

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

LAUDO

Bogotá D.C., 30 de noviembre de 2018

Agotado el trámite legal correspondiente, el Tribunal emite el laudo que pone fin al presente proceso seguido entre las partes que se identifican enseguida, el cual es acogido por unanimidad de los Árbitros y se integra de los siguientes capítulos:

GLOSARIO

Con el fin de facilitar el entendimiento de las expresiones de uso frecuente en la presente providencia, enseguida se definen las mismas y sus abreviaturas:

Abreviatura	Nombre
Centro de Arbitraje o el Centro	Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá
COOBUS	COOBÚS S.A.S.
EOBUS	EOBUS S.A.S.,
El Contrato	Contrato de Concesión No. 011 de 2010
Las partes	TRANZIT y TRANSMILENIO
TISC	Tarjeta Inteligente Sin Contacto
TPC	Transporte Público Colectivo
TRANZIT, demandante, demandada en reconvención, convocante o concesionario	TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN – TRANZIT S.A.S.
TRANSMILENIO, demandada, demandante en reconvención, convocada o Ente Gestor	Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A.
SIRCI	Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información al Usuario del SITP
SITP	Sistema Integrado de Transporte Público

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO	6
II. FUNDAMENTOS DE HECHO	14
LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA	14
PRONUNCIAMIENTO DE TRANSMILENIO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA.....	51
LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA	77
PRONUNCIAMIENTO DE TRANZIT SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA	80
III. PRESUPUESTOS PROCESALES.....	83
IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	83
LA DEMANDA PRINCIPAL	111
Pretensión primera.....	111
Pretensiones segunda y tercera	113
Pretensión sexta	122
Pretensión séptima	125
Pretensiones cuarta, quinta, octava, novena, décima, undécima y duodécima	127
Pretensión décima tercera	146
Pretensión décima cuarta	147
Pretensión décima quinta	149
Pretensión décima sexta.....	150
Pretensión décima séptima.....	154
Pretensiones decimoctava, decimonovena, vigésima, vigésima primera, vigésima segunda, vigésima tercera y vigésima cuarta	157
Pretensión vigésima quinta.....	182
Pretensión vigésima sexta	183
Pretensión vigésima séptima	186

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Pretensiones vigésima octava, vigésima novena, trigésima y trigésima primera	199
Pretensión vigésima novena	217
Pretensión trigésima	219
Pretensión trigésima primera	228
Pretensiones trigésima segunda, trigésima tercera, trigésima cuarta, trigésima quinta y trigésima sexta	261
Pretensión trigésima séptima	271
Pretensión trigésima octava	282
Pretensión trigésima novena	284
Pretensiones cuadragésima, cúadragésima primera y cuadragésima segunda	288
Pretensión cuadragésima tercera	294
Pretensiones cuadragésima cuarta, cuadragésima quinta, cuadragésima sexta y cuadragésima séptima	298
Pretensiones cuadragésima octava y cuadragésima novena	303
Pretensión quincuagésima	315
Pretensión quincuagésima primera	319
Pretensiones quincuagésima segunda y quincuagésima tercera	331
Pretensiones quincuagésima cuarta, quincuagésima quinta y quincuagésima sexta	336
Pretensión quincuagésima séptima	359
Pretensión quincuagésima octava	362
Pretensión quincuagésima novena	363
Pretensión sexagésima	364
Pretensión sexagésima primera	367
pretensión sexagésima segunda	369
Pretensión sexagésima tercera	383
Pretensión sexagésima cuarta	403
Pretensión sexagésima quinta	406
Pretensión sexagésima sexta	407

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Pretensiones sexagésima séptima, sexagésima octava sexagésima novena .	414
Pretensiones septuagésima, septuagésima primera y septuagésima segunda	419
Pretensión septuagésima tercera, septuagésima cuarta y septuagésima quinta	422
Pretensiones septuagésima sexta, septuagésima séptima y septuagésima octava	423
Pretensión septuagésima novena.....	426
Pretensión octogésima	427
Pretensiones octogésima primera, octogésima segunda y octogésima tercera	429
Pretensión octogésima cuarta	431
Pretensiones octogésima quinta.....	435
Pretensión octogésima sexta	435
Pretensiones octogésima séptima, octogésima octava, octogésima novena, nonagésima primera, nonagésima segunda, nonagésima tercera y nonagésima cuarta.....	439
Pretensión nonagésima quinta	472
LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	476
Pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta, vigésima séptima, vigésima octava y vigésima novena.....	476
Pretensiones quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décima quinta y décima sexta.....	476
Pretensiones décima primera, décima segunda y trigésima primera.....	493
Pretensión décima tercera	494
Pretensión décima cuarta	495
Pretensiones décima séptima y décima octava	496
Pretensión décima novena	499
Pretensión vigésima.....	502
Pretensión vigésima primera	502
Pretensiones vigésima segunda, vigésima tercera, vigésima cuarta y trigésima	505

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Pretensiones vigésima quinta y vigésima sexta.....	511
PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES	514
Excepciones propuestas contra las pretensiones de la demanda principal.....	514
Excepciones propuestas contra las pretensiones de la demanda de reconvención	535
OTROS ASPECTOS QUE FUERON PLANTEADOS POR LAS PARTES Y QUE SE DEBEN RESOLVER	535
La tacha por sospecha formulada en relación con algunos de los testigos	535
La objeción por error grave del dictamen de Cal y Mayor propuesta por TRANSMILENIO	541
Las objeciones a los juramentos estimatorios propuestas por las dos partes contra la respectiva estimación de su contraparte	546
Levantamiento de la medida cautelar	547
El precedente judicial invocado por TRANSMILENIO.....	548
V. COSTAS	552
VI. PARTE RESOLUTIVA.....	552
LA DEMANDA PRINCIPAL.....	553
LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	557

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

I. ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO

LA DEMANDANTE Y DEMANDADA EN RECONVENCIÓN

La parte Demandante y Demandada en reconvención es TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN – TRANZIT S.A.S. (en adelante, TRANZIT, demandante principal, reconvenida, convocante, demandada en reconvención o concesionario), sociedad comercial, inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 10 de noviembre de 2010, representada legalmente por la señora Edna Piedad Cubillos Caicedo.

LA DEMANDADA Y DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN

La parte Demandada y Demandante en reconvención, es la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A., (en adelante, TRANSMILENIO, demandada, convocada, reconviniente o demandante en reconvención), sociedad comercial constituida por medio de Escritura Pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999, representada legalmente por su Gerente General, la señora Alexandra Rojas Lopera.

EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral por el que hay lugar a dirimir las controversias surgidas entre las partes, se encuentra establecido en la cláusula ciento setenta y ocho (178) del Contrato de Concesión No. 011 de 2010:

“CLÁUSULA 178. TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO EN DERECHO

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

178.1. El **Tribunal** estará compuesto por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes cuando la cuantificación de la pretensión o la 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 designará un único árbitro.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

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 1.989, Ley 23 de 1.991, 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.**”

EL TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL

Convocatoria e integración del Tribunal arbitral

El 1 de noviembre de 2016, la sociedad Transporte Zonal Integrado S.A.S., presentó demanda contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A., ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (en adelante, el Centro o Centro de Arbitraje).

El día 15 de noviembre de 2016 se hicieron presentes en las instalaciones del Centro los doctores, Edwin Cortés Mejía, en calidad de apoderado de la parte convocante y Melba Rocío Pérez, como subgerente jurídica y representante legal de la parte convocada.

Los asistentes a dicha audiencia designaron como árbitros a los doctores FERNANDO PABÓN SANTANDER, ANNE MARIE MÜRRLER ROJAS y MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ. Este último manifestó su imposibilidad de aceptar fungir como árbitro señalando ser asesor jurídico del Distrito Capital para el momento del nombramiento.

Ante la imposibilidad del doctor BERMÚDEZ MUÑOZ, se envió comunicación el 9 de diciembre de 2016 al doctor JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR, también escogido por común acuerdo de las partes.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Todos los árbitros aceptaron expresa y oportunamente su designación.

Previas citaciones del Centro de Arbitraje, a los árbitros y a las partes, y conforme lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal se instaló el 24 de enero de 2017 (Acta No. 1). En dicha audiencia se designó secretario del Tribunal a JUAN PABLO RIVEROS LARA, quien aceptó el cargo y tomó posesión del mismo oportunamente.

Todos los integrantes del Tribunal dieron cumplimiento al deber de información prevenido en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.

Admisión de la demanda principal y de la demanda de reconvenición

En el curso de la audiencia de instalación, el Tribunal admitió la demanda presentada por la empresa TRANZIT S.A.S., contra la sociedad TRANSMILENIO S.A. (Auto No. 2). Tras la presentación de un recurso de reposición por parte de la demandada contra el auto referido previamente, el 6 de marzo de 2017 el Tribunal no accedió a la petición de revocar el auto admisorio de la demanda y lo mantuvo en todas sus partes (Auto No. 4).

Posteriormente, TRANSMILENIO presentó una demanda de reconvenición contra TRANZIT, la cual fue admitida el 15 de mayo de 2017 (Auto No. 5), por cumplir con los requisitos legales y haber sido presentada en tiempo.

Dentro del término legal, TRANSMILENIO contestó la demanda, presentó excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio.

El 15 de agosto de 2017 se admitió la reforma a la demanda principal y se dió traslado de esta a la parte convocada (Auto No. 10). El 29 de septiembre de 2017 se admitió la reforma a la demanda de reconvenición presentada por TRANSMILENIO, se dio traslado de la misma a TRANZIT y se le entregó al Ministerio Público (Auto No. 14).

Audiencia de conciliación

El 2 de noviembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de conciliación declarándose fallida la oportunidad, por lo cual el Tribunal ordenó continuar con el proceso (Auto No. 16) y procedió con la fijación de honorarios (Auto No. 17).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

A la audiencia asistieron los apoderados de las partes y la Agente del Ministerio Público, quienes manifestaron su conformidad con la declaración de la conciliación como fallida y el control de legalidad oficioso realizado por el Tribunal.

Honorarios y gastos del proceso

El mismo 2 de noviembre de 2017 el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios de los Árbitros, del Secretario, las partidas de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y otros gastos del proceso.

El 23 de noviembre de 2014, se verificó el pago correspondiente a cada una de las partes por los conceptos señalados, por lo que el Tribunal convocó la primera audiencia de trámite para el 13 de diciembre de 2017 (Auto No. 18).

Primera audiencia de trámite

El 13 de diciembre de 2017 se dio inicio a la celebración de la primera audiencia de trámite, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012 y tras haber sido suspendida (Autos No. 19 y No. 22), se declaró terminada el 7 de febrero de 2018. Durante todo el curso de la audiencia inicial, se hizo presente en la sede del Tribunal MONICA IVÓN ESCALANTE RUEDA, en su calidad de PROCURADORA 50 JUDICIAL II PARA AUNTOS ADMINISTRATIVOS.

En dicha oportunidad, el Tribunal declaró su competencia para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre las partes, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en la cláusula 178 del Contrato de Concesión No. 011 de 2010.

Decreto y práctica de pruebas

En la primera audiencia de trámite, el Tribunal profirió auto de decreto de las pruebas solicitadas por TRANZIT en la demanda principal y su reforma, en el traslado de las excepciones de mérito propuestas por TRANSMILENIO, en la contestación a la reconvenición y su reforma.

Así mismo, se decretaron las pruebas solicitadas por TRANSMILENIO en su contestación a la demanda y su reforma y en la reconvenición y su reforma.

Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados, así:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

a. Por la parte convocante y demandada en reconvención

Con su escrito de demanda con la demanda: folios 1 a 377 del Cuaderno de Pruebas No. 1. A través de documento del 20 de septiembre de 2017, aportó pruebas adicionales, contenidas en un CD: folio 39 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Con la reforma a la demanda principal, aportó un CD: folio 43 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

La convocante, no solicitó pruebas distintas de las pedidas en la demanda principal en su contestación a la reconvención ni su contestación a la reconvención reformada.

b. Por la parte convocada y demandante en reconvención

Con la contestación de la demanda: folios 1 al 15 del Cuaderno de Pruebas No. 2, la convocada aportó con su contestación a la demanda reformada, tres CDs: folio 45 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

A través de su demanda de reconvención se aportaron nuevos documentos: folios 17 al 37 del Cuaderno de Pruebas No. 2. A través de oficio del 5 de octubre de 2017: folio 41 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

Con la reforma a la reconvención los documentos (folio 47 al 285 del Cuaderno de Pruebas No. 2)

c. Testimonios

El Tribunal arbitral recibió los siguientes testimonios:

Sugey Andrea Rodríguez	15 de marzo de 2018	Acta No. 19
Carlos Eduardo Vergara Emiliani	15 de marzo de 2018	Acta No. 19
Jhon Fredy Bohórquez Jiménez	15 de marzo de 2018	Acta No. 19
Wilmer Alexis Gonzáles Murcia	16 de marzo de 2018	Acta No. 20
Joan Camilo Florián Cañón	16 de marzo de 2018	Acta No. 20
Ivonne Alcalá Arévalo	16 de marzo de 2018	Acta No. 20
Jorge Eduardo Cabrera Vargas	20 de abril de 2018	Acta No. 22
Daniel Fernando Cárdenas Ochoa	20 de abril de 2018	Acta No. 22
Guillermo Sarmiento Useche	21 de mayo de 2018	Acta No. 25

Los testigos Sugey Andrea Rodríguez, Carlos Eduardo Vergara Emiliani, Jhon Fredy Bohórquez Jiménez, Wilmer Alexis Gonzáles Murcia, Joan Camilo Florián Cañón fueron tachados por sospecha por TRANSMILENIO.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

La parte convocante desistió de los testimonios de José Jonathan Londoño Morales, Andrés Contreras Bohórquez, Óscar Fernando Mejía Carvajal, Germán Cáceres Romero, Pedro Javier Rodríguez Amaya, Óscar Eduardo Salamanca Reyes, Johnnatan Munévar, Bibiana Marcela Linero Guiza y Juan Manuel Sastoque.

d. Inspección judicial y Exhibición de documentos

La Secretaria de Movilidad llevó a cabo la exhibición de documentos el 16 de febrero de 2018, y los exhibidos fueron incorporados al expediente según lo dispuesto en el Auto No. 28. TRANSMILENIO exhibió documentos en la misma fecha y los exhibidos fueron incorporados en el expediente según lo dispuesto en el Auto No. 29.

Si bien el Tribunal había decretado la inspección judicial para evidenciar el estado de la infraestructura en la zona Usme (Auto No. 38), la convocada desistió de la misma el 21 de mayo de 2018 (Acta No. 35).

e. Prueba trasladada

El Tribunal accedió a la solicitud de la convocante de incorporar al expediente las grabaciones y transcripciones de los testimonios que se relacionan en los numerales 3.7.1. a 3.7.4. (folio 24 del Cuaderno Principal No. 4).

f. Prueba pericial

Por solicitud de la parte convocante se decretó un dictamen pericial ECONÓMICO-FINANCIERO que fue rendido por la firma ÍNTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A. el día 16 de abril de 2016.

Del anterior dictamen se corrió traslado, a las partes y al Ministerio Público el 17 de abril de 2018 mediante Auto No. 37 (folio 337 del Cuaderno Principal No. 4), por lo que ambas partes solicitaron su complementación y aclaración y la convocante solicitó fijar fecha para realizar audiencia de interrogatorio al perito.

Las aclaraciones y complementaciones rendidas por ÍNTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A. fueron trasladadas a las partes y al Ministerio Público mediante fijación en lista del 13 de junio de 2018 e incorporadas al expediente (folios 72 al 321 y 384 en adelante del Cuaderno de Pruebas No. 7).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

TRANZIT desistió a la solicitud de interrogatorio al perito de ÍNTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A., lo cual fue aceptado por el Tribunal (Auto No. 46).

g. Experticias de parte

El Tribunal tuvo como experticia de parte, la aportada por lo demandante, a ser rendida por la firma STRATEGAS CONSULTORES (folios 286 y 565 del Cuaderno de Pruebas No. 2) y por la firma CAL Y MAYOR (Cuadernos de Pruebas 3, 4 y 5).

La convocada aportó el dictamen elaborado por la firma VALORA S.A., a fin de revisar las cifras presentadas por la firma STRATEGAS CONSULTORES (folio 495 del Cuaderno de Pruebas No. 5)

h. Declaraciones de parte

La declaración de parte de los representantes legales de ambas entidades, fueron decretadas por el Tribunal en la primera audiencia de trámite.

La declaración del representante legal de TRANZIT, Mauricio Argüelles Perdomo se llevó a cabo el 16 de febrero de 2018, en la misma diligencia absolvió interrogatorio de la convocada (Acta No. 18).

El Gerente General de TRANSMILENIO, Richard Romero Raad aportó su declaración mediante informe, el 23 de febrero de 2018 vía correo electrónico y el 26 de febrero de 2018 en físico (folios 62 a 70 del Cuaderno de Pruebas No. 7).

Oficios

Dentro del proceso se libraron los siguientes oficios:

Oficio 001/2018	Secretaría de Movilidad	7 de febrero de 2018
Oficio 002/2018	Gerente de TRANSMILENIO	7 de febrero de 2018
Oficio 003/2018	Secretario del Tribunal RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. vs. TRANSMILENIO.	Radicado CAC-CCB, 13 de febrero de 2018
Oficio 004/2018	Secretario del Tribunal ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. vs. TRANSMILENIO	Radicado CAC-CCB, 13 de febrero de 2018
Oficio 005/2018	Secretaría de Movilidad	7 de febrero de 2018
Oficio 006/2018	Íntegra Auditores Consultores S.A.S.	7 de febrero de 2018

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Mediante Auto No. 47 del 26 de junio de 2018, el Tribunal arbitral declaró que al haberse surtido la práctica de todas las pruebas que fueron decretadas, se tenía por concluida la etapa probatoria del proceso.

Alegatos de conclusión

Tras la práctica de todas las pruebas decretadas, el 6 de septiembre de 2018, se llevó a la cabo la audiencia de alegatos de conclusión en que las partes y el Ministerio Público formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron un resumen escrito de los mismos (Acta No. 31 y Cuaderno Principal No. 6).

Término de duración del proceso

Durante la realización de la primera audiencia de trámite, se dispuso con fundamento en la cláusula 178.6 del Contrato de Concesión 011 de 2010, que, sin perjuicio de las suspensiones o interrupciones previstas en la ley, el término de este trámite sería de ocho (8) meses contados en la forma en que dispone la ley. En la misma audiencia, las partes dispusieron que las suspensiones serían realizadas en días hábiles.

La primera audiencia de trámite finalizó el 7 de febrero de 2018. Lo anterior, quiere decir que el término inicial para proferir el laudo sería el 8 de octubre de 2018, atendiendo a que el 7 de octubre de la misma anualidad, fue un día festivo.

En el curso del procedimiento, el Tribunal decretó, por solicitud de las partes, las siguientes suspensiones dentro del proceso:

- Mediante Auto No. 25, se suspendió el proceso del 8 al 15 de febrero de 2018, ambas fechas incluidas: seis (6) días hábiles.
- Mediante Auto No. 31, se suspende el proceso del 17 de febrero al 14 de marzo de 2018, ambas fechas incluidas: dieciocho (18) días hábiles.
- Mediante Auto No. 51, se suspendió el proceso entre el 7 de septiembre y el 7 de octubre de 2018, ambas fechas incluidas: veintiún (21) días hábiles.

Es decir, el presente proceso arbitral estuvo suspendido por 45 días hábiles en total.

Teniendo en cuenta lo anterior, el término del proceso vence el 13 de diciembre de 2018, razón por la cual el Tribunal está dentro de la oportunidad legal para proferir el presente laudo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

II. FUNDAMENTOS DE HECHO

LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA

Los hechos en los que TRANZIT funda sus pretensiones son los que a continuación se sintetizan:

El Contrato de Concesión y sus modificaciones

1. TRANZIT suscribió con TRANSMILENIO el Contrato de Concesión No. 011 de 2010 el día 17 de noviembre de 2010 para operación del SITP, de forma no exclusiva, preferencial y conjunta con otros concesionarios, en la zona No. 13, correspondiente a Usme; el objeto de este contrato comprende: la prestación del servicio y la dotación y administración de la infraestructura de patios y talleres definitivos.
2. El plazo del contrato fue fijado en 25 años y su ejecución se encuentra dividida en las siguientes etapas: i) Preoperativa, con una duración, en principio, de 9 meses desde la firma del Acta de Inicio; ii) Operativa con una duración de 24 años y dividida en: a) puesta en marcha y b) fase operativa propiamente dicha; y, iii) de Reversión, con una duración que inicia 30 días antes de que finalice la Etapa Operativa y finaliza con la expedición por parte de TRANSMILENIO del certificado de recibo de todos los bienes.
3. La Etapa Preoperativa inició el día 7 de febrero de 2011, cuando fue suscrita el Acta de Inicio del Contrato de Concesión No. 011, y la Etapa Operativa inició el día 20 de octubre de 2012.
4. El Contrato de Concesión No. 011 de 2011 coexiste con las demás concesiones, actuales y futuras, necesarias para la operación del SITP, cuya planeación, adjudicación y celebración se encuentra a cargo de TRANSMILENIO como Ente Gestor.
5. Desde los pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. TMSA-004-2009 se estableció la obligación de vincular todos los vehículos legales de transporte público asociados al servicio para la fecha de expedición del Decreto 319 de 2006 y que cumplieran con la tipología requerida para el SITP y tuvieran una vida útil inferior a 10 años.
6. Dentro de su propuesta TRANZIT incorporó 808 vehículos, 411 en modalidad de renta fija y 397 en modalidad de compraventa; posteriormente vinculó 128

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S:**

Vs.

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

vehículos adicionales, 3 en modalidad de renta y 125 en modalidad de compraventa.

El marco económico del sistema, remuneración por operación zonal y administración de los recursos

7. La principal fuente económica del SITP es la venta y el producto de la recarga de tarjetas al público según tarifa al usuario que establezca el Alcalde Mayor de Bogotá con base en los estudios técnicos y financieros que desarrolle TRANSMILENIO.

8. La tarifa al usuario debe reflejar los costos de la operación de todos los agentes del SITP, incluidos los concesionarios de la operación.

9. La diferencia que llegue a existir entre lo que debe remunerarse a los agentes del SITP y los ingresos recaudados es cubierta con recursos provenientes del Distrito a través del Fondo de Estabilización Tarifaria.

10. El Contrato de Concesión No. 011 contempló una fórmula de remuneración compuesta por: tarifa por kilómetro, tarifa por vehículo y tarifa por pasajero.

11. En los casos de rutas compartidas, estas son servidas por los operadores de la zona de origen y de la zona de llegada, distribuyéndose por mitad la oferta de flota y los kilómetros ofertados, cada una de las cuales cubre diferentes costos del servicio.

12. Una vez finalizada la etapa de “Puesta en Marcha”, la remuneración de los operadores será fijada en función de la calidad del servicio, de acuerdo con los niveles que fije el Ente Gestor.

13. Los recursos recaudados en la prestación del servicio del SITP son administrados por el Patrimonio Autónomo constituido mediante Contrato de Fiducia SITP suscrito por el Concesionario del SIRCI y al cual están vinculados todos los operadores del SITP en calidad de fideicomitentes.

La infraestructura del sistema y el control sobre la flota

14. La infraestructura asociada al SITP incluye: i) los corredores viales, puentes peatonales y vehiculares, incluyendo malla vial arterial, intermedia, local y malla vial rural; y ii) los terminales zonales, patios y talleres necesarios para la operación.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

15. Desde los pliegos de condiciones de la Licitación Pública LP-TMSA-004 se estableció que el control de la flota estaría en cabeza de los adjudicatarios a través de diferentes modalidades de control.

La responsabilidad de TRANSMILENIO como ente gestor

16. El objeto social de TRANSMILENIO es la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros de Bogotá y su área de influencia, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 004 de 1999 y sus estatutos.

17. De conformidad con el Acuerdo 004 de 1999 y el Decreto Distrital 486 de 2006, TRANSMILENIO, en su condición de Ente Gestor tiene la responsabilidad de integrar, evaluar y hacer el seguimiento de la operación del SITP y, en consecuencia, le corresponde adelantar los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del Transporte Público Colectivo (en adelante, TPC) al sistema de transporte masivo.

18. En virtud de lo dispuesto en los Decretos Distritales 319 de 2009 y 486 de 2006, 309 de 2009 y los pliegos de condiciones de la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009, a TRANSMILENIO le corresponde administrar la infraestructura y ejercer el control sobre el cumplimiento de los contratos de concesión que se suscriban para prestar el servicio público de transporte masivo en el Distrito y área de influencia.

19. En el marco de sus responsabilidades como Ente Gestor, TRANSMILENIO dio apertura a la Licitación LP-TMSA-004-2009 mediante Resolución 064 de 2010 con el objeto de adjudicar la totalidad de la operación del servicio público de transporte en modalidad de buses.

20. TRANSMILENIO convocó la Licitación Pública No. TMSA-LP-003-2011 mediante la Resolución 153 del 25 de abril de 2011, esto es, cinco meses después de la adjudicación de la Licitación LP-TMSA-004-2009 con el objeto de entregar la concesión del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información al Usuario del SITP (en adelante, SIRCI), adjudicada finalmente a la sociedad Recaudo Bogotá mediante Resolución No. 327 de 2011.

21. Los hechos generadores de desincentivos operativos plasmados en el Manual de Operaciones del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP para la operación zonal, corresponden en su integridad con los previstos en los contratos de alimentación de la fase II del Sistema TransMilenio.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

22. Las modificaciones de las prestaciones recíprocas según lo pactado en el Contrato de Concesión 011 de 2010, requieren el acuerdo mutuo de las partes, el cual se materializa y sólo produce efectos a partir de la suscripción de los respectivos contratos modificatorios.

23. La suscripción de convenios por parte de TRANSMILENIO con transportadores del servicio de TPC se desarrolló por fuera de las competencias legales, reglamentarias y estatutarias del Ente Gestor y, además, se llevó a cabo sin agotar un procedimiento de selección en los términos del Estatuto de Contratación y normas que regulan la actividad de transporte masivo.

24. Los concesionarios COOBÚS y EGOBÚS no acreditaron el cierre financiero, requisito indispensable para que TRANSMILENIO autorizara el inicio de la operación y, ante dicha situación, lo procedente sería haber declarado la caducidad de los contratos de concesión o terminarlos anticipadamente, nada de lo cual hizo el Ente Gestor.

25. TRANSMILENIO modificó unilateralmente el Contrato No. 011 de 2010 al expedir la Resolución No. 548 del 22 de septiembre de 2016, por medio de la cual reglamentó las condiciones y el procedimiento para la exclusión de vehículos del SITP fase III y zonal; a través de este acto administrativo, el Ente Gestor impuso a TRANZIT una sanción no prevista en el Contrato de Concesión o en sus anexos, consistente en la inmovilización y desvinculación de los vehículos del sistema por mantenimiento de la flota, causándole un perjuicio injustificado al operador.

El cierre financiero

26. En el numeral 1.11 de las definiciones del Contrato No. 011 de 2010, las partes pactaron que el cierre financiero del concesionario se entendería obtenido cuando TRANSMILENIO manifestara expresamente y por escrito la conformidad con los documentos aportados por este para acreditar el perfeccionamiento de las operaciones de endeudamiento y/o la adquisición de los vehículos para prestar el servicio de transporte.

27. Tanto el Pliego de Condiciones Definitivo como la cláusula número 17.5 del Contrato de Concesión No. 11 establecen que el valor mínimo de financiamiento que debía acreditar quien presentara propuesta para operar la zona de Usme era la suma de \$74.359.000.000 M/CTE.

28. Según la cláusula 17.5 del Contrato, el concesionario contaba con cinco meses contados después de la suscripción del Acta de Inicio para obtener el cierre

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

financiero; TRANSMILENIO, por su parte, contaba con quince días hábiles para manifestarse respecto de los documentos presentados por el Concesionario.

29. El 25 de abril de 2011 se suscribió el Otrosí No. 3 del Contrato de Concesión, mediante el cual se modificó la cláusula 17.5 del mismo, con el propósito de adicionar un mes más al término con el que se contaba para obtener el Cierre Financiero, de manera que la cláusula quedó así: “El término máximo con que cuenta el CONCESIONARIO para obtener el Cierre Financiero vencerá cuando expire el cuarto (4º) mes + 1 mes contado desde la fecha de suscripción del Acta de Inicio de Concesión.”

30. Las partes suscribieron el Acta de Inicio del Contrato No. 011 el día 7 de febrero de 2011, lo que autoriza el inicio de ejecución del Contrato; por otro lado, TRANSMILENIO expidió la Orden de Inicio de Operación el día 19 de octubre de 2012, quedando como fecha de inicio del Contrato el 20 de octubre de 2011.

31. El 8 de junio de 2011, dentro de los cinco meses con los que contaba para tal efecto, TRANZIT suscribió el Contrato de Crédito Sindicado por medio del cual se le aprobó un crédito por la suma de \$180.000.000.000 M/CTE con plazo de diez años para su pago.

32. En virtud de lo dispuesto en la cláusula 35 del Contrato, el Concesionario debía presentar a consideración de TRANSMILENIO la fiduciaria y el proyecto de contrato de fiducia dentro de los 20 días hábiles anteriores a que venciera el plazo para la suscripción del Contrato de Fiducia Concesionario; TRANSMILENIO contaba con un plazo de quince días hábiles para hacer comentarios al proyecto de Contrato de Fiducia Concesionario.

33. El 7 de julio de 2011, dentro del plazo fijado en la cláusula 35 del Contrato, fue suscrito el Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Garantía, Administración, Fuente de Pagos y Pagos entre TRANZIT como fideicomitente y la Fiduciaria Bogotá S.A.

34. El 2 de agosto de 2011 TRANSMILENIO confirmó a TRANZIT la obtención satisfactoria del cierre financiero.

35. El Contrato de Crédito Sindicado fue modificado mediante Otrosí No. 1 del 6 de mayo de 2015, por medio del cual se amplió el plazo de diez a catorce años; se modificó la tasa de intereses remuneratorios, de manera que para el Banco CorpBanca Colombia S.A., antes Helm Bank S.A., la tasa de interés permaneció en 4,85% mientras que la de los demás acreedores diferentes al Banco CorpBanca

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

quedó en 5%; y, se adicionó una compensación del 1% del monto total del crédito a favor del Banco CorpBanca.

36. A la fecha de presentación de la reforma a la demanda, los bancos que otorgaron a TRANZIT el crédito han efectuado 62 desembolsos que suman \$180.000.000.000 M/CTE, superando el monto mínimo de financiamiento solicitado por TRANSMILENIO en el Pliego de Condiciones y en la cláusula 15 del Contrato No. 011.

37. Asobancaria ha comunicado al Ministerio de Transporte los problemas referentes a la ejecución de los contratos de transporte masivo en las principales ciudades de Colombia y las entidades financieras se niegan a aprobar nuevas operaciones de crédito solicitadas por los concesionarios del SITP, lo cual representa una grave amenaza para la prestación del servicio.

38. Al finalizar el año 2016, TRANZIT contaba con un patrimonio negativo de \$33.781.677.000 M/CTE y con un capital suscrito de \$56.766.235.000 M/CTE, a raíz de lo cual, mediante Acta No. 13 de la Asamblea General Ordinaria de Accionarios de TRANZIT del 30 de marzo de 2016, la administración comunicó a los accionistas el acaecimiento de la causal de disolución descrita en el numeral 4 del artículo 34 de la Ley 1258 de 2008.

39. TRANZIT presentó ante la Superintendencia de Sociedades ser admitida en proceso de reorganización de los previstos en la Ley 1116 de 2007 debido a su incapacidad de pagos, solicitud que fue admitida mediante auto del 13 de marzo de 2017.

La demora en la implementación del SITP

40. En el Decreto 309 de 2009 se estableció que la implementación del SITP se daría de forma gradual en cuatro fases: Fase I, preparación para la implementación del SITP; Fase II, implantación gradual de la operación (adjudicación de las licitaciones para adjudicar la operación zonal y el SIRCI); Fase III, operación integrada del SITP; y Fase IV, integración con los modos férreos. Según esta norma, las Fases I y II tendrían que estar implementadas al 15 de octubre de 2011.

41. Con la publicación de las Licitaciones Públicas LP-TMSA-004-2009, para la adjudicación de la operación zonal y LP-TMSA-003-2011, para la adjudicación del SIRCI, se dio inicio a la Fase I.

42. En el Anexo Técnico del Pliego de Condiciones de la Licitación LP-TMSA-004-2009 se fijaron como fechas preliminares de las Fases I y II así: para la Fase I

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

del segundo semestre de 2009 al primer semestre del 2010; y para la Fase II desde la culminación de la Fase I hasta octubre de 2011.

43. La Fase II inició con la adjudicación de los contratos de operación zonal y del SIRCI. En el Otrosí No. 7 del Contrato de Concesión No. 11 de 2010 se pactó que la Fase II se extendería hasta que se produjera la integración operacional y tarifaria del 100% de las rutas y servicios de transporte público masivo en el Distrito Capital.

44. En la cláusula 22 del Contrato de Concesión No. 11 las partes dispusieron que el inicio de la operación del SITP se efectuaría de acuerdo con el cronograma establecido en el Anexo No. 2.

45. El avance del cronograma del Anexo No. 2 se ha visto alterado debido a la ausencia o ejecución tardía y defectuosa de componentes a cargo de otros concesionarios, lo cual se encontraba fuera del alcance de las obligaciones y facultades contractuales de TRANZIT.

46. El aplazamiento del inicio del cronograma de implementación del SITP, las diferentes dilaciones que ha tenido la ejecución del Contrato No. 011 de 2010 y las modificaciones a este último han ocasionado que, cinco años después del inicio de la operación, la Fase II aún no haya concluido.

47. Mediante Decreto 535 del 29 de noviembre de 2011 la administración Distrital derogó la disposición del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, vigente al momento de la adjudicación, que ordenaba que al 15 de octubre de 2011 las Fases I y II des SITP debían estar implementadas.

48. Los términos “implantación” e “implementación” fueron usados indistintamente dentro de los documentos que rodearon la ejecución del Contrato de Concesión No. 011 de 2010.

49. Durante el proceso de selección de la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009, específicamente en los formularios de preguntas y respuestas, TRANSMILENIO enfatizó en que la sustitución del TPC y la entrada en operación de las rutas se adelantaría por fases y de forma gradual conforme al cronograma del Anexo No. 2 de la minuta del contrato.

50. El Anexo No. 2 de la minuta del contrato, modificado por la Adenda General No. 4, contenía el cronograma indicativo del Plan de Implementación, el cual contempló una implementación gradual por rutas y por meses, mas no por zonas.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S:**

Vs.

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

Según este cronograma la totalidad de la flota vehículos asignados a rutas zonales debía estar en operación en un lapso de 8 meses.

51. TRANSMILENIO informó a TRANZIT el 25 de febrero de 2011 que el cronograma del Plan de Implementación del Anexo No. 2 debía ser ajustado a los tiempos de entrega de la infraestructura del sistema y del Contrato de Concesión del SIRCI.

52. En la cláusula 22 del Contrato de Concesión No. 011, modificada por Otrosíes Nos. 1 y 2, se estableció que, dentro de un plazo fijado inicialmente en 60 días siguientes a su suscripción, posteriormente ampliado a 165 días por causas ajenas a TRANZIT, el Concesionario debería entregar a TRANSMILENIO un Plan de Trabajo para la Implementación de la Operación, el cual debía contener el cronograma y secuencia de las actividades necesarias para la implementación de la operación.

53. Con el Otrosí No. 3, la cláusula 22 del Contrato de Concesión No. 011 volvió a ser modificada en el sentido de adicionar 60 días más al plazo para presentar el Plan de Trabajo para la Implementación de la Operación.

54. El 20 de diciembre de 2013 se suscribe el Otrosí No. 7 por medio del cual: i) se establece que la etapa de operación de la concesión se ejecutará en dos fases: la puesta en marcha y la operación propiamente dicha; y ii) se establece que la fecha en la que iniciará la fase de puesta en marcha será la fecha de inicio de la primera ruta zonal. No obstante, esta modificación, el texto de la cláusula 13 del Contrato quedó incólume, lo cual indica que entre la etapa preoperativa y la integración total del sistema lo que se surte es la entrada en operación de las rutas y que la vinculación de las flotas para tal fin se sigue haciendo de forma paulatina.

55. TRANZIT presentó dentro de los términos contractuales previstos el Plan de Trabajo para la Implementación ajustado, lo cual fue certificado por TRANSMILENIO mediante comunicación del 10 de octubre de 2011.

56. En el mes de octubre de 2011 TRANSMILENIO modificó por primera vez el Plan de Implementación, como resultado de la propuesta de los concesionarios y de la consultoría del Consorcio Logit-Logitrans, en el sentido de ampliar el término de 8 meses a 16 para la operación zonal y a 18 para la operación troncal.

