

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S.

CONTRA

**EMPRESA DE TRANSPORTE DEL
TERCER MILENIO – TRANSMILENIO
S.A.**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veinte (20) de abril de dos mil dieciocho (2018)

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO PRIMERO ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO.....	6
1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO	6
1.1.- LA PARTE CONVOCANTE	6
1.2.- LA PARTE CONVOCADA.....	6
2.- EL PACTO ARBITRAL.....	7
3.- SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN LA ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO	8
4.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES	11
5.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.....	13
CAPÍTULO SEGUNDO SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA	15
1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA INICIAL.....	15
2.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA INICIAL REFORMADA	19
3.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA REFORMADA.....	27
3.1.- EXCEPCIONES FORMULADAS	27
3.1.1.- INEXISTENCIA DE UN INCUMPLIMIENTO ATRIBUIBLE A TRANSMILENIO QUE SEA CAUSA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN	27
3.1.2.- SUMA NO HA CUMPLIDO CON LA OBLIGACIÓN DE IMPLEMENTACIÓN A SU CARGO, DERIVADA DE LOS COMPROMISOS ASUMIDOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA OPERACIÓN EN SU ZONA, CON LO CUAL HA AFECTADO LA IMPLEMENTACIÓN DEL SITP	27
3.1.3.- LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA QUE SE PREVIÓ FUE GRADUAL Y PROGRESIVA, SIN UN HORIZONTE DEFINIDO PARA SU TERMINACIÓN.....	28
3.1.4.- EL PLAN DE IMPLEMENTACIÓN DE LA OPERACIÓN ZONAL ADJUDICADA AL CONCESIONARIO GENERA OBLIGACIONES A CARGO DE ESTE Y A FAVOR DE TRANSMILENIO, Y EL RIEGO DE QUE LA IMPLEMENTACIÓN NO OCURRA SEGÚN LO PLANEADO POR ESTE EN SU PLAN DE IMPLEMENTACIÓN ES A CARGO DEL CONCESIONARIO.....	28
3.1.5.- LA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA, A LA QUE EL CONTRATO DE CONCESIÓN SE REFIERE, YA SE PRODUJO, Y TRANSMILENIO NO INCUMPLIÓ OBLIGACIÓN QUE ESTUVIERA A SU CARGO EN RELACIÓN CON LA INTEGRACIÓN	29
3.1.6.- LA ETAPA OPERATIVA COMENZÓ CON LA ORDEN DE INICIO DE LA OPERACIÓN	29
3.1.7.- EL CONCESIONARIO HA INCURRIDO EN INCUMPLIMIENTO DE SU OBLIGACIÓN DE MANTENER EN BUEN ESTADO MECÁNICO LOS VEHÍCULOS PARA LA ADECUADA OPERACIÓN DE LA FLORA, AFECTANDO EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA	29
3.1.8.- EL CONCESIONARIO HA INCURRIDO EN INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON EL SUMINISTRO DE LA FLOTA QUE LE HA SIDO SOLICITADA POR TRANSMILENIO	30
3.1.9.- EL CONTRATO DE CONCESIÓN NO OTORGÓ GARANTÍA DE REMUNERACIÓN ESPERADA AL CONCESIONARIO Y ESTE DEBE ASUMIR LAS IMPLICACIONES DE QUE LA MISMA NO SE ALCANCE	30
3.1.10.- SUMA ASUMIÓ EL RIESGO DE OPERACIÓN POR MAYORES COSTOS QUE PUDIERAN PRESENTARSE FRENTE A LOS ESTIMADOS Y DEBE HACERSE CARGO DE LAS IMPLICACIONES DE SU OCURRENCIA	30
3.1.11.- SUMA ASUMIÓ EL RIESGO DE VARIACIÓN DEL PRECIO DE LOS EQUIPOS Y EL CAMBIARIO ASOCIADO A SU ADQUISICIÓN, FRENTE A LOS QUE HUBIEREN SIDO ESTIMADOS POR EL CONCESIONARIO, Y DEBE HACERSE CARGO DE LAS IMPLICACIONES DE SU EVENTUAL OCURRENCIA...31	31
3.1.12.- EL ALISTAMIENTO DE VEHÍCULOS USADOS FORMA PARTE DEL ALEA ORDINARIO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.....	31
3.1.13.- SUMA ASUMIÓ EL RIESGO DE EVASIÓN Y DEBE HACERSE CARGO DE LAS IMPLICACIONES DE SU OCURRENCIA.	31
3.1.14.- SUMA ASUMIÓ EL RIESGO DE DEMANDA Y DEBE HACERSE CARGO DE LAS IMPLICACIONES DE SU OCURRENCIA	31
3.1.15.- LAS CLÁUSULA RELATIVAS A LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN SON VÁLIDAS Y EFICACES Y EL CONCESIONARIO DEBE ASUMIR LOS RIESGOS QUE QUEDARON A SU CARGO EN LA DISTRIBUCIÓN QUE SE EFECTUÓ DE LOS MISMOS, CONFORME A LO PACTADO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y A LO PREVISTO EN LA MATRIZ DE RIESGO	31
3.1.16.- IMPROCEDENCIA DE RECLAMACIONES QUE ENVUELVEN QUEBRANTAMIENTO DEL DEBER DE OBRAR CON BUENA FE OBJETIVA	32
3.1.17. LA INTEGRACIÓN DEL MEDIO DE PAGO YA OCURRIÓ, PUES MEDIANTE UNA MISMA TISC ES POSIBLE ACCEDER A LAS FASES I, II Y III DEL SISTEMA.....	32

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO
TRANSMILENIO S.A. – 4403**

3.1.18.- EL DISEÑO OPERACIONAL ES DEL SISTEMA Y NO UN DISEÑO OPERACIONAL CONCEBIDO PARA EL CONTRATO, Y TRANSMILENIO NO ASUMIÓ FRENTE AL CONCESIONARIO OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE OBTENER UN CIERTO O DETERMINADO DISEÑO OPERACIONAL SEGÚN EL INTERÉS DEL CONCESIONARIO.....	32
3.1.19. SUMA INCUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN DE NO UTILIZAR PATIOS TRANSITORIOS OBJETADOS Y DE CUMPLIR CON LA NORMATIVIDAD AMBIENTAL APLICABLE A LOS MISMOS	33
3.1.20.- LA ETAPA DE TRANSICIÓN EN RELACIÓN CON LA OPERACIÓN EN PATIOS TRANSITORIOS CONTINÚA EN EJECUCIÓN	34
3.1.21.- LA CLÁUSULA 121 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN, EN RELACIÓN CON LA IMPOSICIÓN DE DESINCENTIVOS ES VÁLIDA Y EFICAZ, Y DEBE APLICARSE SEGÚN LO ESTIPULADO.....	34
3.1.22.- EL SITP PROVISIONAL TIENE BASE LEGAL Y EL DESARROLLO DE LA GESTIÓN DE TRANSMILENIO EN RELACIÓN CON EL MISMO NO IMPLICA VIOLACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN	35
3.1.23.- LA COEXISTENCIA DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO POR LOS VEHÍCULOS QUE OPERABAN EN EL TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO HASTA SU VINCULACIÓN A CUALQUIERA DE LOS CONCESIONARIOS DEL SITP O HASTA LA DESINTEGRACIÓN DE LOS MISMOS POR PARTE DE LOS CONCESIONARIOS ESTABA PREVISTO DESDE EL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN Y FUE ACEPTADA POR EL CONCESIONARIO – IMPROCEDENCIA DE UN RECLAMO QUE SE FUNDA EN EL DESCONOCIMIENTO DE LO PACTADO	35
3.1.24.- EL CONCESIONARIO DEBE ASUMIR LAS CONSECUENCIAS ADVERSAS DE LA INEJECUCIÓN O EJECUCIÓN DEFECTUOSA DEL ACUERDO DE CRUCE DE FLOTA CELEBRADO ENTRE CONCESIONARIOS EN RELACIÓN CON VEHÍCULOS DEL TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO QUE SE DEBÍAN INTEGRAR A SU FLOTA O SE DEBÍAN CHATARRIZAR, FRENTE A LA IMPLICACIÓN QUE DE ELLO SE PUEDA DERIVAR RESPECTO DEL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES BAJO EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y RESPECTO DE LOS RIESGOS POR ESTE ASUMIDOS	36
3.1.25.- INEXISTENCIA DE LOS SUPUESTOS PARA LA DECLARACIÓN DE LA RUPTURA DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA DEL CONTRATO.....	36
3.1.26.- INEXISTENCIA DE LOS SUPUESTOS LEGAL Y JURISPRUDENCIALMENTE EXIGIBLES PARA QUE LA PROCEDENCIA DE LA REVISIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.....	36
3.1.27.- EN LA REMUNERACIÓN ACORDADA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN QUEDÓ COMPRENDIDO EL EFECTO ECONÓMICO DE LA ASUNCIÓN DE RIESGOS CONTRACTUALES QUE ASUMIÓ EL CONCESIONARIO, QUIEN DEBE, POR TANTO, ATENERSE A LO PACTADO	37
3.1.28.- EL CONTRATO DEBE SER EJECUTADO CONFORME A LO PACTADO – PACTA SUNT SERVANDA – EN LO RELACIONADO CON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS ACORDADA ENTRE LAS PARTES Y EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL CONCESIONARIO	37
3.1.29.- TRANSACCIÓN Y SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS	37
3.1.30.- EL CONCESIONARIO DEBÍA BASAR SU PROPUESTA EN SUS PROPIOS ESTUDIOS TÉCNICOS Y EN SUS PROPIAS ESTIMACIONES, BAJO SU RESPONSABILIDAD.....	38
3.1.31.- CARENCIA ABSOLUTA DE DERECHO A INTERESES MORATORIOS	38
4.- PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.....	38
5.- HECHOS DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	40
6.- LA CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	41
6.1.- EXCEPCIONES FORMULADAS.	41
6.1.1.- LOS DESINCENTIVOS CONTENIDOS EN EL OTROSÍ NÚMERO 5 DE 2011 SON ILEGALES POR NO ESTAR CONTEMPLADOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES Y EN EL CONTRATO NÚMERO 010 DE 2010 Y CARECER DE CAUSA LEGAL SU PACTO	41
6.1.2.- TRANSMILENIO EJERCIÓ FUERZA SO PENA DE CONSECUENCIAS FUNESTAS PARA LOS CONCESIONARIOS, CON MIRAS A LOGRAR LA SUSCRIPCIÓN DEL OTROSÍ No. 5 DE 2011	41
6.1.3.- EN CASO DE NO PROSPERAR LAS ANTERIORES EXCEPCIONES, LOS DESINCENTIVOS DEBEN RECIBIR EL TRATAMIENTO DE MULTAS, COMO SANCIÓN PECUNIARIA DE APREMIO, CONSECUENCIA DE LO CUAL DEBEN APLICARSE EN UN TODO LOS ARTÍCULOS 17 DE LA LEY 1150 DE 2007 Y 86 DE LA LEY 1474 DE 2011, EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 52 DEL CPACA	41
6.1.4.- SI LOS DESINCENTIVOS NO SON MULTAS SINO CLÁUSULAS PENALES GOBERNADAS POR EL DERECHO PRIVADO, DEBEN SER IMPUESTOS POR EL JUEZ DEL CONTRATO PREVIA COMPROBACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO Y REVISIÓN DE ESTE TRIBUNAL DE LAS CAUSALES QUE DAN LUGAR A LOS DESINCENTIVOS Y BAJO LA PREMISA QUE CORRESPONDEN A SITUACIONES TÍPICAS QUE EN VERDAD AFECTEN EL SERVICIO Y NO POR NIMIEDADES NORMALES Y, EN LOS POQUÍSIMOS CASOS EN QUE LA CAUSAL PODRÍA SER OBJETIVA, LOS DESINCENTIVOS SON EXORBITANTES Y NO CORRESPONDEN A LAS CONDICIONES OPERACIONALES REALES SINO TEÓRICAS.....	42
6.1.5.- RESULTA CONFISCATORIO Y SIN NINGUNA CAUSA QUE LOS DESINCENTIVOS AFECTEN LA REMUNERACIÓN DEL CONTRATISTA EN LOS COMPONENTES DENOMINADOS REMUNERACIÓN POR	

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO
TRANSMILENIO S.A. – 4403**

VEHÍCULO (TMVZ) Y REMUNERACIÓN POR KILOMETRO (TKMZ), POR LO QUE SOLO DEBERÍA COBIJAR LA REMUNERACIÓN POR PASAJEROS	42
6.1.6.- LOS DESINCENTIVOS EN CASO DE MANTENERSE DEBEN TENER UN LÍMITE MÁXIMO, SI ACASO, DEL 10% DEL VALOR DE LA REMUNERACIÓN POR PASAJEROS (TPASZ) QUE RECIBA EL CONCESIONARIO DURANTE EL MES EN QUE SE HAYA CAUSADO LA SANCIÓN CORRESPONDIENTE	42
6.1.7.- TRANSMILENIO HA INCUMPLIDO LO NECESARIO PARA LA INTEGRACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DEL SITP, POR LO QUE, A PESAR DE EXISTIR FORMALMENTE ACTA DE INICIO DE OPERACIÓN, ÉSTA NO SE HA DADO EN LOS TÉRMINOS CONTRACTUALES Y EN CONSECUENCIA NO HAY LEGITIMACIÓN PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DESINCENTIVOS	42
6.1.8.- LOS DESINCENTIVOS QUE A LA FECHA PRETENDE HACER EFECTIVOS TRANSMILENIO, NO SE SOPORTAN EN PRUEBAS IDÓNEAS Y AJUSTADAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LO QUE NO PUEDEN SERVIR DE BASE PARA SU “IMPOSICIÓN” NI GARANTIZAN EL MÍNIMO DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DEL CONCESIONARIO EN LA MEDIDA EN QUE COMO SE HAN “IMPUESTO”, SE BASAN SIMPLEMENTE EN UN MANUAL DE OPERACIONES EMANADO UNILATERALMENTE DE TRANSMILENIO Y EN DOCUMENTOS QUE CORRESPONDEN A AFIRMACIONES DE FUNCIONARIOS DE ÉSTA ENTIDAD PÚBLICA SIN LA EXISTENCIA DE LA COMPROBACIÓN REAL DE LOS HECHOS QUE LOS SOPORTAN; SIN AUTOR NI FECHA CONOCIDA PARA EL CASO DE LOS VIDEOS Y FOTOGRAFÍAS ADEMÁS DE HABER SIDO EDITADOS, POR LO QUE SUMA DESCONOCE Y TACHA LOS DOCUMENTOS DADOS POR TRANSMILENIO EN SOPORTE DE LOS DESINCENTIVOS	42
6.1.9.- ABUSO, ARBITRARIEDAD, DESMEDIDA Y DESPROPORCIONADA IMPOSICIÓN POR PARTE DE TRANSMILENIO QUE ESTÁ PONIENDO EN RIESGO EL SITP MISMO POR ASPECTOS MENORES, NO MEDIBLES NI COMPROBABLES, ORDINARIOS MUCHAS VECES EN ESTE TIPO DE SERVICIOS Y SIN NINGUNA AFECTACIÓN REAL DEL SERVICIO DE TRANSPORTE MASIVO DE PERSONAS. EL RIESGO ES DE TAL ENTIDAD QUE TRANSMILENIO, CON LA APLICACIÓN DE LOS DESINCENTIVOS, PONE EN RIESGO LA OPERACIÓN DE SUMA DEBIDO A QUE, EN EL ESTADO ACTUAL DEL CONTRATO, NI LAS UTILIDADES QUE RECIBIRÍA EL SUSCRITO CONCESIONARIO ALCANZARÍAN PARA EL PAGO DE ESTOS DESINCENTIVOS....	43
6.1.10.- DESATENCIONES JUSTIFICADAS Y CON EXPLICACIONES QUE ENERVAN EL REPROCHE Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA	43
6.1.11.- NO CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES	43
6.1.12.- DESINCENTIVOS SIN COMPETENCIA PARA IMPOSICIÓN	44
6.1.13.- FALLAS EN EL SIRCI CON INCIDENCIA EN DESINCENTIVOS	44
CAPÍTULO TERCERO	45
CONSIDERACIONES PARA RESOLVER	45
1.- PRESUPUESTOS PROCESALES	45
2.- IMPLEMENTACIÓN DEL SITP E INICIO DE LA ETAPA OPERATIVA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN (PRETENSIONES PRIMERA A QUINTA DE LA DEMANDA)	45
2.1.- LA POSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DEL SITP	45
2.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE	45
2.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA	48
2.2.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	50
3.- SOBRE LOS RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL (PRETENSIONES SEXTA, SÉPTIMA Y SUBSIDIARIA)	64
3.1.- LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DE RIESGOS	64
3.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE	64
3.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA	64
3.2.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN MATERIA DE RIESGOS	68
3.2.1.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LAS PRETENSIONES SEXTA, SÉPTIMA Y SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA EN MATERIA DE RIESGOS	68
3.2.2.- CARÁCTER RESIDUAL DEL REQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO A PARTIR DE LA MATRIZ DE RIESGOS	74
4.- SOBRE EL SITP PROVISIONAL (PRETENSIÓN DUODÉCIMA)	81
4.1.- LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DEL SITP PROVISIONAL	81
4.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE	81
4.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA	82
4.1.3.- ALEGACIONES FINALES DE LA CONVOCANTE	82
4.1.4.- ALEGACIONES FINALES DE LA CONVOCADA	83
4.2.- TESTIMONIOS SOBRE EL SITP PROVISIONAL	85
4.2.1.- VALORACIÓN PROBATORIA DE LOS TESTIMONIOS SOBRE EL SITP PROVISIONAL	85

4.2.2.- ALCANCE DE LOS TESTIMONIOS SOBRE EL SITP PROVISIONAL	87
4.3.- <i>CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL</i>	98
5.- <i>SOBRE LOS SERVICIOS ILEGALES DE TRANSPORTE (PRETENSIÓN DECIMOTERCERA)</i>	110
5.1.- <i>LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DE SERVICIOS ILEGALES DE TRANSPORTE</i>	110
5.1.1.- <i>LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE</i>	110
5.1.2.- <i>LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA</i>	111
5.2.- <i>ANÁLISIS DE LA MATRIZ DE RIESGOS EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS ILEGALES DE TRANSPORTE</i>	111
5.3.- <i>VALORACIÓN PROBATORIA DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS ILEGALES DE TRANSPORTE</i>	114
5.3.1.- <i>VALORACIÓN DE LOS TESTIMONIOS EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS ILEGALES DE TRANSPORTE</i>	115
5.3.2.- <i>VALORACIÓN DE LOS PERITAJES EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS ILEGALES DE TRANSPORTE</i>	118
5.3.2.1.- <i>VALORACIÓN GENERAL DE LOS PERITAJES RELACIONADOS CON LOS SERVICIOS ILEGALES DE TRANSPORTE</i>	118
5.3.2.2.- <i>CONSIDERACIONES PRECISAS SOBRE EL PERITAJE DE PAOLA ORTIZ S.A.S. A CARGO DE JOSÉ EDWIN TORRES</i>	121
6.- <i>LA BAJA DEMANDA DE PASAJEROS Y LA EVASIÓN EN LA OPERACIÓN DEL SITP (PRETENSIONES DECIMOCUARTA, DECIMOQUINTA, SUBSIDIARIA DE LA DECIMOQUINTA, DECIMOSEXTA)</i>	124
6.1.- <i>LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DE BAJA DEMANDA Y EVASIÓN</i>	124
6.1.1.- <i>LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE</i>	124
6.1.2.- <i>LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA</i>	124
6.2.- <i>VALORACIÓN PROBATORIA SOBRE LA BAJA DEMANDA Y LA EVASIÓN</i>	125
7.- <i>INDICADORES CONTRACTUALES (PRETENSIÓN DECIMOSÉPTIMA)</i>	137
7.1.- <i>LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DE INDICADORES CONTRACTUALES</i>	137
7.1.1.- <i>LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE</i>	137
7.1.2.- <i>LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA</i>	138
7.2.- <i>CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL</i>	140
7.2.1.- <i>LAS CONSIDERACIONES EFECTUADAS EN LOS ACÁPITES CORRESPONDIENTES AL PARALELISMO DE RUTAS PROVISIONALES, LA EVASIÓN, LA OPERACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE ILEGALES Y LAS DISTANCIAS RECORRIDAS EN VACÍO POR LA OPERACIÓN DE LOS PATIOS TRANSITORIOS</i>	140
7.2.2.- <i>LO ESTABLECIDO EN EL PLIEGO DE CONDICIONES, EN LOS DOCUMENTOS QUE LO INTEGRAN Y EN LA MATRIZ DE RIESGOS DEL CONTRATO</i>	140
8.- <i>ENTREGA DE PATIOS DEFINITIVOS (PRETENSIÓN DECIMOCTAVA)</i>	146
8.1.- <i>LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DE INDICADORES CONTRACTUALES</i>	146
8.1.1.- <i>LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE</i>	146
8.1.2.- <i>LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA</i>	147
8.2.- <i>CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL</i>	148
8.2.1.- <i>ESTIPULACIONES CONTRACTUALES RESPECTO DE LA DISPONIBILIDAD DE PATIOS DEFINITIVOS. DURACIÓN Y PRÓRROGA DEL PERÍODO DE TRANSICIÓN PARA LA OPERACIÓN DE PATIOS TRANSITORIOS</i>	148
8.2.2.- <i>RIESGOS OPERATIVOS ASUMIDOS POR EL CONTRATISTA CONFORME A LA MATRIZ DE RIESGOS DEL CONTRATO</i>	149
8.3.- <i>LA CONCLUSIÓN PARA EL CASO CONCRETO</i>	156
9.- <i>DESINCENTIVOS (PRETENSIONES VIGESIMOTERCERA PRINCIPAL Y SUS DOS SUBSIDIARIAS, VIGESIMOCUARTA, VIGESIMOQUINTA, VIGESIMOSEXTA, VIGESIMOSÉPTIMA Y VIGESIMOCTAVA)</i>	160
9.1.- <i>LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DE DESINCENTIVOS</i>	161
9.1.1.- <i>LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE</i>	161
9.1.2.- <i>LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA</i>	162
9.2.- <i>CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL</i>	165
9.2.1.- <i>LA AUSENCIA DE CONOCIMIENTO Y/O ACOMPAÑAMIENTO JURÍDICO DEL REPRESENTANTE LEGAL DE SUMA S.A.S. COMO CAUSAL DE INVALIDACIÓN DEL OTROSÍ N° 5</i>	165
9.2.2.- <i>LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS ESTATALES Y DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO APLICABLE</i>	168
9.2.3.- <i>LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 17 DE LA LEY 1150 DE 2007 Y 86 DE LA LEY 1474 DE 2011. ALCANCE NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL, OBLIGATORIEDAD DE SU DISPOSICIÓN Y POSIBILIDAD DE ESTIPULACIONES CONTRACTUALES EN CONTRARIO</i>	170

9.2.4.- APRECIACIONES GENERALES SOBRE LAS CLÁUSULAS PENALES PECUNIARIAS Y SU INCLUSIÓN EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON LAS MULTAS DE APREMIO PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 17 DE LA LEY 1150 DE 2007 Y 86 DE LA LEY 1474 DE 2011	173
9.2.5.- EL DEBIDO PROCESO COMO PRESUPUESTO DE RANGO CONSTITUCIONAL PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS	175
9.2.6.- EL PROCEDIMIENTO CONSAGRADO EN LAS CLÁUSULAS 121 Y 131 DEL CONTRATO No. 010 DE 2010	179
9.3.- <i>CONCLUSIONES DEL CASO</i>	187
10.- REVISIÓN CONTRACTUAL (PRETENSIONES OCTAVA, NOVENA, DÉCIMA, UNDÉCIMA, DECIMONOVENA Y SU SUBSIDIARIA, VIGÉSIMA, VIGESIMOPRIMERA, VIGESIMOSEGUNDA Y LA SUBSIDIARIA A LAS ÚLTIMAS TRES)	190
10.1.- <i>LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DE REVISIÓN CONTRACTUAL</i>	190
10.1.1.- <i>LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE</i>	190
10.1.2.- <i>LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA</i>	192
10.2.- <i>CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL</i>	193
10.2.1.- <i>FUNDAMENTO TEÓRICO DE LA REVISIÓN CONTRACTUAL</i>	193
10.2.2.- <i>ALCANCE DE LOS PERITAJES CON RELACIÓN A LA REVISIÓN CONTRACTUAL</i>	200
10.3.- <i>CONCLUSIONES SOBRE LA REVISIÓN CONTRACTUAL</i>	202
11.- <i>SOBRE LAS EXCEPCIONES 16, 17 Y 29 PLANTEADAS POR TRANSMILENIO S.A.</i>	205
12.- <i>JURAMENTO ESTIMATORIO</i>	205
13.- <i>COSTAS</i>	207
CAPÍTULO CUARTO PARTE RESOLUTIVA	208

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S.

CONTRA

**EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –
TRANSMILENIO S.A.**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veinte (20) de abril de dos mil dieciocho (2018).

El Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S.** como parte Convocante, y la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**, como parte Convocada, profiere el presente Laudo Arbitral después de que todas las etapas que la normativa vigente (Ley 1563 de 2012 y normas complementarias) prevé para el desarrollo del proceso arbitral.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO

Los extremos de este proceso arbitral son los siguientes:

1.1.- LA PARTE CONVOCANTE

La parte Convocante en este proceso es **ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S** (en adelante y para los efectos del presente Laudo Arbitral **ORGANIZACIÓN SUMA, SUMA** o **CONCESIONARIO O CONTRATISTA**), sociedad comercial, con domicilio en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por su Gerente, como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el expediente, y quien actúa a través de apoderado judicial, con fundamento en el poder que reposa en el expediente.

1.2.- LA PARTE CONVOCADA

La parte Convocada es la sociedad **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**, (en adelante **TRANSMILENIO** o **CONTRATANTE**), sociedad por acciones con domicilio principal en la ciudad de

Bogotá, constituida entre entidades públicas del orden Distrital, bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonial. Representada legalmente por su Gerente, tal y como consta en los documentos que obran en el expediente. En este proceso actúa a través de apoderado judicial.

2.- EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es el contenido en la cláusula compromisoria incorporada en el Contrato de Concesión No. 010 de 2010, cuyo objeto es:

“Otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP, al CONCESIONARIO, en la Zona, 12) CIUDAD BOLIVAR bajo los términos, condiciones y con las limitaciones previstas en el presente Contrato y en el pliego de condiciones de la licitación. Dicha concesión otorgará el derecho a operar de forma preferencial y no exclusiva al CONCESIONARIO las siguientes Zonas en que se ha dividido la ciudad, para la prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros Bajo el esquema SITP: 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLIVAR Y 13) USME, que hacen parte de las trece (13) zonas en que se ha dividido la ciudad de Bogotá.”

La Cláusula Compromisoria incorporada en dicho negocio jurídico es del siguiente tenor:

“CAPÍTULO 29. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. - CLÁUSULA 177. 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 cualquiera discrepancia relacionada con la existencia, validez o terminación del Contrato, serán resueltas a través de un Tribunal de Arbitramento.*

Lo anterior, sin perjuicio de que puedan acudir a cualquiera de los mecanismos de solución de conflictos previstos en la normatividad.

178. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO EN DERECHO

Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión a 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:

178.1. El tribunal estará compuesto 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 (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de presentación de la respectiva solicitud de citación del Tribunal. En el caso en que el valor de

estimación del conflicto o de las pretensiones se encuentre por debajo de tal valor, se asignará un único árbitro.

178.2. El Tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros con sede en Bogotá, escogidos de común acuerdo por las partes. En caso de desacuerdo serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.

178.3. Los árbitros decidirán en derecho.

178.4. 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 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, y por las demás normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.

178.5. La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento.

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

178.7. 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.”

3.- SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN LA ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

Las actuaciones adelantadas en el presente proceso arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

3.1.- La sociedad **ORGANIZACIÓN SUMA** presentó el 9 de diciembre de 2015 la demanda arbitral con la que se dio inicio a este proceso.

3.2.- La designación de árbitros se produjo de consuno por las partes. Aceptada por estos, el Tribunal se instaló en audiencia el 18 de abril de 2016. En esta se fijó como sede y la de su Secretaría el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se designó Presidente y Secretario, este último de la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente aceptó su designación y tomó posesión.

3.3.- Mediante Auto No. 2 de esa misma fecha se admitió la demanda y se ordenó correr traslado de ella por el término legal al extremo Convocado; igualmente se ordenó notificar dicha providencia al Ministerio Público, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a quienes, previamente, ya se les había dado aviso de la existencia del proceso, una vez la demanda fue presentada.

3.4.- En contra de la providencia que admite la demanda, la Convocada **TRANSMILENIO** interpuso recurso de reposición el que, luego de surtido el traslado de ley a la Convocante, fue resuelto mediante el Auto N° 3 del 2 de junio de 2016 en el que no se repuso el auto impugnado.

3.5.- El 11 de agosto de 2016 la Convocada contestó la demanda, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio, aportó pruebas y solicitó el decreto y práctica de otras. En la misma oportunidad, la Convocada presentó demanda de reconvención en contra de la sociedad **ORGANIZACIÓN SUMA**.

3.6.- Mediante Auto No. 4 del 23 de agosto de 2016, el Tribunal tuvo por contestada en tiempo la demanda arbitral por parte del extremo Convocado, admitió la demanda de reconvención promovida por **TRANSMILENIO** y en consecuencia corrió traslado de este escrito a la parte Convocada en reconvención **ORGANIZACIÓN SUMA**. Igualmente corrió traslado a la parte Convocante de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio propuestas por la Convocada respecto de la demanda inicial.

3.7.- El 5 de septiembre de 2016 la parte Convocante presentó escrito mediante el cual se manifestó respecto de las excepciones de mérito propuestas por la parte Convocada y de la objeción al juramento estimatorio, aportó pruebas y solicitó el decreto de otras.

3.8.- El 23 de septiembre la Convocante **ORGANIZACIÓN SUMA** contestó la demanda de reconvención promovida por **TRANSMILENIO**, formuló excepciones de mérito, aportó pruebas y solicitó el decreto y práctica de otras.

3.9.- Mediante Auto No. 5 del 28 de septiembre de 2016, el Tribunal tuvo por contestada la demanda de reconvención promovida por **TRANSMILENIO** en contra de **ORGANIZACIÓN SUMA**, y, en consecuencia, corrió traslado de las excepciones de mérito propuestas por **ORGANIZACIÓN SUMA** respecto de la de la demanda de reconvención y de la objeción al juramento estimatorio.

3.10.- El 10 de octubre de 2016 la parte Convocada **TRANSMILENIO** a su vez Convocante en reconvención presentó escrito en el que se manifestó respecto de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio presentado por la Convocante a su vez Convocada en reconvención **ORGANIZACIÓN SUMA** en relación con la demanda de reconvención, aportó pruebas y solicitó el decreto de otras.

3.11.- El 6 de diciembre de 2016 la parte Convocante **ORGANIZACIÓN SUMA** presentó escrito de reforma de la demanda arbitral.

3.12.- En la misma oportunidad, **ORGANIZACIÓN SUMA** presentó solicitud de medidas cautelares.

3.13.- El 6 de diciembre de 2016, la parte Convocada, **TRANSMILENIO**, presentó reforma de la demanda de reconvención.

3.14.- Mediante providencia del 18 de enero de 2017 el Tribunal admitió la demanda arbitral reformada y corrió traslado a la parte Convocada **TRANSMILENIO**.

Mediante la misma providencia, el Tribunal admitió la demanda de reconvención reformada y corrió traslado de esta a la parte Convocada en reconvención **ORGANIZACIÓN SUMA**.

Igualmente corrió traslado a **TRANSMILENIO** de la solicitud de medidas cautelares presentada por la Convocante.

3.15.- El 24 de enero de 2017 **TRANSMILENIO** interpuso recurso de reposición contra el auto No. 8 que admitió la reforma de la demanda.

3.16.- Por Secretaría el día 26 de enero de 2017 se corrió traslado a la parte Convocante y al Ministerio Público del recurso de reposición interpuesto por **TRANSMILENIO** en contra del auto que admitió la reforma de la demanda arbitral.

3.17.- EL 26 de enero de 2017 **TRANSMILENIO** presentó escrito mediante el cual se manifestó respecto de la solicitud de medidas cautelares presentada por la Convocante **ORGANIZACIÓN SUMA**.

3.18.- El 27 de enero de 2017 la parte Convocante **ORGANIZACIÓN SUMA** describió traslado del recurso de reposición interpuesto por **TRANSMILENIO** en contra del auto que admitió la reforma de la demanda arbitral.

3.19.- Mediante Auto No. 9 del 2 de febrero de 2017 el Tribunal repuso y, en su lugar, **INADMITIÓ** la reforma de la demanda promovida por la **ORGANIZACIÓN SUMA**, contra **TRANSMILENIO S.A.**

3.20.- El 7 de febrero de 2017 la parte Convocante subsanó la demanda reformada.

3.21.- En la misma fecha la parte Convocante contestó la demanda de reconvención reformada, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó el decreto y práctica de pruebas.

3.22.- Mediante providencia del 24 de febrero de 2017 el Tribunal admitió la reforma de la demanda arbitral promovida por **ORGANIZACIÓN SUMA** en contra de **TRANSMILENIO**, y corrió traslado de esta a la parte Convocada, tuvo por contestada la demanda de reconvención por parte **ORGANIZACIÓN SUMA**, y corrió traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio a la Convocante en reconvención **TRANSMILENIO**.

3.23.- El tribunal mediante Auto No. 11 del 24 de febrero de 2017 negó las medidas cautelares pedidas por **ORGANIZACIÓN SUMA**.

3.24.- El 6 de marzo de 2017 la Convocante en reconvención describió el traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio.

3.25.- El 17 de marzo de 2017 **TRANSMILENIO** contestó la demanda reformada, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio, aportó documentos y solicitó el decreto y práctica de pruebas.

3.26.- Mediante providencia del 24 de marzo de 2017 el Tribunal tuvo por contestada la demanda reformada por parte de la Convocada **TRANSMILENIO**, y corrió traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio a la parte Convocante **ORGANIZACIÓN SUMA**.

3.27.- El 5 de abril de 2017 la parte Convocante recorrió el traslado a las excepciones, propuestas por la Convocada frente a la demanda reformada y de la objeción del juramento estimatorio y acompañó pruebas documentales.

3.28.- El 17 de abril de 2017 se llevó a cabo la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, en la cual las partes manifestaron la imposibilidad de llegar a un acuerdo, por lo que mediante Auto No. 13 se fijaron honorarios y gastos, los cuales fueron oportunamente pagados por las partes.

4.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES

4.1.- El 5 de julio de 2017 se celebró la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal, después de analizar el alcance del pacto arbitral en cuanto a la materia y en cuanto a los sujetos de cara a los asuntos sometidos a arbitraje, mediante Auto No. 14 se declaró competente para conocer y resolver en derecho de las controversias planteadas por entre las partes de este proceso.

4.2.- En firme el auto mediante el cual se asumió competencia para conocer y decidir el litigio, se abrió pruebas el proceso mediante Auto No. 15.

4.3.- La etapa probatoria se desarrolló así:

Pruebas solicitadas por la Convocante:

a.- El 18 de julio de 2017 la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES remitió copia de las providencias que decretaron la liquidación judicial de las empresas Coobus y Egobus.

b.- El 21 de julio de 2017 la SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE, remitió copia de la Resolución No. 15148 de 2013, mediante la cual se impuso sanción a Transmilenio por la no unificación de las tarjetas del SITP.

c.- El 1º de agosto de 2017 **TRANSMILENIO**, en cumplimiento del requerimiento realizado por el Tribunal, remitió copia de la documentación relacionada con los antecedentes del Otrosí No. 5 al Contrato materia de este proceso, de los manuales de operación del sistema de alimentación fase I y del SITP, entre otros.

d.- El 2 de agosto de 2017 FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A. remitió copia del Contrato de Fiducia Mercantil irrevocable suscrito con **ORGANIZACIÓN SUMA**, los requerimientos realizados para trasladar los recursos correspondientes a la retención al Fideicomiso, entre otros.

e.- Tanto la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN como el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, manifestaron haber remitido los requerimientos realizados por el Tribunal a las dependencias encargadas, pero al respecto no se obtuvo respuesta por parte de ninguna de las dos Corporaciones.

f.- Se practicó un dictamen pericial económico y financiero a cargo del perito Julio E. Villarreal, un dictamen técnico a cargo del perito **José Edwin Torres Rueda** y un dictamen contable a cargo de **Gloria Zady Correa Palacio**, los cuales fueron aportados por la parte Convocante.

h.- Se practicó un dictamen pericial informático elaborado por el perito **Raúl Wexler Pulido Téllez**.

i.- Se practicaron los testimonios de **Andrés Velasco, Manuel Salazar, Camilo Badillo Melgarejo, Milena Martínez Palacio, Julio Andrés Beltrán Rivera, Gustavo Adolfo Rocha, Ruth Johanna Camargo Pérez, Jairo Angarita Feo, Héctor Damián Cortés, Libardo Polanco Cruz y William Andrés Rodríguez**.

j.- Por solicitud de la parte Convocante, el Tribunal aceptó el desistimiento de los testimonios de **Edwin Cortés Mejía, Alejandro Jaramillo, Aleida Martínez, Javier Hernández, Hugo Muñoz, Germán Murillo Organista, Luis Adolfo Clavijo Clavijo y Juan Vicente Valbuena Niño**.

k.- La SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD rindió prueba por informe, respecto de las infracciones codificadas con el número 590 de la Resolución 10800 de 2003 desde el 2011 a la fecha, con el objeto de demostrar cualitativamente la existencia del servicio público de transporte no autorizado y, adicionalmente, y respecto de los operativos de control y vigilancia de ilegalidad llevados a cabo desde el 2011 a la fecha.

Pruebas Solicitadas por la Convocada:

a.- La SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD rindió prueba por informe sobre la evolución y estado actual de la implantación del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP, entre otros temas.

b.- El 7 de noviembre de 2017 se practicó el interrogatorio de parte del Representante Legal del extremo Convocante.

c.- Se practicó el dictamen pericial financiero y contable a cargo del perito INTEGRAL AUDITORÍA Y CONSULTORÍA.

d.- Se recibieron los testimonios de **Nubia Quintero Hernández, Jhonn Haiver Cubillos Matallana, Carolina Sarmiento Galindo, Anna María**

Konstantinovskaya, Harold Ricardo García Cortés, Yeimy Andrea Aponte Hincapié, Weisner Andrés Bustamante Álvarez y Claudia Janeth Mercado Velandia.

e.- Por solicitud de la parte Convocada el Tribunal aceptó el desistimiento de la práctica de los testimonios de **Claudia Soraya Rodríguez Niéto, Mario Enrique Gómez Fernández, Daniel Alberto Díaz Giraldo, Carlos Hernán Mojica Mojica, Diana Gisela Parra Correa, Nidia Andrea Abella Vergara, Héctor Hugo Betancourt Ramírez y Cristina Sandoval Forero.**

4.4.- Agotada la instrucción del proceso el Tribunal señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones, la cual se celebró el 18 de enero 2018 y en ella las partes expusieron oralmente sus alegaciones y entregaron la versión escrita de sus intervenciones.

Por solicitud del Ministerio Público y aceptación de las partes concedió plazo hasta el 1º de febrero de 2018 al Ministerio Público para que emitiera su concepto, el cual fue presentado en esa fecha.

5.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

La primera audiencia de trámite se surtió el día 5 de julio de 2017, por lo que el término de duración de este proceso, que inicialmente fue de cuatro (4) meses, debía vencer el 5 de noviembre de 2017. Sin embargo, el término de duración del proceso fue prorrogado por las partes, con arreglo a la Ley, en dos ocasiones, prórrogas que fueron decretadas por el Tribunal así:

- Mediante providencia del 18 de enero de 2018, el proceso fue prorrogado por el término de un (1) mes.
- Mediante providencia del 8 de marzo de 2018, el proceso fue prorrogado por el término de dos (2) meses.

En consecuencia, en virtud de lo pactado por las partes, el término de duración del proceso es de siete (7) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. Lo anterior significa que el término de duración del proceso se extendió, inicialmente, hasta el 5 de febrero de 2018.

Al término de duración del proceso se le deben agregar o adicionar los días en el que el mismo estuvo suspendido por solicitud conjunta de las partes, con la limitación prevista en la ley, así:

Auto que decretó la suspensión	Suspensión	Total días calendario suspendidos
Auto 16 del 12 de julio de 2017	Entre el 13 de julio de 2017 y el 25 de julio de 2017, ambas fechas inclusive.	13

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO
TRANSMILENIO S.A. – 4403**

Auto 17 del 26 de julio de 2017	Entre el 27 de julio de 2017 y el 30 de julio de 2017, ambas fechas inclusive.	4
Auto 18 del 1 de agosto de 2017	Entre el 2 de agosto de 2017 y el 9 de agosto de 2017, ambas fechas inclusive.	8
Auto 21 del 17 de agosto de 2017	Entre el 18 de agosto de 2017 y el 21 de agosto de 2017, ambas fechas inclusive.	4
Auto 24 del 31 de agosto de 2017	Entre el 1 de septiembre de 2017 y el 21 de septiembre de 2017, ambas fechas inclusive.	21
Auto 28 del 5 de octubre de 2017	Entre el 11 de octubre de 2017 y el 18 de octubre de 2017, ambas fechas inclusive.	6
Auto 32 del 9 de noviembre de 2017	Entre el 10 de noviembre de 2017 y el 15 de noviembre de 2017, ambas fechas inclusive.	6
Auto No. 36 de diciembre 15 de 2017	Entre el 16 de diciembre de 2017 y el 17 de enero de 2018, ambas fechas inclusive.	33
Providencia del 18 de enero de 2018	Entre el 19 de enero de 2018 y el 13 de febrero de 2018, ambas fechas inclusive.	26
TOTAL		121

Por lo anterior, al adicionarse al 5 de febrero de 2017 ciento veinte (120) días calendario, el término de duración del proceso se extiende hasta el **5 de junio de 2018**, motivo por el cual la expedición del Laudo Arbitral hoy veinte (20) de abril de 2018, es oportuna.

CAPÍTULO SEGUNDO
SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA INICIAL

Las pretensiones de la parte Convocante fueron formuladas en la demanda en su versión reformada, en los siguientes términos:

“PRIMERA: Que se declare que las exigencias necesarias para la implementación e integración del SITP no se han cumplido a la fecha por situaciones y circunstancias no atribuibles al contratista.

SEGUNDA: Que se declare que la Etapa Operativa aún no ha comenzado por no haberse cumplido todos los requisitos, exigencias y presupuestos necesarios para el efecto por situaciones y circunstancias no atribuibles al contratista.

TERCERA: Que se declare que la etapa operativa tendrá inicio cuando se complete lo pactado contractualmente para la integración del SITP.

SUBSIDIARIA DE LA TERCERA: Que se declare que la etapa operativa tendrá inicio cuando se complete el Plan de Implementación una vez removidos los obstáculos que en la actualidad impiden su ejecución.

CUARTA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se dejen sin efecto en lo pertinente las actas suscritas por las partes acerca del inicio de la etapa de operación.

QUINTA: Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a Transmilenio a aplicar en un todo el contrato No. 010 de 2010 en lo que respecta a momentos y circunstancias anteriores a dicha integración.

SEXTA: Que se declare que la matriz de riesgos contenida en el Anexo 5 del proceso de selección TMSA-LP-004-2009 desconoce lo dispuesto por el ordenamiento jurídico en lo concerniente a la asignación de riesgos.

SÉPTIMA: Que como consecuencia de lo anterior se declare que la matriz de riesgos contenida en el Anexo No. 5 del proceso de selección TMSA-LP-004-2009 no puede servir como base para efectos de solucionar los inconvenientes y situaciones surgidas durante la ejecución del contrato con SUMA.

SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA: Que como consecuencia de lo anterior se declare que las situaciones que se han presentado durante la ejecución del contrato sobre las circunstancias indicadas en el Capítulo 2 de los hechos de esta Demanda, sobrepasa la previsión normal que encierra el capítulo de riesgos y en consecuencia no aplica para para esas situaciones.

OCTAVA: Que se declare que circunstancias ajenas al contratista que se han presentado durante la ejecución del contrato han alterado la ecuación económica y financiera del contrato.

NOVENA: Que para efectos del restablecimiento de la ecuación contractual se adopten las medidas necesarias para mantener durante la ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer.

DÉCIMA: Que para efectos de lo anterior, se tengan en cuenta las condiciones técnicas, económicas y financieras que tuvo en cuenta el contratista al momento de estructurar y presentar la oferta y que se prueben durante el proceso.

UNDÉCIMA: Que para efectos de lo anterior, se tengan en cuenta las condiciones técnicas, económicas y financieras que se han presentado durante la ejecución del contrato y que se prueben durante el proceso.

DUODECIMA: Que se declare que la creación del SITP PROVISIONAL es una situación no contemplada en el contrato de concesión 010 de 2010 que ha impactado nocivamente al contratista durante la ejecución del mismo.

DECIMOTERCERA: Que se declare que la operación de servicios ilegales, en la magnitud en que se ha presentado y que se pruebe dentro del proceso, ha impactado nocivamente al concesionario.

DECIMOCUARTA: Que se declare que en los primeros años de ejecución del Contrato de Concesión existió una baja demanda de pasajeros por situaciones imprevisibles al momento de presentar la oferta que afectó la situación financiera de SUMA.

DECIMOQUINTA: Que se declare que la magnitud de la evasión real presentada en la ejecución de contrato desborda las condiciones de razonabilidad y de previsibilidad normal para este contrato, generando consecuencias altamente nocivas a la ecuación contractual.

SUBSIDIARIA DE LA DECIMOQUINTA: Que se declare que la evasión presentada en la ejecución del contrato es considerablemente superior a la aceptada internacionalmente que fue la que se tuvo en cuenta para ofertar.

DECIMO SEXTA: Que se declare que el riesgo de evasión en las condiciones reales de ejecución del contrato, no se encuentra a cargo del Concesionario.

DECIMO SEPTIMA: Que se declare que los indicadores contractuales que sirvieron de base para la confección del diseño operacional distan sustancialmente de los indicadores reales que se presentan en la ejecución del contrato por hechos no atribuibles al contrato.

DECIMOCTAVA: Que se declare que TRANSMILENIO incumplió el contrato de concesión número 10 de 2010 en lo relacionado con: (i) Integración del SITP; (ii) Entrega de patios definitivos; (iii) Las condiciones necesarias para que el Concesionario cumpliera con el Plan

de Implementación inicial; iv) Demás obligaciones incumplidas que se prueben durante el proceso.

DECIMONOVENA: Que como consecuencia del desequilibrio económico y financiero que sufrió SUMA por situaciones ajenas al contratista y por los incumplimientos atribuibles a Transmilenio, unos y otros que se prueben durante el proceso, SE CONDENE a Transmilenio a restablecer la ecuación contractual mediante el pago de la suma de \$ 130.776 millones de pesos a diciembre 31 de 2015 o la que se pruebe durante el proceso, incluso a otra fecha más próxima.

SUBSIDIARIA DE LA DECIMONOVENA: Que como consecuencia de todas las situaciones que se prueben el proceso que llegaron a afectar la economía del contrato y la ecuación de este, se compense al Contratista con las sumas dinerarias que de todo orden se prueben en el proceso y que tengan por objeto mantener las condiciones tenidas en cuenta al presentar la oferta.

VIGÉSIMA: Que se declare que el restablecimiento completo e integral de la ecuación contractual en los términos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y normas concordantes, no se logra con el solo pago de las sumas dinerarias a que hace relación las pretensiones anteriores, sino mediante la revisión del contrato hacia el futuro.

VIGESIMOPRIMERA: Que se declare que sin el restablecimiento de la ecuación contractual en los términos indicados en la pretensión anterior, el Contrato de Concesión número 010 de 2010 no es financieramente realizable y conducirá a la inviabilidad en su ejecución.

VIGESIMOSEGUNDA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, el Tribunal ordene a Transmilenio la revisión y ajuste de las cláusulas y condiciones contractuales, especialmente en lo referente a la tarifa de manera que hacía el futuro el contrato sea financieramente viable.

SUBSIDIARIA DE LAS TRES ANTERIORES: Que se declare la resolución y terminación del contrato de concesión número 10 de 2010 por la inviabilidad financiera del mismo y se ordene su liquidación siempre y cuando se condene al pago de los daños ya causados conforme con otras pretensiones de esta Demanda. Es decir que la pretensión subsidiaria de terminación, solo procede si y solo sí: (i) Se niega la pretensión de restructuración; (ii) se ordena pagar las pérdidas y daños probados durante el proceso.

VIGESIMOTERCERA: Que se declare la nulidad absoluta de las cláusulas 121 y 131, introducidas por el Otrosí No.5 del Contrato de Concesión y del citado Otrosí y que como consecuencia todos los desincentivos queden sin efectos.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA VIGESIMOTERCERA: Que se declare que los desincentivos son cláusulas penales gobernadas por el derecho privado y con ello solo pueden ser impuestas por el juez de la causa previa comprobación del incumplimiento.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA VIGESIMOTERCERA: Que se declare que los desincentivos deberán recibir el tratamiento de multas, como sanción pecuniaria de apremio, y con ello deben aplicarse en un todo, los artículos 17 de la ley 1150 de 2007 y 86 de la ley 1474 de 2011 dejando sin efectos los supuestos desincentivos ya impuestos.

VIGESIMOCUARTA: Que en caso de mantenerse vigente los desincentivos, se interprete la Cláusula 121 introducida por el Otrosí No.5, teniendo en cuenta que la figura de los desincentivos solamente debe cobijar el componente de pasajeros, que es en realidad el que determina el flujo de caja operativo para el concesionario y no como lo ha venido haciendo TRANSMILENIO afectando el 100% de la remuneración, es decir, abarcando los tres componentes de remuneración.

VIGESIMOQUINTA: Que se declare que las causas que dan lugar a los desincentivos, en caso que se consideren como multas o como cláusulas penales del derecho privado, deben ser por hechos objetivos debidamente comprobados y no por falencias normales en la prestación del servicio.

VIGESIMOSEXTA: Que se declare en caso de mantenerse los desincentivos que en tanto en cuanto penalizan la operación, solo resultan aplicables desde que efectivamente se termine la implementación del SITP como estaba concebido y se esté en plena operación del sistema.

VIGESIMOSEPTIMA: Que en caso en que el Tribunal decida mantener la figura de los desincentivos, revise las causas previstas para ello con miras a conservar solamente aquellas que de manera objetiva impacten verdaderamente la prestación del servicio y elimine, en consecuencia, las que no tienen esa connotación.

VIGESIMOOCATAVA: Que se ordene restituir las sumas descontadas al Concesionario por concepto de los desincentivos.

VIGESIMONOVENA: Que se CONDENE a TRANSMILENIO a cancelar al Concesionario la actualización sobre las sumas dinerarias mencionadas y reconocidas por el Tribunal.

TRIGÉSIMA: Que se CONDENE a TRANSMILENIO al pago de los intereses moratorios sobre las sumas mencionadas y reconocidas por el Tribunal, a la máxima tasa permitida por ley desde su causación correspondiente y hasta su pago efectivo.

TRIGESIMAPRIMERA: Que se CONDENE a TRANSMILENIO en costas, expensas y agencias en derecho.

SUBSIDIARIA DE TODAS LAS PRETENSIONES DE CONDENA DE PAGOS Y RECONOCIMIENTOS PECUNIARIOS PARA EL DEMANDANTE. Como consecuencia de la prosperidad de todas las pretensiones declarativas, se condene a la entidad demandada a pagar y reconocer al concesionario todas las sumas de dinero por todo concepto

que llegaren a probarse, tomadas como un todo y como consecuencia de todos los factores descritos en la demanda por todo título de imputación y los probados en el proceso, sin necesidad de determinar para cada caso de ruptura o incumplimiento el valor exacto del daño, perjuicio, mayor costo, etc.”.

2.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA INICIAL REFORMADA

Los hechos de la demanda son, en síntesis, los siguientes:

ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO Y DEL CONTRATO

2.1.- La parte Convocante, en el relato de los hechos, relacionó las condiciones bajo las cuales **TRANSMILENIO** mediante Resolución No.064 de 2010 abrió la Licitación Pública No. TMSA-LP-004-2009 con el objeto de otorgar en concesión, no exclusiva y conjunta, con otros concesionarios la explotación de servicio público de transporte terrestre automotor urbano del sistema integrado de SITP al concesionario, bajo las condiciones establecidas en el pliego de condiciones, sus adendas y anexos y en el correspondiente contrato con sus respectivos anexos.

2.2.- Manifestó la Convocante que, una vez realizados los análisis respecto de su capacidad, **ORGANIZACIÓN SUMA** presentó oferta la cual basó en un modelo financiero elaborado por una banca de inversión confiable, con información que provenía, en su mayoría, de **TRANSMILENIO** a través de los estudios y análisis que soportaron el pliego de condiciones y de este mismo y sus anexos.

2.3.- Informó que en el Anexo No. 5 al pliego de condiciones, se contempló en la matriz de riesgos los previsibles, que fueron trasladados al Concesionario.

2.4.- Que mediante la resolución No. 450 de 2010 fue adjudicada la licitación pública mencionada a **ORGANIZACIÓN SUMA**.

2.6.- Que el 17 de noviembre de 2010 se suscribió entre **TRANSMILENIO** y **ORGANIZACIÓN SUMA**, el Contrato de Concesión No. 010 de 2010 para la explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema de SITP para la zona 12, Ciudad Bolívar, sin operación troncal y que el acta de inicio se suscribió el 7 de febrero de 2011.

2.7.- Informó la Convocante que, a la fecha de presentación de la demanda arbitral se han suscrito por las partes once (11) otrosíes modificatorios al Contrato 010 de 2010.

2.8.- Advirtió la **ORGANIZACIÓN SUMA** que el Contrato No. 010 de 2010 contempló dos etapas para su ejecución. La primera, denominada pre operativa, estimada en un plazo de nueve (9) meses (Cláusula 12 del Contrato), y que, sin embargo, su verdadera extensión está limitada por el Plan de Implementación. La segunda etapa sería la etapa operativa que tiene un plazo de veinticuatro (24) años a partir de la orden de inicio de operación del contrato por parte de

TRANSMILENIO, para lo cual resulta necesario que se hayan cumplido todas las obligaciones de la implementación y de la etapa pre operativa.

2.9.- Manifestó la Convocante que la fase operativa del contrato aún no ha iniciado en la medida en que la implementación no ha podido cumplirse por causas ajenas a la voluntad de **ORGANIZACIÓN SUMA**. Esta última condición era necesaria para que la fase operativa del contrato hubiera iniciado.

2.10.- Afirmó, igualmente, la Convocante que La Fiscalía General de la Nación inició etapa indagatoria y que posiblemente formulará imputación a funcionarios de **TRANSMILENIO** que estructuraron la licitación pública en mención por errores en su diseño y por posibles fenómenos de corrupción que pudieron haber incidido en las falencias de los estudios realizados como soporte del pliego de condiciones y sus anexos.

Situaciones que han afectado la ejecución del Contrato

2.11.- Manifestó la Convocante en su escrito de demanda que las situaciones de ejecución del Contrato, fueron muy diferentes a las hipótesis y condiciones establecidas en el pliego de condiciones, en la oferta presentada por **ORGANIZACIÓN SUMA** y en el Contrato suscrito, que entre otras se resumen, así en:

“(i) No cumplimiento del plan de implementación como estaba previsto; (ii) paralelismo causado por el SITP PROVISIONAL; (iii) Transporte Público Colectivo y otras formas de transporte entre las cuales se encuentra el servicio de transporte pirata; (iv) baja demanda de pasajeros sufrida en los primeros años de la ejecución del contrato; (v) evasión imprevisible que supera considerablemente la irregularmente contemplada en el anexo técnico; (vi) Errores en el diseño operacional y cambio de sus elementos estructurales; (vii) Salida de operación de las Empresas Egobus y Coobus; y (viii) No entrega de patios definitivos, deficiencias en puntos de venta y recarga de tarjetas, carencias en la infraestructura, entre otros”.

2.12.- Afirma la Convocante que la ejecución del contrato también se ha visto afectada porque la tarifa del SITP ha sido menor a la necesaria para que el sistema cumpla con los principios de auto sostenibilidad y costeabilidad por decisiones unilaterales de la Alcaldía Distrital de Bogotá.

2.13.- Que, como consecuencia de lo anterior, durante la ejecución del Contrato hasta la fecha, después de considerar ingresos, inversiones, costos y gastos operacionales, **ORGANIZACIÓN SUMA** ha tenido un déficit de caja operacional importante, y que son reclamados a título de restablecimiento de la ecuación contractual y/o de indemnización de daños y sin perjuicios de la revisión del Contrato.

2.14.- Adicionalmente, la Convocante afirmó, que el Concesionario ha sufrido pérdidas cuantiosas e irre recuperables, incluso si las circunstancias de ejecución cambiaran a por lo menos las tenidas en cuenta para licitar, los montos dinerarios

para cubrir las actuales pérdidas y déficits, no serán suficientes para salir de la crisis.

2.15.- ORGANIZACIÓN SUMA afirmó que, de no solucionarse apresuradamente la situación, estarán en la imposibilidad real de seguir prestando el servicio ya que día tras día existen pérdidas que se van acumulando y agrandando cada vez más, sin ninguna posibilidad de aminorarlas con la remuneración que recibe.

2.16.- Considera la Convocante que los operadores del SITP igualmente acumulan deudas, pero que sin duda **ORGANIZACIÓN SUMA**, entre todos, podría ser el que se encuentra en peor estado dada la zona que atiende (Ciudad Bolívar) en donde la evasión, alcanza porcentajes inadmisibles, desproporcionados, inimaginables para el más pesimista y totalmente distintos a los previsibles al momento de ofertar.

Integración y plan de implementación

2.17.- Afirmó la Convocante que el SITP contemplaba una serie de eventos necesarios que deberían cumplirse por parte de **TRANSMILENIO** y de los concesionarios, con el fin de asegurar las condiciones ineludibles para la plena y cabal operación del SITP y su total integración a todo el sistema, las cuales en su fase 2 no se han cumplido.

2.18.- Al respecto informó **ORGANIZACIÓN SUMA** que dentro de las condiciones para la integración cabal de la Fase 2 del SITP, el concesionario estaba a cargo del Plan de Implementación, el cual tuvo como base las expectativas de demanda de viajes en la zona en condiciones típicas de operación que hubiera permitido la recuperación de la inversión y la operación de una manera justa para los usuarios y para el operador.

2.19.- Al respecto, manifestó la Convocante que el Plan de Implementación contenido en el Anexo No. 4B del Contrato de Concesión y el Cronograma de implementación en el Anexo No. 2, contemplaban una serie de obligaciones a cargo de **TRANSMILENIO** las que fueron incumplidas, en especial en lo atinente a:

- “1. Instalación de paraderos del SITP;*
- 2. Puntos de venta y recarga requeridos para las tarjetas TULLAVE (para el acceso de los usuarios);*
- 3. Sistema de información sobre las rutas suficiente para los usuarios;*
- 4. Alineación del contrato del SIRCI con el de los Operadores para la instalación de equipos SIRCI dentro de los buses;*
- 5. Integración de medios de pago con Fase i, ii, y iii;*
- 6. Falta de patios de operación transitorios y definitivos para los concesionarios”.*

2.20.- Alude la Convocante que, a la fecha de la reforma de la demanda, la integración total del SITP Fase 2, por demás condición *sine qua non* para poder indicar que ese sistema está operando, no se cumplió, como tampoco el Plan de

Implementación tal como fue estructurado por el Concesionario, por las razones reiteradas.

2.21.- Al respecto manifestó, finalmente, que el plan de implantación ha sido afectado por la construcción y puesta en marcha del cable de Ciudad Bolívar, ya que este sistema afecta la cantidad y tipología de vehículos que requeriría el Concesionario para satisfacer las necesidades de Servicio de la zona, información que aún **ORGANIZACIÓN SUMA** desconoce y que es determinada por **TRANSMILENIO**.

Paralelismo

2.22.- La Convocante indicó que el Decreto Distrital 309 de 2009 con respecto al SITP, dispuso las reglas y condiciones para el inicio de la operación por parte de los Concesionarios en cada una de las zonas adjudicadas y lo necesario para la integración operativa, física, virtual, del medio de pago y tarifaria de los operadores del sistema de transporte público de Bogotá, con el fin de que las Fases 1 y 2 del SITP estuvieran implementadas el día 15 de octubre de 2011, fecha máxima para el desmonte gradual del Transporte Público Colectivo, hecho que según la Convocante, no sucedió.

2.23.- Al respecto, según la Convocante el parágrafo 1 del artículo 19 del Decreto Distrital 309 de 2009, vigente al momento en que **ORGANIZACIÓN SUMA** presentó la oferta, estableció *“Ordénese al Sector Movilidad adelantar todas las acciones administrativas necesarias para que a 15 de octubre de 2011 estén implementadas las Fases 1 y 2 del SITP, para lo cual contará con el acompañamiento y cooperación interinstitucional de las demás entidades y organismos distritales en los asuntos de su competencia”*.

2.24.- Que sobre el Decreto Distrital 156 de 2011 señaló que, en contravía de lo anterior, se daba inicio desde su vigencia, a la etapa de transición del SITP que finalizaría hasta que ocurriera la entrada de la operación total del Sistema. En este sentido, durante esta etapa iba a coexistir el SITP y el Transporte Público Colectivo. Asimismo, el Decreto Distrital 535 de 2011 eliminó el parágrafo del artículo 19 del Decreto Distrital 309 de 2009 y con ello dejó sin perspectivas claras la finalización de la Fase 2 del sistema y la culminación de la operación de los vehículos Transporte Público Colectivo.

2.25.- Informó al respecto **ORGANIZACIÓN SUMA** que por medio del Decreto Distrital 190 de 2015, se facultó a la Secretaría Distrital de Movilidad para que entregará una serie de permisos de operación especial y transitorio a los vehículos del Transporte Público Colectivo creando el llamado “SITP PROVISIONAL”.

2.26.- Aseguró la Convocante que, aunque existía un plazo para la terminación del denominado SITP PROVISIONAL la Secretaria Distrital de Movilidad ha renovado paulatinamente su funcionamiento hasta el día de hoy sin que haya certeza de su fecha de finalización.

2.27.- Según la Convocante, lo anterior ha generado que un porcentaje en extremo alto de la demanda de pasajeros de la zona adjudicada a **ORGANIZACIÓN SUMA**, no pueda estar a su cargo como sería lo contractualmente aplicable, sino que utilicen estos sistemas paralelos que se supone a la fecha no deberían coexistir, lo que tiene como efecto la disminución en los ingresos del Concesionario por concepto de validaciones, hecho que se agrava para el caso de **ORGANIZACIÓN SUMA**, si se considera la estratificación socio-económica o de los usuarios de su zona (Ciudad Bolívar) y la “ventaja” comparativa de negociar las tarifas con los conductores en estos servicios alternativos.

2.28.- También aseguró que durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 010 de 2010 se ha prestado el servicio público de transporte de manera ilegal por parte de algunos vehículos del Transporte Público Colectivo y otros particulares que han operado después del desmonte de las rutas autorizadas y por parte de vehículos particulares no habilitados para llevar a cabo la operación. Estos servicios se consideran ilegales debido a que no cumplen con las condiciones técnicas, operativas y de seguridad del pasajero, así como el establecimiento de una tarifa al usuario.

Demanda de pasajeros

2.29.- Afirmó la Convocante que en los primeros años de la ejecución del Contrato de Concesión No. 010 de 2010 la demanda de pasajeros fue sustancialmente menor a la esperada, afectando directamente los ingresos del Concesionario, esto a causa, entre otras, de la no implementación total del SITP, proceso de cambio entre el sistema tradicional y las rutas, falta de disponibilidad de tarjetas, falta de disponibilidad de sitios de recarga, baja aceptación del sistema y desconocimiento en el uso del sistema, actividades a cargo de **TRANSMILENIO**.

Evasión

2.30.- Según la Convocante, se trata del fenómeno que se presenta cuando los ingresos por validaciones que recibe el Concesionario no responden a la demanda real de pasajeros transportados en la medida en que un porcentaje de los pasajeros elude la validación de su pasaje en el vehículo o en el portal o porque habiendo utilizado las rutas de alimentación éste no valida su pasaje para ingresar al portal y hacer uso del Sistema. El porcentaje de evasión actual y real que afecta a **ORGANIZACIÓN SUMA**, alcanza en varios casos el 62%.

2.31.- Sumado a lo anterior, la Convocante manifestó que también incrementa la desmesurada e incontrolable evasión, la clonación de tarjetas y el inimaginable vandalismo en la zona, que con armas de todo orden intimidan a los conductores para el ingreso sin registrar pago en los buses, situación reconocida por la Dirección de Seguridad Física de Transmilenio, respecto de la cual se pronunció mediante oficio No. 2015EE24504 del 27 de noviembre de 2015, aceptando esta situación y manifestando que se están adelantando programas, planes y acciones tendientes a contrarrestar la evasión al SITP.

Diseño operacional

2.32.- La Convocante afirmó que el anexo técnico “Descripción General del Sistema” del pliego de condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009 contenía una serie de indicadores contractuales proyectados al año 2015 con respecto a la longitud, tiempo de recorrido, velocidad operativa y pasajeros por kilómetro, proyección que según **ORGANIZACIÓN SUMA** fue la base para la elaboración de su oferta, indicadores actuales que distan de los contractuales, evidenciándose que **TRANSMILENIO** incurrió en errores en el diseño operacional.

2.33.- Manifestó la Convocante, adicionalmente, que la infraestructura tenida en cuenta para la elaboración y proyección de los indicadores del diseño operacional dista de la presentada en la realidad, lo que también ha afectado tales indicadores el mal estado del pavimento; por la existencia de rutas que operan sobre pendientes especialmente en el recorrido a los patios provisionales y a la demanda adicional no remunerada que genera mayores paradas sobre pendientes; por la existencia de estrechos radios de giro en la zona adjudicada que generan una disminución en la velocidad comercial de los vehículos, entre otros.

Coobus y egobus

2.34.- Coobus y Egobus no pudieron operar por diversas razones, lo que condujo a que **TRANSMILENIO** diera por terminados los contratos suscritos de manera unilateral, sociedades que además fueron liquidadas por la Superintendencia de Sociedades debido a la grave crisis financiera de dichas empresas.

2.35.- Manifestó igualmente que, la licitación pública número TMSA-LP-004-2009 también generó adjudicación y celebración de contratos de concesión entre **TRANSMILENIO** y otros 8 operadores, entre los cuales se encontraban COOBUS y EGOBUS, quienes compartían con **ORGANIZACIÓN SUMA** el 39,6% de la totalidad de las rutas. Con COOBUS compartiendo 5 rutas (P39, 921, 361, P41 y la P46) y con EGOBUS 14 rutas (923, 797,40, 850, 536, E56, 795, 300, 581, 730, P51, C34, E15 y 362). Según afirma la Convocante, la no existencia de estos dos concesionarios en la actualidad, impide atender las rutas en su totalidad, hecho que no garantiza la prestación del servicio, la atención adecuada a la demanda y por ende imposibilitó el cumplimiento del plan de implementación.

2.36.- Adicionalmente manifestó que la Contraloría Distrital de Bogotá abrió un proceso de responsabilidad fiscal en contra de la Dra. Alexandra Rojas, Gerente de Transmilenio, como consecuencia de la falta de diligencia en la asignación de las rutas de Egobus y Coobus en la medida en que, según la Contraloría, estas no debieron ser asignadas a los buses del SITP Provisional, sino que debieron ser otorgadas a los actuales operadores del SITP o tuvo que haberse abierto un procedimiento administrativo contractual con el fin de seleccionar a un nuevo Concesionario a cargo de la operación de estas rutas. Con lo anterior **TRANSMILENIO** dejó de percibir por lo menos DOS MIL OCHOCIENTOS NUEVE MILLONES (\$2.809.000.000) a título de participación de los beneficios derivados de la explotación económica por los concesionarios en las zonas asignadas.

Patios definitivos y otros aspectos de impacto

2.37.- Al respecto **ORGANIZACIÓN SUMA** manifestó que el modelo financiero que sustenta su oferta contemplaba una inversión, planta y equipo determinado que nacía de una serie de variables e hipótesis que emanaban del pliego de condiciones y sus soportes y anexos. Respecto de los vehículos usados, aseguró que el valor de alistamiento real que ha gastado el Concesionario es superior al proyectado, debido a los cambios en los estándares inicialmente tenidos en cuenta para presentar la oferta.

