionario el mismo debía asumir la obligación de interdependencia con los concesionarios operadores del SIRCI para efectos de materializar la integración. Por lo anterior, los hechos de los contratistas de los contratos de operación del SITP no pueden denominarse jurídicamente como hechos de terceros, pues la interactuación con ellos constituía desde un inicio, la esencia de la obligación asumida por RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.

Por lo anterior, todos los inconvenientes que hayan surgido como consecuencia de la interdependencia, y sus correlativas consecuencias, no pueden ser imputables a TRANSMILENIO, ni mucho menos puede ser este el llamado a responder por dichos conflictos, pues de derivarse responsabilidad alguna por parte de los concesionarios del SIRCI, la misma debe incoarse por parte de RECAUDO BOGOTÁ de forma directa contra ellos teniendo como fuente la responsabilidad extracontractual – como en efecto lo hizo con las distintas demandas y acciones judiciales en contra de ANGELCOM y demás concesionarios del SIRCI – y acudir directamente al juez competente para solicitar la correspondiente indemnización, de ser procedente por parte de dichos concesionarios.

En este sentido, y dado que los concesionarios del SIRCI no son terceros frente a las obligaciones de integración que tenía RECAUDO BOGOTÁ, cualquier perjuicio derivado de la obstaculización por parte de dichos concesionarios para efectos de lograr la integración del SIRCI, debió ser reclamado directamente a estos, y nunca a TRANSMILENIO, por lo que es evidente la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Consideraciones del Tribunal

En relación con esta excepción reitera el Tribunal que la obligación de integración constituye una obligación de medio, pues es claro que en el logro de dicho objetivo podía incidir el comportamiento de los otros concesionarios.

Por otra parte, debe recordarse que la conducta de un tercero en relación con el cumplimiento de una obligación puede ser contemplada de diversas maneras por las partes. Así los contratantes pueden haber previsto la conducta del tercero simplemente como una condición que da lugar al nacimiento de la obligación (si el tercero manifiesta querer determinada cosa, el deudor se obliga a

proporcionársela). Igualmente el deudor puede obligarse a procurar que el tercero acuerde con él determinado contrato, pero no garantiza que logre dicho acuerdo (se obliga a negociar con el tercero), o finalmente, el deudor puede obligarse a lograr que el tercero se comprometa a realizar un hecho en determinado sentido (promesa por otro, artículo 1507 del Código Civil).

Existiendo diversas posibilidades es claro que no es posible concluir que toda obligación en que de alguna manera se contemple la participación de un tercero implica una obligación de resultado para el deudor, pues ello dependerá de cada caso concreto. En particular, a la luz del artículo 1507 del Código Civil para que se entienda que exista una promesa por otro es necesario que el contratante “*se compromete a que por una tercera persona... ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa...*”, es decir su voluntad debe ser clara en el sentido de obligarse a que la otra persona dará, hará o dejará de hacer algo, sin que pueda interpretarse que siempre que se hace referencia al hecho de un tercero se promete el hecho del mismo¹⁶⁸. Es por ello que don Luis Claro Solar señala¹⁶⁹ que cuando una persona se limita a declarar que otra persona, que él no representa, dará o hará algo no tiene valor en si misma, “*porque ni queda por ella obligado e ercero, ni se obliga el contratante*”, “*pero si el contratante no se limita a hacer esta declaración y promete que una tercera persona le dará o hará o no hará algo al otro contratante, sino que personalmente se compromete a que esa tercera persona ha de dar, hacer o no hacer algo, este compromiso tiene valor independientemente del resultado que pueda tener el empeño puesto por ese contratante en que el tercer de, haga o no haga lo prometido a su nombre*”.

En el presente caso, como ya se señaló, no encuentra el Tribunal que el Concesionario se haya obligado a lograr un acuerdo con los otros concesionarios del recaudo, por lo que la excepción no está llamada a prosperar.

3.6.8 Octava excepción: restablecimiento de la ecuación contractual

Señala el Demandado que en la ejecución del contrato se celebraron distintos OTROSÍES suscritos por las partes, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, instrumentos contractuales que tenían como finalidad, entre otras, la de restablecer el equilibrio económico del contrato. En especial se refiere al Otrosí No 5 por el cual se decidió modificar el cronograma de implementación y se pactó una remuneración por actividades adicionales. Expresa que en este instrumento contractual, TRANSMILENIO, con fundamento en que para esa fecha se iniciaba la operación parcial del SITP, y como medida de restablecimiento económico por el retraso en el cronograma, acordó con RECAUDO BOGOTÁ SAS iniciar desde esa fecha, con el pago de la tarifa plena del contrato establecida para la etapa operativa a sabiendas de que en dicha fecha se encontraban en la etapa pre operativa.

Advierte que las partes acordaron y así lo entendieron, que esta medida era suficiente para efectos de restablecer el equilibrio económico del contrato como consecuencia de los atrasos en la puesta a punto del plan de implementación del SITP, manifestación que se concretó con su posterior suscripción.

¹⁶⁸ Ver al respecto Paul Esmein en el *Traite Pratique de Droit Civil Francais* de Marcel Planiol y George Ripert. Tomo V, página 52, nota 2. Ed LGDJ Paris 1952.

¹⁶⁹ Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Editorial Jurídica de Chile. Santiano 1979, Tomo Undécimo, página 433.

Agrega que la verdadera finalidad para la cual el Convocante presentó la demanda consiste en continuar recibiendo la remuneración plena en la etapa pre operativa, como si estuviera en la etapa operativa,

Por otra parte expresa que los hechos imprevisibles o desencadenantes del desequilibrio económico, no son posteriores al Otrosí No. 5 del contrato, por el contrario, son causas previas – atrasos en el plan de implementación del SITP – frente a las cuales las partes adoptaron las medidas que consideraron pertinentes y así lo aceptaron, para efectos de restablecer el equilibrio económico del contrato.

Señala que cuando se procede a modificar las cláusulas de un contrato en aras de restablecer el equilibrio económico del mismo, dicha modificación se entiende que tiene efectos transaccionales frente a la causas que desencadenaron el desequilibrio y frente a los perjuicios o desmedros que se le hubiese causado, pues las partes en un ejercicio libre de la autonomía de la voluntad, deciden suscribir el otrosí, y aceptan las medidas en el implementadas para efectos de restablecer la ecuación. Es por lo anterior, que se hace indispensable, para que proceda un desequilibrio económico del contrato, que la parte acredite que los hechos que encausan el supuesto desequilibrio ocurrieron con posterioridad a la celebración del otrosí, y a su vez, que fueron imprevisibles para la fecha de su celebración, elementos estos que brillan por su ausencia en la demanda.

Por lo anterior considera que no se dan los requisitos o presupuestos mínimos exigidos por la jurisprudencia para el restablecimiento, pues los hechos alegados ocurrieron con anticipación al otrosí No. 5 del contrato; no son extraordinarios, y no son imprevisibles e imprevistos, por el contrario, fueron previstos en la modificación como se desprende de los antecedentes de la misma.

Consideraciones del Tribunal

Como se analizó en otro aparte de este Laudo, los Otrosís que se firmaron por las partes tuvieron el objeto que en cada uno de ellos se señala, pero no aparece en su texto que se hayan estipulado para restablecer el equilibrio económico del contrato.

A lo anterior se agrega que una modificación de un contrato no tiene por sí misma carácter transaccional, pues tal naturaleza dependerá de si a través del mismo se busca terminar una controversia o precaver una futura, y en tal caso el alcance del otrosí sólo cobijará aquella controversia a la que se refiere.

A este respecto no sobra recordar que el artículo 1619 del Código Civil dispone que *“Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”*, lo que implica que si la voluntad de las partes se refiere a una materia específica, es sólo sobre ella que debe entenderse que versa el acuerdo de voluntades.

Por consiguiente, esta excepción no prospera.

3.6.9 Novena Excepción: cumplimiento contractual

Señala la Demandada que se opone a los incumplimientos que se alegan a cargo de Transmilenio, pues es claro que no puede endilgarse ninguna conducta activa u omisiva por parte del Ente Gestor, de carácter ilegal, que haya pretermitido las estipulaciones contractuales. Por el contrario, si algo ha quedado

claro en el presente proceso, es que si alguna de las partes ha pretermitido las estipulaciones del contrato ha sido RECAUDO BOGOTÁ, en especial, las relativas a la buena fe contractual.

Consideraciones del Tribunal

Al analizar cada una de las obligaciones que el Demandante considera que incumplió Transmilenio, el Tribunal ha precisado los casos en que hubo cumplimiento o incumplimiento y a ello se remite. Por consiguiente esta excepción prospera parcialmente.

4 LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ARBITRAL DE RECONVENCIÓN REFORMADA Y LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS

4.1 Las pretensiones de la demanda de reconvencción

La demandante en reconvencción, en su demanda arbitral reformada, formula las siguientes pretensiones.

4.1.1 Pretensión primera

En la primera pretensión de su Demanda de Reconvencción la Demandante en reconvencción solicitó:

“Que se declare que RECAUDO BOGOTÁ incumplió las obligaciones de la Etapa pre-operativa del contrato 001 de 2011 (...).”

A tal efecto sostiene la Demandante en Reconvencción que si no era posible dar la orden de inicio de la etapa operativa por ausencia de presupuestos contractuales para ello, dicha ausencia implica un incumplimiento de las obligaciones de recaudo Bogotá en el plazo contractual establecido para ello.

Indica que el incumplimiento está probado además con la comunicación RL-CC/TM-156968-867-04092013, en la que RECAUDO BOGOTA manifiesta: “2. La duración de la Etapa Pre-operativa está condicionada al cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la cláusula 11 del Contrato de concesión 001 de 2011, lo cual, dado el proceso de implantación que ha seguido el SITP, es imposible que se complete antes del 27 de septiembre de 2013. (...) b. Para el 27 de septiembre no se HABRAN CUMPLIDO CON TODAS LAS OBLIGACIONES DE LA IMPLEMENTACIÓN Y DE LA ETAPA PREOPERATIVA.”, y la radicada con el número RL-CC/RB-2013-0038-224873- 02122013 del 6 de diciembre de 2013, en la cual consta: “(...) nos permitimos precisar que la obligación por ustedes requerida forma parte de aquellas sujetas a una condición –el inicio de la etapa operativa-, que no ha tenido aún lugar a nuestro criterio, por lo que se trata de una obligación que aún no resulta exigible, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1541 y 1542 del Código Civil. En efecto, el concesionario del SIRCI ha sido enfático en señalar, en las comunicaciones anexas – Ver Anexo 1- que si bien es cierto ha accedido al cumplimiento de algunas obligaciones que sólo son exigibles con posterioridad al inicio de la etapa de operación, ello se ha dado por el ánimo de cooperación y colaboración con el Ente Gestor que nos impone el inciso 2° del artículo 3° de la Ley 80 de 1993, mas no por el reconocimiento del cumplimiento de las condiciones propias de la etapa operativa del mismo, las

cuales es evidente que aún no se han cumplido, como hemos tenido oportunidad de exponerlo en múltiples oportunidades.”