57. TRANSMILENIO entrega a los concesionarios cronograma de implementación el 1 de junio de 2012, el cual previó el inicio de la operación para los meses de julio o agosto de 2012.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

58. El 16 de noviembre de 2012, TRANSMILENIO modifica nuevamente el cronograma de implementación y extiende su culminación al mes de abril de 2014.

59. El inicio del Plan de Implementación para TRANZIT tuvo un retraso de 11 meses respecto de las fechas establecidas en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública, debido al retraso en la adjudicación del Contrato CIRCI, las dificultades en la consecución de la infraestructura de patios zonales, los retrasos en la instalación de equipos CCZ y la falta de capacitación a los administradores de red, todo lo cual fue advertido por este concesionario a TRANSMILENIO el 11 de octubre de 2012.

60. Según el modelo operacional del Sistema, TRANZIT tiene la obligación contractual de vincular 726 vehículos, la cual ha sido cumplida por el concesionario; no obstante, la implementación de la operación zonal para el Contrato No. 011 de 2010 no ha culminado debido a que TRANSMILENIO no ha efectuado el pedido oficial de la totalidad de la flota zonal y no fue posible dar inicio al esquema de “Rutas Estratégicas”, dirigido a la implementación de rutas compartidas con COOBÚS y EGOBÚS.

61. El primer pedido de flota a TRANZIT se llevó a cabo el 30 de enero de 2012 mediante oficio 2012EE548, y el mismo correspondió a treinta y dos (32) vehículos de cincuenta (50) pasajeros, para la ruta A120001 (ruta 652) la cual iniciaría el 30 de julio de 2012. Sin embargo, esta ruta tan sólo inició operación el 20 de octubre de 2012, fecha a partir de la cual TRANSMILENIO impartió la orden de inicio de operación de TRANZIT.

62. Al momento de la presentación de la demanda el cronograma de implementación no ha sido agotado para TRANZIT y no es posible determinar la fecha de su finalización.

63. La extensión indefinida de la etapa preoperativa ha tenido lugar por causas ajenas a TRANZIT; no obstante, este hecho le ha generado a dicho Concesionario un efecto financiero adverso.

La falta de integración total del sistema

64. Según lo previsto por el numeral 19.2 del Decreto 309 de 2009, la integración total del SITP se produce al término de la fase II. Dicha fase concluye cuando se produzca cualquiera de las siguientes modalidades de integración: operativa, física, virtual, del medio de pago y tarifaria; además, según el mismo decreto requiere de “la integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S:
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

65. A la fecha no ha concluido la fase II de la implementación gradual del Sistema.

66. El Decreto Distrital 190 de 2015, expedido debido a la falta de operación de los concesionarios COOBÚS y EGOBÚS, habilitó una modalidad de prestación del servicio público de transporte denominado “SITP Provisional”, que es paralela al Sistema Integrado; no obstante, las dos modalidades no se encuentran integradas.

67. El “SITP Provisional” responde a las características del TPC tradicional; algunas de sus características son: i) es remunerado en efectivo; ii) no cuenta con sistema de control de flota; iii) no hay supervisión por parte de TRANSMILENIO; iv) no cuenta con interventoría externa que revise las condiciones de operación, ni las condiciones de mantenimiento de la flota; v) no tiene paraderos predeterminados; y vi) los conductores son contratados sin la observancia de la normatividad exigida en el Manual de Operaciones de TRANSMILENIO aplicable a los concesionarios del SITP.

68. Este sistema presenta condiciones de desigualdad en la competencia que el SITP puede realizar, toda vez que el SITP Provisional: i) habilitó la permanencia de vehículos no aptos para operar dentro del Sistema Integrado; y ii) afectó el proceso de desintegración física de la flota a cargo de los concesionarios del SITP, puesto que muchos propietarios encontraron en este sistema la forma de seguir operando rentablemente sus buses.

69. La integración tarifaria de que trata el inciso 5 del numeral 19.2 -Fase 2 Implantación Gradual de la Operación- del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, en cuanto señala que: “La integración tarifaria se dará tan pronto esté surtida la etapa de pruebas del SIRCI y se garantice la completa conectividad y seguridad en su integración con el actual sistema de recaudo del Sistema TransMilenio”, y lo dispuesto en el inciso 6 ibidem, en cuanto indica que dicha integración tarifaria “implica la existencia de un medio tecnológico de pago común a los servicios integrados”, no se llevó a cabo en los términos ni en la oportunidad prevista por el Decreto.

70. En vigencia de la ejecución regular de los contratos de recaudo de las Fases I y II del Sistema TRANSMILENIO, no se produjo la integración del medio de pago con el concesionario RECAUDO BOGOTÁ, tal como se había contemplado desde la publicación del Pliego de Condiciones de la Licitación que dio origen al contrato de recaudo del Sistema Integrado.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

71. Los validadores y las tarjetas de las Fases I y II, pertenecientes a las concesiones de recaudo de ANGELCOM S.A. y la UT- Fase II, respectivamente, y los instalados por RECAUDO BOGOTÁ en las troncales de la Calle 26 y Carrera 10 no eran compatibles; a su vez las tarjetas en circulación al momento de la entrada en operación del concesionario de recaudo del SITP -RECAUDO BOGOTÁ-, tampoco fueron compatibles con la tarjeta “Tu Llave.”

72. Lo anterior significó que los usuarios se vieran forzados a utilizar, durante más de tres años, tarjetas diferentes cuyo funcionamiento dependía de si el dispositivo de validación pertenecía a las concesiones de recaudo de las Fases I y II del Sistema TransMilenio, o a la concesión de recaudo del SITP a cargo de Recaudo Bogotá, hecho que afectó la imagen del sistema y desincentivó su uso entre la ciudadanía.

73. Por la ausencia de gestión de TRANSMILENIO, hasta finales de 2016 el Sistema contaba con dos administradoras fiduciarias; siendo la encargada de las Fases I y II, GNB-SUDAMERIS y del SITP, la FIDUCIARIA DE OCCIDENTE, cuando todos los contratos de concesión prevén que exista solo una.

74. Al producirse la terminación de la etapa de operación regular de los Contratos de Concesión de recaudo de las Fases I y II del Sistema TRANSMILENIO, y siendo que la obligación a cargo del Concesionario de recaudo del SITP consiste en la transferencia de los recursos producto de la aplicación de la tarifa al usuario exclusivamente con destino a la cuenta recaudadora administrada por la entidad fiduciaria del SITP (FIDUCIARIA DE OCCIDENTE), el fideicomiso de las Fases I y II (GNB SUDAMERIS) quedó en imposibilidad de recibir los recursos provenientes de la tarifa al usuario.

75. Ante tal situación, sumando al hecho de no poder contar con un solo medio de pago, TRANSMILENIO emitió la Resolución 817 de 2015, como una medida temporal y transitoria que le permitiera remunerar a los concesionarios de las Fases I y II. La Resolución disponía: i) que los concesionarios de las Fases I y II del Sistema TRANSMILENIO, serían remunerados exclusivamente con recursos provenientes del presupuesto distrital girados al fideicomiso GNB SUDAMERIS; y ii) los concesionarios del SITP remunerados con recursos derivados de la aplicación de la tarifa al usuario.

La infraestructura transitoria – ampliación indefinida de la etapa de transición

76. Desde la apertura de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009, TRANSMILENIO consideró la existencia de una “Etapa de Transición” durante la cual los concesionarios del Sistema Integrado llevarían a cabo las actividades

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

inherentes a la operación de la flota vinculada a la operación no troncal en patios y/o terminales zonales transitorios.

77. Con la suscripción del Contrato de Concesión 011 de 2010 TRANZIT asumió la obligación de consecución y dotación de los patios y/o terminales zonales transitorios para la operación en la zona 13 Usme, realizando inversiones en adecuación de infraestructura; actualmente cuenta con cuatro (4) patios zonales transitorios: i) Patio Cerros de Oriente; ii) Patio Uval; iii) Patio La Aurora; y iv) Patio *Trancity*.

78. El 28 de agosto de 2015, TRANSMILENIO expidió el comunicado 2015EE16680 en el que señala que TRANZIT no tiene faltantes de Hectáreas (HA) para la implementación de patios transitorios. Lo anterior, tras verificar la obtención total de 7.53 HA para este fin, superando el área requerida para la operación estimada en 6.56 HA.

79. Según lo previsto en la cláusula 14 del Contrato de Concesión, el término de duración de la Etapa de Transición se estableció en un lapso de cinco (5) años, contados desde la Adjudicación de este. Adicionalmente, la Nota No. 2, del mismo instrumento, señala que finalizado el tercer año de la concesión el Distrito debía informar al Concesionario si se amplía o no la Etapa de Transición.

80. En materia de infraestructura transitoria, la matriz de riesgos -Anexo 5 del pliego de condiciones- contempló la ocurrencia de un riesgo en cabeza del concesionario, única y exclusivamente durante la Etapa de Transición, asociado con el mayor costo de operación de la flota derivado del mayor número de kilómetros en vacío que debían recorrer los vehículos, debido a la ubicación de los terminales y/o patios zonales transitorios.

81. La cláusula 14 contemplaba tres (3) plazos: i) el plazo en el cual TRANZIT debía comunicar a TRANSMILENIO la decisión de construir o no los patios definitivos; ii) el plazo que tenía la administración para comunicar al concesionario si ampliaba o no la etapa de transición; y iii) el plazo para la entrega de los patios y/o terminales definitivos.

82. La intención de construir directamente la infraestructura definitiva es ratificada por TRANZIT, mediante comunicado 010942 del 31 de agosto de 2011 dirigida a TRANSMILENIO.

83. El 24 de agosto de 2012, con oficio No. 2012EE7096, TRANSMILENIO, con base en su conocimiento sobre las dificultades que ha tenido TRANZIT relacionados con los trámites urbanísticos para la construcción de los patios y/o

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

terminales definitivos, solicita al Concesionario evaluar si continúa o no con la propuesta de construir el patio definitivo, o si se acoge lo dispuesto por el Decreto 294 de 2011, durante la fase de transición.

84. TRANZIT, mediante comunicaciones enviadas en el año 2013, advierte al Ente Gestor acerca de los tropiezos que habían afectado el avance del proceso, por lo cual de manera expresa informa que desiste de su intención de construir directamente, solicitando a TRANSMILENIO que sea la administración distrital quien lleve a cabo la construcción de esta infraestructura definitiva.

85. TRANZIT, mediante comunicación radicada en TRANSMILENIO con el número A24009 del 9 de diciembre de 2013, en respuesta al oficio 2013EE16080, ratifica la decisión de no construir directamente la infraestructura definitiva de patios y/o terminales zonales.

86. Finalizado el tercer año de concesión, ni TRANSMILENIO, ni el Distrito comunicaron al Concesionario la extensión de la “Etapa de Transición.”

87. El vencimiento de la Etapa de Transición ocurrió el 2 de noviembre de 2015; en consecuencia, la exigibilidad de la entrega de la infraestructura definitiva de patios y/o terminales zonales se produjo desde el 3 de noviembre de 2015.

88. No obstante, cuando faltaban tan sólo cinco (5) días para el vencimiento de la Etapa de Transición, TRANSMILENIO, mediante comunicación No. 2015EE21633, notificó a TRANZIT de manera extemporánea y por fuera del plazo contractual previsto, la decisión de ampliar de manera indefinida la Etapa de Transición de la cláusula 14 del Contrato 011 de 2010.

89. El 7 de julio de 2016, cuando ya se había vencido el plazo de vigencia del Decreto 294 de 2011 y los cinco (5) años de la transición, según el artículo 1°, la administración distrital expide el Decreto 289 de 2016, mediante el cual prorroga el término de la Etapa de Transición, por tres (3) años más.

90. En virtud del incumplimiento de contractual de TRANSMILENIO se trasladaron a TRANZIT, por tiempo indeterminado, los efectos del riesgo contractual que el correspondía asumir, única y exclusivamente durante la etapa de transición acordada contractualmente, es decir, hasta el 2 de noviembre de 2015.

91. Desde el 3 de noviembre de 2015, TRANZIT ha continuado recorriendo un número significativo de kilómetros en vacío con el fin de atender el trazado de las rutas desde los puntos de inicio y finalización determinados operacionalmente y ha

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

tenido que realizar labores de mantenimiento, lavado y suministro de combustible, actividades éstas que no siempre puede llevar a cabo en sus patios de operación.

Los Concesionarios Coobús y Egobús

92. En desarrollo de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009, cuyo objeto era seleccionar las 13 propuestas más favorables para la adjudicación de trece (13) Contratos de Concesión, TRANSMILENIO recibió propuestas presentadas por la Promesa de Sociedad Futura Coobús S.A.S. (en adelante, Coobus) y la Promesa de Sociedad Futura EGOBUS S.A.S., (en adelante, Egobus).

93. En la oportunidad a los proponentes de presentar observaciones a las demás propuestas presentadas, un número importante giró en torno a Coobus y Egobús, pues existía preocupación en torno a la acreditación de los requisitos de estos proponentes, concretamente respecto a su capacidad para ejecutar los Contratos de Concesión, en caso de que les fueran adjudicados, y particularmente en lo relacionado con su viabilidad financiera y la bancabilidad del proyecto.

94. A pesar de todos los requerimientos realizados, así como las irregularidades señaladas sobre la capacidad financiera de los proponentes Coobus y Egobús, TRANSMILENIO adjudicó la zona de Fontibón a Coobús, suscribiendo el Contrato de Concesión No. 005 de 2010 y las zonas de Suba Centro y Perdomo a EGOBUS, y suscribió los Contratos de Concesión No. 012 de 2010 y 013 de 2010, respectivamente.

95. Para el caso de Coobús, TRANSMILENIO, en el mes de septiembre de 2011, aprobó el cierre financiero presentado por el Concesionario; no obstante, en razón a la no obtención de recursos, en abril de 2012 solicitó la sustitución de cierre financiero, razón por la cual TRANSMILENIO en mayo de 2012 comunicó a TRANZIT el incumplimiento contractual de la obligación. No obstante, le permitió seguir operando.

96. Luego de adjudicación y suscripción del Contrato, la administración distrital pretendió modificar los términos de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009 y la relación contractual entre TRANSMILENIO y los actuales concesionarios del sistema integrado de transporte público, a través de la adopción de medidas que claramente favorecían el Contrato 005 de 2010.

97. En un intento fallido de mitigar los efectos de los incumplimientos de Coobús y EGOBÚS, TRANSMILENIO tomó buses de las rutas de otros Concesionarios para atender las rutas de Coobús y EGOBÚS, resultando ello en una afectación en los relevos y frecuencias, además de mayores costos a los demás Concesionarios.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

98. El 25 de junio de 2014 la Superintendencia de Puertos y Transporte emitió la Resolución No. 10764 y asumió el control de Coobús, removió su junta directiva y a sus Representantes Legales y fijó un plazo de seis (6) meses, prorrogables por seis (6) meses más, para elaborar, aprobar y ejecutar un Plan de Recuperación y Mejoramiento de la empresa. Mediante la misma Resolución asumió el control de EGOBÚS.

99. De lo anterior, se dio noticia a TRANZIT por comunicación del 11 de marzo de 2015, remitido por parte de César González Muñoz, fecha para la cual la Superintendencia había incluso prorrogado sus decisiones del 25 de junio de 2014.

100. No obstante todo lo anterior, únicamente el 25 de abril de 2016 se expidieron las Resoluciones: i) 235, mediante la cual se declara el incumplimiento del Contrato No. 012 de 2010 (Suba Centro); ii) 236 mediante la cual se declaró el incumplimiento del Contrato No. 013 de 2010 (Perdomo); iii) 237 mediante la cual se terminó el proceso de declaratoria de caducidad del Contrato No. 012 de 2010, resolviendo abstenerse de declarar la misma; y iv) 239 mediante la cual se terminó el proceso de declaratoria de caducidad del Contrato No. 013 de 2010, resolviendo abstenerse de declararla.

101. De acuerdo con el esquema operacional del SITP, diecisiete (17) de las cuarenta y cuatro (44) rutas que debe servir TRANZIT en la zona Usme, corresponden a rutas compartidas con Coobús y EGOBÚS; entonces, la inoperatividad de estos dos Concesionarios le ha generado un perjuicio injustificado a TRANZIT, teniendo en cuenta que varias de estas rutas no iniciaron operación en las fechas previstas en el Plan de Implementación, y adicionalmente sufrieron modificaciones en su diseño operacional, tanto en recorridos como en el número de flota vinculada.

102. Teniendo en cuenta la grave afectación que ha tenido que soportar TRANZIT, mediante comunicación radicada en TRANSMILENIO con el número 04295 el 19 de febrero de 2014, solicitó la cesión de las rutas compartidas con COOBÚS y EGOBÚS, para que fueran operadas de forma completa por TRANZIT, como mecanismo de mitigación del grave perjuicio sufrido debido a la falta de ejecución contractual de estos dos concesionarios.

103. TRANZIT comparte con COOBUS las rutas 614-950-P28-237-P64-501-E42-P81-743, y con EGOBÚS las rutas 319-34-31-205-625-848-594-633.

104. Todas las rutas compartidas entre TRANZIT y COOBÚS iniciaron tardíamente, las rutas 614 y 950 están siendo atendidas en un 100% del trayecto

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

por parte del Concesionario con la totalidad de flota requerida. Estas rutas sufrieron modificaciones en el trazado original, y en la actualidad se prestan únicamente en el 50% del trayecto previsto y con el 50% de la flota requerida.

105. Todas las rutas compartidas entre TRANZIT y EGOBÚS iniciaron de manera tardía, y las rutas 319 y 34; sufrieron modificaciones en el trazado original, y en la actualidad se prestan únicamente en el 50% del trayecto previsto y con el 50% de la flota requerida.

La desintegración física de vehículos (Chatarrización)

106. En relación con la obligación de chatarrizar en el marco del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, es relevante destacar que según lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 309 de 2009, por el cual se adoptó el Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá D.C. – SITP y la Cláusula 91 del Contrato de Concesión cuyo contenido se relaciona con las funciones de TRANSMILENIO como Ente Gestor del SITP, es responsabilidad del Estado, a través de la Secretaría Distrital de Movilidad y de TRANSMILENIO planear, regular, vigilar y controlar el transporte público de Bogotá.

107. Con el propósito de cumplir con la función de modernizar la flota que prestaría el servicio público de transporte en Bogotá en el marco del SITP, TRANSMILENIO como Ente Gestor del Sistema incluyó en los documentos de la Licitación Pública varias disposiciones que reflejarían ese propósito.

108. Así entonces, en el Anexo Técnico del Contrato de Concesión, el cual fue modificado por la Adenda No. 5, quedó establecido que el concesionario de la zona Usme estaba obligado a vincular máximo 1069 vehículos, quedando TRANZIT obligado por esa cifra.

109. En concordancia con lo anterior, el Anexo Técnico del Contrato de Concesión en su numeral 2.6 previó un porcentaje de chatarrización, el cual fue distribuido de acuerdo con la participación de los concesionarios adjudicatarios de cada zona respecto al total de la oferta SITP. El porcentaje de Usme fue 6.3%.

110. Así entonces, la cláusula 12 del Contrato de Concesión ordenó que: i) TRANZIT debía chatarrizar el 20% de la flota total o usada no disponible para operación dentro del término corrido entre la suscripción del Contrato de Concesión hasta el inicio de operación regular; y ii) TRANZIT debía desintegrar el restante 80% de la flota usada no disponible para operación dentro del término que corriera entre el inicio de la operación regular hasta la finalización de la integración total del SITP.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

111. Con la suscripción del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión suscrito el 25 de abril de 2011, mediante el cual TRANSMILENIO y TRANZIT lo modificaron en lo que se refiere al cronograma de desintegración de vehículos, este señaló que: i) TRANZIT debía chatarrizar ya no el 20% sino el 10% dentro del término corrido entre la publicación del proyecto de pliego de condiciones de la Licitación Pública hasta el inicio de la operación regular; ii) TRANZIT debía chatarrizar ya no el 80% restante sino el 90% restante de la flota total dentro del término que corriera desde el inicio de la operación regular hasta la finalización de la integración total del Sistema.

112. Los recursos para que TRANZIT cumpliera con dicho cronograma de chatarrización debían provenir de la tarifa en su componente de pasajero transportado, lo cual incluye tres componentes i) tarifa por disponibilidad de vehículos; ii) tarifa por kilómetro recorrido; y iii) tarifa por pasajero transportado.

113. La razón para sufragar estos costos con la tarifa de pasajeros es porque mientras el Sistema remunere al Concesionario, él podrá destinar tales recursos a la desintegración física de aquellos vehículos que han cumplido su vida útil y que, por tanto, no deben operar dentro del SITP.

114. No obstante, lo anterior, lo que ocurrió es que TRANZIT tuvo que tomar dinero de su cierre financiero, así como recursos de deuda y equity para sufragar la gran mayoría de los gastos que implicó la obligación de chatarrizar. TRANZIT realizó lo anterior considerando que como el dinero es un bien fungible éste le sería retribuido a él a través de la tarifa por pasajero transportado.

115. Posteriormente, debido a la situación financiera tan crítica en la que se encuentran los concesionarios de la operación, la Secretaria Distrital de Movilidad a través del factor de calidad, chatarrizó 525 vehículos, de los cuales le correspondieron 11 a TRANZIT. Esta decisión del Distrito de contribuir a la desintegración de la flota consta en la Resolución 006 del 14 de enero de 2015, la cual fue modificada por la Resoluciones 216 y 733 de 2015.

116. Lo anterior corrobora que la obligación de chatarrizar es una responsabilidad a cargo de la ciudad o del propio Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá.

117. Además, TRANZIT se encuentra imposibilitado para chatarrizar los vehículos que se encuentran pendientes, toda vez que los mismos se encuentran siendo operados ya sea por el TPC o por el denominado “SITP Provisional” y no han sido vinculados al SITP, debido a los incumplimientos de vinculación de flota de los concesionarios COOBÚS y EGOBÚS.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

118. Adicional a lo anterior, los conductores que operan los buses del SITP Provisional no están interesados en transferir sus vehículos a TRANZIT y empezar a trabajar como conductores del SITP toda vez que la reglamentación de la operación del SITP es mucho más exigente y controlada que la del SITP Provisional y la remuneración derivada de un contrato de trabajo como conductor del SITP provisional resulta muy inferior a la remuneración que hoy en día obtienen en la operación de los vehículos del SITP Provisional.

119. En este sentido, la obligación de la Cláusula 12 del Contrato de Concesión prevé que el 10% de los vehículos debió haber estado chatarrizado al inicio de la operación regular y que el 90% deberá estar chatarrizado dentro del término comprendido entre el inicio de la operación regular y la finalización de la integración total del Sistema, no le es exigible por no encontrarse el sistema totalmente integrado.

120. Ahora, TRANSMILENIO incluyó esta situación como un riesgo cuando en realidad es un incumplimiento. Así entonces, el riesgo de operación, los mayores costos de chatarrización no es en realidad un riesgo sino una situación de incumplimiento que, por lo tanto, deriva en el reconocimiento de un perjuicio a la parte afectada, TRANZIT. Dejando de incluir que los mayores costos podrían darte por hechos imputables a TRANSMILENIO.

El cruce de flota

121. A pesar de que ni en el Contrato de Concesión ni en los documentos de la Licitación se encuentra la obligación del Concesionario del SITP de adelantar solo y por su cuenta y riesgo las actividades positivas necesarias para conseguir la adecuación de su flota al Anexo Técnico, TRANSMILENIO ha venido insistiendo en que corresponde a los concesionarios conseguir el resultado, sin intervención del Ente Gestor.

122. Para cumplir con lo anterior, el 29 de febrero de 2012 los concesionarios SUMA S.A.S., TRANZIT S.A.S., ETIB S.A.S., GMÓVIL S.A.S., EGOBÚS S.A.S., ESTE ES MI BUS S.A.S., CONSORCIO EXPRESS S.A.S., y MASIVO CAPITAL S.A.S., radicaron la comunicación 002863 en TRANSMILENIO mediante la cual visualizaron una posibilidad para realizar el cruce de flota entre los concesionarios SITP.

123. El Ente Gestor, mediante comunicación 2012EE3698 indicó cuáles serían las condiciones básicas para llevar a cabo el cruce de flota con otros concesionarios del SITP.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

124. Para el 25 de abril de 2016, los concesionarios COOBÚS y EGOBÚS habían vinculado un total de 238 vehículos de los 1.407 a los que estaban obligados de acuerdo con los pedidos de flota realizados por el Ente Gestor para ese momento.

125. Por lo tanto, difícilmente TRANSMILENIO puede exigir a TRANZIT el cumplimiento de un Anexo Técnico que fue estructurado sobre la base de que la totalidad de los Concesionarios cumplirían con su obligación de vinculación de flota.

126. En conclusión, hasta tanto la operación de ese 24% calculado por la Subdirección Técnica de TRANSMILENIO no esté restablecida, TRANSMILENIO no podrá exigir a TRANZIT el cumplimiento del Anexo Técnico, toda vez que para poder cruzar los vehículos que le hacen falta, requiere que estos estén vinculados al Sistema.

La insuficiente socialización del Sistema

127. La planeación estructural del sistema, a cargo de TRANSMILENIO de conformidad con la cláusula 91 del Contrato, implica la publicidad, promoción y pedagogía del SITP, entre otras actividades, para orientar a los usuarios sobre su funcionamiento y de esta forma conseguir el cambio en la utilización del Transporte Público Colectivo al SITP y lo que esta transición de sistemas implica para los ciudadanos.

128. No obstante, en víspera a la entrada en operación del Sistema, se presentó una duda a la ciudadanía, autoridades y en general de toda la población respecto del funcionamiento del SITP. En vista de lo anterior, cuando se inició la operación, la demanda no fue la esperada, pues los usuarios no tenían ninguna claridad sobre el funcionamiento del sistema.

129. El recaudo del Sistema para la Fase I y II fue adjudicado a las sociedades ANGELCOM S.A. y la Unión Temporal Fase II, respectivamente, mientras que el Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario del SITP fue adjudicado a RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.

130. Las tarjetas para ingresar al Sistema de cada uno de los operadores de recaudo eran distintas, por lo que el SITP comenzó a operar con tres tarjetas de pago diferentes (tarjeta monedero, cliente frecuente y TuLlave) y no fue sino hasta finales del año 2015 que TRANSMILENIO consiguió la unificación de las tarjetas, cuando se había comprometido inicialmente a que esto se haría en octubre de 2012.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

131. A la fecha ningún paradero del SITP cuenta con al menos un mapa de las rutas que pasan por dicho punto donde se vea por donde circulan y con cuáles se cruza. Si bien se crearon aplicaciones con el fin de brindar la información a los usuarios del SITP y TRANSMILENIO, esto no solucionó la constante confusión pues el acceso a las mismas es limitado.

El Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario-SIRCI y el Concesionario SIRCI

132. Cinco (5) meses después de haber sido adjudicado el Contrato de Concesión, TRANSMILENIO mediante Resolución No. 153 del 25 de abril de 2011, convocó la Licitación Pública No. TMSA-LP-003 de 2011, con el objeto de otorgar en concesión el Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario del SITP-Concesionario SIRCI.

133. Entre la fecha en la que se realizó la primera convocatoria a la Licitación Pública para seleccionar al Concesionario SIRCI, y aquella en la que se adjudicó el Contrato de Concesión SIRCI transcurrió cerca de un (1) año. Retraso atribuible a TRANSMILENIO.

134. El Contrato de Concesión SIRCI fue adjudicado mediante la Resolución No. 327 del 15 de julio de 2011 a la compañía RECAUDO BOGOTÁ y se celebró el Contrato de Concesión SIRCI 001 de 2011 el día primero de agosto de 2011, es decir, nueve (9) meses después de la celebración del Contrato de Concesión entre TRANZIT y TRANSMILENIO.

135. El retraso en la adjudicación del Contrato de Concesión SIRCI marcó un hito en lo que más adelante derivaría en la modificación del cronograma de implementación del Contrato de Concesión de TRANZIT.

136. El numeral 1.75 del Capítulo de definiciones del Contrato de Concesión define el Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (SIRCI), así: “Es el conjunto de software, hardware y demás componentes que permiten la gestión y operación de recaudo de los centros de control troncal y la zona, de información y servicio al usuario, la consolidación de la información y la conectividad de la totalidad del SITP.”

137. Cabe aclarar que, si bien la coordinación es una obligación general, tanto del Concesionario SIRCI como de TRANZIT, el numeral 5.2.12 del mencionado Protocolo de Articulación establece de manera clara que el Concesionario SIRCI de manera exclusiva y privativa es el responsable de la instalación del Sistema de Recaudo, Control e Información al Usuario.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

138. La obligación del Concesionario SIRCI durante la etapa preoperativa consiste en entregar en operación la totalidad de los componentes, dispositivos y elementos de software y hardware que componen la plataforma tecnológica, que de acuerdo con el cronograma se requiere para el inicio de la operación, centros de control zonal, centro de control del Ente Gestor y en los respectivos medios de conectividad requeridos para la correcta operación del SITP, está dispuesta tanto en la cláusula 11 como en la cláusula 16.3 y 16.4 del Contrato de Concesión SIRCI.

139. No obstante que la obligación del Concesionario SIRCI se encuentra plasmada en varias cláusulas del Contrato de Concesión del SITP como del Contrato de Concesión SIRCI, lo cierto es que los equipos del SIRCI no fueron instalados de manera oportuna para el inicio de la operación de TRANZIT lo cual le generó al Concesionario un perjuicio.

140. Teniendo en cuenta la fecha de adjudicación de la Licitación del SIRCI, fue evidente que los cronogramas de implementación establecidos por TRANSMILENIO para los Concesionarios de Operación y del SIRCI no se ejecutarían de forma armónica, toda vez que iniciaban en momentos diferentes, razón por la cual tuvieron que modificarse, como en efecto sucedió.

141. De acuerdo con el cronograma de implementación del SIRCI previsto en el numeral 15.3.4 del Anexo 2 del Contrato de Concesión No. 001 de 2011, la instalación de los equipos a bordo de los autobuses troncales y zonales debía producirse a partir del sexto mes, la puesta en servicio de los autobuses troncales a partir del mes octavo y la de los autobuses zonales a partir del mes décimo primero del inicio del cronograma. Este cronograma fue modificado con la suscripción del Otro sí No. 5 del 6 de julio de 2012.

142. La adjudicación tardía del Contrato de Concesión del SIRCI fue determinante en la demora que tuvo el inicio en la entrada en operación de las rutas de TRANZIT, causada exclusivamente porque los vehículos no podían operar sin los equipos de control de flota y de recaudo, y que las modificaciones del Cronograma de Implementación de la Operación del Sistema obedecieron a la necesidad de armonizarlo con el Cronograma de Implementación del SIRCI, entre otros factores.

143. Asimismo, la no concordancia entre los Planes de Implementación del Contrato de Concesión SITP y el plan de implementación del Contrato de Concesión SIRCI derivó en una tardanza en el inicio de la operación de TRANZIT causada exclusivamente porque la flota no podía operar sin los equipos de control de flota y de recaudo a bordo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

144. TRANSMILENIO estableció como un riesgo lo que en realidad es un incumplimiento contractual, lo cual implica no solamente que la matriz de riesgos estuvo indebidamente planteada, sino que al ser el incumplimiento el que da lugar al perjuicio, es la parte incumplida, en este caso TRANSMILENIO, el llamado a indemnizar el daño causado por su incumplimiento.

145. La falta a este deber de mantenimiento ha generado que se presenten fallas diarias en los equipos del SIRCI a bordo de los buses en aproximadamente 20 vehículos de la flota de TRANZIT, que no puede salir a operar, perdiéndose así los ingresos diarios esperados de esta flota y generándose imposición de desincentivos operativos.

146. Adicional a lo anterior, otra circunstancia que ha afectado la prestación del servicio a cargo de TRANZIT tiene que ver con el excesivo costo de los equipos SIRCI. Así, mediante comunicación dirigida al Concesionario SIRCI, con copia radicada en TRANSMILENIO con número 2015ER26378, TRANZIT solicitó aclarar el valor de los equipos SIRCI toda vez que los valores establecidos por el Concesionario SIRCI no eran acordes con los precios del mercado y generaban un aumento en las pólizas de todo riesgo, lo cual impacta la economía del Contrato; dicha comunicación fue a su vez enviada por TRANSMILENIO al Concesionario SIRCI, tal y como consta en el oficio 2015EE18599.

147. El 22 de septiembre de 2016 TRANSMILENIO expidió la Resolución 548 de 2016 mediante la cual realizó una serie de modificaciones transversales a la ejecución del Contrato de Concesión relacionadas con la exclusión de vehículos, así como la desinstalación y reinstalación de equipos SIRCI.

La falta de integración del medio de pago y tarifaria

148. Mediante Resoluciones Nos. 22 de 1999 y 221 de 2002, TRANSMILENIO convocó la apertura de las licitaciones públicas Nos. 002 de 1999 y 008 de 2002 cuyo propósito fue adjudicar la actividad de recaudo del Sistema TRANSMILENIO (Fase I y Fase II). Como consecuencia de lo anterior, TRANSMILENIO celebró los contratos con las sociedades ANGELCOM y Unión Temporal Fase II, respectivamente.

149. En cumplimiento de normas legales, especialmente las de los Decretos 319 de 2006 y 309 de 2009, y desde la publicación de los documentos precontractuales de las Licitaciones Públicas LP-TMSA-004-2009 y LP-TMSA-003-2011, TRANSMILENIO garantizó a la ciudad que en vigencia de los Contratos de Concesión de Recaudo de las Fases I y II del Sistema TRANSMILENIO, el Sistema

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Integrado de Transporte Público -SITP contaría con un único medio de pago transparente al usuario, basado en la Tarjeta Inteligente Sin Contacto (TISC).

150. El numeral 1.2.2. -Período T1-T2 del Anexo 2 del Contrato de Concesión SIRCI “Anexo Técnico Especificaciones Técnico-Operativas y de Puesta en Funcionamiento del SIRCI”- prevé que “Teniendo en consideración que la operación de las fases 1 y 2 del Sistema TransMilenio (Operadores de recaudo actuales) y la continuidad de la misma bajo un esquema de tarifa integrada, es necesario que el CONCESIONARIO del SIRCI someta a prueba su sistema en conjunto con la operación actual, de tal forma que se garantice la integración completa y correcta de los sistemas, incluido el medio de pago. Una vez finalizadas y aprobadas las pruebas del Sistema, el CONCESIONARIO del SIRCI podrá comenzar la implementación gradual de las rutas seleccionadas de acuerdo con el plan presentado y convenido con TRANSMILENIO S.A.”

151. De acuerdo con lo señalado, el inicio de la operación de la primera ruta en el marco del SITP requería que ya se hubiere producido la integración del medio de pago con las Fases I y II del Sistema TRANSMILENIO y, en consecuencia, que cualquier validador del Sistema, incluidos los de las Fases I y II, estuviera en capacidad de leer tanto las tarjetas “TU LLAVE” como las del Sistema TransMilenio.

152. De acuerdo con el análisis de la propuesta de integración presentada por Recaudo Bogotá, realizado por el consultor Logit-Logitrans, según consta en el informe complementario entregado en el mes de mayo de 2012, “la propuesta de RB claramente modifica los contratos existentes e implica una revisión y adecuación de estos y de sus cláusulas, como la evaluación de consecuencias financieras para los resultados esperados para los operadores de fases I y II.”

153. Transcurrieron ocho (8) meses desde la entrega de un Plan de Integración por parte de Recaudo Bogotá que no cumplía con los requisitos legales ni contractuales, sin que TRANSMILENIO se pronunciara sobre el contenido de este.

154. Según lo anterior, desde el mes de mayo de 2012, fue claro para TRANSMILENIO que la propuesta de integración presentada por Recaudo Bogotá no cumplía con los requisitos legales y contractuales de la integración, en especial el de la coexistencia de los Contratos de Concesión y por tal razón el inicio de la operación, el recaudo y el control de flota del SITP se produciría manera aislada e independiente del Sistema TransMilenio.

155. Tan solo en el mes enero de 2013, cuando habían transcurrido dieciséis (16) meses desde el vencimiento del plazo contractual dentro del cual Recaudo Bogotá debió presentar el Plan de Integración, TRANSMILENIO inició en contra de este

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Concesionario un proceso de imposición de multas, el cual en razón de los vicios de procedimiento que advirtió la compañía aseguradora que expidió la garantía de cumplimiento del Contrato de Concesión 011 de 2011, concluyó en que TRANSMILENIO tuviera que dejar sin efecto dicha actuación administrativa con fines sancionatorios, y en cambio, resolviera conminar al Concesionario al cumplimiento de sus obligaciones de integración, para lo cual, adicionalmente, le otorgó nuevos plazos.

156. La Superintendencia de Puertos y Transporte, expidió la Resolución No. 7095 del 19 de octubre de 2012, por la cual sometió a control a TRANSMILENIO y le ordenó presentar un plan de mejoramiento debido a las dificultades presentadas en el proceso de integración del medio de pago; dicha resolución fue confirmada mediante Resolución No. 9608 de diciembre 31 de 2012.