2.38.- En este sentido aseguró que el componente tarifario que remunera el mantenimiento de patios que hoy recibe **ORGANIZACIÓN SUMA** no cubre los costos, los cuales se han incrementado debido a los cambios en los estándares por parte de **TRANSMILENIO**. Afirma que también sufrió cambios la Velocidad Comercial dispuesta en el anexo técnico del pliego de condiciones, tales como el aumento del parque automotor de los últimos años y la infraestructura vial deficiente. Además, el cambio en el esquema de pico y placa que entró en vigencia el 3 de julio de 2012 y fue adoptado por el Decreto Distrital 271 de 2012 generó una reducción en este indicador de eficiencia; la velocidad prevista era de 18 Km/h y actualmente el sistema funciona con una velocidad de 14 km/h, aproximadamente.

2.39.- Según la Convocante, también se afectó el sistema entre otras situaciones y variables, por inconvenientes y problemas presentados en relación con puntos de venta y de recarga lo que produce que los pasajeros que se proyectaron deberían ingresar al sistema, prefieran el transporte público convencional con todo lo que ello implica, y este cliente y viaje se pierda en el sistema.

Riesgos

2.40.- Indicó **ORGANIZACIÓN SUMA**, que el Anexo No. 5 del Pliego de Condiciones (Matriz de riesgos), está compuesto por un cuadro que contiene las siguientes columnas: Clase, Causa del Riesgo, Observaciones, Mitigación, Asignación y estimación del riesgo. A su vez, esta columna se divide en dos: la primera llamada Probabilidad y la segunda Impacto.

Igualmente manifestó que la Matriz de Riesgos contractual es apenas un listado general, sin ningún estudio, sin bases científicas y sin ningún criterio lógico, coherente ni razonable y que la Entidad Pública simplemente tipificó unos hechos y los asignó sin soporte razonable válido, amén de no cumplir con lo pedido por las normas. Adicionalmente, los riesgos no fueron cuantificados, condición necesaria y esencial para cumplir con el ordenamiento jurídico.

2.41.- Informó la Convocante en su escrito de demanda, que esa Matriz de Riesgos fue objeto de discusión durante el proceso precontractual y que incluso en nombre de **TRANSMILENIO** Javier Hernández, reconoció expresamente que los riesgos no se podían cuantificar porque no había elementos de juicio para tal

efecto, a pesar de lo cual y como única salida para salvar el proceso, decidió mantener dicho capítulo.

2.42.- Concluyó la Convocante que la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5 del pliego de condiciones del Proceso de Selección TMSA-LP-004-2009 no puede servir de base para mediar y analizar lo realmente acontecido durante la ejecución del contrato y para verificar la ocurrencia o no de una ruptura de la ecuación contractual.

Desincentivos

2.43.- Manifestó la Convocante respeto de los desincentivos, que ni en el pliego de condiciones ni en el contrato se incluyeron los llamados desincentivos. Aparte de la caducidad, la única sanción pecuniaria por incumplimientos y desatenciones prestacionales a cargo de los concesionarios, era la multa. En el caso del Contrato de **ORGANIZACIÓN SUMA**, informó que se encontraban contempladas en la cláusula 121.

2.44.- Afirmó, igualmente, que mediante Otrosí No. 5 del 28 de diciembre de 2011, se modificó la citada cláusula 121 del Contrato de Concesión, dando origen a los llamados desincentivos, los cuales tienen como objeto sancionar al contratista por incumplimientos acontecidos en la operación y prestación del servicio.

2.45.- Consideró **ORGANIZACIÓN SUMA** que la estipulación que los recogió reguló un procedimiento sumario y breve que imposibilita el pleno ejercicio del derecho de defensa. Además, que su tipicidad real es inexistente, lo que vuelve la mayoría de las veces, subjetivo y sujeto a la interpretación de aspectos normales del servicio de funcionarios sin mayor preparación de la Interventoría y de la entidad.

2.46.- Adicionalmente informó que las causales de imposición del desincentivo se encuentran plasmadas en el Manual de Operaciones del Componente Zonal del SITP, Capítulo 11, considerando que la mayoría de “incumplimientos” que han dado lugar a su “imposición”, que obedecen a aspectos menores y nimios, situaciones varias que han permitido a **TRANSMILENIO** la imposición de sanciones económicas y con ello el descuento de la remuneración del Concesionario por razones eminentemente subjetivas sin que la Entidad Pública requiera desarrollar criterios técnicos con el fin de imponerlos.

2.47.- La Convocante considera que la no implementación e integración total del SITP que hace que no se esté operando en los términos pactados, hacen inviables a la fecha los desincentivos pues están contemplados para castigar fallas en la operatividad y prestación del servicio bajo el entendido de una operación completa y cabal.

2.48.- Concluye la Convocante el relato de los hechos de esta demanda, manifestando que **TRANSMILENIO** “a sabiendas de la gravedad del SITP, de la “enfermedad en vías de muerte inminente” de SUMA, antes que aminorar e interpretar el contrato de una manera lógica que en algo ayude a la situación, se

ha empeinado en afectar al contratista bajo la amenaza de imposición de desincentivos por cosas fútiles y su ulterior descuento de su remuneración”.

3.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA REFORMADA

La parte Convocada contestó la demanda y formuló las excepciones de mérito que a continuación se sintetizan:

3.1.- EXCEPCIONES FORMULADAS

3.1.1.- INEXISTENCIA DE UN INCUMPLIMIENTO ATRIBUIBLE A TRANSMILENIO QUE SEA CAUSA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN

De la relación de todas y cada una de las obligaciones a cargo de **TRANSMILENIO** contenidas en la Cláusula 24 del contrato de Concesión No. 010 de 2010, la Convocada destacó las acciones que en su sentir **TRANSMILENIO** ejecutó para honrar lo estipulado, y así desvirtuar los incumplimientos que la contraparte le endilgó.

Identificadas todas las acciones ejecutadas por **TRANSMILENIO** concluyó el extremo convocado, que los incumplimientos a los que hace referencia la Convocante, corresponden a la necesidad de aquella de implementar e integrar el sistema de transporte objeto del contrato, sin que esto constituya algún tipo de incumplimiento de su parte, teniendo en cuenta que no existe cláusula contractual ni norma aplicable que constriña a **TRANSMILENIO** a ejecutar lo pretendido por la **ORGANIZACIÓN SUMA**.

3.1.2.- SUMA NO HA CUMPLIDO CON LA OBLIGACIÓN DE IMPLEMENTACIÓN A SU CARGO, DERIVADA DE LOS COMPROMISOS ASUMIDOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA OPERACIÓN EN SU ZONA, CON LO CUAL HA AFECTADO LA IMPLEMENTACIÓN DEL SITP

Indicó la Convocada, que la **ORGANIZACIÓN SUMA** al momento de suscribir el contrato contrajo para con **TRANSMILENIO** una serie de obligaciones dirigidas a implementar el sistema de transporte que, a juicio de la Convocada no han sido ejecutadas por la **ORGANIZACIÓN SUMA**.

Dentro de esas prestaciones que en sentir de la Convocada no han sido ejecutadas por parte de la **ORGANIZACIÓN SUMA**, destacó las Cláusulas No. 12, 17.1.1 y 17.1.2 que consideró indispensables para que **TRANSMILENIO** pueda, a su vez, ejecutar las prestaciones que tiene a su cargo y así implementar el sistema de transporte.

En este punto concluyó la Convocada que, derivado de la conducta culposa desplegada por la **ORGANIZACIÓN SUMA**, a **TRANSMILENIO** no le ha sido posible ejecutar las obligaciones que tiene a su cargo, motivo por el cual, no le asiste habilitación jurídica para reclamar lo pretendido en la demanda, sumado a que, el Concesionario asumió el riesgo derivado del posible desfase en la implementación del sistema de transporte.

3.1.3.- LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA QUE SE PREVIÓ FUE GRADUAL Y PROGRESIVA, SIN UN HORIZONTE DEFINIDO PARA SU TERMINACIÓN

Al respecto afirmó la Convocada que era una situación conocida por la Convocante que la implementación del sistema de transporte, tal y como había sido estipulada en el Contrato no tenía una fecha cierta para su terminación, pues como se indica en el escrito de contestación, se tuvo por fecha de terminación el momento en que se iniciara la operación de los modos Férreos, esto es, Metro y Tren de Cercanías.

Destaca a su vez la Convocada, que una situación era la implementación del SITP como un todo; implementación que dice fue la que se estipuló de forma gradual y progresiva, y otra, diferente la implementación del sistema de transporte adjudicada al Concesionario, la cual, debía llevarse a cabo según lo estipulado en la cláusula 12 del Contrato de Concesión.

Finalmente, adujo la Convocada que para **ORGANIZACIÓN SUMA** no eran desconocidas las condiciones bajo las cuales se había pactado la implementación del sistema de transporte, y tampoco los riesgos asociados al mayor tiempo que pudiera tomar la implementación del sistema, los cuales fueron asumidos por ella misma, por lo que, los reclamos realizados por la Convocante no están llamadas a prosperar.

3.1.4.- EL PLAN DE IMPLEMENTACIÓN DE LA OPERACIÓN ZONAL ADJUDICADA AL CONCESIONARIO GENERA OBLIGACIONES A CARGO DE ESTE Y A FAVOR DE TRANSMILENIO, Y EL RIEGO DE QUE LA IMPLEMENTACIÓN NO OCURRA SEGÚN LO PLANEADO POR ESTE EN SU PLAN DE IMPLEMENTACIÓN ES A CARGO DEL CONCESIONARIO

Manifestó la Convocada, que en virtud de lo estipulado en la Cláusula 119-2, así como en la Matriz de Riesgos del Contrato, **ORGANIZACIÓN SUMA** asumió los riesgos de los posibles retrasos que pudieran existir a la hora de implementar el sistema de transporte, salvo en los casos en que el Ente Gestor diera la instrucción al Concesionario para el ingreso de vehículos nuevos al servicio.

Así mismo, afirmó la Convocada que dentro del contrato de concesión nada se dijo respecto de la posibilidad de que el cumplimiento por parte del Concesionario se supeditara al acaecimiento de una condición, y mucho menos que **TRANSMILENIO** se haya obligado con la **ORGANIZACIÓN SUMA** a realizar alguna actividad que condicionara o impidiera que SUMA cumpliera sus obligaciones.

Derivado de la estipulación contractual en comento y de las condiciones bajo las cuales las partes pactaron el contrato de concesión, concluyó la Convocada que el riesgo de implantación correspondiente a la demora en la entrada del SIRCI, demora en la entrada y/o arranque de los concesionarios EGOBUS Y COOBUS, residían en cabeza del concesionario, por lo que, a juicio de la Convocada la Concesionaria no tiene derecho alguno para formular las pretensiones

encaminadas a transferirle el efecto económico del riesgo asumido a **TRANSMILENIO**.

3.1.5.- LA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA, A LA QUE EL CONTRATO DE CONCESIÓN SE REFIERE, YA SE PRODUJO, Y TRANSMILENIO NO INCUMPLIÓ OBLIGACIÓN QUE ESTUVIERA A SU CARGO EN RELACIÓN CON LA INTEGRACIÓN

La parte Convocada, indicó las modalidades bajo las cuales, según lo dispuesto en el anexo técnico del pliego de condiciones, era posible realizar la integración del sistema de transporte. También precisó la importancia que reviste tener en cuenta lo contenido en el Decreto 309 de 2009, específicamente, en su artículo 19.2., donde se indica cómo debe realizarse la integración del sistema, que, a juicio de la Convocante, es completamente concordante con lo establecido en el ya citado anexo técnico.

Al respecto, igualmente, manifestó, que, al tenor, de lo estipulado en el contrato de concesión, no era obligación de **TRANSMILENIO** hacer la integración del SITP, y que en dicho contrato lo que se estipuló fue que, al alcanzarse la integración total del sistema, para la sociedad concesionaria surgían nuevas implicaciones.

Finalmente, sostuvo la Convocada, que también erraba la Convocante al afirmar que la integración se da en la medida en que se concretan todas las modalidades previstas en la misma, puesto que la integración solamente se da cuando se cumplen los presupuestos que indica el Decreto 309 de 2009, junto con lo dispuesto en el anexo técnico del Pliego de condiciones.

3.1.6.- LA ETAPA OPERATIVA COMENZÓ CON LA ORDEN DE INICIO DE LA OPERACIÓN

Afirmó el extremo Convocado, que la parte operativa zonal tal como lo precisa la Cláusula 13 del contrato de concesión, inicia cuando se ha remitido la Orden de Inicio de Operación, comunicación que según narra la Convocada, fue remitida al Concesionario el 9 de octubre de 2012, sin que este presentara reparo alguno, motivo por el cual la actuación de **ORGANIZACIÓN SUMA** es contradictoria, puesto que en la demanda promovida, desconoció estar en la etapa operativa, pero si recibía los pagos propios de esta etapa contractual, por lo que tal conducta contradecía lo dicho en la demanda con lo ejecutado y pagado en el contrato, razón que en sentir de la Convocada es suficiente para que las pretensiones elevadas sobre este particular no sean declaradas prósperas.

3.1.7.- EL CONCESIONARIO HA INCURRIDO EN INCUMPLIMIENTO DE SU OBLIGACIÓN DE MANTENER EN BUEN ESTADO MECÁNICO LOS VEHÍCULOS PARA LA ADECUADA OPERACIÓN DE LA FLORA, AFECTANDO EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

Manifestó la Convocada, que la **ORGANIZACIÓN SUMA** no ha cumplido lo estipulado en la cláusula 31 del Contrato de concesión, puesto que dicha cláusula obliga al Concesionario a realizar mantenimientos periódicos y preventivos a los

vehículos y así garantizar su buen funcionamiento del sistema de transporte, situación que no se ha efectuado, puesto que reiteradamente los buses sufren averías mecánicas a lo largo de los recorridos efectuados.

Esta situación, en sentir de la Convocada, influye en que los usuarios concurran a la utilización de otros medios de transporte, que obligan a la Secretaría de Movilidad junto con las autoridades de tránsito a buscar otras alternativas que permitan hacer eficiente el sistema, haciendo que forzosamente deba permanecer el Transporte Público Colectivo.

3.1.8.- EL CONCESIONARIO HA INCURRIDO EN INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON EL SUMINISTRO DE LA FLOTA QUE LE HA SIDO SOLICITADA POR TRANSMILENIO

Afirmó la Convocada, que era responsabilidad exclusiva del Contratista presentar una propuesta económica que estuviera acorde con las prestaciones que el Concesionario debía realizar al momento de ejecutar el Contrato, lo cual se indicó incluso desde el momento en que los proponentes conocieron el Pliego de Condiciones, en su numeral 1.6.2, y que posteriormente fue reiterado en la cláusula 42 del contrato suscrito entre las partes.

Teniendo en cuenta tanto lo establecido en el Pliego de Condiciones, como en lo indicado en el Contrato, concluye la Convocada que el Concesionario es quien debe asumir las implicaciones de la desviación, puesto que estos gastos debieron estar previstos en sus estimaciones pecuniarias.

3.1.9.- EL CONTRATO DE CONCESIÓN NO OTORGÓ GARANTÍA DE REMUNERACIÓN ESPERADA AL CONCESIONARIO Y ESTE DEBE ASUMIR LAS IMPLICACIONES DE QUE LA MISMA NO SE ALCANCE

Asegura en este punto la Convocada que “no hay disposición que le otorgue a los Contratistas del Estado, ni a los concesionarios en particular, garantía de que obtendrán las utilidades que esperaban alcanzar, ni siquiera en el supuesto en que dichas utilidades esperadas hayan sido reveladas por el proponente en su oferta, como podría acontecer en un Contrato de obra. El Contrato de Concesión no contiene una estipulación que le haya garantizado al Concesionario que obtendrá las utilidades que él estimó al realizar los estudio con base en los cuales presentó su propuesta”, motivo por el cual, reitera que, de existir desviación de la remuneración esperada, debe ser asumida por el Contratista.

3.1.10.- SUMA ASUMIÓ EL RIESGO DE OPERACIÓN POR MAYORES COSTOS QUE PUDIERAN PRESENTARSE FRENTE A LOS ESTIMADOS Y DEBE HACERSE CARGO DE LAS IMPLICACIONES DE SU OCURRENCIA

Afirmó la Convocada que la ORGANIZACIÓN SUMA al momento se suscribir el contrato de concesión, asumió entre las muchas otras obligaciones que comprendía el Contrato, prestar el servicio en condiciones de libertad de acceso, calidad, estándares de servicio, permanencia, continuidad y seguridad de los usuarios, y además que, en la matriz de riesgos del Contrato de Concesión,

también quedó establecido que el riesgo de la operación residía en cabeza del concesionario, motivo por el cual, concluye que **ORGANIZACIÓN SUMA** es quien debe asumir todos los gastos derivados de situaciones de esta índole.

3.1.11.- SUMA ASUMIÓ EL RIESGO DE VARIACIÓN DEL PRECIO DE LOS EQUIPOS Y EL CAMBIARIO ASOCIADO A SU ADQUISICIÓN, FRENTE A LOS QUE HUBIEREN SIDO ESTIMADOS POR EL CONCESIONARIO, Y DEBE HACERSE CARGO DE LAS IMPLICACIONES DE SU EVENTUAL OCURRENCIA

El extremo Convocado, en este sentido, igualmente aseguró que, dentro de la Matriz, **ORGANIZACIÓN SUMA** asumió el riesgo de variabilidad de los precios de los insumos y equipos que se necesitarían para la ejecución del Contrato, por lo que, la sociedad Concesionaria está llamada a soportarlo.

3.1.12.- EL ALISTAMIENTO DE VEHÍCULOS USADOS FORMA PARTE DEL ALEA ORDINARIO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Estimó la Convocada que, tal y como estaba previsto en el pliego de condiciones, el riesgo derivado del alistamiento de vehículos usados estaba en cabeza del concesionario, motivo por el cual, debe ser asumido por la Convocante.

3.1.13.- SUMA ASUMIÓ EL RIESGO DE EVASIÓN Y DEBE HACERSE CARGO DE LAS IMPLICACIONES DE SU OCURRENCIA.

El extremo Convocado indicó que, en la Matriz de riesgos del Contrato de Concesión, **ORGANIZACIÓN SUMA**, asumió el riesgo de la evasión que causan los pasajeros al no realizar la respectiva validación al momento de ingresar al sistema, por lo que, en virtud de esta asignación de riesgos, es la sociedad Concesionaria a quien le toca responder por ello.

3.1.14.- SUMA ASUMIÓ EL RIESGO DE DEMANDA Y DEBE HACERSE CARGO DE LAS IMPLICACIONES DE SU OCURRENCIA

Manifestó la Convocada que igualmente se trata de un riesgo conocido y asumido por el Concesionario y que la pretensión de trasladar a **TRANSMILENIO** este riesgo, supone un desconocimiento del Contrato de Concesión.

3.1.15.- LAS CLÁUSULA RELATIVAS A LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN SON VÁLIDAS Y EFICACES Y EL CONCESIONARIO DEBE ASUMIR LOS RIESGOS QUE QUEDARON A SU CARGO EN LA DISTRIBUCIÓN QUE SE EFECTUÓ DE LOS MISMOS, CONFORME A LO PACTADO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y A LO PREVISTO EN LA MATRIZ DE RIESGO

Para sustentar esta excepción la Convocada informó una vez recapituló el contenido en la Matriz de riesgo, que todas las condiciones contenidas en el documento contractual están ajustadas a derecho y son vinculantes para las partes que suscribieron el contrato, motivo por el cual, **TRANSMILENIO** pretende defender la prevalencia que se le debe dar a las estipulaciones contractuales.

Así mismo, estimó la Convocada que lo pretendido por la Convocante es una modificación del contrato de concesión, hecho que en sentir de la Convocada no puede suceder de forma unilateral.

3.1.16.- IMPROCEDENCIA DE RECLAMACIONES QUE ENVUELVEN QUEBRANTAMIENTO DEL DEBER DE OBRAR CON BUENA FE OBJETIVA

Señaló la Convocada en este punto que en el interregno de la celebración del Contrato de Concesión y la presentación de la demanda, las partes celebraron 9 otrosíes, y que en ninguno de ellos la Convocante dejó salvedad o reparo alguno frente a lo que, en su parecer, debió ser regulado y lo que pudiere afectar la ecuación financiera del Contrato de Concesión.

En igual sentido manifestó que ninguna de las pretensiones y reclamos de la Convocante debe prosperar por cuanto desconocieron el deber de actuar de buena fe en la ejecución del Contrato, toda vez que en ninguna de las oportunidades en que se celebraron los otrosíes, la parte Convocante expresó o dejó constancia de que existiera, a su juicio, un reconocimiento económico pendiente o por lo menos estableciera alguna salvedad para elevar una posterior reclamación.

Sostuvo, además, que los reclamos carecen de fundamento objetivo, pues dichas peticiones no tienen sustento y, además, tampoco cumplen con los supuestos que el ordenamiento jurídico exige para que se configure un escenario de restablecimiento de la ecuación financiera por hecho del príncipe o por circunstancias sobrevinientes.

3.1.17. LA INTEGRACIÓN DEL MEDIO DE PAGO YA OCURRIÓ, PUES MEDIANTE UNA MISMA TISC ES POSIBLE ACCEDER A LAS FASES I, II Y III DEL SISTEMA

Señaló la parte Convocada que la unificación de tarjetas del SITP, entendida como la existencia de una única TICS a la que se refirió el extremo Convocante, no estaba prevista en el Contrato de Concesión ni tendría propósito funcional alguno, pues lo que resultaba relevante era que mediante el empleo de una misma TICS se pudiera acceder a las fases I, II y III del Sistema, lo cual se logró desde el 29 de noviembre de 2013.

Así mismo, señaló que la integración del medio de pago fue prevista como una forma o modalidad pero que nunca comportó la asunción de responsabilidades por parte del Ente Gestor, y que lo que el Contrato de Concesión preveía era que el Ente Gestor desarrollara la adjudicación de la licitación para escoger al Concesionario que habría de poner en marcha el sistema de recaudo, siendo uno de sus componentes la disponibilidad de las TISC.

3.1.18.- EL DISEÑO OPERACIONAL ES DEL SISTEMA Y NO UN DISEÑO OPERACIONAL CONCEBIDO PARA EL CONTRATO, Y TRANSMILENIO NO ASUMIÓ FRENTE AL CONCESIONARIO OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE

OBTENER UN CIERTO O DETERMINADO DISEÑO OPERACIONAL SEGÚN EL INTERÉS DEL CONCESIONARIO

Según manifestó **TRANSMILENIO**, e la Convocante partió de un error consistente en considerar que el diseño operacional del Sistema estaba regulado en el Contrato de Concesión y que debía obtener el que le fuera adecuado a sus intereses, lo cual, a su juicio, nunca se pactó contractualmente ni tiene fundamento legal.

Partiendo de la definición contractual de “flota” establecida en el numeral 1.34, entendida como *“el conjunto de vehículos con las características, especificaciones y tipología previstas en el Contrato de Concesión y requeridos para cada zona de operación por el Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP, para la prestación del servicio público de transporte masivo urbano de pasajeros, de acuerdo con lo establecido en el anexo 1 Resumen Ejecutivo del diseño operacional del sistema en el pliego de condiciones”*, dice la Convocada que el diseño operacional planteado en el documento sirve de guía para contextualizar la obligación asumida por el Concesionario.

Señaló, además, que el diseño operacional se concibe como un instrumento para satisfacer necesidades de movilización de los usuarios y que debe responder a los lineamientos definidos por las autoridades competentes, pero que **TRANSMILENIO** nunca asumió frente al Concesionario la obligación de suministrarle determinado diseño y que, por demás, ello no tendría lógica, pues el diseño operacional se refiere al Sistema y no a la zona donde está operando el Concesionario.

3.1.19. SUMA INCUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN DE NO UTILIZAR PATIOS TRANSITORIOS OBJETADOS Y DE CUMPLIR CON LA NORMATIVIDAD AMBIENTAL APLICABLE A LOS MISMOS

Argumentó la Convocada que **ORGANIZACIÓN SUMA** se obligó contractualmente a conseguir los predios para la operación de los patios transitorios y dar cumplimiento a las normas ambientales para la ejecución de estos, pero que ello fue incumplido toda vez que utilizó como patio transitorio una zona de protección ambiental, aspecto que fue objetado por **TRANSMILENIO** y, aun así, hizo caso omiso a la negación del pre aval por parte de **TRANSMILENIO** para usar ese patio transitorio. En efecto, sostiene la Convocada que en el año 2014 requirió al Concesionario para que retirara los vehículos ubicados en el patio Turquesa, pues hacía parte de la estructura ecológica principal del área donde se estaba usando.

Dicha conducta, según afirmó **TRANSMILENIO**, constituye una violación continuada del Contrato con las implicaciones que de ello se derivan respecto de las pretensiones de la demanda, indicando además que solo recientemente el Concesionario superó tal situación de incumplimiento, pero, aun cuando obtuvo el pre aval por parte de **TRANSMILENIO**, a la fecha de la contestación de la demanda reformada no había cumplido con las exigencias para que se le pudiera otorgar el aval definitivo.

3.1.20.- LA ETAPA DE TRANSICIÓN EN RELACIÓN CON LA OPERACIÓN EN PATIOS TRANSITORIOS CONTINÚA EN EJECUCIÓN

Señaló **TRANSMILENIO** que, al tenor de la Cláusula 12 (etapa preoperativa), el Concesionario estaba obligado a conseguir las áreas de patios y talleres para la operación denominadas Terminales Zonales. Así mismo, que en la Cláusula 14 se estableció que, durante los primeros cinco años de la Concesión, se desarrollaría la etapa de transición en el marco en el que se operara en terminales transitorios y que, finalizada la etapa de transición, el Distrito entregaría los terminales zonales construidos y adecuados para la operación directa por los concesionarios.

Adicionalmente, sostuvo que, en desarrollo de la Cláusula 14 del Contrato de Concesión, una vez finalizado el tercer año de esta, o sea, al tercer año de la ejecución, el Concesionario recibió el aviso correspondiente por parte de Transmilenio indicándole la ampliación de la etapa de transición.

Por lo anterior, según la Convocada, al subsistir la etapa de transición de acuerdo con lo establecido en el contrato, el Concesionario no puede reclamar por la entrega de patios definitivos, los cuales solamente serían exigibles al término de la etapa de transición. Precisó, además, que la entrega de los patios definitivos le corresponde al Distrito y no a **TRANSMILENIO**, por lo que carece de fundamento la reclamación planteada por el Concesionario, pues no se ha configurado la hipótesis que da lugar a la entrega de los patios definitivos y tampoco le corresponde a **TRANSMILENIO** cuando dicho momento se presente.

3.1.21.- LA CLÁUSULA 121 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN, EN RELACIÓN CON LA IMPOSICIÓN DE DESINCENTIVOS ES VÁLIDA Y EFICAZ, Y DEBE APLICARSE SEGÚN LO ESTIPULADO

Señaló la Convocada que contractualmente se pactó la modificación de las Cláusulas 121 y 131 a través del Otrosí No. 5, en virtud del cual, en lo concerniente a sanciones pecuniarias relacionadas con el cumplimiento del contrato, las partes decidieron hacer la diferenciación entre multa y desincentivos operativos; respecto a las primeras señaló **TRANSMILENIO**, se estableció que las mismas se aplicarán en ejercicio de las facultades excepcionales de la Administración al tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la **Ley 1150 de 2007**.

Respecto de En cuanto a los desincentivos operativos manifestó **TRANSMILENIO** que los mismos corresponden a los descuentos que deben realizarse por cualquier incumplimiento de requisitos y parámetros contenidos en el Manual de Operaciones y los demás establecidos en el Contrato. Señaló igualmente que, a efectos de aplicación del Manual, **TRANSMILENIO** procedió a interpretar el sentido que debe darse a la expresión “tiquete”, acudiendo al criterio de interpretación consagrado en la Cláusula 20, concluyéndose que el sentido natural y obvio de dicha palabra es el que indica el precio o valor de un viaje o pasaje que, en el caso del SITP, corresponda a la tarifa que paga el usuario por acceder al servicio.

Derivado de esto afirmó **TRANSMILENIO** que, las partes acordaron la forma como se debían sancionar contractualmente ciertas conductas de mal desempeño operativo, señalando también que la estipulación de sanciones contractuales es factible en la contratación estatal y que en el Otrosí No. 5 se estipuló que, en la imposición de sanciones, habría de respetarse el debido proceso, la audiencia previa y la posibilidad de rendir explicaciones y de demostrar los yerros en los que haya podido incurrir **TRANSMILENIO**, teniendo a su vez la posibilidad de objetar las sanciones que le sean impuestas.

Finalmente manifestó que dicha estipulación fue el resultado de un acto dispositivo de las partes y a la que se llegó en ejercicio de la autonomía y la autorregulación, donde se respeta el debido proceso y que, por ende, la parte Convocante tiene la obligación de respetar esta estipulación, por demás, no tiene ningún vicio o defecto que afecte su legalidad.

3.1.22.- EL SITP PROVISIONAL TIENE BASE LEGAL Y EL DESARROLLO DE LA GESTIÓN DE TRANSMILENIO EN RELACIÓN CON EL MISMO NO IMPLICA VIOLACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

Manifestó **TRANSMILENIO**, que el SITP provisional fue una medida adoptada por la autoridad de tránsito de la ciudad para garantizar la prestación del servicio público de transporte, y con el fin de impulsar la progresiva eliminación del transporte colectivo, se expidió el Decreto 190 de 2015, el cual estableció un mecanismo provisional que complementaría los servicios del SITP, quedando sujeto a la planeación, gestión y control de **TRANSMILENIO** como ente gestor del SITP.

Afirmó la Convocada, que carece de todo sustento contractual y legal que **ORGANIZACIÓN SUMA** pretenda obtener una indemnización derivada de un hecho conocido y aceptado por el Concesionario, como lo era la coexistencia entre vehículos de transporte colectivo y los del SITP mientras se daba su implementación. Sostiene, además, que el a Concesionario se obligó adquirir una cantidad determinada de vehículos para ser desintegrados, o pagarles una renta a los propietarios para proceder con su desintegración, pero que aquel ha ejecutado deficientemente su obligación de desintegración, hecho que ha incidido negativamente en la permanencia de la oferta de vehículos colectivos a través del SITP Provisional.

3.1.23.- LA COEXISTENCIA DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO POR LOS VEHÍCULOS QUE OPERABAN EN EL TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO HASTA SU VINCULACIÓN A CUALQUIERA DE LOS CONCESIONARIOS DEL SITP O HASTA LA DESINTEGRACIÓN DE LOS MISMOS POR PARTE DE LOS CONCESIONARIOS ESTABA PREVISTO DESDE EL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN Y FUE ACEPTADA POR EL CONCESIONARIO – IMPROCEDENCIA DE UN RECLAMO QUE SE FUNDA EN EL DESCONOCIMIENTO DE LO PACTADO

Frente a esta excepción se argumenta que uno de los elementos estructurales del proceso licitatorio fue el de la coexistencia, durante la implementación del sistema

de los vehículos de transporte público colectivo, planeándose una paulatina reducción de dicha oferta de transporte en la medida que los Concesionarios vincularan vehículos al servicio del SITP, o al menos fueran desintegrados. Por ende, dice Transmilenio, la concurrencia de esos vehículos con los del SITP era previsible por los Concesionarios, máxime cuando ellos eran los encargados de la eliminación progresiva de la oferta de dichos vehículos.

Por ende, a juicio de **TRANSMILENIO**, a la Convocante no le asiste derecho alguno cuando, desconociendo el Contrato pretende obtener indemnizaciones que se originan en circunstancias previstas y aceptadas, en cuanto eran elementos concurrentes en la estructuración de la Licitación y en la configuración del Contrato.

3.1.24.- EL CONCESIONARIO DEBE ASUMIR LAS CONSECUENCIAS ADVERSAS DE LA INEJECUCIÓN O EJECUCIÓN DEFECTUOSA DEL ACUERDO DE CRUCE DE FLOTA CELEBRADO ENTRE CONCESIONARIOS EN RELACIÓN CON VEHÍCULOS DEL TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO QUE SE DEBÍAN INTEGRAR A SU FLOTA O SE DEBÍAN CHATARRIZAR, FRENTE A LA IMPLICACIÓN QUE DE ELLO SE PUEDA DERIVAR RESPECTO DEL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES BAJO EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y RESPECTO DE LOS RIESGOS POR ESTE ASUMIDOS

Señaló Transmilenio, una vez celebrado entre los Concesionarios el acuerdo de cruce flota, se puso de presente al Concesionario que debía garantizar el cumplimiento de sus obligaciones frente a **TRANSMILENIO**, que no podía afectar las obligaciones pactadas con los propietarios y que, además, debía mantener los porcentajes de renta y venta correspondientes a cada zona adjudicada y, por último, que debía cumplir con el diseño operacional establecido para cada zona del SITP.

Aclaró, además, que el Ente Gestor solo se pronunciaría e intervendría en el evento en que se advirtiera que, por motivo de acuerdo entre los concesionarios, resultare afectado el cumplimiento de las obligaciones contractuales exigibles frente a cada Concesionario. Por lo anterior, aseguró **TRANSMILENIO**, dado el interés que tiene en la ejecución se refirió al respecto, pero no es dable atribuirle responsabilidad u obligaciones a **TRANSMILENIO** por no implementar el sistema o por mayores costos de implementación, si éstas tienen su fuente en dicho acuerdo.

3.1.25.- INEXISTENCIA DE LOS SUPUESTOS PARA LA DECLARACIÓN DE LA RUPTURA DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA DEL CONTRATO

Indicó **TRANSMILENIO** que toda pretensión encaminada a buscar el restablecimiento de la ecuación financiera, resulta improcedente a la luz de los requisitos que la ley y la jurisprudencia han establecido para ello.

3.1.26.- INEXISTENCIA DE LOS SUPUESTOS LEGAL Y JURISPRUDENCIALMENTE EXIGIBLES PARA QUE LA PROCEDENCIA DE LA REVISIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

Indicó **TRANSMILENIO** que no se reúnen los requisitos que la ley y la jurisprudencia Contencioso Administrativa han dado para solicitar la revisión del contrato en aplicación de la teoría de la imprevisión, figura que opera como excepción a la regla que enseña que los contratos deben cumplirse según lo acordado. Por ello, manifestó la Convocada, las pretensiones de la Convocante buscan someterlo a sus designios, pretendiendo modificar aspectos contractuales relativos al cambio de tarifa que lo lleven a un punto de solicitar una “orden en blanco” que le permita revivir la orden judicial solicitada.

3.1.27.- EN LA REMUNERACIÓN ACORDADA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN QUEDÓ COMPRENDIDO EL EFECTO ECONÓMICO DE LA ASUNCIÓN DE RIESGOS CONTRACTUALES QUE ASUMIÓ EL CONCESIONARIO, QUIEN DEBE, POR TANTO, ATENERSE A LO PACTADO

Sostiene la Convocada que, el Concesionario aceptó expresamente, conforme a lo estipulado en la Cláusula 118 del Contrato de Concesión, que *“cualquier costo, sobrecosto, indemnización o reconocimiento a cualquier título que pudiera llegar a generarse” por la ocurrencia de los riesgos que fueron objeto de distribución le es “plenamente recompensado a través de la participación en los beneficios derivados de la explotación económica del servicio público de transporte del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP que TRANSMILENIO S.A. ha concedido al CONCESIONARIO conforme a lo previsto en el presente Contrato”* y, por ello mismo, debe atenerse a lo acordado, que es ley para las partes.

3.1.28.- EL CONTRATO DEBE SER EJECUTADO CONFORME A LO PACTADO – PACTA SUNT SERVANDA – EN LO RELACIONADO CON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS ACORDADA ENTRE LAS PARTES Y EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL CONCESIONARIO

TRANSMILENIO manifestó que **ORGANIZACIÓN SUMA** al presentar su oferta y celebrar el Contrato, aceptó la tipificación, estimación y distribución de los riesgos contenidos en la Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión, en virtud de lo establecido en la Cláusula 118 del mismo. También, por la misma razón, indicó que la Convocante se obligó a cumplir las obligaciones que asumió en lo referente a la vinculación de flotas, implementación de rutas, entre otras; prestaciones sobre las cuales está obligado y sujeto.

3.1.29.- TRANSACCIÓN Y SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

Señaló **TRANSMILENIO** en el contenido de esta excepción, que reconoció al Concesionario una importante suma de dinero por concepto de la reclamación que tenía en torno a mayores costos asociados a la adecuación de la flota para accesibilidad de discapacitados, con la excepción de los vehículos que deberían tener dicha facilidad, como también, excluyendo los vehículos híbridos, respecto de los cuales posteriormente se celebró una transacción mediante otrosí.

3.1.30.- EL CONCESIONARIO DEBÍA BASAR SU PROPUESTA EN SUS PROPIOS ESTUDIOS TÉCNICOS Y EN SUS PROPIAS ESTIMACIONES, BAJO SU RESPONSABILIDAD

Sostuvo la Convocada que el Concesionario debió tener en cuenta que la propuesta debía basarse estrictamente en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones, con apoyo de la información contenida en el centro de documentación para establecer todos los costos y gastos en los que debía incurrir, toda vez que la información suministrada por **TRANSMILENIO**, fue proporcionada para proveer a los interesados de información pero nunca tuvo el carácter de servir como predicción de lo que ocurriría, como tampoco el pliego de condiciones, de manera que dicho instrumento era de estricto apoyo y de seguir tal lógica, ello supondría que toda regulación contractual sobre distribución de riesgos fuera inútil.

3.1.31.- CARENCIA ABSOLUTA DE DERECHO A INTERESES MORATORIOS

Finalmente, manifestó **TRANSMILENIO** que al tenor de lo dicho por la Jurisprudencia Contencioso Administrativa y Civil, mal podría pretenderse el pago de intereses moratorios respecto de prestaciones o indemnizaciones nacidas en la sentencia o laudo. Dice, además, que **ORGANIZACIÓN SUMA** pretende indemnizaciones a las que no tiene derecho y, a su vez, pide en relación con esos reclamos, que se concedan intereses moratorios que no se causan, los cuales se tornan exigibles, a su juicio, a partir del momento en que el laudo o sentencia quede en firme.

4.- PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

TRANSMILENIO formuló pretensiones en la demanda de reconvencción en los siguientes términos:

"A) SERIE PRIMERA: PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA: *Que se declare que la cláusula 121, y en particular la cláusula 121.2. del contrato de concesión No. 10 de 2010, celebrado entre EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. y ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S., conforme a la modificación introducida a la misma en virtud del otrosí No 5 del 28 de diciembre de 2011, en la cual las partes regularon la procedencia de la aplicación de desincentivos operativos al Concesionario, es válida y eficaz.*

SEGUNDA: *Que se declare que la cláusula 131, y en particular la cláusula 131.2. del contrato de concesión No. 10 de 2010, conforme a la modificación introducida a la misma en virtud del otrosí No 5 de 28 de diciembre de 2011, en la cual las partes regularon el procedimiento para la imposición de desincentivos operativos al Concesionario, es válida y eficaz.*

TERCERA: *Que se declare que los desincentivos impuestos al Concesionario, ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S., entre el 1º de enero de*

2013 y el 31 de agosto de 2016, en aplicación de la cláusula 121 del Contrato de Concesión y con sujeción al procedimiento establecido en la cláusula 131 del mismo contrato, y objetados por este, fueron debidamente impuestos y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. tiene el derecho contractual a obtener el pago de los mismos y a descontar su monto de la remuneración a que el Concesionario, ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S., tiene derecho de acuerdo a lo estipulado en el Contrato de Concesión, así como también a descontar los intereses de mora causados en relación con tales desincentivos.

CUARTA: Que, como consecuencia de la declaración que se pide en la pretensión anterior, se condene a la ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. a reconocer y pagar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., por concepto de desincentivos impuestos entre el 1º de enero de 2013 y el 31 de agosto de 2016, la suma de DIECINUEVE MIL CIENTO TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$19.135.981.424), o la que determine el Tribunal Arbitral.

QUINTA: Que, como consecuencia de la declaración que se efectúe conforme a la pretensión tercera, se condene a la ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. a reconocer a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., intereses de mora a la más alta tasa admisible en la ley, conforme a lo pactado en el contrato de concesión No. 10 de 2010, sobre los desincentivos impuestos entre el 1º de enero de 2013 y el 31 de agosto de 2016, desde el momento en que se haya presentado el hecho o la circunstancia que causó el desincentivo y hasta la fecha del pago, o en la forma que determine el Tribunal.

SEXTA: Que se condene en costas a la parte demandada en reconvención, y las mismas se liquiden por el Tribunal con arreglo a la ley.

B) SERIE SEGUNDA: PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL: Que se declare que los desincentivos impuestos al Concesionario, ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S., entre el 1º de enero de 2013 y el 31 de agosto de 2016, en aplicación de la cláusula 121 del Contrato de Concesión y con sujeción al procedimiento establecido en la cláusula 131 del mismo contrato, y objetados por este, con las exclusiones que determinen el Tribunal Arbitral, fueron debidamente impuestos y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. tiene el derecho contractual a descontarlos de la remuneración a que el Concesionario, ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S., tiene derecho de acuerdo a lo estipulado en el Contrato de Concesión.

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN CUARTA PRINCIPAL: Que, como consecuencia de la declaración que se pide en la pretensión subsidiaria anterior, se condene a la ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. a reconocer a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –

TRANSMILENIO S.A., por concepto de desincentivos impuestos entre el 1º de enero de 2013 y el 31 de agosto de 2016, la suma que determine el Tribunal Arbitral.

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN QUINTA PRINCIPAL: *Que, como consecuencia de la declaración que se efectúe conforme a la pretensión tercera subsidiaria, se condene a la ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. a reconocer a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., intereses de mora a la más alta tasa admisible en la ley, conforme a lo pactado en el contrato de concesión No. 10 de 2010, sobre los desincentivos impuestos entre el 1º de enero de 2013 y el 31 de agosto de 2016, no excluidos por el Tribunal Arbitral, desde el momento en que se haya presentado el hecho o la circunstancia que causó el desincentivo y hasta la fecha del pago, o en la forma que determine el Tribunal.”*

5.- HECHOS DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Los hechos de la demanda de reconvencción en su versión reformada, en síntesis, son los siguientes:

5.1.- Inicialmente relacionó las condiciones bajo las cuales se celebró el Contrato de Concesión No. 010 de 2010 de explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP para la zona 12) Ciudad Bolívar sin operación troncal, indicando parte del Clausulado y definiciones para su interpretación.

5.2.- Resaltó posteriormente la Convocante en reconvencción las obligaciones asumidas por el Concesionario, en relación con la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros y con la Flota entre otros.

5.3.- Adicionalmente, manifestó **TRANSMILENIO**, que conforme a la cláusula 23 del Contrato, tiene, entre otros, el derecho:

“a realizar la supervisión, vigilancia y control del SITP (tercera viñeta); a supervisar el desarrollo y ejecución del Contrato (cuarta viñeta); a impartir las instrucciones operativas que considere necesarias para 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 del Contrato (quinta viñeta); a establecer Manuales y Reglamentos a los que el Concesionario debe sujetarse para la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros (sexta viñeta).”

5.4.- Así mismo, relacionó la Convocante en reconvencción las obligaciones que asumió el Concesionario a partir de la suscripción del Contrato, respecto de la disponibilidad de la Flota requerida para la operación, el tamaño de la Flota adecuada a las necesidades de operación del Sistema, entre otras.

5.5.- TRANSMILENIO igualmente indicó las condiciones contractuales en relación con la imposición de multas y sanciones por incumplimiento de las obligaciones, esto es, respecto del procedimiento para la imposición y su liquidación.

5.6.- Finalmente aseguró **TRANSMILENIO** que entre enero de 2013 y agosto de 2016 se le han impuesto al Concesionario desincentivos objetados por este y, por lo mismo, no pagados, que ascienden a la suma de \$19.135.981.424, respecto de los cuales se han causado intereses de mora, que liquidados hasta el 30 de noviembre de 2016 ascienden a \$6.489.233.643, para un total de desincentivos e intereses de mora causado y no pagados, hasta la fecha indicada, de \$25.625.215.067, valores que son objeto de reclamación en este proceso, según se detalla en la tabla anexa al memorando de la Subgerencia Económica, identificado con el número 2016IE10303 del 2 de diciembre de 2016.

6.- LA CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La parte Convocada en reconvencción **ORGANIZACIÓN SUMA** presentó su contestación a la de demanda reformada y formuló las excepciones de mérito que a continuación se sintetizan:

6.1.- EXCEPCIONES FORMULADAS.

6.1.1.- LOS DESINCENTIVOS CONTENIDOS EN EL OTROSÍ NÚMERO 5 DE 2011 SON ILEGALES POR NO ESTAR CONTEMPLADOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES Y EN EL CONTRATO NÚMERO 010 DE 2010 Y CARECER DE CAUSA LEGAL SU PACTO

En esta excepción señaló la Convocada en reconvencción que los desincentivos pactados en el Otrosí No. 5 de 2011 son nulos por contravenir el derecho público de la Nación. Manifestó que la suscripción del acuerdo cuestionado por parte de **ORGANIZACIÓN SUMA** no purga ni enerva la ilicitud de aquel.

6.1.2.- TRANSMILENIO EJERCIÓ FUERZA SO PENA DE CONSECUENCIAS FUNESTAS PARA LOS CONCESIONARIOS, CON MIRAS A LOGRAR LA SUSCRIPCIÓN DEL OTROSÍ No. 5 DE 2011

En este punto sostuvo **ORGANIZACIÓN SUMA** que cuando **TRANSMILENIO** convocó en septiembre de 2011 a los operadores para revisar el contrato con miras a modificarlo indicó razones distintas que no tenían que ver con los desincentivos. Señaló, además, que bajo una interpretación errónea e inadecuada de la Ley 1474 de 2011 pidió celebrar el Otrosí como único mecanismo para evitar la terminación de los contratos tras la inhabilidad surgida del artículo 90 de la antedicha ley, amén de una serie de sanciones y represalias de no suscribir dicho acuerdo.

6.1.3.- EN CASO DE NO PROSPERAR LAS ANTERIORES EXCEPCIONES, LOS DESINCENTIVOS DEBEN RECIBIR EL TRATAMIENTO DE MULTAS, COMO SANCIÓN PECUNIARIA DE APREMIO, CONSECUENCIA DE LO CUAL DEBEN

APLICARSE EN UN TODO LOS ARTÍCULOS 17 DE LA LEY 1150 DE 2007 Y 86 DE LA LEY 1474 DE 2011, EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 52 DEL CPACA

Se indicó en esta excepción que, como quiera que no hay acto administrativo que imponga los desincentivos al Concesionario, deberá entenderse que todos los desincentivos cuyo soporte sean hechos sobre los que hayan pasado tres (3) años, no podrán hacerse efectivos a la luz del artículo 52 del CPACA. Sumado a lo anterior, sostuvo **SUMA** que no podrían imponerse las sanciones porque, a la fecha, ya han sido satisfechos los incumplimientos o ha transcurrido el tiempo para que se aplique la sanción.

Que, según el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la interposición de multas solo procede *“mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista”*, e indicó que, si no está pendiente o se cumplió con la obligación, la multa no procede, todo lo anterior en concordancia con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

6.1.4.- SI LOS DESINCENTIVOS NO SON MULTAS SINO CLÁUSULAS PENALES GOBERNADAS POR EL DERECHO PRIVADO, DEBEN SER IMPUESTOS POR EL JUEZ DEL CONTRATO PREVIA COMPROBACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO Y REVISIÓN DE ESTE TRIBUNAL DE LAS CAUSALES QUE DAN LUGAR A LOS DESINCENTIVOS Y BAJO LA PREMISA QUE CORRESPONDEN A SITUACIONES TÍPICAS QUE EN VERDAD AFECTEN EL SERVICIO Y NO POR NIMIEDADES NORMALES Y, EN LOS POQUÍSIMOS CASOS EN QUE LA CAUSAL PODRÍA SER OBJETIVA, LOS DESINCENTIVOS SON EXORBITANTES Y NO CORRESPONDEN A LAS CONDICIONES OPERACIONALES REALES SINO TEÓRICAS

6.1.5.- RESULTA CONFISCATORIO Y SIN NINGUNA CAUSA QUE LOS DESINCENTIVOS AFECTEN LA REMUNERACIÓN DEL CONTRATISTA EN LOS COMPONENTES DENOMINADOS REMUNERACIÓN POR VEHÍCULO (TMVZ) Y REMUNERACIÓN POR KILOMETRO (TKMZ), POR LO QUE SOLO DEBERÍA COBIJAR LA REMUNERACIÓN POR PASAJEROS

6.1.6.- LOS DESINCENTIVOS EN CASO DE MANTENERSE DEBEN TENER UN LÍMITE MÁXIMO, SI ACASO, DEL 10% DEL VALOR DE LA REMUNERACIÓN POR PASAJEROS (TPASZ) QUE RECIBA EL CONCESIONARIO DURANTE EL MES EN QUE SE HAYA CAUSADO LA SANCIÓN CORRESPONDIENTE

6.1.7.- TRANSMILENIO HA INCUMPLIDO LO NECESARIO PARA LA INTEGRACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DEL SITP, POR LO QUE, A PESAR DE EXISTIR FORMALMENTE ACTA DE INICIO DE OPERACIÓN, ÉSTA NO SE HA DADO EN LOS TÉRMINOS CONTRACTUALES Y EN CONSECUENCIA NO HAY LEGITIMACIÓN PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DESINCENTIVOS

6.1.8.- LOS DESINCENTIVOS QUE A LA FECHA PRETENDE HACER EFECTIVOS TRANSMILENIO, NO SE SOPORTAN EN PRUEBAS IDÓNEAS Y AJUSTADAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LO QUE NO PUEDEN SERVIR DE BASE PARA SU “IMPOSICIÓN” NI GARANTIZAN EL MÍNIMO

DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DEL CONCESIONARIO EN LA MEDIDA EN QUE COMO SE HAN “IMPUESTO”, SE BASAN SIMPLEMENTE EN UN MANUAL DE OPERACIONES EMANADO UNILATERALMENTE DE TRANSMILENIO Y EN DOCUMENTOS QUE CORRESPONDEN A AFIRMACIONES DE FUNCIONARIOS DE ÉSTA ENTIDAD PÚBLICA SIN LA EXISTENCIA DE LA COMPROBACIÓN REAL DE LOS HECHOS QUE LOS SOPORTAN; SIN AUTOR NI FECHA CONOCIDA PARA EL CASO DE LOS VIDEOS Y FOTOGRAFÍAS ADEMÁS DE HABER SIDO EDITADOS, POR LO QUE SUMA DESCONOCE Y TACHA LOS DOCUMENTOS DADOS POR TRANSMILENIO EN SOPORTE DE LOS DESINCENTIVOS

6.1.9.- ABUSO, ARBITRARIEDAD, DESMEDIDA Y DESPROPORCIONADA IMPOSICIÓN POR PARTE DE TRANSMILENIO QUE ESTÁ PONIENDO EN RIESGO EL SITP MISMO POR ASPECTOS MENORES, NO MEDIBLES NI COMPROBABLES, ORDINARIOS MUCHAS VECES EN ESTE TIPO DE SERVICIOS Y SIN NINGUNA AFECTACIÓN REAL DEL SERVICIO DE TRANSPORTE MASIVO DE PERSONAS. EL RIESGO ES DE TAL ENTIDAD QUE TRANSMILENIO, CON LA APLICACIÓN DE LOS DESINCENTIVOS, PONE EN RIESGO LA OPERACIÓN DE SUMA DEBIDO A QUE, EN EL ESTADO ACTUAL DEL CONTRATO, NI LAS UTILIDADES QUE RECIBIRÍA EL SUSCRITO CONCESIONARIO ALCANZARÍAN PARA EL PAGO DE ESTOS DESINCENTIVOS

6.1.10.- DESATENCIONES JUSTIFICADAS Y CON EXPLICACIONES QUE ENERVAN EL REPROCHE Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA

Indicó **ORGANIZACIÓN SUMA**, para sustentar esta excepción, que los incumplimientos que planteó **TRANSMILENIO** deberán ser probados, señalando, a la vez, que dichos incumplimientos a los que llama “desatenciones absurdas” fueron producto de la situación financiera que atraviesa **ORGANIZACIÓN SUMA** por cuenta de los hechos y causas que generaron el presente proceso.

Sostuvo que, de no existir el “hueco financiero” que no causó **ORGANIZACIÓN SUMA**, aquellas desatenciones no se hubieren presentado y habría una situación financiera normal, que habría permitido destinar recursos y presupuesto para acometer lo necesario para impedir que se materializaran o configuraran las antedichas desatenciones.

Así mismo, argumentó **ORGANIZACIÓN SUMA**, como quiera que la situación financiera es cada vez peor, es factible y previsible que el Concesionario inicie un tránsito de desatenciones y posibles incumplimientos, los que dice, serían tratados con todo rigor por la Entidad demandada y sin ninguna consideración y examen de la causa de ello.

6.1.11.- NO CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES

Al respecto manifestó **ORGANIZACIÓN SUMA** que, al margen de la discusión de fondo planteada acerca de la validez de los desincentivos y su real naturaleza jurídica, los incumplimientos a los que se refiere **TRANSMILENIO** como soporte

de sus pretensiones y para el reconocimiento de los desincentivos que esboza, no pueden ser objeto de reconocimiento por el Tribunal, pues, dichos reconocimientos:

(i).- No están soportados en pruebas idóneas sino a documentos elaborados unilateralmente por Transmilenio, no tienen autor ni fecha de elaboración y los videos son editados;

(ii).- No se determinaron circunstancias de modo, tiempo y lugar de su ocurrencia ni fueron previamente objeto de reconvención para subsanar antes de merecer la sanción correspondiente;

(iii).- No se determinó si fueron adecuadamente corregidos, lo que acarrea enervar la acción por remisión a lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

(iv).- Corresponde a causales no tipificadas sino a "interacciones acomodaticias" de funcionarios de Transmilenio y la Interventoría."

6.1.12.- DESINCENTIVOS SIN COMPETENCIA PARA IMPOSICIÓN

Manifestó **ORGANIZACIÓN SUMA** que la imposición de desincentivos por conductas como cruzar la luz roja de semáforo o hacer uso de equipos móviles, como también generar un accidente de tránsito, entre otros, bajo ninguna circunstancia pueden ser consideradas de competencia de **TRANSMILENIO**, pues dicha Entidad no está contemplada como autoridad de tránsito ni de transporte en Bogotá, y la única facultada para ello es la Secretaría de Movilidad a través de los funcionarios vinculados a la Estación de Tránsito.

Afirmó, además, que los únicos autorizados para imponer comparendos por las conductas anotadas, son las autoridades de tránsito a través de sus cuerpos de policía, ello siguiendo el procedimiento enmarcado en el artículo 135 de la Ley 769 de 2002 y modificado por la Ley 1383 de 2010.

6.1.13.- FALLAS EN EL SIRCI CON INCIDENCIA EN DESINCENTIVOS

Respecto al SIRCI (Sistema Integrado de Recaudo, Control, Información y Servicio al Usuario) manifestó **ORGANIZACIÓN SUMA** que del funcionamiento y exactitud de dicho sistema dependen factores claves del negocio, tales como la remuneración de concesionarios, planeación, presupuesto y precisión en la imposición de desincentivos operacionales y que dicha plataforma tiene graves fallas en el día a día, tales como: desfase en los kilómetros recorridos, fallas en el validador, en los torniquetes y, además, dice que el sistema no registra los desvíos debidamente autorizados.

Señaló como fallas, que las unidades lógicas de los vehículos pierden su localización y en los paraderos no aparece la información de las unidades del vehículo, y, concluyó señalando que los sensores de apertura y cierre de puertas de los vehículos quedan bloqueados y afectan directamente la operación y los niveles de servicio.

CAPÍTULO TERCERO

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

1.- PRESUPUESTOS PROCESALES:

En el presente arbitraje los presupuestos procesales o condiciones formales para emitir un laudo que resuelva de fondo el litigio planteado, se encuentran reunidos a plenitud, habida cuenta de que, en primer lugar, la demanda colma las exigencias legales, circunstancia que quedó definida desde el inicio del proceso; en segundo lugar, tanto la Convocante como la Convocada son personas jurídicas debidamente constituidas y representadas, que han concurrido al proceso y han actuado mediante apoderados judiciales; y, por último, la competencia de este Tribunal quedó definida desde la primera audiencia de trámite y al respecto no hubo discusión alguna.

De manera que los presupuestos procesales conocidos como demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al proceso y competencia del juzgador, se hallan presentes y, por ello, el Tribunal resolverá materialmente este litigio, no sin antes observar que durante el trámite del proceso ninguna de las partes alegó nulidad ni puso de presente la existencia de irregularidades procesales que hubiesen afectado el ejercicio del derecho de defensa, y tampoco se advierte que exista causal de nulidad alguna.

2.- IMPLEMENTACIÓN DEL SITP E INICIO DE LA ETAPA OPERATIVA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN (PRETENSIONES PRIMERA A QUINTA DE LA DEMANDA)

Este punto de las pretensiones lo abordaremos en un primer lugar a partir de la posición de las partes (2.1); enseguida el Tribunal expresará su punto de vista (2.2).

2.1.- LA POSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DEL SITP

El Tribunal tendrá en cuenta los argumentos esgrimidos por la Convocante (2.1.1) y de la Convocada (2.1.2).

2.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Según quedó reseñado en el segundo capítulo de este Laudo, la Convocante solicita se declare que las exigencias necesarias para la implementación e integración del SITP no se han cumplido a plenitud por circunstancias que no le son imputables al Concesionario (Pretensión Primera).

Solicita igualmente se declare que la Etapa Operativa del Contrato de Concesión materia de este arbitraje aún no ha comenzado "por no haberse cumplido todos los requisitos, exigencias y presupuestos necesarios para el efecto", en razón de

la ocurrencia de circunstancias y situaciones que no le son atribuibles a **SUMA** (Pretensión Segunda).

De la misma manera le pide al Tribunal declarar que “la etapa operativa tendrá inicio cuando se complete lo pactado contractualmente para la integración del SITP” (Pretensión Tercera); en caso de no acceder a dicha súplica, se solicita, entonces, se declare que la etapa operativa iniciará cuando “se complete el Plan de Implementación una vez removidos los obstáculos que en la actualidad impiden su ejecución” (Pretensión subsidiaria de la Tercera).

En consecuencia, solicita dejar sin efecto, “en lo pertinente”, las actas suscritas por las partes acerca del inicio de la etapa de operación (Pretensión Cuarta) y que se ordene a Transmilenio “*aplicar en un todo el Contrato No. 010 de 2010 en lo que respecta a momentos y circunstancias anteriores a dicha integración*” (Pretensión Quinta).

Afirmó la Convocante, como fundamento de los anteriores pedimentos, que aunque la denominada Etapa Preoperativa del Contrato de Concesión No. 010 de 2010 fue pactada en nueve (9) meses, su verdadera extensión estaba limitada por el Plan de Implementación, motivo por el cual la Etapa Operativa, cuyo plazo es de veinticuatro (24) años, solamente puede iniciar cuando todas las obligaciones relacionadas con la implementación del SITP se hayan cumplido, lo que a la fecha, en su sentir, no ha ocurrido.

Afirma que para la implementación plena y cabal del SITP en su Fase 2, debían reunirse una serie de condiciones y presupuestos de ineludible ocurrencia, como era la integración física, virtual, de medio de pago, operativa y tarifaria del servicio público de transporte masivo en la ciudad de Bogotá, ninguna de las cuales se ha cumplido hasta la fecha.

Las bases esenciales de la integración del SITP fueron un elemento fundamental que se tuvo en cuenta por **SUMA** para la presentación de su oferta económica y la implementación del cierre financiero a su cargo, no obstante, lo cual el SITP en su Fase 2 no está plenamente implementado.

Agregó:

*“[...] Tampoco el Plan de Implementación tal como fue estructurado por el Concesionario se ha podido poner a cabo en la realidad por el diseño de rutas con baja demanda por parte de **TRANSMILENIO**; por la prioridad exigida por **TRANSMILENIO** de operar rutas nuevas que no estaban dentro del esquema inicial del Plan de Implementación; por la demora en la implantación de infraestructura del sistema; por la duplicidad de rutas en la implementación; por la inclusión del “SITP PROVISIONAL”; por la baja demanda de pasajeros, por la no entrada en operación de EGOBUS Y COOBUS, entre otras razones [...]”*

Agrega la Convocante que tampoco se ha llevado a cabo el Plan de Implementación como fue estructurado por el Concesionario, “*por no haberse implementado en las fechas programadas el Sistema Integrado de Recaudo,*

Control de Flota e Información y Servicio al Usuario (SIRCI); por la falta de información al usuario con respecto a las rutas, a los paraderos y a los puntos de recarga y por la falta de entrega de los patios definitivos por parte de TRANSMILENIO”, tal y como se lee en el hecho 33.

En el escrito de alegaciones indicó la Convocante que *“en consideración a que no se ha dado ninguna de las modalidades de integración del SITP, sumado a la falta de integración de las zonas entre sí y con el Sistema BRT de Transmilenio, puede sostenerse sin atisbo alguno de duda que no existe una Integración Total del SITP. Es más, si en gracia de discusión y en caso que se considerara correcta la interpretación errada del apoderado de TRANSMILENIO de la expresión “La integración podrá darse bajo cualquiera o varias de las siguientes modalidades”, de igual forma debemos indicar que como no se ha dado ninguna modalidad de integración, no se ha culminado la Integración Total del SITP bajo dicha interpretación incorrecta e imprecisa”.*

Igualmente adujo, citando varios medios de prueba, en especial el testimonio de **Manuel Salazar** y el dictamen pericial técnico aportado con la reforma de la demanda, que según los documentos que conforman el Contrato, la integración debió ocurrir el 15 de octubre de 2011, momento en el que debió estar operando todas las zonas en forma integrada entre ellas y con el sistema BRT de Transmilenio, además de que se dieran todas las modalidades contempladas en el artículo 19 del Decreto 309 de 2009.

Señaló en sus alegaciones finales:

“Cosa radicalmente distinta a la implementación e integración del SITP era el Plan de Trabajo para la Implementación que correspondía a una obligación surgida a cargo del Concesionario después de celebrado el contrato y cumplidos los requisitos de ejecución, amén de otras prestaciones pactadas, por lo que no puede servir de base para la estructuración de la ecuación contractual, sino para otros efectos que en todo caso no se dieron ni probaron”.

Agregó:

“[...] Cuestión distinta a la implementación e integración del SITP y al Plan de Trabajo para la implementación, es el cronograma de implementación o plan de implementación de rutas que hace referencia al Anexo No. 2 del Pliego de Condiciones del Proceso de Selección No. TMSA-LP-004-2009, el cual contenía las rutas del SITP y el orden de salida de las mismas en el tiempo para cada una de las zonas conforme el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, así como la flota requerida, la tipología y el origen-destino de las rutas. Pues bien, en dicho Anexo No. 2 se contempló la operación de 46 rutas zonales, sin perjuicio de las 11 alimentadoras que debían ser operadas al momento en que finalizarán los contratos de alimentación de la Fase I, según dictamen pericial técnico. Es de advertir en este punto que la aludida experticia no fue contradicha por Transmilenio, razón por la cual el Tribunal deberá estimar las conclusiones allí plasmadas como ciertas [...]”

En síntesis, la Convocante sostiene que no se ha dado la integración total del SITP, toda vez que ninguna de las formas o modalidades de integración que están contempladas en el Decreto Distrital 309 de 2009 se ha dado. Agrega que no existe integración operacional entre todas las zonas ni entre ellas con el sistema BRT de Transmilenio, lo que debe conducir al Tribunal a declarar que aún no ha iniciado la etapa operativa del Contrato de Concesión No. 010 de 2010, que ocurrirá únicamente cuando se produzca la citada integración total y plena del SITP.

2.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

Para **TRANSMILENIO** es claro que las demoras que pudieran presentarse en la implementación del SITP fueron expresamente previstas en el Contrato de Concesión materia de este arbitraje, en especial en su Cláusula 119-2, donde se dijo que de presentarse atrasos en dicha implementación ello constituía un riesgo asumido por el Concesionario, excepto cuando ocurriera la hipótesis de que **TRANSMILENIO** hubiese dado la instrucción a **SUMA** para que ingresara vehículos seis (6) meses antes de la entrada en operación, siempre que éstos fueren vinculados al Concesionario y a pesar de ello no hubiesen podido operar por una circunstancia ajena al mismo, excepción que no se presentó y, por consiguiente, el riesgo en los retrasos de la implementación debe ser asumido por **SUMA**.

Esta previsión aparece confirmada por lo establecido en el Anexo 5 (Matriz de Riesgos), en donde se previó la modificación del cronograma de implementación del SITP por no encontrarse listos los equipos del SIRCI, lo mismo que la modificación del Cronograma de Implementación por el cambio de la entrada de otros concesionarios y por retrasos ocasionados por no encontrarse lista la infraestructura.

Agrega que la implementación del SITP, conforme a las previsiones del Anexo Técnico del Contrato, en concordancia con lo establecido en el Decreto Distrital 309 de 2009, estaba sujeta a unas fechas que no eran definitivas, sino preliminares, de manera que estaba claramente definido desde la etapa precontractual que la implementación podía sufrir retrasos. Por ello, a su juicio, no es cierto que conforme al artículo 19 del citado Decreto, la implementación de la Fase II del SITP debiera estar lista a más tardar en octubre de 2011, como lo sostiene la Convocante.

Para la Convocada, el Decreto 309 de 2009 no trae fechas fijas en punto de la culminación de las distintas Fases del SITP, de suerte tal que la fecha del 15 de octubre de 2011 no podía tomarse como definitiva, más aún cuando en los documentos contractuales quedó claro que existía la posibilidad de retrasos y que ellos fueron asumidos por el Concesionario.

Agrega que debe tenerse en cuenta que el Decreto Distrital 535 de 2011 derogó el párrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, en razón de la necesidad de armonizar la normatividad con los planes de implementación que debía ejecutar cada concesionario en su respectiva zona, incluyendo a **SUMA**.

Indica la Convocada que conforme al Contrato de Concesión la implementación del sistema debe darse de manera gradual sin una fecha exacta de terminación. Esa implementación gradual supone que mientras ella se complete deberá coexistir el SITP con el transporte público colectivo y que en la actualidad subsiste bajo el esquema del SITP provisional.

Señala que desde el pliego de condiciones de la licitación quedó claro que en el desarrollo de la Fase II de implementación del SITP podía haber zonas que no iniciaran su operación y, además, zonas que sí la iniciaran, quedando claro que en las primeras debía seguir prestando servicio el transporte público colectivo. Por ello, no es cierto que al terminar la Fase 2 debía alcanzarse una plena y completa implementación del SITP.

De otra parte, afirma **TRANSMILENIO** que, con independencia de que la implementación del sistema sea un riesgo asumido por **SUMA**, es claro que las partes introdujeron modificaciones al Contrato de Concesión frente a la adopción y ejecución del plan de implementación zonal a cargo del Concesionario, lo cual, en su sentir, revela que estaba previsto por las partes que la implementación del SITP podía extenderse en el tiempo, como en efecto ha ocurrido.

Finalmente, indica que, en el Anexo Técnico del Pliego de Condiciones de la licitación, específicamente en su numeral 2.4., se dijo que la integración debía darse bajo una o varias de las modalidades allí contempladas, es decir, la integración operativa, la integración física, la integración virtual, la integración del medio de pago y la integración tarifaria, previsión del Anexo Técnico que resulta ser armónica con lo establecido en el artículo 19.2 del Decreto Distrital 309 de 2009. Ello implica, en sentir de **TRANSMILENIO**, como se lee en su alegato de conclusión, que *“basta con que se dé una de las modalidades de integración para que se entienda realizada la integración”*. En este sentido, se señala que hay integración total cuando se consigue una integración operacional de todas las zonas que se encuentran en operación, entre sí y con el sistema Transmilenio, por lo que *“La aludida integración existe, en la medida en que (i) es factible hacer una programación articulada del total de las rutas que estén operando, y se puede ejercer un control de la operación con base en la determinación centralizada, técnica, coordinada y complementaria de servicios a ser operados por los vehículos vinculados al SITP (art. 19.2) y, (ii) el usuario tiene la posibilidad de usar los servicios del Sistema empleando la TISC (Tarjeta Inteligente sin Contacto), que es el medio de pago, y tiene a disposición el acceso a una tarifa integrada”*.

Por ello, solicita se declaren probadas las excepciones tituladas *“La implementación del Sistema que se previó fue gradual y progresiva, sin un horizonte definido para su implementación”* y *“La integración del Sistema, a la que el Contrato de Concesión se refiere, ya se produjo, y Transmilenio no incumplió obligación que estuviera a su cargo en relación con la integración”*.