Por su parte la Demandada en Reconvención señala que como se probó en el proceso, tal pretensión está llamada a fracasar de manera rotunda, pues no solo no se demostró en el proceso que RBSAS incumplió el Contrato, sino que también se demostró que RBSAS siempre cumplió las obligaciones que estaban a su cargo en la medida que fuese posible. Además, se probó también que TMSA “certificó” a RBSAS dicho cumplimiento mediante la comunicación 2013EE11949 del 13 de septiembre de 2013.

Consideraciones del Tribunal

Por comunicación 2013EE11949 del 13 de septiembre de 2013 remitida por Transmilenio a la Demandada en Reconvención se expresa¹⁷⁰:

“2. Y 3. Obligaciones clausula 11. Etapa pre operativa.

“En relación con este tema, y teniendo en cuenta que los 24 meses de la etapa pre operativa vencen el próximo 27 de septiembre de 2013, el Ente Gesto debe entrar a revisar el cumplimiento de cada una de las obligaciones contractuales, las cuales deben estar cumplidas para esa fecha, tal y como se describe a continuación.

No.	OBLIGACIÓN	CUMPLIDA	OBSERVACIONES
11.1	Presentar el Plan Maestro de Implementación, el Plan de Calidad, y el Cumplimiento de las Especificaciones Técnico Operativas, de acuerdo con lo establecido en los Anexos 2 y 4 del presente contrato. El plan Maestro de implementación del SIRCI deberá considerar y ser consecuente con el plan de implementación que apruebe TRANSMILENIO S.A. a los concesionarios de operación del SITP.	SI	La documentación fue presentada por el Concesionario y aprobado (sic) mediante Radicado interno 2012EE640, el 02 de febrero de 2012.
11.2	Presentar el diseño/ingeniería de detalle.	SI	Recaudo Bogotá presenta los diseños de ingeniería de detalle en marzo del 2012.
11.3	Desarrollar los aplicativos de los Subsistemas del SIRCI	SI*	Los aplicativos de los subsistemas de Recaudo, Control de Flota y SISU están desarrollados, pero requieren ajustes como Los siguientes: <ul style="list-style-type: none">• Simulador de viaje de la página WEB (google transit).• Unificación de conductores y reportes.• División de los reportes en zonas de operación y no en empresas.• Ajustes a GestSAE.• Accidentalidad.• Ajuste a los reportes de Indicadores y Km.• Ajustes a aplicativo de mesa de ayuda.

¹⁷⁰ Cuaderno de pruebas 4, CD obrante a folio 280(bis). Documento titulado “Hecho 50-2013EE11949.pdf”

			<ul style="list-style-type: none"> • Ajustes a la conciliación de Recaudo. • Ajustes a reportes que sean diferentes para BRT y para buses • Desarrollos para padrones duales <p>Se anexa cuadro de detalle sobre cada uno de estos ajustes.</p>
11.4	Adelantar reuniones con los Concesionarios del Sistema de Recaudo existente y concertar el Plan Integración de las Fases I y H y el SIRCI	SI	
11.5	Iniciar las pruebas de integración tecnológica necesarias en las estaciones de las Fase: 1, 2 y 3.	SI	<p>De acuerdo a la definición de integración tecnológica citada en el contrato en el numeral 1.49: "Es la actividad de articulación e interconexión física, lógica y de desarrollo de interfaces que realizará el CONCESIONARIO del SIRCI sobre el hardware, firmware y el software de diferentes proveedores y/o tecnologías de los subsistemas de recaudo, centros de control no troncal (zonal) y troncal, el subsistema de información y servicio al usuario y la plataforma de conectividad necesaria entre los diferentes módulos, equipos y dispositivos para lograr que operen de forma coordinada y armónica, cumpliendo con los niveles de servicio establecidos."</p> <p>Por lo tanto, desde el punto de vista técnico, se han iniciado pruebas de integración tecnológica así:</p> <p>Recaudo:</p> <p>Se han iniciado pruebas para la integración tecnológica del componente de conciliaciones, medio de pago, listas negras, tipos de tarjetas y otras. Todo esto en el marco de la Resolución 125 del 29 de abril de 2013.</p> <p>Control:</p> <p>Se han iniciado pruebas para integrar las plataformas tecnológicas de programación y control de flota de las fases I y II con la de fase III (Prototipos de instalación del 2 de agosto de 2013, con radicado 2013ER14273).</p> <p>SISU:</p> <p>Se han iniciado pruebas de integración tecnológica sobre los Paneles informativos de la Fase III con los instalados sobre las Fases I y II, y a la fecha están operativos los paneles de la Fase III. Se han realizado pruebas sobre el CCTV de fase III y a la fecha se están terminando las instalaciones y configuración de las mismas sobre las estaciones. El Call Center está en producción independiente de la línea 195. Se han realizado pruebas para integrar la información de la página www.tullaveplus.com con la página: www.sitp.gov.co y www.transmilenio.gov.co.</p>
11.6	Cierre Financiero	SI	
11.7	El suministro de todos los equipos de la plataforma tecnológica de los Subsistemas del SIRCI para el componente troncal y para el componente zonal.	SI	<p>De acuerdo a</p> <p>lo mencionado en la cláusula 1.65 del Contrato, se define Plataforma Tecnológica cómo:</p> <p>"Es la infraestructura representada por el hardware, software, firmware, medios de</p>

			<p>comunicación y conectividad y medios de almacenamiento masivo entre otros, destinada al procesamiento, almacenamiento, transporte, respaldo, aseguramiento y presentación de la Información relacionada con la operación y administración de cada uno de los siguientes subsistemas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Subsistema de Recaudo del SIRCI • Subsistema de Control de Flota (Ente Gestor y zonal) • Subsistema de información y servicio al Usuario • Subsistema de Integración y consolidación de la información" <p>Por lo tanto, desde el punto de vista técnico la plataforma tecnológica compete a la infraestructura de alto desempeño dispuesta a la operación en los datacenter que soportan los subsistemas del SIRCI.</p>
11.8	La instalación, pruebas y puesta en funcionamiento de los equipos de la plataforma tecnológica de los Subsistemas del SIRCI para el componente troncal y para el componente zonal	SI	Basados en el numeral 1.65 mencionado anteriormente, el cual define plataforma tecnológica, se informa que Recaudo Bogotá S.A.S., instaló, probó y puso en funcionamiento los equipos de esta plataforma tecnológica en los datacenter de misión crítica para la operación. RBSAS ha efectuado las pruebas de la plataforma tecnológica.
11.9	Respecto de los equipos a bordo de los vehículos y los validadores de pago para la integración tarifaria del componente zonal, su instalación y puesta en funcionamiento se efectuará de acuerdo al cronograma que acuerden las partes, tomando como referencia el existente para la operación de transporte del SITP. Sin embargo, el contratista deberá prever que los equipos deben estar listos para operar con las primeras rutas del SITP.		RBSAS ha realizado instalación sobre la flota que de acuerdo con el cronograma de implementación del SITP, se requerirá para el inicio de la operación de acuerdo con el párrafo 4º de la cláusula 11.
11.10	Presentar las pólizas de los seguros sobre otros bienes afectos al servicio y sobre el dinero recaudado, y demás seguros previstos en la normatividad legal y en este Contrato para amparar el servicio	SI	
11.11	La póliza de responsabilidad civil extracontractual, deberá cubrir todos los eventuales perjuicios que se puedan producir a los usuarios del sistema o a terceros o a TRANSMILENIO S.A.	SI	
11.12	Presentar, previa a la suscripción, las minutas de los Contratos de Fiducia para la verificación y aprobación de TRANSMILENIO S.A.	SI	
11.13	Suscribir el Contrato de Fiducia CONCESIONARIO dentro de: los noventa (90) días calendario, siguientes a la legalización de contrato de concesión	SI	

11.14	Suscribir el Contrato de Fiducia del SITP dentro de los ciento diez (11) días calendario, siguientes a la aprobación que haga el Tribunal de Decisiones del pliego de condiciones y la minuta de contrato de fiducia presentado por el CONCESIONARIO. Modificado otrosí No. 2.	SI	
11.15	Adelantar todas las actividades propias de la integración del medio de pago con los recaudadores existentes, de acuerdo a lo establecido en el Anexo 2 del pliego de condiciones "Sistemas Existentes".		Después de más de un año de reuniones sin lograr acuerdos sobre la interacción del medio de pago entre los tres concesionarios de recaudo, TMSA conmino al concesionario STRCI para que presentara una Alternativa de integración que cumpliera con lo exigido en el contrato, so pena de incumplimiento contractual. El Concesionario presentó una propuesta que una vez analizada técnica, jurídica y económica, fue avalada y adoptada el 29 de abril de 2013 mediante resolución 125 la cual fue objeto de recursos, que fueron resueltos mediante resoluciones 327 y 328.

** Esta obligación se considera cumplida por cuanto los desarrollos se adelantaron por el Concesionario, y para tal efecto los aplicativos se encuentran en producción, sin embargo el Concesionario deberá tener en cuenta el plazo otorgado por el Ente Gestor para la implementación de los ajustes mencionados.**

“Conforme lo anterior, se tiene cumplidas las obligaciones de la etapa preoperativa sin embargo, respecto al numeral 11.3, se otorga un plazo no mayor a cuatro (4) meses contados a partir del recibo de la presente comunicación para que sean desarrollados, probados y puestos en producción cada uno de los ajustes descritos en el anexo de la presente comunicación.”

En esta comunicación Transmilenio aceptó y reconoció que la Concesionaria había cumplido sus obligaciones en la etapa preoperativa.

Por otra parte, al contestar el hecho 54.3, de la demanda arbitral principal reformada, Transmilenio expresó lo siguiente:

“A la fecha de inicio de la ETAPA OPERATIVA no había obligaciones pendientes por parte de TRANSMILENIO S.A. ni de RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., y de aceptar que existían obligaciones pendientes por el Concesionario, estaríamos en presencia de un incumplimiento contractual”¹⁷¹

Finalmente, en la declaración del señor Carlos Alirio García se expresó:

“DR. NAMÉN: Con relación a aquellas actividades que estaban listadas para cumplir en la etapa pre operativa, qué sucedió?