157. Ante la imposibilidad de ejecutar el plan de integración propuesto por Recaudo Bogotá, TRANSMILENIO propuso llevar a cabo una etapa de transición y sustitución que implicó llevar a cabo una modificación de los tres (3) contratos de recaudo. Sin embargo, desde el punto de vista técnico, dicha propuesta se apartó de las obligaciones contractualmente exigibles a Recaudo Bogotá en materia de integración del medio de pago, según lo pactado en el Contrato de Concesión No. 001 de 2011.

158. Teniendo en cuenta que era necesaria la culminación de la etapa de transición y sustitución de los equipos instalados por Angelcom S.A. y la Unión Temporal UT-FASE II para que la totalidad de los validadores en estaciones y vehículos estuvieran en condiciones de aceptar el mismo medio de pago, la posibilidad de utilizar una única tarjeta para acceder al Sistema Integrado de Transporte Público -SITP en los servicios implementados, tan sólo tuvo lugar a partir del 21 de diciembre de 2015, es decir cuando habían transcurrido más de tres (3) años desde el inicio de la operación.

La evasión del medio de pago en el componente zonal, el fraude, la piratería y la falta de control de la validación del medio de pago en las plataformas en el componente de alimentación en el SITP

159. De acuerdo con lo dispuesto por la cláusula 64 del Contrato de Concesión, la remuneración que TRANZIT recibe por prestar el servicio de transporte público en el marco del SITP consta de tres componentes: i) tarifa por disponibilidad de vehículos; ii) tarifa por kilómetro recorrido; y iii) tarifa por pasajero transportado.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

160. Por lo anterior, la ocurrencia de fenómenos como la evasión en el medio de pago, el fraude y la piratería ha venido afectando de manera directa los ingresos de TRANZIT, derivando en una pérdida de demanda para este Concesionario.

161. Adicionalmente: i) la evasión del medio de pago en las plataformas no fue contemplada ni tipificada en la matriz de riesgos previsible pues ésta únicamente previó la evasión dentro de los buses; y ii) aun si el riesgo de evasión del medio de pago en las plataformas o infraestructura hubiera estado previsto, esto no hubiese constituido un riesgo, sino un incumplimiento de TRANSMILENIO de su deber de control y supervisión, así como un incumplimiento del Distrito al no garantizar el control de la seguridad en las plataformas.

162. Otro de los fenómenos que afecta de manera indiscutible y directa la remuneración de TRANZIT es la existencia de piratería, consistente en 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.

163. Los riesgos anteriores, de evasión, fraude y piratería fueron incluidos en las matrices de riesgo tanto del Contrato de Concesión como del Contrato de Concesión SIRCI con desconocimiento de lo dispuesto por los CONPES 3107 de 2001, 3714 de 2011 y la Ley 1150 de 2007, toda vez que los riesgos no solamente no se tipificaron correctamente en cuanto a su impacto y probabilidad sino que además los mecanismos de mitigación resultan tan intangibles como “el establecimiento de mecanismos de censura o control ciudadano.”

Falta de control de TRANSMILENIO en las plataformas para verificar la validación del medio de pago en el componente de alimentación

164. De acuerdo con el párrafo 4° de la cláusula 64 del Contrato de Concesión, los pasajeros alimentados son aquellos que provienen del componente alimentador -en el que no se debe validar tarjeta- e ingresan -validando el medio de pago- a la plataforma de la estación que presta servicios troncales.

165. A su vez, son pasajeros desalimentados, aquellos que salen de la plataforma a donde llegaron los servicios troncales e ingresan al vehículo alimentador en el que no deben validar el medio de pago. De acuerdo con la citada cláusula, TRANZIT recibe remuneración en el componente pasajero únicamente por aquellos pasajeros alimentados, es decir, por aquellos que llegan del alimentador y deben validar el pago en la plataforma para tomar un servicio troncal.

166. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 de la citada cláusula 64, la remuneración del Concesionario en el componente de alimentación durante los

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

primeros doce (12) meses de operación regular se calcularía utilizando la denominada “fórmula espejo.” No obstante, la falta de control por parte de TRANSMILENIO de los usuarios que ingresan sin validar el medio de paga afecta la remuneración del Concesionario.

167. Por lo cual, se hace necesario cambiar la fórmula de pago.

168. La falta de validación del medio de pago en las plataformas ubicadas en zona de Usme tiene tres causas: i) la falta de control de TRANSMILENIO; ii) la falta de gestión de TRANSMILENIO frente a la policía y a RECAUDO BOGOTÁ; y iii) la falta de implementación del SITP.

169. La situación de evasión en Usme es tan clara que el mismo TRANSMILENIO adelantó en el mes de noviembre de 2015, a través de la interventoría -Contrato de Interventoría No. 350 de 2015- un estudio denominado “Operativo Evasión de Pasajes Usme.”

El cambio de flota nueva del Sistema EURO IV al Sistema EURO V

170. Del proceso de combustión de un motor diésel resultan diferentes tipos de gases, algunos menos perjudiciales para el medio ambiente que otros sistemas de combustión. Los dos principales estándares de medición del nivel de emisiones para los motores diésel son: i) el sistema conocido como Euro; y ii) el sistema americano conocido como EPA.

171. Los costos de operación que se tuvieron en cuenta en la Licitación Pública y el Contrato de Concesión para determinar la tarifa fueron calculados bajo el supuesto de que la totalidad de la flota sería Euro IV.

172. Es relevante anotar que, no obstante, la matriz de riesgos original de la Licitación Pública contemplaba el riesgo regulatorio de mayores costos por cambio en regulación ambiental, éste fue eliminado a través de la Adenda No. 3 debido a que los cambios en la regulación son riesgos imprevisibles y, por ende, no pueden ser incluidos en la matriz de riesgos previsibles.

173. El 25 de octubre de 2012, la Secretaría Distrital de Ambiente expidió la Resolución No. 1304 de 2012 mediante la cual ordenó que, a partir del 1 de junio de 2013, solo podrían ser incorporados buses con estándar de emisiones Euro V, pues se requería la instalación de sistemas de control de emisión extrínsecos al funcionamiento regular del vehículo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

174. TRANZIT solicitó en varias ocasiones a TRANSMILENIO a través de los comités de operadores que se definiera de común acuerdo la forma como debía ser aplicado y asumido el cambio de emisiones exigido del Euro IV al Euro V, toda vez que tal exigencia le significó un costo importante que el Concesionario no tenía por qué haber previsto al momento de proyectar sus inversiones y costos de operación.

175. Posteriormente, el 9 de agosto de 2013, la Secretaría Distrital de Ambiente expidió la Resolución No. 1223 de 2013 mediante la cual amplió el plazo dado por la Resolución No. 1304 hasta el 30 de abril de 2014, es decir, extendió el plazo diez (10) meses.

176. En virtud de la Resolución No.1223 de 2013, TRANZIT procedió a suscribir dos contratos: i) el Contrato de Suministro de Chasises con el fabricante Scania Colombia S.A.S., para el suministro de 269 padrones de 80 pasajeros con sistema de emisión Euro V cada uno a un valor de ciento cuatro mil dólares americanos (USD \$104.000), de los cuales a la fecha se han adquirido y pagado 119; y el ii) Contrato de Compraventa de Chasises celebrado entre TRANZIT y DAIMLER COLOMBIA S.A.S., mediante el cual TRANZIT se comprometió a adquirir 330 busetones de 50 pasajeros, de los cuales ha adquirido y pagado 216.

177. TRANSMILENIO incumplió la cláusula 64 del Contrato de Concesión, al haberle solicitado a TRANZIT vincular la nueva flota con estándar de emisiones Euro V, sin haber ajustado la canasta de costos ni la tarifa.

178. El sobrecosto de operación está dado por varios factores, dentro de los cuales se destacan: i) el consumo de urea (udblue) necesaria para el funcionamiento de todos los motores Euro V; y ii) mayor consumo de combustible por parte de los motores Euro V.

El mantenimiento de los mecanismos de accesibilidad adquirido para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad o movilidad y/o comunicación reducida

179. De acuerdo con el Decreto 309 de 2009 y el Contrato de Concesión, TRANSMILENIO debe operar bajo criterios de accesibilidad, por lo que podrá contratar la prestación de un servicio especial para atender la demanda de la población en condición de discapacidad o acordar con los concesionarios un esquema que garantice su atención, previo acuerdo sobre su remuneración.

180. Amparándose en las disposiciones citadas, TRANSMILENIO solicitó a TRANZIT el 25 de febrero de 2015 que la flota nueva accesible a vincular al Sistema

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S:**

Vs.

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

Integrado de Transporte Público componente Zonal debía cumplir con los lineamientos de la norma de la referencia (Norma Técnica NTC 5702).

181. Mediante múltiples comunicaciones TRANSMILENIO le aseguró a TRANZIT que le sería remunerada la inversión en los mecanismos de accesibilidad instalados en la flota nueva. No obstante, lo cierto es que la flota accesible ha impactado la economía del Contrato de Concesión más allá del costo de inversión toda vez que los elevadores implican un mantenimiento periódico que no fue contemplado en la TMVZ.

182. En el Otrosí No. 9 al Contrato de Concesión se estableció que TRANSMILENIO reconocería a TRANZIT la suma de mil cuatrocientos setenta y tres millones setecientos setenta y cuatro mil quinientos sesenta y cinco pesos (\$1.473.774.565) por los mecanismos de accesibilidad instalados en 46 vehículos vinculados por el Concesionario hasta el 31 de mayo de 2016. El otrosí aclaró que tal número de vehículos no incluye los dos (2) vehículos para cada zona que en virtud del Manual de Operaciones se encontraba obligado a vincular.

La asignación de riesgos

183. El 12 de febrero de 2010, dentro del proceso de selección propio de la Licitación Pública, se realizó la Audiencia de Revisión de la Asignación de Riesgos Previsibles, durante la cual los intervinientes objetaron, tanto de manera verbal como escrita, la matriz de riesgos contenida en el pliego de condiciones definitivo de la Licitación Pública.

184. Durante la audiencia, los interesados en la Licitación señalaron frente al riesgo de demanda la presencia de prestadores no regulados y sostuvieron que las consecuencias de este debían ser asumidas por TRANSMILENIO toda vez que es la Secretaría Distrital de Movilidad la que está en mejor posición de controlarlos y, por ende, TRANSMILENIO cuenta con mayores herramientas para controlar, monitorear y mitigar ese riesgo.

185. El Informe de Consultoría No. 1 presentado a TRANSMILENIO en abril de 2012, establecía que las acciones tendientes a mitigar el riesgo de demanda debían estar a cargo del Ente Gestor en lo relacionado con la matriz de origen destino inexacta (errores en estimaciones de deseos de viajes) y demanda superior a la indicada.

186. Además, se estableció que frente a las acciones tendientes a mitigar el riesgo de demanda asociado a la competencia del Transporte Público Colectivo, el mismo debía ser asumido por la Secretaría Distrital de Movilidad. De esta forma, la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

concreción de este riesgo dependía de terceros y de hechos ajenos al contrato y por ende no podía ser asignado a TRANZIT en su calidad de contratista.

187. Los intervinientes en la audiencia del 12 de febrero de 2012 también se refirieron al riesgo regulatorio, representado en mayores costos por cambio en la regulación ambiental, laboral y tributaria, señalando que el mismo debía ser eliminado toda vez que esto encuadra en la teoría del Hecho del Príncipe, es decir, es imposible de ser previsto, controlado, estimado o mitigado por parte del Concesionario.

188. Frente al riesgo comercial, referido a fraude en los medios de pago en buses, los participantes sostuvieron que el mismo debía ser asignado a la Administración toda vez que a través de la Secretaría Distrital de Movilidad o la Policía Metropolitana, TRANSMILENIO cuanta con las facultades coercitivas necesarias para mitigarlo.

189. En lo relacionado con la evasión o el fraude en el componente de alimentación, es decir aquella que ocurre en las plataformas e infraestructura, lugar en la que se debe validar el medio de pago, este riesgo no fue previsto en la matriz de riesgos del Contrato de Concesión pero sí ha venido teniendo un impacto negativo para TRANZIT, pues como se sostuvo en el capítulo de “Evasión, fraude y piratería” de estos antecedentes, TRANZIT recibe una remuneración (tarifa por pasajero) al aplicar una fórmula que tiene como elementos el número de pasajeros alimentados y desalimentados.

190. Frente al riesgo de operación, reflejado en mayores egresos que los previstos, los participantes invocaron lo dispuesto en el CONPES 3107 DE 2001 relativo a la relevancia de la confiabilidad de la información para la asignación del riesgo y solicitaron que el mismo fuera compartido por la Administración y el Concesionario, toda vez que este último tiene limitaciones de tiempo, recursos y estructura para obtener la misma información que el primero, que le permitan calcular los egresos de manera cierta.

191. La asignación de este riesgo es tan ilógica, que la propia matriz de riesgos establece que “El mantenimiento de la infraestructura vial de la ciudad es una responsabilidad del Distrito.”

192. Frente al riesgo de implementación, que consiste en la modificación del cronograma por no encontrarse lista la infraestructura, los intervinientes solicitaron en tal oportunidad que se aclarara en la matriz que la Administración asumiría el riesgo cuando, de acuerdo con la programación de implementación, fuera el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

momento de dar inicio a la operación y en tal instante no se encontrara lista la infraestructura.

193. En cuanto al riesgo de implementación, que corresponde a la modificación del cronograma por no encontrarse listos los equipos del SIRCI, los intervinientes de la Audiencia de Revisión de la Asignación de Riesgos Previsibles manifestaron que éste debía ser asumido en todos los casos por la Administración y el Concesionario SIRCI, toda vez que son ellos los que están en capacidad de controlarlo y mitigarlo.

194. Así entonces, de acuerdo con la matriz de riesgos, las causas del riesgo de implementación son: (i) mayores costos por concepto del mal estado de la infraestructura vial, (ii) modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura, (iii) modificación del cronograma por no encontrarse listos los equipos del SIRCI, (iv) modificación del cronograma por entrada de otros contratos y (v) demora en el arranque de la concesión por otros operadores. Hechos que en realidad constituyen situaciones de incumplimiento de TRANSMILENIO.

195. En cuanto a la metodología aplicada durante la varias veces citada Audiencia de Revisión de la Asignación de Riesgos Previsibles, los intervinientes consideraron que no era la exigida por la Ley 1150 de 2007 ni el Decreto 2474 de 2011 puesto que no se había explicado cada riesgo en detalle y no se había dado una discusión al respecto de cada uno sino por el contrario, había habido una imposición de los riesgos.

196. Finalmente, los participantes en la citada audiencia expresaron sus dudas respecto de cómo se había catalogado el impacto de cada uno de los riesgos en “bajo”, “medio” o “alto” y resaltaron que no hubo una cuantificación de estos.

197. El 16 de febrero de 2010 se realizó la ‘Audiencia Explicativa por parte de la Administración a las Observaciones Formuladas en la Audiencia de Revisión de la Asignación de Riesgos Previsibles’, durante la cual los intervinientes –tanto los presentes en la Audiencia del 12 de febrero de 2010 como unos adicionales– reiteraron sus opiniones.

198. El 18 de febrero de 2010 el entonces Gerente General de TRANSMILENIO, Jairo Fernando Páez Mendieta, expidió la Adenda No. 3 mediante la cual modificó el Anexo No. 5 Matriz de Riesgos así: (i) cambio del impacto de riesgo de demanda –menores ingresos que los previstos, estimación de demanda no funcionó o demanda cambió– de “alto” a “medio”, (ii) eliminación del riesgo regulatorio – cambio en la regulación laboral y ambiental, (iii) adición de las observaciones del riesgo

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

regulatorio –cambio de tasas, impuestos y contribuciones – a efectos de aclarar que la imposición de éstos se considera un hecho imprevisible y, (iv) aclaración de las observaciones del riesgo cambiario, a efectos de incluir que las modificaciones en la tasa de cambio afectan los costos de financiación y la compra de equipos.

199. Adicional a lo anterior, en las audiencias que le siguieron a la del 12 de febrero de 2010, TRANSMILENIO, en la mayoría de los casos, se limitaba a remitir a los participantes a lo dispuesto en la audiencia previamente citada.

200. Así entonces, teniendo en cuenta que de acuerdo con los lineamientos del CONPES 3107 de 2001 “un factor fundamental para el manejo del riesgo está relacionado con la calidad y la confiabilidad de la información disponible, toda vez que con información de mejor calidad la percepción del riesgo es menor y se pueden adoptar medidas para controlar la incidencia de las fuentes de riesgo”, es claro que los interesados en la Licitación Pública no contaron con la información suficiente para percibir los riesgos lo cual ha derivado en la gran mayoría de hechos objeto de reclamación descritos en la presente demanda.

La velocidad comercial

201. Los estudios previos de la Licitación Pública publicados el 28 de octubre de 2009 citaron el estudio realizado por el Observatorio de Movilidad de Bogotá y la Región de la Cámara de Comercio de Bogotá, Reporte anual de movilidad de 2007. Este señalaba la conveniencia de introducir cambios en el sistema “por cuanto la velocidad de recorrido promedio del transporte público colectivo, modo en el que se realiza diariamente el 47.5% de los viajes de Bogotá, ha descendido en los últimos años; pasando de 24,5 km/h a 18,3 km/h en el 2007.”

202. Asimismo, de acuerdo con las cifras del Observatorio de Movilidad de Bogotá D.C., el tiempo de viaje en transporte público en la ciudad había aumentado de manera sostenida desde el momento de la estructuración de la licitación, pasando de un promedio de 57 minutos de viaje antes de la licitación a 71 minutos de viaje en la actualidad, lo que representa un aumento del veinticinco por ciento (25%) en el tiempo de viaje.

203. Según la parte convocante, es evidente una omisión por parte de TRANSMILENIO al no prever el comportamiento tendiente a la baja de la velocidad comercial de Bogotá hasta 2006, como también le es imputable no prever que seis (6) años después, al inicio de la operación, era probable que la velocidad siguiera bajando.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

204. El supuesto sobre el cual TRANSMILENIO planeó el Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá en relación con la velocidad comercial no fue acertado, toda vez que el desarrollo vial de la ciudad no se ha llevado a cabo de acuerdo con las necesidades de la movilidad, el tiempo de ejecución de las obras supera el tiempo inicialmente establecido para su construcción, la malla vial de la ciudad se encuentra muy deteriorada y, por último, se ha venido incrementando descontroladamente el parque automotor.

205. Al reducirse la velocidad comercial, se aumentan los tiempos de ciclo de ruta, lo que a su vez implica una mayor necesidad de buses y conductores para recorrer los mismos o menos kilómetros durante la operación, lo cual genera un mayor costo para obtener similar o menor remuneración de kilómetros y pasajeros.

206. El Concesionario ha procurado no afectar la prestación del servicio viéndose obligado entonces a: i) incurrir en mayores gastos derivados de la mayor cantidad de horas para cumplir con los kilómetros programados, pago a conductores por mayor número de horas a disponer para realizar los mismos kilómetros; y ii) percibir una remuneración inferior por la disminución en los kilómetros recorridos que podría haber realizado si la velocidad fuese mayor, así como los pasajeros transportados en dichos recorridos.

Ingreso no percibido por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros

207. Uno de los componentes de la tarifa a recibir por el Concesionario, corresponde a la tarifa pasajero.

208. Más allá de la validez o no de ciertas disposiciones referentes a la tarifa remunerada por pasajero, lo cierto es que la tarifa pasajero tiene por objeto, entre otros, generar los recursos necesarios para la racionalización de la sobreoferta (chatarrización) de la totalidad de los vehículos de la ciudad sobre los cuales a TRANZIT le corresponde un porcentaje, tal y como se manifiesta en el documento de estudios previos.

209. La tarifa pasajero tiene que generar los recursos necesarios para pagar las rentas pactadas a favor de los propietarios de vehículos en los términos de la Licitación Pública. Por lo cual contar con la demanda de pasajeros esperados resulta fundamental para cumplir con al menos estos dos objetivos.

210. Siendo TRANZIT un instrumento de los anteriores propósitos, se ha dicho también que el Concesionario no tiene a su cargo, y ni siquiera lo pretende así la matriz de riesgos, la responsabilidad de adelantar con recursos propios la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

chatarización de vehículos y el pago de la renta de los propietarios, sino que los mismos están respaldados por el ingreso que debe tener el Concesionario por la movilización del pasajero, lo cual ha ocurrido históricamente así para el caso de la chatarrización.

211. De acuerdo con los supuestos bajo los cuales fueron calculados los recursos que debía utilizar el Concesionario para chatarrizar y pagar rentas, la insuficiencia actual de recursos para chatarrización de vehículos y el pago de la renta de los propietarios por una menor cantidad de demanda de pasajeros validados, debe ser asumida por el Distrito, el Ente Gestor, o el Sistema mismo, y no tiene por qué ser asumida por el Concesionario.

212. Es el Ente Gestor el responsable de las circunstancias que impiden la generación de la demanda, y en esa medida es responsable por los efectos de la falta de esta.

Los desincentivos operativos, el Manual de Operaciones y el Manual de Niveles de Servicios

213. Las cláusulas 121 y 131 originales del Contrato de Concesión establecían el esquema de imposición de multas y el procedimiento correspondiente para su aplicación y liquidación por parte de TRANSMILENIO.

214. Por medio del Otrosí No. 5, del 28 de diciembre de 2011, se escindió la estructura sancionatoria en multas contractuales y desincentivos operativos. La imposición de las multas sancionatorias quedó sujeta al procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, norma que prescribió una serie de inhabilidades sobrevinientes al Contrato de Concesión derivadas de la imposición de multas, lo cual imponía la necesidad de evitar la paralización de su ejecución por su eventual imposición.

215. No obstante, no fue sino hasta el 13 de febrero de 2013, cuando fueron tasados desincentivos por 36 hallazgos acumulados, desde el 29 de septiembre de 2012 hasta el 2 de diciembre de 2012, respectivamente.

216. Mediante Resolución 059 del 21 de febrero de 2014 TRANSMILENIO adoptó el Manual de Operaciones del Componente Zonal SITP, cuyo Capítulo 11 contiene el procedimiento y la metodología para la aplicación de desincentivos operativos establecidos en la Cláusula 121.2 del Contrato de concesión para las rutas del componente zonal.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

217. Desde el año 2013 y hasta el año 2016 TRANSMILENIO acumuló comunicaciones de los informes preliminares de desincentivos operativos, presentando desincentivos cuya causa había sucedido con más de un año de anterioridad a la comunicación por parte de la entidad. Lo cual, señala TRANZIT, continúa sucediendo después de la Resolución 059 de 2014.

218. El aumento en los desincentivos y su acumulación por aproximadamente 12 meses configura un claro incumplimiento por parte de TRANSMILENIO, pues está desconociendo los términos pactados en el Otrosí No. 5 y en el Manual de Operaciones del Componente Zonal SITP, lo cual influye en la capacidad que tiene el Concesionario de poder validarlos por el largo tiempo que transcurre desde ocurrió la novedad.

219. A la fecha, TRANSMILENIO ha impuesto múltiples desincentivos operativos en contravía de la legislación aplicable, algunos de los cuales han sido descontados de la remuneración del Concesionario y otros continúan en procedimiento administrativo, todos ellos en disputa. En el pasado mes de mayo de 2017, TRANSMILENIO envió comunicación nuevamente tasando los desincentivos pendientes.

Aplicación de los manuales de operación

220. El 24 de noviembre de 2015 TRANSMILENIO expidió la Resolución 714 por medio de la cual se actualiza el Manual de Operaciones del componente Zonal del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP en aras de incluir la operación de las rutas alimentadoras dentro del componente zonal del SITP. Aunque se construyó de manera conjunta con TRANSMILENIO, el Ente Gestor no tuvo en cuenta algunas de las observaciones realizadas por los concesionarios en dichas reuniones.

221. Para las rutas troncales, el manual de operaciones aplicable es el Manual de Operaciones SITP, es decir, el suscrito al momento de la celebración del Contrato de Concesión en el año 2010. En cuanto a la operación zonal, el manual aplicable es el Manual de Operaciones del Componente Zonal SITP.

222. Los informes de alimentación que empezó a enviar TRANSMILENIO a partir del mes de agosto de 2015 no explicaban cuál era el Manual aplicable (si el de la Licitación o el Zonal), ya que como se podrá observar en los documentos adjuntos, la justificación del Manual que aplica a cada caso varía de uno a otro informe. Solo hasta el 14 de diciembre de 2015 se informó mediante Resolución 714 de 2015, que el manual aplicable era el Zonal.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

223. La equivocación respecto del Manual de Operaciones aplicable al procedimiento para la imposición y liquidación de desincentivos operativos en cada caso representa un incumplimiento a la cláusula 131.2 del Contrato de Concesión y a su vez al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Valor tiquete

224. En desarrollo de lo establecido en el Contrato, la Tarifa al Usuario corresponde a un elemento externo a la relación contractual entre TRANSMILENIO y el Concesionario, pues ésta solo tiene relevancia jurídica y económica para el Ente Gestor y los Usuarios del SITP.

225. Se debe tener en cuenta que los Desincentivos Operativos tienen como objeto afectar la remuneración recibida por los concesionarios ante fallas operativas en la prestación del servicio. En tal caso, no tiene sentido que los Desincentivos Operativos sean liquidados tomando como base la Tarifa al Usuario y no la tarifa a remunerar por pasajero, que finalmente es la que determina la remuneración final de los Concesionarios.

226. Ni el Contrato de Concesión, ni el Manual de Operaciones definen qué se debe entender por “tiquete.”

227. El “tiquete” para efectos de la tasación de los desincentivos, debe ser asimilado a la Tarifa Técnica, especialmente al componente “Pasajero Pago Transportado”, el cual hace parte de la fórmula de remuneración del Concesionario, pues es este componente el que tiene efectos entre las partes del Contrato de Concesión.

El tope del 10%

228. En el Otrosí No. 5 no se estableció un tope máximo para la aplicación de los desincentivos operativos.

229. De manera unilateral y sin motivación legal o contractual alguna, mediante concepto No. 2013EE8609 de la Subgerencia Jurídica de TRANSMILENIO del 11 de julio de 2013, el cual careció de estudios técnicos y financieros, se estableció un tope del diez por ciento (10%) para los desincentivos operativos, acudiendo al tope establecido inicialmente para las multas contractuales antes del Otrosí No. 5.

230. TRANSMILENIO modificó unilateral e injustificadamente el momento a partir del cual se debe aplicar el tope, estableciendo que el mismo puede ser aplicado sobre los ingresos totales del Concesionario del mes en que se lleve a cabo el pago

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

por “compensación.” Con lo que se hace más gravosa la situación de TRANZIT pues el tope se aplica sobre los nuevos ingresos, al llevarse a cabo la compensación y no con base en los ingresos del Concesionario al momento de la causación de los hechos motivo de los desincentivos.

231. El promedio de la rentabilidad esperada sobre la inversión por los concesionarios debería ser del mínimo del diez por ciento (10%) mensual, de conformidad con lo que se establece en los estudios previos. Así las cosas, el tope del diez por ciento (10%) establecido de manera unilateral por TRANSMILENIO, lleva a los Concesionarios a una operación no rentable.

232. TRANSMILENIO no tasa los desincentivos sobre el límite del 10%, de manera que al allanarse el Concesionario obtenga el beneficio establecido contractualmente del 40% sobre tal descuento, sino que aplica sin límite los desincentivos, de manera que una vez allanado el Concesionario, el Ente Gestor suma todo lo que le resulta del 60% restante a cobrar y se asegura de que dicho monto o la suma de varios montos de varios períodos no exceda el 10% del ingreso, perdiéndose en realidad la figura de descuento por allanamiento.

Violación al debido proceso y carga de la prueba

233. Al analizar el Contrato de Concesión y su ejecución, es evidente que el Ente Gestor es quien ostenta la carga de la prueba pues es la parte que cuenta con la colaboración de un tercero imparcial y supuestamente especializado en la evaluación y seguimiento de la operación de los concesionarios, es decir, la interventoría.

234. TRANSMILENIO ha venido enviando a TRANZIT informes y documentos por medio de los cuales valora los presuntos desincentivos. Estos documentos, en su mayoría, no cuentan con el soporte probatorio objetivo mínimo, ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dan lugar al hallazgo, además de contener numerosos hallazgos que ocurrieron meses o semanas atrás, para revisarlos, analizarlos y enviar respuesta en 3 días hábiles.

235. Posterior al envío de los Reportes Detallados, el Concesionario solo puede objetar, allanarse o guardar silencio. Así las cosas, no se garantiza la posibilidad al Concesionario de ejercer el derecho de defensa ante TRANSMILENIO pues para controvertir los desincentivos, solo le queda acudir a los mecanismos de solución de conflictos que contiene el Contrato de Concesión.

La ilegalidad en el Anexo III – Manual de Niveles de Servicio

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

236. El propósito del Anexo No. 3 es establecer un procedimiento para evaluar indicadores para realizar ajustes en el Sistema que deriven en el mejoramiento en la prestación del servicio público de transporte.

237. De acuerdo con el Manual de Servicios, la medición de los indicadores regiría a partir de la finalización de la etapa de implantación y así mismo se establece que durante dicho período tales indicadores pueden ser revisados y ajustados por las partes, puesto que se obtuvieron a través de la información de una operación distinta a la que corresponde a la del SITP. Hecho que TRANSMILENIO se ha negado a realizar.

238. En la categoría de gestión de satisfacción de usuarios, el Manual señala que se considera como mínimo aceptable de satisfacción el sesenta por ciento (60%). En el evento de no cumplir, se genera multa y en el caso de obtener tres trimestres seguidos índices menores de sesenta por ciento (60%), se considera causal para declarar la caducidad del Contrato.

239. Es improcedente declarar la caducidad al Concesionario por no cumplir con los mínimos establecidos, cuando la imagen del SITP se encuentra significativamente afectada por razones que son en su mayoría imputables al Ente Gestor y al Distrito.

240. La categoría de gestión de seguridad evalúa los tipos y la frecuencia de los eventos que pongan en riesgo de la integridad física de los usuarios del Sistema y de la ciudadanía y se mide con el índice de eventos, sean estos accidentes, incidentes o percances por vehículo en operación y se tasa de forma mensual.

241. La ocurrencia de eventos por encima de los mínimos establecidos no genera una afectación grave y directa de la ejecución del Contrato ni de la prestación del servicio público, por lo que no podría dar lugar a la declaratoria de caducidad del mismo.

242. La categoría de gestión de servicios operacionales evalúa la regularidad, confiabilidad y frecuencia del servicio por franja horaria, la eficacia y eficiencia de la operación del transporte para responder a las necesidades de los usuarios y se mide con el índice de cumplimiento de despachos y puntualidad de partidas realizadas.

243. De acuerdo con la congestión vehicular actual de la ciudad y las condiciones de operación, conseguir alcanzar los mínimos establecidos en la categoría de gestión de servicios operacionales, resulta de imposible cumplimiento para los

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

concesionarios y no hay una afectación grave y directa de la ejecución del Contrato de Concesión que dé lugar a la declaratoria de caducidad del mismo.

244. La categoría de gestión de mantenimiento evalúa la eficacia del mantenimiento preventivo y correctivo a través del estado de conservación de los vehículos, el desempeño en la operación y la disposición de los mismos y el índice de fallas se mide en función del número de fallas que se registran durante una semana de operación sobre el total de vehículos en operación y mensualmente se reporta el promedio del índice medido en las semanas de cada mes.

245. El no cumplimiento de estos mínimos no genera una afectación grave y directa de la ejecución del Contrato ni de la prestación del servicio público de transporte, por lo que no es procedente la declaratoria de caducidad del mismo.

246. La categoría de gestión de medio ambiente mide el compromiso con la protección del medio ambiente y la salud a partir de la adopción de medidas para el control de contaminación y el cumplimiento de la normatividad establecida y se mide con el índice de emisión de contaminantes con opacímetro al cien por ciento (100%) de los vehículos de forma mensual. En esta se considera como nivel máximo aceptable el cinco por ciento (5%) del total de la flota por operador reprobada. El no cumplimiento de este índice generará el cobro de la respectiva multa, en el caso de obtener seis meses seguidos índices de emisiones superiores al cinco por ciento (5%) se considera causal para declarar la caducidad.

247. El no cumplimiento de estos mínimos no genera una afectación grave y directa de la ejecución del Contrato ni de la prestación del servicio público de transporte, por lo que no podría dar lugar a la declaratoria de caducidad del mismo.

248. Resulta evidente que el propósito del Anexo No. 3 no es identificar incumplimientos que puedan conducir a la paralización del servicio público de transporte que se está prestando sino evaluar indicadores para realizar ajustes que deriven a su vez en el mejoramiento en la prestación del servicio.

PRONUNCIAMIENTO DE TRANSMILENIO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA

El Contrato de Concesión y sus modificaciones

1. TRANSMILENIO precisa que en el Contrato No. 011 de 2010, se otorgó al concesionario demandante la operación de la zona 13 “Usme”, sin operación troncal como se aprecia de la lectura del texto del contrato, al cual esa parte dice remitirse.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

El marco económico del Sistema, remuneración por operación zonal y administración de los recursos

2. No es cierto como se presenta que la fuente principal de ingresos sea la venta y recarga de tarjetas al público. Como lo señala claramente la cláusula “45. INGRESOS DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE BOGOTÁ –SITP” y siguientes del contrato de concesión N° 011 de 2010, “El Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP tiene y tendrá como fuente principal de ingresos el Recaudo diario de la venta de unidades de transporte, según la Tarifa al Usuario que sea aplicable conforme a lo previsto en el presente Contrato.”

3. Como lo señala claramente el inciso final de la cláusula 45 contractual, “La integración tarifaria implica la utilización de un Medio de Pago común a los servicios integrados”, en los términos del pliego de condiciones, el Contrato de Concesión y los Otrosíes firmados por las partes. Por lo que no es cierto que la integración tarifaria se produce únicamente cuando el usuario puede utilizar un medio de pago común.

4. No es cierto que la tarifa deba reflejar los costos de operación de todos los agentes del SITP, incluidos los concesionarios. Para el caso particular del contrato de concesión N° 011 de 2010, el “CAPÍTULO 12. TARIFA TÉCNICA Y AJUSTE A LA TARIFA TÉCNICA”, cláusula 67 “TARIFA TÉCNICA Y AJUSTE A LA TARIFA TÉCNICA”, en concordancia con el “Capítulo 8. INGRESOS DEL SISTEMA” cláusula “44. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL MARCO ECONÓMICO DEL CONTRATO”, regulan lo relacionado con tarifa técnica.

5. No obstante, es cierto que la diferencia se carga al Fondo de Estabilización Tarifaria prevista en la cláusula 46 “Tarifa al Usuario.”

La infraestructura del Sistema y el control sobre la flota

6. Es parcialmente cierto lo señalado por TRANZIT con relación a los componentes de la infraestructura. La definición 1.44 del numeral 1 del Contrato de Concesión no corresponde en su totalidad a lo literalmente dispuesto.

La responsabilidad de TRANSMILENIO como Ente Gestor

7. Son ciertas casi todas las obligaciones de TRANSMILENIO que ha resumido la parte demandante. Sin embargo, se precisan algunos apartes en la contestación de la demanda.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

8. Con respecto a la obligación de “Integrar, evaluar y hacer el seguimiento de la operación del SITP”, se trata de una interpretación realizada por la convocante de lo dispuesto en el artículo 3º del Acuerdo Distrital 004 de 1999 y el Artículo 1º del Decreto Distrital 486 de 2006, por lo que esa parte solicita al Tribunal remitirse al texto original de las normas citadas.

9. No es cierto que TRANSMILENIO administre la infraestructura y ejerza el control sobre el cumplimiento de los Contratos de Concesión de las empresas privadas que prestan el servicio de transporte público masivo de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia. TRANSMILENIO administra portales y estaciones, el resto de la infraestructura está concesionada o en cabeza del IDU.

10. Si bien TRANSMILENIO señala que no le consta el tiempo que transcurrió entre la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009 y la Licitación Pública No. TMSA-LP-003-2011, con el objeto de otorgar en Concesión el Sistema integrado de Recaudo, Control e Información al Usuario del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, señala que la convocante no tiene sustento en el Contrato o en su ejecución para hablar de la causación de demoras o la falta de ejecución armónica.

11. No es cierto que todo lo relacionado con desincentivos se encuentre previsto tanto en el Manual de Operaciones adoptado mediante acto administrativo y en el Otrosí N° 5 suscrito entre el concesionario y la convocada.

12. TRANSMILENIO no tiene a su cargo operar el Centro de Control del Sistema. Teniendo en cuenta que el control de operación lo hace directamente el concesionario, y la supervisión es ejercida por la entidad.