Finalmente, indica que la situación presentada con las demoras en la integración del medio de pago (duplicidad de tarjetas) encajan perfectamente dentro de los hechos previsibles que así fueron reconocidos por **TRANSMILENIO** y por **SUMA**

como el riesgo de implementación que fue asumido por la Convocante, motivo por el cual igualmente solicita se declare probada la excepción titulada *“La integración del medio de pago ya ocurrió, pues mediante una misma TISC es posible acceder a las fases I, II y III del Sistema”*.

En conclusión, para **TRANSMILENIO** las pretensiones formuladas por **SUMA** en relación con las demoras en la integración del SITP frente a la etapa preoperativa y etapa operativa del Contrato de Concesión No. 010 de 2010 no deben prosperar en la medida en que el riesgo relacionado con las aludidas demoras fue expresamente asumido por **SUMA** no existió una fecha exacta y cierta para que se finalizara dicha implementación y, en todo caso, a la fecha, ya la implementación, conforme a lo previsto, operó.

2.2.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde al Tribunal determinar si, como lo afirma la Convocante, a la fecha no se han producido todas las exigencias, presupuestos y condiciones necesarios para la integración del SITP y, por ende, el Contrato de Concesión No. 010 de 2010 todavía no se encuentra en su Etapa Operativa, la cual, según se reclama, solamente podrá iniciar cuando se haya integrado totalmente el SITP. De esta forma, debe el Tribunal determinar si la implementación plena e integral del SITP es presupuesto necesario para el inicio de la Etapa Operativa del Contrato de Concesión No. 010 de 2010 o si, por el contrario, esta no depende de aquella.

Para resolver, se considera:

2.2.1.- El Decreto Distrital 309 de 2009, que adoptó el SITP como sistema de transporte público para la ciudad de Bogotá, determinó en su artículo 1° 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 para la infraestructura requerida para la accesibilidad, circulación y el recaudo, control e información y servicio al usuario del sistema”*.

En desarrollo de lo anterior, según el párrafo del artículo 1° del Decreto, *“La integración de los diferentes modos de transporte público en el radio de acción distrital, iniciará con el transporte público colectivo urbano de pasajeros y el masivo actual. Posteriormente y de acuerdo con el cronograma que se defina por la Secretaría Distrital de Movilidad, con el apoyo de las instancias de coordinación interinstitucional definidas por el Alcalde Mayor, se integrará el transporte férreo, los otros modos de transporte y los demás componentes establecidos en el artículo 14 del Decreto Distrital 319 de 2006”*.

Para ello, el cronograma fijado, según el párrafo citado, *“deberá ser revisado y ajustado periódicamente de conformidad con los resultados de los estudios previos y con el desarrollo de ejecución de las obras”*.

El artículo 6° del Decreto dispone que *“La integración del Sistema Integrado de Transporte Público será gradual, de acuerdo con el cronograma que establezcan*

la Secretaría Distrital de Movilidad y el Ente Gestor con base en lo establecido en el Capítulo V de este Decreto, y se orientará por los principios de progresividad, oportunidad, accesibilidad, eficiencia, sostenibilidad financiera y ambiental, seguridad, calidad, economía, coordinación y complementariedad”.

Obsérvese que el citado precepto está claramente orientado a establecer con claridad que la integración del SITP debe ser “gradual” con apoyo en el cronograma que estableciera al efecto tanto la Secretaría Distrital de Movilidad como el Ente Gestor, esto es, Transmilenio, integración que, en todo caso, debía estar orientada, entre otros principios, por el de progresividad, de tal suerte que la integración no era inmediata y automática, sino que debía surtirse de manera paulatina y gradual.

El artículo 19 del Decreto 309 de 2009, norma que resulta esencial para esta faceta del litigio, comoquiera que alrededor de ella **SUMA** finca su reclamación en torno a la determinación de una fecha fija (15 de octubre de 2011) para la plena implementación del SITP en su Fase 2, establece que dicho sistema debe desarrollarse en las siguientes etapas o fases:

- Fase 1: (Preparación para la implementación del SITP), etapa en la que deben iniciarse los procesos de selección de los operadores zonales y del concesionario del SIRCI.

- Fase 2: (Implantación gradual de la operación), la cual arranca una vez terminada la Fase 1, con la adjudicación de las licitaciones de concesión de operación zonales y del SIRCI “y se iniciará gradualmente el nuevo esquema de prestación de servicio al usuario hasta culminar la integración total”.

De acuerdo con la norma “El inicio de operación de cada una de las zonas operacionales será definido en los pliegos de condiciones de las licitaciones de operación zonales y del SIRCI”, es decir, en cada uno de los respectivos contratos de Concesión, tanto de los operadores zonales como de concesión del SIRCI, debía establecerse y fijarse el inicio de la operación de los citados contratos.

Adicionalmente, la norma señala que en la Fase 2, “las zonas que inicien la operación se integrarán operacionalmente entre ellas y con el actual Sistema Transmilenio. En las demás zonas se mantendrán las condiciones de prestación del servicio del actual sistema de transporte público colectivo hasta tanto los operadores SITP inicien la prestación del servicio”.

De conformidad con la norma, la integración del SITP podría darse bajo una cualquiera de varias modalidades que allí se contemplan, es decir, la disposición prevé cinco (5) tipos o clases de integración, así:

La integración podrá darse bajo cualquiera o varias de las siguientes modalidades:

a.- Integración operativa: Es la articulación de la programación y el control de la operación del transporte público de pasajeros, mediante la

determinación centralizada, técnica, coordinada y complementaria de servicios a ser operados por los vehículos vinculados al SITP, mediante el establecimiento de horarios, recorridos, frecuencias de despacho e interconexión de la operación, facilitando la transferencia de pasajeros para cumplir las expectativas y necesidades de transporte de la demanda, según su origen y destino.

b.- Integración física: Es la articulación a través de una infraestructura común o con accesos.

c.- Integración virtual: Es la utilización de medios tecnológicos para permitir a los usuarios el acceso en condiciones equivalentes a las de la integración física.

d.- Integración del medio de pago: Es la utilización de un único medio de pago, que permite a un usuario el pago del pasaje para su acceso y utilización de los servicios del Sistema.

e.- Integración tarifaria: Se entiende por integración tarifaria la definición y adopción de un esquema tarifario que permita a los usuarios del SITP la utilización de uno o más servicios de transporte, bajo un esquema de cobro diferenciado por tipo de servicio, con pagos adicionales por transbordo inferiores al primer cobro, válido en condiciones de viaje que estén dentro de un lapso de tiempo que se definirá en los estudios técnicos y el pliego de condiciones para las licitaciones de operación del SITP, y que considerará las características de longitud de viaje y velocidades de operación en la ciudad de Bogotá”

En relación con la integración tarifaria, se previó que debería darse tan pronto se hubiese surtido la etapa de pruebas del SIRCI y se garantizara “la completa conectividad y seguridad en su integración con el actual sistema de recaudo del Sistema Transmilenio”, y agrega que igualmente debe existir un medio de pago común.

- Fase 3: (Operación Integrada del SITP) etapa que debe iniciar “Una vez terminada la fase 2 y en ella se dará la integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad”.

- Fase 4: (Integración con los modos férreos), en la cual debe darse “la integración al sistema de los otros modos previstos en el Plan Maestro de Movilidad como integrantes del SITP, en particular el Metro y se concretará una vez inicie la operación de dicho modo férreo”.

Finalmente, en el parágrafo del artículo 19 en comento, se dispuso:

“Parágrafo. Ordénese al Sector Movilidad adelantar todas las acciones administrativas necesarias para que a 15 de octubre de 2011 estén implementadas las Fases 1 y 2 del SITP, para lo cual contará con el acompañamiento y cooperación interinstitucional de las demás entidades y organismos distritales en los asuntos de su competencia”.

Este párrafo fue derogado por el Decreto Distrital 535 del 29 de noviembre de 2011, en cuyos considerandos se lee con claridad que el propósito de la derogatoria atendió a *“Que para lograr que la regulación del SITP sea armónica con el modelo operacional, con los Planes de Implantación, con las exigencias técnicas del sistema, con la complejidad del proceso, y con el Plan de Desarrollo, Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas para Bogotá, se hace necesario desligar la culminación de la Fase 2 de implementación del SITP a una fecha exacta, para en su lugar atarla al cumplimiento de unos hitos fundamentales para el sistema fijados por el Ente Gestor”*. Si en principio se contempló una fecha exacta, resultó necesario modificarla a efectos de compaginarla con los Planes de Implantación, dada la complejidad del proceso y las dificultades inherentes al mismo, aspectos que son expresamente señalados en el citado Decreto Distrital 535 de 2011, el cual, a pesar de ser posterior a la celebración del Contrato de Concesión No. 010 de 2010, tuvo, desde luego, directa incidencia en su desarrollo.

2.2.2.- En el Anexo Técnico de la Licitación Pública No. TMSA LP 004 de 2009, en concordancia con las previsiones del Decreto 309 de 2009, anexo que hace parte del expediente, se estableció que la integración del SITP sería gradual, paulatina y progresiva, pues su estructura integral fue planeada a largo plazo (15 años). Señala el Anexo Técnico:

“La conformación paulatina del sistema pretende evitar los traumatismos del cambio para los usuarios, permitir el aprendizaje del operador con la nueva estructura y, en paralelo, obedece a los tiempos mínimos que se requieren para poner en funcionamiento los diferentes componentes del sistema y permitir al gestor conocer con profundidad las características de la oferta y demanda del sistema.”

Luego de hacer referencia a las cuatro (4) Fases, en el Anexo Técnico se hace mención expresa a la existencia de “fechas preliminares”, es decir, no definitivas ni inamovibles, sino sujetas a modificaciones, así:

“Las fechas preliminares previstas para cada una de estas fases son:

Fase 1: Inicio: Segundo semestre de 2009 Culminación: Primer Semestre de 2010

Fase 2: Inicio: Una vez culmine la Fase 1 Culminación: octubre de 2011

Fase 3: Inicio: Una vez culmine la Fase 2. Esta Fase no prevé una fecha de culminación en la medida en que se espera que las mejoras a la infraestructura del sistema vial y el proceso de ajuste de la oferta a la demanda de transporte se generen de manera permanente en la ciudad.

Fase 4: Inicio: 2008 (A partir de la contratación de los estudios de la primera línea del Metro en el marco del SITP). Culminación: Una vez entren a operar los modos férreos (Metro y Tren de Cercanías) y se integren al Sistema otros modos como el transporte intermunicipal y el transporte público individual.”

Para el Tribunal, la lectura conjunta y armónica de las disposiciones contenidas en

los Decretos Distritales 309 de 2009 y 535 de 2011, con lo señalado en el Anexo Técnico de la Licitación, permite concluir que, tal y como lo sostiene **TRANSMILENIO**, no existía una fecha cierta y fija en la que debía culminarse con la integración del SITP. Lo anterior toda vez que, en especial, el documento precontractual en comento reconoce la existencia de: las dificultades inherentes a la integración; la necesidad de una actuación coordinada entre el Ente Gestor, los operadores, el concesionario del SIRCI y, en general, todas las autoridades vinculadas al sistema; el desarrollo de tareas necesarias para una cabal comprensión del mismo, de la oferta, de la demanda y, finalmente la acometida de las obras de infraestructura requeridas al efecto. Por ende, las fechas señaladas tuvieron el carácter de indicativas y así quedó claro para todos los proponentes y, desde luego, para **SUMA**, quien a la postre resultó adjudicataria de la Licitación que derivó en la celebración del Contrato de Concesión No. 010 de 2010. Es decir, que si bien el Sistema inició su implementación, su total integración se daría de forma gradual y progresiva. **Por tanto, no prosperará la excepción denominada “La integración del Sistema, a la que el Contrato de Concesión se refiere, ya se produjo, y TRANSMILENIO S.A. no incumplió obligación que estuviera a su cargo en relación con la integración” planteada por TRANSMILENIO en contra de SUMA.**

2.2.3.- Ahora bien, definido que no existía una fecha fija, cierta y plenamente determinada para la integración del SITP, corresponde determinar si el inicio de la Etapa Operativa estaba vinculado a ella.

Al respecto, en el capítulo de “definiciones” del Contrato de Concesión No. 010 de 2010, se señala que la “*Fecha de iniciación de la Etapa de Operación*” es aquella “*fecha que al efecto defina Transmilenio S.A. y que será comunicada por Transmilenio al Concesionario en los términos establecidos en el Contrato*” (numeral 1.27). Por su parte, en el mismo capítulo se indica que la fecha de iniciación de la etapa preoperativa “*Coincide con la fecha de iniciación de la vigencia del Contrato de Concesión*” (Numeral 1.28.).

En cuanto a la duración del Contrato de Concesión, en la Cláusula 9 se señaló que aquella se estimó en veinticinco (25) años y que “*se desarrollará en etapas, esto es, en una Etapa Preoperativa y una Etapa Operativa.*”

En la Cláusula 12 del Contrato, en cuanto a la denominada Etapa Preoperativa, se pactó lo siguiente:

“CLÁUSULA 12. ETAPA PREOPERATIVA

Esta etapa comienza a partir del acta de inicio 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 la etapa nueve (9) meses, sin embargo podría ser mayor o menor, de conformidad con el Plan de Implementación presentado por el **CONCESIONARIO** y aprobado por **TRANSMILENIO S.A.***

Durante esta etapa el **CONCESIONARIO** deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

- Plan de implementación.
- Cierre financiero.
- Consecución de las áreas de patios y talleres para la operación troncal (**Terminales Zonales**). En los términos establecidos en la etapa de transición.
- Adquisición de Flota Nueva y usada en los términos presentados en su oferta. Para efectos de la flota usada deberá presentar el original de la licencia de tránsito en la que conste como propietario del vehículo o el original del contrato como propietario en el que se garantice el control total del vehículo en los términos definidos en el pliego de condiciones de la licitación que dio origen al presente contrato.
- Poner a disposición el Concesionario SIRCI los vehículos, para que éste efectúe la instalación completa de las unidades lógicas, los equipos de comunicación y control y los demás equipos a bordo.
- Desintegración física total o de la Flota Usada no disponible para operación y que no hará parte de la Flota de Reserva de operación de conformidad con lo establecido en las normas nacionales y distritales vigentes y dando cumplimiento al siguiente cronograma:

Desde la suscripción de Contrato hasta el inicio de la operación regular: 20% de la Flota Usada que se desintegrará.

Desde el inicio de la operación regular hasta la finalización de la integración total del sistema, el CONCESIONARIO debe desintegrar 80% de la Flota Usada que se realizará, de tal forma que durante esta etapa no se afecte la continuidad en la prestación del servicio al usuario.

En reemplazo del proceso de desintegración física, esta Flota podrá ser vendida a terceros o utilizada en otras actividades, siempre y cuando se garantice que estos vehículos no serán utilizados para la prestación del servicio público de pasajeros en el Distrito Capital o en otros municipios del país, salvo que tratándose de éste último caso, sea sitios diferentes del Distrito Capital, la normatividad vigente lo permita y que exista un concepto técnico de la autoridad de transporte del municipio al que ingresaría el vehículo que así lo autorice

- Debe presentar la póliza de seguro de responsabilidad civil contractual y extracontractual y demás seguros previstos en la normatividad legal y en este Contrato para amparar la Flota y el servicio, es decir, presentar la póliza de seguro de (i) responsabilidad civil contractual que ampare a los usuarios, de todos los riesgos inherentes al transporte de personas, (ii) la póliza de responsabilidad civil extracontractual de cada vehículo así como (iii) los demás seguros previstos en la normatividad legal para el transporte público. Las pólizas de responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual deberán

cubrir todos los eventuales perjuicios que se puedan producir a los usuarios del sistema o a terceros sin que sea posible excluir la responsabilidad por lucro cesante o por daños extrapatrimoniales.

- *Realizar actividades de publicidad de su Zona sobre la prestación del servicio, al menos un (1) mes antes del inicio de la operación.*
- *Suscribir el Contrato de Fiducia del Concesionario dentro de los treinta (30) días calendario siguiente a la legalización del contrato de concesión”.*

Y en lo que atañe a la Etapa Operativa, en la Cláusula 13 del Contrato de Concesión materia de este arbitraje, se dispuso:

“CLÁUSULA 13. EPATA OPERATIVA.

*La etapa de operación comienza con la **Orden de Inicio de Operación del Contrato** por parte del ente gestor y se extenderá por veinticuatro (24) años.*

*Para la expedición del **Orden de Inicio 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.*

*En caso de las zonas con **Operación Troncal** la etapa operativa comienza cuando **TRANSMILENIO S.A.** solicita o autoriza la compra del 100% de la flota troncal referente y se extenderá por veinticuatro (24) años.”*

Como se observa, la lectura de las estipulaciones negociales transcritas permite evidenciar que de ninguna manera el inicio de la etapa operativa estuvo sometido a condición alguna relacionada con la plena integración del SITP o la finalización de la denominada Fase II del mismo.

En consecuencia, la Cláusula 13 del Contrato de Concesión No. 010 de 2010 es clara y precisa en indicar que: (i) la Etapa Operativa tiene una duración de veinticuatro (24) años; (ii) comienza con la Orden de Inicio de Operación del Contrato que debe impartir Transmilenio; (iii) la Orden de Inicio de Operación solamente puede impartirse cuando se hayan cumplido con todas las obligaciones de la implementación y con aquellas propias de la Etapa Preoperativa.

La segunda condición, esto es, que todas las obligaciones de la implementación se hayan cumplido, no significa, a juicio del Tribunal, que para que pudiese impartirse la Orden de Inicio de Operación por parte de Transmilenio, en su condición de Ente Gestor, el SITP debiera estar implementado al cien por ciento (100%). Así, se está indicando que las obligaciones asumidas por las partes, en punto de la implementación, debían haberse cumplido, lo que no significa que sin plena y total Implementación del SITP, no pudiese darse la Orden de Inicio de Operación.

En este punto, es menester recordar que el juez, al interpretar un contrato estatal,

además de acudir a las reglas de interpretación de todo negocio jurídico, debe tener presente lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, que prevé:

“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula 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.”

De manera que, además de lo previsto en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, las reglas de interpretación contenidas en los artículos 1618 a 1623 del Código Civil, resultan aplicables a los Contratos Estatales, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado¹:

“De todos modos, en aquellos casos —como el sub lite— en los cuales el Juez deba valerse de distintas herramientas interpretativas con el fin de dar claridad a pasajes oscuros en el contenido de las estipulaciones del contrato estatal o cuando se pretende desentrañar la voluntad o la intención real de los sujetos de dicho vínculo negocial, lo cierto es que los parámetros hermenéuticos provistos por el aludido artículo 28 del Estatuto de Contratación Estatal resultan insuficientes para acometer la anotada labor, pues si bien es verdad que dicho precepto consagra unos principios de interpretación que orientan, inspiran o informan la referida actividad, no es menos cierto que tales previsiones no constituyen reglas interpretativas precisas como las que sí se encuentran plasmadas en el Código Civil; esta materia, por tanto, no es desarrollada detalladamente y menos agotada, por el multicitado artículo 28 de la Ley 80 de 1993, el cual debe ser aplicado, consiguientemente, de manera complementaria con las disposiciones del Código Civil que se ocupan del tema, sin que con ello se desconozca lo normado por el artículo 13 de la Ley 80 en comento, por cuya virtud los contratos estatales se regirán exclusivamente por lo preceptuado en este último cuerpo normativo en las materias particularmente reguladas en él.

En ese orden de ideas, las referidas reglas de interpretación, cuya aplicación a los contratos estatales debe llevarse a cabo atendiendo a los principios enunciados en el varias veces aludido artículo 28 de la Ley 80 de 1993, son aquellas que se hallan previstas entre los artículos 1618 y 1624 del Código Civil (...).”

Desde esta perspectiva, no puede aceptarse la propuesta de hermenéutica contractual que formula el extremo Convocante, en el sentido de que para el inicio de la Etapa Operativa era necesario que el sistema estuviese plenamente implementado, toda vez que, como se vio, las fechas y cronogramas inicialmente contemplados tuvieron el carácter de provisionales y no existió fecha cierta, precisa y exacta para que culminara la Fase II señalada en el Decreto 309 de

¹ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2012, radicación 8001-23-31-000-2000-0057-01(22714), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

2009 y en el Anexo Técnico de los Pliegos de la Licitación Pública No. TMSA LP 004 de 2009. Y si fueron provisionales e indicativas, según quedó establecido, no tendría sentido que se hubiese condicionado el inicio de la Etapa Operativa a la plena implementación del SITP, si para esto último no existían fechas y plazos ciertos, toda vez que ello generaría que el inicio de la mencionada Etapa y, por ende, la duración del proceso fuese igualmente indeterminada.

Por lo demás, debe insistir el Tribunal en que no se encuentra en las estipulaciones negociales vertidas en el Contrato de Concesión No. 010 de 2010 y en sus documentos anexos, una mención clara, inequívoca y contundente que permita concluir que el inicio de la Etapa Operativa estuviese vinculada, atada o condicionada a la plena y total implementación del SITP, conclusión que tampoco se desprende de la interpretación armónica de los diferentes documentos negociales.

En este sentido, debe el Tribunal entonces concluir que el diseño de las etapas en las que habría de desarrollarse el Contrato de Concesión y, en consecuencia, la duración del mismo, nunca estuvo atado a que el SITP estuviese implementado a plenitud; por el contrario, el hecho de que las fechas fuesen indicativas, ilustrativas o ejemplificativas, permite señalar que el inicio de la Etapa Operativa no tuvo como condición específica la que se señala en la demanda y esa claramente fue la intención de las partes. Es decir, que finalizada la Etapa Preoperativa, luego de cumplidas todas las obligaciones inherentes a ella, incluidas aquellas que asumieron las partes acerca de la Implementación, Transmilenio, como Ente Gestor, diera la Orden de Inicio de Operación iniciando la Etapa Operativa, que según lo pactado es de veinticuatro (24) años. Esta interpretación se acompasa con el contenido de los documentos contractuales a que se ha venido haciendo referencia y guarda coherencia con la regla interpretativa del artículo 1618 del Código Civil, que dice que *“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*.

Adicionalmente, para este Tribunal, según ya se explicó, de haberse condicionado el inicio de la Etapa Operativa a la plena implementación del SITP, ello conduciría a que la duración del Contrato de Concesión estuviese igualmente limitada a tal circunstancia, es decir, no se sabría a ciencia cierta y con precisión cuál sería, en últimas, el tiempo de duración del mismo. Por ello, de acogerse la interpretación contenida en la demanda, ello traería como consecuencia que la Etapa Operativa no habría iniciado y, por ende, el plazo del Contrato, aunque estimado, se extendería en forma indefinida, lo que iría en contra de la esencia y de la naturaleza del Contrato de Concesión y haría nugatoria las estipulaciones relacionadas con la duración del negocio jurídico objeto de este arbitraje. Por este motivo, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 1620 del Código Civil, que consagra que *“El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”*, y por el 1621, que dispone que *“En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”*, para el Tribunal es claro que para el inicio de la Etapa Operativa no era necesario que se hubiese implementado el SITP en su totalidad.

2.2.4.- Se probó en el proceso que **TRANSMILENIO** impartió, al amparo de la Cláusula 13 del Contrato de Concesión No. 010 de 2010, el día 9 de octubre de 2012, Orden de Inicio de Operación. Se dice en la referida comunicación:

“De acuerdo con el cronograma de implementación del SITP y con lo informado en el comité técnico del 1 de junio de 2012, la fecha programada para el inicio de la operación es el 10 de octubre de año 2012, conforme a la cláusula 13 del su contrato de concesión.

Conforme a lo anterior, por medio del presente documento se ordena a la SOCIEDAD ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S., dar inicio a la operación de la concesión de la zona adjudicada de Ciudad Bolívar.”

No obra en el proceso prueba de que, recibida la Orden de Inicio de Operación, hubiese mediado oposición, reclamo o reserva alguna por parte del Concesionario. Desde luego, si para **SUMA** el entendimiento de las disposiciones negociales, en especial de la Cláusula 13, era que la Etapa Operativa no podría iniciar sin que estuviese plenamente implementado el SITP, ha debido dejar constancia de su inconformidad al efecto, y ello no ocurrió.

De este hecho adicionalmente da cuenta el testimonio de **Nubia Quintero Hernández**², quien manifestó:

“DR. SILVA: Usted tiene precisión que le pueda dar al Tribunal de acuerdo con su respuesta anterior, cuándo inició la etapa de operación del contrato con Suma?”

SRA. QUINTERO: Lo que hizo Transmilenio se hizo a través de las áreas jurídicas, pero se emite un comunicado informando precisando el inicio de operación para Suma fue el 10 de octubre/12.

DR. SILVA: Usted podría precisarle al Tribunal por favor si Suma dio cumplimiento a la orden de inicio de operación que impartió Transmilenio de acuerdo con su respuesta anterior?

SRA. QUINTERO: Considero que sí porque estaban atadas al inicio de operación de rutas asignadas a los concesionarios, o sea el inicio de operación de una ruta asignada al concesionario marcaba también el inicio de operación y la etapa operativa y así fue, o sea Suma inició operación de rutas en esa fecha.

DR. SILVA: Hasta donde llegue su conocimiento también, en el momento en que se emitió la orden de inicio de operación a Suma por parte de Transmilenio o posteriormente Suma le hizo saber a Transmilenio su inconformidad con el inicio de la operación o de alguna manera le hizo saber que debían retrotraerse las cosas al estado anterior al de la emisión de esa orden?

² Testimonio de Nubia Quintero Hernández, prueba practicada en audiencia del 12 de julio de 2017.

SRA. QUINTERO: *No, no conozco ningún documento en el cual haya manifestado eso.*

DR. SILVA: *Desde el punto de vista de la explotación de la concesión y de la prestación del servicio de transporte público por parte del concesionario Suma, en su entendimiento qué implicación tendría si se dijera que la etapa de operación no ha iniciado?*

SRA. QUINTERO: *En lo que yo considero muchas cosas, porque no podrían operar rutas, por ende no podrían recibir remuneración por esas rutas, ni permisos para operarlas, entonces pensaría yo que estarían operando de una manera informal porque no tendrían el permiso para hacerlo, o sea eso era como una condición para poder operar, tener el permiso de operación precisamente, o sea el inicio de la operación les definía como esa posibilidad de operar.*

DR. SILVA: *Puede usted explicarle al Tribunal si el inicio de la etapa de operación fue condicionado a la concreción de alguna o algunas actividades relacionadas con la integración del SITP, hasta donde llegue su conocimiento.*

SRA. QUINTERO: *En realidad no, porque digamos lo que se esperaba era que en ese momento pudiera operarse la primera ruta y eso dependía de que contaran con conductores, contaran con flota, contaran con los equipos a bordo, pero no necesariamente que estuviera ya completa la integración del sistema, o sea hay rutas hoy en día ya sucede, hay rutas que no necesitan que esté operando de manera integrada con otras rutas para operar la misma ruta, o sea el usuario se puede subir a una ruta en su origen y llegar a su destino sin necesidad de cosas como que haya un paradero para que se baje y transfiera a otra ruta.”*

Por ello, en aplicación de la regla hermenéutica según la cual la aplicación práctica que las partes hacen de una determinada estipulación negocial (artículo 1622 del Código Civil), reafirma el Tribunal lo expresado en líneas anteriores en el sentido de que el inicio de la Etapa Operativa nunca estuvo condicionado a la plena implementación del SITP, perspectiva que permite señalar, además, que el Contrato de Concesión No. 010 de 2010, desde el 10 de octubre de 2012, se encuentra en su Etapa Operativa.

Corolario de lo anterior, **se denegará la pretensión segunda de la demanda reformada, al igual que la tercera tanto principal como subsidiaria, en razón de la prosperidad de las excepciones intituladas “La Etapa Operativa inició con la Orden de Inicio de Operación” y “La implementación del sistema que se previó fue gradual y progresiva, sin un horizonte definido para su terminación”.**

En igual sentido, **prosperará parcialmente la excepción denominada “La integración del Sistema, a la que el Contrato de Concesión se refiere, ya se produjo, y TRANSMILENIO S.A. no incumplió obligación que estuviera a su cargo en relación con la integración”,** en la medida en que no se ha producido totalmente la integración del Sistema como se dijo anteriormente; pero, de otro

lado, no se demostró que hubiese incumplimiento de **TRANSMILENIO** respecto de sus obligaciones relacionadas con la integración.

Asimismo, se declararán no probadas la excepciones descritas como **“SUMA S.A.S. no ha cumplido con la obligación de implementación a su cargo, derivada de los compromisos asumidos bajo el Contrato de Concesión para la implementación de la operación en su zona, con lo cual ha afectado la implementación del SITP”**, presentada por **TRANSMILENIO** en la contestación a la reforma de la demanda, y la titulada **“TRANSMILENIO S.A. ha incumplido lo necesario para integración e implementación total del SITP, por lo que, a pesar de existir formalmente acta de inicio de operación, esta no se ha dado en los términos contractuales y en consecuencia no hay legitimación para la efectividad de los desincentivos”** solicitada por **SUMA** al contestar la reforma a la demanda de reconvención.

2.2.5.- Ahora bien, en la pretensión cuarta principal de la demanda en su versión reformada, se solicita *“Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se dejen sin efecto en lo pertinente las actas suscritas por las partes acerca del inicio de la etapa de operación”*. **Comoquiera que esta pretensión es consecuencial de las anteriores que se han denegado, igual suerte habrá de correr**, debiéndose agregar que, en todo caso, en la demanda no se precisan cuáles son “las actas suscritas” ni las razones concretas y específicas por las cuales ellas habrían de dejarse sin valor ni efecto.

2.2.6.- Finalmente, es imperativo referirnos, con base en los argumentos expuestos, a la determinación de la responsabilidad por la configuración del riesgo de implementación del SITP.

La Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión No. 010 de 2010 (Anexo 5), contiene la tipificación, asignación y mitigación de los riesgos contractuales. En ella se contempla el denominado riesgo de implementación, desglosado en cuatro causas para su configuración, a saber:

- Modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura.
- Modificación del cronograma por no encontrarse listos los equipos del SIRCI
- Modificación del cronograma por entrada de otros contratos
- Demora en el arranque de la concesión por otros operadores

Los primeros tres eventos son definidos de la siguiente manera:

“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 las partes**. Esta*

afectación se puede generar cuando se presenten retrasos en la entrega de la infraestructura de operación, de los equipos SIRCI 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.

(Resalta el Tribunal)”

El cuarto evento es definido como “*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*”. Indica así mismo la Matriz que “*TRANSMILENIO S.A. se encuentra en capacidad de controlar los pedidos de flota a los concesionarios, por lo cual en caso de autorización de dichos pedidos para rutas compartidas sin contar con los dos concesionarios involucrados y que esta autorización genere un daño emergente al Concesionario, corresponde al concedente asumir dicho evento*”, y que “*En los demás casos, este riesgo estará en cabeza del concesionario en la medida en que éste puede solicitar los ajustes que considere necesarios al cronograma de implementación*”.

En el apartado de su mitigación, señala la Matriz que:

“El Distrito tiene priorizadas las necesidades de infraestructura del sistema y la solicitud de ingreso de flota se hará de conformidad con las necesidades operacionales y de disponibilidad de dicha infraestructura. De igual forma se prevén contractualmente los mecanismos para asegurar que el concesionario del SIRCI cumpla estrictamente con los cronogramas de implementación.

Las entradas graduales de las zonas se encuentran estructuradas por TRANSMILENIO S.A., de conformidad con las necesidades operacionales del sistema, la demanda y la disponibilidad de la infraestructura (Anexo 2 de la minuta del contrato).

No obstante lo anterior, en la Cláusula 22 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA IMPLEMENTACION DEL PROYECTO de la minuta del contrato de operación se tiene previsto que el concesionario proponga los ajustes que considere necesarios al Plan de Implementación, una vez suscrito el contrato.

Este riesgo corresponderá al concesionario salvo en aquellos casos en que TRANSMILENIO S.A. autorice la incorporación de flota y la misma no pueda ser operada por razones ajenas a la responsabilidad del concesionario, caso en el cual se reconocerá a este el daño emergente por la incorporación de dicha flota. Minuta del contrato: CLÁUSULA 22. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA IMPLEMENTACION DEL PROYECTO (Resalta el Tribunal)”

En cuanto atañe a la distribución del riesgo por la modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura, la Matriz señala que el mismo estará a cargo del Concesionario siempre que Transmilenio autorice la entrada de flota y la infraestructura no esté lista, caso en el que el riesgo será

asumido por la entidad Concedente; para las restantes tres causales, la Matriz asigna el riesgo tanto al Contratante como al Contratista.

Finalmente, la Matriz le asigna al riesgo de implementación, en sus cuatro causales, una probabilidad de ocurrencia media y un impacto alto.

Así, de un lado, tal como se indicó en líneas anteriores, la implementación del SITP no estaba sujeta a una fecha cierta e inamovible, pues tanto los Decretos Distritales 309 de 2009 y 535 de 2011 como los propios documentos del Contrato de Concesión No. 010 de 2010 (Anexo Técnico de la Licitación Pública No. TMSA LP 004 de 2009), reconocieron que la implementación sería gradual, paulatina y progresiva, y que esa gradualidad obedecía a la existencia de dificultades inherentes a la implementación³, por lo que las fechas señaladas tenían un carácter eminentemente indicativo.

Del otro lado, en el trámite del proceso arbitral que nos ocupa no se acreditó que la demora o alteración del cronograma de implementación del SITP obedeciera a que **TRANSMILENIO** hubiese autorizado la incorporación de flota y la misma no hubiese podido ser operada por razones ajenas al Concesionario, evento único en que la responsabilidad por la configuración del riesgo de implementación estructurado en la Matriz es atribuible en exclusiva a la entidad Contratante.

Considerando entonces que a la luz de la verdad procesal construida en el expediente aquella circunstancia no se ha presentado, forzoso resulta concluir que las incidencias que han impedido la culminación de todas las etapas del proceso de implementación, y que configuran el riesgo de implementación definido en la Matriz del Contrato, deben ser asumidas por ambos extremos del negocio jurídico. Y ello se refuerza si se tiene en cuenta que esas circunstancias no solo debían ser asumidas por ellos por virtud de la Matriz, sino que eran de hecho conocidas por Contratante y Contratista pues estaban contenidas en los documentos precontractuales, como ya se estableció.

Agréguese que la propia Matriz de Riesgos señaló puntualmente que es facultativo del Concesionario “solicitar los ajustes que considere necesarios al cronograma de implementación” y proponer “los ajustes que considere necesarios al Plan de Implementación, una vez suscrito el contrato”, y tendremos que concluir, en suma, que “el efecto económico en el sistema originado en el cambio del cronograma o plan de implementación para la puesta en marcha de la operación” que ocasiona, “afectaciones económicas a las partes”, o en este caso particular al Contratista, se enmarca dentro del ámbito de previsibilidad del riesgo de implementación, y en esa medida tal impacto económico no puede ser considerado como una situación que desborda los límites de razonabilidad de la ecuación económica del contrato, y por ende no genera un desequilibrio pasible de ser restablecido.

³ Que exijan una actuación coordinada entre el Ente Gestor, los operadores, el concesionario del SIRCI y, en general, todas las autoridades vinculadas al sistema; el desarrollo de tareas necesarias para una cabal comprensión del mismo, de la oferta, de la demanda y la acometida de las obras de infraestructura requeridas al efecto.

Así las cosas, prosperará parcialmente la excepción “*El Plan de Implementación de la operación zonal adjudicada al Concesionario genera obligaciones a cargo de este y a favor de TRANSMILENIO S.A., y el riesgo de que la implementación no ocurra según lo planeado por este en su Plan de Implementación es a cargo del Concesionario*” planteada en la contestación de la reforma de la demanda. El Tribunal reconoce que el Plan de Implementación de la operación zonal al Concesionario le generaba obligaciones en favor de TRANSMILENIO; pero no acepta que el riesgo de implementación correspondiese exclusivamente a SUMA, pues, según el tamizaje realizado con la Matriz de Riesgos, es atribuible, de forma compartida, tanto por el Contratante como por el Contratista.

3.- SOBRE LOS RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL (PRETENSIONES SEXTA, SÉPTIMA Y SUBSIDIARIA)

El Tribunal se pronunciará, en relación con este punto, considerando en un primer momento lo dicho por las partes en materia de riesgos (3.1), y, en segundo lugar, los hechos imprevisibles y la Matriz de Riesgos (3.2).

3.1.- LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DE RIESGOS

El Tribunal tendrá en cuenta los argumentos esgrimidos por la Convocante (3.1.1) y por la Convocada (3.1.2)

3.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

El extremo convocante planteó en su reforma a la demanda, las pretensiones sexta, séptima y subsidiaria a esta, en lo que a riesgos en la contratación estatal se refiere. Cada una de ellas, consagraba lo siguiente:

“Sexta: Que se declare que la matriz de riesgos contenida en el Anexo 5 del proceso de selección TMSA-LP-004-009 desconoce lo dispuesto por el ordenamiento jurídico en lo concerniente a la asignación de riesgos.

Séptima: Que como consecuencia de lo anterior se declare que la matriz de riesgos contenida en el Anexo No. 5 del proceso de selección TMSA-LP-004-2009 no puede servir como base para efectos de solucionar los inconvenientes o situaciones surgidas durante la ejecución del contrato con SUMA.

Subsidiaria de la séptima: Que como consecuencia de lo anterior se declare que las situaciones que se han presentado durante la ejecución del contrato sobre las circunstancias indicadas en el Capítulo 2 de los hechos de esta Demanda, sobrepasan la previsión normal que encierra el capítulo de riesgos y en consecuencia no aplica para estas situaciones”.

3.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La parte convocada, en su escrito de reforma a la demanda de reconvención, no basó ninguna de sus pretensiones en intentar desestimar la Matriz de Riesgos, ni la asignación que de ellos allí se encuentra contenida.

El extremo accionado planteó una serie de excepciones de mérito, en donde afirma que no le es dable al Accionante incoar pretensiones tendientes a obtener resarcimientos ligados a un rompimiento de la ecuación contractual imputable al ente Convocado, porque así fue acordado durante la etapa precontractual en la Matriz de Riesgos, como contingencias asumidas directamente por el Contratista.

En su capítulo VI de la contestación a la reforma de la demanda, denominado "EXCEPCIONES DE MÉRITO", plantea **TRANSMILENIO** que **SUMA** asumió el riesgo de operación por mayores costos que pudieran presentarse frente a los estimados y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia. Fundamentó dicho argumento en que:

"Al obtener la concesión, el Concesionario asumió, entre otras obligaciones, la de prestar el servicio en condiciones de libertad de acceso, calidad, estándares de servicio, permanencia, continuidad y seguridad de los usuarios, atendiendo a lo previsto en el Contrato y en los Manuales y reglamentos establecidos por TRANSMILENIO, a efectuar la programación y operación en la forma prevista en el Contrato y en el Manual de Operación, a cumplir con los Niveles de Servicio previstos en el Manual de Niveles de Servicios, a efectuar el control de la operación, conforme a los lineamientos previstos en el Contrato.

En la matriz de riesgos del Contrato de Concesión se determinó que el riesgo de operación por mayores egresos que los previstos, por la generación de un costo de operación mayor al previsto, por costos de personal o de chatarrización mayores a los estimados debe ser asumido por el Concesionario.

En la matriz de riesgos del Contrato de Concesión también se estableció que el riesgo de operación por ubicación de las terminales, por mal estado de la infraestructura vial, por modificación del cronograma de implementación debido al hecho de no estar lista la infraestructura, por modificación del cronograma al no estar listo el SIRCI, por modificación del cronograma de entrada de otros contratos y por demora en el arranque de la concesión por otros operadores es a cargo del Concesionario".

Posteriormente, se planteó por **TRANSMILENIO**, que **SUMA** asumió el riesgo de variación del precio de los equipos y el cambiario asociado a su adquisición, frente a los que hubieren sido estimados por el Concesionario, y debe hacerse cargo de las implicaciones. Ello se fundamentó en que, *"Conforme lo previsto en la matriz de riesgos del Contrato de Concesión, el riesgo relacionado con la posibilidad de que al momento de adquisición de los equipos haya cambios de precio en los mismos, lo mismo que el riesgo de variación de la tasa de cambio, fueron asumidos por el Concesionario y, por ende, debe afrontar él las implicaciones económicas de su concreción, en el supuesto hipotético en que ella se haya dado".*

En igual medida, el extremo convocado esgrimió, que **SUMA** asumió el riesgo de evasión y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia. Para ello,

argumentó que *“En la matriz de riesgos del Contrato de Concesión se estableció que es del Concesionario el riesgo de evasión que se ocasiona cuando accede a los vehículos del Concesionario sin haber hecho la validación correspondiente, por lo que el Concesionario debe hacerse cargo de las consecuencias adversas de este evento”*.

Adicionalmente, la entidad accionada sostiene que **SUMA** asumió el riesgo de demanda, y por tanto debe hacerse cargo de los efectos del acaecimiento de esta situación. Esto, con base en que *“En la matriz de riesgos del Contrato de Concesión se estableció que es del Concesionario el riesgo de demanda consistente en el efecto económico adverso de que este reciba menores ingresos que los previstos, o en que la estimación de la demanda no corresponda con la realidad, o en el cambio de la demanda por variación de preferencias o intereses de los usuarios, o en que ocurra una disminución de la demanda, provocada por la presencia o participación de otros agentes que presten el servicio de manera informal o no regulada y la presencia de otros medios sustitutos de transporte”*.

Por último, afirma **TRANSMILENIO**, que las cláusulas relativas a la distribución de riesgos del contrato de concesión son válidas y eficaces, y el concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que de los mismos se efectuó, conforme a lo pactado en el contrato y a lo previsto en la matriz. Como sustento de lo anterior, afirma que:

“Habida consideración de las pretensiones de la demanda, en las cuales se pide que se deje sin efectos la matriz de distribución de riesgos pactada en el contrato y se pide también, de distintas maneras que se declare un desequilibrio económico, el restablecimiento de la ecuación económica del contrato y su revisión (pretensiones sexta a decimoséptima, decimonovena a vigesimotercera, con sus subsidiarias), es preciso resaltar que las cláusulas que gobiernan en el Contrato la distribución de riesgos del mismo se ajustan en un todo a derecho y son vinculantes para el Concesionario, por lo que mi representada invoca la prevalencia que se ha de dar a las estipulaciones contractuales relativas a los riesgos asumidos por el Concesionario, tanto en lo concerniente con lo previsto en la matriz de riesgos a su cargo, como aquellos otros que le corresponde asumir en virtud de las estipulaciones del Contrato de Concesión, como parte del álea ordinario de ejecución del Contrato.

En ese sentido, debe resaltarse que, con arreglo a lo establecido en la matriz de riesgos del Contrato, el Concesionario se hizo cargo de:

- a) El riesgo de demanda en el supuesto en que se produzcan “menores ingresos que los previstos”, o en el supuesto de que “la estimación de la demanda no funcionó”, o en el supuesto de que “la demanda cambió”, consistente en “el efecto económico por aumento o disminución de la demanda proyectada”. Aumento o disminución que puede originarse en “variación del interés de movilidad de los usuarios”.*
- b) El riesgo de demanda por la presencia de otros modos de transporte no regulados “(ilegalidad, vehículos particulares)”, consistente en el*

“efecto económico derivado de la disminución de la demanda, la presencia o participación de otros agentes que presten el servicio de manera informal o no regulado y la presencia de otros medios sustitutos de transporte (vehículos tipo motocicletas, vehículos particulares, etc.)”.

- c) El riesgo cambiario relacionado con la implicación de la variación de la tasa de cambio en compra de equipos y en el costo de la financiación, consistente en “el efecto económico originado en alzas no proyectadas originadas por modificaciones en la tasa de cambio, en los precios de los equipos y en el costo de financiación”.*
- d) El riesgo de operación, relacionado con “mayores egresos que los previstos”, con “costo de operación mayor al previsto”, con “mayores costos de personal”, con “chatarización”, consistente en “el efecto económico originado en la falta de una estimación acertada de los costos de operación, en sobrecostos por operación o personal y, en general, mayores costos de los previstos en la operación”.*
- e) El riesgo de operación, relacionado con “mayores costos de insumos y combustibles”, consistente en “el efecto económico originado en alzas de los precios de insumos y combustibles no esperados o proyectados, esto puede darse por incrementos del valor de los bienes en el mercado”.*
- f) El riesgo de operación, relacionado con “mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales”, referido al “efecto económico originado en la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas lo que genera kilómetros en vacío durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales”.*
- g) El riesgo de operación, relacionado con “mayores costos por concepto del mal estado de la infraestructura vial”, consistente “en el efecto económico originado por el mal estado de las vías”.*
- h) El riesgo de implementación, relacionado con la “modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura”, con la “modificación del cronograma por no encontrarse listos los equipos del SIRCI”, con la “modificación del cronograma por entrada de otros contratos”, consistente 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 las partes. Esta afectación se puede generar cuando se presenten retrasos en la entrega de infraestructura de operación, de los equipos SIRCI o por aplazamientos en la adjudicación en todas las zonas”. Este riesgo debe ser asumido por el Concesionario, en la medida en que TRANSMILENIO no autorizó la incorporación de flota que no hubiera podido ser operada por razones ajenas a la responsabilidad del Concesionario.*

- i) *El riesgo de implementación relacionado con la “demora en el arranque de la concesión por otros operadores”, consistente en “el efecto económico en el sistema originado en no haber sido adjudicadas todas las zonas o presentarse otro tipo de inconvenientes que retrasa (sic) el inicio simultáneo de la operación”.*
- j) *El riesgo de cartera por fraude en los medios de pago en buses, consistente en el ingreso al bus, evadiendo el pago”.*

Con ello, argumenta el ente accionado, que *“El Concesionario busca con sus reclamos provocar una modificación del Contrato de Concesión, pretendiendo trasladarle a TRANSMILENIO S.A. el efecto económico de los riesgos que él asumió, lo cual no es de recibo, pues tal modificación no se puede lograr por el simple querer unilateral del Concesionario. Teniendo en cuenta lo expuesto, se solicita al H. Tribunal que deniegue las pretensiones cuyo acogimiento envolvería desconocimiento de la distribución de riesgos que entre las partes se definió, ora por haber sido regulado en el Contrato de Concesión su ocurrencia como parte del alea normal de ejecución del Contrato”.*

3.2.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN MATERIA DE RIESGOS

En cuanto a la Matriz de Riesgos y su relación con el equilibrio financiero del contrato, verá el Tribunal sucesivamente la valoración de la fundamentación de la parte convocante para la invalidez de la Matriz de Riesgos contenidas en las pretensiones sexta, séptima y subsidiaria (3.2.1), para determinar luego el carácter residual del equilibrio financiero de la concesión a partir de la distribución de riesgos establecida en el contrato (3.2.2.).

3.2.1.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LAS PRETENSIONES SEXTA, SÉPTIMA Y SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA EN MATERIA DE RIESGOS

Conviene advertir de manera preliminar que durante la ejecución de todo negocio pueden sobrevenir circunstancias con vocación de impactarlo desde varios ángulos, al punto de entorpecer su cumplimiento en la forma y términos convenidos en la época de su celebración y hacerlo más oneroso. La ocurrencia de dichas contingencias responde, en algunos casos, a situaciones atinentes al alea normal e inherente de su ejecución, aspecto que de suyo las convierte en previsible- sobre todo desde la perspectiva del contratista, por considerarse el experto y conocedor de la materia- y, en otros tantos, llegan a exceder la órbita de la normalidad y trascienden al terreno de lo extraordinario y de lo imprevisible.

De cara a esta certeza, la regulación normativa en materia de contratación estatal determinó la necesidad de implementar, como etapa obligatoria, la audiencia de distribución de riesgos, en cuyo desarrollo, las entidades estatales tienen el deber legal de elaborar con precisión la tipificación, estimación y asignación de riesgos, todo ello ajustado a criterios de justicia y equidad, al tiempo que corresponde ejercerse con apego a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado.

Así, según lo establecido en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, es deber de las entidades estatales incluir en el pliego de condiciones, o sus equivalentes, la estimación, tipificación y asignación de los riesgos⁴ razonablemente previsibles, involucrados en el ejercicio de la actividad contractual. Entonces, con dicha disposición no solo se le impone un deber tanto a las entidades como al contratista, para que en ejercicio de los principios de planeación y de previsibilidad determinen los posibles acontecimientos o contingencias que se puedan presentar durante la ejecución del contrato, con incidencia en las condiciones de su ejecución.

El dispositivo previsto en este artículo permite además establecer cuál de las partes debe asumir los riesgos identificados, de acuerdo con sus capacidades de gestión, administración y control, para lo cual se estableció el derecho a discutir de manera conjunta la tipificación, estimación y asignación de los riesgos identificados. En efecto, es a la entidad a quien corresponde realizar un ejercicio detallado de estimación y tipificación de los riesgos previsibles que se puedan presentar en la ejecución del contrato estatal. Pero, es el contratista quien, con su experticia y conocimiento sobre el objeto contractual, debe complementar lo suministrado por el contratante.

Siguiendo esa línea, dispone también el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007 que, en las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los hasta ese momento oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

También, el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, establecía que:

*“Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que, de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. **El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales. La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que***

⁴ El artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, desarrollando lo previsto en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, dispuso, además de la definición de riesgos, que:

“La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo. Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego, o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo. La presentación de las ofertas implica de la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en dicho pliego”.

soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo. Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego, o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida. La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo. La presentación de las ofertas implica de la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsible efectuada por la entidad en dicho pliego”.

Pese a la literalidad del texto que define el riesgo como aquel cuya materialización puede alterar el equilibrio financiero del contrato, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha clarificado cómo, en realidad, el riesgo asumido por las partes hace parte esencial de las condiciones iniciales pactadas y, con ello, determina el equilibrio inicial del contrato, de tal suerte que su materialización no lo altera.

“[...] el desequilibrio económico del contrato comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que, al concebir el riesgo asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes, su concreción dentro del margen acordado y aceptado no habría de tener vocación para impactarlas negativamente. Por contera, si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada”⁵ (Resalta este Tribunal).

Bajo el criterio trazado por el Honorable Consejo de Estado, existe un marco dentro del cual el acaecimiento del riesgo, por ajustarse a lo tipificado, valorado, asignado y asumido en la Matriz de Riesgos, no tiene vocación de impactar negativamente el equilibrio económico del contrato.

Por otra parte, la referencia esencial tradicional del equilibrio inicial del contrato a las condiciones normales de contratación, sufre una modulación trascendente con la técnica de los riesgos, en la medida en que la “normalidad” referente del equilibrio inicial no se valora en términos absolutos sino en aquella “normalidad” definida por las partes mediante la distribución de riesgos, contenida en la matriz establecida para cada caso. Por ello, también ha establecido el Consejo de Estado que:

“Aunque parezca obvio, es importante observar que el desequilibrio económico debe juzgarse partiendo de la identificación de la ecuación económica que gobernó el respectivo contrato.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 23 de marzo de 2017, Rad. No.: 08001-23-33-000-2013-00105-01 (51526), C.P.: Martha Nubia Velásquez Rico.

También, dentro del estudio de la ecuación económica del contrato, en cada caso concreto debe tenerse presente que el Estado está obligado a restablecer el equilibrio en el marco de la distribución de riesgos y cargas del respectivo contrato.

Además, para acceder a la condena, es preciso probar el impacto nocivo en la afectación de la ecuación económica del contrato, dado que no siempre que se presenta una de las causas referidas por la jurisprudencia, se configura el desequilibrio real y materialmente, lo cual impone el necesario análisis de la ejecución del contrato.

La cuestión de método, que aquí se expresa, advierte que la labor del Juez del contrato se puede mejorar, si avanza desde el desequilibrio definido en plano jurídico –referido, la mayoría de las veces, al análisis exclusivo de las causas posibles- y se conecta, en cada caso concreto, con la prueba del efecto económico correspondiente.

En otras palabras, el juez del contrato no se debería quedar exclusivamente en los conceptos jurídicos del equilibrio, la conmutatividad prestacional y el –tan repetido- sinalagma funcional. Tampoco puede concluir aisladamente con la sola evidencia de una causa típica de desbalance, es imperativo analizar la asignación de riesgos y ejecución del contrato en el caso concreto⁶.”

Finalmente, en cuanto a la estimación o cuantificación del riesgo previsible, las orientaciones de los CONPES y la reglamentación, en particular el artículo 3º del Decreto 2474 de 2008, permiten una calificación no necesariamente cuantitativa sino también cualitativa, como se efectuó en este caso.

En el Capítulo 1.8. del Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, expresamente se dijo que *“En desarrollo de lo establecido en el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007 y el Artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, se celebrará una audiencia dentro de la cual los interesados que deseen asistir y **TRANSMILENIO S.A.**, revisarán la estimación, tipificación y asignación de los riesgos preVISIBLES propios del **contrato** a adjudicar, teniendo como base la **propuesta** de distribución de los mismos planteada por **TRANSMILENIO S.A.** en los estudios previos de esta contratación. Los riesgos a analizar y distribuir son los preVISIBLES que puedan afectar el equilibrio económico del contrato (Numeral 6 del artículo 3º del Decreto 2474/08). Dicha audiencia, de la cual se levantará un acta, tendrá lugar de acuerdo con lo establecido en el cronograma de la **licitación** (Decreto 2474/08 y Decreto 2025 de 2009). Si no asiste ningún interesado, la distribución de riesgos definitiva será la que propuso **TRANSMILENIO S.A.** en los estudios previos y como anexo 5 del presente **pliego de condiciones**”.*

En el Anexo al Acta de la Audiencia Explicativa del 16 de febrero de 2010, frente a las observaciones formuladas en la audiencia de asignación de riesgos, dicho documento recoge acotaciones con respecto a: i) asignación de riesgos: ii)

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 30 de agosto 2017, Rad. No.: 25000-23-26-000-2005-00877-01(37567), C.P.: Martha Nubia Velásquez Rico.(E).

metodología de riesgos; iii) metodología de la audiencia; iv) metodología; v) alcance de la matriz; y vi) solicitud de terminación de la audiencia. Así, en materia de tipificación, estimación y asignación de riesgos, se reitera lo expuesto en el Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos que hace parte integral del acta de la audiencia de asignación de riesgos celebrada el 12 de febrero de 2010, y se afirma que “La estimación del riesgo se construyó con base en la información fehaciente y soportada que tuvo a su alcance la entidad contratante de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008”.

Adicionalmente se menciona que **“La estimación del riesgo es la valoración, en términos monetarios o porcentuales respecto del valor del contrato, de acuerdo con la tipificación que ha establecido y con base en la información fehaciente y soportada que tuvo a su alcance la entidad contratante de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008. En cuanto a la estimación del riesgo se establece la probabilidad de su ocurrencia, es decir, la posibilidad de que dicha circunstancia se presente durante la ejecución y desarrollo del contrato y su impacto entendiéndose éste como la impresión o conmoción que pueda tener dicha circunstancia en el contrato afectando su equilibrio económico y financiero. Para tal efecto se utiliza una valoración de orden cualitativo que comprende las calificaciones de: Alto, medio y bajo y que se entienden en términos porcentuales para la probabilidad, así: Alto: Entre 67% y 100%, Medio: Entre 34% y 66% y Bajo: Entre 1% y 33%”** (Énfasis propio).

También, en punto de la explicación general de la matriz de riesgos, se dijo que:

*“La tipificación de los riesgos es la enunciación que la entidad hace de aquellas contingencias previsibles que en su criterio pueden presentarse durante y con ocasión de la ejecución del contrato. La tipificación, asignación y estimación de los riesgos previsibles de la contratación se realizó acogiéndose lo dispuesto en el documento Conpes 3107 de 2001, que establece en su numeral VII los lineamientos de la política de riesgo contractual para los sectores de: **Transporte**, energía, comunicaciones y agua potable y saneamiento básico. La asignación del riesgo es el señalamiento que hace la entidad de la parte contractual que deberá soportar total o parcialmente la ocurrencia de la circunstancia tipificada, asumiendo su costo y su atención⁷”.*

Producto de lo anterior, el 18 de febrero de 2010 fue expedida la Adenda No. 3 a la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, en donde, entre otras, se señalan las siguientes:

“Que la Administración estimó pertinente realizar una presentación de

⁷ En materia de los riesgos derivados del contrato, y su asignación, también dijo el documento “Anexo explicativo de la matriz de riesgos” que, “cada riesgo debe ser asumido por la parte que mejor lo pueda controlar y administrar. De hecho, el Gobierno Nacional, a través del Documento CONPES Número 3107 de 2001, estableció dicho criterio cuando señaló: Los principios básicos de la asignación de riesgos parten del concepto que estos deben ser asumidos: i) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y/o; ii) por la parte que mejor disponga de los medios de acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación”

carácter explicativo a la matriz de riesgos propuesta durante la audiencia llevada a cabo para revisar la asignación, razón por la cual modificó el cronograma del proceso, establecido en el numeral 2.6. del pliego de condiciones definitivo mediante la expedición de la Adenda No. 2 del 14 de febrero de 2010.

Que la audiencia explicativa de las respuestas a las observaciones formuladas en la audiencia de revisión de asignación de riesgos se llevó a cabo el día 16 de febrero de 2010.

Que de dicha audiencia se levantó un acta y se elaboró un anexo que hace parte integral de la misma y que contiene explicaciones adicionales a la matriz de riesgos presentada por TRANSMILENIO S.A.

Que dicha acta y su anexo fueron publicados en el portal único de contratación www.contratos.gov.co y el portal de contratación a la vista www.bogota.gov.co

Que TRANSMILENIO S.A. respondió la totalidad de las observaciones presentadas sobre la matriz de riesgos, durante el desarrollo de las audiencias, tanto de manera verbal, en desarrollo de las audiencias, como por escrito, en los documentos publicados, denominados "Acta de audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles" y "Acta de audiencia explicativa por parte de la Administración frente a las observaciones formuladas en la audiencia de revisión de la asignación de los riesgos y sus respectivos anexos.

Que consecuentes con esta política, TRANSMILENIO S.A. adelantó dos audiencias preliminares a la resolución de apertura de la licitación, con el fin de conocer las inquietudes que sobre la matriz de riesgos propuesta en el proyecto de pliego de condiciones tuvieron los interesados, los organismos de control, las veedurías ciudadanas y en general la misma ciudadanía.

Que en el mismo sentido, y bajo el principio de construcción colectiva, se analizaron y consideraron las observaciones que sobre la matriz de riesgos se plantearon desde la etapa previa a la apertura del proceso; las observaciones presentadas durante dicha etapa; las observaciones presentadas en desarrollo de la audiencia para la revisión de asignación de riesgos y en la audiencia explicativa a las observaciones formuladas en la audiencia de asignación de riesgos, determinando la procedencia de realizar ajustes a la matriz de riesgos puesta a consideración en el pliego de condiciones definitivo.

Que la justificación de la modificación del contenido de la matriz de riesgos se encuentra consignada en el anexo al Acta de audiencia explicativa por parte de la administración a las observaciones formuladas en la audiencia de revisión de asignación de riesgos.

Que, en consecuencia, se modifica el Anexo 5 al pliego de condiciones definitivo el cual quedará como se presenta en el documento adjunto denominado Anexo 5 – Matriz de Riesgos".

Con todo lo anterior quedó consolidada entonces la Matriz de Riesgos definitiva, en donde, tanto **SUMA** como **TRANSMILENIO** distribuyeron las contingencias dividiéndolas por clase, causa del riesgo, su mitigación y, por supuesto, su asignación; sin dejar de lado la estimación propiamente dicha del riesgo, esto es, que la contingencia se estimará, en términos monetarios o porcentuales respecto del valor del contrato, de acuerdo con la tipificación que ha establecido y con base en la información fehaciente y soportada que tuvo a su alcance la entidad contratante de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008.

En consecuencia, en este acápite del laudo arbitral no se discutirá sobre la validez de la Matriz de Riesgos, por cuanto, al haberse surtido en debida forma la audiencia de asignación de riesgos con base en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, y lo estipulado en el Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública TMSA-LP-004 de 2009 – ella los oferentes presentaron observaciones y estas fueron discutidas y debatidas oportunamente con la entidad-, se agotó el debido proceso para esta instancia precontractual. Lo que realmente interesa a este Tribunal, es analizar el alcance mismo de la Matriz, de los efectos de los riesgos contenidos en ella y sus consecuencias para ambas partes, con miras a establecer si hubo o no rompimiento de la ecuación contractual, en cuyo caso, será oportuno el proceder a su estimación. **En tal medida, serán negadas las pretensiones sexta, séptima y subsidiaria a la séptima, y prosperarán las excepciones planteadas en la contestación de la reforma a la demanda denominadas “Las cláusulas relativas a la distribución de riesgos del Contrato de Concesión son válidas y eficaces y el Concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que de los mismos se efectuó, conforme a lo pactado en el Contrato de Concesión y a lo previsto en la Matriz de Riesgos”, “SUMA S.A.S. asumió el riesgo de variación del precio de los equipos y el cambiario asociado a su adquisición, frente a los que hubieran sido estimados por el Concesionario, y debe hacerse cargo de las implicaciones de su eventual ocurrencia” y “El contrato debe ser ejecutado conforme a lo pactado –pacta sunt servanda- en lo relacionado con la distribución de riesgos acordada entre las partes y el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Concesionario”.**

3.2.2.- CARÁCTER RESIDUAL DEL REQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO A PARTIR DE LA MATRIZ DE RIESGOS

En el análisis de las pretensiones incoadas en materia de riesgos y acerca de quién los debía asumir con base en la Matriz de Riesgos, es importante no perder de vista que no basta con contrastar si determinado riesgo fue asumido por el Contratista o por el Contratante y si dicha situación quedó plasmada en la Matriz de Riesgos definitiva -prueba conducente para estos efectos-. También compete a este Tribunal, apoyado en la jurisprudencia trazada por las Altas Cortes, las normas legales vigentes y la doctrina sobre el particular, establecer si, a pesar de haberse asumido un riesgo –junto con su probabilidad de ocurrencia y su impacto en el contrato-, y si la realidad contractual desborda sus efectos por fuera de los límites de la normalidad, se insiste, definida en la matriz de riesgos del contrato,

esa contingencia debe ser resarcida o no.

La Ley 80 de 1993 establecía ya un referente esencial para establecer el reequilibrio de los contratos estatales en su artículo 27, al ordenar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones “surgidos al momento de proponer o contratar”, lo que indicaba la relatividad del equilibrio inicial, determinado por lo propuesto por las partes. Con la inclusión de los riesgos previsibles como parte de las cargas iniciales que cada contratista asume, según su distribución en la Matriz de Riesgos pactada, el reequilibrio y las distintas teorías que lo desarrollan (aplicación de cláusulas excepcionales, Hecho del Príncipe, Imprevisión y sorpresas o sujeciones materiales imprevistas) tendrán su campo de aplicación cuando las definiciones y reglas de distribución de los riesgos sean inaplicables por hacer frente a eventos imprevistos e imprevisibles, fuera de la matriz de riesgos, o bien eventos previstos en la matriz, pero con efectos imprevistos e imprevisibles.

El reequilibrio financiero del contrato deviene así una técnica residual cuando la Matriz de Riesgos se torna inoperante para solucionar los eventos en ella regulado, lo cual corresponde naturalmente a la filosofía y técnica particular de los riesgos, que busca reducir el carácter incompleto del contrato brindando mayor seguridad jurídica a las partes con la definición de los aleas mesurables.

En esta dinámica, es relevante establecer el alcance de la atribución connatural de riesgos al concesionario a partir de la definición misma de este tipo de contratos en el Estatuto General de Contratación, y su caracterización actual, bajo la aplicación de la técnica de riesgos impuesta por la Ley 1150 de 2007.

Para ello, es relevante recordar la definición del contrato de concesión contenida en el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, principalmente, en lo que tiene que ver con la asunción de los riesgos bajo esta modalidad contractual. Así, la norma en cita preceptúa:

*“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 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.” (Énfasis por fuera de texto original).*

En relación con este tópico conviene destacar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha analizado la distribución de los riesgos en el contrato de concesión en punto al alcance de la definición que sobre su tipología

establece el artículo 32 de la Ley de 80 de 1993, y en desarrollo de ese estudio ha considerado:

“Afirmar que en el contrato de concesión de obra pública, el concesionario asume la ejecución del objeto contractual “por su cuenta y riesgo”, más que referirse a los ingresos que pueda recibir el contratista con la financiación de la obra, en principio significa que la permanencia, disminución o aumento de los ingresos provenientes de la operación, que en la órbita contractual representa la remuneración del contratista, constituyen el riesgo del negocio que debe ser asumido por éste⁸, salvo en los casos en que la ejecución del contrato se altere por actos o acciones que hagan parte de la teoría de la imprevisión, del hecho de la administración pública contratante, o por circunstancias derivadas del ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales de una autoridad pública distinta a la contratante (hecho del príncipe). Es decir, hechos que afecten el equilibrio económico del contrato.

Dentro de los riesgos no previsibles razonablemente y por tanto no trasladables al concesionario se encuentran ‘aquellos que son ajenos a la voluntad de las partes y están asociados a eventos imprevisibles e irresistibles que impiden a alguna de ellas el cumplimiento de una obligación determinada’, que integran la noción de fuerza mayor o que hacen parte de la teoría de la imprevisión o del hecho del príncipe, según identificación que de los mismos hace el Documento CONPES 2775 de abril de 1995, que coincide con las definiciones del Código Civil⁹.”

Dicho carácter inherente del que goza la asunción del riesgo por parte del Concesionario en el marco de un contrato de concesión, también ha sido ratificado y dilucidado por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰, en el sentido de determinar:

*“Esta Corporación se ha ocupado, en multiplicidad de ocasiones, de señalar cuáles son las principales características del contrato de concesión y, en tal sentido, ha indicado que las mismas son: (...) ii) **es el concesionario quien asume los riesgos derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde participar por ende, en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar** (...) la ejecución del objeto pactado se realizará por “cuenta y riesgo del contratista”, expresión ésta que el Legislador no empleó al hacer alusión a los elementos estructurales de otros contratos de la Administración y que no excluye las estipulaciones que con sujeción al ordenamiento vigente puedan convenir las partes en orden a efectuar la*

⁸ Cita de la sentencia en referencia “El artículo 33 de la Ley 105 de 1995, consagra las llamadas garantías de ingresos que operan en doble sentido, tanto en favor de la entidad concedente como en favor del concesionario. Para cumplir con esas garantías se diseñó un sistema de compensación en el siguiente orden: ampliación del plazo de la operación, aumento de las tarifas de peaje por encima del I.P.C., aportes del presupuesto nacional. Todos estos mecanismos tienen como finalidad mantener el equilibrio contractual”.

⁹ Sala de Consulta y Servicio Civil, 12 de diciembre de 2006, Rad. 1792, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2010, Rad. No.: 25000-23-26-000-1994-00071-01 (14390), C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

correspondiente asignación de riesgos en la etapa precontractual y sin que la anotada particularidad de la concesión pueda entenderse como un alea abierta o ilimitada de riesgos que se radican en cabeza del concesionario impidiéndole a éste reclamar, frente a cualquier tipo de circunstancias, por la ocurrencia de hechos sobrevivientes, previstos o no, que pudieren afectar la ecuación económica del contrato. La asunción de riesgos por parte del contratista como elemento esencial del contrato de concesión, entonces, se verá atemperada por la operatividad del principio del equilibrio contractual”¹¹ (Énfasis propio). La Corte Constitucional, en sentencia C-250 de 1996, tampoco fue ajena a dicha descripción y sostuvo que “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”.

La doctrina oficial y jurisprudencia del Consejo de Estado siguen así los lineamientos de la jurisprudencia europea que circunscribe la ejecución por cuenta y riesgo del concesionario al alea relativo de su remuneración, vinculado de manera esencial a la explotación del bien o servicio concesionado. Sin que ello convierta la concesión en un contrato aleatorio donde su remuneración sería un albur, ella sí comporta una relatividad vinculada a la actividad concesionada que no existe en las compras públicas o adquisiciones de obras, bienes o servicios, en los que la remuneración del contratista corresponde al precio sufragado por la Administración, equivalente a la prestación que recibe.

No obstante, el riesgo de la explotación en la concesión comprende muchos factores que, precisamente, la técnica de la definición de riesgos viene a delimitar y concretar. Es por ello que resulta necesario determinar concretamente a quién corresponde la asunción de los distintos riesgos dentro del marco de este específico contrato de concesión, y qué tipo de contingencias son las que debe asumir el concesionario, según la previsibilidad alcance y asignación plasmadas en la matriz, y, de forma ulterior, el eventual impacto de situaciones extraordinarias a esta previsión sobre la ecuación contractual, para poder determinar si hay lugar a restablecimiento.