SR. GARCÍA: Son 15, es una lista de chequeo de 15 cosas.

DR. NAMÉN: Cuáles recuerda usted que no fueron observadas dentro del plazo de 24 meses y cuál es el estado actual o todas fueron observadas?

SR. GARCÍA: No, todas fueron observadas.

DR. NAMÉN: Absolutamente todas?

¹⁷¹ Página 91 de 378. Contestación de TMSA a la reforma de la demanda de RBSAS. En la contestación al hecho 57 el apoderado ratifica la inexistencia del incumplimiento que en otros apartes le enrostra a RBSAS.

SR. GARCÍA: Sí, todas fueron observadas, quiero dar un ejemplo, no sé si lo mencioné hacer rato, hacer el análisis y diseño del software, nosotros en Transmilenio vamos a ver si hicieron el análisis y el diseño, dijimos no solamente hicieron el análisis y el diseño sino que los aplicativos ya están funcionando, que les faltan cosas, que les falta perfeccionarlos, que les falta adaptarlos a necesidades de la operación.

Pero es que ni siquiera el desarrollo era una obligación en esa etapa pre operativa, la lista dice análisis y diseño, sin embargo se cumplió teniendo en cuenta que faltan elementos de mejora de ese software para que sea plenamente operativo, de las 15 cosas que estaban en la lista yo tengo certeza e entendimiento personal de que fueron cumplidas cuando se revisaron antes del mes 24, con seguridad.

DR. NAMÉN: Eso se lo pregunto porque nos han explicado lo contrario, es decir que habían unas condiciones que requerían una actividad de ambas partes, otras de una sola parte y que algunas no fueron observadas dentro de ese plazo de 24 meses.

SR. GARCÍA: Como yo tengo esa tranquilidad y esa certeza de lo que estoy diciendo y aquí estamos tantas personas, si alguno quiere escoger alguna de las 15 yo le podría demostrar que las 15 se cumplieron cualquiera de ellas, si así lo consideran ustedes.

DR. NAMÉN: Ya lo interrogaran sobre eso, pero es para ir precisando.

SR. GARCÍA: Sí, yo siento que sí se cumplieron todas.”¹⁷²

Por lo anterior, concluye el Tribunal que la Demandada en Reconvención había cumplido sus obligaciones en el etapa preoperativa.

4.1.2 Pretensión segunda

En la pretensión segunda de la Demanda de Reconvención se solicitó:

“SEGUNDA. Que se declare que RECAUDO BOGOTA S.A.S. incumplió el PLAN MAESTRO DE IMPLEMENTACIÓN consagrado en el Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP.”

Ambas partes, la demandante y la demandada en reconvención, afirman la primera el incumplimiento del Plan Maestro de Implementación, y la última, su cumplimiento.

Consideraciones del Tribunal

Advierte el Tribunal que dentro del Contrato se había previsto la presentación por parte del Concesionario del Plan Maestro de Implementación, el cual según se encuentra acreditado en el expediente fue presentado y aprobado por Transmilenio¹⁷³. Al aprobarlo Transmilenio precisó que “El Plan Maestro de Implementación (PMI) es un documento de referencia producto de la ejecución del contrato SIRCI, por tanto éste no sustituye ni modifica ni adiciona los documentos del mismo”. Por consiguiente, el Plan Maestro de Implementación es una herramienta para lograr la ejecución del contrato como fue pactado.

Por otra parte, la cláusula 16 incluyó entre las obligaciones del Concesionario derivadas de la concesión del sistema integrado de recaudo, control e información y servicio al usuario SIRCI la siguiente:

¹⁷² Cuaderno de pruebas No. 11, folios 153 a 182(pág. 19)

¹⁷³ Cuaderno de Pruebas No 2, folio 407

“16.1 Diseñar y someter a consideración del Ente Gestor el diseño, el suministro y la implementación del SIRCI de forma tal que cumpla integralmente con las funcionalidades exigidas en el presente proceso contractual, de conformidad con el Anexo 2 del Contrato, Esta obligación será considerada como una obligación de resultado. TRANSMILENIO S.A. podrá objetar o no el diseño presentado, pero en cualquier caso la responsabilidad es exclusiva del CONCESIONARIO y en virtud de ello está obligado a efectuar todos los ajustes que se requieran de manera posterior. En ningún caso a revisión del Ente Gestor implicará una transferencia de la responsabilidad por el diseño.”(se subraya)

Como se puede apreciar, el objeto de la obligación prevista es diseñar y someter a consideración del Ente Gestor el diseño, el suministro y la implementación. Por consiguiente, lo que constituye una obligación de resultado no es la implementación del SIRCI, sino el diseño que permita lograr la implementación.

Ahora bien, como ya se ha señalado en otro aparte de este Laudo la implementación no pudo culminarse en la etapa preoperativa. Sin embargo, ello no significa que en este punto exista un incumplimiento de la Concesionaria, por cuanto su obligación de resultado atañe al diseño y no a la culminación de la implementación dentro del plazo cierto y determinado estimado en el cronograma de implementación que, si bien contempla algunas obligaciones de resultado en las actividades enunciadas, su cumplimiento total exigía también el de de las obligaciones inherentes a las restantes por los agentes del sistema, a punto que algunas de las actividades previstas en el mismo eran predecesoras y necesarias para continuar con las siguientes, y unas no dependían exclusivamente de la Concesionaria ni del Ente Gestor, sino de la coordinación, colaboración e interdependencia con los concesionarios de operación de transporte del SITP, recaudo de las Fases I y II, y las autoridades incidentes en el sistema.

Pertinente reiterar que la Concesionaria adelantó lo necesario y a su alcance para culminar la implementación gradual del sistema dentro del plazo de la etapa preoperativa, y también la concedente, sin que pudiese finalizarse en el tiempo (en meses), entre otras causas y en grado alto, por la conducta de los operadores del TPC y de Recaudo en Fase I y II, que la alteró e impactó, y resulta ajena a las partes del contrato de concesión del SIRCI, como reconocieron en los otrosiés y escritos reseñados en otros apartes del laudo, si bien por la coexistencia e interdependencia del Contrato del SIRCI su ejecución proyecta efectos en éste.

Por lo expuesto se negará esta pretensión.

4.1.3 Pretensión tercera

En la pretensión tercera de la Demanda de Reconvención se solicitó:

*“**TERCERA.** Que se declare que RECAUDO BOGOTA S.A.S. incumplió su obligación de celebrar y ejecutar de buena fe el contrato de Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP, por las siguientes razones:*

“1. Al haber pactado un plazo para el cumplimiento de las obligaciones, solicitar expresamente su prórroga y luego argumentar que el plazo no tiene efectos.

“2. Al tratar de extender la etapa preoperativa y de esta manera obtener una mayor remuneración en virtud del Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP.

“3. Al violar la teoría de los actos propios, pues siempre invoco causas de imposibilidad de cumplimiento diferentes a la conducta de TRANSMILENIO S.A.

“4.Al no asumir los contratos existentes siendo claro su obligación al respecto.”

Consideraciones del Tribunal

En cuanto se refiere a las conductas que señala la convocada procede el Tribunal a su análisis de la siguiente forma:

4.1.3.1 Incumplimiento al pactar un plazo, solicitar su prórroga e invocar su ineficacia

Consideraciones del Tribunal

En relación con este aspecto, obra en el expediente la declaración del señor Camilo Andrés Rodríguez Remolina quien expresó:

“DR. GIL: Conoce usted alguna solicitud de Recaudo Bogotá para prorrogar el plazo del contrato, en caso afirmativo, explique el contenido de la misma y la forma cómo se le dio trámite a la solicitud correspondiente?”

“SR. RODRÍGUEZ: Si mal no recuerdo hay uno, que es por allá en el mes de enero del año 2013 si mal no estoy, no recuerdo bien el año, hacia enero, y sé que lo que solicitaba Recaudo era la ampliación de una de las etapas, que era la pre operativa, porque no es propia una ampliación del contrato mismo, pero el acceder a una ampliación de la etapa pre operativa, obviamente significaba de forma tácita una prórroga a la concesión, porque en el proceso licitatorio ya estaban establecida las etapas, así como en el contrato, y se decía: etapa pre operativa a 18 meses máximo 24, cumplan las funciones; etapa operativa, desde el momento de la orden de inicio de la etapa operativa desarróllela por 15 años, si yo prorrogo esos 24 meses obviamente se me va a correr el inicio de la etapa operativa y podría pensarse en una prórroga tácita de concesión.”

“DR. GIL: Cómo fue resuelta esta solicitud a la cual usted hace mención?”

“SR. RODRÍGUEZ: No, no recuerdo muy bien, pero creo que se les explica lo que les estoy diciendo que el contrato es claro y contempla unos términos perentorios que tienen que ser cumplidos y que tienen que respetarse, y en esos términos tenían que cumplirse una serie de obligaciones que eran las convenidas en la cláusula 11”.

Ahora bien, actúa en el proceso copia de la comunicación del 29 de enero de 2013¹⁷⁴ remitida por Recaudo a Transmilenio en la cual se informa a Transmilenio que el 1º de febrero de 2013 vence el plazo básico de vigencia de las pólizas de Cumplimiento y de Responsabilidad Civil Extracontractual y se señala:

“Es así como en el numeral 98.1.1 se estableció para la póliza de cumplimiento de la fase preoperativa, que “La vigencia total del amparo de cumplimiento será por total de la Etapa preoperativa y seis (6) meses más”, y la etapa preoperativa, a la firma del contrato se encontraba establecida en el Anexo 2 numeral 15.3.4 por un término indicativo de diez y ocho (18) meses que “(...) puede ser modificado por TRANSMILENIO S.A.”. La misma cláusula, de hecho, prevé que “el Concesionario se obliga a prorrogar la vigencia de este amparo, dentro de los treinta (30) Días Hábiles anteriores a su vencimiento, en caso de que se amplíe el término de ejecución de la Etapa preoperativa de conformidad con este contrato”.

“De allí que esta primera garantía fuera expedida por vigencia de diez y ocho (18) meses — que vencen el próximo 1 de febrero de 2013- y seis meses más — hasta el 1 de

¹⁷⁴ Disponible en el cd a Folio 259 en la carpeta “COMUNICACIONES” “Comunicación del 29 de enero de 2013”

agosto de 2013 y con tal vigencia en su oportunidad esta póliza fue aprobada por Transmilenio S.A.