13. Es una opción legal hacer modificaciones en los contratos de concesión, pero es igualmente importante tener en cuenta que en el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, las partes acordaron que la entidad concedente pudiera hacer modificaciones a los Manuales y que el concesionario “se obliga a acatar.”

14. La inmovilización y desvinculación de los vehículos del sistema por mantenimiento de la flota es una obligación reglamentaria de TRANSMILENIO según la cláusula 89 del Contrato de Concesión.

15. La Resolución 548 del 22 de septiembre de 2016 se expidió en uso de las facultades reglamentarias de la entidad en los términos del Contrato de Concesión, por lo que ningún perjuicio pudo ocasionar a la convocante tratándose de la exigencia de obligaciones contractuales.

El cierre financiero

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

16. No es cierto que el 25 de abril de 2011 se haya suscrito el Otrosí No. 3 con el cual se modificó la cláusula 17.5 del Contrato de Concesión; los considerandos del Otrosí señalan algo distinto.

17. No es cierto que los hechos que dieron lugar a la extensión de los plazos fueran ajenos a TRANZIT. Fue el Concesionario quien solicitó un mayor plazo para la obtención del cierre financiero.

18. TRANSMILENIO no puede dar por cierto el préstamo señalado por TRANZIT por el valor de ciento ochenta mil millones de pesos moneda corriente (180.000.000.000) y mucho menos su fecha, su plazo o que su causa de deba a que TRANZIT preveía que habría mayores gastos, costos o inversiones a las contempladas por el Ente Gestor.

19. Ahora, si bien TRANSMILENIO no puede dar constancia de todas las condiciones del crédito señaladas por TRANZIT, sí es cierto que la cláusula 35 del Contrato de Concesión exigía el envío a TRANSMILENIO de la información sobre la fiduciaria seleccionada por el Concesionario como el proyecto de texto del Contrato de Fiducia Concesionario.

20. No obstante lo anterior, no es cierto que la solicitud de ampliación de plazo para el cierre financiero sea ajena a TRANZIT, pues de hecho provino del concesionario tal como, y así está consignado en los Otrosíes 1 y 2 y por ende cualquier demora que haya ocurrido en ese sentido, es única y exclusivamente imputable a la sociedad convocante.

21. Corresponde a TRANZIT probar que “las modificaciones realizadas al Contrato de Crédito Sindicado mediante el Otrosí No. 1 obedecieron a la demora en la implementación, así como el retraso en el inicio de operación, e implicaron para TRANZIT mayores gastos financieros relacionados con mayor tiempo de pago de intereses, así como pago de comisiones de disponibilidad.”

22. El apoderado de TRANSMILENIO dice no constarle las condiciones económicas del Concesionario bajo las cuales señala haber comunicado el acaecimiento de la causal de disolución dispuesta en el numeral 4, del artículo 34, de la Ley 1258 de 2008.

23. Sobre ese hecho consta el recibimiento de TRANSMILENIO de la comunicación 2017EE1526, en la cual se pone en conocimiento al Ente Gestor de la admisión del proceso de reorganización de TRANZIT.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La demora en la implementación del SITP

24. Sobre los hechos en que TRANZIT presenta las normas aplicables a la implementación del SITP, TRANSMILENIO solicita al Tribunal atenerse a los textos respectivos en su literalidad e integralidad.

25. TRANZIT presentó el Plan de Trabajo para la Implementación ajustado mediante comunicación No. 10226, radicada en TRANSMILENIO el 23 de agosto de 2011.

26. TRANSMILENIO dio respuesta a la comunicación citada anteriormente el 10 de octubre de 2011 mediante comunicación 2011EE6964. En dicho oficio TRANSMILENIO advirtió la necesidad de ajustes en el proceso de implementación, que no han sido mencionadas por TRANZIT.

27. TRANSMILENIO sí remitió la comunicación 2011EE7452, pero aclaró además que el Plan de Trabajo “debe ser entendido como una herramienta de nivelación del trabajo realizado por cada concesionario; de esta forma, cada concesionario es libre de adelantar las actividades que considere necesarias para lograr el objetivo de la implementación, teniendo en cuenta los hitos referenciados en el plan general.”

28. TRANSMILENIO aclara que el Plan de Implementación es responsabilidad del Concesionario, y fue TRANZIT quien solicitó más plazo, pasando de 8 a 16 meses.

29. De conformidad con la cláusula 22 del contrato “El Cronograma de implementación es meramente indicativo y podrá ser modificado por TRANSMILENIO S.A., en cualquier momento de la vigencia de la concesión.” Además, es importante anotar que en el plan de trabajo de TRANZIT, el cronograma propuesto por dicho concesionario correspondía a 18 meses (oficio 2011ER1588).

30. Tampoco es cierto que el Plan de Implementación haya tenido un retraso de 11 meses debido al retraso de la adjudicación del Contrato CIRCI: Destaca TRANSMILENIO que mediante oficio 2012ER15319 TRANZIT puso de manifiesto que el Plan presentaba dicha demora, pero omite decir que la primera flota vinculada por él se hizo solamente hasta octubre de 2012.

31. Si bien es cierto que se suscribió el Otrosí No. 7 en el que se pactó que la Etapa de Operación del Contrato se ejecutaría en dos fases, no son ciertos los supuestos que se mencionan como previos a la suscripción de dicho Otrosí.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

32. En la cláusula 119.2 del Contrato de Concesión se estipuló que el riesgo de que existieran retrasos en la implementación del Sistema es del Concesionario, excepto la hipótesis, que no ha tenido ocurrencia, en que el Ente Gestor dé instrucciones al Concesionario para el ingreso de vehículos nuevos al servicio, seis meses antes de la entrada en operación, y que el Concesionario efectivamente los vincule al sistema, sin poderlos operar. Y en el caso de los vehículos de transporte público colectivo se precisó, en la misma estipulación, que no se asumía un riesgo de retrasos en la implementación, debido al hecho de que, de solicitarse y no poder ingresar a la operación, esta flota seguiría siendo utilizada en la prestación del servicio del transporte público colectivo.

La falta de integración total del Sistema

33. Con respecto a la integración total del sistema y la no finalización de la Fase II, no es cierto este aspecto en la forma en que lo presenta TRANZIT. De conformidad con lo establecido en el Decreto 535 de 2011, las fases a que se hace mención en el Decreto 309 de 2009, no tienen una fecha cierta de terminación. Adicionalmente la integración según las cláusulas contractuales, y tal como se le informó oportunamente a TRANZIT, ya se realizó.

34. La expedición del Decreto 190 de 2015 no obedeció a la falta de operación de COOBÚS y EGOBÚS, ya que de su lectura se observa que contempló la consolidación de la migración del TPC al SITP, un esquema de operación complementario al Sistema Integrado, lo cual se encuentra atado al cumplimiento de las obligaciones contractuales de cada concesionario (vinculación de flota). El esquema de rutas provisionales surge como un elemento transitorio de operación de la flota de vehículos de transporte público colectivo (TPC).

35. Sobre este particular es preciso tener en cuenta que la responsabilidad de migración de dichos vehículos está asignada a los Concesionarios de Operación del SITP, como resultado del proceso de adquisición de flota usada proveniente del TPC para operación en el SITP, o para desintegración, situaciones previstas en el Contrato de Concesión.

36. Por otro lado, la definición de las rutas provisionales obedeció a la necesidad de garantía del servicio de transporte público. Así las cosas, las rutas definidas en dicho esquema fueron aquellas cuya cobertura no era ofrecida por los servicios SITP implementados y se prevé que la permanencia de las mismas está sujeta a que se garantice la cobertura de servicios con la red de transporte SITP. Sobre lo anterior es importante anotar que TRANZIT, de acuerdo con el diseño operacional del Contrato, debía proveer 44 rutas (urbanas, complementarias y especiales). Actualmente este Concesionario tiene 32 servicios en operación, de forma tal que

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

tiene pendiente de inicio de operación 12 rutas urbanas complementarias y especiales.

37. TRANZIT debe cumplir con sus obligaciones, al igual que el resto de los Concesionarios en similar situación, así el “SITP Provisional” dejara de ser “transitorio” y complementario, como en efecto lo es por expreso mandato legal: el Decreto 190 de 2015 y las Resoluciones 006, 215, 733, 526 de 2015.

La infraestructura transitoria – ampliación indefinida de la etapa de transición

38. TRANSMILENIO sí consideró la existencia de una Etapa de Transición. Valga aclarar que lo descrito por la convocante en este punto, no es la única condición en la Etapa de Transición.

39. Las referidas erogaciones en que señala haber incurrido TRANZIT para hacerse a los patios y terminales, es así de conformidad con el Otrosí No. 1, es una obligación del Concesionario la consecución de las áreas de patios y talleres para su operación no troncal (terminales zonales) en los términos establecidos en la Etapa de Transición del Contrato de Concesión.

40. Es cierto que de conformidad con la Nota No. 2 de la cláusula 14 del Contrato de Concesión 011 de 2010, finalizado el tercer año de la Concesión el Distrito debía informar al Concesionario si se ampliaba o no la “Etapa de Transición.” No obstante, se debe tener en cuenta que la sociedad convocante aceptó los riesgos que mediante la suscripción del Contrato podría llegar a asumir, estableciendo lo siguiente en la parte inicial del mismo, “Considerandos”: “...que el Concesionario conoce y ha evaluado los términos y condiciones técnicas, económicas, comerciales, físicas y legales del Proyecto objeto de este Contrato de Concesión, así como los riesgos que mediante la suscripción del mismo asume.”

41. La matriz de riesgos no contempló la ocurrencia de un riesgo en cabeza del Concesionario, única y exclusivamente durante la “Etapa de Transición.” Es importante tener en cuenta que la ubicación de los predios para los patios transitorios zonales es realizada directamente por los Concesionarios, quienes estaban en capacidad de minimizar cualquier riesgo asociado a la generación de kilómetros en vacío.

42. Tampoco es cierto que el riesgo señalado anteriormente se materialice cuando “de una parte, el trazado de las rutas que debe ejecutar TRANZIT, no tiene origen-destino desde los puntos de ubicación de esta infraestructura transitoria”, lo cual corresponde esto a una apreciación de la convocante, que no corresponde con la realidad del Contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

43. TRANSMILENIO coincide en las apreciaciones y transcripciones que realiza TRAZINT acerca de la cláusula 14 del Contrato “Etapa de Transición”, así como los plazos establecidos. No obstante, no es cierto que el vencimiento de esta Etapa haya ocurrido el 2 de noviembre de 2015, toda vez que la prórroga de cinco años fue comunicada mediante oficio 2015EE21633 el 28 de octubre de 2015, lo cual fue plenamente aceptado por TRANZIT.

44. En este mismo sentido, tampoco es cierto que TRANSMILENIO hubiese comunicado sobre ese hito contractual de forma extemporánea y por fuera del plazo contractual.

45. El Decreto 294 de 2011, señalado por la convocante fue derogado por el Decreto 289 de 2016, modificando íntegramente las condiciones de la anterior normatividad. Adicionalmente, la entidad demandada cumplió con lo que le correspondía contractualmente, por lo que no se puede entender que la prórroga de la Etapa de Transición configure un incumplimiento.

Los Concesionarios COOBÚS y EGOBÚS

46. Es cierto que en desarrollo de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009 se recibieron las propuestas de la Promesa de Sociedad Futura COOBÚS S.A.S. y la Promesa de Sociedad Futura EGOBUS S.A.S.

47. Con respecto a que los proponentes coincidían en que COOBÚS y EGOBÚS no cumplían con los requisitos del Pliego de Condiciones, se debe tener en cuenta que quien califica si un oferente en una licitación cumple o no con los requisitos de la misma, es la Entidad Pública contratante, no los proponentes, como lo sugiere el demandante.

48. Los Contratos de Concesión No. 012 de 2010 y 013 de 2010, se adjudicaron a COOBÚS y EGOBÚS respectivamente, con arreglo a la ley y al Pliego de Condiciones de la Licitación.

49. Como estrategia para permitir la operación de la flota vinculada por cada Concesionario para operar rutas inicialmente asignadas en forma compartida con EGOBÚS y COOBÚS, TRANSMILENIO remitió diferentes comunicaciones en las cuales se solicitó a cada Concesionario presentar su propuesta para suministrar la flota pendiente así como las rutas en que aún no iniciaba operación, y se propuso la modificación en el plan de implementación, estrategias que tuvieron como objetivo presentar alternativas debido al incumplimiento de EGOBÚS y COOBÚS.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

50. Es cierto que la Superintendencia de Puertos y Transporte ordenó asumir el control de EGOBÚS, mediante Resolución No. 10790, también del 25 de junio de 2014, con los mismos efectos que los señalados para COOBÚS.

51. TRANZIT afirma que “no es sino hasta el 25 de abril de 2016” que TRANSMILENIO toma medidas con respecto a los contratos de EGOBÚS y COOBÚS; no obstante, desconoce la demandante los antecedentes administrativos de esos contratos, a los que, como lo ordena la Ley, debían garantizárseles el derecho de contradicción, defensa y debido proceso, por lo que sus apreciaciones no tienen asidero.

52. Es cierto que, de acuerdo con el esquema operacional del SITP, diecisiete (17) de las cuarenta y cuatro (44) rutas que debe servir TRANZIT en la Zona Usme, corresponden a las rutas compartidas con COOBÚS y EGOBÚS; pero nada dice el Concesionario demandante sobre el hecho cierto que la Entidad demandada le ha dado todas las alternativas para suplir esas rutas, sin que haya dado respuesta alguna.

53. Con respecto a la solicitud realizada con No. 04295 del 19 de febrero de 2014, en la que se solicita la cesión de las rutas compartidas por TRANZIT con COOBÚS y EGOBÚS, es cierto, no obstante, es también cierto que en comunicaciones posteriores TRANZIT solicitó el desmonte de las rutas 319 y 34.

54. No es cierto que todas las rutas compartidas entre TRANZIT y COOBÚS hayan iniciado de manera tardía. Todas no iniciaron operación, de las mencionadas solo operan la 614 y 950. Además, las rutas 614 y 950 operan en recorrido completo y con flota adicional proveniente de otras de las rutas compartidas con COOBÚS y EGOBÚS, sobre las cuales TRANZIT aceptó postergar en el cronograma.

55. Ningún perjuicio se le ha ocasionado a la Convocante ya que como se observa en el mismo relato de este hecho, fue el propio Concesionario el que se abstuvo de operar las rutas por cuanto las consideró “no rentables”, y no por cuenta de la entidad, sino porque según su decir, “se vio forzado (sic) a no operar todas las propuestas.”

56. No es cierto que todas las rutas compartidas entre TRANZIT y EGOBUS hayan iniciado de manera tardía. Todas no iniciaron operación, de las mencionadas solo operaron la 319 y 34, y de forma parcial, aun cuando se le informó a TRANZIT que podía operarlas completas con la flota destinada a otras rutas compartidas con COOBÚS o EGOBÚS. A la fecha la entidad ha aceptado la solicitud de TRANZIT de su suspensión temporal.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La desintegración física de vehículos (Chatarrización)

57. Las obligaciones contractuales son claras y bien distintas respecto de las funciones y responsabilidades de otras entidades en cuanto a la regulación, vigilancia y control del transporte en la ciudad.

58. No es cierto que el concesionario de la Zona de Usme estaba obligado a vincular un máximo de 1.069 vehículos. De acuerdo con el Anexo Técnico de la Licitación, este es un indicativo y debe ser actualizado de forma permanente.

59. Es cierto que el Anexo Técnico del Contrato de Concesión en su numeral 2.6 previó un porcentaje de chatarrización, distribuido de acuerdo con la participación de los concesionarios adjudicatarios de cada zona respecto al total de la oferta SITP, siendo el porcentaje de Usme del 6.3%

60. Asimismo, dentro de la proforma 6A de la Licitación Pública como el Pliego de Condiciones Definitivo en cuanto a la chatarrización quedaron reflejados criterios de chatarrización. En la cláusula 12 del Contrato de Concesión quedó estipulado como obligación del Concesionario: i) chatarrizar el 20% de la flota total o usada no disponible para operación dentro del término corrido entre la suscripción del Contrato de Concesión hasta el inicio de operación regular; y ii) desintegrar el restante 80% de la flota usada no disponible para operación dentro del término que corriera entre el inicio de la operación regular hasta la finalización de la integración total del SITP.

61. No obstante, con la suscripción del Otrosí No. 3 se modificaron los porcentajes señalados. Se debe tener presente que la modificación se dio por cuanto el Concesionario demandante no alcanzaba la meta pactada contractualmente en los tiempos previstos.

62. No es cierta la clasificación de los tres (3) componentes de la tarifa contenida en la cláusula 64 del Contrato de Concesión, se trata de una interpretación de lo pactado que hace la demandante.

63. No es cierto que el componente de tarifa destinado a sufragar los costos de chatarrización sea el de la tarifa por pasajero transportado. Se pretende asimilar el pago de tarifa por pasajero previsto en el contrato, a los recursos del Fondo de Mejoramiento del factor de calidad, que no es contractual.

64. El cierre financiero debía contemplar la obligación de chatarrización, eso no es algo imprevisto en el Contrato de Concesión. TRANSMILENIO ha remunerado

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

al Concesionario conforme las condiciones fijadas en la Licitación y el Contrato de Concesión N° 011 de 2010.

65. No es cierto que el hecho de que TRANZIT no haya podido tener los ingresos que corresponderían a la chatarrización se deba a la demanda de pasajeros insuficiente. Tal afirmación es una confesión del incumplimiento del Concesionario. La chatarrización no estaba definida ni condicionada en función de los ingresos ni la demanda de pasajeros como lo sugiere el concesionario.

66. Es una opinión de la demandante que la decisión de la Secretaría de Movilidad de contribuir con la chatarrización a través del “Factor de Calidad” se deba a la situación financiera de los Concesionarios. Dicho factor existe desde el año 2003 y es ajeno al SITP, de modo que no tiene una relación directa con la situación financiera de los Concesionarios. Sumado a esto, la asignación de vehículos del Factor de Calidad para cumplir el Anexo Técnico no está definida, depende de la negociación con el operador, siendo este ejercicio eminentemente teórico.

67. No es cierto que TRANZIT se encuentre imposibilitado para chatarrizar vehículos. El Concesionario puede pedir los vehículos a los propietarios, así los mismos se encuentren vinculados al SITP provisional. Los supuestos incumplimientos de COOBÚS y EGOBÚS, no tienen relación con los vehículos vinculados a la propuesta de TRANZIT.

68. El Ente Gestor manifiesta que ya se cumplió con el hito de integración del Sistema en los términos y condiciones del Contrato de Concesión, motivo por el cual el concesionario se encuentra incumplido en su obligación de chatarrizar la flota prevista para la zona de Usme.

69. No es cierto que TRANSMILENIO haya incluido esta situación como un riesgo, cuando en realidad se trata de un incumplimiento, al respecto se debe recalcar que el Concesionario aceptó las obligaciones y los riesgos del Contrato No. 011 de 2010, desde la presentación de su oferta a la Entidad concedente.

El cruce de flota

70. El Anexo Técnico del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública contenía el número de vehículos a ser vinculados. La obligación de TRANZIT de adquisición de flota usada del TPC quedó definida en el Contrato de Concesión No. 011 de 2010 y detallada en el Anexo Técnico para la zona de Usme.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

71. No es cierto que TRANSMILENIO lo que busca es que “aquellos concesionarios que tengan vehículos de determinada tipología y modelo que exceden el número requerido por el Anexo Técnico entreguen tales vehículos a quienes los requieren para cumplir con su propia obligación y viceversa.” El llamado “cruce de flota” es una creación de los Concesionarios del SITP.

72. No es cierto que el denominado “cruce de flota” sea el único mecanismo considerado viable por TRANSMILENIO para cumplir con su Anexo Técnico, cuando claramente este del resorte de los Concesionarios, donde nada tiene que ver la entidad concedente, y menos que se haya discutido en el proceso de licitación.

73. TRANSMILENIO, mediante comunicación 2012EE3698 del 17 de mayo de 2012, informó a TRANZIT las condiciones básicas para llevar a cabo el cruce de flota con los otros Concesionarios.

74. TRANZIT realiza una transcripción parcial de lo señalado por el Subdirector Técnico de la Subgerencia Jurídica el 22 de abril de 2016, en el que se pronuncia sobre “La no prestación del servicio de las concesiones a cargo de COOBÚS (Fontibón) y EGOBÚS (Perdomo y Suba Centro).”

75. No obstante lo anterior, no es cierto que TRANSMILENIO no pueda exigir a TRANZIT el cumplimiento de su Anexo Técnico referente a la chatarrización. Aún con ausencia de los concesionarios COOBÚS y EGOBÚS, el concesionario TRANZIT ha podido y puede cumplir con el Anexo Técnico, de ahí que el Ente Gestor pueda y deba exigir el cumplimiento del mismo.

76. No es cierta la conclusión a la que arriba TRANZIT, de que se debe restablecer el 24% de operación correspondiente a COOBÚS y EGOBÚS para que las obligaciones de TRANZIT sean exigibles. Lo anterior, no puede ser usado como excusa para no cumplir con el Anexo Técnico de cada zona más aún cuando el Anexo Técnico de flota TPC involucra vehículos a chatarrizar y no solamente vehículos a operar.

La insuficiente socialización del Sistema

77. No es cierto que “en la víspera a la entrada en operación del Sistema, se presentó una duda generalizada por parte de la ciudadanía, autoridades y en general de toda la población.” Cabe recordar que desde 2011 se vienen adelantando acciones en medios de comunicación encaminadas a divulgar a la ciudadanía el funcionamiento del SITP.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

78. No es cierto que las tarjetas de ingreso al sistema fueran todas distintas, ni se puede probar lo anterior con informes de prensa. No obstante, es cierto que en el año 2015 se consiguió la unificación de tarjetas.

79. No es cierto que como consecuencia de la falta de unificación de las tarjetas de ingreso al sistema se haya dado una disminución de demanda y se haya continuado con el uso del TPC por parte de los usuarios.

80. El Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario – SIRCI y el Concesionario SIRCI

81. Es cierto que cinco (5) meses después de haber sido adjudicado el Contrato de Concesión, TRANSMILENIO mediante Resolución No. 153 del 25 de abril de 2011 convocó la Licitación Pública No. LP-TMSA-003 de 2011 con el objeto de otorgar en concesión el Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario del SITP-Concesionario SIRCI. Sin Embargo, el tiempo transcurrido entre la fecha en que se convocó la Licitación Pública para seleccionar al Concesionario SIRCI, y aquella en la que se adjudicó el Contrato de Concesión no es un “retraso atribuible a TRANSMILENIO.”

82. El Contrato de Concesión SIRCI fue adjudicado mediante Resolución No. 327 del 15 de julio de 2011 a la compañía RECAUDO BOGOTÁ. Posteriormente tendría lugar la celebración del Contrato 001 de 2011 del 1 de agosto de 2011.

83. No es cierta la afirmación de la parte convocante referente a la falta de ejecución armónica entre los Concesionarios de Operación y del SIRCI. Al respecto se tiene que el cronograma es indicativo, y el Concesionario de recaudo estaba disponible para realizar las instalaciones una vez llegaron a los talleres los vehículos con el 100% del cumplimiento del Anexo 1. Fue así como los primeros buses vinculados, es decir, aquellos que contaron previamente con equipamiento abordo, fueron los del concesionario GMOVIL para el 13 de julio de 2012.

84. La modificación del cronograma no se produjo como consecuencia de que no estaban listos los equipos del SIRCI sino porque no había buses para vincular, lo cual es responsabilidad del Concesionario demandante, como lo es la presentación de su Plan de Implementación. El Concesionario de recaudo estaba disponible para realizar las instalaciones una vez le llegaron a los talleres los vehículos con el 100% del cumplimiento del Anexo 1.

85. Ningún incumplimiento por parte de la entidad se ha dado dentro de los Contratos de Concesión, mucho menos cuando esto solo atiende a la opinión de la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

convocante sin prueba ninguna. Los concesionarios conocían la matriz de riesgos desde los estudios previos y ahora no pueden eximirse de esa responsabilidad.

86. El 22 de septiembre de 2016 se expidió la Resolución 548, pero la misma no realizó modificaciones transversales a la ejecución del Contrato de Concesión como lo sostiene la parte convocante; por el contrario, su objeto tuvo como propósito reglamentar las condiciones y el procedimiento para la exclusión de vehículos del Sistema Integrado de Transporte Público por causas atribuibles a la no prestación del servicio público de transporte.

La falta de integración del medio de pago y tarifaria

87. Es cierto que TRANSMILENIO expidió las Resoluciones No. 22 y 221 de 2002 con el fin de contratar la actividad de recaudo del Sistema en sus Fases I y II. No obstante, no es cierto que TRANSMILENIO garantizó que contaría con un único medio de pago de transporte al usuario. No obstante, la integración de medio de pago siempre ha existido en el Contrato de Concesión No. 011 de 2010.

88. De conformidad con el numeral 1.2.2. -Período T1-T2 del Anexo 2 del Contrato de Concesión SIRCI “Anexo Técnico Especificaciones Técnico-Operativas y de Puesta en Funcionamiento del SIRCI” era necesario que el SIRCI garantizara la integración completa y correcta de los sistemas, incluido el medio de pago y siendo que la convocante desde el principio tuvo un único medio de pago, se podía hacer transferencia entre servicios. Tal como estaba proyectado.

89. TRANSMILENIO manifestó en su momento que “como requisito de ejecución del contrato presentó su propuesta de integración, la cual debía ser discutida y aprobada en el Comité de Recaudadores, tal y como se contempló desde la licitación”, todo esto de conformidad con el Anexo 4, obligación que se “considera cumplida”; otra cosa distinta es la “aprobación de la solución integral” y la discusión que se debía dar dentro del Comité de Recaudadores, como en efecto se dio.

90. Omite el demandante informar que la operación de la Fase III de TRANSMILENIO inició operación con equipos de RB que utilizaban tarjetas inteligentes sin contacto -TISC- TuLlave, igual que en los zonales, por lo que no se produjo de manera “aislada e independiente” como equivocadamente se afirma.

91. En cuanto al trámite de imposición de multas, no es cierto en la forma en que lo presenta la demandante. Dicho proceso no se inició porque se debía preservar el debido proceso del Concesionario tal como se señaló en el informe que presentó la Interventoría, por posible incumplimiento, mediante oficio 2014ER5161, traído a colación a este proceso por la demandante.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

92. Así mismo, el procedimiento iniciado por la Superintendencia de Puertos y Transporte, no se basa en hechos imputables a TRANSMILENIO, por lo que estas afirmaciones requieren de prueba y entenderse bajo del contexto de los Actos Administrativos mencionados.

93. Debe tenerse en cuenta que la expresión único medio de pago, citada en la norma, indica que el sistema no recibe otros medios de pago tales como efectivo, monedas, fichas o tokens, boletos magnéticos, distintos a las Tarjetas Inteligentes Sin Contacto (TISC) de diferentes emisores. Entonces, desde el inicio del SIRCI el medio de pago estuvo integrado con lo que hasta ese momento existía para usar el sistema Transmilenio, es decir Tarjetas inteligentes sin contacto (TISC). Nunca se ha hablado de una única tarjeta.

94. El SITP Provisional se adoptó como un mecanismo complementario con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, por cuenta de los incumplimientos contractuales de los concesionarios del SITP.

La evasión del medio de pago en el componente zonal, el fraude, la piratería y la falta de control de la validación del medio de pago en las plataformas en el componente de alimentación en el SITP

95. El Tribunal debe tener en cuenta que en la cláusula 17.1.21., del Contrato se establece que es obligación del Concesionario: “Responder por la evasión del pago de la tarifa del usuario que se genere con motivo del comportamiento de los conductores contratados por su empresa y en general por todos los mecanismos de control de accesos al vehículo.” A pesar de esto, la entidad concedente ha liderado, programas, planes y acciones, en coordinación con Policía Nacional y Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Mayor, tendientes a contrarrestar la problemática de la evasión.

96. La evasión de pago en la zona de los torniquetes, siendo un área concesionada, es responsabilidad de RECAUDO BOGOTÁ, y es obligación de este Concesionario contar con personas ubicadas en las barreras de control de acceso BCA que impidan el ingreso de personas sin validar su pasaje. A pesar de lo anterior, la entidad ejecuta un plan estratégico anti-evasión que contempla tres pilares: i) infraestructura, ii) seguridad; y, iii) servicio al usuario y cultura ciudadana.

97. Para cada pilar mencionado se han ejecutado diferentes actividades específicas tales como: i) infraestructura física y tecnológica, ii) instalación de barandas para el bloqueo de acceso en los estribos en las estaciones del sistema identificadas como críticas, iii) cerramientos tubulares o en malla en Portal

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Américas, Banderas, Portal Usme, Portal Tunal, Portal Suba y Portal Sur, iv) instalación de barandas para el bloqueo de acceso en los estribos en las estaciones del sistema identificadas como críticas, v) cerramientos tubulares o en malla en Portal Américas, Banderas, Portal Usme, Portal Tunal, Portal Suba y Portal Sur, vi) realce en vidrio en las plataformas de los portales 80 y Usme.

98. Con relación a la denominada “piratería” no se trata de un hecho que le conste a TRANSMILENIO. Se reitera que el riesgo de demanda fue asumido por el Concesionario.

99. En este sentido, las afirmaciones de la demandante referidas como “la indebida asignación del riesgo” no dejan de ser afirmaciones subjetivas, recurrentes en los hechos de la demanda y carentes de todo sustento técnico, probatorio y que claramente no responder a la realidad de lo ofertado, contratado y ejecutado por las partes durante estos años de Concesión.

Falta de control de TRANSMILENIO en las plataformas para verificar la validación del medio de pago en el componente de alimentación

100. No es cierto en la forma en que ha sido presentada la definición de los pasajeros alimentados, por lo que TRANSMILENIO solicita al Tribunal remitirse al texto original del párrafo 4° de la cláusula 64 del Contrato de Concesión, la cual regula in extenso el “Calculo del número de salidas que se contabilicen de zona paga troncal a plataformas de integración con servicios de alimentación pertenecientes a la zona “i” sin validación posterior en el vehículo alimentador, durante el periodo a remunerar”, y no se limita a lo expuesto por la convocante.

101. Adicionalmente, el cálculo en el componente de alimentación es una interpretación de lo pactado por las partes, por lo cual es necesario que el Tribunal se remita al original de la cláusula 64, referente a la remuneración del Concesionario.

102. La convocante descontextualiza en Contrato de Interventoría No. 350 de 2015 así como todo lo que de él se desprendió en su momento, como la comunicación 2015EE24390 del 30 de noviembre de 2015, que dio respuesta a los oficios remitidos por la Interventoría a Transmilenio S.A., con los números de radicado 2015ER2969, 2015ER33772, 2015ER341370 “Situación de Evasión del SITP.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

El cambio de flota nueva del Sistema EURO IV al Sistema EURO V

103. Los motores convencionales como el motor diésel y los motores bajo el ciclo Otto generan una serie de contaminantes locales (diferentes tipos de gases) asociados a las características químicas del energético utilizado, algunos más nocivos que otros. No es cierto que no existen motores capaces de reducir y/o eliminar la generación de contaminantes locales; actualmente existen tecnologías denominadas de cero emisiones como lo son los vehículos eléctricos y los vehículos que funcionan con hidrógeno, que no generan emisiones de contaminantes locales, es decir, en el sitio de operación. La generación de gases de efecto invernadero (CO₂) o contaminantes locales de estas tecnologías se da por el consumo de energía, más no por la liberación de emisiones por el exosto.

104. No es cierto que los costos tenidos en cuenta en la Licitación Pública y el Contrato de Concesión se hayan calculado bajo el supuesto de que la totalidad de la flota sería Euro IV. Si bien al momento de la licitación estaba vigente un estándar de emisión equivalente a Euro IV o EPA 2007, cada estructurador y proponente debió prever diferentes escenarios y supuestos en sus modelos financieros, de modo que los mismos tuvieran en cuenta las variaciones en diferentes aspectos o riesgos y establecer los mecanismos para su mitigación en el tiempo. La totalidad de flota a lo largo de la concesión (25 años) no se debía proyectar con un único estándar de emisión debido a que el tiempo de vida útil de un bus es inferior al plazo de la concesión. Se debió prever por lo menos una renovación de cada bus para los casos de flota nueva y una o dos para los casos de flota usada.

105. Al respecto, se debe recordar que el Concesionario, para la época de la licitación “oferente”, la Adenda No. 3 a la que alude, contenía un “Anexo Explicativo”, que justifica la Adenda, en el cual es claro que lo que hizo la Entidad fue expresar que los cambios en la regulación ambiental se consideran imprevisibles, salvo aquellos relacionados con mayores exigencias a las establecidas en el pliego “sobre el uso de tecnologías limpias”, que se excluye como riesgo y se decide darle el tratamiento previsto en el párrafo primero de la cláusula 64, esto es, que los costos de esas mayores exigencias se incluirán al momento de revisar la tarifa.

106. No es cierto que a través de la Resolución 1304 del 25 de octubre de 2012 se hayan introducido cambios que no estuvieran contemplados en la licitación o en el marco normativo vigente, tanto que al momento de la licitación estaba en curso un cambio normativo que involucraba la mejora de las emisiones para la flota que se vinculara al SITP.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

107. No es cierta afirmación planteada por el Concesionario con respecto a la supuesta orden impartida mediante Resolución 1304 de 2012 de la Secretaría Distrital de Ambiente, por los siguientes motivos: i) La Secretaría Distrital de Ambiente a través de dicha Resolución, no establece que sólo se puedan vincular buses con estándar de emisiones Euro V, y tan es así que en los artículos 7, 8 y 9 fijan los límites máximos de emisión permisibles para vehículos con motor ciclo Otto accionados por gasolina, vehículos con motor ciclo Otto accionados por gas natural o gas licuado de petróleo, vehículos con motor ciclo diésel evaluados mediante ciclos de la Unión Europea o ciclos de Estados Unidos, y; ii) se están mezclando dos medidas diferentes contempladas en la Resolución 1304, una es la relacionada con los estándares de emisión que no está directamente relacionada con los sistemas de control de emisiones que es otra de las medidas contempladas dentro de la resolución. Actualmente, el estándar de emisión que incorpora sistemas de control de emisiones tipo filtros de partículas es el estándar Euro VI; iii) los sistemas de control de emisiones (filtros) o sistemas extrínsecos que menciona el Concesionario, en la Resolución 1304 son medidas excluyentes: los vehículos nuevos que cumplieran los estándares de emisión previstos en la Resolución no eran objeto de la medida de implementación de sistemas de control de emisiones.

108. No es cierto que TRANSMILENIO haya incumplido la cláusula 64 del Contrato de Concesión. La realidad es que el Concesionario no realizó ningún desembolso en ese sentido, por lo que no es cierto que se le haya causado un desequilibrio en el contrato por esa razón, más aún cuando esa era su obligación contractual asumida desde el pliego de condiciones de la licitación. Reiteramos lo expuesto en los hechos respondidos antes.

El mantenimiento de los mecanismos de accesibilidad adquirido para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad o movilidad y/o comunicación reducida

109. No es cierto que TRANSMILENIO le hubiese manifestado a TRANZIT que le sería remunerada la inversión por los mecanismos de accesibilidad instalados. Mediante el Otrosí No. 9 del 31 de mayo de 2016, la Entidad concedente reconoció y pagó a TRANZIT los mecanismos de accesibilidad instalados. Este documento tiene efectos transaccionales según lo establecido por las partes en la cláusula segunda, parágrafo segundo.

110. Al apoderado de TRANSMILENIO no le consta lo señalado en cuanto a valores reconocidos, específicamente los costos de inversión, tampoco lo que refiere el Concesionario en cuanto a que están pendientes por remunerar los gastos asociados a mantenimiento. Adicional a lo ya expresado sobre el Otrosí No. 9 de 31 de mayo de 2016, las partes acordaron: "(...) El CONCESIONARIO se obliga a

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

mantener en funcionamiento y disponible para el servicio los mecanismos de accesibilidad. Así mismo, el CONCESIONARIO se obliga a realizar el mantenimiento preventivo y correctivo de dichos mecanismos, conforme a las instrucciones que fije su diseño de fábrica.”

La asignación de riesgos

111. TRANSMILENIO solicita al Tribunal arbitral remitirse al desarrollo íntegro de las audiencias de asignación de riesgos, y a la asignación definitiva de los mismos, de conformidad con el Anexo 5 del Contrato de Concesión No. 011 de 2010, así como a los formularios de preguntas y respuestas de la licitación TMSA-LP-004 de 2009, donde se absolvieron las inquietudes de los potenciales proponentes.