Como punto de partida, es pertinente lograr una aproximación a la definición adoptada de riesgos que, para efectos de dirimir el litigio entre **TRANSMILENIO** y **SUMA**, va a fijar el marco general sobre el que girará enteramente el análisis de las contingencias dentro de la contratación estatal. Para ello, es imperativo para este Tribunal dirigirse, en primera medida, al Contrato de Concesión 010 de 2010, pues su cláusula 115 –incluida en el Capítulo 19 del Contrato– consagra lo correspondiente al tema de distribución de riesgos. Allí, se estipuló que “La distribución de riesgos del presente **Contrato de Concesión** se basa en la

¹¹ El Consejo de Estado en ese mismo pronunciamiento, afirma que “En realidad, los riesgos que por definición legal asume el concesionario en atención a la especial naturaleza del contrato de concesión y a su tipificación, dicen relación, principalmente, con la obligación de conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución del objeto pactado, aunque también se extienden, por vía de ejemplo, en la concesión de obra y cuando el diseño corre por cuenta del concesionario, a la determinación de las cantidades de la misma requeridas para la ejecución del objeto contractual, por manera que constituirán un riesgo a cargo del concesionario las variaciones técnicas o cuantitativas que se verifiquen en el curso de la ejecución del negocio y que eventualmente pudieren causar un mayor costo de construcción”.

Política Estatal sobre el manejo de riesgo contractual del Estado en proyectos de participación privada en infraestructura y en lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007 y su Decreto Reglamentario 2474 de 2008".

Con base en esa remisión normativa, y por ser el Decreto 2474 de 2008 la norma vigente para la época en que se surtió la etapa precontractual, la adjudicación y suscripción del Contrato de Concesión 010 de 2010, es ineludible para este Tribunal basarse en la definición de riesgos contenida en dicha norma, en los términos recordados y analizados en el acápite precedente.

Por tanto, todo riesgo que exceda el marco de "lo normal", en las condiciones establecidas por la matriz acordada, será imprevisible y obedecerá a situaciones excepcionales. Dicha afirmación, producto del principio de previsibilidad o de contingencias plenas en la contratación estatal, ha sido reafirmada por el Consejo de Estado, en la medida en que tal precepto de estructuración previsiva del contrato, así como la asunción planeada y proporcional de riesgos buscan reducir lo imprevisible a escenarios excepcionales. En efecto, para esa Corporación:

"El principio en cuestión implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato¹², de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico¹³.

Se trata, por lo tanto, de un principio que llama a la estructuración previsiva del contrato estatal como regla, determinando con su aplicación la asunción planeada, ponderada, proporcional de los riesgos en aras del mantenimiento del equilibrio económico, en consecuencia, la conmutatividad, reduciendo la imprevisibilidad a contextos simplemente excepcionales.

(...)

¹²GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, págs. 127 y ss.

¹³De manera general puede consultarse en torno a los riesgos en los contratos públicos: MARCOS AUGUSTO PEREZ. *O risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, Editora Forum, Belo Horizonte, 2006; MARÍA JOSÉ VAÑÓ VAÑÓ. *El Contrato de "Project Finance"*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; RAÚL ENRIQUE GRANADILLO OCAMPO. *Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 2000; JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Riesgos Contractuales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. ALBERTO RUIZ OJEDA. *La Concesión de Obra Pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006; FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ DE CISNEROS CID. *Obras Públicas e Iniciativa Privada*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1998. PATRICIA VALCARCEL FERNÁNDEZ. *Ejecución y Financiación de Obras Públicas*, Fundación Caixagalicia, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006. J. LUIS GUASCH. *Concesiones en Infraestructura. Como Hacerlas Bien*. The World Bank – Antoni Bosh Editor, Barcelona, 2004. JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. *La Construcción y Financiación de las Infraestructuras Públicas*, Revista del Derecho de la Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, Redeti, No 10, 2001.

Con esta exigencia, se introduce al sistema de la contratación pública colombiana uno de los elementos más importantes desde el punto de vista de la planeación y consistente en reconducir la actividad de las autoridades con responsabilidades en materia contractual, al estudio en detalle de la relación jurídica que se aspira a construir, de manera tal que se visualicen todos las posibles consecuencias del mismo, no solo en la perspectiva de la administración, sino también y fundamentalmente del futuro contratista, y ante este escenario, plenamente identificado, se adopte la decisión de mayor trascendencia para el futuro contrato, consistente, en que de manera discrecional y sobre todo fundamentada, esto es motivada, se distribuyan las cargas de responsabilidades que surjan de este análisis, de manera tal que hagan viable el negocio, respetando en todo caso los intereses estatales y el patrimonio público^{14,15}

Ese mismo principio de previsibilidad también es retomado en los documentos CONPES Nos. 3107 y 3133 del 3 de abril y del 3 de septiembre de 2001, respectivamente, como parte de la definición de la política estatal en materia de riesgos, pero que, en líneas generales, constituyen los principales instrumentos orientadores de la aplicación de la previsibilidad en los contratos estatales en el derecho nacional. En esos documentos CONPES, se dice que, como principios rectores de la política de riesgo contractual del Estado, el Decreto 423 del 14 de marzo de 2001 –que establece los procedimientos que deberán aplicarse en el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales- consigna el deber de esos entes, de asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creados o autorizados; y a los contratistas, aquellas contingencias determinadas por el objeto que persiguen en el cumplimiento de su actividad.

En el caso presente, será determinante la delimitación específica de los riesgos previstos en la matriz, varios de los cuales están involucrados en los aspectos litigiosos. Por ello, más allá de su licitud y aplicabilidad, definidas en el acápite precedente, será necesario precisar el alcance de los riesgos asumidos por el Concesionario, con el fin de identificar la frontera entre los riesgos asumidos y el campo del desequilibrio contractual.

Con este propósito, el Tribunal hará en este acápite la apreciación general de la

¹⁴ ROGER TOMAS. *Experiencias internacionales en la asignación de riesgos en los esquemas de concesión y propuesta para Colombia*, Concesiones en Infraestructura, Ministerio de Hacienda, Coinvertir, CAF, Bogotá, 1996, Pág. 43.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1º de febrero de 2012, Rad. No.: 73001-23-31-000-1999-00539-01 (22464), C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. También, se afirmó en este pronunciamiento, que "Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia darle un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: Identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto".

estructura y contenido general de la Matriz de Riesgos definida por las partes, dejando para acápite siguientes su aplicación específica en los aspectos vinculados con las pretensiones de la Convocante.

El Anexo 5 del Pliego de condiciones está destinado a la Matriz de Riesgos de los contratos de concesión de la operación SITP, estableciendo en su numeral 5.1 su tipificación, asignación y mitigación contractuales.

La tabla concebida para su tratamiento contiene diversas columnas que orientan y delimitan la caracterización de cada riesgo identificado, así como la previsión del impacto específico de su materialización.

La primera columna sobre la “CLASE” del riesgo, tan solo ofrece una orientación general de la clasificación, siguiendo los lineamientos de los documentos CONPES que definen géneros de riesgos. Es así como se describen en esta columna los riesgos de Demanda, Regulatorio, Equipos, Cambiario, Comercial, Fuerza mayor-riesgo político no asegurable, Fuerza mayor asegurable, Operación, Implementación y Financiero. La columna tan solo enuncia los distintos temas vinculados con la ejecución del contrato, y por ello tan solo constituye una aproximación a la identificación del riesgo.

La segunda columna describe la “CAUSA DEL RIESGO”, definiendo los distintos eventos que constituyen materialización del riesgo tratado, mediante frases cortas, descriptivas de situaciones específicas, aunque no restrictivas. La descripción ofrece una idea más precisa de las diversas situaciones que podrían constituir ese riesgo. Sin ser taxativa ni genérica, la descripción es suficientemente ilustrativa de eventos contemplados.

La tercera columna complementa el alcance de los eventos descritos en la anterior. Titulada “OBSERVACIONES”, en ella se describe en qué consisten las materializaciones del riesgo y su lectura junto con las descripciones de las dos columnas precedentes ofrece una idea más clara de las categorías de eventos que pueden ser contemplados como el riesgo tratado.

La cuarta columna, llamada “MITIGACIÓN” describe las distintas medidas que debe adoptar la parte a la que se atribuye el riesgo en la columna siguiente “ASIGNACIÓN”. La descripción de las actividades previstas para mitigar el impacto del riesgo también ayuda a su delimitación, al describir indirectamente sus efectos y la forma de enfrentarlo. La descripción también resulta importante para valorar lo que los expertos denominan el riesgo residual, esto es la extensión del riesgo que queda después de aplicar los mecanismos o actividades para su mitigación o reducción de impacto.

Las dos últimas columnas, comprenden la estimación del riesgo que se ha precisado en su caracterización por las tres primeras columnas y en su alcance específico una vez pasado el tamiz de las actividades de MITIGACIÓN. La estimación de la matriz es cualitativa y, por consiguiente, indicará tendencias o apreciaciones generales de la estimación del riesgo, y o un valor monetario, propio de las estimaciones cuantitativas. Como toda estimación de riesgo, ella no

equivale al costo de la materialización del riesgo, de su realización, sino a una combinación entre el impacto económico que tendría su realización y las probabilidades de que el riesgo se materialice. La combinación de los dos factores es la indicativa de la estimación del riesgo.

La combinación de valores de probabilidad e impacto determinante de la estimación del riesgo permite apreciar la amplitud del riesgo asumido, aunque no de manera matemática. Así, un riesgo calificado de bajo en su probabilidad y medio en su impacto, indica que se concibió globalmente como un riesgo menor, por cuanto sería raro que se presentara y que, de existir, sus consecuencias serían anodinas. Quien lo ha asumido, confía en que no ocurrirá y por ello, si se materializa de manera regular, aunque no necesariamente sistemática, constituirá ya un hecho extraordinario, "imprevisto" según la dinámica de la Matriz.

Por el contrario, un riesgo cuya probabilidad de frecuencia es alta, al igual que su impacto, implica que quien lo ha asumido está subiendo sustancialmente su umbral de riesgo, en la medida en que debe calcular que es muy probable que ocurra y que de aparecer sus consecuencias serán dramáticas. La "normalidad" en este caso es muy exigente para quién lo asume y, además de tener la carga deber de tomar medidas consecuentes para mitigarlo, difícilmente podrá pretender un reequilibrio del contrato por una materialización, incluso más grave de la globalmente calculada.

La estructuración de la Matriz de Riesgos así presentada ofrecerá al Tribunal los criterios y parámetros de valoración de los eventos de las pretensiones del Convocante, para poder valorar los umbrales diversos de su "normalidad", definida por la matriz adoptada y, con ello, determinar el límite de lo imprevisible y así valorar el desequilibrio alegado en cada caso.

4.- SOBRE EL SITP PROVISIONAL (PRETENSIÓN DUODÉCIMA)

En aras de obtener una mayor claridad respecto de las argumentaciones esgrimidas por cada una de las partes, con relación a las implicaciones de la entrada en funcionamiento del SITP PROVISIONAL, es pertinente para este Tribunal revisar, de forma separada y cronológica, los puntos de vista sostenidos por los apoderados de **SUMA** y de **TRANSMILENIO** (4.1). Luego, se examinarán los testimonios practicados en relación con este tema (4.2), para finalmente, establecer las consideraciones del Tribunal (4.3).

4.1.- LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DEL SITP PROVISIONAL

El Tribunal tendrá en cuenta los argumentos esgrimidos por la Convocante (4.1.1) y por la Convocada (4.1.2)

4.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

El 6 de diciembre de 2016 **SUMA** radicó la reforma a la demanda en la cual, en cuanto a la creación del SITP Provisional y sus aparentes consecuencias, pidió:

“DUODÉCIMA: Que se declare que la creación del SITP PROVISIONAL es una situación no contemplada en el contrato de concesión 010 de 2010 que ha impactado nocivamente al contratista durante la ejecución del misma.”

4.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

TRANSMILENIO contestó la reforma a la demanda presentada por SUMA, y, respecto de la pretensión duodécima planteada por la parte convocante, manifestó:

“TRANSMILENIO se opone a la pretensión decimosegunda por cuanto la creación del SITP PROVISIONAL no fue más que una medida que resultó necesaria implementar para darle manejo a la oferta de transporte público colectivo que no solo estaba contemplado como un elemento a resolver en el proceso de progresiva implementación del SITP, sino que los concesionarios debían resolver en lo fundamental, y SUMA entre ellos, absorbiendo los vehículos que prestaban el servicio bajo esa modalidad al SITP, bien fuera integrándolos a la Flota del SITP, con las adecuaciones requeridas, o bien chatarrizando, para lo cual debían adquirir los vehículos a sus propietarios o pagarles una renta periódica por el número de años definido.

TRANSMILENIO también se opone a la pretensión decimosegunda por cuanto, con su formulación, se pretende desconocer la asunción por el Concesionario de los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que de los mismos se realizó en el contrato, en relación con hechos y circunstancias previsibles, propios de alea normal de ejecución del Contrato que el Concesionario debe soportar” (Énfasis propio).

En punto de si la creación del SITP PROVISIONAL fue o no una situación ajena a lo contemplado en el Contrato de Concesión 010 de 2010, que causó impacto nocivo al contratista o, si, por el contrario, ello se produjo por causas imputables al concesionario y este debía asumir los riesgos presuntamente asignados en la distribución de los mismos, el Tribunal considerará las alegaciones finales presentadas por la parte Convocante (4.1.3), y por la Convocada (4.1.4).

4.1.3.- ALEGACIONES FINALES DE LA CONVOCANTE

En su escrito de alegatos de conclusión SUMA afirmó sobre la integración total del SITP:

“Teniendo en cuenta que conforme con el Anexo Técnico del Pliego de Condiciones y el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, la integración Total del SITP debía quedar consolidada hasta el día 15 de octubre de 2011, por lo que la existencia del fenómeno denominado “SITP Provisional” era impensable, inimaginable, imprevisible e inaceptable. Es decir, que la hipótesis bajo la cual se estructuró la oferta partía de la base de la eliminación gradual con un plazo límite del antiguo transporte

público colectivo, de manera que los operadores del SITP no tendrían competencia y serían los únicos dueños de la torta.”

En esa misma línea de pensamiento, reitera **SUMA**, que “Como el Decreto 309 de 2009 y el Anexo Técnico del Pliego de Condiciones consagraban que la integración “Total” del SITP debía darse antes del 15 de octubre de 2011, no era estimable ni en consecuencia fue una base de la oferta el que se contemplara la existencia de un fenómeno denominado **“paralelismo” que “equivale a tener dos sistemas de transporte operando en una zona, con unas características similares en atención de pasajeros, pero con condiciones técnicas, legales y de tarifa diferentes”**. Adicional a lo anterior, el Distrito se comprometió a retirar las rutas del SITP, condición establecida con TM” (Énfasis propio).

La anterior argumentación presentada por el contratista pretende, partiendo esencialmente de las fechas contempladas en el Decreto 309 de 2009 –por el que se adopta el Sistema Integrado de Transporte Público para Bogotá D.C.- como límite para que la integración total del SITP se diera por hecha, demostrar que, en dicho de **SUMA** “la creación del SITP Provisional obedeció a condiciones ajenas a los operadores que no eran previsibles al momento de ofertar, en donde sin duda Transmilenio tiene una alta responsabilidad si se tiene en cuenta que eran conocidas desde el inicio las dificultades que tendrían COOBUS y EGOBUS desde la perspectiva financiera y para el cierre financiero”.

Por último, afirma el extremo convocante que la entrada en operación del SITP PROVISIONAL “desbarajustó por completo el negocio”, principalmente si se tiene en cuenta que el SITP, como inicialmente fue pensado y concebido, se estructuró considerando la desaparición gradual del transporte público colectivo tradicional, y, no menos importante, la “exclusividad” de la que gozaría el SITP en la prestación del servicio, esto es, el acaparamiento total de la demanda en las zonas concedidas en la ciudad de Bogotá D.C.

4.1.4.- ALEGACIONES FINALES DE LA CONVOCADA

TRANSMILENIO en sus alegatos de conclusión sostuvo, con base en la cláusula 119-2 del Contrato de Concesión 010 de 2010:

*“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 ingrese vehículos nuevos al servicio, seis (6) meses antes de la entrada en operación (Cláusula 79 del contrato9), y que el concesionario efectivamente los vincule al sistema sin que puedan operar. **Frente a los vehículos de transporte público colectivo actual que se vinculen al SITP no se asume riesgo de retrasos en la implementación dado que de solicitarse y no poder ingresar a la operación, esta flota deberá seguir siendo utilizada en la prestación del servicio de transporte público colectivo.”***

Apoyado en lo citado, asevera que “En ningún momento se ha presentado la hipótesis de ingreso de nuevos vehículos al servicio, por instrucción de

TRANSMILENIO que no hayan podido ser operados. Respecto de los vehículos usados, como se precisa en la estipulación no se debe hacer un reconocimiento por demora en la implementación, teniendo en cuenta que esa flota continúa operando en el TPC (hoy denominado SITP Provisional)".

Igualmente, afirma el apoderado de **TRANSMILENIO**, que no solamente se trata de un tema de asunción de los riesgos contemplados y valorados en la Matriz, sino que directamente la operatividad del SITP PROVISIONAL y sus efectos tanto a la demanda como a la oferta del servicio público de transporte, son consecuencia indefectible de causas imputables al contratista. Así lo puntualizó:

"La parte demandante deja de lado también en la formulación de sus reclamaciones que, además de haber asumido a su cargo el riesgo de demanda, la situación de afectación de la demanda que él haya podido haber estimado está directamente relacionada con el incumplimiento de obligaciones a su cargo, pues el cumplimiento imperfecto de las mismas ha incidido de manera significativa en la captura de la demanda, especialmente en los primeros años del desarrollo de la Concesión.

El concesionario no ha cumplido la obligación de chatarrización de los vehículos que conformaban la oferta del TPC, en relación con lo que se comprometió a chatarrizar o desintegrar, conforme al Contrato de Concesión, situación que repercute en el hecho de que muchos de esos vehículos sobre los que pesa la obligación de chatarrización continúan prestando el servicio en el TPC o SITP Provisional, con el consiguiente impacto en cuanto a la no terminación del proceso gradual de eliminación de la oferta de vehículos que estaban brindando oferta de transporte en el transporte público colectivo y que siguen ofreciendo servicios."

Entre otra serie de incumplimientos que **TRANSMILENIO** le reprocha a **SUMA**, también hace énfasis en:

"El Concesionario SUMA, a pesar de haber asumido el riesgo de implementación originado en la demora en la implementación de rutas a cargo de otros concesionarios, no presentó a TRANSMILENIO planes encaminados a solucionar la situación existente, como medida de mitigación, en términos que sean compatibles con el cumplimiento de la finalidad del Contrato. Por el contrario, se ha negado a prestar en muchos casos la colaboración que se le ha requerido para la implementación de esquemas alternativos propuestos para encarar la problemática relacionada con las dificultades que experimentaron los concesionarios Coobus y Egobus, no obstante, el hecho de que esos concesionarios compartían rutas con SUMA"

Posteriormente, argumenta **TRANSMILENIO** que conforme al Contrato de Concesión 010 de 2010, la implementación debe darse en forma gradual y progresiva sin una fecha definida para su terminación. Ello, amparado en que en el Anexo 1 –denominado "Resumen ejecutivo del diseño de la operación del sistema"–, expresamente se consagró que el SITP se implementaría gradualmente, "lo que significa que la operación no comenzará simultáneamente en todas las zonas, sino que se realizará una implantación gradual de rutas, la

cual inicialmente se había concebido efectuar hasta octubre de 2011 y que, posteriormente, fue extendida en el tiempo, por acuerdo de las partes”.

4.2.- TESTIMONIOS SOBRE EL SITP PROVISIONAL

En cuanto al SITP PROVISIONAL, el Tribunal realizará un estudio acerca de la valoración probatoria de los testimonios (4.2.1), con miras a determinar su alcance (4.2.2)

4.2.1.- VALORACIÓN PROBATORIA DE LOS TESTIMONIOS SOBRE EL SITP PROVISIONAL

En materia de apreciación de las pruebas recogidas a lo largo del procedimiento, el Código General del Proceso exige, en su artículo 176, que **“las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto**, de acuerdo 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. **El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”**

Como primer derrotero establecido en la norma, el artículo 210 del Código General del Proceso contiene las inhabilidades para testimoniar que, en todo caso, deberán ser objeto de análisis por parte del Tribunal. La ley consagra que *“son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado quienes al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas y las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica...”*

Sin embargo, observa el Tribunal que, a lo largo de este proceso arbitral, no existe manifestación alguna realizada por los testigos que admita dichas situaciones, así como tampoco obran en el expediente tachas por inhabilidades formuladas por escrito antes de cada audiencia programada para la recepción del testimonio, ni oralmente en ellas. Por tal motivo, este Tribunal no encuentra demostrado que alguno de los testigos que rindieron declaración se encuentre inmerso en alguna de las inhabilidades contempladas por el artículo 210 del Código General del Proceso.

Igualmente, dispone el artículo 211 –sobre la imparcialidad del testigo–, que *“cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimiento o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*. No obstante, a pesar de lo contenido en la anterior disposición legal, no existe ninguna tacha formulada por los apoderados de los extremos procesales, por lo que, en principio, el Tribunal no encuentra dudas sobre la imparcialidad de los mismos, salvo que, al momento de analizar el mérito probatorio del testimonio, se encuentren incertidumbres al respecto.

Asimismo, en punto de los requisitos formales para la petición de la prueba y limitación de testimonios, citación de testigos, formalidades del interrogatorio y práctica del mismo, contemplados respectivamente en los artículos 212, 217, 220 y 221 del Código General del Proceso, el Tribunal los encuentra satisfechos en su totalidad.

Con todo, hay casos en que no se deduce necesariamente de la existencia y validez jurídicas de un testimonio, su eficacia probatoria. Por el contrario, muchos testimonios válidos carecen de fuerza probatoria respecto a los hechos que se narran en él. Para ello, conviene analizar los requisitos intrínsecos¹⁶ de los testimonios recogidos y apreciados por el Tribunal, que, si bien no tienen la virtud de viciar en su totalidad el medio de prueba, sí pueden quitarle eficacia probatoria.

Respecto del requisito de la conducencia en los testimonios, encuentra el Tribunal que el testimonio es un medio de prueba que está expresamente autorizado por la ley y que no goza de prohibición legal para probar el hecho que con dicha prueba se presente demostrar. Por tanto, se da por satisfecha esta exigencia.

El requerimiento de la pertinencia del hecho objeto del testimonio exige, que el hecho sobre el cual recae el testimonio tenga relación directa o indirecta con la cuestión que se debate o se investiga. Para ello, conviene entonces analizar desde la reforma a la demanda, la contestación de la misma y la reforma a la demanda de reconvenición, para así determinar con miras a demostrar qué hechos en particular se pretenden demostrar con el testimonio pedido.

En lo relacionado con el testigo **John Cubillos Matallana**, **TRANSMILENIO** en su contestación a la reforma de la demanda explicó que su citación obedecía a obtener de su parte una declaración sobre los hechos de la demanda y su contestación, con especial referencia a los aspectos atinentes a la flota, y a su chatarrización o desintegración. En cuanto a la citación del señor **Jairo Enrique Angarita Feo**, **SUMA** afirmó en su reforma a la demanda que con su declaración se pretendía obtener un mayor esclarecimiento sobre la forma en que se implementó el SITP PROVISIONAL en la ciudad de Bogotá D.C.

Para justificar la comparecencia del testigo **Julio Andrés Beltrán Rivera**, la parte convocante afirmó, que ello se debía a que el declarante podía explicar la forma en la que se ha ejecutado el plan de implementación, manual de operaciones, así como el diseño operacional. En lo que al testimonio de la señora **Carmen Milena Martínez Palacio** se refiere, **SUMA** afirmó que su citación, además de esclarecer situaciones que rodearon la suscripción del Otrosí No. 5, también explicaría cómo y cuáles han sido las causas que han afectado la ejecución del contrato, sus efectos y demás.

Frente al testimonio de la señora **Ruth Johanna Camargo Pérez**, **SUMA** sostuvo que ello obedecía a que ella podría dar luces sobre la manera en que se ha ejecutado el diseño operacional. En punto del testigo **Manuel Guillermo Salazar**

¹⁶ Esquema empleado por el doctrinante HERNANDO DEVIS ECHANDÍA en su obra "Teoría general de la prueba judicial, Tomo I".

Arbeláez, SUMA apuntó a que se programara diligencia de testimonio, pues él podía explicar los cambios presentados en la demanda de pasajeros y diseño operacional en general. Para citar a **Andrés Velasco Rojas**, SUMA afirmó que ello se debía a que el testigo, en su calidad de director del equipo de INVERLINK, iba a declarar sobre los hechos de la demanda, en especial sobre la oferta económica presentada por la Convocante, y sobre el modelo financiero que la sustentó.

En lo relacionado con la citación de la testigo **Nubia Quintero Hernández**, TRANSMILENIO afirmó que su declaración versaría sobre los hechos de la demanda y su contestación, con especial referencia en los aspectos ligados a la Flota y al cruce de la misma. Finalmente, en cuanto a la declaración del testigo **Harold Ricardo García Cortés**, TRANSMILENIO afirmó en su contestación a la reforma de la demanda, que su relato, además de guardar estrecha relación con los hechos de la demanda y la contestación de la misma, iba a hacer especial referencia a la operación zonal del SITP en la zona adjudicada a SUMA.

Sobre la declaración rendida por **Julio Villarreal Navarro** es importante advertir que al ser ella dentro del marco de la audiencia de interrogatorio al perito, su valoración probatoria se hará en el acápite pertinente a la apreciación del dictamen rendido por él.

4.2.2.- ALCANCE DE LOS TESTIMONIOS SOBRE EL SITP PROVISIONAL

Al respecto, TRANSMILENIO en su defensa expresa que el SITP PROVISIONAL fue explicado por el testigo **John Cubillos**, dando por entendido que **“El SITP provisional es como un mecanismo que encuentra la administración para garantizar la prestación del servicio de transporte público en zonas donde, ya por la misma implementación del sistema se estaba descuidando esta prestación del servicio. Hay una particularidad y es que el SITP provisional le da unas competencias a Transmilenio que antes no tenía y esas competencias están enfocadas principalmente en la planeación de las rutas y el seguimiento a esta operación. Esto ayuda a que zonas descubiertas, ya sea por la implementación del sistema o porque no ha llegado el transporte público pues pueda ser cubierta”.**

Si bien se cita la declaración del testigo **John Cubillos** como sustento de la relación directa e inescindible existente entre el SITP PROVISIONAL y los vehículos que se encontraban vinculados al TPC, lo cierto es que su respuesta se encamina en el mismo sentido de lo preceptuado por el artículo 2° del Decreto 156 de 2011, esto es, que se adoptarán por la autoridad de transporte *“las medidas tendientes a garantizar la continuidad del servicio público de transporte terrestre automotor colectivo en la ciudad”*. Adicionalmente, sustenta en gran medida la tesis hasta ahora esbozada por este Tribunal, consistente en que, con la promulgación de los Decretos 156 de 2011¹⁷ y 190 de 2015¹⁸, TRANSMILENIO

¹⁷ Decreto 156 de 2011. Artículo 3°. **Coexistencia de Servicios.** Durante la etapa de transición, los servicios del SITP podrán operar simultáneamente con las rutas del sistema de transporte público colectivo, sólo hasta la fecha en que la autoridad de transporte le comunique por escrito a la empresa de transporte colectivo la orden de suspenderlos, de acuerdo con los planes graduales de implementación de rutas que le comunique el Ente Gestor.

asumía la responsabilidad, de acuerdo con los planes graduales de implementación, de reportarle a la Secretaría Distrital de Movilidad las rutas que ya se encontraban bajo el Sistema Integrado de Transporte Público, con el fin de que se le cancelara el permiso de circulación a los vehículos pertenecientes al Transporte Público Colectivo que funcionaban en esa misma zona. De no hacerlo, se iba a provocar que, lo que en un inicio debía ser una labor complementaria y auxiliar al SITP, se tornara en un escenario de competencia legal, pues todo ello se hacía con base en los lineamientos señalados por TRANSMILENIO como ente gestor.

Precisamente, en su declaración rendida, el testigo Jairo Enrique Angarita Feo, resaltó que en el año 2015 –con la expedición del Decreto 190- se pretendió que TRANSMILENIO informara que el proceso de implementación era suficiente para atender la demanda de transporte de la ciudad, y por dicha razón, debían darse por terminados los permisos provisionales que habían sido otorgados. Así, en palabras del declarante, cuando en el año 2015 sale esta disposición:

“nosotros veníamos con unas rutas que venían operando, cuando sale ese decreto dijimos: hasta aquí llegamos porque aquí está diciendo que va a colocar fin al servicio que veníamos teniendo provisional, pero resulta que el cambio que se hizo fue el siguiente. Resulta que el cambio que se hizo fue el siguiente, resulta que lo que señalaron fue: ustedes deben continuar operando las rutas como vienen, esas rutas las continúan operando con la flota que tienen pero qué es lo que se va a hacer, debe desaparecer el nombre de su empresa como logotipo y logo símbolo del vehículo, es decir, si mis buses eran azules y decía por los laterales como lo establecen las normas distritales que deben llevar el nombre de la empresa de transporte, entonces decía: Asotrans.”

En dicho del testigo, la modificación propuesta por el Distrito estaba encaminada a que se eliminaran los nombres de cada una de las empresas del TPC, para que posteriormente pasaran a denominarse como del SITP PROVISIONAL; es decir, los buses pertenecientes al TPC, únicamente cambiaron el número de orden y el nombre, y con insumos suministrados por el propio Distrito, siguieron sirviendo los mismos recorridos, no cambiaron su capacidad transportadora ni los horarios de operación, etc. Sin embargo, sostiene el declarante, la introducción de las modificaciones del Decreto 190 de 2015, en realidad no fueron tales pues, a pesar de que se habló de complementariedad, lo que ocurrió fue que las rutas del TPC siguieron prestando el servicio común y corriente:

“(…) cuando el decreto 190 señala ese cambio a ese sistema provisional, a ese SITP Provisional dice expresamente que es para lograr la complementariedad del SITP, es decir, claro venden como cuatro principios pero uno de los principios es que haya complementariedad, y qué entendíamos las empresas de transporte

¹⁸ Decreto 190 de 2015. ARTÍCULO 3. Permiso especial y transitorio. La Secretaría Distrital de Movilidad otorgará un permiso de operación especial y transitorio, para servir las rutas provisionales definidas por TRANSMILENIO S.A., bajo un esquema que garantice la continuidad en la prestación del servicio de transporte público en el Distrito Capital, en condiciones de calidad, seguridad, accesibilidad y complementariedad con el SITP.

en su momento cuando nos hablaban de esa complementariedad, pues que iba a ser un cambio en el esquema de operación, es decir, que si una ruta del SITP llegaba hasta un sitio nosotros le íbamos a hacer un servicio lo que llamamos complementario, pero realmente eso no fue lo que se dio porque lo que continuamos fue prestando las rutas común y corriente” (Énfasis propio).

Como se desprende del anterior relato, es claro que la etapa de transición del Transporte Público Colectivo, o “complementariedad”, no fue tal. En dicho del testigo, lo que ocurrió fue que las rutas del TPC siguieron prestando el servicio de manera común y corriente, sin que ello implicara una verdadera labor de complementar los trayectos, sino de entrar directamente a competir con las rutas operantes en las zonas ya concesionadas. Y no solamente eso, sino que esa transición se encuentra desprovista de toda integración tanto en el componente de trayectos, como en el de unificación de medio de pago y tarifas.

Asimismo, el testigo **Julio Andrés Beltrán Rivera**, en cuanto al impacto que tuvo el ingreso del SITP PROVISIONAL en el satisfactorio cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por **SUMA**, y en lo relativo al modo en que se dio la ejecución contractual, manifestó:

“Bueno, hasta donde yo estuve presentando mis funciones, SUMA estuvo prestando el servicio que se le asignó en el contrato, bajo el estándar que estaba definido en unos documentos previos, hasta donde yo estuve, tuvimos un cumplimiento por encima del 80%, en mi parecer, es un muy bien resultado, dadas las condiciones que estábamos viviendo en ese momento, una situación económica difícil, yo veía que mi gerente tenía que estar corriendo para conseguir para pagar la nómina, para pagar el combustible, el tema de impuestos, entendía que había que moverse para poder cumplir lo que estaba definido en la ley, una situación muy complicada.

La población que nosotros atendíamos en ese momento y que hoy se atiende en Ciudad Bolívar es difícil, el hecho de que hayamos una adjudicación de contratos que debían darse al 100%, un hecho que no se dio, nos pusieron a operar en unas condiciones con un SITP Provisional que no tenía nada que ver con lo que nosotros teníamos en nuestro contrato, quiero ser un poco específico en eso, un bus que estaba operando en el transporte tradicional, sin normas, sin reglas, no tenían que lavar el bus todos los días, tenían un solo conductor, condiciones que en mi parecer, totalmente diferentes a lo que debíamos hacer en nuestro contrato, en cuanto a la ejecución, nosotros ejecutamos nuestro contrato durante el periodo, en cuanto al cumplimiento, ya le mencioné un valor, haciendo referencia a ese valor con otros años, bueno, me parece que es un valor y creo que estaba dentro del promedio del resultado de todos los concesionarios.”

En esa misma diligencia, el testigo también afirmó e ilustró, como se verá a continuación, las dificultades que trajo consigo la implementación del SITP PROVISIONAL, y su impacto negativo en la demanda esperada por **SUMA** – imputable por supuesto a una duplicidad de oferta en la prestación del servicio-.

Así lo expresó el declarante:

“es muy sencillo, resulta que la ciudad se dividió en zonas, y esas zonas fueron adjudicadas a unos concesionarios, en el caso particular de SUMA, fue adjudicada la zona de Ciudad Bolívar, de esas zonas hay 13 zonas que no fueron, no están siendo hoy cubiertas, en el caso de los operadores Egobus y Coobus que eran los responsables de atender esas zonas, no las atendieron, iniciaron su operación y bueno, entiendo que se quebraron y hubo una finalización de su operación, y...

como ellos no operaron, pues siguieron operando los buses de transporte tradicional, y Transmilenio lo que hizo fue bautizarlos como SITP Provisional y los dejó en operación, de hecho, hoy están funcionando, como consecuencia de que hoy no se ha dado el hecho de que estén todos los...(Interpelado)

básicamente hay un tema de competencia, competencia que no tienen las mismas condiciones que nos exigían a nosotros, hay una situación también que recuerdo, y es un habitante de Ciudad Bolívar tiene que adquirir un medio de pago, la tarjeta verde, como en Ciudad Bolívar eso es muy intermitente, es difícil de que eso ocurra con facilidad, me explico, la gente tiene que madrugar allá mucho, tienen que salir a tempranas horas de la mañana y no están los puntos de ventas disponibles, entonces los usuarios no tienen como cargar su medio de pago, entonces no tienen como acceder a los buses, pero como estaban funcionando los buses tradicionales que menciono y que luego los convirtieron en SITP provisional, pues el usuario tiene lo de su viaje, y prefería montarse en esos buses y no en los de nosotros, esa es una situación que no estaba prevista...(Interpelado)

Pues teníamos menos pasajeros, los que debíamos transportar no estábamos transportando, esos buses que no tenían que estar transitando, disminuyen la capacidad de tránsito de las vías y hacen que haya más congestión, si esos, alrededor de más de, creo que son 5 mil buses, más de 5 mil buses no estuvieran en operación, hoy la ciudad sería diferente, tendría menos buses transitando y pues de hecho tendría una mejor...” (Interpelado)

El mismo testigo, refuerza su dicho sobre la superposición de rutas, y explica que el hecho de que ello exista, simplemente significa que hay “una ruta que hace el mismo trazado, origen y el destino son muy similares y se superpone una sobre otra, explico, yo tenía una ruta que iba de Ciudad Bolívar a Suba y el transporte público tradicional tenía otra ruta que pasaba, que hacía el mismo recorrido, el SITP Provisional tenía otra ruta que hacía el mismo recorrido, entonces tenía 3 rutas haciendo lo mismo para recoger un usuario, un ejemplo de una unidad, o de 10 usuarios, y eso es superposición, que están superpuestas en la mayoría del recorrido, esa es como la definición grafica que quiero yo compartirles a ustedes... o sea, de ese ejemplo que di que 3 están pasando por el mismo lugar, pues 3 están compitiendo por un solo usuario, o sea no tiene sentido, que mis rutas, las

rutas de otros concesionarios tengan que cumplir con esos otros dos que, como les manifesté, no tenían las mismas condiciones de operación nuestras, eso está superpuesto”.

Luego de explicar brevemente en qué consiste la superposición de rutas haciendo el mismo trazado, da luces sobre el proceder empleado por **TRANSMILENIO** una vez el concesionario le puso en conocimiento y le advirtió sobre la existencia de este fenómeno de dualidad de rutas en las zonas que, por contrato, le correspondía explotar a **SUMA**. Así, sostuvo que el Contratista expuso el fenómeno de la superposición de rutas a través de informes –consistentes en realizar diversos aforos, inspecciones de campo, descripciones de la información recolectada, etc.- documentando dicha situación, pero nunca obtuvieron respuesta alguna por parte de **TRANSMILENIO**. En ciertos casos, según el testigo: **“Realmente nosotros no vimos una respuesta concreta o dirigente por parte de Transmilenio, me asombraba que me decían que Transmilenio decía que eso no era competencia de ellos, que ellos no tendrían cómo controlar o verificar el tema de la piratería, entonces yo dije, vamos y hablemos con quien toque hablar, hablemos con la Policía de tránsito, con la Policía de la localidad, en muchas ocasiones decían que ellos no iban por allá porque les daba miedo estar en Ciudad Bolívar, hicimos unas reuniones con la Policía, recuerdo que hicieron un par de operativos, pero es era interno, o sea, iban, hacían el operativo y cuando estaba la policía no estaban los piratas, pero después seguían operando”.**

La testigo **Carmen Milena Martínez Palacio** también rindió declaración en el sentido de destacar el impacto negativo de la entrada en funcionamiento del SITP PROVISIONAL, principalmente, porque ello significó una circunstancia que no fue contemplada al momento en que **SUMA** decidió participar en la Licitación Pública TMSA-LP-004 de 2009, ni mucho menos en el Contrato 010 de 2010. Al ser cuestionada por una aparente crisis financiera vivida por **SUMA**, y por las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ella presuntamente se dio, la testigo afirmó que, además del tiempo de implementación de ocho meses iniciales que se extendió por dos años, sumado al inconveniente de la evasión, la no entrega de los patios definitivos (que a la larga afectó el pago extra a los conductores, el consumo de combustible, el incremento en los kilómetros en vacío y la disminución en la velocidad comercial), existió un tercer factor que lesionó la demanda esperada por el contratista:

“Tampoco nos imaginábamos que en el escenario íbamos a tener una tercera fuerza muy poderosa como el SITP Provisional que terminó teniendo casi prácticamente que la mitad de los carros que tiene el SITP definitivo que genera un desbalance importante en el sistema porque quiere decir que ese mercado que inicialmente iba a ser solamente de quienes concesionamos en el 2010, terminó siendo compartido con unas personas que no participaron en la licitación y que además tienen unas ventajas sobre los que ganamos la licitación. No tienen interventoría, no tienen el control del recaudo, pueden circular por donde quieren, digamos hay toda una libertad frente a la forma como ellos prestan el servicio.”

Igualmente, relató que una de las consecuencias que trajo consigo esa operación del SITP PROVISIONAL en las zonas que por contrato se encontraban bajo concesión de SUMA, fue precisamente que ello generó una red de tráfico negro de repuestos, donde ellos se pierden en los concesionarios y llegan finalmente al sistema informal, dificultando así en gran medida el mantenimiento que el contratista debía efectuar sobre la flota.

En esa misma línea, encuentra este Tribunal que el testimonio de la testigo Ruth Johanna Camargo Pérez es esclarecedor, pues además de explicar fase por fase la integración gradual del SITP, concreta cómo debía darse, en realidad, la transición de los buses del Transporte Público Colectivo a los del Sistema Integrado de Transporte Público:

“Bueno, la verdad no cabe, el SITP provisional, técnicamente no debería existir, deberían estar Coobus y Egobus en vez del SITP provisional, con buses azules, bonitos, arreglados, con unidad lógica, es decir, con un computador a bordo, con conductor uniformado, no debería existir el SITP provisional, la fase 2, que era la que quería pintarles, decía que de febrero del 2011 a octubre del 2011 todos los operadores, todos, debían implementar sus rutas y debía salir el transporte tradicional, hablaba de una implementación gradual, pero una implementación gradual con tiempos, de febrero a octubre.

Entonces, el SITP provisional, a mi manera de ver, es oficializar una falta de gestión, ¿por qué falta de gestión? porque el responsable de escoger las empresas era Transmilenio y debió haber validado desde el comienzo que Coobus y Egobus cumplían todos los requisitos igual que los demás.”

Al ser interrogada sobre qué había ocurrido con esos buses del TPC, aseveró que los propietarios no querían entregarlos por un tema de desconfianza, y que esos vehículos finalmente tuvieron como destino el SITP PROVISIONAL. Así:

“Ese bus es el que está en provisional hoy por hoy, o sea, ese es el bus que hoy volvemos, que con una calcomanía de colores que dice provisional y son los buses que SUMA hubiera necesitado que alguien le diera, de hecho Transmilenio nos mandó una carta diciendo que dejaba suspendido, a ver si yo la tengo, nos mandó una carta diciendo que dejaba suspendido el tema de Coobus y Egobus porque los intervino la Superintendencia, o sea, ellos tenían allá una problemática interna, y Transmilenio no tenía seguridad de que la transacción se pudiera dar bien con el pequeño propietario, entonces, nos mandaron una carta diciendo que no podíamos seguir haciendo el cruce de flota con ellos, todo el 2014 quedó suspendido el cruce de flota con Coobus y Egobus.

Bueno, eso de cierta forma ya lo dije en una respuesta anterior, pero sí, sí había competencia, por lo que les explicaba, por la falta de Suba Centro, Perdomo y Fontibón, o sea Coobus y Egobus, esos buses siguen ahora con el nombre de SITP provisional, pero desde siempre han estado. Había un tema y es que a Transmilenio le daba,

perdóneme la expresión, miedo de retirar las rutas del colectivo, ¿por qué? porque la gente hacía arengas, bloqueos, paros, salía con carteleras, y el gobierno de aquel entonces...(Interpelado)

Pero en últimas para uno es transparente, uno necesita que le saquen la competencia y esa competencia duró desafortunadamente durante mucho tiempo y todavía está como provisional, o lo otro que pasaba es que a alguna empresa le desmontaban la ruta, y ellos la seguían operando ilegalmente.

(...)

El SITP provisional, no debería existir... ¿qué cabía del SITP provisional? no cabe el SITP provisional, no cabe el SITP provisional, o sea, debería estar Coobús y Egobús operando sus zonas, y no existir esos buses, sino buses azules, con unidad lógica, con patios y todo el sistema andando.”

No solamente en esta declaración se reitera la existencia del SITP PROVISIONAL y cómo su operatividad ha afectado a SUMA, sino que también se precisa la incidencia que tuvo el que COOBUS y EGOBUS no hubiesen entrado completamente en operación y su indefectible consecuencia en la posterior implementación de la transición en el SITP; sin dejar de lado, que el SITP PROVISIONAL existe, en cierta medida, porque TRANSMILENIO no reportó a determinadas rutas o buses del TPC para que posteriormente la Secretaría Distrital de Movilidad procediera a revocar o suspender los permisos de circulación.

“Porque es que el provisional funciona con una cosa que se llaman permisos de operación, entonces para que un propietario accediera a venderle a uno el bus o dárselo en renta, ya no debía tener permiso de operación, si la Secretaría de Movilidad se lo tenía vigente pues él iba a seguir operando en su transporte tradicional, porque le salía más rentable que dárselo a un operador del SITP, es que justamente por eso es la importancia de un sistema, todos debían hacer lo propio para que el sistema funcionara, entonces, yo no simplemente puedo decir, ah no entonces yo, como ya ellos no están, entonces lo compro todo, porque sencillamente el modelo financiero establecido para que el contrato funcionara, según la oferta, había planeado que las cosas fueran de esa manera, para que las inversiones contempladas se cumplieran.

¿Por qué lo digo? porque es así, porque son 4 mil carros, qué tiene el SITP provisional. El SITP provisional tiene más o menos 5 mil vehículos hoy por hoy, 4 mil son de Coobus y Egobus y los otros mil son de los que no quisieron vincularse a ninguna propuesta del SITP, que lo que ellos debían hacer, esos propietarios que no se quisieron vincular en nada, era en algún momento chatarrizar su bus por cuenta propia, o si algún concesionario se los pedía, pues vendérselo, pero como Coobus y Egobus no funcionaron, entonces esos carros son los que hoy vemos como provisional.

Por eso fue que Transmilenio en mayo del 2015 sacó un decreto diciendo que el Transporte tradicional se llamaba SITP provisional, para formalizar esa flota que está ahí, que es una flota que no debería estar ahí, debería estar en los concesionarios, SUMA y los otros que también necesitaban flota de ellos” (Resalta el Tribunal).

En similar sentido se pronunció el testigo **Manuel Guillermo Salazar Arbeláez**:

“SITP provisional fue una figura que utilizó la administración para tratar de ordenar lo que no había salido del transporte público colectivo, órdenes de magnitud, seguramente en el momento de la licitación podía haber del orden de 12.000 buses que operaban lo que llamábamos el transporte público colectivo, la idea es que esos buses desaparecieran de una manera gradual y esos buses debían ser comprados por los operadores del SITP directamente, muchos de ellos dependiendo de las condiciones técnicas o de la edad, porque se puso unas condiciones de edad, debería ser chatarrizada porque debían desaparecer y los otros podían ser a discreción del operador utilizados.

Desde mi perspectiva no están integrados porque es imposible que un pasajero se pase de la SITP provisional, es probable que tengan coordinación por dónde deben ir y cosas de ese estilo, pero digamos eso es elemental y no tiene todos los elementos de una verdadera integración, es decir que efectivamente un usuario pueda usar un vehículo de estos, pasar de uno al otro sin que sea... la palabra que se utiliza es que sea transparente para él en cuál se va a montar con el mismo medio de pago, no están autorizando el mismo medio de pago.”

Justamente, tal posición fue ratificada por el testigo **Andrés Velasco Rojas**, quien en su declaración afirmó:

“Hasta hoy todavía hoy se llaman SITP provisional, durante mucho tiempo eran transporte colectivo, después los llamaron SITP provisional pero prácticamente es lo mismo son vehículos que reciben el pago en efectivo, le paran en cualquier lugar y digamos esa es la competencia más complicada que tiene un sistema de esos, eso no sólo aplica para Suma, los mayores problemas que han tenido todos estos sistemas de transporte masivo del país es esa competencia, porque es una “competencia desleal” porque para usted como usuario en vez de tener que ir a comprar una tarjeta tal, ir a un paradero y esperar a que llegue el bus de acuerdo a una programación, estos buses usted le pone el dedo le paran y paga y se monta y lo dejan donde quiere, lo dejan en al frente de su casa, entonces esa es la competencia que hemos tenido.

En declaración rendida por la testigo **Nubia Quintero Hernández**, al ser preguntada por el SITP PROVISIONAL, ella manifestó que:

“El SITP provisional está fundamentado en el Decreto. 190/15, se buscó que tuviera como principal objetivo atender un tema de cobertura que estábamos teniendo en la ciudad por la siguiente razón, los concesionarios debían suministrar como parte de sus responsabilidades flota usaba del transporte público colectivo, sin embargo, no hay un

mecanismo en el cual hubiera una relación directa entre la ruta que se implementaba y la ruta de la cual provenía la flota del transporte público colectivo.

Esto es lo siguiente, la ruta podíamos estar implementando como fue el caso de la ruta P51 con Suma, pero no necesariamente la flota del TPC provenía de la ruta P51, eso ¿qué terminaba sucediendo al final? Que teníamos empresas de transporte público con servicios autorizados sin flota, que carecían de flota y empresas de transporte público con flota, pero con servicio no autorizado, porque le dábamos la orden a la empresa o más que nosotros realmente se le daba era a la Secretaría Distrital de Movilidad desmontar la ruta P51 porque ya entraba a operar en el SITP, pero resulta que esa empresa en particular, la que tenía asignada esa ruta se quedaba con la flota sin rutas asignadas (...)

En ese orden de ideas la Secretaría Distrital de Movilidad plantea la posibilidad de generar un sistema alterno de forma tal que fuera complementario al SITP y que además evitara o disminuyera o minimizara la competencia entre los dos sistemas, porque además teníamos un TPC en la calle con algo de desorden generado por esa situación y realmente estaba haciéndonos una competencia directa a nuestros concesionarios y a nuestras rutas del SITP.

Lo que se buscó, se planteó una nueva red, trabajamos en conjunto Transmilenio S.A. con la Secretaría Distrital de Movilidad generando una red que fuera complementaria para que minimizara esas superposiciones de rutas y evitar así la competencia entre esos dos sistemas, en las cabeceras lo logramos, en general lo logramos en las cabeceras, definitivamente hay unos sitios en donde era muy difícil lograr que los corredores viales arteriales, la malla vial de la ciudad tiene unas restricciones limitadas y finalmente no podíamos evitar que ninguna ruta pasara por la Boyacá o la 68 o la 30, que compartieran corredor, pero sí logramos que en las cabeceras se minimizara ese efecto.

Sin embargo, si la ruta SITP que debía cubrir el servicio no estaba operando o no existía porque el concesionario no la había todavía iniciado o para el caso de Coobus y Egobus la había abandonado, pues definitivamente ahí teníamos que colocar una ruta del SITP provisional.”

Adicionalmente, al ser cuestionada sobre la existencia de trayectos comunes entre las rutas de SUMA y algunas del TPC y/o del SITP PROVISIONAL, expresó que:

“Sí existen, la razón es que Ciudad Bolívar tiene una malla vial limitada que está autorizada para transporte público colectivo o para transporte público en general, entonces definitivamente sí existen algunas superposiciones en la ruta, como les cuento lo que buscamos es que el origen específico de cada ruta, los orígenes fueran diferentes, pero hay rutas que comparten los mismos trayectos porque no hay más vías por dónde circular el transporte público.

(...)

En términos reales existe el provisional y el SITP por lo que está probado en la calle, o sea lo que está formalizado en la calle es el provisional y el SITP, sí hay una similitud entre el provisional y el transporte tradicional, sí existe una similitud aun cuando hay un reglamento de por medio que lo obliga a cumplir ciertas normas que buscamos asimilar más, asemejar al SITP (...)

El testigo **Harold García Cortés** explicó que los usuarios en Ciudad Bolívar sí tienen otras opciones distintas al SITP, y que ello se debe, entre otras razones, a la existencia del SITP PROVISIONAL y de servicios ilegales de transporte en la zona:

“En este momento sí tiene opciones distintas al SITP, es decir, lo he visto de manera particular, en muchas rutas donde el SITP presta condiciones deficientes pues de alguna manera se abre una puerta que otros medios de transporte muchas veces ilegales o no porque hay ilegales y hay no ilegales, por ejemplo el SITP provisional no es ilegal pero también atiende demanda de ahí, y también hay ilegales, en la medida en que el SITP no se consolide, vuelvo e insisto y por qué la importancia de prestar bien las rutas, de tener buenos indicadores en las rutas, en la medida que usted no consolida su operación, en la medida que usted no tiene buenos indicadores y buenos índices operacionales pues abre el espacio a que otros mecanismos alternativos puedan operar, en Ciudad Bolívar son, particularmente se dan transportes ilegales, camionetas pequeñas, buses que no están autorizadas.

(...)

*Le explico desde el punto de vista del cumplimiento y vuelvo e insisto en eso que es absolutamente esencial. Usted presta un servicio malo, sus clientes se le van, en la medida que usted tiene más servicios, más productos, su producto es la prestación del servicio, si usted lo presta mal **los usuarios se le van y se les van a otros sistemas de transporte si los tienen, cuando los tienen, porque en algunas zonas de Ciudad Bolívar los tienen, está el SITP provisional o están los transportes ilegales que operan en esa zona.***

En la diligencia de interrogatorio al señor perito **Julio Villarreal Navarro**, indicó que existe una competencia materializada en los buses pertenecientes al SITP PROVISIONAL, que afecta directamente la normal ejecución del objeto contractual en las zonas concedidas a través del Contrato 010 de 2010.

“El otro ejemplo es la demanda: y ahí se pueden observar dos factores muy importantes que afectan la demanda, primero, uno conceptual y filosófico, uno cuando hace una concesión concesiona un bien monopolio, para eso es que hacen la concesión, sino hay competencia viál, ese es un supuesto básico; si usted, después de que concede el contrato, mantiene un competidor como el SITP provisional y es una decisión del distrito y además hay mototaxismo en ciertas zonas, y además hay jugadores ilegales que no los controla el distrito, y además hay individuos que entran al sistema y no pagan (...)

(...)

No, no son irrelevantes, por supuesto, si el problema del sistema no es de demanda sino de oferta, pues el escenario cambia, es decir si la razón por la cual no se reciben los ingresos proyectados, es porque yo no dispuse de los vehículos para recoger los pasajeros, pues por supuesto el problema no es de demanda, sino es de oferta, el enfoque y lo que nosotros entendimos y valoramos, parte de la base que hay un problema de demanda, si se demostrará que no hay un problema de demanda, sino que lo que pasa es que hay un problema de oferta, pues el tema sería completamente diferente.

*Aquí, digámoslo de manera plana, lo que estamos diciendo es: la demanda que está implícita en la tarifa no se cumple y no se cumple, no, hasta nuestro entender y lo que nosotros observamos, **no porque no se haya cumplido con el número de buses, sino porque hay una evasión y una competencia en un negocio que se suponía que no lo iba a tener que se llama SITP provisional, mototaxismo e ilegales.***

El perito **Julio Villarreal Navarro**, al ser preguntado por los pormenores del concepto de factor de calidad tenido en cuenta al momento de rendir el peritaje, afirmó lo siguiente:

*“Como el sistema ha tenido problemas de implementación, se han presentado problemas que afectan esa idea inicial del negocio, por ejemplo, la existencia de un sistema provisional, ¿qué es eso? Una competencia que no consideraba debería existir para este momento, por lo tanto, el sistema... no solamente éste sino el sistema en conjunto está recibiendo **menos ingresos porque algunos de los pasajeros que deberían estar en el sistema no están en el sistema, están en un sistema paralelo que se llama el SITP provisional**” (Énfasis propio).*

Así las cosas, para el Tribunal es claro que todos los testimonios que en punto del SITP PROVISIONAL se analizaron, son pertinentes pues versan sobre hechos que tienen relación directa con lo que aquí se debate; esto es, si la entrada en funcionamiento del SITP PROVISIONAL es una situación no contemplada en el Contrato de Concesión 010 de 2010, que causó un impacto nocivo al contratista durante la ejecución del contrato.

Los testimonios citados –unos solicitados por la Convocante y otros por la Convocada- son valorado y apreciados en conjunto con las pruebas documentales y los restantes elementos de convicción. Luego, con sujeción a las reglas de la sana crítica los encuentra coincidentes e inequívocos en la problemática de la pretensión que se dilucida. Cabe anotar también que, en las declaraciones referidas, se observa que: i) se fundamentan en la razón del dicho, es decir, que se evidenció que en todas se explicaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se conoció el hecho; ii) aunado a lo anterior, el Tribunal encontró no solo dichos contextos fueron explicados, sino que además, ello guarda relación con la naturaleza, los efectos y las características del hecho estudiado (entrada en operación del SITP PROVISIONAL como factor de desequilibrio contractual); iii) tampoco se constataron incoherencias entre la razón del dicho de los testigos y el

conocimiento adquirido por ellos; iv) no hubo evidencias que permitieran al Tribunal deducir que los testigos afirmaban lo relatado por conocimiento atribuido a fuentes externas (no hay testigos de oídas); v) mucho menos existen, respecto de los hechos incluidos en sus narraciones, contradicciones entre sí; vi) hubo siempre claridad y seguridad en las conclusiones de los testigos, y ellas no resultaron vagas o incoherentes.

Adicionalmente, en lo tocante a la utilidad de los testimonios, lo que se le exige en este caso a este medio de prueba, es que efectivamente sea conveniente o preste el servicio de ser necesario para ayudar en la convicción a quien juzga, en este caso al Tribunal. Ello no impide manifestar, que han sido esenciales para que el Tribunal, una vez obtenido un mejor panorama las implicaciones de los Decretos 156 de 2011, 190 de 2015 y 309 de 2009, haya podido determinar que el fenómeno del SITP PROVISIONAL afectó al concesionario en la medida en que se mantuvo la circulación de vehículos del TPC, ahora bajo la denominación del SITP PROVISIONAL, en zonas que por contrato su explotación le fue concedida a **SUMA**; y, ello produjo, que la demanda esperada y proyectada por el concesionario se redujera, pues ya no solo **SUMA** estaba prestando el servicio de transporte terrestre, sino que, en las mismas zonas concesionadas, estaban compitiendo buses del SITP PROVISIONAL.

Por eso, se sostiene, para el operador de SITP PROVISIONAL es más rentable, y por ende lo incentiva más, permanecer en este sistema que someterse a las reglas de integración del SITP. Ello, por supuesto, genera que se mantenga la dualidad de rutas, causando que sobre un mismo trayecto existan dos operadores ofreciendo el mismo servicio de transporte. Esa provisionalidad que fomenta la duplicidad de rutas es imputable a **TRANSMILENIO**, ya que, de haber obrado según los lineamientos trazados por los Decretos 156 de 2011 y 190 de 2015, se habrían tomado los correctivos y medidas necesarias para que, de acuerdo a los planes de implementación gradual, se revocasen o cancelasen los permisos de circulación a rutas que, por existir una relación jurídica consolidada a través del Contrato 010 de 2010, debían desaparecer de esos sectores otorgados en concesión.

4.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Así las cosas, y producto de cada una de las posturas planteadas por los extremos procesales en sus respectivos escritos de reforma a la demanda y de contestación a la misma -así como en los alegatos de conclusión-, y de las pruebas analizadas y valoradas, surge para este Tribunal, de conformidad con lo planteado en la pretensión decimosegunda, el siguiente problema jurídico: ¿estaba contemplada la creación del SITP PROVISIONAL en la Licitación Pública TMSA-LP-004 de 2009 o en el Contrato 010 de 2010 y sus Otrosíes? ¿constituye ello un riesgo asumido por **SUMA**?

En los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-004 de 2009, concretamente en el acápite 1.1. correspondiente a los antecedentes del Sistema Integrado de Transporte Público, se dijo que con ocasión de la expedición del Decreto 319 del 15 de agosto de 2006, se adoptó el Plan Maestro de Movilidad.

Por supuesto, su objeto no era otro distinto al de concretar las políticas, estrategias, programas, proyectos y metas relacionados con la movilidad del Distrito Capital, y establecer las normas generales que permitiesen alcanzar una movilidad segura, equitativa, inteligente, articulada, respetuosa del medio ambiente, institucionalmente coordinada, así como financiera y económicamente sostenible para Bogotá D.C. y para la región.

Con el Plan Maestro de Movilidad se definió el objeto y alcance del denominado Sistema Integrado de Transporte Público "SITP", al que corresponde garantizar los derechos de los ciudadanos al ambiente sano, al trabajo, a la dignidad humana y a la circulación libre por el territorio, mediante la generación de un sistema de transporte público de pasajeros organizado, eficiente y sostenible para el perímetro urbano de la ciudad de Bogotá. El 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 del sistema.

En desarrollo del Plan Maestro de Movilidad se expidió el Decreto 486 de 2006, que otorga a **TRANSMILENIO** la responsabilidad de la integración, evaluación y seguimiento de la operación del Sistema Integrado de Transporte Público, así como adelantar los procesos de selección necesarios para poner en marcha la integración del transporte colectivo con el actual sistema de transporte público masivo bajo las condiciones previstas en el mismo Plan Maestro de Movilidad, en la Ley 310 de 1996 y sus normas reglamentarias y modificatorias.

En el mismo sentido, el Alcalde Mayor expidió el Decreto 309 de 2009 -por el que se adopta el Sistema Integrado de Transporte Público para Bogotá, D.C., y se dictan otras disposiciones-, que define los principios y políticas necesarias para la implementación del mismo.

La Alcaldía Mayor de Bogotá ha venido desarrollando e implementando, a través de la Secretaría Distrital de Movilidad y **TRANSMILENIO**, el Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, como una estrategia para solucionar los problemas de movilidad de la capital, pues el transporte público colectivo actual no cuenta con las características adecuadas de eficiencia, seguridad, mantenimiento e higiene acordes a los estándares internacionales¹⁹.

Con base en ello, se estructuró en su totalidad la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009 y se fijaron los parámetros que cada uno de los oferentes debía seguir en aras de obtener la adjudicación del contrato de concesión, es decir, se precisaron las hipótesis sobre las que se debían construir las ofertas; sin olvidar que ello constituye los cimientos que soportarían la futura ecuación contractual que regirá la suerte del acuerdo contractual a suscribirse.

¹⁹ Extracto tomado de los Pliegos de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009.

En esa medida, con miras a determinar si efectivamente se lesionó esa ecuación contractual establecida con los parámetros iniciales contenidos en la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009 y definida en el Contrato de Concesión 010 de 2010, conviene en este momento analizar cada uno de los argumentos presentados por ambos extremos procesales, principalmente aquellos encaminados a demostrar o a desvirtuar, con base en los medios de convicción recogidos durante el proceso, si la creación y posterior entrada en funcionamiento del SITP PROVISIONAL es o no un elemento esencial de un posible desequilibrio económico del contrato, y si tal situación estaba prevista o no en la licitación y en el contrato de concesión.

Inicialmente, **SUMA**, en su escrito de alegatos de conclusión, aseveró:

*“Como el Decreto 209 de 2009 y el Anexo Técnico del Pliego de Condiciones consagraban que la Integración “Total” del SITP debía darse antes del 15 de octubre de 2011, **no era estimable ni en consecuencia fue una base de la oferta el que se contemplara la existencia de un fenómeno denominado “paralelismo” que “equivale a tener dos sistemas de transporte operando en una zona, con unas características similares en atención de pasajeros, pero con condiciones técnicas, legales y de tarifa diferentes.**”*

*(...) Teniendo en cuenta que conforme con el Anexo Técnico del Pliego de Condiciones y el párrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, la Integración Total del SITP debía quedar consolidada hasta el día 15 de octubre de 2011, por lo que a **la existencia del fenómeno denominado “SITP Provisional” era impensable, inimaginable, imprevisible e inaceptable.** Es decir que la hipótesis bajo la cual se estructuró la oferta partía de la base de la eliminación gradual con un plazo límite del antiguo transporte público colectivo, de manera que los operadores del SITP no tendrían competencia y serían los únicos dueños de la torta” (Subrayado por fuera de texto).”*

TRANSMILENIO basó la refutación de ese planteamiento, argumentando que:

***“Uno de los elementos estructurales de la configuración de la Licitación fue el de la coexistencia, durante la implementación gradual del Sistema, de los vehículos del transporte público colectivo, de manera que la paulatina reducción de esa oferta de transporte se daría en la medida en que los Concesionarios vincularan esos vehículos al servicio del SITP, o los desintegraran. En consecuencia, la concurrencia de la oferta de esos vehículos con los integrantes del SITP era previsible para todos los concesionarios, máxime cuando ello serían los actores principales de la eliminación progresiva de la oferta generada por esos vehículos.**”*

Por lo tanto, carece de derecho la parte actora, cuando, con desconocimiento del contrato celebrado, pretende obtener una indemnización que se origina en una circunstancia prevista y por ella aceptada, por ser uno de los elementos concurrentes en la estructuración de la Licitación y en la configuración del contenido del contrato.

Con fundamento en lo antes expuesto, al contestar la demanda reformada, se planteó la 23ª excepción, denominada **“IIIa coexistencia de la prestación del servicio por los vehículos que operaban en el transporte público colectivo hasta su vinculación a cualquiera de los concesionarios del SITP o hasta la desintegración de los mismos por parte de los concesionarios estaba previsto desde el pliego de condiciones de la Licitación y fue aceptada por el Concesionario – Imprudencia de un reclamo que se funda en el desconocimiento de lo pactado”**, cuya prosperidad solicitamos al Tribunal Arbitral sea declarada en el laudo arbitral.

También, al contestar la demanda se propuso la 22ª excepción, denominada **“[e]l SITP Provisional tiene base legal y el desarrollo de la gestión de TRANSMILENIO en relación con el mismo no implica violación del Contrato de Concesión”, y la misma tiene mérito para ser reconocida por el Tribunal Arbitral.**

A propósito de la mencionada excepción **se puso de presente por mi representada que el SITP Provisional fue una medida adoptada por la autoridad de tránsito de Bogotá D.C. para garantizar la prestación del servicio público de transporte, con miras a avanzar en el proceso de implementación del SITP, uno de cuyos elementos estructurales es la progresiva eliminación del transporte público colectivo.**

Para darle continuidad e impulso al proceso de progresiva eliminación de la oferta de transporte proporcionada por el transporte público colectivo, preservando la adecuada prestación del servicio, se expidió el Decreto 190 de 2015, con el objeto de definir los lineamientos para la finalización de la etapa de transición del servicio de transporte público colectivo al SITP, establecida mediante Decreto 156 de 2011.

Bajo el anterior contexto, el Decreto 190 de 2015 previó un mecanismo provisional de operación de la flota de vehículos del servicio de transporte público colectivo, en el entendido que dicha operación provisional tiene una función de complementariedad con los servicios del SITP, que debía quedar sujeta a la planeación, gestión y control de TRANSMILENIO, en su condición de ente gestor del SITP.

El Contrato de Concesión previó la continuidad en la prestación del servicio de transporte público colectivo, a la par que se iba dando la implementación progresiva de la fase III del SITP, mediante la puesta en operación del componente zonal y la consiguiente vinculación de los vehículos del transporte público colectivo al SITP, o con la salida del servicio de los mismos por la desintegración realizada por los concesionarios en ejecución de los acuerdos de estos con los Propietarios de tales vehículos.

Así las cosas, carece de sustento contractual y legal la pretensión de obtener una indemnización derivada del hecho, conocido y aceptado por el Concesionario, en lo que dice relación con la coexistencia la

prestación del servicio de los vehículos vinculados al transporte público colectivo durante la implementación del SITP, en un escenario en el cual el Concesionario tiene un papel relevante en la eliminación de la oferta generada por estos vehículos, toda vez que se obligó por el Contrato a adquirir una cantidad determinada de vehículos que debían ser desintegrados, o a pagarle renta a los Propietarios y proceder a la desintegración de los vehículos. El Concesionario ha ejecutado en forma deficiente su obligación de desintegración, con lo cual ha incidido negativamente en la permanencia de la oferta de vehículos del transporte público colectivo que continúan en actividad a través del SITP provisional"
(Énfasis propio).

Entonces, si bien en la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009 se hace alusión y se define al Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá D.C.²⁰, y se enfatiza que la entidad responsable de la integración, evaluación y seguimiento de la operación de ese sistema de transporte, según el Decreto 486 de 2006, es **TRANSMILENIO**, lo cierto es que nunca se contempló, como hipótesis a seguir para la presentación de ofertas, la creación de un sistema apéndice como lo es el denominado SITP PROVISIONAL. Es decir, que **SUMA**, quien hasta ese instante era un oferente en el proceso licitatorio, no tenía manera de prever la expedición de una norma (Decreto 156 de 2011) que podría implementar una etapa de transición en el transporte público, que iba a competir directamente con las rutas cuya explotación se pretendía obtener en esa licitación pública.

Idéntica situación ocurre con el Contrato de Concesión 010 de 2010 y sus respectivos Otrosíes. Allí, en ninguna de las cláusulas se contempló la posibilidad de que, una vez suscrito el acuerdo contractual y se diera inicio a su ejecución dentro de los términos así definidos, se pudiese implementar el SITP PROVISIONAL como forma de prestación del servicio de transporte en la ciudad de Bogotá D.C.

A lo sumo, es la cláusula 119-1 –sobre restablecimiento de la ecuación contractual por la entrada en operación de los proyectos del tren de cercanías, del metro, o de cualquier otro modo de transporte y/o de nuevas troncales del SITP- quien tangencialmente vislumbra el ingreso de nuevos modos de transporte y/o trazados pertenecientes al SITP. En concreto, la cláusula 119-1 del Contrato de Concesión 010 de 2010, reza lo siguiente:

"CLÁUSULA 119. RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL

119-1. RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL POR LA ENTRADA EN OPERACIÓN DE LOS PROYECTOS DEL TREN DE CERCANÍAS, DEL METRO, O DE CUALQUIER OTRO MODO DE TRANSPORTE Y/O DE NUEVAS TRONCALES DEL SITP.