“Sin embargo, considerando que la Etapa Preparativa está ligada al plan de implementación actualmente corregido, es decir, hasta 30 de abril de 2014 conforme a lo señalado por Transmilenio S.A. en la comunicación radicado 2012EE11843 de fecha 28 de diciembre de 2012, para mantener la póliza de cumplimiento de contrato ajustada a la previsión contractual antes citada, deba ampliarse su vigencia hasta el treinta (30) de octubre de 2014.

Lo propio sucede con la póliza de responsabilidad civil extracontractual, regulada para la Etapa Preoperativa ...

“En este orden de ideas, y considerando que conforme al inciso primero del numeral 15.3.4 del Anexo 2 del Contrato de concesión, el cronograma indicativo pactado puede ser modificado por TRANSMILENIO S.A.”, le solicitamos comedidamente a TRANSMILENIO proceder a modificar el cronograma de forma que se amplíe el plazo de la etapa preoperativa hasta el treinta (30) de abril de 2014, para compatibilizar la etapa preoperativa contractual con el plan de implementación del SITP actualmente corregido según su comunicación con radicado 2012EE11843 de fecha 28 de diciembre de 2012.

“Lo anterior constituye requisito esencial y necesario para que la Aseguradora cuente con un sustento contractual que le de viabilidad a la prórroga de las vigencias de las pólizas mencionadas, con la finalidad que no queden descubiertos los amparos correspondientes por vencimiento de las garantías, por lo que solicito con urgencia su respuesta favorable a la presente solicitud.”

En la comunicación parcialmente transcrita se aprecia que la Concesionaria solicita a Transmilenio modificar el cronograma de manera que se amplíe la etapa preoperativa y de esta manera obtener la prórroga de las pólizas.

No considera el Tribunal que ello determine un actuar contrario a la buena fe, si se tiene en cuenta que la modificación del cronograma tenía por objeto hacerlo compatible con el plan de implementación del SITP y se hacía con el propósito de prorrogar las pólizas. Por lo demás, es claro que la solicitud planteada por el Concesionario implicaba que la etapa preoperativa no terminaba el 28 de septiembre de 2013, como es la posición de Transmilenio, sino que se prolongaba en función del cronograma de implementación del SITP conforme a la corrección introducida mediante la comunicación con radicado 2012EE11843 de fecha 28 de diciembre de 2012.

Por ello en este punto no prospera la pretensión formulada.

4.1.3.2 Incumplimiento al tratar de extender la Etapa Preoperativa para obtener una mayor remuneración

Para la demandante en reconvención se incumplió el contrato porque estando sometida la etapa preoperativa a un plazo fijo susceptible de modificación mediante prórroga que debe acordarse mediante otrosí, la conducta de la demandante configura una estrategia para prorrogar la ejecución del contrato y obtener una mayor remuneración con un plazo mayor al pactado, circunstancia que además le generaría “un verdadero perjuicio”, “lo que no puede permitir el H. Tribunal”, pues es claro que la prórroga de la etapa operativa implicaría una mayor remuneración fija para RECAUDO BOGOTÁ, y le ocasionaría perjuicios por el incremento en costos y por la obsolescencia tecnológica, y ello no es un

argumento de TRANSMILENIO, sino del mismo perito de parte, lo que impide conceder las pretensiones de la demanda, y lo que nos ubicaría eventualmente en una petición antes de tiempo”.

La parte Convocante se opuso a este pedimento con argumento coherente a la perspectiva planteada sobre la duración indeterminada de la etapa preoperativa hasta la culminación gradual del SITP, cumplimiento de todas las obligaciones de implementación y de dicha etapa, plena implementación, puesto a punto y al 100% para dar inicio de la operación.

Consideraciones del Tribunal

El Tribunal no encuentra en la conducta de RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., ni existe en el proceso prueba ninguna de estrategia alguna para ampliar la etapa preoperativa, extender la duración del contrato de concesión y obtener una mayor remuneración, tampoco del incumplimiento pretendido por tal circunstancia, sino el ejercicio de un derecho legítimo, ceñido al ordenamiento jurídico y a los cánones de corrección y probidad exigibles en torno a la definición de una controversia contractual sobre la duración de la etapa preoperativa y la iniciación de la operación, con una argumentación respetable que en forma alguna puede constituir ni constituye un incumplimiento contractual.

Por lo anterior esta pretensión no prospera.

4.1.3.3 Incumplimiento por violar la doctrina de los actos propios con la invocación de causas de imposibilidad de cumplimiento

Para la demandante en reconvención, Recaudo Bogotá S.A.S. incumplió el contrato al trasgredir la teoría de los actos propios que le impide ir contra su conducta precedente, para invocar causas de imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones, cuando suscribió diez otrosíes, el No. 8 para prorrogar por cuatro meses el plazo de instalación de 173 barreras, solicitó y se le negó la ampliación del término de la etapa preoperativa, constituyó las garantías de la etapa operativa, y reconoció expresamente el impacto en los retrasos de la culminación gradual por el comportamiento del grupo Angelcom en memorial presentado por su representante legal suplente ante el Consejo Superior de la Judicatura, *“lo que evidencia de forma clara la temeridad y mala fe”*, siendo además un sujeto calificado, conocedor de los riesgos y alcance de sus deberes contractuales, todo lo cual, *“no solo atenta contra la teoría de los actos propios, sino que no resiste análisis lógico alguno y, es prueba clara de la violación a la teoría de los actos propios y de la mala fe de la parte demandante”*.

La Convocante, en armonía con su argumentación que se dejó expuesta en otros acapites de este laudo al estudiar las respectivas pretensiones, reitera el cumplimiento pleno, oportuno y de buena fe de todas sus obligaciones durante la etapa preoperativa, su reconocimiento expreso por TRANSMILENIO S.A., contra el cual no puede ir so pena de vulnerar el acto propio y la confianza legítima.

Consideraciones del Tribunal

El Tribunal, por lo expuesto en otros apartes de este laudo y las pruebas, no encuentra que la conducta de Recaudo Bogotá S.A.S., por ejercer el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia para la definición de las controversias contractuales presentadas entre las partes, y por los hechos invocados por la demandante en reconvención, salvo en cuanto hace referencia

a la incidencia de la conducta de Transmilenio en lo relativo a la integración de los medios de pago, constituya una vulneración del “acto propio”, que como tiene sentado de antaño la jurisprudencia es proyección del principio general de la buena fe (art. 83, Constitución Política, 1603 C.C., 871 C. de Co; 23 y 28 de la ley 80 de 1993), impone a todo sujeto el deber legal de actuar con absoluta corrección, ética, probidad y lealtad durante todas las etapas de formación, celebración, ejecución, y cumplimiento de sus relaciones jurídicas sin contrariar la conducta precedente, al exigirsele observar en el futuro el comportamiento que sus actos anteriores permiten prever para proteger la confianza legítima que fundamentalmente crea en el otro contratante, y en torno al cual, Jesús González Pérez destaca que “[c]uando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua y fundada, conforme a la buena fe, en una determinada situación, no debe defraudar esa confianza suscitada, y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella, por la sencilla razón de que, como ya viene dicho, la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la prestación de la confianza.”¹⁷⁵, tanto cuanto más que los “antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada “Teoría de los Actos Propios”. parece, entonces, que asumir posiciones diversas y contradictorias respecto de los mismos aspectos fácticos y los mismos intereses económicos, puede constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante”¹⁷⁶.

Como ya quedó expuesto, claramente existe una conducta contradictoria de la demandada en reconvención en cuanto hace referencia a la incidencia de la conducta de Transmilenio en lo relativo a la integración de los medios de pago. En este sentido prospera parcialmente la pretensión propuesta, más no respecto de los demás aspectos.

4.1.3.4 Incumplimiento por no asumir los contratos existentes

Para la demandante en reconvención, la Concesionaria incumplió sus obligaciones consagradas en la Cláusula 17.1. al no asumir dentro de los seis meses siguientes al 22 de julio de 2012, fecha de iniciación de la operación regular del sistema, los contratos existentes para el contrato de flota y conectividad, mantener en funcionamiento las dos plataformas tecnológicas, optar por conservar e incorporar los equipos existentes de control de flota troncal y conectividad o implantar nuevos sistemas garantizando la prestación del servicio.

La demandada en Reconvención se opuso porque los supuestos incumplimientos relacionados con los contratos existentes, la sustitución de

¹⁷⁵ El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, 45.

¹⁷⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de agosto de 2007, Exp. 00264-01; sentencias 20 de mayo de 1936, G.J. XLIII, 46 y ss.; Abril 2 de 1941, LI, 172; Marzo 24 de 1954, LXXXVIII, 129; Junio 3 de 1954, LXXXVII, 767 y ss.; Junio 23 de 1958, LXXXVIII, 234; 25 de junio de 2009, Exp. 11001-02-03-000- 2005-00251-01: 24 de enero de 2011, Exp. 110013103025200100457-01 y 27 de febrero de 2012. Expediente 14027; Corte Constitucional, Sentencias T-475 de 1992, T-578 de 1994, T-295 de 1999, T- 503 de 1999, T-827 de 1999, T-618 de 2000, C-836 de 2001, T-961 de 2001, T – 366 de 2002; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 13 de Agosto de 1992, Junio 19 de 1996, Exp. 4868; Septiembre 11 de 1997, Exp. 9207; 3 de febrero de 2000, Exp. 10399. 9 de marzo de 2000. Exp. 11447; Sentencia de 26 de junio de 2011. Expediente 18836

sistemas de control de flota y conectividad, demoras en la migración de las plataformas tecnológicas y la instalación de nuevas herramientas de programación y control no ha ocurrido por decisión de TRANSMILENIO S.A., las prórrogas improvisadas de los contratos de operación de transporte de las Fases I y II del del Sistema TransMilenio, sin que la demanda identifique con claridad los hechos, ni exista prueba en el proceso de los incumplimientos.

Agrega que la obligación establecida en la cláusula 17.1. del Contrato refiere a la evaluación de los sistemas existentes en la fecha de suscripción para el control de la flota troncal y la conectividad previstos en el numeral 7 del Anexo 2 de la Licitación, para determinar si incorpora los equipos existentes o suministra los suyos a su propio costo, y garantizar la continuidad con la operación de ambas plataformas por un término de seis meses a partir del cambio y que el numeral 1.3.2. de ese Anexo precisa la obligación de adelantar la transición entre las dos plataformas para que, vencidos los seis meses desde el cambio de plataforma, se garantice la operación de la solución propuesta por dicho concesionario.