112. Con relación al riesgo de demanda, conforme al Anexo 5 “Matriz de Riesgos” del Contrato de Concesión No. 011 de 2010, el mismo es del Concesionario, y así fue aceptado al momento de suscribir del Contrato, no obstante es del caso recordar, además, que desde la licitación TMSA-LP-004 de 2009, la entidad advirtió a todos los oferentes:

“Respecto de la observación del interesado del riesgo de demanda: En los estudios previos y en el cuarto de datos de la licitación se encuentran todos los elementos que permiten a los proponentes e interesados construir su modelo de demanda para cada una de las zonas. La demanda de transporte en la ciudad es conocida por los actuales prestadores del servicio en la ciudad, en la medida en que la licitación incentiva, fomenta y obliga la participación de estos prestadores como parte de los proponentes de la licitación, se considera que 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.”

113. Existe una interpretación equivocada del Concesionario sobre la Matriz de Riesgos y el Contrato de Concesión, documentos en los que claramente se determina que el Concesionario debe adoptar todas las acciones para adoptar medidas con el fin de evitar evasión en el pago de la tarifa “en los buses”, sin distinguir, como pretende ahora la convocada, que tal regulación sólo aplica para las “plataformas e infraestructura”, pero no para la “alimentación.”

114. Con respecto al riesgo de operación, no es cierto lo presentado por con el Concesionario; incluso la asignación de este riesgo puede parecerle “ilógica.” Sin embargo, a la misma le faltó advertir que el mismo Anexo 5 “Matriz de Riesgos” señala: “La situación actual de la malla vial es conocida por el concesionario de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

operación, y ha sido analizada por TMSA al momento de fijación de las fórmulas de remuneración por zona.”

115. Es cierto lo señalado por la convocante frente al desarrollo de la audiencia del 16 de febrero de 2010. TRANSMILENIO respondió a todas y cada una de las inquietudes planteadas en el proceso de Licitación TMSA-LP-004 de 2009. TRANSMILENIO solicitó al Tribunal remitirse al desarrollo íntegro de la audiencia puesta de presente y a los formularios de preguntas y respuestas de la Licitación TMSA-LP-004 de 2009, donde se absolvieron todas las demás inquietudes de los proponentes.

116. No es cierto que TRANSMILENIO haya desatendido los lineamientos del CONPES, ni la demás normatividad aplicable. Deberá el Tribunal evaluar si estas afirmaciones son una confesión del Concesionario en cuanto a la falta de cuidado y debida diligencia en la elaboración de su propuesta; o en su defecto, es la aceptación de no haber atendido lo señalado en los numerales 1.6.2 y 1.6.3, entre otros, del pliego de condiciones de la Licitación TMSA-LP-004-DE 2009. En cualquier caso, la convocante libremente podía abstenerse de participar en la misma.

La velocidad comercial

117. No obstante las “Cifras del Observatorio de Movilidad”, el Concesionario está desconociendo que previamente a la implementación de cada servicio se solicitó a los concesionarios presentar un informe de ingeniería de detalle en el cual tenían la posibilidad de proponer modificaciones a los trazados, así como a la flota asignada con el fin de actualizar los trazados y parámetros operacionales de las rutas de forma tal que se logran los ajustes operativos teniendo en cuenta la realidad de la ciudad al momento de iniciar cada ruta.

118. Asimismo, entendiendo la dinámica de la ciudad, de forma continua, el Ente Gestor ha estado abierto a evaluar modificaciones en los servicios asignados y en operación con el fin de lograr mejoras de acuerdo con las propuestas presentadas por cada Concesionario. Tal es el caso de rutas urbanas, que se han autorizado a operar en algunos tramos de los carriles exclusivos de TRANSMILENIO con el fin de lograr mejoras operacionales para los servicios ofertados.

119. En conclusión, con la suscripción del Contrato, el Concesionario conoció y aceptó las condiciones particulares y las dificultades de tráfico de la ciudad. Debido al comportamiento dinámico del tráfico y de la demanda de la ciudad, el Contrato de Concesión estableció una revisión bimestral de los programas de operación no troncal (PSONT), con el fin de efectuar periódicamente ajustes en los tiempos de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

recorrido de las rutas y demás parámetros operativos, con el propósito de mantener niveles de servicio acordes a la operación.

120. Las proyecciones contenidas en el anexo técnico son estimaciones de la demanda y las características operacionales del sistema del SITP. Esta evaluación obedece a resultados del modelo de transporte para los años 2011, 2013, 2015 y 2018, con el fin de determinar la oferta base requerida por ruta. Sin embargo, es claro que los proponentes debían realizar sus propios cálculos y proyecciones para presentar su propuesta sobre la base de un examen cuidadoso de las características del negocio. En particular, el Concesionario hace referencia a documentos de publicación posterior al proceso licitatorio por lo cual no era posible incorporar esta información en los análisis realizados.

121. No es cierto que al reducirse la velocidad comercial se aumenten los costos. Las proyecciones contenidas en el anexo técnico son estimaciones de la demanda y las características operacionales del sistema SITP. La obligación de prestación del servicio es del Concesionario, en los términos del Contrato de Concesión.

122. Es importante aclarar que la optimización de los tiempos de recorrido no necesariamente implica incremento de buses y/o conductores a través de Recaudo Bogotá, concesionario del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y servicio al usuario (SIRCI), al concesionario se le suministró el Sistema de Planificación GoalBus, el cual le permite optimizar los recursos por medio de la ejecución de múltiples cálculos y simulaciones analizando detenidamente el comportamiento de la oferta, controlando la utilización de buses y optimizando el uso de conductores.

Ingreso no percibido por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros

123. No es cierto que uno de los componentes de la tarifa a recibir por el Concesionario corresponda a la tarifa pasajero. El esquema de remuneración es una regla del contrato pactada para remunerar el servicio. En virtud de esto, el total de remuneración en su conjunto cubre la totalidad de los costos, gastos e inversiones, sin que se deba tratar de asociar cada tarifa de remuneración al pago de un grupo de ítems.

124. La licitación del SITP permitió la oferta económica, por parte de los proponentes (actuales concesionarios), sobre la tarifa por pasajero en cada zona que permitiera la recuperación total de sus costos, gastos e inversiones. Así, cada concesionario actual elaboró su propio modelo financiero y presentó el valor de su oferta económica sobre la tarifa de remuneración por pasajero. Por lo anterior, se

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

está remunerando de acuerdo con lo pactado contractualmente. Por otro lado, la Tarifa Pasajero (TPASZ): Tarifa por pasajero (\$/pas), está conformada por:

- Costos Administrativos
- Rentabilidad sobre capital invertido
- Costos financieros e impuestos
- Costos de racionalización de la sobreoferta (chatarrización)
- Demás gastos que no se consideran en la tarifa mensual por vehículo (TMVZk), ni en la tarifa por kilómetro (TKMZk).

125. No es cierto que la tarifa pasajero sirva para pagar las rentas pactadas a favor de los propietarios de los vehículos. Se trata de una interpretación del Concesionario. Se enfatiza en que en la oferta económica del Concesionario presentada dentro de la licitación, relacionada con la tarifa por pasajero en cada zona, se determinó la recuperación total de sus costos, gastos e inversiones. Así, cada oferente elaboró su propio modelo financiero y presentó el valor de su oferta económica sobre la tarifa de remuneración por pasajero. Por lo anterior, se está remunerando de conformidad con lo pactado contractualmente.

126. El esquema de remuneración está pactado para realizar el pago del servicio, razón por la que el total de la remuneración (Tarifa por Vehículo, Tarifa por kilómetro y Tarifa por pasajero) en su conjunto, cubre la totalidad de los costos, gastos e inversiones, sin que se deba tratar de asociar cada tarifa de remuneración al pago de un grupo de ítems. De esta manera, cada Concesionario elaboró su propio modelo financiero y presentó el valor de su oferta económica sobre la tarifa de remuneración por pasajero.

127. La demandante llega a una conclusión errada al señalar que TRANSMILENIO impide la generación de demanda y por ente debe ser responsable de la falta de esta. TRANZIT omite que el riesgo de demanda es suyo e incumplió la obligación de chatarrizar.

Los desincentivos operativos, el Manual de Operaciones y el Manual de Niveles de Servicios

128. Es cierto que con el Otrosí No. 5 al Contrato de Concesión se modificaron, entre otras cosas, las cláusulas 121 y 131 del Contrato de Concesión No. 011 de 2010.

129. Los treinta y seis (36) desincentivos por vueltas perdidas, del periodo del 15 de octubre al 2 de diciembre 2012, fueron enviados a TRANZIT en informe preliminar con radicado 2012EE11851 del 28 de diciembre 2012, recibido por la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

sociedad demandante el día 2 de enero de 2013. Adicionalmente, es importante aclarar que todas las vueltas perdidas son conocidas por el Concesionario, desde el momento de su identificación por medio del aplicativo GestSAE.

130. Todos los hallazgos se han dado a conocer en la correspondiente oportunidad contractual. Conforme a la fecha de radicación de los informes preliminares en comparación con la fecha final del periodo del informe de desincentivos, no existe ningún expediente mayor a un año.

131. Así mismo, como lo señala el Manual de Operaciones, Capítulo 11.6.2 PROCEDIMIENTO DESGLOSADO, actividad 10: Identificación del incumplimiento (hallazgo o infracción): "(...) los informes pueden estar consignados en los sistemas tecnológicos SIRCI y/o los sistemas de la Interventoría o sus equivalentes..."; igualmente en la actividad 30: "Poner a disposición de la Empresa Operadora la Información de los hallazgos, se realizará a través de los sistemas de control del SIRCI o de los sistema de la Interventoría con el fin de generar mayor tiempo al operador para su análisis"; y la actividad 50: "Enviar el informe preliminar de incumplimiento a las Empresas operadoras, la empresa operadora deberá recibir los informes preliminares de posibles incumplimientos oficialmente comunicados." Este procedimiento es claro al indicar que los hallazgos pueden ser analizados por el operador TRANZIT, desde el momento de la identificación de estos.

132. Debe tenerse en cuenta que, aunque el Otrosí No. 5 se firmó el 28 de diciembre de 2011, TRANZIT comenzó su operación el 20 de octubre de 2012, con la ruta 652; es decir, si el operador no comenzó su operación no había lugar a generar posibles incumplimientos o desincentivos. Por tanto, durante este primer año de vigencia del Otrosí No.5 no hubo ningún trámite de desincentivos para el Concesionario TRANZIT.

133. En cuanto a la comunicación que TRANSMILENIO envió al Concesionario tasando desincentivos pendientes y que son objeto de cuestionamiento de la demanda, la misma correspondió al agotamiento de un procedimiento contractual que agrupó los desincentivos impuestos durante una vigencia y determinó el valor líquido de los mismos como objetados luego de aplicar las reglas previstas en el Contrato de Concesión, es decir, excluyendo los desincentivos que superaban el límite del 10% de los ingresos percibidos por el Concesionario durante el mes en que se causaron los mismos.

134. TRANSMILENIO envió al concesionario TRANZIT la comunicación denominada cierre administrativo y contractual que liquidó los desincentivos objetados para las vigencias 2015 (\$16.370.325.000) y 2016 (\$12.471.230.966), con sujeción al límite del 10% y con la advertencia de que los mismos no serían

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

descontados hasta que se resuelvan las diferencias en sede de mecanismos de solución de conflictos.

Aplicación de los manuales de operación

135. No es cierto que TRANSMILENIO haya confundido la aplicación de los manuales de operación. Las conductas impuestas por la Dirección Técnica de BRT correspondieron a las previstas en el Manual de Operaciones vigente para el período correspondiente y el procedimiento que se surtió fue el previsto en las cláusulas 121 y 131 del Contrato de Concesión.

Valor tiquete

136. La Tarifa al Usuario sí hace parte de la relación contractual de las partes, de conformidad con el numeral 1.80 de la cláusula 1, del Contrato de Concesión.

137. Es cierto que no existe una definición de “tiquete.” No obstante, se debe precisar que la entidad se pronunció sobre esta definición, mediante oficio del 5 de febrero de 2013, radicado 2013EE1210.

138. El Concesionario pretende dar un entendimiento diferente a la palabra “tiquete” y a sus implicaciones en el Contrato, sin que ello corresponda a la realidad de lo pactado de conformidad con el Otrosí No. 5.

139. TRANSMILENIO no ha señalado que la aplicación de desincentivos se realice bajo la definición de tarifa al usuario que trae el Contrato de Concesión, sino bajo la unidad de medida prevista en los Manuales de Operaciones, la cual está fijada en “tiquetes” para el componente zonal. El término tiquete no se encuentra definido en los Contratos de Concesión de Operación, toda vez que el mismo es una unidad de medida que nació de manera unilateral y reglamentaria en los manuales de operaciones para la prestación del servicio público de transporte y cuyo valor monetario es variable pues el mismo se actualiza en el tiempo, de conformidad con las tarifas que para el transporte público masivo prevé la normatividad distrital.

El tope del 10%

140. Las mesas de trabajo, concertaciones y la firma del Otrosí N° 5 por el Concesionario, dan cuenta de que sus afirmaciones no corresponden a la realidad. Nadie firma lo que no “negocia” y “estudia”, menos aún un concesionario avezado en su actividad y con los asesores que ha tenido desde el proceso de la Licitación 004 de 2009.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

141. Olvida el Concesionario que el pronunciamiento emitido en el Concepto No. 2013EE8609, obedeció a una de las solicitudes de los concesionarios de operación. El concepto en mención analizó la procedencia de la aplicación de los desincentivos operativos y concluyó que en aplicación del principio de proporcionalidad era menester tener un tope para evitar un desequilibrio a los concesionarios, razón por la cual aceptó que el tope aplicable a las multas contractuales se aplicara por analogía a los desincentivos operativos, lo cual resultó beneficioso para ellos.

142. El Concesionario y el concedente suscribieron el 28 de diciembre de 2011 el Otrosí No. 5 al Contrato de Concesión No. 11 de 2010 en el cual se regularon, entre otras cosas, lo relacionado con el tope del diez por ciento para la imposición de desincentivos operativos, por lo que mal podría haberse requerido la modificación unilateral del Contrato. Simplemente el Concesionario demandante pretende desconocer lo que firmó y lo obliga contractualmente.

143. El momento en el cual TRANSMILENIO ha aplicado el límite del 10% es el que ha aplicado a todas las concesiones del sistema, esto es, al momento en que se remunera a los concesionarios. Dicha situación no implica, como erróneamente lo entiende la parte convocante, que TRANSMILENIO aplique el límite sobre los ingresos totales del Concesionario del mes en que se lleve a cabo el pago por compensación, Por el contrario, los ingresos que se tienen en cuenta para aplicar dicha figura son los percibidos en el mes en que se causaron los desincentivos, para guardar la debida correspondencia entre éstos.

144. En ninguno de los documentos de la Licitación TMSA-LP-004 de 2009, ni en el Contrato N° 011 de 2010, la entidad concedente ofreció, y mucho menos aseguró, una rentabilidad sobre la inversión esperada de mínimo el diez por ciento (10%) mensual, razón por la que resulta curioso que se pretenda equiparar con el porcentaje fijado por las partes en el Otrosí No. 5 respecto a desincentivos, como el hecho que lleve a los concesionarios a una “operación no rentable” (sic).

145. La Subgerencia Económica, teniendo en cuenta los ingresos percibidos en el período y el límite previsto en la cláusula 121 de los Contratos de Concesión, aplica el descuento o compensación de los desincentivos. De tal manera que las conductas originadas en un periodo determinado se confrontan con la relación de ingresos del mismo periodo.

Violación al debido proceso y carga de la prueba

146. Por medio de la Interventoría, las pruebas, que evidencian las infracciones cometidas por el Concesionario TRANZIT, son cargadas en las Herramientas

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Tecnológicas GESTSAE o VIHANET, a través de la cual se notifica a TRANZIT los hallazgos y/o posibles desincentivos que ha documentado el personal de la Interventoría.

147. El procedimiento establecido en el Contrato de Concesión facilita el ejercicio del debido proceso y la defensa y contradicción del concesionario TRANZIT, pues la expedición del informe preliminar parte de la ocurrencia de unos hechos puntuales y un material probatorio aportado, el cual es observado por el Concesionario TRANZIT, documento frente al cual TRANSMILENIO, realiza la evaluación y análisis de las observaciones y/o evidencia aportada por el Concesionario para subsanar el hallazgo. Con fundamento en dicha evaluación se expide el Informe Detallado.

La ilegalidad en el Anexo III – Manual de Niveles de Servicio

148. No es cierto que los indicadores puedan ser ajustados por las partes, pues de conformidad con el citado manual, los valores de referencia podrán ser ajustados por el Ente Gestor de acuerdo con la evolución de la operación del Sistema.

149. No es cierto que la ocurrencia de eventos por fuera de los permitidos en la categoría de gestión de seguridad no genere afectaciones al sistema. La seguridad es uno de los principios rectores del transporte, como se encuentra establecido en el Estatuto Nacional de Transporte (Ley 336 de 1996).

150. Si bien es cierto que existen factores característicos de la ciudad de Bogotá, como la congestión vehicular y otros, es necesario tener en cuenta que contractualmente el Concesionario tiene la obligación de realizar las programaciones de las rutas y éstas deben reflejar las condiciones reales del sistema. Es decir, si las rutas deben transitar por tramos en los cuales existen congestiones de tráfico, el concesionario TRANZIT debe programar los tiempos de recorrido acordes con estos niveles y establecer las holguras necesarias para que a pesar de las congestiones los buses tengan los tiempos apropiados para lograr cumplir los programas previamente establecidos por el mismo Concesionario.

151. El cumplimiento de la categoría de mantenimiento impacta el sistema y afecta gravemente la prestación del servicio, de ahí que se hayan incluido en el Contrato.

152. El no cumplimiento del indicador afecta la calidad de la prestación del servicio, tal como lo indican la Constitución Política de Colombia, la Ley 336 de 1996, la Ley 105 de 1993, la Ley 99 de 1993, la Ley 1333 de 2006 y el amplio marco normativo que regula los niveles de emisión de las fuentes móviles.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

TRANSMILENIO funda sus pretensiones con base en los hechos que a continuación se resumen:

Hechos de la demanda de reconvencción reformada

1. En el numeral 1.55 del Contrato de Concesión se incluyó la definición de niveles de servicio de la operación de transporte así: “Objetivos que debe alcanzar el CONCESIONARIO para planificar, controlar y medir el desempeño del servicio. Los niveles de servicio estarán especificados en el Manual de Niveles de Servicio.”
2. En el Contrato de Concesión se pactó originalmente el procedimiento para imposición y liquidación de multas en la cláusula 131; esta y la cláusula 121 del mismo instrumento, fueron modificadas por las partes mediante el Otrosí No. 5, del 28 de diciembre de 2011.
3. En relación con la cláusula 121, la modificación consistió en regular en la cláusula 121.1. relativa a las multas contractuales susceptibles de imponerse. En la cláusula 121.2. se regularon los desincentivos operativos susceptibles de imponerse.
4. En cuanto al procedimiento para la imposición y liquidación de multas se establece en la cláusula 131 del Contrato de Concesión que se sujetará al procedimiento previsto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, o en la norma que la sustituya o modifique. Mientras que la cláusula 131.2 señala en procedimiento para la imposición y liquidación de desincentivos operativos.
5. Entre febrero de 2013 y diciembre de 2016, se han impuesto a TRANZIT desincentivos refutados por éste y, por lo mismo, no pagados, que ascienden a diciembre de 2016, en el caso del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, a la suma de veintiocho mil cuarenta millones ciento setenta y dos mil setecientos cincuenta y un pesos m/cte (\$28.040.172.751), respecto de los cuales se han causado intereses de mora que ascienden a la suma de diez mil ochocientos noventa y dos millones cincuenta y cinco mil seiscientos veinte pesos m/cte (\$10.892.055.620), para un total de desincentivos e intereses de mora causados y no pagados, hasta la fecha indicada (febrero de 2013 a diciembre de 2016), de treinta y ocho mil novecientos treinta y dos millones doscientos veintiocho trescientos setenta y un pesos m/cte (\$38.932.228.371), valores que son objeto de reclamación en este proceso.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Antecedentes relacionados con hitos contractuales

6. La etapa operativa comienza con la orden de inicio de operación, que como ya se ha indicado para TRANZIT se produjo con la emisión del memorando 2012EE8884 del 19 de octubre de 2012.

7. Mediante el Otrosí No. 7 de enero de 2014 al Contrato Concesión se modificó la etapa operativa, dividiéndola en dos fases. La primera denominada “puesta en marcha” y la segunda “etapa de reversión.”

8. De acuerdo con el párrafo de la cláusula 13 la fase puesta en marcha se extenderá hasta “tanto se termine el cronograma de implementación definido de común acuerdo entre el Ente Gestor y los concesionarios en 16 meses en el caso de la operación zonal y 18 meses en el caso de la operación troncal” tiempos que ya se cumplieron.

De la etapa de implementación

9. Una de las obligaciones de los concesionarios en la etapa operativa (cláusula 12) era presentar el Plan de Implementación.

10. De acuerdo con la Cláusula 22 del Contrato de Concesión “Obligaciones del concesionario respecto a la implementación del proyecto”, el Concesionario debía entregar a TRANSMILENIO un plan de trabajo con las actividades indispensables para la implementación de la operación, entre las cuales estaban: cronograma, actividades relacionadas con la ingeniería de detalle de las rutas asignadas a cada concesionario y terminales zonales.

11. En la matriz de riesgos del Contrato se identificó como riesgo la implementación, asignándose tanto a TRANSMILENIO como al Concesionario, dado que la demora en la implementación podría provenir de ambas partes.

12. El Plan de Implementación es uno solo, el presentado por TRANSMILENIO en el Anexo No. 2, y los ajustes o correcciones presentados por los Concesionarios fueron respecto del mismo. A fecha TRANZIT se encuentra en un incumplimiento del mencionado Plan, ya que la fecha límite para su entrega era agosto de 2014.

De la etapa actual del Contrato de Concesión y sus consecuencias

13. Teniendo en cuenta la ejecución del Concesionario y lo establecido contractualmente, el Contrato de Concesión se encuentra en la etapa operativa, en

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

la segunda fase “operativa propiamente dicha” conforme lo establecido en la cláusula 13 del citado contrato.

14. Como consecuencia de ello, el concesionario no ha cumplido con su obligación contractual de cumplir con el Anexo 2 Plan de Implementación, en la medida que no lo ha ejecutado dentro de las fechas contractualmente previstas.

15. Conforme con el párrafo 2 de la cláusula 64 del Contrato de Concesión, TRANSMILENIO debió liquidar y cobrar al concesionario el factor de calidad al terminarse la fase “puesta en marcha.”

16. Por lo tanto, y en virtud de lo previsto contractualmente, el concesionario TRANZIT debe a TRANSMILENIO la suma de \$8.454.877.441, por concepto de factor de calidad desde agosto de 2014, a la fecha de la liquidación adjuntada como prueba de la reconvención.

Sobre la integración del sistema

17. La integración del sistema corresponde a un hito cualquiera—de las modalidades de integración descritas tanto el numeral “2.4. Sistema de Integración” del Anexo Técnico, como el numeral “5.2. Operación del SITP”, en cumplimiento del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, donde se establece exactamente lo mismo: “El Sistema comprende las acciones para la articulación de los distintos modos de transporte en la ciudad. Esta integración se realiza a través de cualquiera o varias de las siguientes modalidades.”

18. TRANSMILENIO mediante radicado 2015EE26459 de fecha 28 de diciembre de 2015, le informó al concesionario TRANZIT sobre la integración del Sistema, así:

“(…) El 22 de diciembre de 2015 se realizó la reversión de los contratos de Recaudo de fase I y II, en consecuencia, desde esa fecha, existe un solo recaudador en los subsistemas zonal (sic) cumpliéndose la integración operacional y tarifaria en el SITP, con todos sus componentes, en todos sus subsistemas y con la tecnología que permite cumplir con los objetivos de conectividad y accesibilidad.

En consecuencia y como Agente del Sistema, en su calidad de concesionario de operación zonal, nos permitimos comunicarle que desde esa fecha la plataforma de integración del sistema es única y en consecuencia, la integración total asociada a su contrato de concesión se ha cumplido.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

19. Conforme a lo anterior, el hito denominado “integración del sistema” se dio el veintidós (22) de diciembre de 2015.

20. A la fecha, TRANZIT no ha cumplido con su obligación de adquirir o incorporar la totalidad de vehículos asociados a las proformas B6 que presentó en el marco de la licitación pública, teniendo pendiente por vincular doscientos ochenta y seis (286) vehículos.

21. El Concesionario incumplió con su obligación contractual de desintegrar la flota usada no disponible para la operación en los términos del Contrato de Concesión. TRANZIT, a la fecha de presentación de la reconvención reformada, tiene pendiente por chatarrizar doscientos setenta y ocho (278) vehículos.

Hechos relacionados con la nulidad de párrafo 1 de la cláusula 119-1 del Contrato de Concesión

22. La cláusula 119 del Contrato de Concesión No. 011 de 2010 previó el restablecimiento de la ecuación contractual por situaciones que pudieran presentarse dentro de la ejecución contractual.

23. El párrafo 1° de la cláusula en mención señala que en el caso de que el Distrito construya nueva infraestructura para la operación troncal del sistema, los concesionarios de operación zonal tendrán la obligación de presentar una oferta a TRANSMILENIO para participar y, a su turno, que “Esta oferta configura un derecho de preferencia para participar en dicha operación troncal.”

24. A criterio de la entidad, el derecho de preferencia a que se refiere el citado párrafo viola los principios de selección objetiva y libre concurrencia en materia de contratación estatal, pues con la misma se está creando un espacio en el que se daría prelación para concesionarios adjudicatarios en futuros procesos de selección que convoque y realice la entidad, lo cual es a todas luces ilegal.

PRONUNCIAMIENTO DE TRANZIT SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

1. El régimen de niveles de servicio es completamente diferente al de los desincentivos pretendidos y, por lo tanto, improcedente.

2. La suscripción del Otrosí No. 5 no ocurrió en un contexto que le permitiera a TRANZIT “definir” o “precisar” el alcance de lo dispuesto en tal documento contractual. Por el contrario, sin haber cruzado con TRANZIT ninguna información,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

de manera sorpresiva, el 28 de diciembre TRANSMILENIO citó a todos los concesionarios con el fin de firmar el Otrosí No. 5.

3. El procedimiento para la imposición de desincentivos está establecido en la cláusula 131.2 modificada por el Otrosí No. 5 de 2011 en los términos citados en hechos anteriores.

4. No es cierta la causación de desincentivos que refiere TRANSMILENIO, no se puede afirmar que se han causado sino cuando se hayan resuelto sobre las objeciones presentadas por TRANZIT, a través del mecanismo de solución de controversias contractuales, asumiendo en gracia de discusión que se hubiera agotado el procedimiento conforme a derecho, lo cual no ocurrió.

5. Incluso si se hiciera uso de la interpretación y herramientas de cálculo que pretende usar TRANSMILENIO, las sumas presentadas en este hecho y en las pretensiones, no coinciden con los cálculos efectuados por TRANZIT.

Antecedentes relacionados con hitos contractuales

De la etapa de implementación

6. TRANZIT cumplió oportunamente con la obligación contenida en las cláusulas 12 y 22 del Contrato de Concesión relacionadas con la presentación del Plan de Trabajo para la Implementación de la Operación.

7. La matriz de riesgos asignó el riesgo de implementación 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.”

8. Si bien la Matriz de Riesgos estableció que el riesgo de implementación sería asumido por el 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”, tanto el Decreto 309 de 2009 como el Contrato de Concesión y los documentos que hacen parte del mismo establecen de manera clara que la implementación del SITP implica obligaciones tanto para el Concesionario como para TRANSMILENIO.

9. Es cierto que TRANZIT recibió la comunicación 2014EE7433; sin embargo, no es cierto el contenido de esta. La totalidad de las rutas que, según TRANSMILENIO, el Concesionario no implementó, corresponden a las rutas compartidas con los concesionarios fallidos COOBÚS y EGOBÚS. Recordemos

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

que TRANZIT comparte con COOBÚS las rutas 614 -950-P28-237-P64-501-E42-P81-743 mientras que con EGOBÚS comparte las rutas 319-34-31-205-625-848-594-633, para un total de diecisiete (17) rutas.

10. De hecho, para TRANZIT representa un esfuerzo adicional operar de manera independiente las rutas 319, 614, 34 y 950, compartidas con los concesionarios COOBÚS y EGOBÚS. Lo anterior con el fin de garantizar la mejor prestación del servicio en las condiciones existentes.

11. No es cierto que la falta de implementación sea imputable a TRANZIT. El Sistema no se encuentra implementado por razones atribuibles a TRANSMILENIO. TRANZIT cumplió con su obligación contenida en las cláusulas 12 y 22 del Contrato y ha sido el Ente Gestor quien ha imposibilitado la implementación del sistema.

De la etapa actual del Contrato de Concesión y sus consecuencias

12. No es cierto que el contrato esté en la fase “operativa propiamente dicha”, a la fecha el mismo se encuentra aún en la sub-etapa de “puesta en marcha” pues tal y como lo establece la cláusula 13 modificada por el Otrosí No. 7, esta etapa se “prolongará hasta tanto se termine el cronograma de implementación definido de común acuerdo entre el Ente Gestos y los concesionarios (...)”, lo cual a la fecha no la ocurrirá.

13. No es cierto que TRANZIT no haya cumplido con el Plan de Implementación en las “fechas contractualmente previstas” toda vez que como se mencionó en hechos anteriores, la única modificación al Plan de Implementación que se realizó por un acuerdo entre las partes fue la prevista en el Otrosí No. 7 al Contrato, de manera que no hubo “fechas contractualmente previstas” pues estas fueron impuestas unilateralmente por TRANSMILENIO salvo por el Otrosí mencionado.

14. Como TRANZIT mencionó a lo largo de su demanda inicial reformada, todavía existen múltiples factores con los que es posible concluir que todavía se está en la fase de “puesta en marcha”, razón por la cual TRANSMILENIO no adeuda suma alguna por este concepto.

Sobre la integración del Sistema

15. Si bien es cierto que TRANSMILENIO envió una comunicación en la que refería la “integración del sistema”, no es cierto que lo mismo haya ocurrido; de hecho, TRANZIT radicó ante TRANSMILENIO comunicación con número A39067 manifestando las razones por las cuales no existe una integración total, haciendo

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

especial énfasis en la ausencia de operación por parte de COOBUS y EGOBUS y la existencia indefinida del SITP Provisional.

Hechos relacionados con la nulidad de párrafo 1 de la cláusula 119-1 del Contrato de Concesión

16. Con respecto a la Cláusula 119-1 del Contrato de Concesión, es del caso mencionar que TRANSMILENIO predispuso las condiciones contractuales del Contrato de Concesión y por tanto redactó el PARÁGRAFO 1 anotado.

17. El derecho de preferencia de los operadores zonales en la participación de la operación troncal de la nueva infraestructura del SITP, per se no viola la selección objetiva que en todo caso TRANSMILENIO debe cumplir en el evento de que dicha situación se presente. Así, TRANSMILENIO deberá solicitar y evaluar los mismos factores de escogencia y calificación al oferente zonal del SITP que le exigiría al eventual proponente de la nueva infraestructura del SITP de manera tal que no se viole con el principio de selección objetiva.

18. Además, la posibilidad de hacer oferta para la operación de la eventual infraestructura del SITP no es una promesa de contratación por parte de la entidad, sino simplemente una posibilidad de acordar preferentemente con TRANSMILENIO los eventuales términos de la operación troncal del SITP para los operadores zonales. Lo anterior adicionalmente es una fórmula válida que le permitiría reestablecer la eventual ruptura del equilibrio contractual con la entrada de nueva infraestructura del SITP a los operadores zonales.

III. PRESUPUESTOS PROCESALES

Al ser claro que el Tribunal abordó la decisión sobre su propia competencia para dirimir el asunto planteado en este proceso en la forma como aparece resuelto en la primera audiencia de trámite y analizada la capacidad de las partes convocante y convocada para comparecer en el mismo, el Tribunal encuentra reunidos los presupuestos procesales y no observa causal de nulidad alguna capaz de invalidar lo actuado.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

MARCO TEÓRICO DE LA CONTROVERSIA

Esta controversia se origina en la celebración y ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, celebrado entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. (en adelante TRANSMILENIO) y la sociedad TRANSPORTE ZONAL

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

INTEGRADO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN – TRANZIT S.A.S. (en adelante, TRANZIT), cuyo objeto es:

“Otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del **Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP**, al **CONCESIONARIO**, en la Zona, 13) USME 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 en esquema SITP: 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLÍVAR Y 13) USME, que hacen parte de las trece (13) zonas en las que se ha dividido la ciudad de Bogotá.

“El alcance del Contrato de Concesión incluye el aporte de lotes de vehículos para las zonas del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP y su operación, conforme al esquema de gradualidad que se prevé en el Contrato.”

Las pretensiones de la demanda cubren múltiples aspectos de la ejecución del contrato, incluyendo la nulidad o ineficacia de algunas de las cláusulas del contrato, alegados incumplimientos contractuales, materialización de riesgos que fueron objeto de distribución entre las partes, rompimiento del equilibrio económico del contrato, indebida aplicación de desincentivos contractuales y reclamaciones tarifarias, entre otros muchos temas. Las ciento treinta y siete (137) pretensiones de la demanda, en gran medida, se refieren a temas comunes de la operación del SITP en el marco del Contrato N° 011 de 2010, que se piden a distintos títulos, unas veces mediante la pretendía nulidad o ineficacia de una cláusula, otras a título de incumplimiento por parte de TRANSMILENIO, otras más a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, a través de reclamaciones sobre la tarifa y otros que serán considerados y decididos en el curso de esta providencia.

Esta estructura de la demanda ha obligado al Tribunal a hacer un análisis integral de las peticiones de la convocante, a identificar causas que se enmarcan en reclamaciones esgrimidas de distinto modo, pero con un mismo origen y a señalar algunos temas jurídicos transversales que serán objeto de análisis, ponderación y aplicación a diversos aspectos de la controversia.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S:**

Vs.

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

Por tal motivo, estas consideraciones iniciarán por hacer unas reflexiones sobre algunos aspectos jurídicos que resultan pertinentes para la resolución de múltiples pretensiones y que, para no incurrir en innecesarias repeticiones, pretenden establecer unos lineamientos jurídicos generales que luego se aplicarán a cada pretensión, o grupo de pretensiones, en concreto. Para ello, se hará referencia a la nulidad e ineficacia de cláusulas contractuales, a la asignación de riesgos en la contratación estatal y al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

NULIDAD E INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS DE UN CONTRATO ESTATAL

En la medida en que la Parte Convocante pretende la nulidad o ineficacia de diversas estipulaciones, este Tribunal procederá a describir las nociones en cuestión para posteriormente analizar su configuración en cada caso específico.

La nulidad es una sanción que se le aplica al negocio jurídico cuando se han omitido los requisitos que la ley considera necesarios para la validez de los actos o de los contratos. Más específicamente, la sanción de la nulidad se configura cuando hay un defecto en las condiciones de validez del contrato, o en la licitud de la causa y del objeto. Frente a este punto, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

“[n]ulidad, en sentido genérico en la sanción expresa, implícita o virtual que la ley establece cuando se han violado u omitido las formas por ella prefijadas para la realización de un acto jurídico, al que se priva reproducir sus efectos morales.”¹

En el mismo sentido, la Corte Constitucional señaló que

“[l]a nulidad, en cualquiera de sus variantes, es una sanción aplicable al negocio jurídico cuando se configura un defecto en las denominadas condiciones de validez, por ejemplo, la capacidad de los sujetos, el consentimiento exento de vicios (error, fuerza y dolo) o la licitud de la causa y del objeto”²

Ahora bien, la nulidad puede ser absoluta o relativa. Como ha dicho la Corte Constitucional, la nulidad absoluta está encaminada a proteger el interés público o general de la sociedad y a castigar lo ilícito, es decir, aquello que resulte contrario

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (22 de septiembre de 2017) Sentencia No. T-470012213000201700153-01.

² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-345 (24 de mayo de 2017). Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

a la ley, a las buenas costumbres y al orden público ³. Por otro lado, la Corte Constitucional ha considerado que en los casos de nulidad relativa se afecta la esfera personal, difícilmente afectando la esfera de lo público. ⁴

Pues bien, teniendo en cuenta que la Parte Convocante pretende la nulidad absoluta, o en su defecto la ineficacia de las estipulaciones señaladas, procederemos a definir la nulidad absoluta, para posteriormente analizar la ineficacia.

Las causales previstas para la configuración de la nulidad absoluta en materia de contratación estatal son aquellas señaladas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 junto con aquellas previstas en el derecho común. Distinto es el caso de las causales de nulidad en el derecho común, en donde solo se tendrán como causales las previstas allí, y no las señaladas en la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, el régimen de nulidades de los contratos estatales se rige principalmente por lo dispuesto en el derecho civil, junto con las especificidades introducidas por la Ley 80 de 1993. Teniendo en cuenta que TRANSMILENIO es una entidad del Estado, según lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, y que por tanto debe respetar y acatar lo dispuesto en las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades del Estado, el análisis frente a la nulidad invocada por el Convocante se realizará teniendo en cuenta lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación Pública y el régimen de derecho común.