²⁰ Según el Pliego de Condiciones Definitivo, el Sistema Integrado de 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".

El concesionario, con la firma del presente contrato, expresamente declara conocer la existencia de los proyectos del Tren de Cercanías, del Metro, y de la posibilidad de nuevas troncales del SITP y acepta, igualmente, en forma libre, voluntaria y expresa, las fórmulas que a continuación se establecen como mecanismo idóneo y suficiente para restablecer en forma única, completa e integral la ecuación financiera del contrato, en el evento de que la entrada en operación de los modos férreos o las nuevas troncales antes mencionados ocasione su rompimiento total o parcial (...) (Énfasis propio).

A pesar de que dicha cláusula anticipa la posibilidad de ingreso de nuevas troncales a las ya existentes y pertenecientes al SITP, y trata en su encabezado de cualquier otro modo de transporte, en ningún momento ello implicó un pacto contractual en donde se aceptara expresamente la inclusión de un modo de transporte como el SITP PROVISIONAL para que operara en las zonas sobre las que ya **SUMA** había concesionado su explotación según quedó acordado mediante la suscripción del Contrato 010 de 2010.

Es decir, la expresión “o de cualquier otro modo de transporte” contenida en el encabezado de la cláusula no alude a que se incluirán buses pertenecientes al TPC, ahora bajo la denominación de SITP PROVISIONAL, para que ellos complementen las rutas donde el SITP no logre cubrir en su totalidad el servicio de transporte. Ello implicaría confundir las expresiones “medio” con “modo” de transporte. Precisamente, el modo de transporte se refiere a la forma de prestar ese servicio, bien sea terrestre, aéreo, férreo, de navegación, etc.; pero un medio de transporte, en cambio, es el móvil o el mecanismo empleado para materializar la prestación de ese servicio.

Bajo ese entendido, la inclusión del SITP PROVISIONAL –antes TPC, pero catalogado de distinta manera- no constituye la entrada en funcionamiento de un nuevo **modo de transporte, sino de un medio**, pues los buses son el medio por el que se presta o se satisface el modo terrestre de transporte. Por el contrario, la entrada en funcionamiento del Tren de Cercanías o del Metro, sí constituiría un nuevo modo de transporte, pues ello ya no entra en la categoría de modo terrestre de transporte, sino férreo. Por ello es que, en efecto, la cláusula 119-1 del Contrato de Concesión 010 de 2010, permite, y enuncia expresamente, que puedan empezar a funcionar **modos** de transporte férreo como el Tren de Cercanías o el Metro, pero se abstiene de mencionar otros **medios** de transporte.

Dicha posición se acompaña con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 319 de 2006 –que adopta el Plan Maestro de Movilidad-, ya que allí, se habla expresamente de: **“El Sistema Integrado de Transporte Público 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 del sistema”. También, en su artículo 36 –sobre la estrategia de intercambio modal-, específicamente se consagra que:

“Con el fin de aprovechar las potencialidades de cada modo y medio de transporte y obtener una mejora de las condiciones de movilidad de la población, se implantarán dentro del Distrito Capital intercambiadores modales, concebidos éstos como equipamientos o infraestructuras destinadas a integrar el uso de diferentes modos o medios de transporte para que las personas cubran su viaje, los cuales constituirán el elemento básico para los procesos de integración de los modos del transporte de pasajeros en la Ciudad y en la Ciudad Región.

En este marco la unión de varios intercambiadores modales constituirá un Complejo de Integración Modal (CIM) del transporte de pasajeros, bien sea en la periferia o al interior de la Ciudad el cual deberá tener interconexión entre sus diferentes componentes.

La Administración Distrital designará las entidades encargadas de definir las áreas de terreno que permitan la ubicación conjunta de los intercambiadores modales y adecuados corredores que propicien adecuadamente la integración funcional de los distintos servicios.”

Si se observa, además de la diferenciación existente entre medio y modo de transporte, el Decreto 319 de 2006 dispuso en su Capítulo V, al adoptar el Plan Maestro de Movilidad, que la integración del sistema de transporte público en la ciudad implica una total compaginación entre los distintos modos de transporte que eventualmente podrían operar en Bogotá D.C. Esa integración, por supuesto, implica que el usuario pueda utilizar, con unificación de medios de pago, tarifas y demás, los diversos modos de transporte con total armonía entre ellos. O sea, que se podría emplear el modo de transporte terrestre –SITP o Buses Articulados de Transmilenio- para llegar a intercambiadores modales, y allí, cambiar de modo y, por ejemplo, pasar a utilizar el férreo, o el Metro Cable o cualquier otro modo de transporte que se implante en la ciudad.

Pero este análisis no debe ser ajeno a las disposiciones e intenciones de temporalidad manifestadas por los Decretos 156 de 2011 y 190 de 2015, mucho menos cuando uno de los puntos álgidos del debate probatorio entre ambas partes, lo constituye el diferenciar la coexistencia entre el SITP y el TPC (Transporte Público Colectivo) durante la implementación gradual, y la transitoriedad del TPC una vez consolidada la etapa de integración total del Sistema Integrado de Transporte Público.

TRANSMILENIO alegó, en punto de la pretensión duodécima incoada por el extremo convocante:

“Carece de fundamento la pretensión de la parte convocante en el sentido de que se declare que el SITP Provisional ha afectado a SUMA, en relación con la ejecución del Contrato de Concesión.

La existencia del transporte público colectivo es uno de los supuestos bajo los cuales se configuró la Licitación, la coexistencia del mismo con el SITP está reconocida y regulada en el Contrato de Concesión, en el cual se prevé la progresiva desaparición de la oferta generada por los

vehículos del TPC en la medida en que se avance en la implementación del SITP.

El SITP Provisional corresponde a una reglamentación expedida para organizar la prestación del servicio por parte de los vehículos en operación del transporte público colectivo (Énfasis del Tribunal).

Aun cuando la reglamentación del SITP Provisional no existía para el momento en que se le dio curso al trámite de la Licitación y se celebró el Contrato con SUMA, los vehículos que operan en el SITP Provisional son en su totalidad vehículos que se encontraban vinculados al transporte público colectivo cuando la Licitación inició su trámite y cuando se suscribió el Contrato con el Concesionario”.

El Decreto 156 de 2011 creó, en el artículo 1°, la etapa de transición del transporte público colectivo al SITP. Allí, expresamente señaló que dicho período *“inicia desde la vigencia del presente decreto, hasta la entrada en operación total del Sistema, de acuerdo con el cronograma establecido por la Secretaría Distrital de Movilidad y la Empresa Transmilenio S.A., ente gestor del mismo”.*

Pero, concretamente en punto de la coexistencia del SITP con el TPC, de forma diáfana el Decreto 156 de 2011, en el artículo 3°, dispuso que **“Durante la etapa de transición, los servicios del SITP podrán operar simultáneamente con las rutas del sistema de transporte público colectivo, sólo hasta la fecha en que la autoridad de transporte le comunique por escrito a la empresa de transporte colectivo la orden de suspenderlos, de acuerdo con los planes graduales de implementación de rutas que le comunique el Ente Gestor”** (Énfasis propio).

Es decir, si sobre determinadas zonas ya existía un Contrato de Concesión que le permitía a **SUMA** explotarlas prestando el servicio de transporte, debió **TRANSMILENIO** generar inmediatamente el reporte a la Secretaría de Movilidad para que esta procediese a cancelar los permisos de circulación de las rutas del TPC, bajo denominación de SITP PROVISIONAL. Solo así se podría determinar si era necesario o no, que algunos buses del SITP PROVISIONAL siguiesen funcionando en aras de garantizar la prestación del servicio en las zonas donde no llegase el cubrimiento del SITP. Pero lo que no era posible hacer, era incumplir, como en realidad sucedió, sus funciones de reportarle a la autoridad distrital de transporte, las zonas que ya se encontraban concesionadas y si sobre ellas era necesario que el SITP PROVISIONAL siguiera funcionando hasta tanto el concesionario del SITP cubriera en su totalidad dicho trayecto. Pero tal funcionamiento, no podía entenderse como una medida perpetua en donde, en vez de complementar el servicio, se causase una duplicidad de rutas cubriendo un mismo trayecto. Por tanto, considera el Tribunal **que no prosperará la excepción planteada por TRANSMILENIO bajo el título de “Inexistencia de un incumplimiento atribuible a TRANSMILENIO S.A. que sea causa de desequilibrio económico en el Contrato de Concesión”.**

Se reitera, que el Decreto 156 de 2011 así como establece un mecanismo transitorio y temporal de coexistencia entre las rutas del SITP y las del TPC,

también le impone la obligación a la autoridad de transporte –entendiéndose por ella a la Secretaría Distrital de Movilidad- de cancelar o suspender los permisos de las rutas del TPC para operar transitoriamente, siempre y cuando ello vaya en consonancia con los planes graduales de implementación que **TRANSMILENIO**, como ente gestor, le comunique; deber este que fue incumplido por la Convocada.

Naturalmente, esa misma línea de pensamiento es seguida por el Decreto 190 de 2015, pues en sus artículos 2° y 3° establece, respectivamente:

“ARTÍCULO 2. Permisos del servicio de transporte público colectivo. A partir del primero (1) de junio de 2015, la Secretaría Distrital de Movilidad deberá comunicar a las empresas de transporte público colectivo, la finalización de todos los permisos temporales actualmente otorgados para operar las rutas del servicio de transporte público colectivo en el Distrito Capital, en el marco de lo previsto en los respectivos actos administrativos de cancelación de los permisos de operación, expedidos en el año 2010”.

***“ARTÍCULO 3. Permiso especial y transitorio. La Secretaría Distrital de Movilidad otorgará un permiso de operación especial y transitorio, para servir las rutas provisionales definidas por TRANSMILENIO S.A., bajo un esquema que garantice la continuidad en la prestación del servicio de transporte público en el Distrito Capital, en condiciones de calidad, seguridad, accesibilidad y complementariedad con el SITP”** (Resalta el Tribunal).*

La normatividad citada ilustra que la prerrogativa para suspenderle las autorizaciones de circulación a las rutas, si bien está en cabeza de la Secretaría Distrital de Movilidad, ello está sujeto al reporte que, previamente, haga **TRANSMILENIO**. Lo que indica, que si sobre un determinado trayecto, ya existía contrato suscrito entre **TRANSMILENIO** y otro concesionario para la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, y sobre ese mismo trazado vial circulaba una ruta perteneciente al Transporte Público Colectivo, **TRANSMILENIO** debía generar el correspondiente reporte para que la autoridad de transporte procediera a la consecuente cancelación del permiso; y ello no ocurrió. Omitir este deber causaría que existieran rutas del Transporte Público Colectivo cubriendo recorridos que hacen parte del componente zonal o de trayectos que ya habían sido adjudicados al concesionario **SUMA** mediante el Contrato 010 de 2010.

Con todo, y teniendo en cuenta que el artículo 3° del Decreto 156 de 2011 obliga a que se adopten medidas *“tendientes a garantizar la continuidad del servicio público de transporte terrestre automotor colectivo en la ciudad”*, no era posible interpretar, ni mucho menos confundir el criterio de coexistencia temporal entre el SITP y los buses del TPC alegado por **TRANSMILENIO**, con el de perpetuidad en esa convivencia transitoria de sistemas de transporte. Una cosa es que los Decretos 156 de 2011 y 190 de 2015 establezcan la coexistencia pasajera entre el SITP y el TPC, y otra muy distinta es que ello signifique una convivencia simultánea y perpetua entre ambos sistemas -o un desprendimiento de responsabilidades y funciones en cabeza **TRANSMILENIO**, en lo que reporte e

información periódica a la Secretaría Distrital de Movilidad se refiere-, bajo el argumento de que se debía garantizar el cubrimiento del servicio en las zonas donde el SITP no pudiese llegar.

Ello reviste mayor importancia, si se tiene en cuenta que una vez distribuidas esas responsabilidades, correspondía a **TRANSMILENIO**, de conformidad con los planes graduales de implementación de rutas, informar con determinada periodicidad las zonas, las troncales, o los trayectos que ya habían sido contratados para su explotación en la modalidad de concesión, con miras a que la autoridad de transporte procediese a retirar o suspender los permisos de circulación en esos sectores concedidos.

Por supuesto, la responsabilidad de **TRANSMILENIO** en materia de asignación y definición de rutas del SITP PROVISIONAL –paso previo a la expedición de permisos de circulación por parte de la autoridad de transporte - es más evidente, si se revisa el contenido literal de las Resoluciones Nos. 518 del 8 de julio de 2015 de la Secretaría Distrital de Movilidad, y 347 del 16 de junio de 2015 proferida por **TRANSMILENIO**.

En los párrafos 1°, 2° y 3° del artículo 1° de la Resolución 518 de 2015, la Secretaría Distrital de Movilidad dispuso lo siguiente:

“PARÁGRAFO PRIMERO. El plazo del permiso especial que se establece en el presente artículo, se contabilizará partir del momento en que TRANSMILENIO S.A. expida la orden de inicio de operación. Este plazo podrá prorrogarse, para lo cual la Secretaría Distrital de Movilidad expedirá el acto administrativo correspondiente.

PARÁGRAFO SEGUNDO. De acuerdo con lo previsto en la Resolución 347 de 2015, expedida por TRANSMILENIO S.A., la asignación de rutas provisionales del SITP, la flota vehicular y sus modificaciones, se efectuará por EL ENTE GESTOR, de acuerdo con las necesidades del servicio.

PARÁGRAFO TERCERO. En cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 12 de la Resolución 347 de 2015, TRANSMILENIO S.A. deberá remitir previamente a las empresas relacionadas en el presente artículo, la asignación de rutas y flota” (Énfasis propio).

La Resolución 347 de 2015 **TRANSMILENIO** determinó, concretamente en los numerales 2°, 3° y 12 del artículo 1°, lo que se sigue:

“2. OBJETO

El objetivo principal del presente documento es el de generar el Reglamento Operativo por medio del cual el Ente Gestor del SITP-TRANSMILENIO S.A., define las directrices, normas y políticas básicas para la operación de las Rutas Provisionales del SITP, las cuales serán de obligatorio cumplimiento para las empresas prestadoras del servicio de transporte y para cualquier otro agente

que intervenga en la operación, en el marco de lo previsto en el Decreto 190 de 2015.

3. GENERALIDADES

La implementación de las Rutas Provisionales será de forma gradual y controlada en la cual se contará con un plan de implementación que será definido por el Ente Gestor. Durante este periodo de transición la Entidad podrá realizar ajustes a dicho plan y a la estructura operativa de las rutas, en busca de la mejorará del servicio, situación que se declara conocida y aceptada por los prestadores del servicio.

La prestación del servicio estará a cargo de la empresa prestadora del servicio o su equivalente y se regirá de acuerdo con las directrices que imparta TRANSMILENIO S.A. a través del reglamento de operación de las Rutas Provisionales SITP, o aquellas modificatorias que pueda generar.

(...)

12. ASIGNACIÓN DE LOS SERVICIOS

La Secretaría Distrital de Movilidad y TRANSMILENIO S.A. una vez cuenten con la comunicación expresa por parte de las empresas de TPC, acerca de su interés en participar en la operación de las rutas provisionales del SITP, enviará una primera versión de asignación de rutas y flota a las empresas de transporte, para que adelanten todos los procesos asociados a la operación de las mismas.

Los Decretos 156 de 2011 y 190 de 2015 establecieron una coexistencia temporal entre los sistemas del SITP y el TPC, mas no perpetua. Es decir, que, para no traumatizar la movilidad en la ciudad y el normal funcionamiento de ambos sistemas, solo mientras se lleva a cabo la implementación gradual del SITP hasta llegar a la etapa total y definitiva, se decidió establecer temporalmente la llamada “transición” entre sistemas. Por ende, **no prosperarán las excepciones de mérito planteadas por TRANSMILENIO en la contestación a la reforma de la demanda denominadas “El SITP PROVISIONAL tiene base legal y el desarrollo de la gestión de TRANSMILENIO en relación con el mismo no implica violación del Contrato de Concesión”, “La coexistencia de la prestación del servicio por los vehículos que operaban en el Transporte Público Colectivo hasta su vinculación a cualquiera de los Concesionarios del SITP o hasta la desintegración de los mismos por parte de los Concesionarios estaba prevista desde el Pliego de Condiciones de la Licitación y fue aceptada por el Concesionario – Improcedencia de un reclamo que se funda en el desconocimiento de lo pactado”, “El alistamiento de vehículos usados forma parte del alea ordinario de ejecución del contrato” y “El Concesionario debe asumir las consecuencias adversas de la inejecución o ejecución defectuosa del acuerdo de cruce de flota celebrado entre Concesionarios en relación con vehículos del Transporte Público Colectivo que se debían integrar a su Flota o se debían chatarrizar, frente a la implicación que de ello se pueda**

derivar respecto del cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión y respecto de los riesgos por este asumidos".

Pero, aludiendo a la definición de transitorio, esto es, "algo pasajero, temporal; caduco, perecedero o fugaz", esa etapa de empalme o transición, no podía normalizarse al punto en que sigan coexistiendo el SITP y el TPC bajo el nombre del SITP PROVISIONAL en zonas donde ya existe un contrato entre **SUMA** y **TRANSMILENIO**, que le permite al concesionario la explotación de esas rutas sin que exista interferencia que pueda lesionar su demanda de pasajeros por vía de una duplicidad de ofertas.

Y es precisamente esa interferencia del SITP PROVISIONAL, en las zonas que por contrato están asignadas a **SUMA**, lo que afecta la demanda proyectada por el concesionario; es decir la demanda se vuelve elástica ante este factor consistente en la entrada en funcionamiento del SITP PROVISIONAL.

En términos microeconómicos, la elasticidad es una medida de la sensibilidad de la cantidad demandada u ofrecida a uno de sus determinantes. Según la ley de la demanda, afirma el profesor N. Gregory Mankiw, "*un descenso del precio de un bien eleva la cantidad demandada. La elasticidad-precio de la demanda mide el grado en que la cantidad demandada responde a una variación del precio. Se dice que la demanda de un bien es elástica si la cantidad demandada responde significativamente a las variaciones del precio. Se dice que es inelástica si la cantidad demandada sólo responde levemente a las variaciones del precio*"²¹.

Pero, ¿de qué depende que la demanda de un bien, en este caso el transporte público, sea elástica o inelástica? Dado que la demanda está sujeta a las preferencias de los consumidores, la elasticidad depende de diversas fuerzas económicas, sociales y psicológicas que configuran los deseos individuales. Una de las reglas que la teoría económica considera como elástica de la demanda, es precisamente la existencia de bienes sustitutivos cercanos. Al ser estos, bienes que pueden ser consumidos o usados en lugar del otro en alguno de sus posibles usos, tienen una demanda mucho más elástica porque es más fácil para el consumidor cambiarlos por otros.

Lo anterior, es precisamente lo que ocurre con la implementación del SITP PROVISIONAL. Al existir, en zonas como Ciudad Bolívar, vehículos pertenecientes al TPC o al SITP PROVISIONAL –con la particularidad de que no se encuentran acogidos a las normas que imperan en el SITP- que cubren trayectos concedidos mediante el Contrato 010 de 2010, se genera una duplicidad de ofertas para el consumidor, que finalmente se traduce en una disminución de la demanda esperada por **SUMA** en desarrollo del objeto contractual. Al presentarse tal afectación, se produce un desequilibrio en la ecuación contractual fijada tanto en la Licitación Pública No. TMSA-LP-2004 de 2009 como en el Contrato de Concesión No. 010 de 2010, que no estuvo ni siquiera contemplada como riesgo asumible por el contratista, que debe ser reequilibrado por **TRANSMILENIO**.

²¹ MANKIW, N. Gregory, Principios de Microeconomía, McGraw Hill, Madrid, España, 1998, Pág., 86.

Con mérito de las argumentaciones presentadas, basadas naturalmente en las pruebas recogidas durante todo el trámite arbitral así como en la jurisprudencia y en el ordenamiento jurídico vigente, considera este Tribunal que le asiste razón a **SUMA** cuando afirma que la creación y entrada en funcionamiento del SITP PROVISIONAL, no se compaginó con las hipótesis sobre las que se construyó la oferta, que a la larga constituirían los cimientos primigenios de la ecuación contractual, y tampoco se ajustó al clausulado acordado tanto en el Contrato de Concesión 010 de 2010 como en sus múltiples Otrosíes, ocasionando así un rompimiento del equilibrio económico del contrato. **Por tal virtud, la pretensión duodécima será decretada en favor de SUMA, por encontrarse probados los hechos de la reforma de la demanda Nos. 14, 15, 16 concretamente en los numerales segundo, tercero y séptimo allí consagrados, 34, 38, 39.**

Adicionalmente, el Tribunal declarará no probadas las excepciones denominadas *“El Concesionario ha incurrido en incumplimiento de su obligación de mantener en buen estado mecánico los vehículos para la adecuada operación del a Flota, afectando el funcionamiento del Sistema”* y *“El Concesionario ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones en relación con el suministro de la Flota que le ha sido solicitada por TRANSMILENIO S.A., con arreglo al Contrato”* presentadas por TRANSMILENIO. en el escrito de contestación a la reforma de la demanda.

5.- SOBRE LOS SERVICIOS ILEGALES DE TRANSPORTE (PRETENSIÓN DECIMOTERCERA)

En aras de obtener una mayor claridad respecto de las argumentaciones esgrimidas por cada una de las partes, con relación a las implicaciones de la existencia de los servicios ilegales de transporte, es pertinente para este Tribunal revisar la posición de las partes al respecto (5.1). Antes de efectuar la valoración probatoria de las pruebas practicadas en relación con este tema (5.3), el Tribunal contrastará este punto con la Matriz de Riesgos y su Anexo Explicativo (5.2)

5.1.- LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DE SERVICIOS ILEGALES DE TRANSPORTE

El Tribunal tendrá en cuenta los argumentos esgrimidos por la Convocante (5.1.1) y por la Convocada (5.1.2)

5.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

En su escrito de reforma de demanda, **SUMA** formuló, respecto de la entrada en funcionamiento y operación de los servicios ilegales de transporte, la siguiente pretensión:

“DECIMOTERCERA: Que se declare que la operación de servicios ilegales, en la magnitud en que se ha presentado y que se pruebe dentro del proceso, ha impactado nocivamente al concesionario”.

En apoyo a dicha petición, la Convocante adujo en la reforma de la demanda que durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 10 de 2010 se ha prestado el servicio público de transporte de manera ilegal, de un lado, por vehículos de transporte público colectivo que han operado con posterioridad al desmonte de las rutas autorizadas y, de otra parte, por particulares no habilitados para llevar a cabo la operación. Así, considera que dicha situación de ilegalidad en el servicio de transporte en la zona de Ciudad Bolívar, impactó negativamente los ingresos que, por vía de demanda de pasajeros dentro del SITP, esperaba obtener.

5.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

Por su parte, **TRANSMILENIO** manifestó que la ocurrencia del fenómeno de prestación de servicios ilegales era una situación previsible y regulada en la Matriz de Riesgos, que a su vez hace parte integral del Contrato de Concesión. En este sentido, la entidad Convocada aseveró que, desde la etapa precontractual, con la tipificación de riesgos, se advirtió que en la operación del sistema de transporte público podría presentarse la participación de otros agentes que presten el servicio de manera informal o no regulada. Adicionalmente, **TRANSMILENIO** afirmó que de acuerdo con el Contrato objeto de controversia, **SUMA** tenía a su cargo la mitigación del riesgo de ilegalidad, para lo cual podría, incluso, suscribir convenios de cooperación con la Secretaría Distrital de Movilidad de conformidad con lo establecido en el Decreto 4222 de 2006.

Conforme a lo anterior, corresponde al Tribunal dilucidar si durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 010 de 2010 se presentó la operación ilegal del servicio público de transporte en tal magnitud que desbordara la razonabilidad del riesgo previsible asumido por el Concesionario y si, como consecuencia de ello, se causó un impacto económico por cuenta de la disminución de la demanda.

5.2.- ANÁLISIS DE LA MATRIZ DE RIESGOS EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS ILEGALES DE TRANSPORTE

En primer lugar, es pertinente señalar que, de conformidad con la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5 del Pliego de Condiciones, la ilegalidad se tipifica como un riesgo previsible con estimación “media” tanto en la probabilidad de su ocurrencia como en su impacto. Adicionalmente, este riesgo se clasifica por “clase”, como un riesgo de demanda y su causa se identifica como “*otros no regulados (ilegalidad, vehículos particulares)*”. En las observaciones se describe este riesgo en los siguientes términos:

“Consiste en el efecto económico derivado de la disminución de la demanda, la presencia o participación de otros agentes que presten el servicio de manera informal o no regulado y la presencia de otros medios sustitutos de transporte (vehículos tipo motocicletas, vehículos particulares, etc.)”.

En cuanto a su mitigación, en la Matriz de Riesgos quedó establecido que:

“La asignación de riesgos aquí aludida consiste en el efecto económico derivado de la disminución de la demanda por la presencia o participación

de otros agentes que presten el servicio de manera informal o no regulado y la presencia de otros medios sustitutos de transporte (vehículos tipo motocicletas, vehículos particulares, etc.).

Para la mitigación de este riesgo se podrán celebrar convenios con la Policía Nacional de conformidad con el Decreto 4222 de 2006 de tal manera que la intervención de estas autoridades responda a las necesidades concretas detectadas por los concesionarios Minuta del Contrato: Cláusula 17 – Numeral 17.7.22.

La obligación de control de ilegalidad no es responsabilidad del concesionario. La autoridad de transporte ejecutará las acciones que le permitan evitar la prestación inadecuada del transporte público de la ciudad”.

En el Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos se hizo una descripción con mayor amplitud respecto del alcance del riesgo de demanda por control a la ilegalidad, así:

“Riesgo de demanda – control a la ilegalidad.

Este riesgo a la luz de lo señalado en la matriz propuesta por TRANSMILENIO S.A. consiste en el efecto económico derivado de la disminución de la demanda, la presencia o participación de otros agentes que presten el servicio de manera informal o no regulado.

En consecuencia, no se refiere a la asignación de la función de control al concesionario. Sobre este principio conceptual se reitera que la función de control a la ilegalidad está en cabeza de la autoridad de transporte (Secretaría Distrital de Movilidad) y que corresponde a ella su ejercicio en el marco de sus obligaciones constitucionales y legales.

No obstante no es la función lo que se asigna en la matriz sino el riesgo de demanda, el cual – con base en las recomendaciones del documento CONPES 3107 de 2001 – se asigna al concesionario por considerar que el SITP y la política pública de movilidad (contenida principalmente en el Plan Maestro de Movilidad de la ciudad) fomentan la utilización del transporte público como medio de movilización de los ciudadanos y eliminan los actuales incentivos al transporte ilegal (a través de la integración tarifaria, el aumento de cobertura del sistema y la creación de elementos de fácil diferenciación del transporte legal del ilegal.

En consecuencia, lo previsible en términos de comportamiento de la demanda en materia de transporte público es que como mínimo se mantenga en los niveles actuales, salvo que se presenten disminuciones de los niveles de servicio ofertado actualmente, asunto este que está claramente bajo el control del prestador del servicio concesionario del SITP.”

Por otra parte, en el Contrato de Concesión No. 010 de 2010, en el numeral 17.7 “obligaciones generales” de la cláusula 17 que se refiere a las obligaciones del Concesionario, se estableció lo siguiente:

“17.7.22. Realizar las gestiones necesarias, con la colaboración de las autoridades competentes, para el control de la circulación de vehículos no autorizados y/o sobreoferta ilegal o irregular en su Zona. Para este efecto podrá suscribir convenios de cooperación con la Secretaría Distrital de Movilidad, de conformidad con lo señalado en el Decreto 4222 de 2006 o las normas que lo modifiquen o sustituyan.”

Las disposiciones precontractuales y contractuales citadas permiten afirmar que desde la estructuración del proceso de selección se concibió por parte de la Entidad Contratante la existencia de un riesgo de ilegalidad calificado con probabilidad media de ocurrencia e impacto, que fue puesta en conocimiento del Concesionario y aceptado por este al presentar oferta dentro del proceso de selección correspondiente.

El riesgo de ilegalidad fue descrito como la probabilidad de presencia o participación de otros agentes que presten el servicio de transporte de manera informal o no regulado. A su vez, se identificó que, en caso del acaecimiento de este riesgo, su impacto se vería reflejado en la disminución de la demanda y se traduciría en un impacto económico adverso al Concesionario. La Entidad Contratante precisó, en los documentos precontractuales que *“la obligación de control de ilegalidad no es responsabilidad del concesionario”*. No obstante, le asignó contractualmente la obligación de realizar las gestiones necesarias para el control de la circulación de vehículos no autorizados.

Estas gestiones, según los documentos precontractuales y contractuales, podrían consistir en la actividad de *“reportar e informar sobre aspectos de ilegalidad en su zona para facilitar el cumplimiento de las funciones de la autoridad”* y en la suscripción de *“convenios de cooperación con la Secretaría Distrital de Movilidad”*, entre otras medidas que adoptara el concesionario.

El riesgo de ilegalidad fue contractualmente asignado al Concesionario bajo la premisa de que la licitación, incentiva, fomenta y obliga la participación de quienes, al momento de la apertura del proceso de selección, eran prestadores del servicio de transporte en la ciudad de Bogotá que, según la Contratante, *“están en mejor disposición de evaluar, controlar y administrar este riesgo y que son quienes disponen de mejores medios de acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación”*.

Así las cosas, y teniendo presente que el Tribunal no discute la validez de la Matriz de Riesgos, sino que estudia en particular el alcance de los efectos de la ocurrencia de las contingencias allí plasmadas, corresponde entonces analizar si está probada la existencia de transporte ilegal y el impacto de su acaecimiento.

Para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, el Consejo de Estado ha considerado:

*“Resulta que el desequilibrio económico del contrato comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que, **al concebir el riesgo***

asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes, su concreción dentro del margen acordado y aceptado no habría de tener vocación para impactarlas negativamente. Por contera, si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada²² (Resalta este Tribunal).

TRANSMILENIO sostuvo en sus alegatos de conclusión que la operación de servicios ilegales es una situación previsible cuya ocurrencia fue regulada en la Matriz de Riesgos; y que tal contingencia fue asignada y asumida por SUMA. Adicionalmente manifestó que “En la tipificación que se hizo del riesgo de la demanda, se mencionó, entre los otros factores que podrían tener repercusión negativa en el comportamiento de la demanda, el de la ilegalidad y se explicó que la presencia o participación de otros agentes que presten el servicio de manera informal o no regulada, o la presencia de otros medios sustitutivos de transporte, como las motos, podrían provocar un efecto económico con incidencia en el Contrato, por la disminución de la demanda, y se advirtió que el riesgo es asumido por los concesionarios y que, para su mitigación, estos podrán celebrar convenios con la Policía Nacional, en desarrollo de lo prescrito en el Decreto 4222 de 2006 “de tal manera que la intervención de estas autoridades responda a las necesidades concretas detectadas por los concesionarios”, y se hace referencia a la obligación consagrada en la minuta de los contratos de concesión, la cual se recoge en el Contrato celebrado con SUMA, en el sentido de que le corresponde al Concesionario: Realizar las gestiones necesarias, con la colaboración de las autoridades competentes, para el control de la circulación, de vehículos no autorizados, y/o sobreoferta ilegal o irregular en su Zona. Para este efecto podrá suscribir convenios de cooperación con la Secretaría Distrital de Movilidad, de conformidad con lo señalado en el Decreto 4222 de 2006 o las normas que lo modifiquen o sustituyan” (Énfasis propio).

Al analizar la Matriz, se consideró que se contempló el transporte ilegal como un riesgo medio asumido por SUMA, con efectos igualmente medios. Ello quiere decir que la identificación de un transporte ilegal, por sí mismo, no desborda lo previsto en la matriz como atribuible al concesionario, porque se consideró un riesgo “normal” suyo. Así, la ilegalidad no será desbordante de la matriz sino en la medida en que se establezca que fue extraordinariamente alta, teniendo en cuenta que un volumen significativo de ilegalidad será “normal”, más aún en un sector como el de Ciudad Bolívar.

5.3.- VALORACIÓN PROBATORIA DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS ILEGALES DE TRANSPORTE

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 23 de marzo de 2017, Rad. No.: 08001-23-33-000-2013-00105-01 (51526), C.P.: Martha Nubia Velásquez Rico.

Procede inmediatamente el Tribunal a pronunciarse sobre el alcance y consideraciones de los testimonios (5.3.1) y de los peritajes relacionados con los servicios ilegales de transporte (5.3.2).

5.3.1.- VALORACIÓN DE LOS TESTIMONIOS EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS ILEGALES DE TRANSPORTE

El testigo **Julio Andrés Beltrán Rivera** manifestó, al ser cuestionado sobre la competencia a la cual se enfrentaba el SITP en la zona de Ciudad Bolívar, además de confirmar la existencia de rutas que directamente entraban a competir por la demanda de pasajeros que por contrato debería ser para **SUMA**, respondió:

“Ahí teníamos varios, entonces 1 el SITP, el transporte público colectivo, después el transporte del SITP Provisional, las rutas piratas, eso es transporte informal que lo hacen en jeeps, en camionetas, en transporte especial, básicamente esos eran los que nos competían a nosotros.”

En esa línea, cuando se le preguntó si dicha situación fue puesta en conocimiento de **TRANSMILENIO** como Ente Gestor del sistema, contestó:

“Sí, claro que sí (...) Nosotros en los comités expusimos esta situación a Transmilenio, al director de buses, al director de VRP, le hicimos informes documentando eso que les estoy informando y básicamente era hacer unos aforos, hacer una inspección en campo, describir esa información, colocarlo en el documento y comunicárselo a Transmilenio.

Realmente nosotros no vimos una respuesta concreta o dirigente por parte de Transmilenio, me asombraba que me decían que Transmilenio decía que eso no era competencia de ellos, que ellos no tendrían cómo controlar o verificar el tema de la piratería, entonces yo dije, vamos y hablemos con quien toque hablar, hablemos con la Policía de tránsito, con la Policía de la localidad, en muchas ocasiones decían que ellos nos iban por allá porque les daba miedo estar en Ciudad Bolívar, hicimos unas reuniones con la Policía, recuerdo que hicieron un par de operativos, pero es era interno, o sea, iban, hacían el operativo y cuando estaba la policía no estaban los piratas, pero después seguían operando.

De hecho, en el lugar de mi operación en el patio Jardín, a una cuadra era el punto de inicio de una ruta pirata, que estaba prestada por jeeps, por camionetas, con vehículos particulares y que competía todo el tramo del recorrido de la ruta que iba a Quiba, la 618, y ahí estaba y pasaba la Policía de seguridad, al cambio de turno, se le informaba, pareciera que como que fueran invisibles, una cosa que es absurda”.

En la diligencia de testimonio surtida para escuchar a la señora **Ruth Johanna Camargo Pérez**, la testigo pudo manifestar, respecto de los servicios ilegales de transporte, lo siguiente:

“Coloquialmente en transporte se habla de piratería, pero prefería usar un término más formal acá, ilegalidad. Cómo me consta? porque yo iba, o

sea yo hice, acompañé muchos de mis recorridos, obviamente para uno poder tomar ese tipo de cosas tiene que ir a campo, tiene que ir a ver que la tabla sea igual, que el nombre de la ruta, teníamos en SUMA personas que se subían en el bus de incognito, sin uniforme, sin carnet, y él se subía con un GPS guardado en la chaqueta, configurado, y debía levantarme el trazado de la ruta y luego lo comparábamos con la ruta nuestra, y era igual, era la misma ruta que operaba antes de que yo sacara la mía, sino que estaba operando ilegalmente.”

Sin embargo, en cuanto al impacto que la piratería o ilegalidad tienen en la zona de Ciudad Bolívar, la testigo respondió de forma aproximada lo siguiente:

“Bueno, magnitud, en orden de magnitud yo le puedo decir que por lo menos el 80% de mis rutas tenían una paralela, fuera del TPC o fuera pirata, pero había una paralela, como un número estimado, nosotros de hecho, no sé si lo tengo acá, pero hacemos unos informes mensuales, salíamos a campo y hacíamos unas revisiones de todas las rutas, y le decíamos a Transmilenio, mire: tal ruta está operando todavía la paralela, o tal ruta la están prestando particulares.

Porque otra cosa que pasó, es que mucho propietario que estaba descontento de no hacer parte del SITP, y que por ejemplo se presentaba con nosotros, pero no cumplía según lo que decía el Manual de Operaciones o cosas de esas, entonces sacaba su carro particular y hacía recorridos, o sea, la gente hacía muchas cosas para torpedear el tema y la verdad, desde mi perspectiva, faltó autoridad allá en la zona en relación a eso, en orden de magnitud, yo le puedo decir que sí, que era el 80% de las rutas así de una forma aproximada. No, no tengo eso acá, me hubiera gustado mostrarles, pero no tengo nada de eso acá.”

A la pregunta concreta de “¿Qué es lo que se conoce por transporte pirata?” realizada por el Tribunal, el testigo Jairo Enrique Angarita Feo ilustró:

“El transporte pirata tiene como dos o tres fuentes principales, el transporte pirata surge a partir de la prestación del servicio que se realiza por fuera de una habilitación, una habilitación es la autorización que la Secretaría de Tránsito le otorga a una empresa para prestar el servicio público cumpliendo unos requisitos y unas condiciones, entonces cuando no se presta bajo esos lineamientos de que el servicio lo preste una empresa que no está habilitada todo ese servicio es pirata, pero acá pasó una cosa que es realmente muy grave y es la siguiente.

Resulta que empieza el tal proceso de implementación, pero se consideraba que los vehículos, en algún momento me referí a que había una resistencia en los propietarios de pasar su vehículo a la empresa que se habían vinculado porque ellos querían continuar trabajando normal, entonces qué pasó, la Secretaría Distrital de Movilidad en un acto unilateral procede a cancelarles las tarjetas de operación a un grupo importante de vehículos.

La tarjeta de operación es el documento que sustenta, perdón la redundancia, la operación, es decir que para prestar servicio público toca tener tarjeta de operación, entonces la Secretaría de una forma tal vez no previó el alcance, llegó y le canceló la tarjeta de operación a un grupo de carros, de todas las empres, y pretendía con eso que todos estos propietarios migraran y fueran y buscaran a su operador del SITP a decirle: señor, aquí le voy a entregar el carro ahora sí, se lo entrego en renta o en venta, el negocio que hubiese hecho.

Pero eso no tuvo ese efecto porque los propietarios qué fue lo que hicieron, muchos de esos propietarios lo que hicieron fue: le acabaron de borrar los avisos a los carros y siguieron trabajando, entonces en zonas que de pronto se desmontó una ruta, que para el transporte público colectivo era una ruta muy buena y llega y la desmonta y la colocan con un SITP, con unos intervalos, le decimos una frecuencia o sea que el bus pasa por ahí cada 20 minutos, cada 30 minutos, pues resulta que ese servicio empezó fue a ser atendido por esos carros que se habían desvinculado, hoy todavía lo hacen (...)

Esos son piratas, eso es una parte de la piratería, pero surge otro fenómeno que son en virtud de unas normas de carácter nacional se permite el ingreso sin limitación de capacidad transportadora de vehículos de radio y acción nacional, pero de servicio especial que son esos carros blancos. Empieza a ingresar un número muy importante en unas zonas muy marcadas, de vehículos de esos blancos que son públicos pero que tienen unas condiciones de operación nacional para transporte empresarial, escolar, o contratos especiales de transporte, se vinculan y empiezan a hacer piratería, o sea, empiezan a hacer rutas urbanas y esos carros están operando en la ciudad, este es otro grupo que hace la piratería.

En ese mismo sentido se pronunció el testigo Camilo Alberto Badillo Melgarejo:

“Dentro de toda la fase de pre contractual el tema de la ilegalidad, la informalidad y lo que comúnmente se llama como la piratería quedó reflejado y fue materia de inquietud por la sencilla razón que el concesionario no es autoridad de ninguna naturaleza, nosotros no podemos ir a lugares como todos conocemos y que si uno va por la Autopista Norte bien sea al costado oriental occidental, por los lados de Mazurén y de la estación de Alcalá o la siguiente, vemos los bicitaxis, ahí los vemos, el concesionario no tiene ninguna facultad para decirle a esos señores que compiten con los de las rutas complementarias los buses anaranjados, que llevan a las estaciones, no tiene ninguna posibilidad de decirle que deje de operar.

Eso se mencionaba en las audiencias, que nosotros no podíamos ejercer ningún control, tan es así que el Alcalde en su momento ofrecía que iban a controlar esos diferentes modos ilegales de transporte.”

Así las cosas, para el Tribunal es claro que todos los testimonios analizados respecto de los servicios ilegales de transporte (ilegalidad o piratería), son pertinentes pues versan sobre hechos que tienen relación directa con lo que aquí

se debate; esto es, si existió una ilegalidad en la prestación del servicio de transporte y si ella ha impactado nocivamente al Concesionario.

Los testimonios citados –unos solicitados por la Convocante y otros por la Convocada- son valorado y apreciados en conjunto con las pruebas documentales y los restantes elementos de convicción. Luego, con sujeción a las reglas de la sana crítica los encuentra coincidentes e inequívocos en la problemática de la pretensión que se dilucida. Cabe anotar también que, en las declaraciones referidas, se observa que: i) se fundamentan en la razón del dicho, es decir, que se evidenció que en todas se explicaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se conoció el hecho; ii) aunado a lo anterior, el Tribunal encontró no solo que dichos contextos fueron explicados, sino que además, ello guarda relación con la naturaleza, los efectos y las características del hecho estudiado (existencia de servicios ilegales de transporte); iii) tampoco se constataron incoherencias entre la razón del dicho de los testigos y el conocimiento adquirido por ellos; iv) no hubo evidencias que permitieran al Tribunal deducir que los testigos afirmaban lo relatado por conocimiento atribuido a fuentes externas (no hay testigos de oídas); v) mucho menos existen, respecto de los hechos incluidos en sus narraciones, contradicciones entre sí; vi) hubo siempre claridad y seguridad en las conclusiones de los testigos, y ellas no resultaron vagas o incoherentes. Asimismo, en lo tocante a la utilidad de los testimonios, lo que se le exige en este caso a este medio de prueba, es que efectivamente sea conveniente o preste el servicio de ser necesario para ayudar en la convicción a quien juzga, en este caso al Tribunal.

5.3.2.- VALORACIÓN DE LOS PERITAJES EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS ILEGALES DE TRANSPORTE

Procederá el Tribunal a valorar de forma general los peritajes relacionados con los servicios ilegales de transporte (5.3.2.1), y posteriormente, elaborará unas consideraciones precisas sobre el peritaje de **PAOLA ORTIZ S.A.S.** a cargo de **José Edwin Torres** (5.3.2.2).

5.3.2.1.- VALORACIÓN GENERAL DE LOS PERITAJES RELACIONADOS CON LOS SERVICIOS ILEGALES DE TRANSPORTE

El artículo 226 del Código General del Proceso establece que todo dictamen pericial debe reunir como mínimo unos requisitos básicos o esenciales destinados a servir como elementos tendientes a permitirle al juez una apropiada, objetiva y racional valoración de la prueba. Los requisitos que debe reunir todo dictamen pericial le permiten al juez contar con suficientes elementos de juicio para valorar adecuadamente la prueba pericial, es decir, se trata de requisitos o presupuestos tanto formales como sustanciales tendientes a suministrarle al juez la información suficiente que le permita apreciar, con arreglo a las reglas de la sana crítica, la prueba pericial y asignarle el valor demostrativo que corresponda en cada caso concreto.

Dispone la norma en este sentido que *“Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos*

e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones”.

Quiso el legislador regular exhaustivamente el contenido básico o esencial que debe tener la prueba pericial, de manera que siempre que deba afrontar la labor de valoración y apreciación de la prueba pueda saber cuáles fueron los métodos, experimentos, exámenes, análisis, comprobaciones y verificaciones que efectuó el perito para arribar a las conclusiones expuestas, que, desde luego, deben aparecer consignadas en el dictamen pericial en forma concreta, precisa y, especialmente, debidamente sustentadas.

De igual forma el juzgador debe saber cuál fue la información analizada por el perito, esto es, cuáles fueron las bases materia de examen y verificación por parte del experto, el origen de dicha información analizada, su calidad, consistencia y pertinencia en relación con el objeto no solamente el peritaje sino de la controversia. Esa es la razón por la que el perito debe identificar la fuente de información y, si es del caso, acompañarla como anexo de su trabajo pericial de tal manera que el juez tenga a su disposición elementos suficientes para apreciar debidamente la prueba.

Y como el perito puede valerse, desde luego bajo su absoluta responsabilidad, de auxiliares, dependientes y puede contar con el concurso de otros profesionales, resulta indispensable que ello se exprese en el texto de la prueba y, además, se identifique con precisión quiénes participaron o concurren a la elaboración de la prueba con la precisión de cuáles actividades desarrollaron en tal virtud.

Es necesario además que el perito exponga la racionalidad, objetividad, aceptación y aprobación por parte de la respectiva área del conocimiento técnico, científico o artístico de los métodos y procedimientos utilizados para la elaboración del dictamen, por lo que es necesario no solamente que se señale si los criterios a los que se acudió son los que se usualmente se aceptan y utilizan tanto en el ejercicio de la profesión de que se trate y en la elaboración de peritajes, o si, por el contrario, en el dictamen que se valora en concreto el perito decidió apartarse de dicha metodología, lo cual debe estar adecuadamente motivado. A este propósito es que apunta la necesidad de que el perito declare *“si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación”* (numeral 8º) e indique adicionalmente si *“los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación”* (núm. 9º).

Así mismo, el perito debe acreditar su idoneidad para la elaboración del dictamen y la experiencia, no solamente en la respectiva área del conocimiento sino también en la elaboración de este tipo de trabajos en otros procesos judiciales o en sede administrativa, por lo que es indispensable no solamente que se acompañen los títulos que acrediten la especialidad del perito, sino que, adicionalmente, se acompañen los documentos que demuestren su recorrido profesional, pues a la

hora de valorar la prueba no solamente debe tomar en consideración el contenido objetivo de ella sino, además, evaluar las condiciones y particularidades de quien la elaboró, es decir, su idoneidad y experiencia. Por ello, la norma exige que al dictamen *“Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística” (numeral 3º) y, si fuere el caso, “La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere” (numeral 4º).*

A lo anterior se agrega que la imparcialidad y objetividad del perito constituyen igualmente aspectos que son de obligatoria observancia en la actividad valorativa del dictamen, por lo cual es preciso que se indique la vinculación –si es que existe– del perito con las partes o los apoderados, de manera que se precisen los dictámenes que ya se han rendido con destino a ellos o los procesos en los que han coincido, si es que ello ha ocurrido, como lo dispone expresamente el precepto en comento al exigir que con la experticia debe indicarse *“Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen” (num.6º).*

En todo caso, es preciso tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 233 *Ibídem*, establece que *“El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes”,* por lo que la misma norma señala que ellas *“se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces.”* Todo ello, de acuerdo con la norma, conduce a que *“El juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad”.*

De esta manera los Jueces –y desde luego los Árbitros– al momento de valorar la prueba pericial deben tener en cuenta, entre otros aspectos, la fundamentación, la solidez y la calidad de los experimentos, de los análisis y/o de los estudios realizados por el respectivo perito y, especialmente, la sustentación de sus conclusiones, además de su idoneidad y su experiencia.

Es por todo lo anterior, entonces, que el artículo 232 del CGP enseña que *“El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”,* valoración que será posible en la medida en que el dictamen reúna los requisitos a los que se ha venido haciendo mención y que, como se dijo, aparecen contemplados en el artículo 226 del mismo estatuto.

Desde luego que, en aquellos casos en que el perito ha sido interrogado en el proceso con miras a la contradicción de la prueba, bien sea en virtud de lo dispuesto por el artículo 228 CGP o con ocasión de lo establecido en el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, lo expresado en el interrogatorio, la solidez de la sustentación y la fundamentación de las respuestas dadas por el perito,

constituyen igualmente aspectos esenciales que deben ser tenidos en cuenta en la valoración de la prueba.

Desde esta perspectiva, en punto de los dictámenes periciales que a este proceso aportó la Convocante en la versión reformada de su demanda, el Tribunal en el auto que abrió a pruebas el proceso, una vez verificó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 226 CGP encontró que algunos de ellos no se habían cumplido, por lo que al respecto dispuso:

“(...) a efectos de que la prueba pueda ser valorada, se requiere al perito Julio E. Villarreal N. para que dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo del oficio que por Secretaría habrá de librarse, remita su hoja de vida que acredite su experiencia y los conocimientos necesarios para la elaboración del dictamen y para que realice en su totalidad las manifestaciones de que trata el artículo 226 del Código General del Proceso, específicamente, las previstas en los numerales 3º, 6º, 8º y 9º de la norma en mención, los cuales el Tribunal echa de menos.

En idéntico sentido y por el mismo término, se requiere al perito José Edwin Torres Rueda para que remita la información a la que se refieren los numerales 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del citado artículo 226 del Código General del Proceso, pues ella no fue incluida en el dictamen aportado.”

De manera oportuna, a través del apoderado judicial de la Convocante, los peritos remitieron la información o documentación faltante, sin que los demás intervinientes procesales hubiesen manifestado inconformidad alguna.

Y si, además, se tiene que los peritos fueron convocados a una audiencia en la que absolvieron el interrogatorio que con fines de contradicción les fue formulado tanto por la Convocada como por la Convocante y por el Tribunal, interrogatorio que versó sobre el contenido del dictamen, la experiencia e idoneidad de los peritos e incluso sobre aspectos de índole formal, es claro que, en el presente caso, están dadas las condiciones de forma para que la prueba pericial aportada por **SUMA** sea apreciada en este proceso. En otras palabras, con independencia del alcance demostrativo que de cara a la controversia contractual que es materia de este arbitraje se les atribuya a dichos dictámenes en este laudo, lo cierto es que, desde el punto de vista del cumplimiento de los requisitos de que trata el artículo 226 del CGP, no existe reparo alguno.

De esta forma, estima el Tribunal que los referidos dictámenes periciales reúnen los requisitos de forma necesarios para que puedan ser valorados y apreciados no solamente con apoyo en los postulados que gobiernan la sana crítica y la persuasión racional, sino en forma conjunta con los demás medios de prueba.

5.3.2.2.- CONSIDERACIONES PRECISAS SOBRE EL PERITAJE DE PAOLA ORTIZ S.A.S. A CARGO DE JOSÉ EDWIN TORRES

Si bien es cierto que el perito, al momento de rendir su experticia, se vale de informaciones y de insumos suministrados directamente por las partes, comúnmente por quien aporta el peritaje, también lo es que su labor no es la de

dar fe de lo que tales datos entregados consignan. El ejercicio dentro de un dictamen pericial es integrar, con base en la información proporcionada, el conocimiento propio del perito, para así poder brindar claridad sobre una problemática o disputa, siempre desde una perspectiva técnica y profesional según el artículo 226 del Código General del Proceso.

Dicho ello, observa el Tribunal que en el peritaje rendido por el señor **José Edwin Torres**, lo anterior no ocurre. Por el contrario, existen múltiples manifestaciones consagradas en la experticia que demuestran, que la labor del perito en este caso concreto no fue la de tomar la información suministrada por la parte convocante para con base en ella, aplicar sus conocimientos y metodologías, y llegar a una conclusión esclarecedora sobre el tema de los servicios ilegales de transporte. Lo que se puede deducir de este peritaje, es que simplemente quien lo rinde se limitó a organizar la información que **SUMA** le entregó, tabularla, pulirla, para de ahí extraer conclusiones; pero en ningún momento se observa que se hubiesen realizado ensayos, pruebas o verificaciones por cuenta del señor **José Edwin Torres**.

Es perfectamente permitido por la ley, que se use la información suministrada por las partes al momento de rendir un dictamen pericial, pero ello no implica que la totalidad de la experticia consista únicamente en dar fe de la veracidad de los datos aportados. Las expresiones que se enunciarán a continuación evidencian lo mencionado:

“Se tiene evidencia histórica levantada por el operador en el año 2014, en la cual, la implementación de las rutas y el desmonte se da, pero sigue en operación una cantidad considerable de rutas.

(...)

Como se evidencia en el informe del operador de fecha junio de 2016, que concluye:

(...)

Según el reporte de los dos años 2015 y 2016, se tiene la siguiente caracterización de las rutas principales mencionadas:

(...)

Pues sólo se hace el análisis entre las rutas encontradas en los dos reportes suministrados

(...)

En éste caso, basado en los reportes se presenta el siguiente resumen de demanda.

(...)

Para el reporte de 2014 a 2015, presentado en agosto de 2015

(...)

A continuación, se presenta el análisis para el reporte de julio de 2016:"

Tales expresiones empleadas por el perito en su dictamen pericial, confirman que, respecto de la supuesta prestación ilegal del servicio de transporte, no hubo ninguna clase de ensayo o comprobación, amparada en una metodología válida y eficiente, que permitiera llegar a conclusiones certeras sobre la existencia de la ilegalidad en la prestación del transporte.

Igualmente, al ser interrogado por **TRANSMILENIO** sobre la documentación de la verificación de la información utilizada para rendir el dictamen, el señor perito respondió lo siguiente:

"No quedó documentada, no estaba yo preparado para hacer la documentación el día de la toma de información por lo que queríamos era mandar a los aforadores, pero no se logró hacer.

(...)

"Esa información como les digo no está documentada porque no se tomó de la manera técnica como debió haberse tomado la frecuencia de ocupación visual, de resto sí..."

De un lado, se admite que la información no estaba documentada y no se tomó de la forma técnica en que debía hacerse, y de otro, se acepta también que todos los datos fueron suministrados por la parte convocante, sin que sobre ellos se hiciera algo más que una mera labor de dar fe o verificar su veracidad. Por tanto, considera este Tribunal, que le asiste razón a **TRANSMILENIO**, cuando afirma que *"en la página 29 del informe es que el perito lo que hace es tabular información que le fue provista por SUMA. Nuevamente, al igual que ocurrió con lo afirmado sobre transporte ilegal con vehículos que fueron del TPC, de acuerdo con lo que muestra el informe, lo que el perito hizo fue organizar la información que le dio la parte demandante y se basó en ella, sin que haya evidencia de que hubiera realizado ninguna clase de ensayos o pruebas, es decir, que en relación con la cuestión a la que hacemos referencia, no se trata de una verdadera prueba pericial"*.

Así las cosas, si bien existen elementos de juicio para que este Tribunal encuentre por demostrada la existencia de la ilegalidad en la prestación del servicio de transporte, no sucede lo mismo respecto de las circunstancias en que esta se presentó; por tanto, no es posible determinar si ello se dio por fuera de las condiciones trazadas por la Matriz de Riesgos, es decir, que obedecieran a situaciones que rompan esa previsibilidad y sean susceptibles de ser equilibradas en la ecuación contractual. En tal virtud, **el Tribunal no accederá a la pretensión decimotercera de la reforma de la demanda planteada por SUMA.**

6.- LA BAJA DEMANDA DE PASAJEROS Y LA EVASIÓN EN LA OPERACIÓN DEL SITP (PRETENSIONES DECIMOCUARTA, DECIMOQUINTA, SUBSIDIARIA DE LA DECIMOQUINTA, DECIMOSEXTA)

Para lograr un mejor análisis del tema, el Tribunal tendrá en cuenta la posición de las partes en materia de baja demanda y evasión (6.1). Enseguida, realizará una valoración probatoria sobre esos dos temas (6.2).

6.1.- LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DE BAJA DEMANDA Y EVASIÓN

El Tribunal tendrá en cuenta los argumentos esgrimidos por la Convocante (6.1.1) y por la Convocada (6.1.2)

6.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

El 6 de diciembre de 2016 **SUMA** radicó la reforma a la demanda en la cual, en cuanto a la baja demanda aparentemente presentada en los primeros años de ejecución contractual y la evasión en el pago del pasaje, solicitó:

***“DECIMOCUARTA:** Que se declare que los primeros años de ejecución del contrato de concesión existió una baja demanda de pasajeros por situaciones imprevisibles al momento de presentar la oferta que afectó la situación financiera de SUMA.*

***DECIMOQUINTA:** Que se declare que la magnitud de la evasión real presentada en la ejecución de contrato desborda las condiciones de razonabilidad y de previsibilidad normal para este contrato, generando consecuencias altamente nocivas a la ecuación contractual.*

***SUBSIDIARIA DE LA DECIMOQUINTA:** Que se declare que la evasión presentada en la ejecución del contrato es considerablemente superior a la aceptada internacionalmente que fue la que se tuvo en cuenta para ofertar.*

***DECIMOSEXTA:** Que se declare que el riesgo de evasión en las condiciones reales de la ejecución del contrato, no se encuentra a cargo del Concesionario.”*

6.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

TRANSMILENIO contestó la reforma a la demanda presentada por **SUMA**, y, respecto de las pretensiones elevadas por la parte Convocante en materia de baja demanda y evasión, manifestó:

“TRANSMILENIO se opone a la pretensión decimocuarta porque con la misma se pretende desconocer la distribución de riesgos acordada por las partes en el Contrato de Concesión, y por suponer el traslado a TRANSMILENIO de hechos y circunstancias previsibles, propios del alea normal que el Concesionario debe soportar.

También se opone TRANSMILENIO a esta pretensión por cuanto la deficiente ejecución de las obligaciones contractuales por parte de SUMA ha repercutido negativamente en la afluencia de pasajeros al Sistema.

TRANSMILENIO se opone a la pretensión decimoquinta porque con la misma se pretende desconocer la distribución de riesgos acordada por las partes en el Contrato de Concesión, y por suponer el traslado a TRANSMILENIO de hechos y circunstancias previsibles, propios del alea normal que el Concesionario debe soportar.

TRANSMILENIO se opone a la pretensión subsidiaria de la decimoquinta por las mismas razones por las que se opone a la principal. Además, el Contrato no previó que el riesgo de evasión solo fuera asumido por el Concesionario cuando obedeciera a niveles inferiores a los que se presentaran fuera de Colombia, ni sería técnicamente apropiado hacerlo, ni existen índices reconocidos internacionalmente para “medir” una evasión que se pueda considerar como límite, ni TRANSMILENIO conoció cuáles indicadores de evasión tuvo en cuenta SUMA para ofertar, ni mi representada puede asumir las consecuencias adversas de la decisión de basarse en la información que haya obtenido el Concesionario para tomar la decisión de presentar su oferta.

TRANSMILENIO se opone a la pretensión decimosexta porque con la misma se pretende desconocer la distribución de riesgos acordada por las partes en el Contrato de Concesión, y por suponer el traslado a TRANSMILENIO de hechos y circunstancias previsibles, propias del alea normal que el Concesionario debe soportar”.

6.2.- VALORACIÓN PROBATORIA SOBRE LA BAJA DEMANDA Y LA EVASIÓN

Fueron escuchados, entre otros, los testigos **Julio Andrés Beltrán Rivera** y **Eduardo Enrique Tovar Añez**, quienes declararon sobre los hechos que interesan para el estudio de estas pretensiones.

El primero de ellos manifestó, al ser preguntado por los aforos que realizó **SUMA** y qué tipo de resultados arrojaron, lo siguiente:

“Un aforo es una medición, en donde se hace el conteo, para el caso particular, de cuántas personas pagan o cuántas dejan de pagar, para que se de ese hecho usan la tarjeta para validar, que les libera el torniquete en la plataforma y entran, entonces ese es un aforo, y eso se registra en unas planillas, todo ese número de mediciones se consolidan por horas, a lo largo del día, y dependiendo de la medición se da un total. En las que nosotros hicimos, colocamos a personas, para que midieran cuántos de los usuarios que llegaban a la plataforma evadían el pago, y básicamente, como lo mencionaba, existían los que se saltaban el torniquete, cogían impulso, y no era 1, eran 50, 100, que cogían impulso para saltar el torniquete, algunas señoras que no podían saltar el torniquete se pasaban por debajo con los niños, con los coroticos que llevaban para transportar, otros más hábiles se saltaban las rejas de 2 metros, y otros se bordeaban, salían de la plataforma, caminaban por la zona de tránsito del bus y daban la vuelta para saltarse a la otra

plataforma y acceder al bus rojo sin hacer la validación, eso es como lo que nosotros aforamos.

(...)

Más del 45% de los usuarios que llegaban a la plataforma evadían, eso quiere decir que por cada 1 que llegaba, había 1 promedio, que no validaba, o sea, eso, pueda que los buses estuvieran llenos, los alimentadores llegaran llenos, pero la mitad entraba sin pagar.

(...)

No, no señor, si él no validaba en el torniquete, yo no recibía pago, porque ahí no existe otra forma, otro mecanismo, el único medio para que a mí me pagaran por los usuarios era que él validara la tarjeta.”

En su testimonio, el señor **Eduardo Enrique Tovar Añez** respecto de si **SUMA** conoció que su remuneración se obtendría exclusivamente de los kilómetros recorridos, la flota y los pasajeros según lo pactado en el contrato, así como que ello fue concebido como un incentivo para que gestionara mejoras en la oferta de servicio y ampliara la cobertura del mismo y de esa manera mejorar la demanda, respondió:

“Es cierto que Suma conocía que esos eran los tres componentes de su remuneración, sin embargo, vale la pena precisar en el caso del componente de pago por pasajero que no era conocido que se iban a presentar unos niveles de evasión de la magnitud que se presentaron.

Los niveles de evasión que se venían presentado en la alimentación de la ciudad de Bogotá estaban en un 2 y 3% y como han demostrado los dictámenes periciales aportados por Suma en ese proceso, los niveles reales han llegado incluso al caso del 94% para el caso de portales.”

Sobre lo que decían los pliegos de condiciones acerca de la demanda y las circunstancias presentadas en la realidad contractual, la testigo **Ruth Johanna Camargo Pérez** expresó que:

“Sí existía una demanda esperada en el diseño técnico operacional, eso en relación a la primera parte de la pregunta, respecto a la segunda parte, si había una comparación, yo hice una comparación, me tocaba por mi cargo e hice una compilada cuando fui a entregar mi cargo, analizando la demanda esperada por tipo de bus, la demanda esperada para los microbuses, para las busetas, para los buses de 50 y para los buses de 80 pasajeros, teniendo en cuenta la cantidad de buses que tenía vinculados SUMA año a año, o sea se tenía en cuenta la oferta y se cruzaba de lo esperado, con esa oferta y lo real, con esa oferta.

¿Cómo se hacía? Bueno, lo esperado estaba en el documento precontractual, y lo real se obtenía a través de un documento que nos manda Transmilenio, que nos mandaba, lo sigue enviando, que

es la carta de pagos semanalmente, en la carta de pago Transmilenio nos dice cuántos usuarios pagan cada semana, entonces si usted suma los usuarios de las 4 semanas, obtiene los usuarios del mes, de esa manera usted puede comparar lo esperado de un año con respecto a lo real de ese mismo año y así sucesivamente.

En el ejercicio que yo hice para entregarle al ingeniero Andrés Beltrán que fue quien me sucedió en el cargo, también se lo mostré obviamente a la doctora Milena que era la gerente, ningún año nosotros cumplimos con la demanda esperada teniendo en cuenta la oferta que habíamos vinculado año a año, en promedio, del 2012 al 2015 nosotros apenas obtuvimos un 39.54% de la demanda esperada, entonces, como nunca se cumplió en ninguno de los años, si se hace el promedio, no se logró cumplir esa demanda esperada.

Entonces eso hacía que no tuviéramos la demanda. En realidad, eso es un documento antiguo que yo tenía en mi carpeta de Back up de SUMA, y ahí está el análisis de la demanda, yo hago el análisis año a año, desde lo técnico, cómo se comportó la demanda por tipo de vehículo año a año, y cuál fue el resultado final, que, para resumirles, apenas captamos un 40% del 2012 al 2015 y en los años 2014 y 2015 fue cuando más buses vinculamos y no logramos la demanda esperada con esa cantidad de buses.

O sea, perfectamente, les digo porque me consta porque era una cosa que a mí me angustiaba mucho cuando yo estaba allá, yo hacía recorridos en campo, yo salía a la calle yo iba a Paraíso, Vista Hermosa, todos esos barrios, y cuando revisaba el tema, habían paraderos donde todo el mundo se subía sin pagar, por qué? porque se subían en grupos grandes, le decían al conductor, no sea sapo a usted que le importa, esto no es suyo, esto es del distrito, acá vino el alcalde Petro y nos dijo que el SITP es de nosotros, cosas así absurdas, lo amenazaban, y se subía la gente sin pagar, adicional a eso estaba el transporte colectivo que insisto, 400 pesos más barato el pasaje, pagando con monedas, no necesitaba una tarjeta, no necesitaba ir a buscar donde recargarla, todas esas condiciones técnicamente son lo que explica, desde mi punto de vista, que no se haya logrado la demanda esperada.”

En igual sentido, al ser cuestionada sobre si la demanda estaba contemplada como elemento implícito en los rubros del pliego de condiciones, o si por el contrario ella se deducía a partir de dos variables (demanda esperada vs. demanda real), la testigo afirmó:

“No, la demanda sí está contemplada en el diseño técnico operacional, pero para la comparación que yo hice, que fue la pregunta que me hizo el doctor, que si yo había hecho alguna comparación de lo esperado versus lo que ocurrió, lo que yo hice fue inferir el índice de pasajeros por vehículo, me explico, si usted mira el diseño técnico operacional que es precontractual, tenía una escenario de demanda para el 2011, por zonas de abordaje, abordajes o sea los pasajeros validados, para el 2013, para el 2015 y para el 2018, cuando yo comparé, entonces para

poder relacionarlo con la oferta real que tenía SUMA en cada año, porque no tuvimos el 100% en el 2012.

Entonces lo que yo hice fue inferir el IPV, el Índice de Pasajeros por Vehículo, que se saca con los abordajes sobre la flota que debía haber en cada año por tipología, entonces yo con eso obtengo el índice de pasajeros por día, por tipo de vehículo, entonces cuántos pasajeros debe mover un microbús, cuántos debe mover una buseta, cuántos debe mover un bus de 50 pasajeros y cuántos debe mover un padrón de 80.

Cuando yo comparo ese valor diario y saco frente a la flota que tenía SUMA, con los pasajeros validados extraídos de la carta de pago que envía Transmilenio semana a semana, que uno la agrega, y hago esa relación, lo esperado por tipo de bus por día, haciendo el consolidado año a año, estuvo un 60% por debajo, o sea la respuesta está, se ha relacionado, pero no es exactamente lo mismo que el doctor dijo, o sea la demanda está en los abordajes, pero lo que yo hice para comparar fue inferir a través del IPV.”

De forma más ilustrativa, el perito Julio Villarreal Navarro advirtió que cuando se concede un bien monopolio, lo ideal es dejar de lado los factores que puedan entrar a competir directamente con ello, con miras a preservarle al Concesionario la exclusividad sobre la demanda pretendida:

“El otro ejemplo es la demanda: y ahí se pueden observar dos factores muy importantes que afectan la demanda, primero, uno conceptual y filosófico, uno cuando hace una concesión concede un bien monopolio, para eso es que hacen la concesión, sino hay competencia vial, ese es un supuesto básico; si usted, después de que concede el contrato, mantiene un competidor como el SITP provisional y es una decisión del distrito y además hay mototaxismo en ciertas zonas, y además hay jugadores ilegales que no los controla el distrito, y además hay individuos que entran al sistema y no pagan (...)

(...)

No, no son irrelevantes, por supuesto, si el problema del sistema no es de demanda sino de oferta, pues el escenario cambia, es decir si la razón por la cual no se reciben los ingresos proyectados, es porque yo no dispuse de los vehículos para recoger los pasajeros, pues por supuesto el problema no es de demanda, sino es de oferta, el enfoque y lo que nosotros entendimos y valoramos, parte de la base que hay un problema de demanda, si se demostrará que no hay un problema de demanda, sino que lo que pasa es que hay un problema de oferta, pues el tema sería completamente diferente.

Aquí, digámoslo de manera plana, lo que estamos diciendo es: la demanda que está implícita en la tarifa no se cumple y no se cumple, no, hasta nuestro entender y lo que nosotros observamos, no porque no se haya cumplido con el número de buses, sino porque hay una evasión y una competencia en un negocio que se suponía que no lo iba a tener que se llama SITP provisional, mototaxismo e ilegales.”

El testigo **Manuel Guillermo Salazar Arbeláez**, también se refirió puntualmente al tema de los factores que afectaron el número de pasajeros que podría movilizar **SUMA** a lo largo de la ejecución contractual. Concretamente, respondió lo siguiente:

“Normalmente los estudios dan unos referentes que no incluyen este tipo de elementos, lo que sí se hace es desde el punto de vista técnico algunos tipos de supuestos y se afecta el número de pasajeros que movilizaría, es decir los ingresos, el número de variaciones y se afecta con unos porcentajes razonables digamos desde el punto de vista técnico.