De este modo, asumía el mantenimiento y operación de la plataforma existente para el control de flota y la conectividad señalada en el Anexo 2 de la Licitación, en forma indefinida si decidía conservar la misma plataforma o por 6 meses si la cambiaba; evaluó los sistemas y decidió cambiar la plataforma tecnológica, sin que el contrato determine en que consiste el cambio de plataforma tecnológica ni el momento a partir del cual debe asumir el mantenimiento y operación, pero entendida como un cambio de sistema operativo de los buses de las Fases I y II, -SAE inicial- por el propuesto por el Concesionario -SAE III- en la Fase III no existe plataforma anterior y no hubo cambio porque todos los sistemas los instaló; además siempre expresó que el cambio de plataforma tecnológica ocurría en la fecha en que todos los buses y estaciones del SITP (incluyendo el Sistema TransMilenio) estuviesen equipados con el SIRCI, es decir el 27 de septiembre de 2013 por estar así previsto en el cronograma del PMI para buses zonales del SITP, estaciones y buses de la Fase III del Sistema TransMilenio, y porque para esa fecha debían haber terminado los contratos de concesión para la operación de transporte de las Fases I y II del Sistema TransMilenio e integrado los medios de pago, lo que no ocurrió por la falta de construcción de todas las estaciones de la Fase III del Sistema TransMilenio, la instalación total de toda la flota y todos los centros de control de los buses zonales del SITP, y de la W la integración del medio de pago por el boicot de Angelcom con la anuencia de TMSA” que improvisadamente prorrogó los contratos de concesión para la operación de transporte de las Fases I y II del Sistema TransMilenio., lo que hacía imposible técnicamente el cambio total de la plataforma, que no ha ocurrido por decisiones de TRANSMILENIO S.A., que ha pretendido la asunción de los contratos a partir de la fecha de iniciación de la operación regular, y en otras ocasiones, desde la orden de iniciación de la Etapa Operativa.

Añade que la obligación consagrada en el numeral 17.1. es exigible sólo a partir del cambio de plataforma, lo que no ha ocurrido por decisión de TMSA; y en cualquier caso, ha dado cumplimiento a sus obligaciones de asumir los contratos, *“los sistemas antiguos y nuevos han coexistido a su costo por un plazo mayor a 6 meses; en relación con los contratos CTO 199-09 y CTO 147-09 (sustituidos por los CTO 112-11 y CTO 339-12), a partir del 1° de mayo de 2013 RBSAS asumió anticipadamente los contratos CTO 112-11 y CTO 339-12; del contrato CTO 339-12 (que reemplazó los contratos CTO-199-09 y 147-09), RBSAS asumió los costos del mismo a partir del 1° de mayo de 2014. En relación con el contrato CTO 137-10 (reemplazado por el CTO 354-12), RBSAS a partir del 1° de marzo de 2014 los costos del mismo. Respecto el contrato CTO 272-10 y el CTO 322-12 (que reemplazó al primero), RBSAS asumió los costos del mismo a partir del*

15 de mayo de 2014. Respecto de los contratos CTO 171 y 336-05 y el CTO 297-12 (que reemplazó al primero), RBSAS asumió las obligaciones del mismo a partir del 1° de octubre de 2013”, “los contratos de servicio para el Centro de Cómputo desde el 9 de mayo de 2012¹⁷⁷, a saber: (i) CTO 111-11 con Raúl González Abril para el mantenimiento de los equipos del Centro de Cómputo; y (ii) CTO 140-11 con GZ INGENIERÍA para el suministro, alistamiento y mantenimiento de dos aires acondicionados para el Centro de Cómputo”, no estaban enlistados en el numeral 8 del Anexo 2 de la Licitación”, y “para los contratos de TMSA con UNE, con ocasión de la entrada en vigor de la Ley de Garantías, RBSAS y TMSA convinieron que los costos los asumiría el primero y serían reembolsados por el segundo, pagando TMSA \$203.125.000 más IVA por cada mes de servicios. Sin embargo, a la fecha de estos alegatos TMSA todavía no ha cumplido con los pagos mensuales debidos de \$203.125.000 más IVA”.

Consideraciones del Tribunal

La Cláusula 17 del Contrato, establece:

“CLÁUSULA 17. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA OPERACIÓN DEL CENTRO DE CONTROL DEL ENTE GESTOR Y LOS CENTROS DE CONTROL ZONALES DEL (SITP)

“A través del presente contrato de concesión, el CONCESIONARIO adquiere la obligación de suministrar, implementar, mantener y actualizar la plataforma tecnológica necesaria para la operación del Centro de Control del Ente Gestor (incluye el Centro de Control Troncal) y los Centros de Control Zonal del SITP, a su costo y riesgo y durante la vigencia del contrato de concesión, lo que incluirá como mínimo las siguientes obligaciones:

“17.1. Evaluar los sistemas existentes para el control de la flota troncal y la conectividad, para determinar si incorporará estos equipos y aplicaciones a su plataforma tecnológica. En caso contrario deberá suministrarlos a su costo, pero en todo caso garantizará la continuidad de la prestación del servicio.

*En el caso que el **CONCESIONARIO** decida tener una plataforma tecnológica diferente a la existente en el sistema TransMilenio, deberá operar y mantener simultáneamente dicho sistema con el nuevo que se implemente, por un periodo mínimo de seis (6) meses contados a partir del momento en que se haga el cambio de plataforma”.*

De su parte, el numeral 1.67, Definiciones, define Plataforma Tecnológica de la siguiente forma:

*“Es la infraestructura representada por el hardware, software, firmware, medios de comunicación y conectividad y medios de almacenamiento masivo entre otros, destinada al procesamiento, almacenamiento, transporte, respaldo, aseguramiento y presentación de la información relacionada con la operación y administración de cada uno de los siguientes subsistemas: Subsistema de Recaudo del **SIRCI**. Subsistema de Control de Flota (**Ente Gestor** y zonal). Subsistema de Información y servicio al Usuario Subsistema de Integración y consolidación de la información”.*

El Anexo 2 del Contrato, “Anexo Técnico. Especificaciones Técnico-Operativas y de puesta en funcionamiento del SIRCI”, enuncia los requerimientos de la

¹⁷⁷ Ver comunicación 2014EE2089 del 10 de febrero de 2014.

plataforma tecnológica para el SIRCI¹⁷⁸, y el Anexo 2 de los pliegos de la licitación (“Subsistemas Existentes”), describe el Subsistema de Recaudo existente, relaciona los procesos de contratación en curso y contratos vigentes relativos, dentro de éstos, el Convenio 042-09 y su adición, CTO 199-09 celebrado entre TMSA y Electronic Trafic S.A. (“ETRA”) para el control de flota troncal en Fases I y II, CTO 147-09 celebrado entre TMSA y ETRA para el control de flota troncal en Fases I y II, CTO 137-10 celebrado entre TMSA y ETRA para el mantenimiento de la plataforma del sistema de información al usuario, CTO 272-10 celebrado entre TMSA y PROCALCULO para realizar el cálculo de la remuneración por kilómetros recorridos según los datos el control de flota alimentadora en Fases I y II que presentaran los contratos con ETRA; y CTO 171 celebrado entre TMSA y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. (“UNE”) para el servicio de comunicaciones entre buses y centros de control mediante la red TETRA.

Mediante comunicación RL-CC/TM-00182-07052012, del 7 de Mayo de 2012, radicado 006341 el Concesionario expresó a TRANSMILENIO S.A., lo siguiente:

“Nos referimos al mensaje de correo electrónico enviado por el Dr. Pablo Andrés Castro el pasado 26 de abril del presente, mediante el cual se informan los costos que deben ser asumidos por Recaudo Bogotá en caso que Transmilenio opte por la alternativa de que Recaudo Bogotá instale el DataCenter de FMS en el Cuarto de Datos actual.

“En primer lugar, queremos notificarle que ratificamos nuestra propuesta en el sentido de utilizar el actual cuarto del servidor en forma permanente, de manera que una vez Transmilenio emita su autorización por escrito, Recaudo Bogotá procederá a adelantar las adecuaciones necesarias para comenzar con la instalación del sistema FMS. Al respecto de los equipos de infraestructura mencionados en su mensaje, y teniendo en 17.1 del Contrato de Concesión del SIRCI, Recaudo Bogotá actualmente adelanta el proceso de evaluación de los sistemas existentes y oportunamente determinará si incorporará a su plataforma tecnológica los equipos indicados en su mensaje o los reemplazará por nuevos equipamientos en cumplimiento de nuestras obligaciones contractuales. De conformidad con la referida estipulación Recaudo Bogotá cumplirá igualmente su obligación de garantizar la operación y mantener el sistema actual durante un periodo de 6 meses en caso de que se decida el cambio de plataforma, y este período comienza a contarse a partir del momento en que comience la operación regular del SIRCI.

*“Con base en lo anterior Recaudo Bogotá considera que una vez concluya su evaluación, procederá a comunicar a Transmilenio su decisión acerca de la incorporación de los equipos a su plataforma tecnológica. Con respecto al mantenimiento, Recaudo Bogotá asumirá el costo correspondiente a partir del momento en que el subsistema FMS comience a operar. En cuanto a nuestra propuesta en el sentido de utilizar el actual cuarto del servidor en forma permanente y conforme lo hemos señalado en previas comunicaciones, se requiere una definición del tema lo más pronto posible, de manera que se pueda dar continuidad a los procesos de implementación correspondientes.”
(subrayas ajenas al texto)¹⁷⁹*

El testigo Andrés Rodríguez Remolina, funcionario de TRANSMILENIO S.A., en su testimonio, dijo:

“DR. GIL: En qué consiste lo que se denomina sistemas existentes y qué ha ocurrido en la ejecución del contrato 01 de 2011 con dicho tema?”

¹⁷⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 167-227

¹⁷⁹ Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 456 a 457..