En efecto, la Ley 80 de 1993, señala en su artículo 44 que los contratos estatales son absolutamente nulos por las causas previstas en el derecho común, y además cuando ocurra una de las siguientes causas:

- “1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
- 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;
- 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;
- 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-597 (2 de octubre de 1998). Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-345 (24 de mayo de 2017). Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.”

Junto con las anteriores, las causales de nulidad absoluta previstas en el derecho común, y más específicamente en los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, son las siguientes: (i) objeto ilícito, (ii) causa ilícita, (iii) Falta de plenitud de la forma solemne, (iv) incapacidad absoluta.

Pues bien, el Código Civil dispone en su artículo 1741 que habrá nulidad absoluta cuando haya objeto o causa ilícita, cuando se omita algún requisito o formalidad que las leyes fijan para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza, y cuando se hayan celebrado actos o contratos por personas absolutamente incapaces. También señala que cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato. ⁵

Por su parte, el Código de Comercio señala en su artículo 899 que será absolutamente nulo el negocio jurídico cuando contraríe una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa, cuando tenga causa u objeto ilícito, y cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz. ⁶

De manera breve, procederemos a definir cada causal de nulidad prevista en el derecho común. En primer lugar, se ha señalado que habrá objeto ilícito en todo lo que contravenga al derecho público, es decir, a la ley, las buenas costumbres y el orden público. Por otro lado, habrá causa ilícita cuando se obre contra expresa prohibición legal, o de manera contraria a las buenas costumbres o al orden público. En tercer lugar, la falta de plenitud de la forma solemne se configura ante la inapropiada realización de la solemnidad exigida para la celebración del contrato. Por otra parte, la incapacidad absoluta como causal de nulidad absoluta se configura ante la ausencia de voluntad. ⁷

⁵ La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

⁶ Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

- 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
- 2) Cuando tenga {causa u objetos ilícitos}, y
- 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (27 de noviembre de 2017). Sentencia No. 2011-481-01. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Sea lo primero establecer que la Parte Convocada alega una nulidad absoluta, sin invocar la causal específica que considera configurada para las pretensiones sexagésima segunda y sexagésima sexta. Lo que sí señala la parte actora es que considera que las estipulaciones en cuestión son violatorias de otras normas. En este sentido, y teniendo en cuenta lo alegado por la Parte convocante a lo largo del proceso arbitral, en parecer del Tribunal, la Convocante está invocando la nulidad absoluta de las estipulaciones señaladas, por haberse celebrado en contra de expresa prohibición constitucional o legal (numeral 2º, artículo 44 de la Ley 80 de 1993), o por haberse configurado un objeto ilícito (artículo 1741 del Código Civil). En este sentido, procederemos a definir el desarrollo jurisprudencial de ambas causales.

Con respecto a la celebración de contratos contra expresa prohibición constitucional o legal, el Consejo de Estado ha establecido que la nulidad de un contrato estatal requiere la celebración del contrato (i) contra expresa prohibición constitucional o (ii) contra expresa prohibición legal.

En un caso en el que se pretendía la nulidad de un contrato estatal por ser contrario a un acuerdo municipal, que es un acto administrativo, al igual que un decreto o resolución, el Consejo de Estado manifestó lo siguiente:

“la segunda causal de nulidad de los contratos estatales consiste en que estos se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal, lo que significa que el negocio jurídico debe estar [prohibido] bien por una norma constitucional – cuyo alcance y contenido es bastante preciso--, o por una norma con fuerza de ley.

En el último caso, es necesario que la norma que prohíba el negocio jurídico sea una ley en sentido formal o en sentido material, entendiendo por esta última acepción aquellas normas que, según la Constitución Política, tienen “fuerza de ley”, es decir, las que se relacionaron párrafos atrás. Cualquier otra norma del ordenamiento jurídico carece de fuerza de ley, luego su violación no genera el vicio de nulidad del contrato.”⁸ (Subraya del Tribunal).

Ahora bien, frente al objeto ilícito, el Consejo de Estado ha establecido que un contrato estatal será nulo por objeto ilícito cuando haya una violación (i) a un mandato imperativo o (ii) a una prohibición legal. Como sustento de lo anterior, el Consejo de Estado se refiere a los artículos 6 y 1519 del Código de Comercio, según los cuales “*en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa*

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera (16 de agosto de 2006). Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia No. 31480.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa” y “hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación.”

Sobre este punto, el Consejo de Estado ha señalado que para invocar la nulidad absoluta por objeto ilícito es suficiente que se contravenga una norma que expresamente mande o prohíba, y que no se requiere que una norma diga expresa y sacramentalmente que el acto que contraviene “es nulo.” Para sustentar lo anterior, el Consejo de Estado señaló que,

“las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe, así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito.

Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que sólo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda, pero no manda porque puede ser inobservada sin ninguna consecuencia.

Aquel recto, natural y obvio entendimiento ya fue expuesto por la Corte Suprema de Justicia ⁹ al poner de presente que el orden público puede ser positivo o negativo, dependiendo de “si prescribe cómo y qué debe hacerse” o si se vierte “en restricciones, limitaciones o prohibiciones”, y que su transgresión acarrea la nulidad absoluta del acto.” ¹⁰

Por consiguiente, toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley configura una nulidad absoluta por objeto ilícito, si dicho mandato o disposición legal no consagra una sanción diferente. ¹¹

El efecto de la declaratoria de nulidad absoluta es que el estado de la situación volverá al que tenía inicialmente. Es importante señalar que la nulidad produce efectos entre las partes.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (30 de agosto de 2011). Sentencia No. 11001-3103-012-19999-01957-01.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C, (20 de octubre de 2014). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia No. 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24809).

¹¹ *Ibíd.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

El Consejo de Estado ha señalado que la ineficacia de pleno derecho es una sanción, impuesta por el ordenamiento jurídico, a las cláusulas que contravienen las normas imperativas, las buenas costumbres o el orden público, consistente en que las disposiciones en cuestión no produzcan los efectos inmediatos ni finales que estaban llamadas a producir, de manera que se eliminan de la realidad jurídica como si nunca se hubieran realizado.¹² En este sentido, el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

“La ineficacia de pleno derecho o la fórmula "pro non scripta" es la sanción que impone el ordenamiento jurídico a las cláusulas o pactos que contravienen las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, consistente en que éstas no produzcan los efectos inmediatos ni los efectos finales que estaban llamados a producir eliminándolos automáticamente de la realidad jurídica como si éstos nunca se hubieran realizado.

Con otras palabras, la ineficacia de pleno derecho es la "calificación jurídica de contenido negativo" que se realiza frente a ciertas cláusulas o pactos que contravienen normas imperativas, de orden público o las buenas costumbres, eliminándolas ipso iure de la realidad jurídica en los casos que la ley previó expresamente dicha consecuencia.”¹³

Es importante señalar que la ineficacia de pleno derecho opera de manera automática en los casos previstos por la Ley, sin necesidad de haber sido declarada judicialmente. De esta manera, se elimina de la realidad jurídica la cláusula o pacto que contraviene el ordenamiento jurídico, conservando aún el negocio jurídico.¹⁴

La ineficacia de pleno derecho opera bajo los presupuestos del artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993, la cual establece lo siguiente:

“5o. En los pliegos de condiciones:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (1 de abril de 2016). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹³ Ibídem.

¹⁴ Ibídem.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

- c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.
- d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.
- e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.
- f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.”

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ¹⁵ ha señalado que el juez del contrato podrá exponer a un control riguroso el contenido de las disposiciones contractuales, por vía de la cláusula general de buena fe o bajo la óptica del principio de igualdad o de objetividad, en aras de corregir o ajustar el contenido de la cláusula en cuestión, de manera que se preserve la eficacia vinculante de esta.

En particular, para efectos del caso en cuestión, interesa al Tribunal destacar lo dispuesto en los literales d) y e) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y la consecuencia prevista en el inciso final de la misma norma. En efecto, el literal d) dispone que en los pliegos de condiciones “*no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren*”; a su vez, el literal e) dispone que en los pliegos de condiciones se deben definir reglas “*que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad*”, y que la transgresión de dichas disposiciones implica la configuración de una ineficacia de pleno derecho.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (21 de mayo de 2008). Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Expediente: 15963.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

A juicio del Tribunal, cuando el literal d) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 establece que en los pliegos de condiciones no se podrán incluir *“exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes o documentos que se suministren”*, a lo que se refiere es a que la Entidad no podrá eximirse de su responsabilidad por la información suministrada en el pliego de condiciones, información que estuvo bajo su cargo suministrar de manera adecuada.

Por otro lado, cuando el literal e) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 establece que en los pliegos de condiciones no pueden establecerse reglas que produzcan *“ofrecimientos de extensión ilimitada”*, a lo que se refiere es a que el Contratista no se puede obligar a realizar actividades que sean de imposible cumplimiento, en desarrollo del principio de transparencia del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

En el mismo sentido, el Tribunal de Arbitramento de SOMOS K contra TRANSMILENIO, señaló en el laudo arbitral proferido el 21 de diciembre de 2016 que cuando la norma hace referencia a que en los pliegos de condiciones no se pueden establecer reglas que produzcan ofrecimientos de extensión ilimitada, se refiere a que el contrato estatal debe estar estructurado de manera que el proponente tenga plena certeza del contenido y de los límites de la prestación que habrá de ejecutar, so pena de que dichas cláusulas sean ineficaces de pleno derecho, y por lo mismo inoponibles dentro de la relación contractual. En esta oportunidad, el Tribunal de Arbitramento señaló lo siguiente:

“En ese sentido, cuando la norma hace referencia a que los pliegos de condiciones no pueden establecer reglas que produzcan *“ofrecimientos de extensión ilimitada”*, a juicio del Tribunal, quiere decir que el contrato estatal debe estar estructurado de tal manera que el proponente -luego contratista- tenga plena certeza del contenido y límites precisos de la prestación que se compromete a ejecutar, pues de otra manera, esto es, cuando se incluyen cláusulas cuyo efecto obligacional es desconocido e incierto hasta tal punto que puede obligar al contratista a ejecutar prestaciones contractuales por fuera de cualquier cálculo normal, la consecuencia será que las mismas serán ineficaces de pleno derecho y, por lo mismo, no serán oponibles dentro de la relación contractual.”

En el mismo sentido, cuando la norma antes citada señala que las entidades no podrán definir reglas que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad en los pliegos de condiciones, se refiere, precisamente, a la prohibición de las cláusulas del contrato estatal dispongan términos y condiciones que se traduzcan en que la ejecución del contrato quede supeditada a la simple voluntad de la entidad contratante, o al simple querer, meramente potestativo, de la entidad estatal, de modo tal que la ejecución del contrato no constituya una obligación de la entidad

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

contratante, sino que se encuentre sujeta a su simple querer subjetivo . Sobre este punto también se pronunció el Tribunal de Arbitramento de SOMOS K contra TRANSMILENIO, en el laudo arbitral proferido el 21 de diciembre de 2016, de la siguiente manera:

“A su vez, respecto de la expresión de la norma transcrita en cuanto los pliegos de condiciones no pueden establecer reglas que produzcan “ofrecimientos...que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad”, a juicio del Tribunal, implica que la ejecución del contrato no puede depender de la mera voluntad de la entidad estatal, esto es, que la posibilidad de dar cumplimiento a los términos pactados no puede estar supeditada a que la entidad estatal contratante decida que el contrato se puede ejecutar. Al respecto, debe precisarse que no se trata simplemente de una condición puramente potestativa en los términos del artículo 1535 del Código Civil, sino que se trata de una situación más grave en el sentido de que la totalidad de la ejecución de una parte o la totalidad del contrato depende de una decisión que le corresponde a la entidad estatal.”

LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

El marco normativo que rige los riesgos previsibles involucrados en la contratación estatal en Colombia está conformado, principalmente, por la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, el Decreto Reglamentario 423 de 2001, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008. Adicionalmente, tanto la jurisprudencia, como la doctrina colombiana, se han encargado de pronunciarse frente a este tema, como se verá a continuación.

De manera general, los riesgos de un proyecto son los distintos factores que pueden impedir el cumplimiento de los resultados y flujos inicialmente previstos. Tratándose de riesgos en proyectos de infraestructura, el documento CONPES 3107 de 2001 señaló que estos se definen como la probabilidad de *“ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos.”* Más específicamente, por riesgos involucrados en la contratación estatal se entienden todas las circunstancias que, en caso de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, podrán alterar su equilibrio financiero.¹⁶

Ahora, tratándose de un proceso de contratación estatal, la entidad contratante tiene el deber de estimar, tipificar y asignar los riesgos razonablemente previsibles

¹⁶ Artículo 88 del Decreto 2474 de 2008.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

involucrados en el ejercicio de la actividad contractual en específico. ¹⁷ La estimación, tipificación y asignación deberá constar en el pliego de condiciones definitivo. ¹⁸

Al respecto, el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008 señala:

“[I]a 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.”

En este sentido, con la asignación de riesgos se le impone un deber a las partes del contrato estatal para que obren conforme a los principios de planeación y de previsibilidad, determinando los posibles acontecimientos que puedan surgir con ocasión de la ejecución del contrato y que puedan alterar la ecuación económica del mismo, al igual que las consecuencias de la materialización de dichos acontecimientos y la asignación de las partes que lo deben asumir, bien sea total o parcialmente ¹⁹ De esta forma, la entidad estatal debe realizar un ejercicio juicioso y detallado de la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles que se puedan materializar en la ejecución del contrato, y el contratista debe complementar la información suministrada por la entidad contratante con su experticia y conocimientos sobre el objeto por contratar. ²⁰

Habiendo visto que la estimación, tipificación y asignación de riesgos contractuales es una función tanto de la entidad como del contratista, en todo proceso de selección para las partes del contrato estatal debe quedar claro cuáles riesgos se

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (8 de febrero de 2017). Radicado No. 2013-1717-01. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁰ Ibid.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

pueden presentar en la ejecución del contrato, el impacto que puedan tener en su ejecución, así como la parte, contratante o contratista, que debe asumir cada riesgo en cuestión, señalando si el riesgo es asumido totalmente por una de las partes, o parcialmente, o si el riesgo es asumido en forma compartida por las partes del contrato estatal. Con esto, lo que se busca es evitar que se presenten reclamaciones posteriores a la ejecución del contrato sobre puntos que ya fueron resueltos por las partes previamente a su celebración.²¹

Ahora bien, es importante señalar que los contratos del Estado están sujetos al principio de la previsibilidad o de las contingencias previas. Este principio es aplicable a la contratación estatal a partir de la aplicación remisoria de las disposiciones del Código Civil, más específicamente de los artículos 1498 y 1616. Por un lado, el artículo 1498 se refiere a los contratos conmutativos, y toda relación conmutativa implica acuerdos en cuanto a lo que las partes entienden por equilibrio económico del contrato, lo cual necesariamente implica un análisis en torno a las contingencias que pueden surgir del contrato. Por otro lado, el artículo 1616 del Código Civil admite la posibilidad de que los riesgos de fuerza mayor o caso fortuito puedan ser repartidos entre las partes negociantes.

Como bien ha resaltado el Consejo de Estado, en el marco del derecho público la materia de riesgos y contingencias surgió desde la óptica de su problemática e impacto fiscal por medio de la Ley 448 de 1998 y el Decreto Reglamentario 423 de 2001, en donde se señaló expresamente la necesidad de enfrentar las contingencias contractuales del Estado mediante el principio de previsibilidad, repartiendo las mismas de manera lógica y proporcional en aras de obtener un equilibrio económico entre las partes del contrato. Más específicamente, la Ley 1150 de 2007 señala en su artículo 4º que la estimación tipificación y asignación de los riesgos involucrados en la contratación estatal versará sobre riesgos previsibles, de la siguiente manera:

“[l]os pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.”

Habiendo definido que los contratos estatales se sujetan al principio de previsibilidad, el Tribunal procederá a definir cómo se ha desarrollado este principio en materia de contratación estatal. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

²¹ *Ibíd.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“El contrato del Estado por expresa disposición legal está sujeto al principio de la previsibilidad o de contingencias plenas, que tiene como postulado básico el de la estructuración previsiva del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos por las partes negociales. Resulta consecuente entonces entender que todo el proceso de planeación del contrato se materializa y cumple en cuanto a la estructuración del negocio del Estado como conmutativo, en la medida en que se respete y de cumplimiento a los postulados del principio de la previsibilidad. 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 contrato, 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 económico.

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.

La previsión se transmuta en una norma vinculante para las administraciones públicas responsables de la contratación estatal, convirtiéndose en un claro deber funcional en la materia dirigido a la protección de los intereses generales y públicos, obligando a los estructuradores de los contratos para que incorporen dentro de los mismos, la totalidad de medidas administrativas y financieras necesarias para que los riesgos previsibles no se materialicen, o de ocurrir los mismos, se mitiguen adecuadamente. Se trata de un deber sustancial y no meramente formal.”²²

En vista de lo anterior, y partiendo del hecho de que la conmutatividad del contrato del Estado se fundamenta en la base del equilibrio económico del contrato, y de la equivalencia de las prestaciones económicas existentes al momento de la celebración del contrato, que en todo caso deberá mantenerse durante su ejecución, en caso de surgir acontecimientos que rompan el equilibrio, se deberá proceder a su restablecimiento.

²² *Ibíd.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La identificación, distribución y asignación de los riesgos propios de la actividad contractual se materializa en la elaboración de la “matriz de riesgos” del contrato, de obligatoria inclusión en los contratos estatales; para este efecto, se deben seguir la metodología y los parámetros establecidos en el Decreto 2474 de 2008.

Una vez elaborada la matriz de riesgos, e incorporada al contrato, adquiere poder vinculante respecto de ambas partes, como toda estipulación contractual, y a ella deben atenerse los contratantes. Tras haber aceptado los riesgos asignados en la matriz por parte del contratista, este no podrá alegar después que no lo corresponde soportar las consecuencias de su ocurrencia.

En efecto, lo que busca la matriz de riesgos del contrato estatal es prevenir reclamaciones futuras de las partes, por la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato que ya habían sido previstas en la etapa precontractual y cuyas consecuencias negativas sobre la ejecución del objeto contractual han sido ya asignadas a una de las partes, total o parcialmente, o compartidas entre ellas.

De este modo, la simple ocurrencia del riesgo previsto en la matriz y asignado a una de las partes, que le signifique una dificultad o una mayor onerosidad en la ejecución del objeto contractual, no faculta a dicha parte para reclamar un desequilibrio económico del contrato, pues precisamente, como el riesgo le fue asignado en la respectiva matriz, ello implica que deberá soportar sus consecuencias. Por ello, al momento de presentar su oferta, el contratista estatal está en la obligación de contemplar en el precio de la obra o servicio a ejecutar, el valor suficiente para cubrir aún las contingencias económicas de los riesgos que le han sido asignados en la respectiva matriz.

Así lo ha señalado el Consejo de Estado, al decir que:

“Ahora bien, definidos como están los lineamientos y parámetros que debe consultar el diseño de la correspondiente matriz de riesgos llamados a regir la vía del contrato, se impone agregar que su elaboración necesariamente se halla vinculada de manera estrecha y casi que interdependiente a la estructuración del precio del acuerdo.

“No puede pasarse por alto que el componente económico del contrato debe consultar la asunción previa del riesgo y naturalmente debe atender a su estimación, en tanto la finalidad de su asignación estriba en que quien lo asuma incorpore en el precio ofrecido los rubros dirigidos a contener los

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

efectos nocivos de su ocurrencia. De lo contrario, la distribución de riesgos constituiría un despropósito a la hora de afrontar una contingencia.”²³

No obstante, en la medida en que los riesgos que pueden ser objeto de distribución y asignación son únicamente los riesgos previsibles, la ruptura del equilibrio contractual, y de las previsiones adoptadas por las partes para mitigar y asumir dichos riesgos, puede presentarse ante la ocurrencia de riesgos imprevisibles, o ante la ocurrencia de riesgos previsibles con dimensiones o consecuencias más allá de las previstas en la propia matriz de riesgos. En tal caso, el riesgo asumido habría sido desbordado por la realidad contractual sus consecuencias económicas habrían desbordado la previsión de la parte que lo asumió, y se abriría paso al reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Con respecto a la ruptura del equilibrio económico del contrato en el contexto de la distribución de riesgos, el Consejo de Estado ha señalado que la fractura de la ecuación puede darse cuando la concreción de la causa generadora desborde los límites de la asunción de quien lo padece. Al respecto, el Consejo de Estado señaló que:

“(…) 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.”²⁴

En este sentido, si bien el contrato se torna en ley para las partes y se convierte de obligatorio cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio

²³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de marzo de 2017. Expediente No. 51526. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

²⁴ *Ibíd.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

*pacta sunt servanda*²⁵, los actos y hechos de la administración – hecho del príncipe y potestad ius variandi–, o los factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual – teoría de la imprevisión y paralelamente, teoría de la previsibilidad– pueden alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, más allá de lo previsto contractualmente en la matriz de asignación de riesgos, de manera que impidan su ejecución o la tornen más onerosa para la parte afectada²⁶, dando lugar al restablecimiento del equilibrio económico.

Por último, se debe tener en cuenta que el principio *pacta sunt servanda* tampoco impide, a la luz de lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que las estipulaciones de riesgos que no contengan previsiones y reglas justas, claras y objetivas, o que no resultaren ajustadas a derecho por derivarse de la voluntad exclusiva de la entidad contratante y pudieran afectar la normal ejecución del contrato, puedan estar viciadas de nulidad.²⁷

RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL

El principio *pacta sunt servanda* se traduce en que el pacto de las partes recibe el poder de ley, en tanto su celebración cumpla los requisitos de validez y eficacia.²⁸ Ahora bien, el acuerdo entre las partes se fundamenta en unas situaciones que justifican y condicionan los términos económicos convenidos entre las partes, por lo que la alteración de estas situaciones, y consecuentemente la modificación de los términos económicos convenidos, comporta una alteración de la economía del contrato.²⁹

En palabras del Consejo de Estado, “*el equilibrio económico del contrato corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra.*”³⁰ En este sentido, el

²⁵ Artículo 1602 del Código Civil Colombiano

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (13 de marzo de 2017). Sentencia No. 1998-083-02. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (23 de marzo de 2017). Radicado. 2013-105-01. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (19 de septiembre de 2001). Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno. Expediente: 6913.

²⁹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. Editorial Legis. 2001.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Radicación: 1998-3066-01. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

contratista considera que las obligaciones asumidas en virtud del contrato suscrito son proporcionales al pago que pretende recibir por las mismas, toda vez que al elaborar la oferta ha efectuado un análisis de costo-beneficio, que se funda en estudios y proyecciones realizadas en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones bajo su cargo y de la utilidad que pretende obtener.³¹ El principio del equilibrio económico del contrato, rector en el régimen jurídico de la contratación pública, se encuentra consagrado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, según el cual

“[e]n 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.”

El contrato se torna en ley para las partes, una vez perfeccionado, y se convierte de obligatorio cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda*.³² Ahora bien, lo anterior no descarta que los actos y hechos de la administración – hecho del príncipe y potestad *ius variandi*–, o los factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual – teoría de la imprevisión y paralelamente, teoría de la previsibilidad– puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de manera que dificulten su ejecución o la tornen más onerosa para la parte afectada.³³ En este caso se estaría frente al “rompimiento del equilibrio económico del contrato”, en el cual, en virtud del principio *rebus sic stantibus*, surge el deber de restablecer dicho equilibrio mediante una indemnización de perjuicios (en el caso del hecho del príncipe) o llevando al contratista a un punto de no pérdida (teoría de la imprevisión). Así mismo lo ha sostenido el Consejo de Estado, quien en sentencia del 27 de marzo de 2014 señaló lo siguiente:

“El equilibrio económico del contrato corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra. Así, el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis

³¹ *Ibíd.*

³² Artículo 1602 del Código Civil Colombiano.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (13 de marzo de 2017). Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia No. 1998-083-02.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

de costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma. (...) Una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio pacta sunt servanda (art. 1602, C.C.), lo que no descarta que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes (en el caso de la teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal de la contratante (en el caso del hecho del príncipe), puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de tal manera que sin imposibilitar su ejecución, la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio rebus sic stantibus, surge el deber de restablecerlo, bien sea mediante una indemnización integral de perjuicios, en el caso del hecho del príncipe, en el cual la afectación de la ecuación contractual proviene de una medida de carácter general proferida por la misma persona de derecho público contratante, o llevando al contratista a un punto de no pérdida (art. 5º, Ley 80/93), mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles para las partes.”

En otra ocasión, el Consejo de Estado señaló que:

“[e]l principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio. (...) ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas. Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él.”³⁴

La finalidad del artículo 5º de la Ley 80 de 1993 es precisamente perseguir “la prestación de los servicios públicos y por ende la satisfacción de intereses de carácter general, propósitos estos que finalmente conducen a que la ejecución del objeto contractual sea una de las cuestiones fundamentales en la contratación del [E]stado.”³⁵

El contrato estatal es necesariamente conmutativo, basándose sobre el equilibrio, igualdad o equivalencia de las prestaciones económicas, por lo que las condiciones existentes al momento en que se presenta la propuesta y se celebra el contrato deben mantenerse durante su ejecución y liquidación, de suerte que, si surgen fenómenos que rompan el equilibrio económico del contrato que garantiza el legislador, debe restablecerse inmediatamente.³⁶ Como ha señalado el Consejo de Estado³⁷, este deber se encuentra previsto en los numerales 3º y 8º del artículo 4º, en el numeral 2º del artículo 5º y en el artículo 27 de la Ley 80 que señalan lo siguiente:

“Artículo 4º. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

(...)

3º. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

(...)

8º. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa, Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

³⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia 28 de junio de 2012, Expediente 21990, Consejera Ponente: Ruth Estela Correa Palacio.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (29 de enero de 2018). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 52666.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

(...)

Artículo 5° De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 30.de esta ley. Los contratistas:

1°. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas, Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

(...)

Artículo 27. De la ecuación contractual. 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 que se trate.”

En este punto, cabe resaltar que las causas que pueden dar lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato se pueden clasificar en dos grandes grupos: 1) las provenientes de la administración, que comprenden la potestad del *ius variandi* y el *hecho del príncipe* y 2) las exógenas a las partes del negocio, que comprenden la *teoría de la imprevisión*, y paralelamente la *teoría de la previsibilidad*.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que las causas provenientes de la administración contratante son las siguientes:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“23.1.1. Incumplimiento del contrato: En primer lugar, la forma más común de afectación de los derechos de las partes en el contrato, está dada por el incumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes, por lo que podría pensarse que el incumplimiento contractual de la administración, da lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato, tal y como lo contempla el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, al consagrarlo como una de las causas de dicho rompimiento; sin embargo, el incumplimiento contractual debe manejarse con mayor propiedad, bajo la óptica de la responsabilidad contractual, por cuanto como es bien sabido, se trata de dos ..instituciones distintas en su configuración y en sus efectos”³⁸, puesto que la responsabilidad contractual se origina en el daño antijurídico que es ocasionado por la parte incumplida del contrato, lo que hace surgir a su cargo el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados en forma plena, es decir que para el afectado surge el derecho a obtener una indemnización integral, lo que no sucede en todos los eventos de rompimiento del equilibrio económico del contrato.

23.1.2. Ejercicio del ius variandi: En segundo lugar, debe recordarse que la Administración, cuenta con la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, y que para el cumplimiento de los fines de la contratación, puede ejercer la facultad excepcional de interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato o ius variandi, cuando se den las causales legalmente estipuladas para ello (arts. 15, 16 y 17, Ley 80/93), y cuyo ejercicio puede significar mayores costos para el contratista o disminución de las prestaciones a ejecutar y por lo tanto, de la utilidad a obtener; razón por la cual la ley estipula, de un lado, que cuando se ejerza la facultad de modificación unilateral del contrato y se produzca una variación en su valor igual o superior al 20%, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución; y de otro lado, que en el acto en el que se ejerza esta potestad excepcional, la Administración deberá proceder al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tal medida, y que deberán aplicarse los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial (arts 14, num. 1º y 16 de la Ley 80/93). Cuando se ejerce el ius variandi por parte de la Administración, imponiéndole nuevas obligaciones al contratista, por ejemplo cuando se introducen obras adicionales a las

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (14 de abril de 2005). Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. También se puede consultar la sentencia de la Subsección A, del 27 de enero de 2016, expediente 38449, Consejero Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

contempladas en el contrato original, éste tiene derecho a que se le reconozcan los mayores costos en que haya incurrido, así como las utilidades correspondientes a esas mayores cantidades de obra que haya tenido que ejecutar, y esta es la forma como, en estos eventos, se restablece el equilibrio económico del contrato.

23.1.3. Hecho del Príncipe: En tercer lugar, se encuentra el denominado hecho del príncipe, que corresponde a una actuación legítima de la Administración, aunque no como parte de la relación obligatoria que termina afectando. En efecto, consiste esta teoría, en el rompimiento del equilibrio económico del contrato que se presenta con ocasión de la expedición, imprevista y posterior a la celebración del negocio jurídico estatal, de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante (leyes, decretos, resoluciones), que de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista; se trata de actos que profiere la administración, en su calidad de autoridad estatal, en ejercicio de sus propias funciones y no como parte contratante en el negocio jurídico, pero que, sin embargo, tienen incidencia indirecta en el contrato y afectan su ecuación, ocasionando una alteración extraordinaria o anormal de la misma, que se traduce en un detrimento de los intereses económicos del contratista. En este caso, hay lugar a una indemnización integral de perjuicios, es decir que se deben reconocer los mayores costos, la utilidad que dejó de percibir el contratante y todos aquellos perjuicios que éste sufra con ocasión de esa medida general que afectó la ecuación contractual, por cuanto ella resulta ser un hecho imputable a la Administración, ya que de todas maneras, así no haya sido culposamente ni actuando como parte en el contrato, fue la misma entidad contratante quien con su actuación –legítima- causó los perjuicios al contratista.”³⁹

También señaló la jurisprudencia que los factores exógenos o externos a las partes, dentro del cual está la teoría de la imprevisión se puede definir de la siguiente manera:

23.2.1. La teoría de la imprevisión: Esta figura tuvo sus orígenes en el ámbito del derecho privado, en donde se atenuó el principio del pacta sunt servanda, es decir, de la obligatoriedad de las estipulaciones originales del contrato, en consideración a la posibilidad de que con posterioridad a la celebración del mismo -que es ley para las partes y sólo puede ser modificado por el acuerdo de sus voluntades-, se presenten circunstancias extraordinarias e

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, (29 de agosto de 2016). Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Expediente 32437.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

imprevisibles, ajenas a la voluntad de los contratantes, que alteren la ecuación económica del contrato en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución. Se trata de la ocurrencia de hechos sobrevinientes a la celebración del contrato y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes cuando se suscribió el acuerdo de voluntades y pueden afectar significativamente el cumplimiento de las obligaciones haciéndolo más gravoso para una de ellas.”⁴⁰

En este sentido, los acontecimientos imprevisibles, que no son imputables a las partes, son aquellos que se enmarcan en la teoría de la imprevisión y corresponden a:

“situaciones extraordinarias ajenas a las partes, imprevisibles, que siendo posteriores a la celebración del contrato, alteran la ecuación contractual en forma notoria pero que no imposibilitan su ejecución. De modo que también tendría que de ellas predicarse su temporalidad o transitoriedad.”

En el derecho administrativo, la teoría de la imprevisión se funda en el principio de prevalencia del interés general y en el deber del Estado de garantizar la prestación adecuada, continua y eficiente de servicios públicos.⁴¹ En aras de proteger estos principios, el contratista o la administración podrán solicitar la revisión o adaptación económica del contrato cuando surjan circunstancias sobrevinientes, extraordinarias e imprevisibles.⁴²

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, los requisitos para la configuración de la teoría de la imprevisión son los siguientes:

“(i) Que con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho extraordinario, ajeno o exógeno a las partes, es decir, no atribuible a ninguna de ellas sino que provienen o son generados por terceros. No cabe invocar esta teoría cuando el hecho proviene de la entidad contratante, dado que ésta es una de las condiciones que la distinguen del hecho del príncipe, que es imputable a la entidad.

(ii) Que ese hecho altere de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (8 de febrero de 2017). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicado No. 2013-1717-01.

⁴² *Ibíd.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

(iii) Que esa nueva circunstancia sea imprevista o imprevisible, esto es, que no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes, pues no es aplicable ante la falta de diligencia o impericia de la parte que la invoca, toda vez que nadie puede beneficiarse de su propia culpa. En otros términos, el hecho excede los cálculos que las partes pudieron hacer al contratar y que incluyen, normalmente, el álea común a toda negociación, que el cocontratante particular está obligado a tomar a su cargo.

(iv) Que esa circunstancia imprevista dificulte a la parte que la invoca la ejecución del contrato, pero no la enfrente a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación. La ayuda estatal procede sobre la base de que la situación sea parcial y temporal, de suerte que el contratista no suspenda la ejecución del contrato y continúe prestando el servicio. El hecho debe ser posterior a la celebración de un contrato, cuyas prestaciones no estén enteramente concluidas, pues el reconocimiento de la imprevisión busca que se brinde una ayuda al cocontratante para que éste no interrumpa el cumplimiento de sus obligaciones, y esa es la razón del apoyo económico.”⁴³

En otra ocasión, el Consejo de Estado señaló que la ruptura del equilibrio económico del contrato por la configuración de la teoría de la imprevisión se produce cuando

“un determinado contrato o relación jurídica que se supone que se celebró o surgió con prestaciones conmutativas o simétricas, o que las partes dieron por sentado que así fue, en su ejecución se descompensan o se desequilibran, generando una carga excesiva para uno de los cocontratantes ante el advenimiento de hechos o circunstancias sobrevinientes, extraordinarias e imprevistas a la fecha de su celebración.”⁴⁴

En lo que corresponde a la ruptura del equilibrio económico del contrato con ocasión de la distribución de riesgos, el Consejo de Estado ha señalado que la fractura de la ecuación puede darse cuando la concreción de la causa generadora desborde los límites de la asunción de quien lo padece. Al respecto, el Consejo de Estado señaló que:

“(…) 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

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (18 de septiembre de 2003). Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Radicación: 1996-05631-01.

⁴⁴ *Ibíd.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

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.”⁴⁵

Como bien lo anota la jurisprudencia en cita, existe una relación ineludible entre la asunción de riesgos contractuales y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Y así debe ser, pues la regulación legal de los riesgos contractuales previsibles, su identificación, distribución y asignación mediante el instrumento de la matriz de riesgos, obligatoria en los contratos estatales de concesión, tiene como unos de sus propósitos principales evitar, o al menos reducir, las reclamaciones al Estado por concepto de rompimiento del equilibrio económico del contrato.

De este modo, una vez acordada la distribución de riesgos previsibles contractuales en la matriz de riesgos del contrato, la ocurrencia de uno de dichos riesgos debe ser soportada por la parte a quien le ha sido asignado, y su realización no justifica, en modo alguno, una reclamación de dicha parte por concepto rompimiento del equilibrio económico del contrato. Ello por cuanto, precisamente, la realización de dicho riesgo y, por su puesto, sus consecuencias económicas, se entiende asumida por la parte a la que le ha sido asignado y su compensación se entiende comprendida dentro del precio, valor o participación económica de la citada parte pactada en el respectivo contrato. El proceso precontractual de identificación, valoración y asignación de los riesgos contractuales se hace para que los oferentes de un proceso de selección, antes de presentar sus ofertas, puedan estimar las posibles consecuencias económicas de los riesgos que le han sido asignados y así, al preparar sus propuestas económicas, dentro del precio o participación ofrecida puedan calcular la asunción de las consecuencias económicas que pudieran derivarse de la realización de algunos de los riesgos asumidos.

En resumen, la realización de un riesgo que ha sido previsto y asignado a un contratista estatal no le da derecho a reclamar el restablecimiento del equilibrio

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (23 de marzo de 2017). Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente No. 51526.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

económico del contrato, por cuanto las consecuencias económicas de la ocurrencia de dicho riesgo ya se entienden remuneradas compensadas con el precio o la participación económica que perciba el contratista, conforme a lo pactado en el contrato.

No obstante, si ocurre un riesgo no previsto y asignado en la matriz de riesgos del contrato, que tenga consecuencias negativas o excesivamente onerosas para su ejecución, el contratista sí está facultado para reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Del mismo modo, si se realiza un riesgo de los previstos y asignados en la matriz de riesgos del contrato, pero con unas características, particularidades, intensidad, o consecuencias económicas que exceden la previsión contractual hecha por las partes, de modo tal que se exceda con creces el alea propia del negocio, actividad, obra o servicio que constituye el objeto contractual, también hay lugar a que se pueda reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. En tal evento, se considera que el riesgo asumido ha superado la asunción que había aceptado el contratista al celebrar el contrato.