Para el caso particular del proceso con Suma se hicieron varios, uno de ellos es afectar el total de pasajeros, si bien hay un referente que se tenía acá, lo que digo es no a mover ese porcentaje eso que aparece ahí, sino un porcentaje inferior se afecta y se hizo una cosa adicional, los estudios están previendo proyecciones de demanda obviamente con que se hizo la estructuración se hizo para el 2011, 2013, 2015 y 2018 en todo tenía unas tasas de crecimiento leves del orden del 1% podía ser de ese orden, lo que se hizo fue para el ejercicio de afectar la demanda es decir que no iba a mover todo, entre otras por lo elementos de evasión y adicionalmente también se castigó el modelo teniendo en cuenta que no hay crecimiento, luego uno de los escenarios es menor demanda y crecimiento cero, es decir no tengo un incremento en el número de pasajeros a lo largo del tiempo.

Luego ese tipo de elementos se incorporaron y como uno de los diferentes escenarios que se modeló por lo menos desde el punto de vista técnico se entregaban para su respectivo análisis financiero efectivamente sí.”

Así las cosas, para el Tribunal es claro que todos los testimonios analizados respecto de la baja demanda y la evasión, son pertinentes pues versan sobre hechos que tienen relación directa con lo que aquí se debate; esto es, si tanto la baja demanda como la evasión existieron en la realidad de la ejecución contractual, y si la ocurrencia de ambas se dio en un escenario que excediera las circunstancias de previsibilidad contempladas en la Matriz de Riesgos, causando así un desequilibrio económico del contrato.

Los testimonios citados –unos solicitados por la Convocante y otros por la Convocada- son valorado y apreciados en conjunto con las pruebas documentales y los restantes elementos de convicción. Luego, con sujeción a las reglas de la sana crítica los encuentra coincidentes e inequívocos en la problemática de la pretensión que se dilucida. Cabe anotar que este análisis ya se hizo en el punto 4.2.1 del capítulo tercero de este laudo arbitral, por lo que se hace innecesario repetirlo en este momento.

Adicionalmente, conviene destacar que el análisis probatorio realizado por el Tribunal respecto de la baja demanda por situaciones imprevisibles y de la evasión, contiene una valoración integral, a la luz de la sana crítica bajo lo

indicado por el artículo 232 del Código General del Proceso, del peritaje económico financiero elaborado por el señor **Julio Villarreal Navarro**, del peritaje contable de la señora **Gloria Correa**, las cartas de pago entregadas semanalmente por **TRANSMILENIO** al Concesionario, el documento denominado “Análisis de demanda obtenida de acuerdo con Diseño Operacional del SITP para la zona de Ciudad Bolívar” y los testimonios recogidos a lo largo del proceso.

Inicialmente, encuentra este Tribunal que las cartas de pago, también invocadas como prueba en el proceso, al ser elaboradas y suministradas cada semana por **TRANSMILENIO** a **SUMA**, constituyen una fuente de información fidedigna que da cuenta de los pasajeros que efectivamente ingresaron al sistema pagando su pasaje (“pasajeros validados”), así como de los kilómetros realmente recorridos. Tomándolas como insumo, la Convocante elaboró el documento “Análisis de demanda obtenida de acuerdo con Diseño Operacional del SITP para la zona de Ciudad Bolívar”, en donde se hace una medición del número de pasajeros esperados por cada tipo de vehículo en los años 2012, 2013, 2014 y 2015 según las previsiones efectuadas dentro del “Diseño Operacional del SITP”, que sirvió de base para la presentación de la oferta.

Justamente, en ese “Análisis de demanda obtenida de acuerdo con Diseño Operacional del SITP para la zona de Ciudad Bolívar”, se calcula la demanda esperada según la oferta presentada ante **TRANSMILENIO** frente a la demanda real obtenida, analizando sus diferencias, bajo la siguiente metodología:

- a. **Cálculo de la demanda esperada por tipo de vehículo:** a través de lo señalado en el diseño técnico operacional del SITP para los escenarios 2011, 2013 y 2015; se calculan los pasajeros esperados por tipo de bus vinculado por día, (microbuses, busetas, buses y padrones). De acuerdo con las variables, abordajes en relación con el número de buses por tipología dispuestos en cada escenario.
- b. **Cálculo de la demanda real:** con base en lo registrado en las cartas de pago enviadas por el ente gestor Transmilenio (TMSA), se suman los pasajeros de cada mes, para cada año. Posteriormente, se obtiene del sistema SAOperador, la información de viajes/día realizados por cada tipo de vehículo, agregados al año; se dividen estos viajes sobre el número de viajes promedio que hace cada tipo de vehículo; tomando así, la salida de cada móvil en el día, como un viaje, con esto se obtiene la demanda real por tipo de vehículo/día.
- c. **Cálculo de las diferencias:** con base en lo obtenido en (a) y en (b), mediante una resta de a-b, se calculan las diferencias en número y en porcentaje.

Con base en esas pautas, el “Análisis de demanda obtenida de acuerdo con Diseño Operacional del SITP para la zona de Ciudad Bolívar”, en punto de los pasajeros esperados por cada tipo de vehículos manejado por el Concesionario, y tomando como fuente el “Diseño Operacional del SITP”, arroja los siguientes cálculos:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO
TRANSMILENIO S.A. – 4403**

Escenario 2011

Zona SITP	Modo	Dato delegación	19	40	50	80
Ciudad Bolívar	A	KILOMETRAJE TOTAL				2.025
		ABORDAJES TOTALES				17.113
		FLOTA TOTAL				11
	B	KILOMETRAJE TOTAL	28.203	20.542	65.284	33.81
		ABORDAJES TOTALES	27.362	25.453	132.405	91.674
		FLOTA TOTAL	141	98	312	146

IPV ESPERADO POR DIA/VEHICULO * DISEÑO TECNICO OPERACIONAL

19 PASAJEROS	40 PASAJEROS	50 PASAJEROS	80 PASAJEROS
194,056738	259,72449	424,375	627,90411

Escenario 2013:

Zona SITP	Modo	Dato delegación	19	40	50	80
Ciudad Bolívar	a	KILOMETRAJE TOTAL				2.025
		ABORDAJES TOTALES				17.138
		FLOTA TOTAL				11
	b	KILOMETRAJE TOTAL	28.203	21.03	68.758	34.575
		ABORDAJES TOTALES	27.826	26.241	135.625	93.865
		FLOTA TOTAL	141	100	325	148

IPV ESPERADO POR DIA/VEHICULO * DISEÑO TECNICO OPERACIONAL

19	40	50	80
197,347518	262,41	417,3076923	634,222973

Escenario 2015:

Zona SITP	Modo	Dato delegación	19	40	50	80
Ciudad Bolívar	a	KILOMETRAJE TOTAL				2.025
		ABORDAJES TOTALES				17.147
		FLOTA TOTAL				11
	b	KILOMETRAJE TOTAL	23.81	24.574	69.532	34.575
		ABORDAJES TOTALES	22.046	32.860	138.057	95.578
		FLOTA TOTAL	118	116	330	148

IPV ESPERADO POR DIA/VEHICULO * DISEÑO TECNICO OPERACIONAL

19	40	50	80
186,830508	283,275862	418,3545455	645,797297

Es decir, que según la información consignada en las tablas referidas el IPV (Índice de Pasajeros por Vehículo) por día acumulado para los años 2011, 2013 y 2015, respectivamente, es de 1.506,04, 1.511,27 y 1.534,24. Ahora bien, es importante resaltar la distinción plasmada en el documento "Análisis de demanda obtenida de acuerdo con Diseño Operacional del SITP para la zona de Ciudad Bolívar" entre los pasajeros transportados y los validados, siendo estos últimos los que realmente se registraron y pagaron el pasaje en cada viaje que se llevó a

cabó. Así, y según los cálculos allí efectuados que tienen como fuente la información suministrada por **TRANSMILENIO** en las denominadas “Cartas de pago”, durante los años 2012, 2013, 2014 y 2015, **SUMA** transportó un total de SETENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE (79'384.867) pasajeros validados. Así:

AÑO	Pasajeros validados
2012	209.708
2013	4.746.623
2014	19.176.276
2015	35.055.187
Total	79.384.867

Fuente: elaboración propia, con base en cartas de pago semanales enviadas por TMSA.

Adicionalmente, se encuentra registrada la información correspondiente a la totalidad de viajes ejecutados al día por la flota y el completo de las novedades de la operación. Ello es relevante, porque al dividirse ese rubro por el número de viajes promedio que hace cada tipo de vehículo en un día, se podría obtener cuántos viajes por tipo de móvil se realiza anualmente. La estimación de lo anterior se observa en las cifras de la siguiente tabla:

VIAJES POR TIPO DE MOVIL POR DÍA, SUMADOS PARA CADA AÑO

	19	40	50	80
2012			2656	
2013	10844	2374	26769	
2014	29334	17619	35545	21906
2015	28352	29603	35816	49064
total	68530	49596	98130	70970

Posteriormente, y para arribar al número aproximado de pasajeros esperados por tipo de móvil por cada año, el “Análisis de demanda obtenida de acuerdo con Diseño Operacional del SITP para la zona de Ciudad Bolívar” multiplica los viajes ejecutados de cada tipología para cada año, por el IPV esperado por tipo de pasajero móvil. Dicha operación arroja los siguientes resultados:

PASAJEROS ESPERADOS POR TIPO DE MOVIL POR AÑO

	19	40	50	80	Total
2012			1.127.140		1.127.140
2013	2.140.036	622.961	11.170.910		13.933.907
2014	5.788.992	4.623.402	14.833.202	13.893.288	39.138.884
2015	5.297.019	8.385.815	14.983.786	31.685.399	60.352.019

Naturalmente, corresponde contrastar si efectivamente dicha proyección se concretó en la realidad contractual, o si, por el contrario, la demanda real dentro del Contrato de Concesión para la zona de Ciudad Bolívar se encuentra por debajo de las cifras esperadas; lo que demostrará que existió una baja demanda de pasajeros. Para ello, es necesario apelar a las pautas indicadas por el documento de "Análisis de demanda obtenida de acuerdo con el Diseño Operacional del SITP para la zona de Ciudad Bolívar", en concreto, al cálculo de diferencias; esto es, a comparar los resultados de pasajeros validados por año zonal con los arrojados por el rubro de pasajeros esperados por año. Esto, ofrece los siguientes datos:

Año	Pasajeros validados año zonal	Pasajeros esperados año	Diferencias
2012	209.708	1.127.140	917.432
2013	4.396.584	13.933.907	9.537.323
2014	19.531.414	39.138.884	19.607.470
2015	35.055.187	60.352.019	25.296.832
Total	59.192.893	114.551.951	55.359.058

Finalmente, una vez hecha la relación entre el valor esperado y el valor real, se llega a la siguiente información:

Año	Pasajeros validados año zonal	Pasajeros esperados año	Diferencias	% de pax NO transportados o no validados por año	Pax validados (reales)
2012	209.708	1.127.140	917.432	81,39%	19%
2013	4.396.584	13.933.907	9.537.323	68,45%	32%
2014	19.531.414	39.138.884	19.607.470	50,10%	50%
2015	35.055.187	60.352.019	25.296.832	41,92%	58%
Total	59.192.893	114.551.951	55.359.057	60,46%	39,54%

La anterior información, tal y como lo anotó el extremo Convocante, evidenciaría que "el 60,46% de pasajeros esperados no fueron realmente transportados por SUMA, lo que nos conduce a concluir que la demanda de pasajeros real fue un 60,46% menor a la estimada en los documentos precontractuales, lo cual demuestra la existencia de una situación absolutamente anormal y grave según las hipótesis tenidas en cuenta para ofertar". Ello significaría que de la totalidad de demanda que la Convocante proyectaba cubrir, únicamente, y según los cálculos anteriores, entre los años 2012 a 2015, se habría podido abarcar el 39.54% tal y como lo muestra el cuadro anterior.

Teniendo en cuenta el número de pasajeros real validados entre los años 2012 a 2015, que ascienden a 59.192.893, que se contrastan con la demanda estimada sin evasión y sin pérdida de participación en el mercado por entrada del SITP PROVISIONAL, que se estima en 98.104.691 pasajeros, se puede determinar que la baja demanda corresponde a 38.911.798 pasajeros, es decir el 39,66% menos de pasajeros transportados por factores tales como el ingreso del SITP PROVISIONAL -que compartió el mercado y las rutas asignadas a **SUMA**. Ello no

tiene en cuenta los servicios ilegales de transporte, por las consideraciones que se mencionaron en el punto anterior. Es decir, que ese 39,66% al multiplicarse por el precio unitario del pasaje de **TRANSMILENIO** para el respectivo año del intervalo comprendido entre el 2012 y 2015, y efectuándose la disminución según la Tarifa Pasajero por Zona (TPASZ), se obtendría la cifra que el Concesionario dejó de ingresar por concepto de la baja demanda con base en las proyecciones realizadas por ellos en la oferta presentada y las contenidas en el peritaje financiero de **Julio Villarreal Navarro**.

Por su parte, el porcentaje de evasión, con miras a determinar si ello constituye un desequilibrio económico que desborda las condiciones de previsibilidad consagradas en la Matriz de Riesgos, debe ser medido en relación con los pasajeros transportados por parte de **SUMA** y no en relación con los pasajeros que pagaron. Para calcular el porcentaje de evasión se toman en consideración tres variables, a saber: i) pasajeros transportados (PT); ii) pasajeros transportados con pagos (PTCP) y; iii) pasajeros transportados sin pagos (PTSP). Teniendo en cuenta las tres variables anteriores, se puede obtener el número de pasajeros transportados sin pago, que se constituyen en la evasión y que se estimó en 20,80%. Un indicador adicional que se tiene en cuenta para el cálculo de la evasión es el porcentaje de pasajes validados reales que es de 39,54%, el cual se obtiene de datos suministrados por el SAE Operador y por las cartas de pago entregadas por **TRANSMILENIO** al Concesionario.

Con acierto afirma el apoderado de la parte Convocada, en cuanto al porcentaje de evasión, que *“lo que se presenta como tal es la proporción que los supuestos evasores representan en relación con los pasajeros que pagan, que es algo completamente diferente a informar sobre el porcentaje que representa la evasión en relación con los pasajeros que, según se afirma, usaron los vehículos de SUMA en las rutas que fueron objeto del estudio”*. Precisa que según se muestra al final de la Tabla 5-1 del dictamen pericial técnico, denominada *“Resumen de pasajeros por ruta”*, para un total de pasajeros transportados de 9.035, 7.156 de ellos se habrían registrado y 1.867 habrían evadido el registro. Así, aclara **TRANSMILENIO**, -precisión compartida por este Tribunal-, que, de analizarse dichas cifras entre sí, con base en la información obtenida de las cartas de pago y del SAE Operador, el resultado arrojaría un valor de evasión más cercano al 20,80% y no del 33% como efectivamente se dijo en la experticia del ingeniero **José Edwin Torres**.

Bajo esa línea, comparando la cantidad real de pasajeros transportados por **SUMA** junto con la demanda estimada, para obtener la diferencia entre estas dos cifras que se constituye en el número de pasajeros por evasión, se puede observar que el total estimado de pasajeros por evasión. Ello, multiplicado por el precio unitario del pasaje de **TRANSMILENIO** para el respectivo año del intervalo comprendido entre el 2012 y 2015, y efectuándose la disminución según la Tarifa Pasajero por Zona (TPASZ), se obtendría la cifra pecuniaria que el Concesionario dejó de ingresar por concepto de la evasión con base en las proyecciones realizadas por ellos en la oferta presentada y las contenidas en el peritaje financiero de **Julio Villarreal Navarro**.

Ahora bien, para determinar si tanto la baja demanda como la evasión que se presentaron en la ejecución del contrato obedecieron a situaciones imprevisibles, y por ende constituyen factores reales de desequilibrio que deban ser ajustados para mantener la ecuación contractual, conviene contrastar ambos fenómenos con la Matriz de Riesgos, teniendo en cuenta, principalmente, su tipificación y la probabilidad de su ocurrencia.

Así, en cuanto al riesgo de baja demanda, tipificado en la Matriz de Riesgos como *“Menores ingresos que los previstos, Estimación de demanda no funcionó, La demanda cambió”*, dentro de las observaciones se consagró que dicha contingencia consistía *“en el efecto económico por aumento o disminución de la demanda proyectada. Puede ser generada por la variación de los intereses de movilidad de los usuarios”*, y, a su vez, se estableció su probabilidad de ocurrencia como media con impacto alto. Esto significa concretamente para este riesgo, que podría ocurrir en cualquier momento futuro o que probablemente iba a ocurrir.

A lo largo del proceso, según los medios de convicción recogidos, pudo establecer este Tribunal que sí se presentó una baja demanda, y que ella se dio en un 39,66% que es producto de comparar el número de pasajeros real validados entre los años 2012 a 2015 con la demanda estimada sin evasión y sin pérdida de participación en el mercado por entrada del SITP PROVISIONAL u otros factores. Ese porcentaje (39,66%) de baja demanda, estima este Tribunal, excede la probabilidad de ocurrencia media contemplada en la Matriz de Riesgos, pues no solamente ocurrió, sino que con el acaecimiento de este riesgo se trastocó sustancialmente lo que el Concesionario esperaba ingresar según las proyecciones de demanda realizadas al momento de presentar la oferta en la Licitación Pública LP-TMSA-004 de 2009, pero ello no impidió que se continuase con la ejecución del objeto contractual. Es decir, con la materialización del riesgo por baja demanda según lo evidenciado en las pruebas recogidas en el proceso, se desbordó lo previsto en la Matriz de Riesgos, tornándose imprevisible y, por ende, susceptible de ser reequilibrado en aras de mantener la ecuación contractual.

En lo que al riesgo de evasión respecta, este está tipificado en la Matriz de Riesgos como *“Riesgo de cartera por fraude en los medios de pago en buses”*, asignado con probabilidad de ocurrencia baja –lo cual significa que podía ocurrir excepcionalmente o su acaecimiento era improbable–, y en sus observaciones se dijo lo siguiente:

“Consiste en el efecto económico que ocasiona el fraude en la utilización del sistema de recaudo por al ingreso de pasajeros a los buses sin pago, sin medio de pago,

La estructura de riesgos del contrato de concesión consagra cuatro causas probables de acontecimiento del riesgo de cartera por fraude.

*La primera de ellas es el fraude tecnológico, relacionado con la administración de las aplicaciones, el segundo, el que se produce en estaciones y puntos de venta, **el tercero consiste en el ingreso al bus, evadiendo el pago y el cuarto hace referencia a***

los robos de dinero (no conciliaciones de dinero recibido vs entregado).

Todos los riesgos son asignados al concesionario del SIRCI, por ser el encargado de la operación de recaudo, salvo el tercero mencionado el cual se asigna al operador de transporte, por tratarse de un tipo de fraude que depende exclusivamente de quien tiene el contacto directo con el pasajero al momento del ingreso al vehículo, es decir el operador de transporte”.

A lo largo del proceso, según los medios de convicción allegados, al Tribunal le fue posible determinar que sí se presentó evasión, y que ella se dio en un 20,80% que es producto de comparar, en virtud de la información suministrada por las cartas de pago entregadas por **TRANSMILENIO** al Concesionario y por los datos contenidos en el SAEOperador, la cifra total de pasajeros transportados con el monto de usuarios movilizados y validados (los que pagaron el pasaje). No obstante, ese porcentaje no obedece a estándares internacionales de medición de la evasión, sino a lo contrastado por el Tribunal a partir de la información brindada por el SAEOperador y por las cartas de pago en lo referente a pasajeros transportados y validados.

Para este Tribunal, ese 20,80% excede la probabilidad de ocurrencia baja contemplada en la Matriz de Riesgos, pues no solamente ocurrió por encima de lo excepcional, sino que con el acaecimiento de este riesgo se afectó lo que el Concesionario esperaba ingresar según las proyecciones de demanda realizadas al momento de presentar la oferta en la Licitación Pública LP-TMSA-004 de 2009, pero ello no impidió que se continuase con la ejecución del objeto contractual. Es decir, con la materialización del riesgo por evasión según lo evidenciado en las pruebas, también se desbordó lo previsto en la Matriz de Riesgos, tornándose imprevisible y, por ende, susceptible de ser reequilibrado en aras de preservar la ecuación contractual.

Por tanto, con mérito de las argumentaciones presentadas, considera este Tribunal que le asiste razón a **SUMA**, pues existieron diversos factores que afectaron de forma negativa la demanda que debía cubrir el Concesionario –entre ellos la evasión-, y ello, pese a estar contemplado en la Matriz de Riesgos, se presentó por fuera de los límites allí establecidos, desbordando así la previsión trazada, ocasionando así un rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Así las cosas, del análisis integral realizado de las cartas de pago emitidas por **TRANSMILENIO**, el “Análisis de demanda obtenida de acuerdo con el Diseño Operacional del SITP para la zona de Ciudad Bolívar”, el peritaje de Julio Villarreal Navarro, y los testimonios escuchados, el Tribunal estima demostrada la existencia de una baja demanda por circunstancias imprevisibles al momento de presentar la oferta. En consecuencia, **se accederá a la pretensión decimocuarta planteada en el escrito de reforma de la demanda, y prosperará parcialmente la excepción denominada “SUMA S.A.S. asumió el riesgo de demanda y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia”**, pues a pesar de haber

sido asumido dicho riesgo por el Concesionario, los efectos de su acaecimiento exceden la previsibilidad planteada en la Matriz de Riesgos y por ende desequilibran la ecuación contractual.

En igual sentido, también con base en los medios de convicción referidos, el Tribunal encuentra probado que la magnitud de la evasión real presentada en la ejecución contractual, pese a ser un riesgo de probabilidad baja asumido por el contratista según la Matriz de Riesgos, desbordó las condiciones de razonabilidad y previsibilidad para este contrato; siendo considerablemente superior a la que se tuvo en cuenta en la presentación de la oferta. Por tal motivo, el Tribunal también **accederá a la pretensiones decimoquinta y decimosexta, y estima que prospera parcialmente la excepción denominada “SUMA S.A.S. asumió el riesgo de evasión y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia”**, planteada por TRANSMILENIO en la contestación a la reforma de la demanda.

Por su parte, será **negada la pretensión subsidiaria de la decimoquinta**, por cuanto el Tribunal, al no poder establecer cuáles fueron los estándares internacionales de medición de evasión aludidos por la Convocante en su reforma a la demanda, no pudo contrastar si efectivamente la evasión presentada en la realidad de la ejecución contractual los superó.

7- INDICADORES CONTRACTUALES (PRETENSIÓN DECIMOSÉPTIMA)

Con miras a un mejor análisis del tema, el Tribunal tendrá en cuenta la posición de las partes en materia de indicadores contractuales (7.1). Enseguida, realizará las consideraciones correspondientes a este asunto (7.2).

7.1.- LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DE INDICADORES CONTRACTUALES

El Tribunal tendrá en cuenta los argumentos esgrimidos por la Convocante (7.1.1) y por la Convocada (7.1.2)

7.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

La Organización **SUMA** plantea en el escrito de reforma de la demanda, que el diseño operacional es el conjunto de indicadores que constituyen la base de programación de las rutas que tienen por objetivo la determinación de la cantidad de flota, el tamaño de los buses y los intervalos de paso entre los vehículos de **SUMA**. Agrega que los mismos se componen de longitud de vía, tiempo de viaje, velocidad de recorrido, pasajeros transportados, índice de pasajeros por kilómetro (IPK) y la longitud en vacío.

Sostiene que el Anexo Técnico del Pliego de Condiciones, denominado “*Descripción General del Sistema*”, contenía una serie de indicadores contractuales proyectados al año 2015 con respecto a la longitud, tiempo de recorrido, velocidad operativa y pasajeros por kilómetro, proyección que sirvió

como base a **SUMA** para la elaboración de su oferta, incluyendo aspectos económicos y financieros.

Afirma que **TRANSMILENIO** incurrió en errores en el diseño operacional y que además los indicadores actuales distan considerablemente de los contractuales, porque: **i)** existe una mayor longitud en el recorrido; el tiempo de recorrido es mayor, causado por una mayor distancia; **ii)** la topografía de la zona excede el promedio de la ciudad, haciendo que la velocidad sea menor y que el tiempo de recorrido aumente; **iii)** afectaciones a la movilidad que el Distrito no ha logrado superar y que reducen la velocidad contemplada en el anexo técnico; **iv)** en varias rutas el IPK es menor que el previsto, por cuenta de la evasión en el pago del pasaje, del paralelismo de las rutas provisionales, de las mayores distancias en vacío para la localización de terminales; del crecimiento de la ciudad que afecta la cobertura y de la competencia de servicios de transporte no convencionales; **v)** la congestión vehicular; **vi)** la utilización de las vías del SITP por vendedores ambulantes y mercados; **vii)** la no existencia de pico y placa en el sur de la ciudad, entre otras.

Añade que los mencionados indicadores también se han visto afectados por el mal estado del pavimento, por la existencia de rutas que operan sobre pendientes especialmente en el recorrido a los patios provisionales, por la existencia de demanda adicional no remunerada que genera mayores paradas sobre pendientes, y por la existencia de estrechos radios de giro en la zona adjudicada que generan una disminución en la velocidad comercial de los vehículos de **SUMA**.

Con fundamento en lo anterior, **SUMA** solicita, en la pretensión decimoséptima, que se declare que los indicadores contractuales que sirvieron de base para la confección del diseño operacional distan sustancialmente de los indicadores reales que se presentan en la ejecución del contrato por hechos no atribuibles al Contratista.

7.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

TRANSMILENIO indica que lo expuesto por **SUMA**, en torno a la definición de diseño operacional es incorrecto, por cuanto el mismo hace referencia a *“la determinación del dimensionamiento y características operacionales para la operación de un sistema de rutas de transporte, basado en parámetros previamente definidos, como son indicadores de confort, intervalos de despacho, tipología de vehículo y que buscan que el resultado o la distribución de los recursos estén de acuerdo sean acorde a las necesidades y requerimientos del sistema”*.

Resalta que el Anexo N° 1, denominado *“resumen del diseño de la operación del sistema”*, contempla una implementación gradual de este, e indica específicamente para la zona de Ciudad Bolívar que se prevén 46 rutas, que se requieren 708 buses, que entre los factores determinados para la asignación de la capacidad de bus a una ruta parte de factores como la demanda de pasajeros y la infraestructura vial del recorrido. Señala que el diseño operacional que hizo parte

del Pliego de Condiciones de la licitación no contempló indicadores de índice de pasajeros por kilómetro (IPK) ni longitud en vacío.

Aduce que la información que **TRANSMILENIO** puso a disposición de los interesados cumplía la función de servir de apoyo para la preparación de las propuestas, bajo la premisa de que cada interesado debía hacer su propia evaluación, soportarse en su análisis y obtener la información que juzgara relevante para presentar su oferta, lo que debía hacer bajo su responsabilidad. Agrega al respecto que a **TRANSMILENIO** no le consta cuáles fueron los elementos que **SUMA** tomó del Pliego de Condiciones de la licitación, ni el valor que le dio a tales elementos, pues la forma como el Contratista construyó su oferta era de su propio resorte y correspondía a aquel hacer las verificaciones que fueran necesarias para asumir las implicaciones de su oferta, en consideración a los riesgos también asumidos.

Reitera que esa responsabilidad asumida por el proponente-contratista está contemplada en el numeral 1.6.1 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009, cuando señala que *“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 (sic) 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”, y que será responsabilidad de los proponentes “presentar su propuesta sobre la base de un examen cuidadoso de las características del negocio”.*

Añade que esa responsabilidad del Concesionario se hace más evidente si se considera la concesión, que tendría una duración de 25 años, tiempo en el que resultaría apenas previsible y esperable que elementos como la longitud de ciertas rutas, el tiempo de recorrido, la velocidad operativa y el indicador de pasajeros por kilómetro pudieran experimentar cambios frente a las proyecciones. Sostiene además que **SUMA**, como profesional de la actividad con décadas de experiencia en el transporte público colectivo, estaba en la posibilidad de prever que una zona como Ciudad Bolívar era más proclive -que la mayoría de las restantes zonas de la Licitación-, a que hubiese ajustes de tipo operacional con el paso del tiempo, en la medida que se trataba de una zona con barrios no consolidados.

Precisa que la topografía de la zona de Ciudad Bolívar es la misma que conoció el Concesionario cuando hizo la evaluación que lo llevó a presentar su oferta, lo que le resta sentido a la argumentación de la demanda en punto a que dicha topografía es diferente a la del promedio de la ciudad. Indica, así mismo, que el riesgo asociado a la velocidad de operación fue asumido por el Concesionario, así como el riesgo de demanda, de evasión por no pago de pasajes, y de la coincidencia del SITP con el transporte público convencional (paralelismo).

Indica, igualmente, que el Concesionario asumió el riesgo de implantación, dentro del que se incluye el efecto adverso que se pudiera desprender de los mayores costos por mal estado de la infraestructura vial. Sobre el particular, asevera que el Pliego de Condiciones previó la construcción progresiva de una infraestructura y su mantenimiento por el Estado.

7.2.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

De conformidad con los argumentos esgrimidos por las partes, el problema jurídico que corresponde decidir al Tribunal se reduce a establecer si las variaciones o incidencias en los indicadores operacionales, alegadas por **SUMA**, obedecen a circunstancias previstas o previsibles por el Concesionario en el momento de confeccionar su oferta y su modelo financiero, así como a los riesgos por él asumidos conforme a la Matriz de Riesgos del contrato.

La solución del interrogante planteado se abordará desde dos aristas, a saber:
(7.3.1) Las consideraciones efectuadas en los acápites correspondientes al paralelismo de rutas provisionales, la operación de servicios de transporte ilegales y las distancias recorridas en vacío por la operación de los patios transitorios.
(7.3.2) Lo establecido en el Pliego de Condiciones, en los documentos que lo integran y en la Matriz de Riesgos del contrato, sobre el particular.

7.2.1.- LAS CONSIDERACIONES EFECTUADAS EN LOS ACÁPITES CORRESPONDIENTES AL PARALELISMO DE RUTAS PROVISIONALES, LA EVASIÓN, LA OPERACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE ILEGALES Y LAS DISTANCIAS RECORRIDAS EN VACÍO POR LA OPERACIÓN DE LOS PATIOS TRANSITORIOS

Como se expuso, la parte convocante afirma que **TRANSMILENIO** incurrió en errores en el diseño operacional y que además los indicadores actuales distan considerablemente de los contractuales porque, entre otras cosas, en varias rutas el IPK es menor que el previsto, por cuenta de la evasión en el pago del pasaje, del paralelismo de las rutas provisionales, de las mayores distancias en vacío para la localización de terminales; del crecimiento de la ciudad que afecta la cobertura y de la competencia de servicios de transporte no convencionales.

No obstante lo anterior, en otros capítulos de la reforma de la demanda, **SUMA** se refirió de manera puntual y específica, precisamente, a la evasión, al paralelismo de las rutas provisionales, a la competencia derivada del funcionamiento de servicios de transporte ilegales y a las distancias recorridas en vacío por la falta de patios definitivos y operación de los patios transitorios; como factores que han alterado el equilibrio de la ecuación económica del contrato, en detrimento del Concesionario.

En ese sentido, en cuanto atañe a los mencionados factores, se tornaría innecesariamente repetitivo volver sobre los mismos argumentos expuestos por el Tribunal en los acápites correspondientes para decidir lo correspondiente al punto que ahora se analiza, de manera que a ello se remite.

7.2.2.- LO ESTABLECIDO EN EL PLIEGO DE CONDICIONES, EN LOS DOCUMENTOS QUE LO INTEGRAN Y EN LA MATRIZ DE RIESGOS DEL CONTRATO

Corresponde ahora examinar si, como lo alega **SUMA**, las vicisitudes operacionales suponen un desbordamiento de los indicadores contractuales y de los riesgos asumidos por el Contratista, específicamente en lo relativo a: mayor tiempo de recorrido causado por una mayor distancia y por la topografía de la zona; la congestión vehicular; la utilización de las vías del SITP por vendedores ambulantes y mercados; la no existencia de pico y placa en el sur de la ciudad; el mal estado del pavimento; la existencia de rutas que operan sobre pendientes en el recorrido a los patios provisionales; la existencia de demanda adicional no remunerada que genera mayores paradas sobre pendientes; y la existencia de estrechos radios de giro en la zona adjudicada que generan una disminución en la velocidad comercial de los vehículos de **SUMA**.

Desde ahora anuncia el Tribunal que no le asiste la razón al Concesionario en sus reclamos, porque:

El numeral 1.6.2 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009, señala:

“1.6.2 DILIGENCIA DEBIDA E INFORMACIÓN SOBRE LA CONCESIÓN

*Los **proponentes**, al elaborar su **propuesta**, deberán tener en cuenta que el cálculo de los costos y gastos, cualesquiera 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**.*

*En virtud de lo anterior, será responsabilidad de los **proponentes**:*

*Presentar su **propuesta** sobre la base de un examen cuidadoso de las características del negocio.*

Revisar todos los aspectos e información relacionados con la situación actual, funcionalidad, proyectos y diseños de la infraestructura que se utilizará para la explotación de la actividad que se otorgará en concesión.

*Evaluar las implicaciones legales, técnicas, de mercado, fiscales y financieras del negocio, las condiciones jurídicas del **Contrato**, la distribución de riesgos que se establezca en el mismo y en general todos los aspectos que puedan incidir en la determinación de la oferta.*

*Determinar, evaluar y asumir los impuestos, tasas y contribuciones, así como los demás costos e implicaciones tributarias y de cualquier otra naturaleza que lleve consigo la celebración del **contrato de concesión**, según la asignación de costos prevista en el presente **pliego de condiciones** y en el **contrato de concesión**, para lo cual se recomienda a los **proponentes** obtener asesoría calificada e independiente en materia financiera, legal, fiscal, tributaria, técnica y de cualquier otra naturaleza que consideren necesaria para la presentación de la **propuesta**.*

*Informarse sobre los requisitos legales aplicables en la presente **licitación** y **del contrato de concesión** que se celebrará como consecuencia de la misma.*

*La exactitud, aplicabilidad, confiabilidad o integridad de la información que tenga a bien consultar cada **proponente** se encuentra bajo su propia responsabilidad. La documentación que reposa en el **centro de documentación o cuarto de datos** forma parte de la información que hasta el momento tiene **TRANSMILENIO S.A.**, y no pretende incluir toda la información que un posible **proponente** deba tener en consideración.*

*Sin perjuicio de la declaración expresa que los **proponentes** deberán hacer en la **Proforma 1**, del presente **pliego de condiciones** sobre este particular, por la sola presentación de la **propuesta** se considera que los **proponentes**:*

*Han realizado el examen completo de todos los aspectos que inciden y determinan la presentación de la **propuesta**.*

*Han investigado plenamente las condiciones, proyectos, diseños y funcionalidad de la infraestructura que se destinará al desarrollo de la actividad objeto de la **concesión**, las rutas troncales, auxiliares, complementarias, alimentadoras y especiales.*

*Han investigado y asumen plenamente las condiciones de trabajo, los riesgos, la coexistencia con las concesiones del Sistema Transmilenio y en general, todos los factores determinantes de los costos que incidan en su **propuesta**.*

*La circunstancia en la que los **proponentes** de esta **licitación** hayan obtenido o no toda la información que pueda influir en la determinación de su oferta, que hayan o no efectuado visitas, que hayan estudiado o no los diseños, proyectos o planos referentes al Sistema o que haya asistido, no lo eximirá de la responsabilidad que le corresponde en relación con el conocimiento de la infraestructura que se ofrece para el desarrollo de la **concesión**, la ejecución completa de las obras y el desarrollo del **SITP** de conformidad con el **contrato**, ni le dará derecho al reembolso de costos, ni reconocimientos adicionales por parte del concedente, en el caso de que cualquiera de dichas omisiones derivén en posteriores sobrecostos en el negocio para el **concesionario** o cambios en la estructura de la oferta o **propuesta** o en los elementos o consideraciones en que hubiera podido fundarse para la presentación de tales ofertas o **propuestas**.”
(Negrillas del texto original)*

Por su parte, la Matriz de Riesgos del Contrato describe que el riesgo de operación se causa por “mayores egresos que los previstos. Costo de operación mayor al previsto Mayores costos de personal, chatarrización” y consiste en “**el efecto económico originado en la falta de una estimación acertada de los costos de operación, en sobrecostos por operación o personal, y en general, mayores costos de los previstos en la operación**”. La Matriz asigna el riesgo descrito al Concesionario; le atribuye una probabilidad de ocurrencia baja y un impacto medio.

El mismo documento, en el apartado correspondiente a la mitigación del riesgo, señala:

“(...) el riesgo asociado a los costos de operación - distintos a los incrementos previstos en la tarifa técnica - es del concesionario. Para mitigar este riesgo el concesionario debe efectuar los estudios y análisis 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 TMSA asume el riesgo de incremento de la tarifa técnica en los términos señalados en la presente matriz en lo relacionado con el riesgo regulatorio - Variación de la Tarifa. (Resalta el Tribunal).”

Finalmente, la misma Matriz establece el riesgo operacional por “mayores costos por concepto del mal estado de la infraestructura vial”, y lo define como el “efecto económico originado por el mal estado de las vías”, atribuyéndolo al Concesionario y asignándole una probabilidad de ocurrencia alta con un impacto medio. En el apartado correspondiente a la mitigación del riesgo descrito, señala la Matriz:

“(...) la asignación del riesgo aquí aludida hace referencia exclusivamente a las estimaciones económicas que debe realizar el concesionario respecto al impacto en sus costos de operación por el deterioro futuro de la malla vial. La situación actual de la malla vial es conocida por el concesionario de operación, y ha sido analizada por TMSA al momento de fijación de las fórmulas de remuneración por zona. El mantenimiento de la infraestructura vial de la ciudad es una responsabilidad del distrito.”

Así entonces, para el Tribunal no cabe duda de que todos los elementos invocados por la parte demandante como indicadores operacionales que impactan el comportamiento económico y financiero del contrato, suponen elementos que eran de previo conocimiento del Contratista en el momento de confeccionar su oferta y tomar la decisión de participar en la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009, y en esa medida le asiste la razón a **TRANSMILENIO** cuando señala que se trata de circunstancias que el Concesionario **conocía o debía conocer**.

Efectivamente, conforme al Pliego de Condiciones era obligación del Contratista efectuar el cálculo de los costos y gastos derivados de la ejecución del objeto contractual, basándose estrictamente en sus estudios técnicos, en sus estimaciones, con apoyo en la información contenida en el centro de documentación o cuarto de datos; con el conocimiento previo de las características del negocio; habiendo investigado plenamente las condiciones, proyectos, diseños y funcionalidad de la infraestructura que se destinaría al desarrollo de la actividad objeto de la concesión, las rutas troncales, auxiliares, complementarias, alimentadoras y especiales; habiendo investigado y asumido plenamente las condiciones de trabajo, los riesgos, la coexistencia con las concesiones del Sistema Transmilenio y, en general, todos los factores determinantes de los costos que incidirían en su propuesta. Más aún, es expreso el Pliego de Condiciones en el apartado citado, al señalar:

*“[I]a circunstancia en la que los proponentes de esta licitación hayan obtenido o no toda la información que pueda influir en la determinación de su oferta, que hayan o no efectuado visitas, que hayan estudiado o no los diseños, proyectos o planos referentes al Sistema o que haya asistido, **no lo eximirá de la responsabilidad que le corresponde en relación con el conocimiento de la infraestructura que se ofrece para el desarrollo de la concesión, la ejecución completa de las obras y el desarrollo del SITP de conformidad con el contrato** (Énfasis del Tribunal).*

Si unimos esa circunstancia con el hecho de que la Matriz de Riesgos del Contrato atribuyó al Concesionario el riesgo operacional derivado de *“el efecto económico originado en la falta de una estimación acertada de los costos de operación, en sobrecostos por operación o personal, y en general, mayores costos de los previstos en la operación”*; aunque se haya calificado su probabilidad de ocurrencia como baja, es innegable que era -y es- responsabilidad del Contratista conocer, entender, investigar y calcular todas las circunstancias técnicas, económicas, financieras que rodean al negocio jurídico y, por ende, es su deber asumir las consecuencias que se deriven de no haber calculado, o calculado mal, el impacto de esas circunstancias sobre los ingresos esperados.

Además, por su experiencia, el Concesionario debió estimar que, por lo complejo de la operación del SITP, los mencionados indicadores operacionales del Pliego de Condiciones tendrían una variación en su ejecución.

Llama la atención en todo caso, que, en el escrito de reforma de la demanda, **SUMA** cuestione las condiciones topográficas de la zona de Ciudad Bolívar, las pendientes que reducen la velocidad de recorrido y las paradas que deben hacer los buses en las mismas, la existencia de estrechos radios de giro, la congestión vehicular, la utilización de las vías del SITP por vendedores ambulantes y mercados. No observa el Tribunal en qué medida aquello supone un cambio a las circunstancias preexistentes a la suscripción del Contrato de Concesión, conocidas por el Concesionario, como si la topografía de pendiente de la zona de Ciudad Bolívar hubiese variado, o los radios de giro por la distancia entre las construcciones de la zona se hubiese reducido, o las dificultades propias de la dinámica comercial de una zona con las condiciones socio-económicas como la descrita fuesen nuevas e imprevisibles, o como si antes de la suscripción del contrato no existiese congestión vehicular, a la que contribuyen tanto vehículos afectados al servicio público (pertenezcan al SITP o no) como de uso particular, o que aquello supusiera un elemento nuevo en la ecuación contractual reprochable a la entidad contratante.

En punto a la condición de la malla vial y su afectación sobre la operación del sistema en la zona de Ciudad Bolívar, la Matriz de Riesgos no deja lugar a equívocos y señala que su probabilidad de ocurrencia era **alta**, que las condiciones de la infraestructura vial al momento de la suscripción del contrato eran conocidas y aceptadas por el Contratista, y que él asumía el riesgo por el deterioro futuro de la referida malla vial y el impacto operacional y económico que

ello generaría, luego no hay lugar a reproche o reclamo alguno sobre el particular en esta sede arbitral.

Finalmente, en lo que atañe a la adopción del pico y placa en el sur de la ciudad, basta indicar en primer término que aquello supone una decisión del entero resorte de la Administración Distrital y no de **TRANSMILENIO** como extremo Contratante. En segundo lugar, como se refirió, era previsible que los indicadores operacionales pudieran sufrir variaciones derivadas de la complejidad de la ejecución de una concesión que tendría una duración de 25 años, y no se podría pretender que en el dinamismo social, político y económico propio de los conglomerados urbanos, esas condiciones sociales, políticas y económicas en cuyo marco se ejecuta el contrato, sean idénticas desde el año 0 hasta el año 25, como si la suscripción del mismo implicara el congelamiento de la Administración Pública y la invariabilidad de las condiciones del referido conglomerado hasta que el contrato finalice.

En tercer lugar, los elementos probatorios que obran en el expediente no acreditan en términos cuantitativos cuál fue el impacto económico producido por la imposición de la medida de pico y placa en la zona operada por **SUMA**, ni determinaron fehacientemente cómo la mayor o menor congestión vehicular por ella producida influyó en el balance de la ecuación económica del contrato; de hecho, las pruebas testimoniales recaudadas refieren que más allá de la propia medida de pico y placa, el real impacto operacional fue producido por la condición de la malla vial y la congestión vehicular característica de una de las salidas de la ciudad de Bogotá hacia la zona de los Llanos Orientales²³, ambos elementos que estaban dentro de los límites de lo previsto -o por lo menos previsible- por parte del Contratista.

Por lo discurrido, el Tribunal negará la pretensión decimoséptima de la reforma de la demanda, y declarará probado los medios exceptivos denominados ***“El Concesionario debía basar su propuesta en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones, bajo su responsabilidad”***; ***“El diseño operacional es del Sistema y no un diseño operacional concebido para el Contrato, y TRANSMILENIO no asumió frente al Concesionario obligación contractual de obtener un cierto o determinado diseño operacional según el interés del Concesionario”***; ***“SUMA asumió el riesgo de operación por mayores costos que pudieran presentarse frente a los estimados y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia”***.

²³ En audiencia del 5 de octubre de 2017, en testimonio rendido por el señor Julio Andrés Beltrán Rivera (empleado de la Organización SUMA S.A.S entre enero de 2016 y febrero de 2017, al ser preguntado sobre la previsión del contratista frente a la variación que podía experimentar la ciudad en términos de tráfico y congestión durante los 25 años de duración que tendría el contrato, el testigo indicó: *“Es posible que hayan previsto, pero no con los valores y con la situación que se encontró, voy a citar un ejemplo, Ciudad Bolívar está en la parte sur de Bogotá y que es una de dos salidas que hay para el Llano, resulta que con la restricción del pico y placa del Alcalde definió una línea que separaba el área donde no había pico y placa, justo ese límite era el paso por el puente del Río San Benito y entonces qué hacían todos los que entraban desde el oriente hacia Bogotá, se ubicaban en el carril No. 1 o en el carril No. 2 para esperar que el pico y placa finalizara para continuar su recorrido hacia Bogotá (...)”*.

8.- ENTREGA DE PATIOS DEFINITIVOS (PRETENSIÓN DECIMOCTAVA)

Para una mejor perspectiva del tema en cuestión, el Tribunal considerará la posición de las partes en materia de entrega de patios definitivos (8.1). Enseguida, realizará las consideraciones correspondientes a este asunto (8.2), para, posteriormente, concluirlo (8.3).

8.1.- LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DE INDICADORES CONTRACTUALES

El Tribunal tendrá en cuenta los argumentos esgrimidos por la Convocante (8.1.1) y por la Convocada (8.1.2)

8.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

SUMA alega en el escrito de reforma de la demanda, que los precios de los terrenos, arriendos y adecuaciones de patios de operación (o terminales zonales) se incrementaron sustancialmente por la indisponibilidad de tierra que cumpliera con los estándares de **TRANSMILENIO** y las autoridades ambientales. Así mismo, señala que el componente tarifario que remunera el mantenimiento de patios que hoy recibe **SUMA** no cubre los costos, que se han incrementado por los cambios de estándares por parte de Transmilenio.

Afirma que por falta de disponibilidad de terrenos con las condiciones y estándares exigidos por el contratista y por las autoridades distritales, los predios disponibles para la operación del SITP tienen mayor distancia de los orígenes de las rutas y dado que los patios quedan más lejos de lo estimado, los denominados kilómetros en vacío reales son inmensamente superiores, aspecto que hace que **SUMA** recorra kilómetros cuyos costos no son reconocidos.

Señala que, por cuenta de decisiones de diversa índole de la entidad demandada, no ha sido factible contar en la ciudad con la disponibilidad de lotes que cumplan con los estándares contractuales y la normatividad distrital, lo que ha disminuido la oferta de terrenos e incrementado los costos.

Refiere que la cláusula 14 del Contrato de Concesión prevé un término máximo y perentorio de 5 años para la duración del período de transición para la operación de terminales zonales temporales, al cabo del cual el Contratante debe entregar al Concesionario los patios o terminales zonales definitivos. Agrega que el Contrato no contempló la atribución de **TRANSMILENIO** de prorrogar autónoma e unilateralmente la etapa de transición.

Indica la parte demandante que **TRANSMILENIO**, actuando en desconocimiento del Contrato, mediante comunicaciones N° 201EE21632 y 2015EE26707, esta última del 30 de diciembre de 2015, con fundamento en las cláusulas 14 y 23 del Contrato 010 de 2010 y en los Decretos Distritales 294 de 2011, 305 de 2015 y 289 de 2016, anunció la ampliación de la etapa de transición para la operación de

terminales o patios zonales lo que, en consecuencia -según afirma- genera un claro y ostensible incumplimiento del Contrato.

Con fundamento en lo anterior, sobre el punto específico, **SUMA** solicita, en la pretensión decimoctava, que se declare que **TRANSMILENIO** incumplió el Contrato de Concesión N° 010 de 2010 en lo relacionado con la entrega de patios definitivos.

8.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La entidad demandada indica que la demanda se encamina a desconocer lo pactado en el Contrato, pues pretende endilgarle a **TRANSMILENIO** el hacerse cargo de todo aquello que el Concesionario asumió como riesgo propio, y por tal razón las consecuencias de él derivadas debían ser asumidas por el Contratista. Agrega que en tanto el Concesionario se hizo cargo del riesgo de operación, debe afrontar su falta de estimación adecuada o su falta de eficiencia administrativa, que es la consecuencia natural de haber asumido ese riesgo como propio.

Insiste en que el riesgo operativo derivado de los mayores costos por kilómetros en vacío fue asumido por el contratista conforme a la Matriz de Riesgos del Contrato, y que por lo mismo el Concesionario asumió la implicación económica de la consecución de los predios, para lo cual debió hacer sus propios análisis y estimaciones.

Sostiene que la cita efectuada en la demanda reformada respecto de la cláusula 14 del Contrato, es incompleta, porque en ella, además de contemplarse la duración del período de transición de 5 años para la operación de los terminales zonales temporales, se incluye la posibilidad de que esa transición sea prorrogada, previa comunicación al Contratista. En ese sentido, añade, se expidieron el Decreto 305 de 2015, la Resolución 525 de 2015 y el Decreto 289 de 2016, extendiendo la vigencia de las normas relacionadas con los patios transitorios, información que fue transmitida al Concesionario, y en ese sentido, se ha dado cabal cumplimiento al clausulado contractual.

Con fundamento en lo anterior, propone como medios exceptivos los denominados *“SUMA incumplió su obligación de no utilizar patios transitorios objetados y de cumplir con la normatividad ambiental aplicable a los mismos”* y *“la etapa de transición en relación con la operación de patios transitorios continúa en ejecución”* (excepciones 19 y 20, respectivamente).

Con motivo del primer medio exceptivo, aduce que el Concesionario se obligó con **TRANSMILENIO** a conseguir los predios para la operación de los patios provisionales y a dar cumplimiento a la normatividad ambiental aplicable en relación con las actividades que ejecute en los mismos en desarrollo de la concesión, obligación que fue incumplida en atención a que se ha venido operando un patio provisional en zona de protección ambiental, a pesar de haber sido objetado por **TRANSMILENIO**, y en franca contravía de la regulación ambiental que está obligado a observar.

Como fundamento del segundo medio exceptivo, aduce que la cláusula 12 (etapa preoperativa) establece la obligación para el concesionario de conseguir las áreas de patios y talleres para la operación, denominadas terminales zonales, durante la etapa de transición, etapa que no ha finalizado en tanto la misma fue prorrogada en uso de la facultad conferida por la cláusula 14 del Contrato.

8.2.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

De conformidad con los argumentos esgrimidos por las partes de este litigio arbitral, el problema jurídico que corresponde decidir al Tribunal en este punto se reduce a establecer si, como lo afirma la parte convocante, **TRANSMILENIO** incumplió sus obligaciones contractuales en lo que atañe a la disponibilidad de los patios definitivos para el parqueo de la flota de vehículos asignados al sistema; o si, por el contrario, la entidad convocada actuó con estricto apego al marco jurídico otorgado por el clausulado del Contrato de Concesión N° 010 de 2010 y, por ende, los reclamos del Contratista obedecen a situaciones propias de los riesgos por él asumidos.

En consecuencia, la solución del problema jurídico a resolver se abordará desde los siguientes tópicos: estipulaciones contractuales respecto de la disponibilidad de patios definitivos, duración y prórroga del período de transición para la operación de patios transitorios (8.2.1); y riesgos operativos asumidos por el contratista conforme a la matriz de riesgo del contrato (8.2.2).

8.2.1.- ESTIPULACIONES CONTRACTUALES RESPECTO DE LA DISPONIBILIDAD DE PATIOS DEFINITIVOS. DURACIÓN Y PRÓRROGA DEL PERÍODO DE TRANSICIÓN PARA LA OPERACIÓN DE PATIOS TRANSITORIOS

Como bien lo señaló **SUMA** en la demanda reformada, el Contrato de Concesión N° 010 de 2010 consagra en su cláusula 14, denominada “*ETAPA DE TRANSICIÓN*”, que:

“Durante los cinco (5) primeros años de la Concesión, contados a partir de la adjudicación del Contrato, se autoriza un período de transición para la operación de terminales zonales de carácter temporal, los cuales además de los requisitos exigidos por TRANSMILENIO S.A., en sus manuales de operación, deberán cumplir con los requisitos relacionados con la normatividad urbana que defina la Secretaría Distrital de Planeación para su incorporación urbanística legal, exclusivamente en esta etapa.”

No cabe duda, entonces, que la vocación de la estipulación contractual en cita es de auténtica transitoriedad, y de que ese período de transición para la operación de terminales zonales transitorios contaba, en principio, con un límite temporal de cinco años.

Ahora, también es verdad, como replicó **TRANSMILENIO**, que la misma cláusula 14 contempla la posibilidad para la entidad contratante de ampliar la etapa de transición, previa información al concesionario. En efecto, indica la nota 2 de la cláusula en comentario: “*Finalizado el tercer año de la concesión, contado a partir de*

la firma del Contrato, el Distrito informará al CONCESIONARIO si se amplía o no la etapa de transición”.

Constituye un hecho aceptado por las partes en sus escritos de demanda reformada y contestación a la misma, y por ende no se encuentra en discusión, que **TRANSMILENIO** le comunicó al contratista, a través de los Oficios N° 201EE21632 y 2015EE26707, el último del 30 de diciembre de 2015, la ampliación de la etapa de transición para la operación de terminales o patios zonales para la operación del sistema. La existencia de ambos documentos fue reconocida por la parte demandante en el hecho 81 de su libelo reformado, y los mismos fueron aportados por **TRANSMILENIO** en su contestación.

También se encuentra por fuera de controversia que la Administración Distrital profirió los Decretos 294 de 2011, 305 de 2015 y 289 de 2016, normatividad en la que se soportaron precisamente las comunicaciones arriba mencionadas y que constituyen el fundamento de la cuestionada prórroga del período de transición para la operación de los patios o terminales transitorios. Al respecto es importante precisar que si bien el artículo 177 del Código General del Proceso indica que el texto de las normas jurídicas que no tengan alcance nacional (como es el caso de los decretos mencionados) debe aducirse en copia al proceso, circunstancia que en el *sub lite* no se ha producido, la prueba de su existencia en este momento se vuelve superflua pues se trata de un hecho cierto aceptado por ambas partes.

A la luz de lo anterior, y a pesar del hecho de que el Contrato N° 010 fue suscrito el 17 de noviembre de 2010, que la comunicación de la prórroga del período de transición referido se produjo hasta el año 2015 y que por ende el término de 3 años del que trata la nota 2 de la cláusula 14.1 había sido superado; resulta imperativo concluir que incluso bajo ese escenario, por expresa disposición contractual el contratante estaba autorizado para disponer esa prórroga, lo que contradice la tesis sostenida por la parte demandante sobre el particular.

Dicho de otro modo, no observa el Tribunal causal de incumplimiento al clausulado del contrato en cabeza de **TRANSMILENIO**, como consecuencia de la prórroga del plazo de operación de los patios transitorios.

8.2.2.- RIESGOS OPERATIVOS ASUMIDOS POR EL CONTRATISTA CONFORME A LA MATRIZ DE RIESGOS DEL CONTRATO

Acreditada como se encuentra la potestad contractual que permitía la prolongación del plazo de operación de los patios o terminales zonales temporales, incluso después de superado el período inicial de transición de 5 años, corresponde ahora definir si, como lo asevera **TRANSMILENIO** en su contestación de la demanda reformada, los costos asociados a la ausencia de disponibilidad definitiva de los terrenos a utilizarse como patios o terminales de parqueo, constituyen un riesgo operacional que fue asumido por el contratista y por ende no pueden ser indemnizados; o si, por el contrario, aunque se trata de una circunstancia que se enmarca dentro de las facultades contractuales de la entidad Contratante, su configuración supone un desborde de los límites del riesgo asumido por el Contratista, y por ende restablecer el equilibrio de la ecuación económica.

En ese propósito, es preciso remitirnos a la Matriz de Riesgos definida para el Contrato de Concesión N° 010 de 2010 (Anexo 5), que contiene la tipificación, asignación y mitigación de los riesgos contractuales; así como a su Anexo Explicativo y a las discusiones que sobre el punto bajo estudio se dieron en el marco de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsible.

Así, esta Matriz contempla el riesgo operacional causado por “mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales”, y lo describe como:

“(…) el efecto económico originado en la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas lo que genera kilómetros en vacío durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales”. Señala así mismo la matriz, en el apartado correspondiente a la mitigación del riesgo, que “corresponde al concesionario adoptar las medidas para mitigarlos, con estudios y análisis de las condiciones de mercado y establecer los mecanismos de mitigación durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales.”

Finalmente, el riesgo se le asigna al Concesionario y se le atribuye una probabilidad de ocurrencia baja (cuantificada por el Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos entre un 1% y un 33% de probabilidad) y con impacto medio.

En la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsible, celebrada entre el 12 y el 16 de febrero de 2010, los asistentes a la misma propusieron a **TRANSMILENIO** observaciones a propósito del mencionado riesgo operacional “por mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales”, y dentro de tales se manifestó que de conformidad con el Documento CONPES 3107 de 2001 era responsabilidad de **TRANSMILENIO** la compra o adquisición de los predios correspondientes, pues es quien tiene la facultad de adquirir el predio o adelantar los procesos de expropiación correspondientes. La Matriz de Riesgos que se proponía trasladaba al Concesionario adjudicatario la responsabilidad de la consecución de las terminales durante el período de transición (del cual se indicó, tendría una prolongación inicial de 5 años, prorrogables por la administración), lo que supondría incurrir en costos considerablemente mayores para el Contratista, derivados de las condiciones de adecuación impuestas por la entidad Contratante y de la ausencia de espacios adecuados para tal fin. Veamos (folios 482 y 483, cuaderno de pruebas n° 7):

“Aunque la Administración ha asumido la responsabilidad de suministrar los Terminales Zonales a los concesionarios que sean adjudicatarios de zonas con y sin operación troncal, los cuales serán entregados cinco (5) años después de dar inicio a la operación, la responsabilidad por la consecución de dichas terminales durante los primeros cinco (5) años de la concesión, sigue estando en cabeza de los concesionarios, lo que genera las siguientes dificultades y cargas que pueden resultar bastante gravosas y onerosas para estos últimos:

i) La cláusula 14 de la minuta del contrato de operación troncal y no troncal contempla las “CONDICIONES PARA LA ADECUACIÓN” que

serán exigidas para las Terminales Zonales provisionales, sin importar la calidad de tenencia que tenga sobre las mismas el operador. En este sentido, si bien la minuta de contrato dice que durante la etapa de transición se permitirá el uso de Terminales Zonales en condiciones similares a las del actual transporte público colectivo, la realidad es que las exigencias de adecuación son ya bastante altas en comparación con la operación actual. Esto se traducirá en grandes costos de adecuación para los operadores como se puede deducir lógicamente.

ii) Adicionalmente a lo anterior, lo que puede generar una mayor carga y reflejarse en mayores costos para el concesionario, está relacionado con el hecho de que actualmente en la ciudad no se cuenta con espacios adecuados para cumplir con todas las exigencias técnicas y ambientales que deberán ser satisfechas según la minuta de contrato. Esto llevará necesariamente a que los operadores tengan que recurrir a una gran número de patios pequeños ubicados en lugares apartados con el fin de cumplir con las exigencias dispuestas por la Administración, lo que no sólo generará un importante impacto económico en el modelo financiero, sino que dificultará el cumplimiento de otras obligaciones dispuestas en el contrato de concesión, como el control absoluto que deberá tener de la flota y los constantes informes que sobre la misma deberá rendir a TRANSMILENIO.”

En el Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos, al referirse a las observaciones sobre el punto en comento, la entidad contratante reconoce que “el Distrito es el responsable de comprar y construir los terminales zonales” pero que “este riesgo solo se asigna al concesionario en la etapa de transición (5 años) en el cual le corresponde a éste la consecución de las áreas de estacionamiento de vehículos. Una vez el Distrito aporte los terminales zonales, las rutas iniciarán su recorrido desde dichos terminales”.

Agrega el mencionado Anexo que:

“siendo el concesionario el que determina la ubicación de los terminales, le corresponde a él asumir el riesgo de los kilómetros en vacío que se generen por su decisión”, y que “durante la etapa de transición el contrato permite al concesionario – con fundamento en un estudio técnico que lo justifique- proponer las modificaciones a las rutas que considere necesarias para garantizar el servicio, lo que naturalmente incluye la modificación de los recorridos hasta los terminales zonales en caso de que no sea posible la consecución del suelo en alguna o algunas de las zonas concesionadas.”

El CONPES 3107 de 2001, citado en acápites anteriores, fue el documento base utilizado por TRANSMILENIO para “la tipificación, asignación y estimación de los riesgos previsibles”, según se indicó en el Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos, y en aquel se define la política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura. En el apartado correspondiente a los riesgos de operación, lo describe de la siguiente manera:

“El riesgo de operación se refiere al no cumplimiento de los parámetros de desempeño especificados; a costos de operación y mantenimiento

mayores a los proyectados; a disponibilidad y costos de los insumos; y a interrupción de la operación por acto u omisión del operador, entre otros.

*El riesgo de operación incide sobre los costos y los ingresos del proyecto debido a que implica menores niveles de productividad, e induce un incremento de los costos. **La operación del proyecto es parte del objeto mismo del contrato, por lo que este riesgo se asigna al inversionista privado, bajo el principio que éste tiene mayor control sobre la operación, salvo en los casos en que la misma involucre actividades a cargo de la entidad estatal y actividades a cargo del inversionista privado, a raíz de las cuales este riesgo puede ser compartido**²⁴. Como mecanismo para mitigarlo, se debe exigir el cumplimiento de requisitos de experiencia en operación y capacidad técnica.” (Resalta el Tribunal)*

Examinada entonces la distribución de riesgos contenida en la Matriz que integra los documentos contractuales, observa el Tribunal que efectivamente el riesgo derivado de “la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas lo que genera kilómetros en vacío durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales”, fue en principio conocido por el Contratista y asumido por él en su condición de adjudicatario del Contrato de Concesión. Así mismo, en tanto riesgo operativo, a la luz de la documentación CONPES, aquella circunstancia debía -y debe- ser esencialmente asumida por el Contratista como el extremo contractual que más cercano se encuentra al control sobre la operación.

Como se sostuvo en acápites anteriores, la validez de la Matriz de Riesgos que integra el Contrato N° 010 de 2010 no está en discusión; se trata, por el contrario, de determinar en cada caso hasta qué punto la realidad de la ejecución del contrato ha superado o no los límites del riesgo definido, atendiendo a criterios de razonabilidad. Así mismo, para determinar ese margen de razonabilidad, como también se ha explicado, es imperativo analizar si la ocurrencia de las alteraciones a las que hace referencia el riesgo previsto se enmarca o no dentro del alea normal del negocio suscrito o si lo desbordan. Así lo ha puntualizado el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia²⁵.

*“Regresando al examen de la cláusula en referencia, es preciso al mismo tiempo acotar que, según se desprende de su texto expreso, al concesionario se le trasladaron todos los riesgos inherentes a la ejecución del contrato, cuestión que de suyo lleva a concluir que **su asunción se enmarcó dentro del supuesto de ocurrencia de alteraciones razonablemente previsibles y propias del álea normal del negocio suscrito que llegaren a producirse, acaecidas dentro del escenario de las condiciones inicialmente pactadas, hecho que no podría hacerse extensivo a los eventos en que se alteraran las***

²⁴ Cita de cita: “En algunos casos de procesos de participación privada, como en el modo aéreo este riesgo es compartido, por cuanto la operación depende de una parte del inversionista para aspectos aeroportuarios y de otra del Estado en aspectos aeronáuticos, en la medida que el aspecto aeroportuario no se desvincula del aspecto aeronáutico en la prestación del servicio”.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de noviembre de 2016, exp. 5000-23-26-000-2012-00233-01(52161).

condiciones iniciales por disposición del ente contratante. (Resalta el Tribunal)”

Para los efectos anotados, es preciso volver sobre el contenido obligacional que abarca el contrato en el apartado bajo estudio, en procura de establecer si el riesgo operacional derivado de *“la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas lo que genera kilómetros en vacío durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales”*, involucra actividades a cargo de ambos extremos de la relación contractual; si a la luz de lo acontecido durante su ejecución, se desbordó o no el riesgo que en principio radicaba en cabeza del concesionario; y si, en caso afirmativo, el mismo debe ser compartido con la entidad contratante -como lo indica el Documento CONPES 3107 de 2001-.

Así, tenemos que la cláusula 14 del Contrato de Concesión N° 010 de 2010 es del siguiente tenor, y por sus implicaciones para el caso bajo estudio es preciso citar *in extenso*:

CLÁUSULA 14. ETAPA DE TRANSICIÓN

14.1. Terminales zonales

Durante los cinco (5) primeros años de la Concesión, contados a partir de la adjudicación del Contrato, se autoriza un periodo de transición para la operación de terminales zonales de carácter temporal, los cuales además de los requisitos exigidos por TRANSMILENIO S.A., en sus manuales de operación, deberán cumplir con los requisitos relacionados con la normatividad urbana que defina la Secretaría Distrital de Planeación para su incorporación urbanística legal, exclusivamente en esta etapa.

Durante este período se permitirá la operación de terminales zonales en condiciones operacionales similares a las de transporte público colectivo actual, bajo las reglas definidas en el presente contrato. Con posterioridad a este periodo el Distrito ajustará la remuneración y adelantará todas las gestiones que garanticen la disponibilidad del suelo requerido para la operación en terminales zonales. Terminada la Concesión los patios o terminales zonales se revertirán al Distrito.

Lo anterior no se predica respecto de las condiciones urbanísticas y arquitectónicas que deberán suplirse de acuerdo con la normatividad que la Secretaría Distrital de Planeación adopte para el período de transición en cuenta a estos equipamientos de transporte.

Durante el periodo de transición, el Distrito, a través de las Secretarías Distritales de Planeación, Movilidad y Ambiente expedirá las normas necesarias para que los terminales y equipamientos de transporte definitivos operen, cumpliendo requisitos integrales que minimicen su incidencia en el entorno.

De igual forma, en este período de transición el Concesionario deberá adelantar las adecuaciones físicas a los predios en donde se localicen los

terminales y equipamientos de transporte que serán utilizados para el SITP. Estas adecuaciones, serán exigibles, a los predios, sin perjuicio de la condición de tenencia que ostente el operador sobre los mismos, conforme a los requisitos que a continuación se listan:

CONDICIONES PARA LA ADECUACIÓN

Localización:

Los terminales y equipamientos de transporte no podrán ubicarse en:

- *Los componentes de la estructura ecológica principal, establecidos en el Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá o en otros instrumento, tales como el Sistema de Áreas Protegidas, los parques urbanos los corredores ecológicos y el Área de Manejo Especial del Río Bogotá.*
- *Dentro del suelo rural en el parque minero Industrial del Mochuelo y en las zonas reservadas para el manejo y disposición de residuos sólidos.*
- *Las áreas de riesgo no mitigable.*
- *En componentes del sistema de espacio público.*

Zonas residenciales netas. Áreas de actividad Central (Centro Tradicional y Núcleos Fundacionales), y/o zonas sometidas a tratamiento de conservación histórica o arquitectónica.

Acceso peatonal: Independiente del acceso vehicular.

Acceso vehicular: El acceso a los equipamientos del SITP en la fase de transición no se podrá hacer desde vías de la malla local (Vías tipo V-7, V-8 y V-9), excepto en el caso que estén definidos como corredores de movilidad local (CML). En el caso que el equipamiento tenga frente sobre una vía de la malla arterial se debe cumplir con lo establecido en el artículo 182° del Decreto 190 de 2004. Los accesos y salidas deben tener como mínimo un ancho de 7.0 metros.

Batería Baños: Se deben proveer baterías de baños que pueda atender la demanda del terminal, se podrán utilizar baños portátiles.

Cerramiento: Los equipamientos deben contar con un cerramiento perimetral, que involucre el área física del equipamiento.

En los linderos con áreas públicas, se deberá acondicionar un cerramiento con visibilidad del 90% como mínimo en donde se permite zócalos hasta de 0.60 metros de altura, tomar como base de referencia las mallas de cerramiento las incluidas en las cartillas de mobiliario urbano adoptada mediante Decreto Distrital 603 de 2007.

Aislamientos laterales, posterior y contra predios vecinos: mínimo de 5.0 metros o la dimensión que indique la ficha reglamentaria del sector, si es

mayor. Los aislamientos no deben ser ocupados por ningún tipo de instalación y serán empedrados y arborizados.

Superficie rodadura: En las áreas de estacionamiento y circulación de vehículos se debe garantizar superficies que no generen contaminación por material particulado.