“SR. RODRÍGUEZ: Para la honorable mesa quiero explicarle un poco esto cómo funciona, cuando hablamos de sistemas existentes estamos hablando de una obligación a cargo del contratista Recaudo Bogotá, obligación que se encuentra esgrimida en la cláusula 17 del contrato de concesión 001 y en especial en la cláusula 17.1 del mismo, en virtud del cual se le dice al contratista o se le exige al contratista que conserve los sistemas con los que se venía desarrollando, con los que Transmilenio venía ejecutando su operación propia por el término mínimo, un término cuando menos, dice el contrato, de 6 meses mientras ellos deciden si implementan un nuevo sistema o no lo implementan, qué quiero decir con esto: Transmilenio venía con una serie de sistemas, una serie de elementos de software adicionales y este tipo de elementos con los que venía ejecutando su operación en años anteriores a la sustitución del contrato 001.

“Esta cláusula permite o le da la posibilidad al operador de recaudo de decidir si él quiere continuar el ejercicio de su operación de recaudo bajo unos sistemas que el contrato les pone de presente o si por el contrario decide remplazarlos, si decide remplazarlos el contrato es claro y nos dice que debe cuando menos estar en paralelo en sentido sistemas viejos versus pruebas de sistemas nuevos por un término cuando menos de 6 meses los dos sistemas, esto para qué, para evitar traumatismos a futuro en la operación del servicio, ejemplo para la mesa: el sistema Avantel, el sistema Trunks, esos son sistemas de comunicación.

“Si antes utilizaban todo el trunking en los buses articulados, bioarticulados ellos tenían que decir, como yo lo interpreto en la cláusula, como se interpreta en la cláusula, que ellos tenían que garantizar por 6 meses el trunking y ellos en esos 6 meses podían montar su sistema Avantel y continuarlo, si ellos decidían continuar con su sistema de servicio Avante, dejemos trunking sigamos con Avantel, pero por un lapso no menor de 6 meses tenía que garantizar los dos... y garantizar la prestación de servicio, eso era lo que buscaba esa cláusula y esos son los sistemas existentes, es el conjunto de sistemas anteriores versus los nuevos que ellos quisieran traer o los anteriores que ellos quisieran conservar.

“DR. GIL: Quién asumía económicamente los sistemas existentes durante la ejecución del contrato, incluso en ese período de 6 meses al que usted hace alusión?

“SR. RODRÍGUEZ: Ellos los tenían que asumir, ellos me refiero al contratista, al operador de recaudo, como quiera que como les digo ellos lo que decían era: asumimos los sistemas, tenían que hacer asunción de sistema y mantenerlos por 6 meses, al cabo de esos 6 meses ellos determinaban si decidían quedarse porque les parecía que alguno de esos sistemas les servía y eran aplicables para su servicio o si por el contrario podían con sus técnicos decidir que esos sistemas no o eran ya obsoletos o que sé yo, cualquier insumo tecnológico que diga un ingeniero y desistir de ese sistema e implementar en esos 6 meses el nuevo, pero la carga era una de las obligaciones propias establecidas como les digo en el contrato a cargo de recaudo, en la cláusula 17, sub numeral 17.1.”¹⁸⁰

De conformidad con la Cláusula 17.1. el Concesionario asumió la obligación de evaluar los sistemas existentes para el control de la flota troncal y la conectividad con la finalidad de determinar si incorpora los equipos y aplicaciones a su plataforma tecnológica, o suministra otros a su costo garantizando la continuidad en la prestación del servicio, y en la hipótesis que decida tener una plataforma tecnológica diferente las de operar y mantener simultáneamente el sistema existente con el nuevo que se implemente *“por un período mínimo de seis (6) meses contados a partir del momento en que se haga el cambio de plataforma”.*

¹⁸⁰ Testimonio rendido el 15 de octubre de 2015, Cuaderno de Pruebas No. 11, folios 66 y 67 (pp. 7 y 8, transcripción).

Las partes discuten el instante a partir del cual es exigible la obligación de operar y mantener simultáneamente el sistema existente y el nuevo, por cuanto para el Concesionario, el período de seis meses “*comienza a contarse a partir del momento en que comience la operación regular del SIRCI*” (comunicación RL-CC/TM-00182-07052012, del 7 de Mayo de 2012, radicado 006341), o según expone ahora en su alegato conclusivo, del “*cambio de plataforma*”, para la Concedente, desde el inicio de operación regular de los buses¹⁸¹ o de la orden de inicio de la Etapa Operativa el 27 de septiembre de 2013¹⁸².

Para el Tribunal, tal como se pactó en la cláusula 17.1. del Contrato de Concesión, la obligación empieza y es exigible a partir “*del cambio de plataforma*”, lo que supone, por un lado la decisión previa del Concesionario de tener una plataforma tecnológica diferente, y no incorporar los equipos y aplicativos del sistema anterior al suyo, en cuyo caso, por un período mínimo de seis meses debe operar y mantener simultáneamente ambos sistemas hasta el instante que su sistema permita el efectivo “*control de la flota troncal y la conectividad*”.

Obsérvese que la estipulación es clara respecto del momento en que comienza la obligación de operar y mantener simultáneamente ambos sistemas, “*a partir del momento en que se haga el cambio de plataforma*”, por “*un periodo mínimo mínimo de seis (6) meses*”, y sin limitarla en el tiempo, por lo cual debe entenderse que subsiste hasta el instante en que la nueva plataforma tecnológica, con sus propios equipos y aplicativos, garantice la prestación del servicio y el control de la flota troncal y la conectividad con la nueva plataforma tecnológica, equipos y aplicativos.

De igual manera, las partes discuten en torno a los “*contratos existentes*”. Al respecto, considera el Tribunal, que la Cláusula 17.1 es explícita al mencionar los “*sistemas existentes para el control de la flota troncal y la conectividad*”, y concierne a éstos, según la información suministrada por la entidad estatal al proponente, sin que pueda legítimamente extenderse a otros que, si bien pudieren preexistir, no fueron informados al instante de proponer y contratar.

Por otro lado, los sistemas antiguo y nuevo, han coexistido y el concesionario, asumió los contratos relacionados con el anterior. Respecto de los los contratos CTO 199-09 y CTO 147-09 (sustituidos por los CTO 112-11 y CTO 339-12), a partir del 1° de mayo de 2013; el contrato CTO 339-12, que reemplazó los contratos CTO-199-09 y 147-09), a partir del 1° de mayo de 2014; el contrato CTO 137-10, reemplazado por el CTO 354-12 a partir del 1° de marzo de 2014; el contrato CTO 272-10 y el CTO 322-12, que reemplazó al primero, a partir del 15 de mayo de 2014, y de los contratos CTO 171 y 336-05 y el CTO 297-12, que reemplazó al primero, desde el 1° de octubre de 2013, los contratos de servicios para el Centro de Cómputo desde el 9 de mayo de 2012¹⁸³, CTO 111-11 con Raúl González Abril para el mantenimiento de los equipos del Centro de Cómputo; y CTO 140-11 con GZ INGENIERÍA para el suministro, alistamiento y mantenimiento de dos aires acondicionados para el Centro de Cómputo”.

En cualquier caso, reitera el Tribunal que según la cláusula 17.1. la obligación de operar y mantener simultáneamente los sistemas anterior y nuevo, empieza a partir del “*cambio de plataforma*” y se extiende hasta el momento en que el

¹⁸¹ Ver comunicaciones 2012EE8154 del 27 de octubre de 2012; 2013EE5993 del 24 de mayo de 2013;

¹⁸² Ver comunicaciones 2013EE1383 del 11 de febrero de 2013, 2013EE10018 del 5 de agosto de 2013 y 2013EE11949 del 13 de septiembre de 2013. Cuaderno de pruebas No. 4, cd obrante a folio 85 bis. Documentos titulados “5.pdf”, “6.pdf” y Cuaderno de pruebas No. 1, folios 248 a 251, respectivamente.

¹⁸³ Ver comunicación 2014EE2089 del 10 de febrero de 2014.

sistema adoptado por el Concesionario garantice la continuidad de la prestación del servicio y la completa funcionalidad del sistema para el control de la flota troncal y la conectividad.

El Tribunal, de otro lado, encuentra que entre las partes se presentó una diferencia hermenéutica sobre el alcance de la obligación pactada en la cláusula 17.1 con una argumentación razonable de ambas, cuyo entendimiento se establece en esta decisión, y por lo tanto, ello no puede derivar incumplimiento de ninguna, más aún si como aparece demostrado, la concesionaria ha cumplido con la obligación a partir de las fechas atrás indicadas.

Por lo expuesto no procede esta pretensión.

4.1.4 Pretensión cuarta

Solicita la demandante en reconvención

“CUARTA: Que se declare que TRANSMILENIO S.A. no incumplió el Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP, en la fase pre-operativa”.

En el proceso quedó demostrado que TRANSMILENIO incumplió el Contrato al no entregar algunas estaciones que finalmente no se construyeron. Por el contrario no incumplió en relación con las demás estaciones que fueron entregadas posteriormente a la fecha inicialmente previstas ni en relación con la entrega de la flota contemplada en los pliegos, tampoco respecto de la culminación de la implementación gradual en la fecha cierta máxima estipulada para la etapa pre-operativa. Por lo anterior esta pretensión prospera parcialmente.

Precisa el Tribunal que, el incumplimiento señalado (y la prosperidad parcial de la excepción de contrato no cumplido), no afecta la legitimación en la causa de TRANSMILENIO S.A. para el ejercicio de la acción contractual por los incumplimientos pretendidos de las otras obligaciones del Concesionario, y por éstos, la terminación del contrato y reparación de daños de daños.

4.1.5 Pretensiones Quinta, Sexta y Duodécima

“QUINTA. Que se declare que se dan los presupuestos facticos para hacer efectiva la compensación por terminación anticipada pactada en la cláusula 112 del Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP, a favor de TRANSMILENIO S.A.”

“SEXTA. Que se declare que se dan los presupuestos facticos para hacer efectiva la cláusula penal pactada en el Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP, en la cláusula 132, a favor de TRANSMILENIO S.A.”

“DUODÉCIMA. Que se declare la terminación del Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP por incumplimiento de RECAUDO BOGOTA S.A.S de las obligaciones que debió ejecutar en la etapa pre-operativa o por incumplimiento del PLAN MAESTRO DE IMPLEMENTACIÓN.”

El Tribunal, en otros apartes se ha pronunciado sobre su competencia para conocer de la controversia relacionada con la terminación anticipada del Contrato de Concesión pretendida por la demandante en reconvención conforme a la decisión adoptada en el auto en que se pronunció para juzgar las diferencias todas derivadas del Contrato de Concesión y de naturaleza estrictamente jurídica, económica y patrimonial. Análogamente, ha precisado en armonía con la jurisprudencia constitucional, contenciosa administrativa y el ordenamiento jurídico la ineficacia de las estipulaciones y procedimientos contractuales que subordinan, limitan o excluyen el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, y desestimado el cuestionamiento de la parte demandante principal respecto de su competencia para pronunciarse sobre las pretensiones incoadas.