En este último caso, es necesario verificar si el riesgo acaecido, de naturaleza o características extraordinarias, fue asignado total o parcialmente a la parte que sufre sus consecuencias, o si fue compartido entre el contratista y la entidad estatal, y en qué proporción. Esto con el fin de aplicar el reconocimiento del restablecimiento del equilibrio económico del contrato de acuerdo con dicha asignación. Si un riesgo ha sido asignado en forma compartida entre el contratista y la entidad estatal, al presentarse la ocurrencia de dicho riesgo con características extraordinarias que superen el alea normal de la actividad contractual, el restablecimiento del equilibrio económico que se reconozca no podrá ser por la totalidad de los efectos económicos adversos del riesgo, sino que se deberá guardar siempre la proporción que la compartición del riesgo suponga entre las partes, en la proporción que se haya pactado, o en la que se determine aplicando criterios de proporcionalidad, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso.

Finalmente, el Consejo de Estado ha reiterado que para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se deben cumplir los siguientes requisitos:

“(i) Que con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho extraordinario, ajeno o exógeno a las partes, es decir, no atribuible a ninguna de ellas sino que provienen o son generados por terceros. No cabe invocar esta teoría cuando el hecho proviene de la entidad contratante, dado que ésta

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

es una de las condiciones que la distinguen del hecho del príncipe, que es imputable a la entidad.

(ii) Que ese hecho altere de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato.

(iii) Que esa nueva circunstancia sea imprevista o imprevisible, esto es, que no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes, pues no es aplicable ante la falta de diligencia o impericia de la parte que la invoca, toda vez que nadie puede beneficiarse de su propia culpa. En otros términos, el hecho excede los cálculos que las partes pudieron hacer al contratar y que incluyen, normalmente, el álea común a toda negociación, que el cocontratante particular está obligado a tomar a su cargo.

(iv) Que esa circunstancia imprevista dificulte a la parte que la invoca la ejecución del contrato, pero no la enfrente a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación. La ayuda estatal procede sobre la base de que la situación sea parcial y temporal, de suerte que el contratista no suspenda la ejecución del contrato y continúe prestando el servicio. El hecho debe ser posterior a la celebración de un contrato, cuyas prestaciones no estén enteramente concluidas, pues el reconocimiento de la imprevisión busca que se brinde una ayuda al cocontratante para que éste no interrumpa el cumplimiento de sus obligaciones, y esa es la razón del apoyo económico.”⁴⁶

Con apoyo en las consideraciones consignadas en este acápite, esta pretensión no tiene vocación de prosperar y se le reconocerá fundamento a las excepciones de mérito propuesta por Transmilenio, denominadas “3.15 TRANZIT asumió el riesgo de demanda y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia y la “3.24 El Concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que los mismos se efectuó conforme a lo pactado en el Contrato de Concesión y a lo previsto en la matriz de riesgos – Anexo 5.”

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (18 de septiembre de 2003). Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Radicación: 1996-05631-01.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

LA DEMANDA PRINCIPAL

1. Pretensiones Generales

Pretensión primera

En la pretensión 1 de la reforma a la demanda se solicitó:

“Primera. Que se declare que el “CONTRATO No. 011 DE 2010 DE CONCESIÓN PARA LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP PARA LA ZONA 13) USME SIN OPERACIÓN TRONCAL SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A. Y LA SOCIEDAD TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN” suscrito el 17 de noviembre de 2010 (en adelante “el Contrato”) o en la oportunidad que el Tribunal lo determine, existe y se encuentra actualmente en ejecución.

Posición de la parte convocante

Expresa la parte convocante que la parte convocada en el escrito de la contestación de la reforma de la demanda arbitral no se opuso a la pretensión primera.

Que el Contrato de Concesión fue suscrito por las partes el 17 de noviembre de 2010, y que en las cláusulas 155 y 156 se estableció que el plazo de duración del mismo se estimaba en 25 años, más el plazo de liquidación.

Adicionalmente, agregó que el Contrato de Concesión, según lo establece el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, será objeto de liquidación, al ser un contrato de tracto sucesivo.

Añadió que era un hecho notorio la operación regular establecida contractualmente por un período de 24 años, pues los buses zonales con los cuales TRANZIT presta el servicio de transporte público masivo relacionados con el Sistema Integrado de Transporte - SITP están en plena operación en Bogotá y tampoco obra en el expediente prueba alguna de terminación anticipada del contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Posición de la parte convocada

Al contestar la demanda reformada, TRANSMILENIO aceptó el hecho No. 66 referente a la fecha de suscripción del contrato de Concesión No. 11 de 2010, así como los hechos 73 y 74 de la reforma de la demanda arbitral.

Respecto de la pretensión, no se opuso, y señaló que solicitaba al Tribunal remitirse y atenderse a la literalidad del contrato y sus efectos.

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público señaló al respecto que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, consagró dentro de los contratos estatales, los Contratos de concesión, definiéndolos como aquellos que “celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

Consideraciones del Tribunal

Con esta primera pretensión, la parte convocante pretende que el Tribunal declare la existencia y ejecución del Contrato de Concesión No. 11 de 2010; al respecto, el Tribunal la declarará probada, toda vez que el Tribunal pudo evidenciar que fue una pretensión a la que no se opuso la parte convocada y aceptó los hechos Nos. 66, 73 y 74 de la contestación a la reforma de la demanda relativos a la fecha de suscripción del contrato, y la duración del mismo.

Así mismo, el Tribunal verificó que la Licitación Pública No. TMSA- LP-004 de 2009 que tenía como objeto “*SELECCIONAR LAS PROPUESTAS MÁS FAVORABLES PARA LA ADJUDICACIÓN DE TRECE (13) CONTRATOS DE CONCESIÓN, CUYO OBJETO SERÁ LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA, DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP: 1) USAQUÉN, 2) ENGATIVÁ, 3) FONTIBÓN, 4) SAN CRISTÓBAL, 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO,*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

12) *CIUDAD BOLÍVAR* Y 13) *USME*.” fue adjudicada mediante Resolución 449 de 2010 a la sociedad Transporte Zonal Integrado S.A.S., y el Contrato de Concesión No. 11 de 2010 resultado del otorgamiento de la licitación fue suscrito entre Empresa de Transporte del Tercer Milenio- Transmilenio S.A. y la sociedad Transporte Zonal Integrado S.A.S.- Tranzit el 17 de noviembre de 2010 (Fl. 219 del Cuaderno de Pruebas No. 1.), lo que demuestra la existencia del mismo.

El contrato de concesión en su cláusula segunda estableció la relación contractual existente entre TRASMILENIO y TRANZIT, así:

“CLÁUSULA 2. NATURALEZA DEL CONTRATO. El presente **Contrato de Concesión** instrumenta la relación de carácter contractual que vinculará a **TRANSMILENIO S.A.** y al **CONCESIONARIO** a partir de la fecha de inicio de vigencia, como partes que son del **Contrato**. Dicha relación contractual estará sometida a las disposiciones, reglas y principios que rigen los **Contratos** celebrados por entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentran expresamente regulados por la Ley 80 de 1993 y la Ley 150 de 2007, aplicables al **Contrato de Concesión**, y las demás normas que las modifiquen, sustituyan, desarrollen o reglamenten.”

Por último, y de la simple lectura de las cláusulas 9, 155 y 156 del Contrato de Concesión No. 11 de 2010, es claro para este Tribunal que el contrato se encuentra en ejecución, pues la duración del mismo se previó por el término de 25 años, y no obra en el expediente prueba que demuestre lo contrario.

Por lo anterior, la pretensión primera prosperará.

Pretensiones segunda y tercera

Las pretensiones que se estudian a continuación son las siguientes:

“Segundo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. predispuso las condiciones contractuales, y en consecuencia el Contrato es un contrato de adhesión.

“Tercero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. tiene posición contractual dominante dentro del Contrato.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Posición de la convocante

En estas pretensiones TRANZIT solicita que se declare que TRANSMILENIO predispuso las condiciones del Contrato y, que en esa medida, se está en presencia de un contrato por adhesión (Pretensión segunda). Así mismo, solicita que se declare que TRANSMILENIO tiene posición contractual dominante en el Contrato (Pretensión tercera).

En relación con estas pretensiones, no se identifican en la demanda hechos que tengan una relación directa con ellas, sino que se hace una referencia descriptiva de los procesos de selección para la prestación del servicio público masivo urbano de pasajeros (hechos 44 a 62), en la que se alude a la convocatoria a la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009, que culminó con la adjudicación de 13 zonas del SITP a diferentes concesionarios, entre los que se encuentra la convocante.

Así mismo, bajo el título *El Contrato de Concesión y sus modificaciones* se invocan como hechos (hechos 64 a 90) algunas consideraciones o referencias contractuales que conciernen a la naturaleza jurídica y al objeto del Contrato No. 011 de 2010. Es así como se refieren, entre otros temas, el objeto, los derechos y obligaciones de TRANZIT, la duración, la etapa de ejecución, la coexistencia del contrato con otras concesiones del sistema y la democratización del sistema.

En sus alegatos finales TRANZIT sostuvo que TRANSMILENIO determinó las reglas generales del proceso de selección y adjudicación de 13 contratos de concesión para la explotación del servicio de transporte masivo terrestre automotor de pasajeros en el marco del SITP. Así mismo, en la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009 TRANSMILENIO predispuso las condiciones del contrato que habría de suscribirse y ejecutarse por quienes resultaran seleccionados por la entidad. Por lo tanto, el Contrato es un negocio jurídico por adhesión cuyas cláusulas fueron predispuestas por TRANSMILENIO desde la convocatoria de la Licitación Pública, las aclaraciones y/o correcciones introducidas mediante adendas. Adicionalmente, por tratarse de un Sistema Integrado, se trata de condiciones uniformes respecto de todos aquellos contratos que forman parte de la operación troncal adjudicados en la referida Licitación.

Posición de la convocada

Al contestar la reforma de la demanda, TRANSMILENIO se opuso a estas pretensiones y sostuvo que la oferta presentada por TRANZIT, conforme al artículo 845 del Código de Comercio, fue el proyecto de negocio jurídico que a la larga rigió la relación jurídica entre las partes. Agregó que el Contrato celebrado, como todo contrato estatal, es conmutativo conforme al artículo 28 de la Ley 80 de 1993.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

En sus alegaciones finales TRANSMILENIO sostuvo que la convocante no probó el supuesto de sus pretensiones, que los interesados pudieron presentar 27 formularios de preguntas y respuestas relativas al Pliego de Condiciones y que se llevó a cabo una audiencia pública de aclaración de pliegos. Así mismo, TRANSMILENIO expidió 18 adendas entre el 9 de febrero de 2010 y el 22 de diciembre de 2010 de modo que TRANZIT tuvo oportunidad “para hacer una evaluación cuidadosa de la información disponible y para presentar la oferta con base en sus propios estudios y en las investigaciones e información que considerara procedente recopilar, bajo su responsabilidad y con la oportunidad suficiente para analizar, estudiar, y formular voluntariamente su oferta en los términos de la ley y el pliego de condiciones.”⁴⁷

Concepto del Ministerio Público

En su concepto final, el Ministerio Público señaló que TRANSMILENIO abrió la posibilidad de que los interesados intervinieran en la audiencia de aclaración de pliegos de condiciones, sino que TRANZIT “intervino en forma activa en la misma, haciendo observaciones, comentarios que consideró necesarios para ajustar o modelar lo que dentro de su experiencia era procedente para viabilizar el objeto contractual.” Precisó también que a TRANSMILENIO, como ente gestor, le corresponde fijar las pautas y los lineamientos de los contratos para garantizar la satisfacción de los fines esenciales que tiene el Estado en esta materia, “sin que por ello deba tenerse el contrato como un contrato de adhesión.”

La vista fiscal concluye que en el presente asunto no se verifican las características del contrato por adhesión y que TRANZIT tuvo oportunidad de discutir las estipulaciones del contrato antes de suscribirlo.

Consideraciones del Tribunal

El estudio y la decisión de las pretensiones de las que se ocupa el Tribunal en este punto se hará de manera conjunta en la medida en que dichas súplicas tienen elementos comunes cuyo estudio y análisis resulta útil hacerlo de esa forma toda vez que, como quedó reseñado, ambas atañen a la forma como se celebró el Contrato y a la pretendida posición de dominio que pudo haber ejercido TRANSMILENIO en su ejecución. Conviene también advertir que el examen y la decisión de estas pretensiones se hará bajo el entendimiento de que se trata de una materia sometida a juicio del Tribunal, pero respecto de la cual las partes no desplegaron mayor esfuerzo probatorio por ser una temática de índole conceptual

⁴⁷ Alegatos de conclusión de Transmilenio, página 4.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

cuya definición ciertamente puede tener incidencia en el enfoque de otras súplicas de la demanda, pero respecto de la cual, en estricto sentido, no obran en el expediente mayores elementos de orden probatorio que denoten que se trata de un asunto de gran trascendencia o de especial impacto, como sí puede predicarse de otras controversias o materias que son objeto de disputa entre las partes.

Como es sabido, la contratación por adhesión a contenidos o cláusulas predispuestos se estructura sobre la base de la fijación de unas cláusulas o estipulaciones negociales por una de las partes, que, normalmente, ejerce posición dominante en la relación contractual, frente a la otra u otras que adhieren a aquellas cláusulas preconcebidas.

En este punto conviene precisar que la *posición dominante* que pueda ejercer la parte que redacta o predispone las condiciones del contrato se refiere a una posición de superioridad de orden contractual, mas no a la otra concepción jurídica de dicha posición, esto es aquella que concierne a la posición de dominio en el mercado. Mientras que la primera consiste en una condición especial que le confiere superioridad a una parte en relación con la otra, que tiene origen o causa en circunstancias de índole económica o jurídica principalmente, la segunda consiste en “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.”⁴⁸

La posición de dominio contractual es pues, aquella condición por la cual una de las partes del negocio jurídico ejerce un control de la relación contractual, lo que se manifiesta de distintas formas, entre otras, mediante la definición unilateral de condiciones contractuales y la redacción de las correspondientes cláusulas, respecto de las cuales el otro contratante adhiere y, de esa forma, consiente en el contenido del negocio.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado las características de los contratos por adhesión, en los siguientes términos:

“Son elementos característicos del contrato de adhesión, a saber: La imposición por una de las partes de la “Ley del contrato”; el papel pasivo de una de ellas reducido a la simple aceptación o rechazo de la oferta; la existencia de un formulario tipo; la imposibilidad de discutir las estipulaciones y el hecho de que uno de los contratantes ejerce un ascendente económico o moral que lo lleva a prestar su voluntad, sin discutir.”⁴⁹

⁴⁸ Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de mayo 8 de 1974

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La importancia de la determinación respecto de si un contrato se celebró por adhesión a condiciones predispuestas se manifiesta, en particular, en las implicaciones de algunas previsiones de orden legal que se refieren, por ejemplo, a la interpretación de las disposiciones contractuales (art. 1624 del Código Civil) y en la mayor o menor posibilidad de configuración de contenidos abusivos en lo que constituye la materia de dichas estipulaciones.

En cuanto al primero de los efectos aludidos, el segundo inciso del artículo 1624 del Código Civil consagra una regla objetiva de interpretación según la cual las cláusulas ambiguas deben interpretarse contra quien las extendió o dictó, si la ambigüedad resulta de una falta de explicación que ha debido darse.

Así mismo, es aceptado que el ejercicio de posición dominante por alguna de las partes no necesariamente se manifiesta en la predisposición de todo el clausulado del contrato, sino que dicha superioridad puede ejercerse mediante la redacción solamente de algunas cláusulas, en forma unilateral. Esta situación implica que la aplicación de la regla contenida en el artículo 1624 del Código Civil ya reseñada, se hará únicamente en relación con las cláusulas que fueron predispuestas por la parte que ejerce la posición de dominio y no sobre todo el contenido negocial.

En el caso bajo examen, se tiene que TRANSMILENIO mediante Resolución No. 064 de 2010, convocó la Licitación Pública No. TMSA-LP-004-2009, con el objeto de "(...) seleccionar las propuestas más favorables para la adjudicación de trece (13) contratos de concesión, cuyo objeto será la explotación preferencial y no exclusiva, de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP: 1) USAQUÉN, 2) ENGATIVÁ, 3) FONTIBÓN, 4) SAN CRISTÓBAL, 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLÍVAR Y 13) USME."

Como resultado de dicho procedimiento de selección, mediante Resolución 449 de 2010, fue adjudicada a TRANZIT, —como Promesa de Sociedad Futura— el contrato para la ejecución correspondiente a la zona No. 13 –Usme. Dicha resolución fue notificada el 2 de noviembre de 2010.

En desarrollo de dicho procedimiento de selección, el 17 de noviembre de 2010 se celebró el Contrato de Concesión No. 011 de 2010, que coexiste con otras concesiones celebradas por la entidad demandada, cuyo objeto es la operación del SITP, circunstancia que se recoge, entre otras disposiciones, en la cláusula quinta del Contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En los Pliegos de Condiciones (Acápito 1.4. p. 21) se indica que forman parte de los documentos de la licitación la Minuta de Contrato de Concesión para Zonas con operación Troncal y la Minuta de Contrato de Concesión para Zonas sin operación Troncal, que, por consiguiente, fueron puestos en conocimiento de los participantes de la licitación.

En el expediente obra copia de la comunicación con referencia GCO-BOG-055-10 de 3 de noviembre de 2010, esto es un día después de adjudicada la licitación, mediante la cual el representante legal de TRANZIT le solicitó a TRANSMILENIO “la minuta final del contrato de concesión consolidada, conforme a las modificaciones que tuvo la misma mediante adendas, con el fin de revisarla antes de proceder a la firma de la misma.”⁵⁰

En el mismo sentido, mediante comunicación con fecha 8 de noviembre de 2011, la Jefe Oficina Asesora Jurídica de TRANSMILENIO le informó al representante legal de TRANZIT que “la minuta de contrato se encuentra a su disposición en la Oficina Jurídica de TRANSMILENIO S.A.”

También obra comunicación con fecha 10 de noviembre de 2010 suscrita por el Subgerente General de TRANSMILENIO con la que le envió en medio magnético al representante legal de TRANZIT “la minuta del contrato de concesión para las zonas sin operación troncal correspondiente al proceso de licitación TMSA-LP-004, con el fin que sean remitidas en el menor tiempo posible las observaciones a que haya lugar (...) con control de cambios” (Negrita del Tribunal).

De los documentos que se acaban de relacionar, es posible concluir que TRANSMILENIO, en su condición de ente gestor y como entidad estatal que abrió un proceso de licitación y que tuvo a su cargo la dirección e impulso del mismo, redactó la minuta del contrato con en el que debía culminar el proceso licitatorio. Dicha minuta fue incorporada como anexo de los documentos de la licitación, de modo que fue conocida por los interesados y por lo tanto, también fue objeto de controversia por ellos, en los términos del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, dicha norma dispone que los interesados en los procesos de contratación “tendrán la oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.” Dicha disposición se acompasa con el artículo 30, numeral 4 de la Ley 80 de 1993 que consagra dentro de la estructura de los procedimientos de selección, la celebración de una audiencia con el objeto de

⁵⁰ Carpeta 1 expediente contractual anexos contestación.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, con el objeto de que el representante de la entidad contratante, cuando resulte conveniente, expida las modificaciones pertinentes a dichos documentos, a partir de las observaciones formuladas por los interesados.

Dentro de ese marco normativo debe entenderse la referencia consignada en la comunicación GCO-BOG-055-10 de 3 de noviembre de 2010 de TRANZIT en la que solicita a TRANSMILENIO la remisión de la minuta del contrato con las modificaciones introducidas mediante las distintas adendas, “con el fin de revisarla antes de proceder a la firma de la misma.” Dicha manifestación proveniente de la convocante implica que en desarrollo del procedimiento licitatorio conoció la minuta de contrato y que formuló observaciones a la misma, que fueron incorporadas en adendas. De esta suerte, el concesionario tuvo oportunidad de conocer el proyecto del contrato y de formular, en las etapas previstas en la ley para ese propósito, las observaciones y comentarios que estimó pertinentes.

Además de esa posibilidad, las comunicaciones reseñadas líneas atrás también demuestran que antes de proceder a suscribir el contrato, TRANZIT solicitó la minuta con los ajustes incorporados, para revisarla antes de firmarlo. Es así como TRANSMILENIO puso a disposición de TRANZIT el proyecto de contrato para que este formulara los comentarios del caso “con el fin que sean remitidas en el menor tiempo posible las observaciones a que haya lugar (...) con control de cambios.”

Esos documentos permiten concluir que TRANZIT tuvo oportunidad de conocer y discutir el proyecto de contrato no solo durante el proceso de licitación sino que, una vez resultó adjudicatario, recibió de TRANSMILENIO el proyecto de contrato para que formulara las observaciones a que hubiera lugar, mediante la herramienta de *control de cambios*, para que la entidad contratante pudiera identificarlas y considerarlas. De esta manera, en la medida en que TRANZIT pudo conocer el texto del contrato con anterioridad a su suscripción —durante el proceso de selección e incluso entre el momento en que le fue adjudicado y la celebración del mismo— y TRANSMILENIO le facilitó el texto del contrato para que formulara observaciones y comentarios, no puede concluirse que el contrato se celebró por adhesión a contenidos predispuestos.

En efecto, los elementos probatorios a los que se ha hecho referencia demuestran que TRANZIT no se limitó a aceptar un proyecto de contrato predispuesto, ni que observó una conducta pasiva en relación con el contenido del mismo, sino que, por el contrario, tuvo oportunidad de conocer el texto, de estudiarlo, de discutirlo y de formular observaciones para que fueran tenidas en cuenta por la entidad contratante. Por consiguiente, al haber tenido TRANZIT esa oportunidad, se concluye que en el caso bajo examen no se cumplen las características que la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

jurisprudencia ha identificado en los contratos que se celebran por adhesión y por consiguiente, la pretensión segunda de la demanda no está llamada a prosperar.

En lo que atañe a la pretensión tercera de la demanda de TRANZIT, cuyo objeto es que se declare que se declare que TRANSMILENIO tiene posición de dominio en el Contrato, se encuentra lo siguiente.

Como será objeto de desarrollo posterior en esta providencia, por disposición del artículo 8 del Decreto 309 de 2009, en armonía con el Acuerdo Distrital 4 de 1999 y los Decretos Distritales 319 y 486 de 2006, TRANSMILENIO en su condición de ente gestor del SITP tiene a su cargo la planeación, gestión, y control contractual del sistema, así como el proceso de integración, evaluación y seguimiento de la operación y los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del transporte público colectivo al transporte público masivo. En ese orden de ideas, por disposiciones superiores, TRANSMILENIO tiene a su cargo la gestión y el control contractual del sistema, funciones que la obligan a dirigir, gestionar y orientar los contratos que por fuerza de tales normas debe celebrar, todo lo cual se enmarca dentro de su competencia como ente gestor del SITP.

En desarrollo de su función como ente gestor, a la que se refieren las normas citadas, TRANSMILENIO celebró el Contrato No. 011 de 2010 en el que actúa como Concedente (vd. numeral 1.13 del capítulo Definiciones del Contrato). En dicho Contrato, se estipularon derechos y obligaciones en cabeza de una y otra parte, bajo el entendimiento de que TRANSMILENIO actúa en dicho negocio jurídico como ente gestor del SITP y, por consiguiente como concedente, por lo cual el catálogo de prestaciones a su cargo debe examinarse bajo la óptica de esa función. Es así como, por ejemplo, TRANSMILENIO puede impartir “normas, disposiciones, reglamentos o instrucciones” para la adecuada operación, gestión o administración del SITP. Tales reglamentos o manuales son de obligatorio cumplimiento por parte de los concesionarios (numeral 1.72 del capítulo Definiciones del Contrato).

En el mismo sentido, las partes convinieron que las finalidades que se persiguen con el Contrato (Cláusula 3) deben tenerse en cuenta para la comprensión e interpretación del mismo y con ese propósito TRANSMILENIO “elaborará los Manuales, protocolos y reglamentos técnicos que guían la operación, niveles de servicios, control y demás actividades técnicas necesarias para la prestación del servicio público de transporte urbano bajo el esquema SITP” (*ibídem*).⁵¹

Así también, en relación con la competencia que tiene TRANSMILENIO en la gestión y dirección del SITP y la aceptación por parte del Concesionario de las

⁵¹ Cfr. Cláusula 23 del Contrato

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

decisiones que la entidad adopte respecto de las concesiones, en el hecho 76 de la demanda se señala que “En aplicación de este principio, TRANZIT con la suscripción del Contrato, reconoce a TRANSMILENIO como gestor y titular del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP, y por lo tanto, **acepta las decisiones** que esta entidad adopte en relación con la contratación de las concesiones que se requieran para habilitar la prestación del servicio de transporte de pasajeros a través del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP, en sus diversas modalidades” (Negrita del Tribunal). TRANSMILENIO al contestar este hecho reconoció que es cierto, en el marco del Contrato.

En la cláusula 17 que estipula las obligaciones del Concesionario derivadas del Contrato y respecto de la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros (cláusula 17.1) se consagran algunas por las cuales el contratista se compromete a acatar las decisiones adoptadas en forma unilateral por TRANSMILENIO, en particular aquellas que se refieren a los manuales y reglamentos que adopte la entidad contratante. Sobre el particular pueden verse, por ejemplo, las cláusulas 17.1.7., 17.1.8. En el mismo sentido, TRANZIT se obligó a cumplir instrucciones de TRANSMILENIO (cláusula 17.1.10) y, en general “a desarrollar su labor conforme a los Manuales y Reglamentos definidos por TRANSMILENIO” (cláusula 17.1.13) y a cumplir los niveles de servicio estipulados en el respectivo manual (cláusula 17.1.14).

En lo que atañe a las obligaciones respecto de la flota, TRANZIT se obligó, en términos generales, a cumplir y hacer cumplir por sus empleados y dependientes los manuales y reglamentos expedidos por TRANSMILENIO (cláusula 17.2.10), cumplir las obligaciones conforme a los manuales y reglamentos definidos por TRANSMILENIO (cláusula 17.2.11) y permitir a TRANSMILENIO efectuar en cualquier tiempo exámenes técnicos a los vehículos (cláusula 17.2.12).

Así mismo, TRANZIT adquirió la obligación general de permitir a TRANSMILENIO el ejercicio de su facultad de supervisión, vigilancia y control (cláusula 17.7.26).

Las referencias concretas que se han consignado llevan a la conclusión que TRANSMILENIO en su condición de ente gestor y como entidad concedente tiene a su cargo la dirección y control del Contrato, entre otras razones por cuanto se trata de un negocio jurídico de naturaleza estatal que tiene por objeto la prestación de un servicio público esencial (cláusula 6) y que las normas legales no solo la facultan, sino le imponen la obligación de orientar, dirigir y controlar la ejecución del Contrato.

Bajo ese marco de disposiciones de orden legal, administrativo y contractual, —que resultan inherentes a la función pública que desempeña la entidad estatal

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

concedente— puede sostenerse que TRANSMILENIO ejerce posición de dominio en el Contrato, toda vez que por mandatos ya referidos, que fueron incorporados al clausulado, la convocada actúa como Ente Gestor y como entidad concedente, lo que implica el ejercicio de funciones de control, dirección y supervisión en la ejecución contractual.

Por mejor decir, TRANSMILENIO por su condición de ente gestor goza de algunas prerrogativas que se estipularon en el Contrato tales como la posibilidad de expedir reglamentos, manuales o protocolos, ejercer la vigilancia y control de la ejecución (cláusula 111) o las cláusulas de terminación unilateral (cláusula 173), de modificación unilateral (cláusula 174), de interpretación unilateral (cláusula 175), de caducidad (cláusula 176), atribuciones estas que tienen origen o explicación en el tantas veces mencionado poder de control y de dirección del contrato, lo cual implica que, en algunas circunstancias, TRANSMILENIO puede ejercer posición de dominio en la ejecución contractual.

A partir de la breve descripción que se ha hecho de ciertas herramientas contractuales —a las que se harán referencias más extensas en acápite posteriores de esta providencia—, que se convinieron por las partes a favor de la convocada y cuya razón de ser obedece, en últimas, a las funciones inherentes a la condición de ente gestor de TRANSMILENIO, puede concluirse que la convocada ejerce posición de dominio contractual en la ejecución del Contrato.

Por consiguiente, en el contexto descrito, la pretensión tercera de la demanda está llamada a prosperar.

Pretensiones cuarta y quinta. Las pretensiones cuarta y quinta se analizarán y resolverán junto con las pretensiones octava y novena de la demanda principal.

Pretensión sexta

En la pretensión sexta de la reforma a la demanda se solicitó:

“Sexto. Que se declare que con la adjudicación de la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009 se entregó en concesión la totalidad de la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá.”

Posición de la parte convocante

Expresa la parte convocante que el objeto de la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009 fue adjudicar la totalidad de la operación del servicio público de transporte en

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

la modalidad de buses, en el marco del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP, en las troncales y zonas de la ciudad que para ese momento no eran servidas por el Sistema TRANSMILENIO, y para tal efecto, la ciudad se dividió en trece (13) zonas.

Posición de la parte convocada

Al contestar la demanda reformada, TRANSMILENIO se opuso a la pretensión sexta señalando que no era cierto como se presentaba la pretensión y transcribió el numeral 1.2.1. del objeto de la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009.

Concepto del Ministerio Público

Sobre este tema el Ministerio Público no realizó ningún pronunciamiento.

Consideraciones del Tribunal

Respecto de la pretensión Sexta, el Tribunal entrará a verificar si, en efecto, con la adjudicación de la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009 se entregó en concesión la totalidad de la explotación del Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Urbano Masivo de Pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá.

En el Anexo No. 1 denominado “RESUMEN EJECUTIVO DEL DISEÑO OPERACIONAL DE LAS ZONAS DEL SITP” del Pliego de condiciones de la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009 señaló que el Sistema Integrado de Transporte Público estaría organizado por 13 zonas las cuales serían licitadas a igual número de empresas operadoras, así:

“El Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) organiza la ciudad en 13 zonas operacionales y una zona neutra en el centro expandido de la ciudad, donde se concentra gran parte de la demanda atraída por la presencia de usos del suelo dedicados a oficinas, comercio, servicios y educación. La operación de cada una de las 13 zonas se pretende licitar a igual número de empresas operadoras como parte del reordenamiento del transporte urbano en Bogotá en la Etapa 1 del SITP según Decreto 309 de 2009. Sin embargo, experiencias de sistemas integrados en otras ciudades han puesto en evidencia la dificultad de una implementación total e inmediata. Por esta razón el SITP opta por una implementación gradual, lo que significa que la operación no comenzará simultáneamente en todas las zonas sino que se realizará una implantación gradual de rutas desde febrero hasta octubre de 2011.” (Subraya del Tribunal)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En los estudios previos definitivos de la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009 se advirtió como objetivo a nivel social que “se espera que con la implementación del SITP se beneficie el total de la población de la ciudad y se produzcan mejoras generalizadas en la circulación de la ciudad.” (Subraya del Tribunal).

El objeto de la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009 consistió en:

“SELECCIONAR LAS PROPUESTAS MÁS FAVORABLES PARA LA ADJUDICACIÓN DE TRECE (13) CONTRATOS DE CONCESIÓN, CUYO OBJETO SERÁ LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA, DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP: 1) USAQUÉN, 2) ENGATIVÁ, 3) FONTIBÓN, 4) SAN CRISTÓBAL, 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.”

En el Anexo Técnico del Pliego de condiciones de la Licitación se señaló en el título denominado “2.2. ORGANIZACIÓN DE OPERADORES” la organización de la operación del SITP para la ciudad de Bogotá, la cual estaría integrada en 13 zonas que serían adjudicadas a operadores privados.

“Para el SITP se propone un modelo de operación por zonas; se prevé que la operación del SITP esté a cargo de operadores privados con quienes se celebraran contratos de concesión adjudicados en procesos licitatorios, estructurado con fundamento en la Ley 80 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 1150 de 2007; la implementación del Sistema concibe la integración del transporte colectivo actual al masivo, dentro del marco regulatorio propio del sistema masivo y el Decreto Distrital 319 de 2006, Plan Maestro de Movilidad, que de acuerdo con el modelo empresarial, se constituya.

(...)

“El número de zonas definido para operar en la ciudad, trece y una zona neutra, es una consecuencia directa de los ejes estructurantes que convergen al Centro Expandido de la ciudad, dado que de alguna manera dichos corredores corresponden a los ejes de cada zona. La figura presenta las zonas operacionales propuestas.”

El Tribunal da cuenta que en el informe rendido por Strategas Consultores S.A. en el punto 3.1. (Fl. 32 Cuaderno de Pruebas No. 3) se señaló que:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“Para las rutas del componente zonal del SITP se propuso un modelo de operación y delegación por zonas, dividiendo la ciudad de las 13 zonas concesionadas las cuales fueron adjudicadas a operadores privados para la explotación preferencial pero no exclusiva del servicio de transporte público en cada zona. Entre tanto, en las rutas del componente troncal todos los operadores explotan por igual todos los corredores troncales.”

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la pretensión sexta prosperará, en el entendido de que efectivamente, para este Tribunal es claro que desde la apertura de la licitación pública se tenía previsto que la ciudad de Bogotá se dividiría en 13 zonas, las cuales serían adjudicadas a diferentes operadores para prestar el Servicio Integrado de Transporte Público en la ciudad, toda vez que, cada una de esas zonas correspondía a un eje estructural de la ciudad, además se dejaría una zona neutra en el centro de la misma donde se concentra gran parte de la demanda de pasajeros, lo anterior como se mencionó antes quedó evidenciado en el Anexo Técnico de los pliegos de condiciones donde se señaló que *“El número de zonas definido para operar en la ciudad, trece, es una consecuencia directa de los ejes estructurantes que convergen al Centro Expandido de la ciudad, dado que de alguna manera dichos corredores corresponden a los ejes de cada zona”*, es por ello que para este Tribunal es claro que la división de la ciudad en 13 zonas no implica que con la misma se estuviese distribuyendo la totalidad del Transporte Público de la ciudad.

Pretensión séptima

En la pretensión séptima de la reforma a la demanda se solicitó:

“Séptimo. Que se declare que el Contrato coexiste con los contratos o concesiones actuales o futuros para la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) y para el desarrollo de otras actividades conexas o complementarias (concesiones, publicidad, comercio, servicios, rotacionales, entre otros), a las actividades tanto de Recaudo como de transporte de pasajeros necesarias para la funcionalidad del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP), así como con los contratos de concesión relacionados con el recaudo, la alimentación y la Operación Troncal de las Fases I y II del Sistema TransMilenio, y los demás que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. suscriba para el desarrollo y expansión del Sistema de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 5 del Contrato, así como de las normas legales aplicables.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Posición de la parte convocante

La parte convocante alega que teniendo en cuenta que el Contrato de Concesión 011 de 2010 es uno de los contratos suscritos por la administración distrital para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros en el distrito capital y de las actividades asociadas a tal fin, dicho Contrato coexiste con las demás concesiones actuales y futuras, necesarias para la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP, dentro de las que se incluye la actividad de recaudo, control de flota e información, y para el desarrollo de actividades conexas o complementarias -publicidad, comercio y servicios-, y los demás modos de transporte masivo, tales como el metro y el tren de cercanías, una vez se adjudiquen.

Posición de la parte convocada

La parte convocada no se opuso a la mencionada pretensión en la contestación a la reforma de la demanda y aceptó el hecho que lo relata señalando al respecto que en los términos de la ley que los regula y de cada uno de los contratos suscritos por la entidad, los que cumplen un fin y tienen (sic) y una razón de ser en la prestación del servicio esencial público de transporte. De otra parte, debe tenerse en cuenta que no puede coexistir con lo que jurídica y materialmente no existe (metro, tren de cercanías, etc.)