Áreas de despacho y/o administración: Se debe garantizar áreas de despacho seguras para los operadores.

Servicios y/o actividades adicionales: Se regularán conforme a la normatividad nacional y distrital vigente en cada caso.

Capacidad de Terminales: La capacidad mínima de terminales es de 30 vehículos.

Nota 1: De conformidad con la normatividad vigente, no podrán utilizarse las zonas de reserva vial o de otras infraestructuras como uso temporal para la etapa de transición. Los terminales actuales del transporte público colectivo que estén ilegal o irregularmente ubicados en los sitios mencionados, no podrán continuar operando, ni ser utilizados como del SITP en la etapa de transición.

Nota 2: Finalizado el tercer año de la concesión, contado a partir de la firma del Contrato el Distrito informará al CONCESIONARIO si se amplía o no la etapa de transición.

Si transcurridos cinco (5) meses contados a partir de la adjudicación, el Contratista no manifiesta por escrito a TRANSMILENIO S.A. su intención de construir directamente, el Distrito adoptará las medidas necesarias para su construcción, haciendo efectivo el ajuste a la remuneración del concesionario previsto en la fórmula de remuneración del presente contrato.

En aquellos casos en que el CONCESIONARIO construya directamente, se requerirá de aprobación de TRANSMILENIO S.A. de la ubicación del Terminal y sus especificaciones técnicas, en los términos previstos en el presente contrato. En estos casos, si el concesionario lo solicita, el Distrito realizará la gestión de las herramientas previstas en la normatividad urbana que faciliten la compra del suelo con cargo a los recursos del concesionario incluyendo, entre otras, la expropiación administrativa. La gestión para la construcción definitiva de los terminales zonales se definirá en la etapa de transición.

Finalizada la etapa de transición (5 años), el Distrito, soportado en los resultados de los estudios técnicos, financieros y legales que efectúe sobre el tema, entregará los terminales zonales construidos y adecuados para la operación directa por los concesionarios o en cabeza de un tercero concesionario de patios, a través del mecanismo que se establezca para el efecto.

Tanto en el caso de construcción y compra directa por parte del Concesionario como en el de construcción por parte del Distrito, los

Terminales Zonales, junto con todas las mejoras, adecuaciones y equipos serán revertidos al Distrito, una vez finalizada la Concesión.

PARÁGRAFO. *Finalizada la etapa de transición, los terminales zonales tendrán condiciones de uniformidad, bajo la norma común que defina para el efecto la administración distrital.*

Las explotaciones conexas permitidas en los Terminales Zonales serán efectuadas por el Distrito Capital o por quién éste autorice.”

Conjugando las consideraciones que se han expuesto con las obligaciones contractuales que acaban de citarse, obtenemos lo siguiente: **i)** la cláusula 14 del Contrato de Concesión N° 010 de 2010 estableció un período de transición de 5 años, contados a partir de su suscripción, para la operación de patios o terminales zonales temporales, para el estacionamiento de los vehículos asignados al Sistema Integrado de Transporte Público; **ii)** la misma cláusula determinó que al cabo del período de transición, la entidad contratante entregará al contratista los patios o terminales zonales definitivos, construidos y adecuados, para el mismo propósito; **iii)** la cláusula 14 del contrato autoriza la prórroga del período de transición, previa comunicación al contratista; **iv)** es un hecho cierto, carente de discusión por parte del contratista, que **TRANSMILENIO** comunicó en su momento la prórroga del período de transición, y que a la fecha ese período de transición no ha culminado; **v)** a pesar de las observaciones planteadas por los proponentes en la audiencia de revisión de la asignación de riesgos, tanto en la Matriz de Riesgos como en su Anexo Explicativo quedó establecido que el riesgo operativo derivado de *“la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas lo que genera kilómetros en vacío durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales”* es asumido por el contratista mientras dure el período de transición; **vi)** en la misma medida, es obligación del contratista, mientras dure la etapa de transición, adelantar las adecuaciones físicas de los terrenos destinados para servir como patios o terminales zonales transitorios, de conformidad con las normas urbanísticas definidas por la Secretaría Distrital de Planeación y de conformidad con el Manual de Operación del Contrato; **vii)** la asignación del riesgo operacional en cabeza del Contratista es armónica con lo establecido en el Documento CONPES 3107 de 2001, en la medida que la operación del proyecto es parte del objeto mismo del Contrato, por lo que este riesgo se asigna al inversionista privado, bajo el principio que este tiene mayor control sobre la operación; **viii)** el riesgo en mención tiene asignada una probabilidad de ocurrencia baja; **ix)** la cláusula 14 del contrato contempla obligaciones a cargo de ambas partes, aunque el riesgo operacional mencionado en principio solo sea desplazable en cabeza de la entidad contratante, en el momento en que culmine la etapa de transición para la operación de los terminales zonales temporales, que como se dijo aún no ha terminado.

8.3.- LA CONCLUSIÓN PARA EL CASO CONCRETO

Se tiene entonces que la carga obligacional durante la etapa de transición se encuentra radicada principalmente en cabeza del Concesionario, y que *“la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas lo que*

genera kilómetros en vacío durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales” constituye un riesgo operacional que por su naturaleza correspondía asumir al contratista, de conformidad con la Matriz de Riesgos. Sin embargo, aun cuando el clausulado del contrato permite la prórroga de esa etapa de transición, no puede pasar por alto este Tribunal que el riesgo operacional que asumió el contratista fue catalogado por la propia Matriz con una probabilidad de ocurrencia baja y un impacto económico medio.

Al remitirse a los parámetros establecidos en el Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos, y a las definiciones en él contenidas, se encuentra que la propia Entidad Contratante explicó que *“la asignación del riesgo es el señalamiento que hace la entidad de la parte contractual que deberá soportar total o parcialmente la ocurrencia de la circunstancia tipificada, asumiendo su costo y su atención”*. Así mismo, indica que *“los riesgos derivados del contrato se encuentran asignados de acuerdo con el principio según el cual, cada riesgo debe ser asumido por la parte que mejor lo pueda controlar y administrar”* (Énfasis propio), y continúa mencionando que, para tal efecto, la tipificación, asignación y estimación de tales riesgos se sustentó en el Documento CONPES 3107 de 2001.

Igualmente, señala el Anexo Explicativo que *“en cuanto a la estimación del riesgo se establece la probabilidad de su ocurrencia, es decir, la posibilidad de que dicha circunstancia se presente durante la ejecución y desarrollo del contrato y su impacto entendiéndose este como la impresión o conmoción que pueda tener dicha circunstancia en el contrato afectando su equilibrio económico y financiero. Para tal efecto, se utiliza una valoración de orden cualitativo que comprende las calificaciones de alto medio y bajo”*.

Volviendo sobre el Documento CONPES N° 3107 de 2001, recuérdese que, si bien la operación del proyecto es parte del objeto mismo del contrato, *“por lo que este riesgo se asigna al inversionista privado, bajo el principio que éste tiene mayor control sobre la operación”*, en los casos en que esa operación involucre actividades a cargo de la entidad estatal y actividades a cargo del inversionista privado, *“este riesgo puede ser compartido”*.

De conformidad con los parámetros establecidos en el análisis general de riesgos del Contrato de Concesión N° 010 de 2010, efectuado en acápite anteriores, la atribución de probabilidad baja para la ocurrencia de un evento catalogado como riesgo contractual, supone que la parte que lo asume lo hace bajo el presupuesto de que su realización sea rara o poco probable, y es por ello que acepta soportar sus eventuales consecuencias, pues no se prevén circunstancias -desde la Matriz de Riesgos- que hagan suponer a ninguno de los extremos de la relación contractual que el evento allí tipificado **posible o probablemente** pueda acaecer. Visto desde la perspectiva de la Administración, si la entidad contratante cataloga el evento en cuestión como un riesgo bajo, es porque acepta que, en condiciones de normalidad, él mismo tiene poca probabilidad de ocurrencia, que no debería suceder, y es bajo esas condiciones que traslada la asunción del riesgo al contratista, de manera que si ocurre un evento los límites de la normalidad prevista por las partes, el riesgo asignado se ve desbordado.

En el caso concreto, el Contrato N° 010 contempló un período de transición para la operación de los terminales o patios zonales temporales de 5 años, al cabo de los cuales **TRANSMILENIO** tenía la obligación de entregar al concesionario los patios definitivos y de asumir, en condiciones de normalidad, los riesgos operativos derivados de dicha actividad contractual. Así mismo, en las condiciones de esa normalidad establecida en el contrato y en la Matriz de Riesgos, era durante ese período de 5 años, explícitamente definido en el clausulado del negocio jurídico, que el contratista tenía la obligación de asumir en exclusividad el riesgo operativo, considerando que la propia entidad contratante decidió atribuir una probabilidad de ocurrencia baja al riesgo de que no estuvieran listos los patios definitivos durante ese período, o dicho de otro modo, porque **TRANSMILENIO** estimó muy poco probable que ese evento sucediera.

Así, a pesar de que, como se ha dicho previamente, contractualmente estaba permitido que el período de transición pudiera prolongarse por decisión del Distrito, la calificación de aquello como un riesgo de baja probabilidad de ocurrencia en la Matriz de Riesgos, aunado al hecho de que el contrato no contempló un término preciso y definitivo para la prórroga del mencionado período de transición, supone que la efectiva configuración del siniestro, por fuera de los 5 años iniciales de duración de la transición, desborda los límites de razonabilidad o normalidad contemplados en la matriz y rebosa la carga asumible –y asumida- por el contratista.

Considerar lo contrario sería tanto como aceptar que el Concesionario deba soportar de manera indefinida las consecuencias derivadas de la omisión o del retardo de la Administración en el cumplimiento de sus propias obligaciones contractuales, en este caso la de poner a disposición del Contratista los terminales zonales definitivos, por el solo hecho de que el contrato haya previsto la posibilidad de que el período de transición se prorrogue sin un límite en el tiempo. La Administración podría alegar en su favor razones de fuerza mayor, caso fortuito, o cualquiera otra situación imprevisible, irresistible y exterior a su voluntad, pero al final terminaría trasladando siempre las consecuencias al Contratista, que, aunque también se encuentre en condiciones de exterioridad, irresistibilidad e imprevisibilidad frente al evento, se vería forzado a asumir su costo y atención, pues así lo establece la Matriz de Riesgos. Esa circunstancia implica ciertamente un desbalance en la ecuación contractual.

Aquí no se reprocha, como fue planteado por **SUMA** en su demanda reformada, incumplimiento en cabeza de **TRANSMILENIO** por la no entrega de los patios definitivos, pues como se ha dicho y reiterado, la prórroga del plazo para tal efecto es una facultad consagrada en el contrato y así se ha corroborado en el *sub lite*, independientemente de las razones que hayan derivado en tal circunstancia. Se trata, por el contrario, de reconocer que a pesar de la sujeción de ambas partes al cumplimiento de sus prestaciones, la realidad de la ejecución contractual ha superado el margen de normalidad del negocio jurídico suscrito, que la prolongación del período de transición y la actual *“la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas lo que genera kilómetros en vacío durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales”*, ya no comportan un riesgo jurídicamente atribuible al

contratista y que, al final, ello deriva en un rompimiento del equilibrio económico en detrimento suyo.

Esta conclusión se encuentra amparada en la posición que el Consejo de Estado ha fijado sobre la materia, en sentencia que si bien había sido traída a colación en líneas anteriores, es pertinente reiterar en este apartado²⁶:

*“En orden a articular lo plasmado respecto de la distribución de riesgos con la figura del equilibrio económico del contrato, imperioso resulta advertir que la fractura de la ecuación financiera puede tener cabida en el escenario de un contrato con matriz de riesgos, **cuando la concreción de la causa generadora de la misma desborde los límites de la asunción de quien lo padece.***

*Resulta que el **desequilibrio económico del contrato comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que al concebir el riesgo asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes, su concreción dentro del margen acordado y aceptado no habría de tener vocación para impactarlas negativamente.***

*Por contera, **si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada**” (Resalta el Tribunal)*

Bajo esa lectura, y teniendo en cuenta que el Documento CONPES 3107 de 2001, utilizado como derrotero por parte de **TRANSMILENIO** para la estructuración de la Matriz de Riesgos del contrato, contempla la posibilidad de que el riesgo sea compartido entre contratante y contratista cuando quiera que la operación involucre actividades a cargo de ambas partes, es forzoso concluir que el riesgo operativo de “la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas lo que genera kilómetros en vacío durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales” debe ser asumido por **TRANSMILENIO** y **SUMA**. Considerando que durante esa etapa de transición, uno y otro tenían una carga obligacional que cumplir, como ya se describió, estima el Tribunal que ese riesgo debe ser repartido en igual proporción, y así mismo, debe ser la asunción del impacto económico de él derivado.

Establecida como se encuentra la justicia del reclamo efectuado por **SUMA**, en el capítulo relativo a la revisión del contrato, se dispondrá lo pertinente en punto al restablecimiento del equilibrio contractual por el impacto económico negativo que generó para el contratista la “*la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas*”

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de marzo de 2017, exp. 08001-23-33-000-2013-00105-01(51526).

al lugar de inicio de rutas lo que genera kilómetros en vacío durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales”.

Por lo discurrido, este Tribunal de Arbitramento declarará que existe una ruptura del equilibrio económico del contrato, en contra de SUMA, derivada de la no entrega de patios definitivos. De otro lado negará la pretensión decimoctava, en lo concerniente a la entrega de patios definitivos, declarando que TRANSMILENIO no ha incumplido sus obligaciones contractuales sobre el particular. Por las mismas razones, se declarará la prosperidad de la excepción de mérito número 20, propuesta por la entidad demandada, denominada “la etapa de transición de en relación con la operación en patios transitorios continúa en ejecución”.

Finalmente, en cuanto atañe a la excepción número 19 propuesta por la entidad demandada, denominada “**SUMA incumplió su obligación de no utilizar patios transitorios objetados y de cumplir con la normatividad ambiental aplicable a los mismos**”, observamos que: i) la misma está confeccionada en clave de pretensión, circunstancia impropia de un mecanismo procesal que debe ir dirigido a manifestar una oposición a las pretensiones de la contraparte y no a efectuar reclamos a modo de réplica; ii) la entidad demandada, sobre el final del medio exceptivo en mención, reconoce que lo allí descrito comporta una situación superada; y iii) el reclamo por presuntos incumplimientos contractuales de la parte contratista contenido en esa excepción, no tiene una pretensión consecuencial en el escrito de demanda de reconvención, de manera que **no constituye un punto de derecho que corresponda dilucidar al Tribunal**. Idéntica argumentación emplea el Tribunal para no pronunciarse sobre las excepciones de mérito presentadas por SUMA al contestar la reforma a la demanda de reconvención, denominadas “**Si los desincentivos no son multas sino cláusulas penales gobernadas por el derecho privado, deben ser impuestas por el juez del contrato previa comprobación del incumplimiento y revisión de este Tribunal de las causales que dan lugar a los desincentivos y bajo la premisa que corresponden a situaciones típicas que en verdad afecten el servicio y no por nimiedades normales y, en lo poquísimos casos en que la causal podría ser objetiva, los desincentivos son exorbitantes y no corresponden a las condiciones operacionales reales sino teóricas**”, “**Resulta confiscatorio y sin ninguna causa que los desincentivos afecten la remuneración del contratista en los componentes denominados Remuneración por vehículo (TMVZ) y Remuneración por Kilómetro (TKMZ), por lo que solo debería cobijar la remuneración por pasajeros (TPAZ)**” y “**Los desincentivos en caso de mantenerse deben tener un límite máximo, si acaso, del 10% del valor de la remuneración por pasajeros (TPASZ) que reciba el Concesionario durante el mes en que se haya causado la sanción correspondiente**”.

9.- DESINCENTIVOS (PRETENSIONES VIGESIMOTERCERA PRINCIPAL Y SUS DOS SUBSIDIARIAS, VIGESIMOCUARTA, VIGESIMOQUINTA, VIGESIMOSEXTA, VIGESIMOSÉPTIMA Y VIGESIMOCTAVA)

Para una mejor perspectiva del tema en cuestión, el Tribunal considerará la posición de las partes en materia de desincentivos (9.1). Posteriormente, elaborará las consideraciones correspondientes a este asunto (9.2), y sus conclusiones (9.3).

9.1.- LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DE DESINCENTIVOS

El Tribunal tendrá en cuenta los argumentos esgrimidos por la Convocante (9.1.1) y por la Convocada (9.1.2).

9.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

La Organización **SUMA** alega en el escrito de reforma de la demanda, que la estipulación contractual que recogió los denominados “*desincentivos*”, prevista en las cláusulas 121 y 131 del Contrato de Concesión N° 010 de 2010, regula un procedimiento sumario y breve que imposibilita el pleno ejercicio de defensa del contratista, que además carece del elemento real de tipicidad, y que deja a la subjetividad de la interpretación de funcionarios sin mayor preparación (de la interventoría y de la propia Entidad Contratante), los aspectos claves para la decisión correspondiente.

Señala igualmente la parte demandante que las causales de imposición de los desincentivos se encuentran plasmadas en el Manual de Operaciones del Componente Zonal del SITP, en el Capítulo 11, y que la mayoría de incumplimientos contractuales que han dado lugar a la imposición de los denominados desincentivos que obedecen a circunstancias poco relevantes en la ejecución contractual, o en todo caso a situaciones menores que son propias del servicio.

Agrega la parte Actora que el procedimiento contemplado en la cláusula 131 del Contrato de Concesión es claramente violatorio del debido proceso y del derecho de defensa del Concesionario, pues impide que la decisión sancionatoria que en él se adopte se sustente en aspectos técnicos y, por el contrario -reitera- obedece a la subjetividad del intérprete.

Afirma igualmente **SUMA** que la remuneración que percibe como Contratista se descompone en tres elementos, a saber: i) remuneración de vehículos TMVZ, ii) remuneración por kilómetro TKMZ y iii) remuneración por pasajeros TPAZS. Al respecto, señala que, dada la naturaleza sancionatoria del desincentivo, lo lógico es que el mismo sólo verse sobre la tercera de tales modalidades, pues de lo contrario resultaría “*confiscatorio*” y derivaría en una suerte de “*sanción doble*” para el Contratista.

Por último, aduce que, en tanto sanción por incumplimiento, el límite máximo que podría aplicar la Entidad Contratante en los llamados desincentivos, corresponde al 10% del valor de la remuneración por pasajeros TPAZS, tal como fue pactado desde el inicio en el contrato.

Con fundamento en lo anterior, **SUMA** solicita lo siguiente:

“VIGESIMOTERCERA: *Que se declare la nulidad absoluta de las cláusulas 121 y 131 introducidas por el Otrosí N° 5 del Contrato de Concesión y del citado Otrosí y que como consecuencia todos los desincentivos queden sin efectos.*

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA VIGESIMOTERCERA: *Que se declare que los desincentivos son cláusulas penales gobernadas por el derecho privado y con ello sólo pueden ser impuestas por el juez de la causa previa comprobación del incumplimiento.*

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA VIGESIMOTERCERA: *Que se declare que los desincentivos deberán recibir el tratamiento de multas, como sanción pecuniaria de apremio, y con ello deben aplicarse en un todo, los artículos 17 de la ley 1150 de 2007 y 86 de la ley 1474 de 2011 dejando sin efectos los supuestos desincentivos ya impuestos.*

VIGESIMOCUARTA: *Que, en caso de mantenerse vigente los desincentivos, se interprete la Cláusula 121 introducida por el Otrosí N° 5, teniendo en cuenta que la figura de los desincentivos solamente debe cobijar el componente de pasajeros, que es en realidad el que determina el flujo de caja operativo para el concesionario y no como lo ha venido haciendo TRANSMILENIO afectando el 100% de la remuneración, es decir, abarcando los tres componentes de remuneración.*

VIGESIMOQUINTA: *Que se declare que las causas que dan lugar a los desincentivos, en caso que se consideren como multas o como cláusulas penales del derecho privado, deben ser por hechos objetivos debidamente comprobados y no por falencias normales en la prestación del servicio.*

VIGESIMOSEXTA: *Que se declare en caso de mantenerse los desincentivos que en tanto en cuanto penalizan la operación, solo resultan aplicables desde que efectivamente termine la implementación del SITP como estaba concebido y se esté en plena operación del sistema.*

VIGESIMOSÉPTIMA: *Que en caso en que el Tribunal decida mantener la figura de los desincentivos, revise las causas previstas para ello con miras a conservar solamente aquellas que de manera objetiva impacten verdaderamente la prestación del servicio y elimine, en consecuencia, las que no tienen esa connotación.*

VIGESIMOCTAVA: *Que se ordene restituir las sumas descontadas al Concesionario por concepto de los desincentivos.*

9.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

TRANSMILENIO, enfocó su réplica a los señalamientos que sobre el asunto de los desincentivos formuló **SUMA** en su demanda reformada, a través del escrito de demanda de reconvenición. En él afirmó que “*se dispuso por las partes en el otrosí No. 5 que es factible la imposición de desincentivos operativos, en tanto y en cuanto las situaciones que originan su imposición no guarden correspondencia*

con las facultades excepcionales de la Administración, cuando el Concesionario incurra en cualquier incumplimiento de requisitos y parámetros taxativamente contenidos en el manual de operaciones, o de requisitos y parámetros que guardando equivalencia con los establecidos en el manual de operaciones, se encuentren establecidos en el Contrato”.

Afirmó, además, la Entidad Demandada, en el hecho 21 de su demanda de reconvencción, que **“los desincentivos son una modalidad de sanción contractual acordada por las partes, que no participa de la naturaleza de las multas conminatorias, y que se sujeta a un procedimiento que las mismas partes han establecido”**. Agregó que dicha estipulación contractual resulta compatible con las directrices constitucionales y legales que gobiernan la materia, por cuanto: i) las conductas que pueden dar origen a la imposición de desincentivos se encuentran precisadas en el Manual de Operaciones, ii) son preexistentes al acto de su imposición y iii) para llegar a ella se observa un procedimiento que garantiza el debido proceso y el derecho de defensa.

Aduce que los denominados desincentivos, impuestos entre enero de 2013 y agosto de 2016, sumados a los intereses de mora causados hasta la fecha, ascienden a \$25.625'215.067, valor objeto de reclamación en esta sede arbitral.

Con fundamento en lo anterior, solicita lo siguiente:

“VII. PRETENSIONES

A) SERIE PRIMERA: PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA: *Que se declare que la cláusula 121, y en particular la cláusula 121.2 del contrato de concesión No. 10 de 2010, celebrado entre EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. y ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S., conforme a la modificación introducida a la misma en virtud del otrosí No. 5 del 28 de diciembre de 2011, en la cual las partes regularon la procedencia de la aplicación de desincentivos operativos al Concesionario, es válida y eficaz.*

SEGUNDA: *Que se declare que la cláusula 131, y en particular la cláusula 131.2 del contrato de concesión No. 10 de 2010, conforme a la modificación introducida a la misma en virtud del otrosí No. 5 de 28 de diciembre de 2011, en la cual las partes regularon el procedimiento para la imposición de desincentivos operativos al Concesionario, es válida y eficaz.*

TERCERA: *Que se declare que los desincentivos impuestos al Concesionario, ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S., entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de agosto de 2016, en aplicación de la cláusula 121 del Contrato de Concesión y con sujeción al procedimiento establecido en la cláusula 131 del mismo contrato, y objetados por este, fueron debidamente impuestos y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. tiene el derecho contractual a obtener el pago de los mismos y a descontar su monto de la remuneración a que el Concesionario, ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S.,*

tiene derecho de acuerdo a lo estipulado en el Contrato de Concesión, así como también a descontar los intereses de mora causados en relación con tales desincentivos.

CUARTA: *Que, como consecuencia de la declaración que se pide en la pretensión anterior, se condene a la ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. a reconocer y pagar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO -TRANSMILENIO S.A., por concepto de desincentivos impuestos entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de agosto de 2016, la suma de DICECINUEVE MIL CIENTO TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$19.135.981.424), o la que determine el Tribunal Arbitral.*

QUINTA: *Que, como consecuencia de la declaración que se efectúe conforme a la pretensión tercera, se condene a la ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. a reconocer a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO -TRANSMILENIO S.A., intereses de mora a la más alta tasa admisible en la ley, conforme a lo pactado en el contrato de concesión No. 10 de 2010, sobre los desincentivos impuestos entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de agosto de 2016, desde el momento en que se haya presentado el hecho o a circunstancia que causó el desincentivo y hasta la fecha del pago, o en la forma que determine el Tribunal.*

SEXTA: *Que se condene en costas a la parte demandada en reconvención, y las mismas se liquiden por el Tribunal con arreglo a la ley.*

B) SERIE SEGUNDA: PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSÓN TERCERA PRINCIPAL: *Que se declare que los desincentivos impuestos al Concesionario, ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S., entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de agosto de 2016, en aplicación de la cláusula 121 del Contrato de Concesión y con sujeción al procedimiento establecido en la cláusula 131 del mismo contrato, y objetados por este, con las exclusiones que determinen el Tribunal Arbitral, fueron debidamente impuestos y que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. tiene el derecho contractual a descontarlos de la remuneración a que el Concesionario. ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S., tiene derecho de acuerdo a lo estipulado en el Contrato de Concesión.*

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSÓN CUARTA PRINCIPAL: *Que, como consecuencia de la declaración que se pide en la pretensión subsidiaria anterior, se condene a la ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. a reconocer a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO- TRANSMILENIO S.A., por concepto de desincentivos impuestos entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de agosto de 2016, la suma que determine el Tribunal Arbitral.*

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSÓN QUINTA PRINCIPAL: *Que, como consecuencia de la declaración que se efectúe conforme a la pretensión tercera subsidiaria, se condene a la ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. a*

reconocer a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A., intereses de mora a la más alta tasa admisible en la ley, conforme a lo pactado en el contrato de concesión N° 10 de 2010, sobre los desincentivos impuestos entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de agosto de 2016, no excluidos por el Tribunal Arbitral, desde el momento en que se haya presentado el hecho o la circunstancia que causó el desincentivo y hasta la fecha del pago, o en la forma que determine el Tribunal.”

9.2.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

De conformidad con los argumentos esgrimidos por las partes en este litigio arbitral, los siguientes son los puntos de derecho que agrupan los aspectos centrales de la discusión, necesarios para aproximarnos a la solución que en derecho corresponde: i) la ausencia de conocimiento y/o acompañamiento jurídico del representante legal de **SUMA** como causal de invalidación del Otrosí N° 5. (9.2.1); ii) la naturaleza de los contratos estatales y del ordenamiento jurídico aplicable en materia sancionatoria. Breves precisiones (9.2.2); iii) la naturaleza del procedimiento establecido en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011. Alcance normativo y jurisprudencial, obligatoriedad de su disposición y posibilidad de estipulaciones contractuales en contrario (9.2.3); iv) apreciaciones generales sobre las cláusulas penales pecuniarias y su inclusión en los contratos administrativos. Diferencias y semejanzas con las multas de apremio previstas en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 (9.2.4); el debido proceso como presupuesto de rango constitucional para la imposición de sanciones administrativas (9.2.5); el procedimiento consagrado en las cláusulas 121 y 131 del Contrato N° 010 de 2010 (9.2.6)

9.2.1.- LA AUSENCIA DE CONOCIMIENTO Y/O ACOMPAÑAMIENTO JURÍDICO DEL REPRESENTANTE LEGAL DE SUMA S.A.S. COMO CAUSAL DE INVALIDACIÓN DEL OTROSÍ N° 5

Si bien no constituye un señalamiento expreso de la demanda, ni se alega directamente por parte de **SUMA** un vicio del consentimiento que ponga en tela de juicio la validez de la estipulación contenida en el Otrosí N° 5 del Contrato N° 010 de 2010, los hechos 94 y 95 del escrito de reforma de la demanda sugieren o dejan entrever alguna suerte de reproche de la parte Convocante. Ese reproche se dirige, por un lado, al hecho de que quien representaba legalmente en ese momento a SUMA S.A.S. no contaba con los conocimientos jurídicos necesarios para entender el alcance y efectos del otrosí suscrito, como tampoco tuvo acompañamiento jurídico de profesional del derecho alguno; y por otro, por la existencia supuesta de presiones por parte de **TRANSMILENIO** para el efecto.

Sea lo primero resaltar el imperativo constitucional que impone a toda persona la obligación de “cumplir la Constitución y las leyes”, que no es otra cosa que la reiteración por el Constituyente del principio general del derecho *ignorantia juris non excusat*, consagrado en el artículo 9 del Código Civil. Así lo ha entendido la Corte Constitucional en pacífica jurisprudencia, al indicar²⁷:

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-651 del 3 de diciembre de 1997.

*“Puede afirmarse con certeza que no hay siquiera un jurista especializado en una disciplina jurídica particular que pueda responder por el conocimiento cabal de las que constituyen el área de su especialidad. Mucho menos puede esperarse que un ciudadano corriente conozca todas las normas que se refieren a su conducta. El recurso epistémico utilizado por el legislador es más bien la ficción, de uso frecuente y obligado en el derecho, y que en el caso específico que ocupa a la Corte puede expresarse de este modo: **es necesario exigir de cada uno de los miembros de la comunidad que se comporte como si conociera las leyes que tienen que ver con su conducta. La obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita.** La solidaridad social, un hecho inevitable que la Constitución reconoce para construir sobre él conductas socialmente exigibles, ligada al artículo 13, invocado por los demandantes como norma violada por el artículo cuestionado, sirve más bien de fundamento al imperativo que él contiene, así como el artículo 95 que establece de modo terminante: “Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”, constituyen sólido fundamento de la disposición acusada que, por los motivos consignados, debe ser declarada conforme a la Constitución.” (Resalta el Tribunal)*

En segundo lugar, conviene precisar que a voces de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.* Así, considerando que el Estatuto de Contratación de la Administración Pública no contempla disposición especial en materia de los vicios del consentimiento del negocio jurídico, debemos remitirnos necesariamente a lo regulado en el Código Civil sobre la materia.

En ese orden de ideas, tenemos que el artículo 1508 del Código Civil consagra como vicios del consentimiento el error, la fuerza y el dolo y, a su vez, el artículo 1509 ibídem indica de manera expresa que **“El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”**. Por otro lado, señala el artículo 1513 del mismo Estatuto que *“la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave”*.

En el caso que nos ocupa, no se demuestra por parte de la entidad convocante que realmente se haya presentado la referida presión con la que el contratista fue supuestamente apremiado por parte de **TRANSMILENIO** para suscribir el Otrosí N° 5, y tampoco se argumenta en qué medida, de existir tal conducta, fuese suficiente para erigirse como una fuerza capaz de infundir un temor que condicionara el *“sano juicio”* de quien entonces representaba legalmente a **SUMA** y suscribió el documento cuestionado, como lo exige la norma precitada.

Esa circunstancia, aunada al hecho ya indicado de que la ignorancia de la ley o la falta de acompañamiento o asesoramiento jurídico del que intervino en el negocio jurídico, como error de derecho, no vicia su consentimiento, impide concluir que el Otrosí N° 5 deba ser invalidado, como pareciera sugerirlo la parte demandante, según se desprende de los hechos 94 y 95 del libelo. Por tanto, **el Tribunal tiene por no probada la excepción denominada “TRANSMILENIO S.A. ejerció fuerza so pena de consecuencias funestas para los Concesionarios, con miras a lograr la suscripción del Otrosí número 5 de 2011”.**

El Consejo de Estado, en anterior oportunidad, se ha pronunciado en la misma línea que se acaba de esgrimir, cuando en sentencia del 26 de julio de 2012 de la Sección Tercera, señaló²⁸:

“Además, para que las circunstancias esgrimidas por el libelista configuren un vicio de fuerza que anule el negocio jurídico, es necesario que sean de tal intensidad que conduzcan a la merma de la libertad de la parte que la soporta, en cuanto le provocan un temor de sufrir un mal grave e irreparable que no le deja otra alternativa u opción razonable para evitarlo que celebrar el negocio jurídico. Y, usualmente, cuando se presenta un incumplimiento contractual, como lo esgrime la actora, sea por la falta de ejecución por una de las partes de sus obligaciones, o la ejecución tardía o defectuosa de las mismas, no es una vicisitud de la relación obligatoria que se estudie a la luz de los vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo) y de la nulidad que éstos generan, sino en el escenario del régimen de responsabilidad que la misma conlleva para exigir el derecho a su cumplimiento sea a través de la conminación directa o extrajudicial para provocar en forma espontánea la solución por el deudor, ora mediante la ejecución forzada por las vías judiciales.

50. De ahí que, las diferencias que se puedan suscitar a propósito del cumplimiento de las obligaciones en un contrato, no pueden viciar en principio y por sí solas el consentimiento en otro negocio jurídico que celebren las mismas partes, sino que deberán estar acompañadas de otro tipo de supuestos que permitan configurar tal irregularidad en la expresión de la voluntad, porque como fuente de obligaciones que es el contrato y, por ende, al constituir un vínculo jurídico, es de derecho que cualquiera de sus partes pueda exigir, presionar, perseguir o demandar de la otra determinada conducta o comportamiento (prestación de dar, hacer o no hacer) ajustado a su tenor, y aún contra su voluntad, en el entendido de que se encuentra autorizado para ello y que hace parte del desenvolvimiento de la relación comercial y del régimen de responsabilidad que reconoce y patrocina el orden jurídico. Esto significa que los actos de cumplimiento o incumplimiento del débito contractual por las partes, su exigencia o las controversias que se presenten con ocasión al desarrollo de la relación obligacional no son por definición y, por lo ordinario, constitutivos de fuerza o violencia que puedan restringir o mermar de manera injusta e ilegítima la libertad para expresar el consentimiento en la celebración de un acto bilateral de terminación del contrato.” (Énfasis añadido)

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2012, Exp. 13001-23-31-000-1998-00343-01 (23605).

9.2.2.- LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS ESTATALES Y DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO APLICABLE

La lectura sistemática de los artículos 1, 2 y 32 de la Ley 80 de 1993, nos permite concluir que deben considerarse como contratos estatales *“aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza”*, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado, quien ha acogido para dicha catalogación un criterio subjetivo u orgánico²⁹.

Consecuencia directa de ello, es el hecho de que la normatividad adjetiva que a él deba aplicarse sea auténticamente de derecho administrativo, con independencia de que en el apartado sustantivo, como se adelantó en el subtítulo inmediatamente anterior, los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, se deban regir por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes (artículo 13). Así lo ha concluido el mismo alto tribunal, al ilustrar³⁰:

“De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”

Es así como el propio Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, prevé el procedimiento que deben seguir las entidades a él sometidas para el ejercicio del control y vigilancia sobre los contratos que suscriban, y en especial para la imposición de multas conminatorias para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, o para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato.

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2013, Exp. 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996).

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 20 de agosto de 1998, Exp. 14.202.

mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. *Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento.

Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”

9.2.3.- LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 17 DE LA LEY 1150 DE 2007 Y 86 DE LA LEY 1474 DE 2011. ALCANCE NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL, OBLIGATORIEDAD DE SU DISPOSICIÓN Y POSIBILIDAD DE ESTIPULACIONES CONTRACTUALES EN CONTRARIO

Al tenor literal del artículo 13 del Código General del Proceso, *“las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la Ley”*. Señala igualmente la norma en comento que *“las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas”*. La disposición que acabamos de citar es una réplica exacta, en lo pertinente, de lo que ya estatúa el anterior Código de Procedimiento Civil en su artículo 6° y que ha sido reiterado de manera constante y pacífica por la Corte Constitucional en su jurisprudencia.

De hecho, el Alto Tribunal, a propósito del tema en mención, precisó³¹:

*“Tradicionalmente, las normas jurídicas según su relación con la voluntad de los particulares han sido clasificadas en taxativas y dispositivas. **Son taxativas, aquellas que obligan en todo caso a los particulares independientemente de su voluntad.** Llámese dispositivas, por el contrario, las que pueden dejar de aplicarse, por decisión expresa de los sujetos en una situación jurídica concreta. Así, respecto de las primeras, no resulta lícito derogarlas ni absoluta, ni relativamente en vista del fin determinado que las partes se propongan alcanzar, porque la obtención de este fin se encuentra cabalmente disciplinado por la norma misma³²*

En ese orden, se encuentran dentro de las llamadas normas taxativas, las relativas a los procedimientos, por cuanto su observancia vincula independientemente de la voluntad de los sujetos respecto de los cuáles ésta va a producir efectos.

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-213 del 28 de febrero de 2008.

³² Cita de cita: Ver GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. Trigesimoséptima edición. 1.990 Pág. 94

En efecto, dispone el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil: “Observancia de las normas procesales. Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de ley.

Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas”. (Énfasis añadido)

Como se indicó, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece el **procedimiento para la imposición de multas, sanciones, declaratorias de incumplimiento y para hacer efectivas las cláusulas penales**, a través de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011. En efecto, recuérdese que el citado artículo 86 prescribe que “*Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento (...)*”.

Así, a la luz de lo que se acaba de exponer, resulta forzoso concluir que ese procedimiento constituye auténticamente una norma de orden público, de carácter imperativo y de inobjetable aplicación para sus destinatarios, esto es, para los dos extremos de la relación contractual estatal. En esa misma medida, cualquier estipulación de las partes que contravenga, desconozca o desmejore las reglas establecidas en dicho procedimiento, se entiende no escrita.

Sobre este particular, vale decir que si bien la autonomía de la voluntad como principio general del derecho encuentra plena aplicación en los contratos estatales (artículo 32 de la Ley 80 de 1993), no es menos cierto que su efectividad se encuentra limitada por las propias disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y **el orden público**. Así lo indica con toda claridad el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que en su tenor literal expresa:

“ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. *Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

PARÁGRAFO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.” (Resalta el Tribunal)

En ese sentido, desde ahora afirmamos que toda estipulación que quiera introducirse por los extremos de una relación contractual pública, específicamente en lo atinente al procedimiento necesario para la imposición de multas, sanciones, declaraciones de incumplimiento y para hacer efectivas las cláusulas penales, debe: i) respetar de manera irrestricta las garantías propias del debido proceso (previstas en los artículos 29 superior y 17 de la Ley 1150 de 2007); y ii) acogerse al procedimiento reglado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para su trámite y decisión. Cualquier otra disposición que sobre ese particular, y en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual, pretendan insertar las partes en su negocio jurídico, será jurídicamente válida en tanto y en cuanto suponga una adición de aquellas formas y garantías esenciales, más no si la estipulación contractual supone una supresión o sustitución de tales formas y garantías.

Como elemento adicional, es preciso referirse ahora a la naturaleza conminatoria del procedimiento contemplado en el denominado Estatuto Anticorrupción. Así, como se lee de la naturaleza del procedimiento consagrado en los artículos 17 de la Ley 1150 y 86 de la Ley 1474 es la de constituirse como un apremio para el contratista supuestamente incumplido, precisamente a efectos de que la causa del incumplimiento del contrato cese. O sea, que la multa o sanción prevista en tales normas constituye un medio para llegar a un fin consistente en el cumplimiento o puesta al día de las obligaciones contractuales por parte del contratista presuntamente incumplido.

Esa circunstancia se corrobora con lo señalado por el legislador en los artículos precitados, al disponer que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, decisión “*que deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista*”; y que así mismo “*La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento*”.

En sentencia del 13 de noviembre de 2008, la Sección Tercera del Consejo de Estado desarrolló el punto en mención, y recalcó el auténtico carácter conminatorio de la potestad sancionatoria estatal en materia contractual³³:

“El Estado, como forma de organización política, se ha establecido como un medio a través del cual se aseguran diversas finalidades, situación que se constata -para el caso colombiano- en el artículo 2 de la Constitución de 1991, que consagra una pluralidad de fines de la organización estatal, pero que convergen en un común denominador: la consecución de los intereses generales. Es pues, en consideración al cumplimiento de estos propósitos, que el Estado desarrolla diversas actividades y utiliza diferentes mecanismos jurídicos, económicos, políticos y sociales de acción. Incluso, el contrato estatal se ha erigido -desde la práctica administrativa- en uno de los mecanismos más eficientes y necesarios para alcanzar los intereses de orden general. De igual forma, la Administración ha tenido que servirse de medios e instrumentos, y que debido a las circunstancias actuales y al creciente surgimiento de funciones a su cargo le han sido otorgadas desde el ordenamiento jurídico. Uno de ellas (sic) -de gran importancia por sus efectos- es la potestad sancionadora, la cual es una herramienta de la administración para desarrollar cada una de sus actividades. Es importante, entonces, tener presente el alcance y los fundamentos propios de la actividad punitiva de la administración, en cuanto al desarrollo de sus funciones, conforme a lo cual -para la sana ejecución de los fines propios del Estado-, y en ejercicio de funciones administrativas, la administración tiene la potestad de imponer sanciones, ya sea a los mismos funcionarios públicos o a los particulares, respetando las disposiciones legales. En cuanto a la finalidad de la potestad sancionadora de la administración, la Corte Constitucional ha señalado que “... constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos.”

De acuerdo con lo anterior, la imposición de sanciones contractuales, por parte de la administración, tiene naturaleza correctiva, pues pretende instar al obligado a cumplir los compromisos adquiridos. En este sentido, la Sala resalta la importancia histórica de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, pues en ella se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad -figuras que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar los objetivos del Estado-. Pero, de igual forma, se recuerda que su correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso, según se ha dicho en otras ocasiones. Así mismo hay que agregar, que se debe observar el principio de proporcionalidad, en el cual se debe apoyar el servidor público, y eventualmente el juez, para imponer una sanción.”

(Resalta el Tribunal)

9.2.4.- APRECIACIONES GENERALES SOBRE LAS CLÁUSULAS PENALES PECUNIARIAS Y SU INCLUSIÓN EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2008, exp. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON LAS MULTAS DE APREMIO PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 17 DE LA LEY 1150 DE 2007 Y 86 DE LA LEY 1474 DE 2011

De acuerdo con lo previsto en el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal "(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal". Al respecto ha señalado el Consejo de Estado:

"aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio³⁴" (Resalta el Tribunal).

Como se observa, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública les otorga a las entidades dos herramientas de orden pecuniario conceptualmente diferentes, para abordar los escenarios de incumplimiento de las obligaciones del contratista. La primera, denominada multa, tiene una finalidad de apremio al contratista parcialmente incumplido, que no supone en ningún caso relevarlo de continuar la ejecución regular de sus obligaciones; al tiempo que la segunda herramienta, denominada cláusula penal, se erige como medida correctiva y equivale a una tasación anticipada de perjuicios.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado³⁵ se ha orientado por la misma postura que se acaba de indicar, en total coincidencia con la línea trazada por la jurisprudencia de la Sección Tercera, al afirmar:

"(...)1. La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración. 2. La obligación que nace de la multa es el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de pagar una suma de dinero es distinta (adicional) de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2008, exp. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

³⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 29 de noviembre de 2010, exp. 11001-03-06-000-2010-00109-00(2040).

incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero, además, si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa. Por tanto, las multas y su cumplimiento no pueden ser neutras o favorables al contratista, pues conllevan implícita una consecuencia desfavorable para él, derivada de la situación de incumplimiento en que se ha puesto. Si no fuera así, la multa no cumpliría su función de apremio, pues al contratista le podría ser indiferente cumplir o no sus obligaciones para con la Administración.” (Énfasis del Tribunal)

Bajo esa perspectiva, cualquier sanción de orden pecuniario que la entidad contratante pretenda hacer efectiva en el marco de la ejecución contractual, que tenga como objetivos el redireccionamiento del contrato y la adopción de correctivos ante incumplimientos o retardos parciales, en procura de satisfacer la finalidad trazada con el mismo, reviste un auténtico carácter de **multa conminatoria**, con independencia de la denominación que por las partes se le haya dado en el texto del contrato.

9.2.5.- EL DEBIDO PROCESO COMO PRESUPUESTO DE RANGO CONSTITUCIONAL PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS

La Corte Constitucional ha definido el alcance e implicaciones del debido proceso constitucional, visto como derecho fundamental y como principio inherente al Estado de Derecho, *“cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad”*³⁶.

Así, ha señalado la Corte Constitucional que *“el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues **representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado.** En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, **respetando las formas propias de cada juicio** y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos”*³⁷ (Resalta el Tribunal).

De manera particular, en lo atinente al respeto de las formas y garantías propias del debido proceso en el ejercicio del *ius puniendi* administrativo, la misma Corte Constitucional ha precisado que si bien la aplicación del mismo se lleva a cabo de manera más rigurosa en el marco del derecho penal, por la evidente gravedad de los derechos que con este se afectan, tales diferencias de aplicación, apenas naturales, no facultan al operador jurídico para desbordar los límites establecidos por el Constituyente, en la medida que, insistimos, el debido proceso es un principio inherente al Estado de Derecho, y por ende transversal a todas y cada una de sus instituciones. Dicho de otra manera, a pesar de que la aplicación un poco más flexible del debido proceso es aceptable y entendible en sede

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-034 del 29 de enero de 2014.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-980 de 2010.

administrativa, aún esa flexibilidad se encuentra limitada por garantías de ineludible aplicación. Veamos³⁸:

*“En ese orden de ideas, la Corte ha expresado que “entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad, sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. **En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal.**”³⁹*

5.1.2. En la doctrina⁴⁰ se postula, así mismo, sin discusión que la administración o las autoridades titulares de funciones administrativas lo sean de potestad sancionadora y que **ésta en cuanto manifestación del ius puniendi del Estado está sometida a claros principios generalmente aceptados, y en la mayoría de los casos proclamados de manera explícita en los textos constitucionales.** Así, a los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios), se suman los propios de aplicación del sistema sancionador, como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso – régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias- (juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta⁴¹), de proporcionalidad o el denominado *non bis in ídem*.

Así mismo dentro del ámbito sancionador administrativo cabe destacar la aceptación de la interdicción de las sanciones privativas de la libertad, la

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-827 del 8 de agosto de 2001.

³⁹ Cita de cita: Sentencia C-597 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero Esta orientación, de otra parte, coincide con líneas doctrinarias generalmente aceptadas, como pone de presente Ramón Parada cuando expresa que en materia penal el principio imperante debe ser el de reserva absoluta de ley mientras que en materia sancionatoria administrativa debe imperar el principio llamado de “cobertura legal” que “sólo exige cubrir con ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantías de las sanciones, pero con la posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas es decir la tipicidad. Obra citada en la nota 17.

⁴⁰ Cita de cita: Juan Alfonso Santamaría Pastor. Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. Tomo II. Segunda Edición. 2000.

⁴¹ Cita de cita: Ver Ramón Parada Vásquez. Derecho Administrativo. Tomo I Marcial Pons. Madrid 1996. Luis Morell Ocaña. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. “La actividad de las administraciones públicas. Su control administrativo y jurisdiccional”. Arandazi. Madrid. 1996.

instauración de la multa como sanción prototípica y la necesaria observancia de un procedimiento legalmente establecido.

5.1.3. Esta Corte también ha puesto de presente que en el ámbito del derecho sancionador administrativo es imprescindible que se observen los principios enunciados, que son comunes a todos los procedimientos que evidencian el *jus puniendi* del Estado.”

En últimas, como lo ha delineado el Consejo de Estado, el debido proceso se materializa, entre otros, a través del principio de legalidad de las actuaciones que se despliegan a través del ejercicio del *ius puniendi sui generis*, actuando como límite de ese poder punitivo y como parámetro también de la autonomía de la voluntad contractual. Al respecto, ilustró el Alto Tribunal⁴²:

*“El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política -artículo 29- quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. Este precepto contiene un mandato claro: **las autoridades -administrativas o judiciales- tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que él es pilar fundamental del derecho sancionador del Estado.** Teniendo en cuenta que los servidores públicos deben adelantar sus funciones con observancia del ordenamiento jurídico, esta obligación se predica, igualmente, frente al desarrollo de la actividad contractual del Estado, pues para la consecución de los distintos fines dispuestos por la Constitución, es necesario que las conductas públicas se adecuen y ejerzan obedeciendo la ley, esto es, respetando las competencias definidas por la normatividad. **En este orden de ideas, para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la cláusula penal pecuniaria en los contratos, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad.** Sin embargo, el principio de legalidad, en materia contractual, tiene variantes, matices o características que no comparte el común de los procedimientos sancionatorios. Se trata del hecho de que aquel tiene diversas lecturas o aplicaciones: una fuerte y otra débil. La primera hace alusión a que la falta y la sanción deben estar contempladas en una ley, en sentido formal o material, de manera que la garantía de la legalidad se incrusta en lo más íntimo del principio democrático, pues se exige que una norma con la jerarquía y solemnidad de la ley sea quien desarrolle el *ius puniendi* del Estado. De este tipo es el régimen sancionador penal, disciplinario, fiscal, y en materia contractual aplica para la sanción de caducidad. La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las*

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2008, exp. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

*sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma -por ejemplo un reglamento- quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos. Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley -bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley- no las contempla de manera directa -salvo excepciones-. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten. Obsérvese cómo el “principio de legalidad” -es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley-, en materia contractual se reduce a la simple “tipicidad” de la conducta -es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga. **Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes -no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de *ius puniendi sui generis* al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad.** (Resalta el Tribunal)*

Uniendo lo expuesto hasta acá, y considerando entonces: i) que los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 prevén de manera taxativa el procedimiento para la imposición de multas, sanciones, declaratorias de incumplimiento y para hacer efectivas las cláusulas penales, por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; ii) que cualquier sanción de orden pecuniario que la entidad contratante pretenda hacer efectiva en el marco de la ejecución contractual, que tenga como objetivos el redireccionamiento del contrato y la adopción de correctivos ante incumplimientos o retardos parciales, en procura de satisfacer la finalidad trazada con el mismo, reviste un auténtico carácter de multa conminatoria, con independencia de la denominación que por las partes se le haya dado en el texto del contrato; y iii) que el ejercicio del *ius puniendi* administrativo demanda del operador jurídico la preservación de las garantías del debido proceso constitucional, dentro de las cuales se encuentra el respeto del procedimiento legalmente establecido; se debe concluir que **la imposición de multas o sanciones pecuniarias, derivadas del incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales, debe sujetarse, como mínimo, al procedimiento establecido en los referidos artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, y cualquier estipulación en contrario debe tenerse por no escrita, pues aún la autonomía de la voluntad contractual está limitada por las previsiones legales en las que la misma se enmarca.**

9.2.6.- EL PROCEDIMIENTO CONSAGRADO EN LAS CLÁUSULAS 121 Y 131 DEL CONTRATO No. 010 DE 2010

El 17 de noviembre de 2010 se suscribió entre la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** y **LA SOCIEDAD ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S.** el Contrato de Concesión N° 010 de 2010, “*PARA LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP PARA A ZONA 12) CIUDAD BOLVAR SIN OPERACIÓN TRONCAL*”. Las cláusulas 121 y 131 del contrato originalmente suscrito, catalogadas bajo el Capítulo 20 denominado “MULTAS”, eran del siguiente tenor:

“CLÁUSULA 121. IMPOSICIÓN DE MULTAS

TRANSMILENIO S.A. podrá imponer las multas correspondientes de acuerdo con lo previsto en las cláusulas incluidas en el presente capítulo en los eventos en que el CONCESIONARIO incumpla las obligaciones, requisitos, parámetros y responsabilidades en cuanto a los plazos, estándares o condiciones establecidos en el Contrato de Concesión y en los manuales anexos al mismo.

La multa será impuesta mediante acto administrativo motivado, previo el seguimiento de un procedimiento cuya finalidad es garantizar el derecho de defensa y el debido proceso del CONCESIONARIO.

Las multas se causarán a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación y hasta que cese el respectivo incumplimiento.

En todo caso y para efectos de la tasación, en ningún evento se impondrán multas por un valor total acumulado que supere el diez por ciento (10%) del valor total de los ingresos que por todo concepto perciba el CONCESIONARIO con ocasión del presente Contrato, durante el mes en que se haya causado la sanción correspondiente.

La introducción, modificación o supresión de multas no afectará las multas que se hayan impuesto hasta el día en que aquellas sean vinculantes y exigibles.

Las multas estarán expresadas en el salario mínimo legal mensual vigente para el momento en el que se esté aplicando.

En los manuales expedidos por TRANSMILENIO S.A. se identificará e individualizará las conductas generadoras de multas por concepto de servicio al usuario, teniendo en cuenta las quejas y reclamos que reciba por parte de los usuarios, y las conductas que observe en el CONCESIONARIO o sus empleados, representantes y dependientes, que puedan afectar el grado de satisfacción de los usuarios con el Sistema.

(...)

CLÁUSULA 131. PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICION Y LIQUIDACION DE MULTAS.

La imposición, liquidación y pago de las multas se sujetará al siguiente procedimiento:

TRANSMILENIO S.A. preparará y remitirá al CONCESIONARIO un informe de los hechos identificados mediante cualquiera de los mecanismos previstos en el presente Contrato que puede configurar un incumplimiento, con indicación del soporte técnico y jurídico que sustenta el informe y el valor de la multa.

El CONCESIONARIO tendrá tres (3) días hábiles a partir del recibo de la comunicación para presentar a TRANSMILENIO S.A. sus descargos sobre el informe, anexando los soportes y pruebas que sustenten su respuesta. Cumplido este plazo se convocará a la audiencia prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Si dentro del plazo de que trata el numeral anterior, el CONCESIONARIO acepta expresamente el contenido del informe, TRANSMILENIO S.A. mediante acto administrativo, en el que se resumirán las circunstancias de hecho y de derecho de la multa, procederá a imponerla y, en razón al allanamiento voluntario, el valor de la multa al CONCESIONARIO se disminuirá en un cuarenta por ciento (40%).

Igualmente se entenderá que hubo allanamiento en el evento de que el CONCESIONARIO no formule objeción a la multa dentro del plazo para rendir descargos y, en consecuencia, se hace acreedor al descuento.

Si dentro del plazo de que trata el numeral anterior, el CONCESIONARIO objeta la multa, TRANSMILENIO S.A. estudiará la defensa y pruebas aportadas por el CONCESIONARIO y decidirá si las acepta, evento en el cual se dará por terminado el trámite.

Si TRANSMILENIO S.A. no considera aceptables los descargos, procederá a imponer la multa mediante acto administrativo, el cual contendrá en detalle de los hechos que configuran el incumplimiento, la condición o previsión contractual incumplida, los mecanismos de verificación que dan cuenta de la infracción identificando las circunstancias de condición, tiempo y lugar que la determinaron, los descargos rendidos por el CONCESIONARIO, el análisis de los mismos y la tasación o cuantificación de la multa que se ha hecho exigible conforme a las previsiones contempladas al efecto en el presente Contrato.

En el evento de que el CONCESIONARIO que hubiere presentado descargos manifieste por escrito a TRANSMILENIO S.A. el allanamiento a la multa, antes de que se profiera el acto administrativo de imposición, el valor de la multa al CONCESIONARIO se disminuirá en un veinte por ciento (20%).

El acto administrativo a través del cual imponga la multa será notificado personalmente al CONCESIONARIO, a la Fiducia SITP y al asegurador.

Si el CONCESIONARIO que se hubiera allanado, expresamente o en virtud de su silencio, interpone recursos contra el acto administrativo de imposición de multa, perderá el descuento concedido.

Todas las multas que se causen se pagarán a través de la figura de la compensación, descontándose el valor de las multas de la participación que el CONCESIONARIO tenga derecho a obtener derivados de la ejecución del presente Contrato, una vez se encuentre en firme el acto administrativo de imposición de la multa. Será función de TRANSMILENIO S.A. verificar que se hagan los descuentos correspondientes, de manera oportuna en los periodos de pago de las participaciones previstos en el presente Contrato.

En todo caso, el pago o la deducción de dichas multas no exonerarán al CONCESIONARIO de su obligación de cumplir plenamente con las responsabilidades y obligaciones que emanen del presente Contrato.

El CONCESIONARIO, expresamente y en forma voluntaria acepta y autoriza, con la firma del presente Contrato, a TRANSMILENIO S.A. a solicitar a la FIDUCIA la compensación para el pago de las multas de que trata el numeral anterior.

En el evento en que no sea posible efectuar la compensación, TRANSMILENIO S.A. podrá hacer efectiva la garantía única o acudir al cobro coactivo de la misma.”

El 28 de diciembre de 2011 se suscribió por las partes el Otrosí Modificatorio N° 5 al Contrato N° 010 de 2010. En la parte considerativa de dicha modificación, se consigna que “con la expedición de la Ley 1474 de 2011 (...) algunos aspectos frente a la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento fueron modificados, señalando en su artículo 86 un nuevo procedimiento y a su vez, estableciendo en su artículo 90 nuevas causales de inhabilidad por lo que denomina la nueva ley un incumplimiento reiterado”; y así mismo señala en su motivación que “los contratos de operación del Sistema Integrado de Transporte Público -SITP establecen **unas multas operativas** diferentes de las multas de naturaleza conminatoria de que trata el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que al momento de su imposición en el marco de la vigencia de la Ley 1474 de 2011 podrían generar una confusión, corriendo el riesgo de declararle una inhabilidad al contratista a la que no habría lugar (...)”. Las partes, en el documento en mención, modificaron la cláusula 121 del contrato, la que optaron por denominar “**IMPOSICIÓN DE MULTAS Y DESINCENTIVOS**”, y que quedó confeccionada de la siguiente manera:

“CLÁUSULA 121. IMPOSICIÓN DE MULTAS Y DESINCENTIVOS.

121.1 MULTAS CONTRACTUALES: TRANSMILENIO S.A. podrá imponer las multas correspondientes de acuerdo con lo previsto en las cláusulas incluidas en el presente capítulo en los eventos en que el CONCESIONARIO incumplía las obligaciones, requisitos, parámetros y responsabilidades en cuanto a los plazos, estándares o condiciones

establecidos en el Contrato de Concesión y en los manuales anexos al mismo.

Estas multas de apremio, se aplicarán en ejercicio de las facultades excepcionales de la Administración en los términos establecidos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2008.

Las multas serán impuestas mediante acto administrativo motivado, previo el seguimiento de un procedimiento cuya finalidad es garantizar el derecho de defensa y el debido proceso del CONCESIONARIO. Estas multas se generarán por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el contrato.

En todo caso y para efectos de la tasación, en ningún evento se impondrán multas por un valor total acumulado que supere el diez por ciento (10%) del valor total de los ingresos que por todo concepto perciba el CONCESIONARIO con ocasión del presente Contrato, durante el mes en que se haya causado la sanción correspondiente.

Las multas estarán expresadas en el salario mínimo legal mensual vigente para el momento en el que se esté aplicando.

121.2 DESINCENTIVOS OPERATIVOS: Procederá la aplicación de desincentivos operativos al concesionario, que no corresponden a las facultades excepcionales de la Administración y que se incluyen en el contrato y/o en el manual de operaciones, el cual hace parte del presente contrato. Para estos efectos se considerarán desincentivos aquellos descuentos generados por cualquier incumplimiento de aquellos requisitos y parámetros taxativamente contenidos en el manual de operaciones o aquellos establecidos en el contrato que se refieran o tengan equivalencia a los de dicho manual.

Los desincentivos, serán objeto del procedimiento que más adelante se especifica, y en caso de proceder, serán descontados al Concesionario.

La introducción, modificación o supresión de desincentivos operativos, no afectará los que se hayan impuesto hasta el día en que aquellos sean vinculantes y exigibles.

En los manuales expedidos por TRANSMILENIO S.A. se identificarán e individualizarán las conductas generadoras de desincentivos operativos derivados de los acuerdos de niveles de servicio por concepto de servicio al usuario, teniendo en cuenta las quejas y reclamos que reciba por parte de los usuarios, y las conductas que observe en el CONCESIONARIO o sus empleados, representantes y dependientes, que puedan afectar el grado de satisfacción de los usuarios con el Sistema.

(...)

CLÁUSULA 131. PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN Y LIQUIDACIÓN DE MULTAS Y DESINCENTIVOS OPERATIVOS

131.1 Multas de apremio en ejercicio de las facultades excepcionales de la Administración en los términos establecidos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2008

La imposición, liquidación y pago de estas multas se sujetará al procedimiento establecido por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, o la norma que la modifique o sustituya.

131.2 Desincentivos operativos que no corresponden a las facultades excepcionales de la Administración y que se incluyen en el contrato y/o en el manual de operaciones, el cual hace parte del presente contrato.

La liquidación y pago de estos, se sujetará a las siguientes condiciones:

1. TRANSMILENIO S.A. preparará y remitirá al CONCESIONARIO un informe preliminar de los hechos identificados mediante cualquiera de los mecanismos previstos en el presente contrato para su verificación que pueden configurar un hecho objeto de desincentivo.
2. El CONCESIONARIO tendrá tres (3) días hábiles a partir del recibo para presentar a TRANSMILENIO S.A. sus observaciones sobre el informe preliminar.
3. Con base en dichas observaciones, o ante el silencio del CONCESIONARIO, TRANSMILENIO S.A. elaborará y remitirá al CONCESIONARIO un reporte detallado de los incumplimientos identificados, indicando los hechos que lo configuran, la condición o previsión contractual incumplida, los mecanismos de verificación que dan cuenta de la infracción identificando las circunstancias de condición, tiempo y lugar que la determinaron, y detallando la tasación o cuantificación del descuento que se ha hecho exigible conforme a las previsiones contempladas al efecto en el presente contrato.
4. Si hubiere alguna objeción por parte del CONCESIONARIO, deberá acudir directamente a los mecanismos de solución de conflictos del contrato. En este caso TRANSMILENIO S.A. no podrá ordenar que se efectúe descuento alguno, pero se entenderá que de resultar vencido el CONCESIONARIO, éste quedará obligado a cancelar el valor de la descuento más el valor de los intereses moratorias sobre la suma correspondiente, calculados a la tasa más alta admisible por la ley, para el cobro de intereses moratorias, los que se causarán desde el momento en que se haya presentado el hecho o la circunstancia que causó el desincentivo hasta la fecha de su pago efectivo.
5. Si el CONCESIONARIO se allanare, mediante pago efectivo o compensación deberá manifestarlo así a TRANSMILENIO S.A., de manera expresa y por escrito, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha en que haya recibido la comunicación que dé cuenta sobre la infracción y la cuantificación del desincentivo. En caso de allanamiento, en los términos anteriormente descritos, el concesionario se beneficiará de un descuento equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor correspondiente, siempre y cuando renuncie por escrito al ejercicio de cualquier recurso o acción contra la aplicación del

desincentivo. En todo caso, si el CONCESIONARIO se allanare al pago o compensación de dicho desincentivo, acogiéndose al beneficio previsto en el presente numeral, y posteriormente recurre o interpone acción alguna para debatir el informe o comunicaciones que hayan cuantificado o tasado el desincentivo, se entenderá que el pago o el descuento efectuado tiene el carácter de parcial, estando obligado el CONCESIONARIO a pagar la diferencia, incluyendo los intereses.

Si el CONCESIONARIO no manifiesta a TRANSMILENIO S.A. de manera expresa y por escrito, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha en que haya recibido la comunicación que dé cuenta sobre la infracción, la imposición y la cuantificación del desincentivo, su inconformidad o la aceptación del mismo, se entenderá que lo aceptó, y no se beneficiará del descuento previsto en el numeral anterior. Una vez agotado el trámite, TRANSMILENIO S.A. ordenará el descuento del valor del correspondiente desincentivo.

6. Todos los desincentivos que se causen podrán ser pagados a través de la figura de la compensación, descontándose dicho valor de la participación que el CONCESIONARIO tenga derecho a obtener, derivada de la ejecución del presente contrato. Será función de TRANSMILENIO S.A. verificar que se hagan los descuentos correspondientes, de manera oportuna en los periodos de pago de las participaciones previstos en el presente contrato. En todo caso, el pago o la deducción de dichos desincentivos no exonerará al CONCESIONARIO de su obligación de cumplir plenamente con los acuerdos de niveles de servicio contenidos en el presente contrato.

7. TRANSMILENIO S.A. comunicará al administrador de los recursos del Sistema la circunstancia de haberse hecho exigible un desincentivo al CONCESIONARIO, así como su cuantificación y ordenará su descuento. En todo caso y para todos los efectos legales, las partes pactan que este contrato conjuntamente con la comunicación que incorpora la tasación, prestará mérito ejecutivo.

8. El CONCESIONARIO, expresamente y en forma voluntaria acepta y autoriza, con la firma del presente contrato, a TRANSMILENIO S.A. a solicitar a la FIDUCIA la compensación para el pago de los desincentivos de que trata el numeral anterior.

Con posterioridad, las partes suscribieron el Otrosí N° 6, modificatorio nuevamente de las cláusulas 121 y 131 del Contrato N° 010 de 2010, aduciendo en la parte considerativa del citado documento que **“se estableció la necesidad de modificar los contratos de concesión suscritos para la operación de transporte en el marco del SITP, atendiendo a la diferencia existente entre las sanciones operativas derivadas de estipulaciones contractuales de derecho privado y las multas de naturaleza conminatoria de que trata el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que en la redacción de los contratos de concesión se confundieron las dos situaciones”** (Resalta el Tribunal). En lo relevante para la discusión objeto del presente título, dispusieron las cláusulas 121 y 131 lo siguiente:

“121.2 DESINCENTIVOS OPERATIVOS: Procederá la aplicación de desincentivos operativos al concesionario, que no corresponden a las facultades excepcionales de la Administración y que se incluyen en el contrato y/o en el manual de operaciones, el cual hace parte del presente contrato. Para estos efectos se considerarán desincentivos aquellos descuentos generados por cualquier incumplimiento de aquellos requisitos y parámetros taxativamente contenidos en el manual de operaciones o aquellos establecidos en el contrato que se refieran o tengan equivalencia a los de dicho manual.

Los desincentivos, serán objeto del procedimiento que más adelante se especifica, y en caso de proceder, serán descontados al Concesionario.

La introducción, modificación o supresión de desincentivos operativos, no afectará los que se hayan impuesto hasta el día en que aquellos sean vinculantes y exigibles.

En los manuales expedidos por TRANSMILENIO S.A. se identificarán e individualizarán las conductas generadoras de desincentivos operativos derivados de los acuerdos de niveles de servicio por concepto de servicio al usuario, teniendo en cuenta las quejas y reclamos que reciba por parte de los usuarios, y las conductas que observe en el CONCESIONARIO o sus empleados, representantes y dependientes, que puedan afectar el grado de satisfacción de los usuarios con el Sistema.

(...)CLÁUSULA 131. PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN Y LIQUIDACIÓN DE MULTAS Y DESINCENTIVOS OPERATIVOS

131.1 Multas de apremio en ejercicio de las facultades excepcionales de la Administración en los términos establecidos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2008

La imposición, liquidación y pago de estas multas se sujetará al procedimiento establecido por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, o la norma que la modifique o sustituya.

131.2 Desincentivos operativos que no corresponden a las facultades excepcionales de la Administración y que se incluyen en el contrato y/o en el manual de operaciones, el cual hace parte del presente contrato.

La liquidación y pago de estos, se sujetará a las siguientes condiciones:

1. TRANSMILENIO S.A. preparará y remitirá al CONCESIONARIO un informe preliminar de los hechos identificados mediante cualquiera de los mecanismos previstos en el presente contrato para su verificación que pueden configurar un hecho objeto de desincentivo.
2. El CONCESIONARIO tendrá tres (3) días hábiles a partir del recibo para presentar a TRANSMILENIO S.A. sus observaciones sobre el informe preliminar.

3. Con base en dichas observaciones, o ante el silencio del CONCESIONARIO, TRANSMILENIO S.A. elaborará y remitirá al CONCESIONARIO un reporte detallado de los incumplimientos identificados, indicando los hechos que lo configuran, la condición o previsión contractual incumplida, los mecanismos de verificación que dan cuenta de la infracción identificando las circunstancias de condición, tiempo y lugar que la determinaron, y detallando la tasación o cuantificación del descuento que se ha hecho exigible conforme a las previsiones contempladas al efecto en el presente contrato.

4. Si hubiere alguna objeción por parte del CONCESIONARIO, deberá acudir directamente a /os mecanismos de solución de conflictos del contrato. En este caso TRANSMILENIO S.A. no podrá ordenar que se efectúe descuento alguno, pero se entenderá que de resultar vencido el CONCESIONARIO, éste quedará obligado a cancelar el valor de la descuento más el valor de los intereses moratorios sobre la suma correspondiente, calculados a la tasa más alta admisible por la ley, para el cobro de intereses moratorios, los que se causarán desde el momento en que se haya presentado el hecho o la circunstancia que causó el desincentivo hasta la fecha de su pago efectivo.