En la medida en que las pretensiones relativas al incumplimiento de las obligaciones que debió ejecutar la concesionaria en la etapa preoperativa y del Plan Maestro de Implementación no prosperaron, al estar demostrado el cumplimiento, la pretensión de terminación anticipada y la de declaratoria de los presupuestos para hacer efectiva la compensación por terminación anticipada pactada en la cláusula 112 del Contrato 001 de 2011, por tales motivos, tampoco prosperan. Tampoco la pretensión sexta orientada a declarar los presupuestos fácticos para hacer efectiva la cláusula penal pactada en la cláusula 132 del Contrato de Concesión, porque no procede declarar el incumplimiento pretendido.

4.1.6 Las Pretensiones Séptima, Octava, Novena, Décima, Undécima y Décima Tercera.

La Pretensión Séptima solicita declarar la obligación de la demandada en reconvención de reconocer y pagar a la demandante “*la indemnización plena de los perjuicios que le hubieren ocasionado con el incumplimiento del Contrato 001 de 2011*”, “*incluyendo los perjuicios por daño reputacional*”(sic), “*ejecución de mala fe*”, el daño emergente y lucro cesante; la Octava a condenarla en el valor actual de la suma 55.715.000.000,00 de 31 de diciembre de 2011, valor de la cláusula penal; la Novena, a los intereses comerciales; la Décima a implementar medidas de justicia restaurativa por el daño a la reputación que ha sufrido como consecuencia del incumplimiento; la Undécima a las costas, incluyendo costos y agencias en derecho y la Décima Tercera, a que se ordene la liquidación del contrato.

Sobre costas se pronuncia el Tribunal en otro aparte del laudo, y respecto de las demás pretensiones, al no prosperar las pretensiones declarativas de incumplimiento y terminación anticipada del contrato, tampoco prosperan las pretensiones indemnizatorias y de condena consecuenciales.

4.2 Las excepciones interpuestas contra la demanda de reconvención

La demandada en reconvención interpuso diecisiete excepciones, replicadas por la demandante en su oportunidad, de las cuales están llamadas a prosperar por las razones ya explicadas en este laudo a las cuales se remite como parte inescindible de este aparte, las siguientes las denominadas “**CUMPLIMIENTO DE RBSAS A SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LA ETAPA PREOPERATIVA**”, “**CUMPLIMIENTO DE RBSAS A SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES RELATIVAS AL PLAN MAESTRO DE**

IMPLEMENTACIÓN y **EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO**, esta última propuesta por varios motivos y prospera parcialmente, única y exclusivamente en lo concerniente a la falta de entrega de estaciones, por cuanto está demostrado que la Concedente no entregó algunas en las fechas previstas en el oficio IDU- 20113460123761 del 8 de marzo de 2011, ni en las de su comunicación 2012 del 22 de junio de 2012¹⁸⁴, que modificó el cronograma de entrega, tal como consta además las actas de entregas y en el dictamen pericial del experto Manuel Salazar¹⁸⁵. Respecto de los demás motivos que la sustentan, no prospera conforme a lo analizado y decidido en el laudo.

Habiendo prosperado parcialmente la pretensión declarativa de inobservancia del acto propio al existir una conducta contradictoria de la demandada en reconvencción en cuanto refiere a la incidencia de la conducta de Transmilenio en lo relativo a la integración de los medios de pago, es claro por lo ya expuesto, que no prosperan las excepciones **“IMPOSIBILIDAD DE TMSA DE REBELARSE EN CONTRA DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SUS ACTOS PROPIOS”**, **“TMSA TRANSGREDIÓ LA CONFIANZA LEGÍTIMA QUE SU PROPIA CONDUCTA GENERÓ EN RBSAS”**, **“BUENA FE DE RBSAS”**, **“INCUMPLIMIENTO DE TMSA DE SU DEBER CONTRACTUAL DE BUENA FE”** fundadas en que no ha desconocido sus propios actos, desde luego, única y exclusivamente respecto de este motivo.

Por cuanto las excepciones que prosperan infirman las restantes pretensiones en su totalidad, no hay lugar a pronunciamiento sobre las demás excepciones¹⁸⁶.

5 LAS OBJECIONES A LOS JURAMENTOS ESTIMATORIOS

Ambas partes objetaron oportunamente los juramentos estimatorios de sus demandas.

La Convocada objetó el juramento estimatorio de la demanda arbitral principal reformada *“por la improcedencia sustancial de las pretensiones ya que es imposible pronunciarnos sobre los cálculos realizados por la parte demandante quien o explica la forma de hacerlo, siendo este el primer motivo de objeción, es decir ninguna de las cifras tiene sustento ni explicación de su cálculo, y por lo tanto no deben tener valor probatorio, no basta jurar, es necesario discriminar la cifra objeto de juramento”*

A tal propósito refiere a las pretensiones, indemnizatorias, restablecimiento por retrasos en la implementación, costos y gastos por almacenaje y bodaje que objeta por referir al *“riesgo de implementación”* y un eventual costo de oportunidad, argumentando in extenso con los documentos contractuales la

¹⁸⁴ Comunicación 2012EE5055 del 22 de junio de 2012. Cuaderno de Pruebas No. 4, cd, folio 85 bis, “7.pdf”. “Para su información y fines pertinentes, de manera atenta me permito informarle las fechas de entrada en operación de las estaciones de las troncales Carrera 10 y Calle 26 las cuales se definieron con base en los acuerdos realizados con Recaudo Bogotá S.A.S. Vale la pena señalar, tal como esta entidad lo ha manifestado en reiteradas ocasiones, que de ser posible, se puede adelantar la puesta en funcionamiento de las estaciones a medida que el concesionario finalice los trabajos de alistamientos”

¹⁸⁵ Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 136.

¹⁸⁶ El artículo 282 de la Ley 1564 de 2012, C.G.P., dispone: Artículo 282. Resolución sobre excepciones. [...] Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes”. En el mismo sentido, disponía el art 306 del C. de P.C. “[...] Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes”. En el mismo sentido, el art. 282 de la Ley 1564 de 2012, C.G.P. en lo pertinente: “Artículo 282. Resolución sobre excepciones. [...] Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes”.

improcedencia de estos pedimentos por corresponder “a riesgos del concesionario”, y carecer de explicación su cuantía, unas sumas refiere a la etapa operativa, otras a obligaciones del concesionario, gastos de pólizas, los intereses no proceden.

La Convocante se opuso a la objeción en tanto los argumentos planteados están sustentados en hechos, sino “en disquisiciones teóricas y transcripciones de normas, decisiones judiciales, interpretaciones propias y transcripciones de partes de cláusulas contractuales y de los anexos y de documentos precontractuales”, a veces contrarias a lo afirmado, a las que se opuso por su carencia de sustento, y concluye la improcedencia de la objeción.

Se objetó el juramento estimatorio de la demanda de reconvencción, sin perjuicio de las excepciones interpuestas par desvirtuar las pretensiones, porque omite discriminar cada uno de los conceptos del daño reputacional, “lo que hace prácticamente imposible” el cumplimiento de la carga de explicar razonadamente la inexactitud, no presenta la cuantía, la suma estimada carece de razonabilidad financiera, lógica y jurídica, ni considera el impacto de su incumplimientos, lo “que, de suyo, hace la tasación del perjuicio irreal e hipotética y sin fundamento”

Consideraciones del Tribunal

El juramento estimatorio, es requisito de la demanda¹⁸⁷ y un medio de prueba que de no ser objetado, prueba la cuantía de las pretensiones¹⁸⁸, salvo la existencia de una manifiesta injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude¹⁸⁹.

El Código General del Proceso, preceptúa:

“ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

“Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

“Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.” Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014¹⁹⁰

¹⁸⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. “CODIGO GENERAL DEL PROCESO LEY 1564 DE 2012. NORMAS VIGENTES”. Ed. Dupré. Bogotá. 2013, 51

¹⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 157 de 2013: ““5.2.2. Por las mismas razones se permite que la parte estime de manera razonada la cuantía de los perjuicios sufridos, bajo la gravedad del juramento, y se reconoce a esta estimación como un medio de prueba que, de no ser objetada, también de manera razonada, o de no mediar una notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena. Esto quiere decir que basta con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía.”

¹⁸⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. “CODIGO GENERAL DEL PROCESO LEY 1564 DE 2012. NORMAS VIGENTES”. Ed. Dupré. Bogotá. 2013, 51

¹⁹⁰ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-067 de 2016.

Por tanto, únicamente “se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación”, pues su finalidad no es controvertir el *petitum* de la demanda, sino su cuantía estimada. De este modo, la objeción formulada contra la demanda arbitral principal reformada no puede ser considerada. De otro lado, el Tribunal no encuentra ligereza en la estimación de la cuantía de las pretensiones de la demanda de reconvención reformada y mucho menos advierte fraude, colusión, falta de diligencia o cuidado en la actuación de la partes o su apoderado, y por consiguiente, no hay lugar a la imposición de la sanción. (Sentencia C-157 de 2013; y C-279 y C-332 de 2013).

No habiendo prosperado la demanda de reconvención, salvo parcialmente la pretensión cuarta, más no en las restantes, incluídas las condenatorias, por sustracción de materia, no hay lugar a pronunciamiento sobre la objeción formulada a la cuantía estimada de sus pretensiones.

6 COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Para el Tribunal, la actuación de las partes y de sus apoderados en el presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno, y recalca su buena fe en el manejo de la problemática planteada.

El Código General del Proceso en el artículo 365 numeral 5º reprodujo el numeral 6º del artículo 392 del Código de procedimiento Civil, según el cual “*En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*”.

Por la prosperidad parcial de parte de las pretensiones de la demanda arbitral principal reformada, y la prosperidad parcial de la pretensión cuarta de la demanda arbitral de reconvención reformada, así como el reconocimiento de fundamento parcial a algunas excepciones, no se impone condena en costas y cada parte asume los costos del presente proceso en las proporciones legales que les corresponde. Tampoco hay lugar a imponer agencias en derecho a alguna de las partes.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y habilitación de las partes, el Tribunal de Arbitramento de conformidad con lo expuesto en los considerandos de esta providencia,

RESUELVE:

Primero: Declarar que prosperan parcialmente las excepciones que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A. formuló bajo la denominación “*Violación del acto propio-principio de buena fe*” y “*Cumplimiento Contractual*”, en los precisos términos y por los motivos expuestos en la parte motiva; y declarar no probadas todas las demás excepciones perentorias que interpuso frente a la demanda arbitral principal reformada

promovida en su contra por RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., por lo expuesto en la parte motiva.

Segundo: Declarar probadas las excepciones perentorias interpuestas por RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., denominadas “*CUMPLIMIENTO DE RBSAS A SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LA ETAPA PREOPERATIVA*”, “*CUMPLIMIENTO DE RBSAS A SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES RELATIVAS AL PLAN MAESTRO DE IMPLEMENTACIÓN*”; parcialmente la “*EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO*” en los precisos términos y por los motivos expuestos en la parte motiva; no probadas las de “*IMPOSIBILIDAD DE TMSA DE REBELARSE EN CONTRA DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SUS ACTOS PROPIOS*”, “*TMSA TRANSGREDIÓ LA CONFIANZA LEGÍTIMA QUE SU PROPIA CONDUCTA GENERÓ EN RBSAS*”, “*BUENA FE DE RBSAS*”, “*INCUMPLIMIENTO DE TMSA DE SU DEBER CONTRACTUAL DE BUENA FE*” en los precisos términos y por los motivos expuestos en la parte motiva, sin lugar a pronunciamiento respecto de las restantes excepciones perentorias que interpuso frente a la demanda arbitral de reconvencción reformada promovida en su contra por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A., en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva.

Tercero: Declarar que el plazo total y definitivo de duración del Contrato de Concesión, corresponde a la sumatoria de la duración de la Etapa Preoperativa prevista en la Cláusula 11, más los quince (15) años fijados para la Etapa Operativa en la Cláusula 12, ambas del mismo Contrato, en los precisos términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: DECLARAR que la duración de la ETAPA PREOPERATIVA tenía un plazo máximo de 24 meses, que se cumplía el 27 de septiembre de 2013.

Quinto: Declarar que entre la fecha en que inició la ETAPA PREOPERATIVA y la fecha de presentación de esta reforma a la demanda, RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. ha padecido un detrimento patrimonial como consecuencia de riesgos previsibles asumidos por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A. y/o por circunstancias o hechos no imputables a las Partes e imprevisibles, que ha causado un desequilibrio económico del Contrato, en los precisos términos y por los conceptos explicados en la parte motiva de esta providencia.

Sexto: Declarar que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A. autorizó a RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. el pedido y la adquisición de equipos sin que la infraestructura y los buses estuvieran disponibles para la instalación de aquellos, por las razones expuestas en la parte motiva.

Séptimo: Declarar que de conformidad con la pactado en el Contrato y en los precisos términos previstos en el mismo, por la autorización otorgada a RBSAS para la adquisición de equipos, la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A. asumió la totalidad del riesgo de los perjuicios sufridos por RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. por las demoras en la implementación del SITP, por lo expuesto en la parte motiva.

Octavo: Declarar que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A. incumplió la obligación de entregar entre la fecha en que inició la ETAPA PREOPERATIVA, es decir el 27 de septiembre de 2011,

y el día 27 de septiembre de 2013, las estaciones indicadas en la parte motiva que no construyó, por las razones expuestas en la parte motiva.

Noveno: Declarar que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A. no adelantó las acciones y gestiones ante la Secretaría Distrital de Movilidad de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., ni ante el Alcalde Mayor para que éste actualizara la tarifa al usuario mediante decreto con base en la evaluación de dicha Secretaría y de acuerdo con la normatividad tarifaria, conforme lo dispone el Contrato, rompiendo el equilibrio económico del Contrato, por las razones expuestas en la parte motiva.

Décimo: Condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A. a reliquidar a RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. el valor de la participación en el ingreso del SITP con base en la CLÁUSULA 59 del Contrato de Concesión, aplicando el valor de la tarifa al usuario, actualizada, de acuerdo con la normatividad tarifaria, conforme lo dispone el Contrato, suma que asciende a COP\$6.511.400.000,00 a marzo de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva. Dicha suma deberá ser actualizada por las partes en la misma forma y con la misma metodología del perito hasta la fecha de este Laudo.

Undécimo: Declarar que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A. no incumplió el Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP, en la fase pre-operativa, salvo en lo que se refiere a la no entrega de las estaciones previstas en el contrato que no fueron construidas, por las razones expuestas en la parte motiva.

Duodécimo: La condena impuesta será cumplida en los términos legales y sobre el capital se causarán intereses de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a partir del día siguiente a la ejecutoria del laudo y hasta la fecha efectiva del pago.

Decimotercero: Por las razones expuestas en la parte motiva, no hay lugar a pronunciamiento respecto de la pretensión primera del tercer grupo de pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones principales y al primero y segundo grupos de pretensiones subsidiarias, por cuanto prosperó la pretensión primera del primer grupo de pretensiones principales y es idéntica.

Decimocuarto: Por las razones expuestas en la parte motiva, denegar las restantes pretensiones principales y subsidiarias de la demanda arbitral principal reformada de RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. contra EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A.

Decimoquinto: Declarar que RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. incumplió su obligación de ejecutar de buena fe el contrato de Contrato 001 de 2011 de CONCESIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP, al violar la teoría de los actos propios con la invocación de causas de imposibilidad diferentes a la conducta de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A., en los precisos términos y por los motivos expuestos en la parte motiva.

Decimosexto: Por las razones expuestas en la parte motiva, denegar todas las demás pretensiones principales y subsidiarias de la demanda arbitral de

reconvención reformada de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A. contra RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.

Decimoséptimo: Abstenerse de imponer condena en costas por lo expuesto en la parte motiva.

Decimooctavo: Declarar causados los honorarios de los árbitros y de la secretaria, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal y reembolsar a las partes los saldos no utilizados de la mismas.

Decimonoveno: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público, con las constancias de ley, y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Vigésimo: En la oportunidad legal, el Presidente hará la liquidación final de gastos y, con la correspondiente cuenta razonada, devolverá, si a ello hubiere lugar, el saldo a las partes.

NOTIFÍQUESE.

El laudo fue notificado en audiencia a los apoderados de las partes.

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA
Presidente

HERNANDO YEPES ARCILA
Árbitro

WILLIAM NAMÉN VARGAS
Árbitro

DIEGO FERNANDO MORALES GIL
Secretario

Contenido

I. EL PROCESO

1 ANTECEDENTES DEL PROCESO.....	1
2 TRÁMITE INICIAL	3
3 PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE	6
4 DESARROLLO DEL PROCESO	6
5 LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN.....	7
6 LA RECONVENCIÓN REFORMADA Y SU CONTESTACIÓN	22
7 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	46
1 PRESUPUESTOS PROCESALES	51
1.1 Capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso	51
1.2 Competencia del Tribunal	52
1.3 Demanda en forma	74
2 LAS PRUEBAS.....	78
2.1 Los testimonios	78
2.2 Los juramentos estimatorios.....	79
2.3 Los dictámenes de parte, su cuestionamiento y contradicción	79
3 LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA Y LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS	90
3.1 Primer grupo de pretensiones principales y subsidiarias	90
3.2 Segundo grupo de pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones principales y subsidiarias	143
3.2.1 Pretensión Primera del segundo grupo de pretensiones subsidiarias	144
3.2.2 Pretensiones segunda y siguientes del segundo grupo de pretensiones subsidiarias.....	144
3.3 Tercer grupo de pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones principales y al primer grupo y segundo grupos de pretensiones subsidiarias.....	193
3.3.1 Pretensiones primera a quinta	194
3.3.2 Pretensiones sexta a décima del primer grupo	195
3.4 Segundo grupo de pretensiones principales.....	214
3.4.1 Pretensión primera del tercer grupo.....	215
3.4.2 Pretensiones segunda y tercera del segundo grupo de pretensiones principales.....	220
3.5 Tercer grupo de pretensiones principales.....	221
3.5.1 Pretensión primera del tercer grupo.....	221
3.5.2 Pretensión segunda del tercer grupo de pretensiones	247
3.5.3 Pretensión tercera del tercer grupo.....	247
3.5.4 Pretensión cuarta del tercer grupo	250
3.5.5 Pretensión quinta del tercer grupo	250
3.5.6 Pretensión sexta del tercer grupo de pretensiones	252
3.5.7 Pretensiones séptima y octava del tercer grupo de pretensiones.....	252
3.5.8 Pretensión novena del tercer grupo de pretensiones	253
3.5.9 Pretensión décima del tercer grupo de pretensiones	253
3.5.10 Pretensión décima primera	255
3.5.11.- Pretensión décima segunda del tercer grupo de pretensiones	257
3.5.12.- Pretensión décima tercera del tercer grupo de pretensiones.....	258
3.6 Las excepciones formuladas a la demanda principal reformada.....	258

3.6.1	Primera excepción: Falta de competencia del tribunal para pronunciarse sobre actuaciones de Transmilenio como ente gestor y sobre aspectos extracontractuales.....	258
3.6.2	Segunda excepción: la naturaleza del contrato de concesión	258
3.6.3	Tercera excepción: las obligaciones sometidas a plazo y su incumplimiento	259
3.6.4	Cuarta excepción: obligaciones de resultado, su pago y la responsabilidad derivada de su incumplimiento.....	260
3.6.5	Quinta excepción: Violación del acto propio-principio de buena fe.....	262
3.6.6	Sexta excepción: sujeto calificado y exposición imprudente al daño	263
3.6.7	Séptima excepción. Falta de legitimación en la causa por pasiva	264
3.6.8	Octava excepción: restablecimiento de la ecuación contractual.....	265
3.6.9	Novena Excepción: cumplimiento contractual.....	266
4	LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ARBITRAL DE RECONVENCIÓN REFORMADA Y LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS.....	267
4.1	Las pretensiones de la demanda de reconvención.....	267
4.1.1	Pretensión primera.....	267
4.1.2	Pretensión segunda.....	272
4.1.3	Pretensión tercera	273
4.1.4	Pretensión cuarta.....	283
4.1.5	Pretensiones Quinta, Sexta y Duodécima.....	283
4.1.6	Las Pretensiones Séptima, Octava, Novena, Décima, Undécima y Décima Tercera.	284
4.2	Las excepciones interpuestas contra la demanda de reconvención	284
5	LAS OBJECIONES A LOS JURAMENTOS ESTIMATORIOS	285
6	COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.....	287
III. PARTE RESOLUTIVA		