5. Si el CONCESIONARIO se allanare, mediante pago efectivo o compensación deberá manifestarlo así a TRANSMILENIO S.A., de manera expresa y por escrito, dentro de /os tres (3) días hábiles siguientes a la fecha en que haya recibido la comunicación que dé cuenta sobre la infracción y la cuantificación del desincentivo. En caso de allanamiento, en los términos anteriormente descritos, el concesionario se beneficiará de un descuento equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor correspondiente, siempre y cuando renuncie por escrito al ejercicio de cualquier recurso o acción contra la aplicación del desincentivo. En todo caso, si el CONCESIONARIO se allanare al pago o compensación de dicho desincentivo, acogiéndose al beneficio previsto en el presente numeral, y posteriormente recurre o interpone acción alguna para debatir el informe o comunicaciones que hayan cuantificado o tasado el desincentivo, se entenderá que el pago o el descuento efectuado tiene el carácter de parcial, estando obligado el CONCESIONARIO a pagar la diferencia, incluyendo los intereses.

Si el CONCESIONARIO no manifiesta a TRANSMILENIO S.A. de manera expresa y por escrito, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha en que haya recibido la comunicación que dé cuenta sobre la infracción, la imposición y la cuantificación del desincentivo, su inconformidad o la aceptación del mismo, se entenderá que lo aceptó, y no se beneficiará del descuento previsto en el numeral anterior. Una vez agotado el trámite, TRANSMILENIO S.A. ordenará el descuento del valor del correspondiente desincentivo.

6. Todos los desincentivos que se causen podrán ser pagados a través de la figura de la compensación, descontándose dicho valor de la participación que el CONCESIONARIO tenga derecho a obtener, derivada de la ejecución del presente contrato. Será función de TRANSMILENIO S.A. verificar que se hagan los descuentos

correspondientes, de manera oportuna en los periodos de pago de las participaciones previstos en el presente contrato. En todo caso, el pago o la deducción de dichos desincentivos no exonerará a GONCES/ONARIO de su obligación de cumplir plenamente con los acuerdos de niveles de servicio contenidos en el presente contrato.

7. TRANSMILENIO S.A. comunicará al administrador de los recursos del Sistema la circunstancia de haberse hecho exigible un desincentivo al CONCESIONARIO, así como su cuantificación y ordenará su descuento. En todo caso y para todos los efectos legales, las partes pactan que este contrato conjuntamente con la comunicación que incorpora la tasación, prestará mérito ejecutivo.

8. El CONCESIONARIO, expresamente y en forma voluntaria acepta y autoriza, con la firma del presente contrato, a TRANSMILENIO S.A. a solicitar a la FIDUCIA la compensación para el pago de los desincentivos de que trata el numeral anterior.

La extensión de las citas del texto contractual y de sus modificaciones, en lo pertinente, es necesaria para comprender, en su justa dimensión, cuál ha sido el tratamiento que los extremos de la relación contractual le dieron al procedimiento para la imposición de sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista. Esa precisión es importante de cara a resolver de manera definitiva, como a continuación procede el Tribunal, los reproches que sobre la materia están contenidos en las demandas inicial y de reconvención, así como en las respectivas contestaciones.

9.3.- CONCLUSIONES DEL CASO

La autonomía de la voluntad de las partes, como se ha explicado con suficiencia, es un principio que, aunque transversal a los contratos de la Administración Pública, se encuentra limitado por la naturaleza de los intereses que a través suyo se pretenden satisfacer. En efecto, es precisamente esa limitación la que supone que una parte considerable del clausulado contractual esté sujeta al cumplimiento de formalidades insoslayables por los extremos de la relación jurídica, previstos en la normatividad aplicable a la materia de que se trate.

En ese contexto, una de las restricciones que impide que la autonomía de la voluntad se aplique de manera absoluta en los contratos estatales la constituye el carácter de orden público de las normas procedimentales que regulan la forma para la “imposición de multas, **sanciones, declaratorias de incumplimiento** y para hacer efectivas las cláusulas penales” (Ley 1474 de 2011, artículo 86 – Resalta el Tribunal). Precisamente, por su carácter de orden público, cualquier disposición en contrario de las partes se tiene por no escrita.

En este punto, el Tribunal considera que no le asiste la razón a **TRANSMILENIO** en su escrito de contestación, en las excepciones propuestas ni en la demanda de reconvención presentada, en cuanto atañe a la legalidad de los denominados “desincentivos” impuestos a **SUMA** con ocasión de lo pactado en los Otrosíes N° 5 y 6. A la luz de los elementos probatorios aportados al expediente, y de los

argumentos expuestos, no hay duda de que esas modificaciones efectuadas al Contrato N° 010 de 2010, en lo que respecta al tema en estudio, tuvieron como propósito evadir el procedimiento reglado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y soslayar la obligatoriedad de sus disposiciones.

Lo afirmado por **TRANSMILENIO** en su escrito de reconvenición, en punto a que los denominados desincentivos *“son una modalidad de sanción contractual acordada por las partes, que no participa de la naturaleza de las multas conminatorias, y que se sujeta a un procedimiento que las mismas partes han establecido”*, resulta ser un contrasentido frente a lo plasmado en las cláusulas que les dieron vida, de la realidad de la ejecución contractual y de lo definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En efecto, los desincentivos operativos consagrados en las cláusulas 121 y 131 del Contrato de Concesión N° 010 de 2010, tienen un auténtico carácter **sancionatorio**, (reconocido por la propia Entidad Contratante en su demanda reconvenicional⁴³), **tienen naturaleza pecuniaria**, están dirigidos a **castigar incumplimientos parciales del contratista**, y no entrañan (según se afirma en el mismo clausulado) el ejercicio de potestades exorbitantes o excepcionales por parte de la administración (como podría constituir la declaratoria de incumplimiento definitivo, con miras a la ejecución de la cláusula penal pecuniaria y la posterior declaratoria de caducidad del contrato).

Recuérdese que *“la imposición de sanciones contractuales, por parte de la administración, tiene naturaleza correctiva, pues pretende instar al obligado a cumplir los compromisos adquiridos”*⁴⁴. Así, con independencia de la denominación que quieran dar las partes, una sanción contractual pecuniaria por incumplimientos parciales a las obligaciones del contratista tiene efectos **conminatorios** y comparte **la misma naturaleza de las multas de apremio**. Y vale reiterar, a propósito, que *“la imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial”* y que el ejercicio de dicha facultad punitiva de carácter administrativo *“se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración”*⁴⁵.

Así, el procedimiento que debía observarse para la imposición de tales desincentivos, vistos como sanción pecuniaria por incumplimientos contractuales parciales, con efectos y naturaleza de multa de apremio, debía ser el consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Cotejando el trámite regulado por la norma en cita con el procedimiento contemplado en las estipulaciones contractuales (cláusula 131 del contrato) se

⁴³ Hecho 21 del escrito de demanda de reconvenición.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2008, exp. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 29 de noviembre de 2010, exp. 11001-03-06-000-2010-00109-00(2040).

observa que: **i)** no replica en ninguna de sus etapas el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; **ii)** se le concede al Concesionario un término de 3 días para pronunciarse sobre el informe que sustenta el incumplimiento contractual, fuente del desincentivo, pero se trata en últimas de simples observaciones a dicho informe, pues si el Contratista desea proponer objeciones al mismo, debe acudir a los mecanismos de solución de conflictos establecidos en el Contrato; **iii)** no existe una etapa probatoria que le permita al Contratista la posibilidad de aportar o solicitar pruebas que rebatan los señalamientos del informe; **iv)** conforme a la redacción de la cláusula, los desincentivos se hacen exigibles con el solo vencimiento del término de 3 días con que cuenta el contratista para presentar sus observaciones, con independencia de que lo haga o guarde silencio y con independencia de los argumentos y elementos probatorios que pueda aportar para rebatir el informe (cláusula 131.2, numeral 3), lo que de suyo supone una suerte de responsabilidad objetiva; **v)** como ya se anunció, el procedimiento establecido en el Contrato impide el ejercicio del derecho de defensa y contradicción del Contratista, pues no le brinda la posibilidad de objetar el informe que sustenta el desincentivo previo a su imposición y, a su vez, le impone la carga gravosa de acudir a los mecanismos de solución de conflictos establecidos en el Contrato para dicho efecto (Tribunal de Arbitramento), que en todo caso solo pueden ser ejercidos una vez el desincentivo ha sido impuesto.

El procedimiento estipulado en la cláusula 131.2 del Contrato No. 010 de 2010 para la imposición de los denominados desincentivos operativos vulnera el debido proceso, en la medida que no sigue las formas propias establecidas en la ley para su tramitación ni garantiza el derecho de defensa y contradicción del Contratista. Como se indicó, la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad de configuración contractual que la misma trae aparejada está limitada por previsiones normativas propias de la naturaleza pública del contrato, y específicamente por aquellas que tienen carácter de orden público y que, en consecuencia, tornan ineficaz cualquier estipulación contractual que las contraríe; es ese el caso entonces de las cláusulas 121.2 y 131.2, en tanto suponen la exclusión del procedimiento reglado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Como también se había indicado, es perfectamente factible que los extremos de la relación contractual pública pacten sanciones para corregir situaciones de incumplimiento de las obligaciones de ella derivadas y que, en ese propósito, definan un procedimiento para imponerlas, dotado de garantías adicionales y mayores -si se quiere- a las contenidas en el trámite definido por el legislador; lo que no puede ocurrir es que la estipulación contractual para dicho efecto, suponga una disminución, negación o desconocimiento de los presupuestos mínimos del debido proceso exigidos por el ordenamiento jurídico aplicable, como es el caso que ahora se decide.

En ese orden de ideas, el Tribunal declarará no probada la excepción 21, denominada ***“la cláusula 121 del Contrato de Concesión, en relación con la imposición de desincentivos es válida y eficaz, y debe aplicarse según lo estipulado”***, negará las pretensiones propuestas en la demanda de reconvencción, accederá a las pretensiones segunda subsidiaria de la vigesimotercera y vigesimooctava de la reforma de la demanda y negará las

pretensiones vigesimotercera, primera subsidiaria de la vigesimotercera, vigesimocuarta, vigesimoquinta, vigesimosexta y vigesimoséptima del mismo escrito.

También, el Tribunal estima que las excepciones de mérito 1, 3, 8, 9, 10, 11 y 15 de la contestación a la reforma de la demanda de reconvención efectuadas por SUMA S.A.S. en contra de TRANSMILENIO S.A., prosperarán.

Como consecuencia, se declarará que las cláusulas 121.2 y 131.2 del Contrato de Concesión N° 010 de 2010 son ilegales, deben tenerse por no escritas, en el entendido de que desconocen el procedimiento reglado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Así mismo, el Tribunal declarará que los desincentivos operativos impuestos al contratista entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de agosto de 2016, cuyo monto ascendía a DIECINUEVE MIL SEICEINTOS SESENTA Y SÉIS MILLONES CUATROSCIENTOS SESENTA Y TRÉS MIL CUATROSCIENTOS NUEVE PESOS (\$19.666'463.409), más los intereses de mora causados hasta la fecha, de conformidad con lo establecido por el dictamen pericial elaborado por la firma ÍNTEGRA AUDITORES Y CONSULTORES S.A.⁴⁶, son ilegales, y como consecuencia, la Convocante no está obligada a pagar a TRANSMILENIO suma alguna por tales conceptos.

10.- REVISIÓN CONTRACTUAL (PRETENSIONES OCTAVA, NOVENA, DÉCIMA, UNDÉCIMA, DECIMONOVENA Y SU SUBSIDIARIA, VIGÉSIMA, VIGESIMOPRIMERA, VIGESIMOSEGUNDA Y LA SUBSIDIARIA A LAS ÚLTIMAS TRES)

En aras de una mayor claridad del tema en cuestión, el Tribunal tendrá en cuenta la posición de las partes en materia de revisión contractual (10.1). Posteriormente, elaborará las consideraciones correspondientes a este asunto (10.2), para finalmente concluir (10.3).

10.1.- LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN MATERIA DE REVISIÓN CONTRACTUAL

El Tribunal tendrá en cuenta los argumentos esgrimidos por la Convocante (10.1.1) y por la Convocada (10.1.2).

10.1.1.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

En el escrito de reforma a la demanda radicado por SUMA el 6 de diciembre de 2016, la Convocante, entre otras, planteó varias pretensiones en donde le solicita a este Tribunal pronunciarse respecto del equilibrio de la ecuación contractual, así como sobre la revisión del Contrato de Concesión No. 010 de 2010:

⁴⁶ Solicitado, decretado y practicado como prueba pericial por la parte convocada, Transmilenio S.A., respecto del cual no observa el Tribunal circunstancia que ponga en tela de juicio la metodología utilizada y los resultados obtenidos, que cuestione su validez ni que impida su apreciación como medio de convicción.

OCTAVA: Que se declare que circunstancias ajenas al contratista que se han presentado durante la ejecución del contrato han alterado la ecuación económica y financiera del contrato.

NOVENA: Que para efectos del restablecimiento de la ecuación contractual se adopten las medidas necesarias para mantener durante la ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer.

DÉCIMA: Que para efectos de lo anterior, se tengan en cuenta las condiciones técnicas, económicas y financieras que tuvo en cuenta el contratista al momento de estructurar y presentar la oferta y que se prueben durante el proceso.

UNDÉCIMA: Que para efectos de lo anterior, se tengan en cuenta las condiciones técnicas, económicas y financieras que se han presentado durante la ejecución del contrato y que se prueben durante el proceso.

DECIMONOVENA: Que como consecuencia del desequilibrio económico y financiero que sufrió SUMA por situaciones ajenas al contratista y por los incumplimientos atribuibles a Transmilenio, unos y otros que se prueben durante el proceso, SE CONDENE a Transmilenio a restablecer la ecuación contractual mediante el pago de la suma de \$130.776 millones de pesos a diciembre 31 de 2015 o la que se pruebe durante el proceso, incluso a otra fecha más próxima.

DECIMONOVENA SUBSIDIARIA: Que como consecuencia de todas las situaciones que se prueben en el proceso que llegaron a afectar la economía del contrato y la ecuación de este, se compense al Contratista con las sumas dinerarias que de todo orden se prueben en el proceso y que tengan por objeto mantener las condiciones tenidas en cuenta al presentar la oferta.

VIGÉSIMA: Que se declare que el restablecimiento completo e integral de la ecuación contractual en los términos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y normas concordantes, no se logra con el solo pago de las sumas dinerarias a que hace relación las pretensiones anteriores, sino mediante la revisión del contrato hacia el futuro.

VIGESIMOPRIMERA: Que se declare que sin el restablecimiento de la ecuación contractual en los términos indicados en la pretensión anterior, el Contrato de Concesión número 010 de 2010 no es financieramente realizable y conducirá a la inviabilidad en su ejecución.

VIGESIMOSEGUNDA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, el Tribunal ordene a Transmilenio la revisión y ajuste de las cláusulas y condiciones contractuales, especialmente en lo referente a la tarifa de manera que hacia el futuro el contrato sea financieramente viable.

SUBSIDIARIA DE LA 20, 21 Y 22: Que se declare la resolución y terminación del contrato de concesión número 10 de 2010 por la inviabilidad financiera del mismo y se ordene su liquidación siempre y

cuando se condene al pago de los daños ya causados conforme con otras pretensiones de esta Demanda. Es decir que la pretensión subsidiaria de terminación, solo procede si y solo sí: (i) Se niega la pretensión de reestructuración; (ii) se ordena pagar las pérdidas y daños probados durante el proceso.”

10.1.2.- LA POSICIÓN DE LA CONVOCADA

TRANSMILENIO contestó la reforma a la demanda presentada por **SUMA** y, respecto de las pretensiones mencionadas, manifestó:

“Mi representada se opone a la prosperidad de la pretensión octava, por cuanto no se dan los supuestos para que se configure una alteración de la ecuación económica del contrato que habilite al Concesionario para elevar una reclamación y obtener de la contraparte contractual una contraprestación diferente o adicional a la estipulada, ni para que le garantice utilidades como las que el Concesionario debe soportar.

Debe igualmente oponerse a la pretensión novena, toda vez que la misma se edifica sobre la base de que hay lugar a un restablecimiento de la ecuación económica del contrato, y tal restablecimiento, dadas las estipulaciones del contrato y la distribución de riesgos asociados a su ejecución, no procede.

Por la misma razón que determina la oposición a la pretensión octava y a la siguiente, TRANSMILENIO se opone a la prosperidad de la pretensión décima

TRANSMILENIO se opone a la pretensión undécima por las mismas consideraciones por las que se opone a la precedente proposición.

TRANSMILENIO se opone a la pretensión decimonovena por cuanto no hay desequilibrio económico y financiero que deba ser restablecido por la entidad que represento.

TRANSMILENIO se opone a la subsidiaria de la pretensión decimonovena por cuanto, como se expuso al pronunciarnos respecto de la pretensión principal, no hay desequilibrio económico y financiero que deba ser restablecido por la entidad que represento, de manera que el Concesionario debe asumir, por estar a su cargo, el efecto económico que resulta de la ejecución del contrato, en la medida en que no se reúnen los supuestos que la ley y la jurisprudencia han establecido para que proceda un restablecimiento de la ecuación económica del contrato con cargo al patrimonio público de TRANSMILENIO

TRANSMILENIO se opone a la pretensión vigésima, no solo porque no hay lugar a plantear un restablecimiento de la ecuación contractual en el presente caso, sino porque tampoco se dan los supuestos legal y jurisprudencialmente establecidos para que sea procedente la revisión del Contrato de Concesión.

TRANSMILENIO se opone a la pretensión vigesimoprimera, por las mismas razones por las cuales se opone a la prosperidad de la pretensión precedente.

TRANSMILENIO se opone a la pretensión vigesimosegunda, en cuanto que es consecuencial de pretensiones precedentes, respecto de las cuales mi representada se ha pronunciado señalando su no procedencia.

TRANSMILENIO se opone a la pretensión subsidiaria de las tres anteriores, por las mismas razones por las que se opuso a dichas pretensiones principales. No se ajusta a derecho que el Concesionario aspire a que se decreta una resolución y terminación del contrato, porque no hay causa legal para disponer tal cosa, y carece de congruencia que la pretensión se edifique bajo la premisa de que lo que se pide que se decreta tiene su causa en la inviabilidad financiera del contrato, pero al mismo tiempo se condicione el reconocimiento de lo que se pide a que se ordene pagar "pérdidas y daños", lo que ciertamente pone en entredicho la alegada inviabilidad financiera que pregonaba el Concesionario".

10.2.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En un primer momento se hará una explicación teórica sobre la procedencia de la revisión contractual (10.2.1), y posteriormente se fijará posición acerca del alcance de los peritajes con relación a la revisión contractual (10.2.2).

10.2.1.- FUNDAMENTO TEÓRICO DE LA REVISIÓN CONTRACTUAL

Como se ha expuesto, la parte Convocante solicita a este Tribunal que se declare que el restablecimiento completo e integral de la ecuación contractual inicial, previsto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, exige la revisión del contrato hacia el futuro. A esta pretensión se opone la parte Convocada, al afirmar que no está probado en el proceso que la concesionaria SUMA haya sufrido un desequilibrio de la ecuación contractual inicial, ni están probados los supuestos legal y jurisprudencialmente establecidos para la revisión del contrato de Concesión.

El Tribunal considera que sí están dadas las condiciones jurídicas para la revisión del contrato de Concesión, bajo las consideraciones que se han expuesto a lo largo de este Laudo.

Al respecto, el Tribunal ha analizado la validez y eficacia de la Matriz de Riesgos establecida para este contrato (núm. 3.2.1), encontrando que ella se estructuró de manera técnica, precisando la identificación de factores constitutivos de riesgos, mediante diferentes parámetros (clase de riesgo, descripción de causa del riesgo, identificación de modalidades de su mitigación), que permitieron asignarlos a cada una de las partes y definir parámetros cualitativos para su estimación y la determinación del alcance de los riesgos asumidos.

Esta caracterización general del riesgo, permitió al Tribunal establecer que la concepción y estructuración de la ecuación contractual, prevista en el artículo 27 del Estatuto General de Contratación, impone apreciar, de manera concreta, el

alcance de la distribución de riesgos, como parte de la identificación de los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer, lo que resulta determinante de la ecuación contractual inicial que, al tenor del mismo artículo 27, es necesario preservar a lo largo de la ejecución del contrato. Al respecto, ha considerado el Consejo de Estado:

“La nueva regulación introducida por la Ley 1150 de 2007, en relación con la necesaria distribución de los riesgos contractuales en la contratación pública, obliga entonces tanto a la Administración como a los interesados en contratar con ella a surtir una labor de planeación para estudiar, identificar y cuantificar los factores o circunstancias de peligro, amenaza o contingencias previsibles, esto es, que puedan presentarse en la ejecución de la futura relación negocial, y que, por tanto, determinarán e incidirán en la conmutatividad de las prestaciones y, por ende, afectarán el equilibrio financiero del contrato⁴⁷.”

La definición de la ecuación inicial exige entonces valorar de manera específica el alcance de los riesgos establecidos para las partes, según lo establece el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, para determinar concretamente los asignados a cada una de las partes, y por ello el Consejo de Estado califica de ilícita la atribución ilimitada de riesgos al contratista, al punto de considerar que ello comportará una violación tan flagrante de los parámetros para definir el pliego de condiciones, que dará lugar a considerarla ineficaz de pleno derecho, en aplicación del numeral 5º del artículo 24 del Estatuto General de Contratación, como lo juzgó frente a un pliego que estableció ítem de precios unitarios de manera indefinida.

“... resulta a todas luces inconsistente que a pesar de definir con claridad en el objeto del futuro negocio jurídico la modalidad de contratación por el sistema de precios unitarios, de manera simultánea se hubiera pretendido exigir en el mismo pliego de condiciones que el listado de análisis de precios unitarios debiera comprender la modalidad “considerando todo factor”, pues esta última modalidad no solo desdibuja la función del sistema de precios unitarios, sino que se opone a su finalidad en cuanto que los precios habrían de pactarse considerando todo factor, lo cual se asimila más a la modalidad de precio global o alzado en cuyo contenido estaría incluida la asunción de cualquier tipo de riesgo o eventualidad en la ejecución de la obra.

Ahora bien, si lo que se pretendía era que el contratista asumiera cualquier tipo de riesgo sin importar su magnitud y sin establecer los límites de sus alcances, resulta viable concluir que tal exigencia abandona por completo el criterio de justicia que debe permear el pliego de condiciones, pues resulta a todas luces inequitativo que se le exija al contratista la asunción de una carga cuya dimensión además de ser totalmente incierta y desconocida, en el caso de presentarse eventualmente podría llevarlo a un estado de desequilibrio económico respecto del cual, paradójicamente, la misma ley de contratación se encarga de fijar mecanismos obligatorios –y a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado irrenunciables ex-ante- que procuren y garanticen

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 1º de abril de 2009, Rad. No.: 110010326000200900024 00 (36.476), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

su restablecimiento; garantías que por ningún motivo pueden ser desconocidas por la entidad pública so pretexto de la inclusión de la modalidad “considerando todo factor” en el análisis de precios unitarios.

Por similares motivos puede concluirse que la analizada exigencia entrañaba una regla orientada a que el contratista realizara ofrecimientos de extensión ilimitada en cuanto que, como se explicó, el desconocimiento de los riesgos que serían asumidos por virtud de dicha cláusula llevaría a concluir que no existiría entonces límite alguno que pudiera servir de lindero para fijar las cargas que estarían en cabeza del futuro contratista, circunstancia que igual contraría la prohibición relativa a la existencia de cláusulas de imposible cumplimiento, comoquiera que no resulta posible asumir la ocurrencia de todo tipo de sucesos o eventualidades sin resultar quebrantado económicamente por cuenta de su acaecimiento

...

Con lo anterior la Sala no pretende significar que las entidades estatales contratantes, durante la etapa precontractual, no puedan diseñar la respectiva matriz de riesgos que habrá de regir la vida del contrato; es más resulta evidente que a partir de la vigencia del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, dichas entidades tienen el deber legal de elaborar con precisión la identificación, tipificación y asignación de riesgos, sin embargo al respecto se impone puntualizar que dicha facultad, como todas las demás de que está investida la Administración Pública, debe ejercerse con sujeción a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado; de ahí que si la distribución de riesgos que realiza la entidad resulta violatoria de la normativa en que debe apoyarse, como ocurrió en el caso en examen, el resultado connatural a tal acontecer no puede ser distinto a señalar que las previsiones que en ese sentido haya adoptado la entidad no estarán llamadas a producir efecto alguno⁴⁸.

Por consiguiente, será a partir de la definición concreta de los riesgos asumidos por las partes y de su manifestación concreta en el caso estudiado que el juez puede establecer el acaecimiento del desequilibrio de la ecuación inicial, razón por la cual, después del establecimiento sistemático de los riesgos, ordenado por la Ley 1150 de 2007, el reequilibrio contractual tiene carácter residual, frente a la Matriz de Riesgos establecida, como se ha explicado antes (núm. 3.2.2).

Siendo así, este Tribunal debe establecer el alcance del amparo de los derechos de las partes, según las pretensiones de sus demandas, para la preservación de la ecuación inicial del contrato, prevista en el artículo 27 del Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993), para lo cual se establecen los siguientes lineamientos.

En primer lugar, pese a la redacción literal del numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que el

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 27 de marzo de 2014, Rad. No.: 41001-23-31-000-1996-08864-01(24845), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

incumplimiento de obligaciones contractuales no genera desequilibrio contractual, sino la obligación de indemnizar los perjuicios causados, bajo los parámetros del artículo 50 del mismo Estatuto Contractual.

“... es conveniente, precisar que el tema que se plantea y sustenta en la demanda se trata en realidad de un presunto incumplimiento de la entidad municipal y no de un desequilibrio económico del contrato como tal. En verdad, las conductas que se endilgan como omitidas por el Municipio de Condoto se imputan a título de responsabilidad subjetiva por falta o culpa (incumplimiento de la entidad pública contratista) y no a título de responsabilidad si n falta u objetiva (desequilibrio de la ecuación financiera del contrato), como bien puede apreciarse de las pretensiones de declaración, del incumplimiento contractual formuladas en la demanda⁴⁹.

Más recientemente, el Consejo de Estado ha reiterado la necesaria diferenciación:

“... recuerda que esta Subsección se ha ocupado de puntualizar las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden:

“Para la Sala los supuestos de hecho alegados no son constitutivos de ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato, sino del incumplimiento 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 negocial, 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.

“La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina ‘hecho del príncipe’, y ‘potestas ius variandi’ (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada ‘teoría de la imprevisión’ y paralelamente en la ‘teoría de la previsibilidad’. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de abril de 2008, Rad. No.: 27001-23-31-000-2953-01 (16.491), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

“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”⁵⁰ ⁵¹

En el caso presente, la única pretensión de la parte Convocante destinada a la declaratoria de incumplimiento de **TRANSMILENIO** es la DECIMOCTAVA, relacionadas con la integración del SITP, la entrega de patios y las condiciones para adelantar el Plan de Implementación, todas las cuales han sido negadas por este Tribunal. Por consiguiente, los aspectos aquí analizados, tanto en sus fundamentos, como en sus consecuencias, conciernen, específicamente, a desequilibrios contractuales no originados en incumplimientos de la empresa Convocada.

Ahora bien, como también lo tiene establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, los desequilibrios se pueden presentar por diversas causas de alteraciones de las condiciones originales de contratación, esto es, de la ecuación inicial, unas imputables a la Administración contratante y otras ajenas a las partes.

⁵⁰ Nota original de la sentencia: Sección Tercera Subsección A, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Becerra.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 27 de enero de 2016, Rad. No.: 25000-23-26-000-2002-01573-01(38449), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

En el primer caso, el límite de atribución de riesgos al Concesionario está justamente en la ilicitud de atribuirle las consecuencias del ejercicio de potestades exorbitantes ejercidas por la Entidad Contratante, no originadas en incumplimientos de su contratista, como sería el ejercicio del *ius variandi*, la terminación unilateral por causas de interés general o la interpretación unilateral del contrato, previstos en los artículos 16, 17 y 15, respectivamente, de la Ley 80 de 1993. Igualmente, estarían excluidos de la asignación de riesgos, los eventos constitutivos de un Hecho del Príncipe, con la aplicación restrictiva de la noción que tiene bien establecida la jurisprudencia del Consejo de Estado.

“... tampoco resultaría ajustado a derecho asignar al concesionario la asunción de los riesgos cuya concreción se derive directamente de la voluntad exclusiva de la entidad contratante y que tuvieran la virtualidad de afectar la normal ejecución del contrato. Tal sería el caso de los supuestos de incumplimiento contractual o de la ocurrencia de circunstancias constitutivas de ruptura del equilibrio económico del contrato originadas en la actuación de la Administración contratante como se presentaría en los eventos del ejercicio del ius variandi o del hecho del príncipe.

Aceptar lo contrario, llevaría a una vulneración flagrante del artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal, del cual se desprende que en los actos en que se ejerciten la potestad excepcional de modificación unilateral “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”⁵².

En cuanto a los eventos ajenos a las partes, estarán en el campo del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato aquellos que se enmarcan en la teoría de la imprevisión, con las características que también ha establecido la jurisprudencia administrativa y que permiten diferenciarlos de los anteriores, en particular del Hecho del Príncipe, desde la sentencia del 29 de mayo de 2003, en la que la Sección Tercera del Consejo de Estado corrigió la errada lectura que había hecho la Corporación sobre el alcance del numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, que ordena el restablecimiento del equilibrio inicial al punto de no pérdida, por situaciones imprevisibles que no sean imputables al contratista⁵³. En efecto, considera el Consejo de Estado:

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 23 de noviembre de 2016, Rad. No.: 25000-23-26-000-2012-00233-01(52161), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de mayo de 1996, Rad. No.: 10151, C.P. Daniel Suárez Hernández. El Consejo de Estado consideró erradamente en esta sentencia que la imprevisión no conllevaba una compensación limitada para el contratista a las pérdidas efectivamente soportadas por él sino que se extendía a una indemnización integral. Expuso así, concretamente que “...Quiere la Sala precisar el entendimiento que debe dársele al principio del equilibrio financiero del contrato, en el sentido de que cuando se presente una situación imprevista, el contratante adquiere pleno derecho a que se le restablezca la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida. No se trata de que la administración colabore o ayude parcialmente al contratista para que éste pueda soportar el pasivo que la ejecución del contrato le generó, como ha sido el acostumbrado criterio de interpretación cuando el

“Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión.

Es necesario precisar la significación y alcance del principio del equilibrio financiero en el contrato estatal, por cuanto, como lo pone de presente la doctrina, su simple enunciado es bastante vago y se corre el riesgo de asignarle un alcance excesivo o inexacto.

El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión “ecuación financiera”.

Es solamente la relación aproximada, el “equivalente honrado”, según la expresión del comisario de gobierno León Blum⁵⁴, entre cargas y ventajas que el contratante ha tomado en consideración; “como un cálculo”, al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar.

...

En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma sea extraordinaria y anormal; “supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever (...). Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera”⁵⁵ (Subraya la Sala)⁵⁶

desequilibrio financiero obedece a causas imprevistas para las partes contratantes. De ninguna manera. Considera la Sala, apartándose del criterio ya tradicional en algún sector de la doctrina extranjera, e identificándose con el criterio del legislador colombiano, que el equilibrio económico del contrato comporta para el contratista una compensación integral, completa, plena y razonable, de todos aquellos mayores costos en los que debió de incurrir para lograr la ejecución del contrato”.

⁵⁴ Nota original de la Sentencia: Consejo de Estado francés, sentencia de 11 de marzo de 1910. *Cie française des tramways*.

⁵⁵ Nota original de la Sentencia: GASTÓN JEZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial de Palma, 1950; tomo V, pp. 51, 53 y 54.

La teoría de la imprevisión y las diferentes circunstancias que pueden causar ruptura del equilibrio del contrato, fueron objeto de examen por esta Sala en la sentencia del 20 de septiembre de 1979, Exp. 2742 (actor: Francia Alegría de Jacobus). La demandante solicitaba la suspensión, restitución y pago de perjuicios en un contrato de arrendamiento de un inmueble de su propiedad, destinado al funcionamiento de oficinas y archivo públicos, por incumplimiento en el pago del canon de arrendamiento y la aplicación del principio de la imprevisión por haberse roto el equilibrio financiero del contrato en virtud del cambio de circunstancias económicas que hacían imperiosa la modificación de sus condiciones iniciales. La Sala negó las pretensiones de la demanda y consideró que “resulta claro que la teoría de la imprevisión es admisible cuando la ecuación financiera del contrato de tracto sucesivo o ejecución diferida sufre “enorme alteración” por hechos sobrevinientes durante la ejecución y que no eran previsibles en el momento de la celebración”.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2003, Rad. No.: 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577), C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Una vez establecido en el proceso la existencia de diversos factores de alteración de la ecuación contractual inicial pactada por las partes, desequilibrio originado en el desbordamiento de los riesgos establecidos en la Matriz de Riesgos que los definió, como ha establecido este Tribunal en los acápites anteriores de este Laudo, corresponde entonces lograr el restablecimiento de la ecuación original, como lo dispone el artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

Por ello, este Tribunal considera que, probada la existencia de factores de desequilibrio, es procedente la revisión del contrato.

10.2.2.- ALCANCE DE LOS PERITAJES CON RELACIÓN A LA REVISIÓN CONTRACTUAL

A lo largo del proceso, la parte Convocante, con el objeto de probar el impacto económico que produjeron las diversas situaciones imprevisibles que se presentaron durante la ejecución contractual hasta la actualidad, presentó el dictamen financiero y económico elaborado por el perito **Julio Villarreal Navarro**, y allí se determinó cuál era el flujo de caja operacional que el Concesionario esperaba recibir con base en el modelo financiero que cimentó la oferta presentada por ellos, y cuál fue el que en realidad recibió. Igualmente, aportó la experticia elaborada por la contadora **Gloria Correa Palacio** con miras a determinar la pérdida total que a 31 de agosto de 2016 había sufrido **SUMA**.

En el dictamen pericial contable, la señora **Gloria Correa Palacio** llega a la conclusión, con base en los Estados Financieros, que la pérdida total sufrida por **SUMA** asciende a la suma de CIENTO DIECISIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$117.387'694.882 m/cte.), discriminados de la siguiente manera:

CUENTA	VALOR EN \$
Pérdidas acumuladas	29.755'965.887
Diferidos	54.243'901.187
Intangibles	33.387'827.808
TOTAL PÉRDIDA CONTABLE	117.387'694.882

A pesar de que en el dictamen (página 8 del mismo), se dice que *“Adicionalmente, de acuerdo con los mismos estados financieros, en las cuentas del Activo Diferido, se contabilizaron todos los gastos pre operativos incurridos por valor de \$57.540'841.087, los cuales estaban previstos para amortizar desde el momento de entrada en operación la compañía y durante toda la vigencia del contrato...”*, la contadora **Gloria Correa Palacio**, en diligencia de interrogatorio al perito del 22 de septiembre de 2017, admitió que dicha cifra obedeció a un simple error aritmético, y que en realidad, la cifra correspondiente al rubro de “Diferidos” es la de \$54.243'901.187.

“DR. SILVA: Se sostiene en su informe que los gastos preoperativos incurridos representan un valor de 57.540 millones y tanto, cuya discriminación expone usted en el cuadro con el que empieza la pagina 9

de su informe, sin embargo, la sumatoria de las partidas reflejadas en el cuadro y totalizadas en el mismo es menor en más de \$3 mil millones, toda vez que el total que se muestra en el cuadro es de 54.243 millones, ¿puede usted explicar esa inconsistencia doctora Gloria?

SRA. CORREA: Simplemente fue error de tipología, tengo otro error también de tipología, me excusan por favor, pero fue simplemente error de tipología.

DR. SILVA: Por qué no nos lo cuenta de una vez, de tipografía.

SRA. CORREA: No, simplemente el valor real es de los 54.”

Con todo, luego de realizar la contadora **Gloria Correa Palacio** una serie de consideraciones con respecto a los gastos diferidos y activos intangibles –para explicar que legalmente era dable proceder a la contabilización en la forma en que lo hizo el Concesionario–, mantiene su conclusión, y estima como pérdida total sufrida por **SUMA**, el monto de \$117.387'694.882 m/cte., producto de la sumatoria de pérdidas contables (\$29.755'965.887), diferidos (54.243'901.187) e intangibles (33.387'827.808).

Sin embargo, a la luz de las reglas de la sana crítica que se imponen por mandato del artículo 232 del Código General del Proceso al momento de apreciar un dictamen pericial, es imperativo para este Tribunal apreciar la experticia contable de forma integral con el dictamen financiero y económico rendido por el señor **Julio Villarreal Navarro**.

En este peritaje, como criterio adicional a los de pérdidas y ganancias utilizados en el dictamen contable, se analiza también, por la naturaleza del contrato de concesión y porque desde la presentación de la oferta el Concesionario debía efectuar proyecciones de demanda a abarcar, así como de ingresos por recibir, el parámetro de flujo de caja.

En palabras del perito **Villarreal Navarro**, “*el valor de un activo depende de los flujos de caja que este sea capaz de generar, razón por la cual es fundamental profundizar en este concepto. La manera más simple de entender el flujo de caja que genera un activo es a través de la diferencia entre los ingresos y egresos asociados a este. Lo anterior está indudablemente relacionado con el concepto de liquidez puesto que el excedente de efectivo resultante de la diferencia entre ingresos y egresos, puede ser usado por el poseedor del activo en cualquier momento*”. En esa línea de pensamiento, argumenta el perito que “*Es importante diferenciar el concepto de liquidez del de utilidad y recalcar por qué en la determinación del valor, es la liquidez la que se tiene en cuenta y no la utilidad. En primer lugar, es importante señalar que el concepto de liquidez es comúnmente confundido con el concepto de utilidad, sin embargo, el primero es el flujo de efectivo que se genera durante un periodo de tiempo por el activo, proyecto de inversión o compañía (flujo de caja) y el segundo (utilidad) se define como la ganancia o pérdida calculada mediante la diferencia entre los ingresos y los costos y gastos en un periodo específico*”

de tiempo, observables en el estado de pérdidas y ganancias y asociados al activo en cuestión".

Bajo esos criterios, y para dar respuesta al interrogante de "¿Cuál es el monto de dinero que representa el impacto financiero ocasionado a SUMA S.A.S. y que se le debería reconocer dado lo evidenciado en los estados financieros con corte 2015 y de tal manera que el valor presente del proyecto sea igual al inicialmente esperado?", en dicho dictamen pericial se dijo lo siguiente:

*"Como ya se mencionó en la pregunta anterior, **basándose en la contabilidad oficial de SUMA se concluyó que a corte de 2015 el proyecto había generado, en su operación, 130.776 millones de pesos de diciembre del 2015 menos de lo que inicialmente se esperaba.** Consecuentemente, si en el futuro todo se comportara tal y cual como se modeló inicialmente, dicho valor sería el monto máximo que se podría reconocer a SUMA con el fin de que la compañía obtenga un VPN igual al que se esperaba originalmente en su modelo financiero.*

Como se presentó en las preguntas anteriores, esta diferencia se debe a que en términos nominales (suma aritmética simple) el consorcio esperaba percibir, en los primeros seis años de operación, un déficit de flujo de caja operacional de 87.000 millones de pesos aproximadamente y, contrario a lo esperado, en realidad ha percibido un déficit de flujo de caja operacional cercanas a los 230.000 millones de pesos. La diferencia entre dichas dos cifras (142.724 millones de pesos), ajustada a pesos de diciembre del 2015, es la que culmina en los 130.776 millones de pesos del 2015 que el concesionario no esperaba incurrir durante los primeros seis años de operación. Si se otorgase al concesionario este monto de dinero, éste obtendría a la fecha resultados iguales a los que esperaba según el modelo financiero que soportó la oferta económica que él presentó".

Según lo anterior, desde la óptica esgrimida en el dictamen pericial analizado estima el Tribunal que de no replantear los factores y variables que hacen parte de la ecuación contractual de este negocio, se pueden ocasionar pérdidas financieras de mayor magnitud a **SUMA**. Por tanto, se sugiere que se haga una revisión integral, minuciosa y detallada del contrato, con base en la parte motiva de este Laudo, en términos técnicos y financieros, para efectuar los ajustes necesarios con miras a garantizar el equilibrio económico del concesionario.

10.3.- CONCLUSIONES SOBRE LA REVISIÓN CONTRACTUAL

Con base en lo señalado, el Tribunal encuentra demostrado que, a la fecha en que fue presentada la pericia financiera y económica –diciembre de 2016-, **SUMA** dejó de percibir CIENTO TREINTA MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$130.776'000.000 m/cte.) menos de los que inicialmente esperaba ingresar, de acuerdo a las proyecciones realizadas de conformidad con lo señalado al momento de presentar su oferta.

No obstante, la cifra de CIENTO TREINTA MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$130.776'000.000 m/cte.) no puede verse, ni tampoco interpretarse, como el monto al que asciende o se estima por este Tribunal el desequilibrio económico y financiero en la ecuación contractual. Esa suma solo demuestra que existe un déficit de flujo de caja operacional sufrido por **SUMA** de tal magnitud, y que ello es producto de las diferencias, comprobadas por este Tribunal, que se dieron entre las situaciones y condiciones existentes al momento de presentar la oferta –y que sirvieron de fundamento de la misma-, y las que en la realidad de la ejecución del Contrato de Concesión No. 010 de 2010 ocurrieron. Pero, se reitera, **ello no constituye una estimación del desequilibrio económico y financiero ocurrido en la realidad contractual.**

Y ello es así, porque tal y como lo afirmó el Concesionario en sus alegatos de conclusión, es ***“técnicamente imposible probar la relación de causalidad entre las diferencias de lo estimado, frente a lo real, con el impacto económico negativo sufrido por SUMA. Verbi gracia, es imposible, técnicamente hablando, independizar la relación de causa y efecto, entre la evasión, la baja demanda de pasajeros, el SITP PROVISIONAL, la piratería, los desfases del diseño operacional, etc., con el déficit de flujo de caja operacional sufrido por SUMA o, por ejemplo, con una erogación contable en concreto”.***

Quiere ello significar, que si bien el Tribunal encuentra plenamente demostrada la existencia de un déficit de flujo de caja operacional sufrido por la Convocante por la cifra de CIENTO TREINTA MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$130.776'000.000 m/cte.), al mismo tiempo le es imposible, técnica y jurídicamente, individualizar el impacto que cada una de las situaciones acaecidas en la realidad contractual (implementación del SITP; entrada en funcionamiento del SITP PROVISIONAL; servicios ilegales de transporte; baja demanda y evasión; y entrega de patios definitivos) tuvo en esa disminución tolerada por el Concesionario según lo proyectado al momento en que presentó su oferta, en la etapa precontractual.

Esto implica, que pese a que el Tribunal encuentra plenamente demostrado el acaecimiento de algunas de las situaciones contractuales alegadas por **SUMA** (implementación del SITP; entrada en funcionamiento del SITP PROVISIONAL; servicios ilegales de transporte; baja demanda y evasión; y entrega de patios definitivos) -que son imprevistas, y que desequilibran la ecuación contractual-, no le es dable precisar qué impacto de ese déficit de flujo de caja operacional debe ser atribuido a una situación determinada. O sea, es imposible puntualizar, desde el punto de vista del nexo causal, qué concurrencia tuvo cada rubro en la causación final de ese déficit en el flujo de caja operacional sufrido por el Concesionario. En tal virtud, **no podrá el Tribunal condenar a TRANSMILENIO al pago o compensación de CIENTO TREINTA MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$130.776'000.000 m/cte.) por concepto de restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato.**

Por tal virtud, prospera la excepción denominada ***“Carencia absoluta de derecho a intereses moratorios”*** planteada por **TRANSMILENIO** en la contestación de la reforma a la demanda de **SUMA** Bajo ese entendido, no

prospera la excepción titulada ***“Intereses de mora por desincentivos solo se generan desde la firmeza de la providencia judicial que los imponga”***, planteada por SUMA en la contestación a la reforma de la demanda de reconvencción.

Sin embargo, en atención a la pretensión vigésima elevada por SUMA, el restablecimiento completo e integral de la ecuación contractual, según lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, no se logra únicamente con el solo pago de las sumas dinerarias, sino mediante la revisión del contrato hacia futuro. La norma aludida, concretamente establece que:

“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.”

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.” (Énfasis propio).

De acuerdo con lo consagrado en la Ley, el Tribunal considera imperativo que sean las partes quienes –en el menor tiempo posible– revisen en detalle el Contrato de Concesión No. 010 de 2010, atendiendo y siguiendo los análisis y argumentaciones que específicamente se han construido sobre cada una de las situaciones acaecidas en la realidad contractual (implementación del SITP; entrada en funcionamiento del SITP PROVISIONAL; baja demanda y evasión; y entrega de patios definitivos), para que de esa forma puedan reequilibrar conjuntamente la ecuación contractual surgida al momento del nacimiento del contrato según el artículo 5° de la Ley 80 de 1993; evitando así la inviabilidad en la ejecución del contrato.

Con mérito de las razones expuestas anteriormente, **el Tribunal accederá a las pretensiones octava, novena, décima y undécima**, por cuanto se presentaron circunstancias ajenas al Contratista que alteraron la ecuación contractual con base en las condiciones técnicas, económicas y financieras tenidas en cuenta al momento de estructurar y presentar la oferta, y las ocurridas durante la ejecución del contrato. En cuanto a las pretensiones **decimonovena y subsidiaria de la misma**, el Tribunal las negará. Respecto de las pretensiones **vigésima, vigesimoprimera y vigesimosegunda**, el Tribunal accederá a ellas.

Por ende, no prosperarán las excepciones de mérito presentadas en la contestación a la demanda reformada bajo el título de ***“Inexistencia de los supuestos para la declaración de la ruptura de la ecuación económica y***

financiera del contrato” e “Inexistencia de los supuestos legal y jurisprudencialmente exigibles para que la procedencia de la revisión del Contrato de Concesión”.

11.- SOBRE LAS EXCEPCIONES 16, 17 Y 29 PLANTEADAS POR TRANSMILENIO S.A.

TRANSMILENIO interpuso, en su escrito de contestación de la demanda reformada, las siguientes excepciones: 16) Improcedencia de reclamaciones que envuelven quebrantamiento del deber de obrar con buena fe objetiva; 17) La integración del medio de pago ya ocurrió, pues mediante la misma TISC es posible acceder a las Fases I, II y III del Sistema; y 29) Transacción y solución de diferencias.

Sin embargo, del anterior listado observa el Tribunal que, en realidad, los medios exceptivos propuestos por el apoderado de la entidad accionada no son más que unas *simples defensas*, destinadas a atacar los elementos que estructuran la pretensión procesal. Recordemos que una simple defensa, de acuerdo con la doctrina del derecho procesal, *“(…) es la declaración de voluntad que mediante acto procesal del demandado resiste la pretensión procesal reclamada en su contra, atacando los elementos estructurales de ésta, sin que su alegación desborde el marco fáctico o jurídico de aquella, y sin que su fundamentación le implique carga de la prueba”⁵⁷* (El subrayado y la negrilla son míos).

Dicha circunstancia se pone de presente únicamente para evidenciar que a pesar de que se catalogan como excepciones de fondo o de mérito, no son tales porque las de este género van encaminadas a enervar directamente la pretensión planteada por la parte demandante. Es decir, constituyen medios de defensa del demandado que contienen hechos nuevos para el juicio, o anteriores a la demanda, o sobrevinientes a la interposición de esta, y tienen como objetivo destruir, total o parcialmente, los derechos que invoca la parte actora.

Por tanto, al no tratarse de excepciones de mérito sino de argumentos de defensa que van encaminados a debatir el fondo jurídico objeto de este litigio, el Tribunal declarará que no prosperan.

12.- JURAMENTO ESTIMATORIO

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 206 del CGP, quien pretenda en su demanda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos y mejoras, debe estimarlo bajo juramento en forma razonada y mediante la discriminación de cada uno de los conceptos reclamados. Esta disposición tiene como propósito que el demandante, en ejercicio del principio de lealtad, transparencia y claridad, siempre que solicite una indemnización, reparación, compensación o el pago de frutos y mejoras,

⁵⁷ QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. La pretensión procesal y su resistencia. Editorial Sabiduría Limitada, Bogotá, 2009, pág. 185.

debe hacer una estimación jurada, razonada, discriminada y precisa de las sumas así solicitadas.

El juramento estimatorio, de acuerdo con lo previsto la Ley, es una figura que tiene la vocación de convertirse en medio de prueba, cuando la parte contraria en el término de traslado no lo objete en forma igualmente razonada y mediante la indicación de cuál es la inexactitud o error que se le atribuye a la estimación.

Objetado el juramento en forma oportuna y con la exposición clara y detallada de la inexactitud, imprecisión o del yerro cometido, ya no se convertirá en medio de prueba, toda vez que, como se dijo, ello solamente ocurre cuando no media objeción alguna.

Ahora bien, el artículo 206 del CGP, cuando quiera que el juramento estimatorio no es medio de prueba, contempla dos hipótesis en las cuales genera la aplicación de sanciones pecuniarias en contra de la parte que lo ha formulado.

Estas hipótesis son las siguientes:

En primer lugar, cuando *“la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada”*, caso en el cual *“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”*.

En segundo lugar, cuando *“se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios”*, caso en el cual la sanción *“equivale al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas”*.

Como se observa, la primera de las hipótesis planteadas corresponde a un desfase entre lo estimado y lo probado, cuando ese desfase es superior al cincuenta por ciento (50%), de tal suerte que la sanción equivale al diez por ciento (10%) de la diferencia, mientras que la segunda hipótesis es diferente y se presenta cuando quiera que las súplicas de la demanda son denegadas por falta de demostración del perjuicio reclamado y, en este caso, la sanción asciende al cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones denegadas.

Punto importante que debe señalarse es que ninguna de las sanciones contempladas en la norma opera de manera automática y objetiva, sino que es menester analizar si quien formuló el juramento estimatorio obró con temeridad o mala fe, es decir, si fue negligente, imprudente, malicioso y malintencionado en su obrar procesal, aspecto subjetivo que, como se dijo, debe tenerse en cuenta a la hora de determinar si son aplicables o no las sanciones contempladas en la ley, aspecto que se desprende de lo señalado por la Corte Constitucional en su sentencia C-279 de 2013 al revisar la constitucionalidad del precepto en comento.

Esto significa que el juzgador no debe contentarse con encontrar la diferencia

entre lo probado y lo estimado, o simplemente verificar que no existe prueba del monto reclamado para imponer alguna de las dos sanciones en forma objetiva, sino que es menester analizar si la conducta de la parte que formuló el juramento fue una conducta temeraria, maliciosa o si actuó con evidente mala fe.

Encuentra el Tribunal que en este caso no hay lugar a aplicar ninguna de las sanciones contempladas en el artículo 206 del Código General del Proceso, pues no se configura uno solo de los supuestos de hecho allí previstos, habida cuenta que si bien es cierto se probó el monto de las pérdidas experimentadas por SUMA, no fue posible demostrar a qué corresponde cada concepto reclamado, a lo cual debe agregarse que no evidenció temeridad, mala fe ni conducta reprochable alguna desde el punto de vista del actuar procesal, es decir, en este laudo no se impuso condena pecuniaria alguna por razones de hecho y de derecho diferentes a las contempladas en la norma sin que se haya evidenciado temeridad ni mala fe, consideraciones que son igualmente predicables de la conducta asumida por Transmilenio en desarrollo de este juicio arbitral.

En consecuencia, frente a la no prosperidad de las pretensiones pecuniarias de la demanda inicial y de la reconvención, el Tribunal se abstendrá de imponer sanción alguna con ocasión del juramento estimatorio que en cada uno de dichos actos procesales se incorporó.

13.- COSTAS

Para efectos de costas en este proceso arbitral son aplicables las disposiciones contenidas al efecto a partir del artículo 365 del Código General del Proceso, norma que en su numeral primero enseña que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”*.

Sin embargo, dispone el numeral quinto de la misma disposición que *“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”*.

Significa lo anterior que cuando las pretensiones no prosperan en su totalidad sino en forma apenas parcial, el juez puede imponer una condena en costas proporcional o incluso abstenerse de condenar, desde luego, motivando adecuadamente su decisión.

Aplicado el precepto normativo en comento al presente asunto, encuentra el Tribunal que en la medida en que las pretensiones de la demanda inicial no prosperan en su totalidad, no hay lugar a imponer condena en costas. En punto de la demanda de reconvención, a pesar de que ninguna de las pretensiones de ella prosperó, muchas de las excepciones de mérito que el extremo Convocado formuló frente a las pretensiones de la demanda inicial, estima el Tribunal que, en forma objetiva y racional, atendiendo el valor de unas y otras, cada una de las partes deberá asumir el valor de las expensas y gastos en que incurrieron durante el curso del proceso y, por ende, no se impondrá condena en costas.

CAPÍTULO CUARTO

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje constituido para resolver en Derecho las controversias entre **ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S.**, como parte Convocante, y la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, como parte Convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por la habilitación de las partes contenida en la cláusula compromisoria y por autoridad de la Ley, con el voto mayoritario de sus miembros en la generalidad de la decisión, y con salvamento parcial de voto relacionado con algunos aspectos de este Laudo,

RESUELVE

A. FRENTE A LA DEMANDA INICIAL PROMOVIDA POR SUMA S.A.S. EN CONTRA DE TRANSMILENIO S.A.:

PRIMERO: Declárense probadas las excepciones de mérito tituladas *“La Etapa Operativa inició con la Orden de Inicio de Operación”*; y *“La implementación del sistema que se previó fue gradual y progresiva, sin un horizonte definido para su terminación”* de acuerdo con a las consideraciones expuestas en la parte motiva del Laudo. Declárese parcialmente probada la excepción de mérito titulada *“El Plan de Implementación de la operación zonal adjudicada al Concesionario genera obligaciones a cargo de este y a favor de TRANSMILENIO S.A., y el riesgo de que la implementación no ocurra según lo planeado por este en su Plan de Implementación es a cargo del Concesionario”* de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva del Laudo.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se deniegan las pretensiones segunda, tercera, subsidiaria de la tercera, y cuarta.

TERCERO: Declárese no probada la excepción de mérito denominada *“SUMA S.A.S. no ha cumplido con la obligación de implementación a su cargo, derivada de los compromisos asumidos bajo el Contrato de Concesión para la implementación de la operación en su zona, con lo cual ha afectado la implementación del SITP”* de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva del Laudo. Declárese que no prospera la excepción titulada *“La integración del Sistema, a la que el Contrato de Concesión se refiere, ya se produjo, y TRANSMILENIO S.A. no incumplió obligación que estuviera a su cargo en relación con la integración”* de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva del Laudo.

CUARTO: Declárese que prosperan las excepciones denominadas *“Las cláusulas relativas a la distribución de riesgos del Contrato de Concesión son válidas y eficaces y el Concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en*

la distribución que de los mismos se efectuó, conforme a lo pactado en el Contrato de Concesión y a lo previsto en la Matriz de Riesgos”; “SUMA S.A.S. asumió el riesgo de variación del precio de los equipos y el cambiario asociado a su adquisición, frente a los que hubieran sido estimados por el Concesionario, y debe hacerse cargo de las implicaciones de su eventual ocurrencia”; y “El contrato debe ser ejecutado conforme a lo pactado –pacta sunt servanda- en lo relacionado con la distribución de riesgos acordada entre las partes y el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Concesionario” de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva del Laudo.

QUINTO: En virtud de lo anterior, se deniegan las pretensiones sexta, séptima y subsidiaria de la séptima.

SEXTO: Declárese que no prosperan las excepciones tituladas *“Inexistencia de un incumplimiento atribuible a TRANSMILENIO S.A. que sea causa de desequilibrio económico en el Contrato de Concesión”; “El SITP PROVISIONAL tiene base legal y el desarrollo de la gestión de TRANSMILENIO en relación con el mismo no implica violación del Contrato de Concesión”; “La coexistencia de la prestación del servicio por los vehículos que operaban en el Transporte Público Colectivo hasta su vinculación a cualquiera de los Concesionarios del SITP o hasta la desintegración de los mismos por parte de los Concesionarios estaba prevista desde el Pliego de Condiciones de la Licitación y fue aceptada por el Concesionario – Imprudencia de un reclamo que se funda en el desconocimiento de lo pactado”; “El alistamiento de vehículos usados forma parte del alea ordinario de ejecución del contrato”; y “El Concesionario debe asumir las consecuencias adversas de la inejecución o ejecución defectuosa del acuerdo de cruce de flota celebrado entre Concesionarios en relación con vehículos del Transporte Público Colectivo que se debían integrar a su Flota o se debían chatarrizar, frente a la implicación que de ello se pueda derivar respecto del cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión y respecto de los riesgos por este asumidos” de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva del Laudo.*

SÉPTIMO: Como consecuencia de lo anterior, se accede a la pretensión duodécima y se declara que la creación del SITP PROVISIONAL es una situación no contemplada en el Contrato de Concesión No. 010 de 2010 que ha impactado nocivamente a **SUMA**.

OCTAVO: Declárense no probadas las excepciones denominadas *“El Concesionario ha incurrido en incumplimiento de su obligación de mantener en buen estado mecánico los vehículos para la adecuada operación del a Flota, afectando el funcionamiento del Sistema”; y “El Concesionario ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones en relación con el suministro de la Flota que le ha sido solicitada por TRANSMILENIO S.A., con arreglo al Contrato” de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva del Laudo.*

NOVENO: Se deniega la pretensión decimotercera de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva del Laudo.

DÉCIMO: Declárese que prosperan parcialmente las excepciones denominadas “SUMA S.A.S. *asumió el riesgo de demanda y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia*”; y “SUMA S.A.S. *asumió el riesgo de evasión y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia*”, en los precisos términos y según las consideraciones expuestas en la parte motiva del Laudo.

UNDÉCIMO: Por lo tanto, se accede a las pretensiones decimocuarta, decimoquinta y decimosexta.

DUODÉCIMO: En virtud de lo anterior, se declara que:

12.1.- Durante la ejecución contractual se presentó una baja demanda por situaciones imprevisibles al momento de presentar la oferta, y ello afectó a **SUMA**.

12.2.- La magnitud de la evasión real presentada en la ejecución contractual desbordó las condiciones de razonabilidad y previsibilidad contempladas en la Matriz de Riesgos, impactando nocivamente a **SUMA**.

12.3.- Si bien **SUMA** *asumió* en la Matriz de Riesgos la contingencia denominada “*Riesgo de cartera por fraude en los medios de pago en buses*”, las condiciones en que la evasión se presentó en la realidad contractual, excedieron la previsibilidad y razonabilidad consagrada en dicha Matriz.

DECIMOTERCERO: Declárense probadas las excepciones tituladas “*El Concesionario debía basar su propuesta en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones, bajo su responsabilidad*”; “*El diseño operacional es del Sistema y no un diseño operacional concebido para el Contrato, y TRANSMILENIO no *asumió* frente al Concesionario obligación contractual de obtener un cierto o determinado diseño operacional según el interés del Concesionario*”; y “*SUMA *asumió* el riesgo de operación por mayores costos que pudieran presentarse frente a los estimados y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia*” de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva del Laudo.

DECIMOCUARTO: En consecuencia, se deniega la pretensión decimoséptima.

DECIMOQUINTO: Declárese que prospera la excepción titulada “*La etapa de transición en relación con la operación en patios transitorios continúa en ejecución*” de conformidad con las razones esbozadas en este Laudo.

DECIMOSEXTO: Por virtud de lo anterior, se deniega la pretensión decimoctava.

DECIMOSÉPTIMO: Declárese que no prospera la excepción denominada “*SUMA S.A.S. *incumplió* su obligación de no utilizar patios transitorios objetados y de cumplir con la normatividad ambiental aplicable a los mismos*” de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva del Laudo.

DECIMOCTAVO: Declárese que no prospera la excepción titulada “*La cláusula 121 del Contrato de Concesión, en relación con la imposición de desincentivos es*

válida y eficaz, y debe aplicarse según lo estipulado” de conformidad con las razones esbozadas en este Laudo.

DECIMONOVENO: Por tanto, se accede a las pretensiones segunda subsidiaria de la vigesimotercera, y a la vigesimooctava. En tal virtud, se declara que:

19.1.- Los desincentivos reciben tratamiento de multas, como sanción pecuniaria de apremio, y por ende a ellos debe aplicárseles, en un todo, los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

19.2.- TRANSMILENIO deberá restituirle a **SUMA** las sumas que por concepto de desincentivos le hubiere descontado.

VIGÉSIMO: Se deniegan las pretensiones vigesimotercera, primera subsidiaria de la vigesimotercera, vigesimocuarta, vigesimoquinta, vigesimosexta y vigesimoséptima, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

VIGESIMOPRIMERO: Declárese que no prosperan las excepciones denominadas “*Inexistencia de los supuestos para la declaración de la ruptura de la ecuación económica y financiera del contrato*”; e “*Inexistencia de los supuestos legal y jurisprudencialmente exigibles para que la procedencia de la revisión del Contrato de Concesión*” de conformidad con las razones esbozadas en este Laudo.

VIGESIMOSEGUNDO: En tal virtud, se accede a las pretensiones octava, novena, décima, undécima, vigesimoprimera y vigesimosegunda, en los precisos términos que a continuación se señala:

22.1.- Se declara que circunstancias ajenas al contratista se presentaron durante la ejecución del contrato y alteraron la ecuación económica y financiera del mismo, según se expone en la parte motiva de este Laudo.

22.2.- Se ordena a las partes que, para restablecer la ecuación económica y financiera, revisen conjuntamente –en el menor tiempo posible según el artículo 27 de la Ley 80 de 1993- el Contrato de Concesión No. 010 de 2010, de acuerdo con los análisis y parámetros que específicamente se han construido en este Laudo Arbitral sobre cada una de las situaciones acaecidas en la realidad contractual (implementación del SITP; entrada en funcionamiento del SITP PROVISIONAL; baja demanda y evasión; y entrega de patios definitivos), para que de esa forma puedan reequilibrar la ecuación contractual surgida al momento del nacimiento del contrato, todo de conformidad con lo previsto en el artículo 5° de la Ley 80 de 1993. Esta revisión, donde se tomarán las medidas necesarias para el restablecimiento del contrato, deberá hacerse, según lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 80, en el menor tiempo posible.

22.3.- Se declara que, de no producirse la revisión ordenada en este Laudo Arbitral, el Contrato de Concesión No. 010 de 2010 no será financieramente realizable y ello conducirá a la inviabilidad en su ejecución.

VIGESIMOTERCERO: Se deniegan las pretensiones decimonovena y subsidiaria de la decimonovena de conformidad con las razones esbozadas en este Laudo.

VIGESIMOCUARTO: Declárese que prospera la excepción titulada "*Carencia absoluta de derecho a intereses moratorios*" por las razones expuestas en el Laudo.

VIGESIMOQUINTO: Declárese que no prosperan las excepciones tituladas "*Improcedencia de reclamaciones que envuelven quebrantamiento del deber de obrar con buena fe objetiva*"; "*La integración del medio de pago ya ocurrió, pues mediante la misma TISC es posible acceder a las Fases I, II y III del Sistema*"; y "*Transacción y solución de diferencias*" por las razones expuestas en este Laudo.

VIGESIMOSEXTO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda inicial en su versión reformada y las demás excepciones formuladas por el extremo Convocado.

B. FRENTE A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN PROMOVIDA POR TRANSMILENIO S.A. EN CONTRA DE SUMA S.A.S.:

PRIMERO: Declárese no probada la excepción titulada "*TRANSMILENIO S.A. ha incumplido lo necesario para integración e implementación total del SITP, por lo que, a pesar de existir formalmente acta de inicio de operación, esta no se ha dado en los términos contractuales y en consecuencia no hay legitimación para la efectividad de los desincentivos*" por las razones expuestas en el Laudo.

SEGUNDO: Declárese que prosperan las excepciones tituladas "*Los desincentivos contenidos en el Otrosí número 5 de 2011 son ilegales por no estar contemplados en el Pliego de Condiciones y en el Contrato número 010 de 2010 y carece de causa legal su pacto*"; "*En caso de no prosperar las anteriores excepciones, los desincentivos deben recibir el tratamiento de multas, como sanción pecuniaria de apremio, consecuencia de lo cual deben aplicarse en un todo, los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, en concordancia con el artículo 52 del CPACA*"; "*Los desincentivos que a la fecha pretende hacer efectivos TRANSMILENIO S.A., no se soportan en pruebas idóneas y ajustadas al ordenamiento jurídico por lo que no pueden servir de base para su "imposición" ni garantizan el mínimo derecho de defensa y contradicción del concesionario en la medida en que como se han "impuesto", se basan simplemente en un manual de operaciones emanado unilateralmente de TRANSMILENIO S.A. y en documentos que corresponden a afirmaciones de funcionarios de esta entidad pública sin la existencia de la comprobación real de los hechos que los soportan; sin autor ni fecha conocida para el caso de los videos y fotografías además de haber sido editados, por lo que SUMA S.A.S. desconoce y tacha los documentos dados por TRANSMILENIO S.A. en soporte de los desincentivos*"; "*Abuso, arbitrariedad desmedida y desproporcionada imposición por parte de TRANSMILENIO S.A. que está poniendo en riesgo el SITP mismo por aspectos menores, no medibles ni comprobables, ordinarios muchas veces en este tipo de servicios y sin ninguna afectación real del servicio de transporte*"

masivo de personas. El riesgo es de tal entidad que TRANSMILENIO S.A., con la aplicación de los desincentivos, pone en riesgo la operación de SUMA S.A.S. debido a que, en el estado actual del contrato, ni las utilidades que recibiría el suscrito Concesionario alcanzarían para el pago de estos desincentivos”; “Desatenciones justificadas y con explicaciones que enervan el reproche y responsabilidad jurídicos”; “No cumplimiento de requisitos legales”; y “El concesionario nunca aceptó el Manual de Operaciones y Niveles de Servicio impuesto unilateralmente por TRANSMILENIO S.A.” por las razones expuestas en el Laudo.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se deniegan las pretensiones de la demanda de reconvención.

CUARTO: Declárese no probada la excepción titulada “*TRANSMILENIO S.A. ejerció fuerza so pena de consecuencias funestas para los Concesionarios, con miras a lograr la suscripción del Otrosí número 5 de 2011*” por las razones expuestas en el Laudo.

QUINTO: Declárese que no prosperan las excepciones denominadas “*Si los desincentivos no son multas sino cláusulas penales gobernadas por el derecho privado, deben ser impuestas por el juez del contrato previa comprobación del incumplimiento y revisión de este Tribunal de las causales que dan lugar a los desincentivos y bajo la premisa que corresponden a situaciones típicas que en verdad afecten el servicio y no por nimiedades normales y, en lo poquísimos casos en que la causal podría ser objetiva, los desincentivos son exorbitantes y no corresponden a las condiciones operacionales reales sino teóricas*”; “*Resulta confiscatorio y sin ninguna causa que los desincentivos afecten la remuneración del contratista en los componentes denominados Remuneración por vehículo (TMVZ) y Remuneración por Kilómetro (TKMZ), por lo que solo debería cobijar la remuneración por pasajeros (TPAZ)*”; “*Los desincentivos en caso de mantenerse deben tener un límite máximo, si acaso, del 10% del valor de la remuneración por pasajeros (TPASZ) que reciba el Concesionario durante el mes en que se haya causado la sanción correspondiente*”; e “*Intereses de mora por desincentivos solo se generan desde la firmeza de la providencia judicial que los imponga*” por las razones expuestas en el Laudo.

C. DISPOSICIONES FINALES:

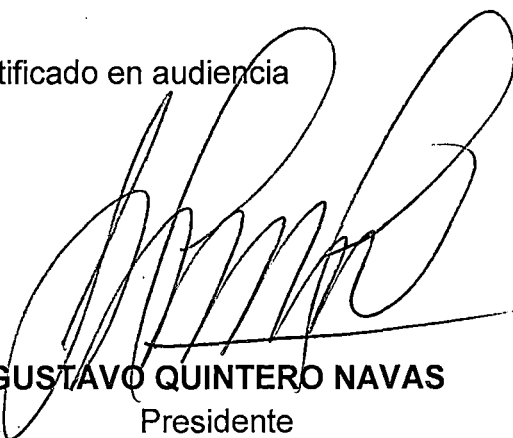
PRIMERO: Sin condena en costas para las partes.

SEGUNDO: Ordenar la expedición de copia auténtica de este Laudo Arbitral con destino a las partes, a la señora Delegada del Ministerio Público y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

TERCERO: Ordenar que por Secretaría se informe sobre la expedición de este Laudo Arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para que tome atenta nota en los registros correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


Este Laudo Arbitral fue notificado en audiencia



GUSTAVO QUINTERO NAVAS
Presidente



CARLOS BOTERO BORDA
Árbitro



HÉCTOR ROMERO DÍAZ
Árbitro
Advocato parcial



HENRY SANABRIA SANTOS
Secretario