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público se pronunció al respecto señalando que el Concesionario expresamente reconoció en el contrato el carácter esencial del servicio público objeto de concesión, la coexistencia del contrato con otros contratos o concesiones, actuales o futuros, para la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP- “y por lo tanto acepta y se somete a todas las decisiones que TRASMILENIO adopte en relación con la contratación de las concesiones” (Cláusulas 5 y 6). Asimismo, el Concesionario, se obligó a “garantizar la prestación del servicio público urbano de pasajeros” (17.1.17)

Consideraciones del Tribunal

Respecto de la pretensión séptima, el Tribunal entrará a verificar si, en efecto, el contrato previó la coexistencia del contrato No. 11 de 2010 con los demás contratos de concesión celebrados para el desarrollo de la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En efecto, este Tribunal declarará probada la pretensión séptima toda vez que, en primer lugar, fue una pretensión a la que no se opuso la parte convocada y aceptó el hecho No. 75 de la contestación a la reforma de la demanda, y en segundo lugar, porque de la simple lectura de la cláusula 5 del contrato No. 11 de 2010 se observa que efectivamente éste coexiste con los demás contratos de concesión celebrados para el desarrollo de la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, así:

“CLÁUSULA 5. COEXISTENCIA DEL PRESENTE CONTRATO CON OTRAS CONCESIONES DEL SISTEMA

El presente Contrato coexistirá con otros Contratos o concesiones, actuales o futuros, para la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP y para el desarrollo de otras actividades conexas o complementarias (concesiones, publicidad, comercio, servicios, rotacionales, entre otros.), a las actividades tanto de Recaudo como de transporte de pasajeros, necesarias para la funcionalidad del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP. Esta circunstancia se declara expresamente conocida y aceptada por el CONCESIONARIO, quien reconoce a TRANSMILENIO S.A. como gestor y titular del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP, y por lo tanto acepta y se somete a todas las decisiones que TRANSMILENIO S.A. adopte en relación con la contratación de las concesiones que se requieran para habilitar la prestación del servicio de transporte de pasajeros a través del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP, aceptando así mismo de manera explícita y sin condicionamientos su coexistencia con la que se contrata por medio del presente instrumento; como consecuencia de lo anterior, TRANSMILENIO S.A. podrá contratar la prestación de un servicio especial, adicional a lo previsto en el Manual de Operaciones, para atender la demanda de la población en condición de discapacidad o acordar con los concesionarios del SITP un esquema que garantice dicha atención, previo acuerdo sobre el modelo de remuneración en caso de que el mismo se vea afectado por nuevas exigencias de tipología vehicular o de otro tipo. En particular, el presente Contrato coexistirá con los Contratos de concesión suscritos a la fecha para el recaudo, la alimentación y la Operación Troncal de las Fases I y II del Sistema TransMilenio, Contratos que el CONCESIONARIO que suscribe el presente Contrato declara conocer con sus modificaciones, adiciones y que forman parte integral de este documento.”

Pretensiones cuarta, quinta, octava, novena, décima, undécima y duodécima

En las pretensiones cuarta, quinta, octava, novena, décima, undécima y duodécima de la reforma a la demanda se solicitó:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“Cuarto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. es el Ente Gestor y Titular del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) y su área de influencia de conformidad con lo dispuesto en la Definición 1.84. y Cláusulas 5, 12, 23, 24 y 91 del Contrato así como de las normas que regulan el asunto.

“Quinto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. en su condición de Ente Gestor y Titular del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) es la entidad encargada de otorgar en concesión la explotación del servicio público de transporte masivo en la ciudad de Bogotá y su área de influencia.

“Octavo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. está obligada a integrar, evaluar y hacer el seguimiento de la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 486 de 2006 y demás normas pertinentes.

“Noveno. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. es responsable de la gestión, planeación y control de los contratos o concesiones actuales o futuros, para la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) y para el desarrollo de otras actividades conexas o complementarias (concesiones, publicidad, comercio, servicios, rotacionales, entre otros), a las actividades tanto de Recaudo como de transporte de pasajeros, necesarias para la funcionalidad del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP), así como con los contratos de concesión relacionados con el recaudo, la alimentación y la Operación Troncal de las Fases I y II del Sistema Transmilenio, y los demás que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. suscriba para el desarrollo y expansión del Sistema, y en consecuencia, es responsable frente a TRANZIT S.A.S. de las decisiones y efectos que adopte dentro de los mismos, por acción u omisión.

“Décimo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales en relación con el Contrato.

“Undécimo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales relacionadas con su condición de Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“Duodécimo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. está obligada a indemnizar los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales.”

Posición de la parte convocante

Expresa la parte convocante que con la expedición del Acuerdo Distrital 004 de 1999 se otorgó a TRANSMILENIO la titularidad del sistema de transporte masivo; que el objeto social de la empresa es la gestión, organización y planeación del servicio previsto en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009; que TRANSMILENIO es el Ente Gestor del sistema de transporte público masivo de Bogotá; que, por lo tanto, administra la infraestructura y ejerce el control sobre el cumplimiento de los contratos de concesión de las empresas privadas que prestan el servicio de transporte público masivo de pasajeros; y que debido a que TRANSMILENIO tiene la titularidad del sistema, esta empresa tiene la competencia para disponer los plazos o periodos de entrega, las condiciones técnicas de construcción y mantenimiento, plazos, periodos y demás aspectos relacionados con la infraestructura del sistema.

Adicionó que de acuerdo con la cláusula 22 del Contrato de Concesión 011 de 2011, “el inicio de la operación SITP se efectuará de acuerdo con el Cronograma de implementación establecido en el Anexo No. 2, el cual se ajustará a la fecha de suscripción del contrato, y periódicamente de acuerdo con el estado de avance de las obras de adecuación de la infraestructura.”

Agregó que según lo dispuesto por el artículo 3 del Acuerdo Distrital 004 de 1999, TRANSMILENIO es responsable de la prestación del servicio cuando se declare desierto un proceso de selección, o cuando se suspendan, o terminen de manera anticipada los contratos, o se declare la caducidad de los contratos con los operadores privados por las causas previstas en la ley o en los contratos, a efectos de lo cual podrá TRANSMILENIO prestar el servicio directamente en forma permanente o transitoria.

Indicó que ante la ocurrencia de la causal de declaratoria de caducidad, terminación anticipada o algún hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo de alguno de los Concesionarios del SITP que afecte de manera grave y directa la prestación del servicio de transporte urbano de pasajeros, TRANSMILENIO tiene la facultad de intervenir inmediatamente en la ejecución de los Contratos, tomar posesión y ejecutarlos hasta que el garante, o la persona que seleccione, previa licitación pública, asuman la ejecución de los Contratos. Y agregó que la situación

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

presentada en la ejecución de los contratos de concesión de los concesionarios COOBÚS y EGOBÚS y la consecuente inoperatividad de estos dos concesionarios, afectó de manera grave la prestación del servicio público de transporte masivo en la ciudad de Bogotá y alteró la normal ejecución de los demás contratos de concesión del Sistema Integrado de Transporte Público.

Precisa que en virtud del contrato de concesión 011 de 2010, TRANZIT tiene el derecho a obtener la colaboración tanto de TRANSMILENIO, como de los demás concesionarios y contratistas, para el desarrollo de la concesión.

Por último, señaló que TRANSMILENIO, como Ente Gestor del transporte público urbano masivo de pasajeros de la ciudad, incumplió con sus obligaciones legales y contractuales con TRANZIT, en cuanto a la gestión y vigilancia de la ejecución contractual de los concesionarios COOBÚS y EGOBÚS.

Posición de la parte convocada

Al contestar la demanda reformada, TRANSMILENIO no se opuso a las pretensiones cuarta, quinta, octava y novena, como sí lo hizo respecto de las pretensiones décima y undécima; no obstante, advirtió que dichas pretensiones deben entenderse de acuerdo con lo establecido en el contrato de concesión N° 11 de 2010 y en los pliegos de condiciones de la licitación que lo originó. La convocada propuso la excepción denominada *“3.33 Cumplimiento por parte de TRANSMILENIO S.A. de sus obligaciones como Ente Gestor del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en la ciudad”* e indicó al respecto que desde su creación y durante el tiempo de la concesión adjudicada a TRANZIT S.A.S. mediante el contrato No. 011 de 2010, la Empresa de Transporte del Tercer milenio S.A.- TRANSMILENIO, ha dado absoluto cumplimiento a sus objetivos de gestionar, organizar y planear el servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital, de conformidad con las normas vigentes y sus estatutos sin que sea aceptable cualquier reproche de inobservancia en ese sentido.

Así mismo, manifestó respecto de los hechos a que hace referencia este acápite que TRANSMILENIO nada tiene que ver con lo planteado por la Convocada en relación a la competencia para disponer los plazos o periodos de entrega, las condiciones técnicas de construcción y mantenimiento, plazos, periodos y demás aspectos relacionados con la infraestructura del sistema, pues ello corresponde a otras entidades Distritales, siendo ese el caso del IDU en materia de infraestructura, lo que es regulado en el Convenio Interadministrativo de Cooperación No. 020 del 20 de septiembre de 2001, suscrito entre el IDU y TRANSMILENIO S.A.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Por último, añadió que no ha ocurrido ninguna afectación grave la prestación del servicio de la ciudad debido a la inoperancia de los concesionarios COOBÚS y EGOBÚS y mucho menos que eso hubiese alterado la ejecución de los demás contratos de concesión.

Concepto del Ministerio Público

Sobre este tema el Ministerio Público no realizó ningún pronunciamiento.

Consideraciones del Tribunal

Corresponde al Tribunal determinar si, como lo afirma la parte convocante TRANSMILENIO es el Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público-SIPT y por lo tanto, como Ente Gestor tenía a su cargo las obligaciones de integrar, evaluar y hacer el seguimiento al SITP y de los contratos o concesiones actuales o futuros. De esta forma deberá concluir el Tribunal si dichas obligaciones fueron incumplidas por parte de TRANSMILENIO o no; al respecto el Tribunal Considera que:

La Ley 86 de 1989, que fue modificada por La ley 310 de 1996, previó los lineamientos de la política para la creación de un sistema de servicio público de transporte masivo de pasajeros.

El numeral primero del artículo 2 de la ley 310 de 1996 estableció que la titular del sistema de servicio público de transporte masivo de pasajeros sería una sociedad por acciones.

Mediante el Acuerdo 004 de 1999, el Consejo de Bogotá autorizó al Alcalde Mayor, en representación del Distrito, a participar en la constitución de la Empresa de Transporte de Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A.; el artículo segundo del Acuerdo estableció que el objeto de TRANSMILENIO S.A. era la gestión, organización y planeación del servicio público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia.

Así mismo, el artículo 3 del mencionado Acuerdo señaló como una función de TRANSMILENIO la de gestionar, organizar y planear el servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia.

El Acuerdo 004 de 1999 fue reglamentado por el Decreto 831 de 1999, el cual en su artículo 3, previó la Gestión del Sistema TRANSMILENIO así:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“De conformidad con los Acuerdos del Concejo de Santa Fe de Bogotá 6 de 1998 y 4 de 1999, y con el presente Decreto, le corresponde a TRANSMILENIO S.A., la gestión, organización, planeación, supervisión, regulación, control y responsabilidad del Sistema de Transporte Público Masivo Urbano de Pasajeros en el Distrito Capital bajo la modalidad de transporte terrestre automotor, en las condiciones que señalen las normas vigentes y según las políticas generales que determine la Secretaría de Tránsito y Transporte.”

Mediante el Decreto 319 de 2006 se adoptó el Plan Maestro de Movilidad para Bogotá, y en su artículo 15 se señaló que TRANSMILENIO, como ente gestor del sistema de transporte masivo, tiene la responsabilidad de la integración, evaluación y seguimiento de la operación del SITP; en consecuencia, le correspondía adelantar los procesos de selección necesarios para poner en marcha la integración con el actual sistema de transporte colectivo.

Posteriormente, el Decreto 486 de 2006 le asignó a TRANSMILENIO, como ente gestor, unas funciones con relación al sistema integrado de transporte público SITP, las cuales son:

“a. Integrar, evaluar y hacer el seguimiento de la operación del Sistema Integrado de Transporte Público - SITP.

“b. Adelantar los procesos de selección necesarios para poner en marcha la integración del transporte público masivo con el actual sistema de transporte colectivo, en los términos del artículo 17 del Decreto 319 de 2006.”

Así mismo, el Decreto 309 de 2009 el cual creó el Sistema Integrado de Transporte Público- SITP, y en su artículo 8 estableció que TRANSMILENIO sería el ente gestor del Sistema Integrado de Transporte Público y se le atribuyeron unas responsabilidades, así:

“Artículo 8°. - Competencia de Transmilenio S.A. como Ente Gestor del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO. De conformidad con lo establecido en el Acuerdo Distrital 4 de 1999 y los Decretos Distritales 319 y 486 de 2006, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio S.A. como ente gestor del SITP realizará: La planeación, gestión y control contractual del Sistema; el proceso de integración, evaluación y seguimiento de la operación y los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del actual transporte público colectivo al transporte público masivo.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Las disposiciones legales antes transcritas y comentadas establecen, en forma diáfana, que la parte convocada a este trámite arbitral, esto es, la sociedad TRANSMILENIO S.A., ostenta la condición de “ente gestor” del Sistema de Transporte Público Masivo Urbano de Pasajeros en el Distrito Capital, en general, y del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP, de la ciudad, en particular.

Lo anterior fue tan claro para los concesionarios que desde el inicio del proceso de selección que dio lugar a la celebración del contrato de concesión 011 de 2010, se advirtió en las condiciones generales del pliego definitivo de condiciones de la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009, la condición de TRANSMILENIO como ente gestor del SITP, así:

“TRANSMILENIO S.A., de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 319 de 2006 y en el Decreto 486 de 2006, es el ente gestor del sistema de transporte público masivo de Bogotá, administra la infraestructura y ejerce el control sobre el cumplimiento de los contratos de concesión de las empresas privadas que prestan el servicio de transporte público masivo de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia.”

Adicionalmente, este Tribunal evidencio que así mismo, que en el contrato de concesión No. 11 de 2010, en diversas cláusulas, tales como las 1.84, 5, 23, 24, 46, 66 y 91 se reiteró la condición que tiene TRANSMILENIO S.A. como ente gestor del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP.

“CLÁUSULA 1. DEFINICIONES. 1.84. TRANSMILENIO S.A. Es la entidad pública contratante EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A., sociedad por acciones constituida entre entidades públicas del orden distrital bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos, autorizada mediante Acuerdo No. 004 del 4 de febrero de 1999 del Concejo de Bogotá, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, constituida mediante Escritura Pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999 de la Notaría 27 de Bogotá, registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el número 974583, quien, con respecto del SITP, y por disposición del artículo 15 del Decreto 319 de 2006 (Plan Maestro de Movilidad) es el ente Gestor del Sistema. (Subraya del Tribunal).

“CLÁUSULA 5. COEXISTENCIA DEL PRESENTE CONTRATO CON OTRAS CONCESIONES DEL SISTEMA. El presente Contrato coexistirá con otros Contratos o concesiones, actuales o futuros, para la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP y para el desarrollo de otras actividades conexas o complementarias (concesiones, publicidad,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

comercio, servicios, rotacionales, entre otros.), a las actividades tanto de Recaudo como de transporte de pasajeros, necesarias para la funcionalidad del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP. Esta circunstancia se declara expresamente conocida y aceptada por el CONCESIONARIO, quien reconoce a TRANSMILENIO S.A. como gestor y titular del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP, y por lo tanto acepta y se somete a todas las decisiones que TRANSMILENIO S.A. adopte en relación con la contratación de las concesiones que se requieran para habilitar la prestación del servicio de transporte de pasajeros a través del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP, aceptando así mismo de manera explícita y sin condicionamientos su coexistencia con la que se contrata por medio del presente instrumento. (Subraya del Tribunal).

“CLÁUSULA 23. DERECHOS DE TRANSMILENIO S.A.

La concesión que se otorga por medio del presente Contrato, implica para TRANSMILENIO S.A., los derechos que le corresponden conforme a la ley y a su condición de titular y ente gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP, entre los que se encuentran, sin limitarse a ellos, los siguientes:

El derecho a mantener la titularidad sobre el Sistema, y por tanto, a que dicha titularidad sea reconocida y respetada por el CONCESIONARIO.

El derecho a ser la supervisión, vigilancia y control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP.

El derecho a supervisar el desarrollo y ejecución del presente Contrato, y a acceder a los documentos e información que dan cuenta de la actividad del CONCESIONARIO. TRANSMILENIO S.A. tendrá derecho acceder también a la información financiera y contable del CONCESIONARIO.

“CLÁUSULA 24. OBLIGACIONES DE TRANSMILENIO S.A. La concesión que se otorga por medio del presente Contrato, implica para TRANSMILENIO S.A. las siguientes obligaciones:

Adelantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión y control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP, en los términos establecidos en el presente Contrato y en el Manual de Operación, que permitan al CONCESIONARIO el desarrollo de la actividad de transporte, que es objeto de la presente Concesión.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“CLÁUSULA 46. TARIFA AL USUARIO. (...) El riesgo de que los recursos disponibles en el Fondo de Estabilización Tarifaria (FET) no sean suficientes para cubrir dicha diferencia no se encontrará atribuido al CONCESIONARIO y se encuentra garantizado con el compromiso de pago extendido por el Distrito Capital, suscrito como un compromiso unilateral a favor de TRANSMILENIO S.A., en su calidad de gestor del Sistema TransMilenio por medio del cual se ha obligado a reconocer los valores que conforme a lo previsto en el presente Contrato tendría derecho a percibir el SITP y a través del mismo, sus Concesionarios y agentes.

(...)

El Ente Gestor TRANSMILENIO S.A. debe realizar una planeación tarifaria, que implica la proyección en el tiempo de costos de remuneración a los agentes del sistema, demanda y oferta del sistema, tarifas técnicas del sistema (TTsip y TTtm), utilización y recursos acumulados en el Fondo de Estabilización Tarifaria; y recomendar a la Administración Distrital los incrementos necesarios en la Tarifa al Usuario con base en los estudios que realice, o en su lugar, el monto de recursos que debe trasladar la Administración Distrital para cubrir plenamente el diferencial tarifario y evitar que el Fondo de Estabilización Tarifaria quede ilíquido. (Subraya del Tribunal).

“CLÁUSULA 66. INGRESOS DE TRANSMILENIO S.A. COMO ENTE GESTOR DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE BOGOTÁ SITP. TRANSMILENIO S.A., en su calidad de ente gestor del Sistema Integrado de Transporte, Público de Bogotá - SITP, obtendrá a título de participación en los beneficios económicos derivadas de la explotación económica del Sistema durante el término de vigencia del presente contrato, un porcentaje del total de los recursos del Fondo Principal. (Subraya del Tribunal).

“CLÁUSULA 91. PLANEACIÓN ESTRUCTURAL DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE BOGOTÁ- SITP. TRANSMILENIO S.A., como ente gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP, tiene a su cargo la planeación estructural del Sistema y la definición del régimen técnico que regula la operación y control del sistema. En ejercicio de sus funciones y en caso de presentarse controversias entre concesionarios de operación o entre concesionarios de operación y el concesionario del SIRCI, TRANSMILENIO S.A. resolverá dichas controversias con la finalidad exclusiva de evitar la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

afectación del servicio, sin perjuicio de los derechos de las partes de resolver el conflicto y reclamar los perjuicios que le correspondan ante la autoridad competente.”

Sobre la condición de ente gestor que tiene TRANSMILENIO la testigo Ivonne Alcalá señaló lo siguiente:

“DR. CORTÉS: Puede, por favor, informarle al Tribunal, cuáles son las implicaciones o efectos para el sistema de que Transmilenio sea un ente gestor, ¿cuáles son esas implicaciones de un Transmilenio como ente gestor?

“SRA. ALCALÁ: fundamentalmente las obligaciones de Transmilenio como ente gestor están dadas en términos de la debida coordinación, de todos los elementos del sistema que mencioné al principio de esta diligencia, me refiero a la infraestructura, me refiero a la flota y me refiero a los equipos tecnológicos; Transmilenio tiene no sólo la función legal sino que además lo reivindica en los contratos de concesión y es que Transmilenio debe llevar a cabo todas las actividades previas concomitantes para el funcionamiento del sistema de transporte masivo, eso hace y se manifiesta a través de cláusulas como las que mencionamos que es la cláusula de coexistencia pero básicamente Transmilenio como titular del sistema debe garantizar que todos los agentes del sistemas y todos los componentes del sistema se ejecuten y funcionen de manera armónica para lograr un servicio al usuario de condiciones eficientes y adecuadas.”⁵²

En consecuencia, para el Tribunal no existe duda alguna en cuanto a que TRANSMILENIO ostenta la condición jurídica de “ente gestor” del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP, presupuesto necesario para estudiar la prosperidad, o la desestimación de las pretensiones cuarta, quinta, octava, novena y undécima de la demanda.

En tal sentido, con lo expuesto hasta ahora, con fundamento en las normas legales y en las disposiciones contractuales citadas, el Tribunal encuentra probados los supuestos para declarar la prosperidad de la pretensión cuarta, que busca una declaración en el sentido de que TRANSMILENIO es el “ente gestor” del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP, y así lo declarará.

Ahora bien, en cuanto a las pretensiones quinta, octava, y novena de la demanda, el estudio para determinar su prosperidad, o su desestimación, implica un análisis del significado mismo de la condición de “ente gestor” del Sistema Integrado de

⁵² Testimonio de Ivonne Alcalá, prueba practicada en audiencia de 16 de marzo de 2018

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Transporte Público – SITP, de las obligaciones que dicha condición imponen a TRANSMILENIO en el marco del contrato de concesión No. 11 de 2010 y de si dichas obligaciones fueron cumplidas o incumplidas por la parte convocada.

Para este efecto, el Tribunal analizará, en primer lugar, las normas que atribuyen a TRANSMILENIO la condición de “ente gestor” del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP, y en segundo lugar, las estipulaciones del contrato de concesión No. 11 de 2010 que le atribuyen a la convocada obligaciones relacionadas con dicha condición, y determinará si las atribuciones y los deberes previstos en las normas legales en las cuales se le atribuye a TRANSMILENIO la mencionada condición terminan convirtiéndose en obligaciones contractuales o si por el contrario, son solamente atribuciones otorgadas por la ley que no tienen el carácter de obligaciones de naturaleza contractual.

Como se advirtió antes, tanto el artículo 15 del Decreto 319 del 2006, como el artículo 1 del Decreto 486 del 2006, y el artículo 8 del Decreto 309 de 2009, le atribuyeron a TRANSMILENIO como ente gestor del SITP unas funciones, competencias y responsabilidades encaminadas todas a integrar, evaluar, planificar, gestionar, controlar y hacer seguimiento a la operación del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP, y a los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del transporte público colectivo al transporte público masivo.

Es menester señalar que en el numeral 1.13 de los pliegos de condiciones definitivos de la licitación pública No. TMSA-LP-004 DE 2009 se indicó que el régimen legal del contrato estaba compuesto por la Constitución Política, las normas sobre Contratación Estatal, sobre Transporte, el Acuerdo por medio del cual se ordenó la constitución de TRANSMILENIO S.A. y los Decretos del Plan Maestro de Movilidad para Bogotá y del Sistema Integrado de Transporte Público para Bogotá, D.C., así como las demás normas concordantes que rijan o lleguen a regir los Sistemas de Transporte Terrestre Público de Pasajeros. Este numeral dice:

“1.13 RÉGIMEN LEGAL DE LA LICITACIÓN Y DE LOS CONTRATOS.

El marco legal de la presente licitación pública y de los contratos que se deriven de su adjudicación, está conformado principalmente por la Constitución Política, las leyes de la República de Colombia y en especial por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 o las que las modifiquen o sustituyan, el Decreto 2474 de 2008, Decreto 4828 de 2008, Decreto 4881 de 2008, Decreto 2025 de 2009, la Ley 105 de 1993, la Ley 336 de 1996, la Ley 86 de 1989 y la Ley 310 de 1996, así mismo, por el Decreto Ley 1421 de 1993 y el Decreto Nacional 3109 de 1997 y los demás decretos reglamentarios pertinentes, por

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

los Códigos Civil y de Comercio y demás normas concordantes que rijan o lleguen a regir los Sistemas de Transporte Terrestre Público de Pasajeros.

Así mismo, está conformado por el Acuerdo Distrital 257 y 418 de 2006 y por los Decretos Distritales 619 de 2000, y 469 de 2003, 190 de 2004, 319, 486 y 567 de 2006, el Decreto 309 de 2009, por el cual se adopta el SITP, y las demás normas que los sustituyan o modifiquen.

Las normas actualmente vigentes que resulten pertinentes de acuerdo con la Ley colombiana se presumen conocidas por todos los proponentes.”

Ahora bien, la Cláusula 184.1 del Contrato de Concesión No. 11 de 2010 estableció que hacen parte del contrato los pliegos de condiciones, sus Proformas, Anexos y Adendas, así:

“CLÁUSULA 184. DOCUMENTOS DEL CONTRATO. Formarán parte de este **Contrato**, los siguientes documentos: **184.1.** El pliego de condiciones, sus **PROFORMAS, ANEXOS y ADENDAS.** (...)”

De otra parte, en las cláusulas 23 y 24 del contrato No. 11 de 2010 a TRANSMILENIO se le atribuyeron ciertos derechos y obligaciones, como ente gestor del Sistema Integrado de Transporte Público, así:

“CLÁUSULA 23. DERECHOS DE TRANSMILENIO S.A. La concesión que se otorga por medio del presente Contrato, implica para TRANSMILENIO S.A., los derechos que le corresponden conforme a la ley y a su condición de titular y ente gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP, entre los que se encuentran, sin limitarse a ellos, los siguientes:

- “- El derecho a mantener la titularidad sobre el Sistema, y por tanto, a que dicha titularidad sea reconocida y respetada por el **CONCESIONARIO.**
- “- El derecho a realizar la planeación estructural del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP.
- “- El derecho a realizar la supervisión, vigilancia y control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP.”

“CLÁUSULA 24. OBLIGACIONES DE TRANSMILENIO S.A.

“24.1. Adelantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión y control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP, en los términos establecidos en el presente Contrato y en el Manual de Operación,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

que permitan al CONCESIONARIO el desarrollo de la actividad de transporte, que es objeto de la presente Concesión.”

“CLÁUSULA 91. PLANEACIÓN ESTRUCTURAL DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE BOGOTÁ- SITP. TRANSMILENIO S.A., como ente gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP, tiene a su cargo la planeación estructural del Sistema y la definición del régimen técnico que regula la operación y control del sistema. En ejercicio de sus funciones y en caso de presentarse controversias entre concesionarios de operación o entre concesionarios de operación y el concesionario del SIRCI, TRANSMILENIO S.A. resolverá dichas controversias con la finalidad exclusiva de evitar la afectación del servicio, sin perjuicio de los derechos de las partes de resolver el conflicto y reclamar los perjuicios que le correspondan ante la autoridad competente.”

Teniendo en cuenta lo anterior, para este Tribunal se hace evidente que las competencias, funciones y responsabilidades que fueron asignadas a TRANSMILENIO S.A. como ente gestor del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP a través de los Decretos 319 del 2006, 486 del 2006, y 309 de 2009, hacen parte integral del contrato pues así quedó estipulado contractualmente; por lo tanto, se convierten en obligaciones a cargo de la parte convocada, las cuales le son exigibles, contractualmente, por los concesionarios del SITP en general, y en particular por TRANZIT.

Sobre este punto es preciso tener en cuenta los precedentes arbitrales existentes en relación con los contratos de concesión del sistema TRANSMILENIO y del SITP.

Por ejemplo, en el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal Arbitral convocado por Transmasivo S.A. y Sistemas Operativos Móviles S.A. - Somos K S.A., contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio -Transmilenio S.A., con fecha 21 de diciembre de 2016, y allí se señaló al respecto lo siguiente:

“En este sentido, para el Tribunal resulta importante resaltar que no se trata de meras enunciaciones normativas ajenas a los Contratos de Concesión, sino todo lo contrario, obligaciones que de un lado se entienden incorporadas a éstos, y del otro, supuestos necesarios que sustentaron la presentación de la propuesta por parte de los hoy concesionarios. Se reitera lo anterior como quiera que la celebración de los contratos parte de la necesaria base de que Transmilenio es y sería el gestor del Sistema Transmilenio y todo lo que ello conlleva se estudiará.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“Concretamente, en cuanto a los deberes de Transmilenio S.A. de gestión, planeación y control del Sistema de Transmilenio que, en principio podrían parecer simplemente el ejercicio de una función administrativa, el Tribunal destaca desde ya que los mismos fueron incorporados al contenido obligacional de los Contratos de Concesión, cuando en la Cláusula 12.1 se pactó, como obligaciones de Transmilenio, entre otras, las siguientes: “12.1 Adelantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión, planeación y control del Sistema Transmilenio, que permitan al CONCESIONARIO el desarrollo de la actividad de transporte que es objeto de la presente concesión.”⁵³

El laudo en mención tuvo un salvamento de voto en el cual se discutió precisamente esa interpretación que se le había dado a la normatividad que regula el sistema TRANSMILENIO; allí se manifestó que las funciones y deberes de TRANSMILENIO S.A. como ente gestor del sistema TRANSMILENIO hacen parte de la función administrativa del ámbito de competencia de la misma, pero no por ello se convierten en obligaciones o deberes contractuales.⁵⁴

No obstante lo indicado en el salvamento, este Tribunal comparte los razonamientos adoptados por la parte mayoritaria del laudo.

En el mismo sentido del Laudo Arbitral proferido antes citado, el Laudo Arbitral de Este Es Mi Bus contra TRANSMILENIO S.A. proferido el 6 de julio de 2018 se señaló al respecto lo siguiente:

⁵³ Tribunal de Arbitramento de Transmasivo S.A. y Sistemas operativos Móviles S.A. contra Empresa de Transporte del Tercer milenio- Transmilenio S.A. Laudo arbitral de 21 de diciembre de 2016. Página 49, punto 2.1.

⁵⁴ “Las funciones de TRANSMILENIO S.A. sobre gestión, organización, planeación y control del Sistema Transmilenio y la gestión sobre expedición de actos administrativos necesarios para la implantación de este último, son funciones administrativas comprendidas en el ámbito de sus competencias, que por mandato constitucional y legal le corresponden a quienes tienen a su cargo la titularidad y ejercicio de funciones de esa naturaleza.

La existencia de estos deberes legales y estatutarios de TRANSMILENIO S.A., tendientes a procurar la prestación del servicio público esencial de transporte bajo los principios de eficiencia, eficacia, economía y continuidad, así como sus objetivos empresariales, son, en realidad, el marco general programático que establece las finalidades que debe perseguir la entidad y sirve de trasfondo para determinar eventualmente la responsabilidad fiscal o disciplinaria de sus funcionarios por incumplimiento en el ejercicio de sus funciones o la imposición de sanciones administrativas, pero no implica que exista, al propio tiempo, como en la responsabilidad contractual, un sujeto activo que ante el incumplimiento de aquellas tenga un derecho correlativo que le permita la ejecución forzosa y, en su defecto, la indemnización de perjuicios.

Si bien es cierto que en los contratos se entienden incorporados los preceptos legales, estos son los propios de la clase de negocio jurídico que las partes hayan celebrado, no los que rigen las funciones o deberes de las partes frente a terceros ni los que regulan su conducta institucional o personal.”⁵⁴

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“La síntesis de las pruebas y de los documentos contractuales precedentes, permiten concluir que como se previó en el numeral 1.13 de los Pliegos de la Licitación Pública TMSA-004-2009, el “marco legal” de la misma “y de los contratos” está conformado por el conjunto de las disposiciones jurídicas allí indicadas, con el sentido y alcance que las partes las acordaron en los Contratos de Concesión Nos. 001 y 002 de 2010, sus anexos y documentos integrantes. No, por efecto de la integración normativa, sino de los pactado y en la forma estipulada.

(...)

“La distinción que se pone de presente entre las obligaciones legales en el marco de la regulación , y las obligaciones en el ámbito del contrato, explica la razón por la cual las partes con absoluta claridad y precisión, estipularon en forma expresa, como derecho de TRANSMILENIO, la planeación estructural, vigilancia y control del Sistema, la supervisión, vigilancia y control del SITP, la supervisión del desarrollo y ejecución del contrato que, en el marco de la política pública, y la última del régimen legal de la contratación estatal, son obligaciones de la entidad estatal.

(...)

“Tal aspecto, no es contradictorio, ambiguo o anfibológico, ni contraviene el orden público o disposición imperativa alguna. Tampoco se ha cuestionado la validez del contrato, ni de las cláusulas 23 y 24 por contrariar el ordenamiento jurídico, ni se observa que lo contravenga. En efecto, las partes en ejercicio de su libertad contractual tiene autoridad y legitimación para disciplinar su relación.

“Con todo, debe notar el Tribunal que los derechos comportan obligaciones en su ejercicio. Así, en ejercicio del derecho de realizar la planeación estructural del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP. “realizar la supervisión, vigilancia y control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP”, supervisar el desarrollo y ejecución del presente Contrato”, dimanar obligaciones para su titular.

“Desde esta perspectiva, y con el estricto alcance expresado, la pretensión 3.2. prospera parcialmente respecto de la evaluación y seguimiento de la operación que es desarrollo concreto de la obligación de control, y no en lo relativo a la responsabilidad por la integración, que por demás es ulterior a la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

implementación en la cual también el Concesionario contrajo prestaciones, cuyo cumplimiento previo es menester para integrar el sistema.

“La pretensión 3.3., prospera parcialmente en cuanto TRANSMILENIO como Ente Gestor del SITP, tiene el derecho de realizar la planeación estructural del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP. ”, “realizar la supervisión, vigilancia y control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP”, supervisar el desarrollo y ejecución del presente Contrato”, y la obligación de “[a]delantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión y control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP, en los términos establecidos en el presente Contrato y en el Manual de Operaciones, que permitan al CONCESIONARIO el desarrollo de la actividades de transporte, que es objeto de la Concesión”, y por consiguiente, con este preciso alcance, le corresponde la gestión, organización, planeación, estructuración, vigilancia, control, seguimiento y coordinación del servicio de transporte público, masivo, urbano, de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, esto es, del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP.”

Las obligaciones legales y contractuales que se encontraban a cargo de Transmilenio como ente gestor son las siguientes:

- La gestión, organización, planeación, supervisión, regulación, control y responsabilidad del Sistema de Transporte Público Masivo Urbano de Pasajeros en el Distrito Capital. (Acuerdo 004 de 1999).
- La integración, evaluación y seguimiento de la operación del SITP. (Art. 15 Decreto 319 de 2006).
- La planeación, gestión y control contractual del Sistema; el proceso de integración, evaluación y seguimiento de la operación y los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del actual transporte público colectivo al transporte público masivo (Art. 8 Decreto 309 de 2009).
- El derecho a realizar la supervisión, vigilancia y control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP. (Art. 23 Contrato Concesión No. 11 de 2010).
- Adelantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión y control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP. (Art. 24 Contrato Concesión No. 11 de 2010).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

- La planeación estructural del Sistema y la definición del régimen técnico que regula la operación y control del sistema. (Art. 91 Contrato Concesión No. 11 de 2010).

Teniendo en cuenta lo anterior, y como ya lo advirtió antes este Tribunal, TRANSMILENIO como Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP, tenía a su cargo la responsabilidad y obligación legal y contractual de integrar, evaluar, planificar, gestionar, controlar y hacer seguimiento a la operación del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP, y a los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del transporte público colectivo al transporte público masivo, así las cosas prosperarán las pretensiones, quinta y octava de la reforma de la demanda.

En cuanto a la pretensión novena, la misma prosperará parcialmente en lo que tiene que ver con las obligaciones de TRANSMILENIO de gestionar, planear y controlar el SITP como se advirtió antes, pero no, en cuanto a que la misma es responsable frente a TRANZIT por las decisiones y los efectos que se generen debido a su calidad de Ente Gestor, pues es claro para este Tribunal que para poder determinar lo anterior, se hace necesario verificar y estudiar las demás pretensiones de la reforma de la demanda que se encuentran encaminadas a determinar el incumplimientos por parte de TRANSMILENIO de sus obligaciones legales y contractuales en su calidad de Ente Gestor, lo cual será estudiado por el Tribunal en otros apartes del Laudo.

Ahora bien, luego de analizar que efectivamente son obligaciones de TRANSMILENIO como ente gestor integrar, evaluar, planificar, gestionar, controlar y hacer seguimiento a la operación del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP, y a los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del transporte público colectivo al transporte público masivo, este Tribunal pasará a verificar con detalle si estas obligaciones son de medio o de resultado.

Rene Demogue al respecto —según lo explica la tratadista Castro de Cifuentes— *“advertía que existían unas obligaciones que perseguían no solo una conducta del deudor, sino también un resultado; y que había otras obligaciones de simples medios, en las que el deudor se obligaba nada más a desarrollar o producir una conducta o actividad de manera prudente, pero sin garantizar un resultado.”*⁵⁵ Por su parte, en criterio de Henry, Jean y León Mazeaud la distinción debía hacerse entre las denominadas por su parte las definen como *“obligaciones determinadas*

⁵⁵ Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil, Tomo III, De las obligaciones, Bogotá, Edit. Temis, 1986, Página 403. Citado por Castro de Cifuentes, Marcela. Derecho de las obligaciones, Tomo I, Edit. Temis, 2009, Página 44.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

(el deudor se obliga a realizar un hecho determinado y específico) y obligaciones generales o de prudencia y diligencia (aquí, el deudor se obliga a observar tan solo diligencia y prudencia en la consecución del objeto contratado).”⁵⁶

El Dr. Guillermo Ospina Fernández señala que existe obligación de medios “cuando el deudor solamente ha de poner estos con la diligencia requerida para el logro de un resultado *cuta* realización él no garantiza.” A diferencia de la obligación de resultado que se da “cuando la obtención de este queda incluida en el objeto de aquella.”⁵⁷

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado al respecto:

“En el contexto antes descrito, y con especial referencia a las obligaciones de hacer, se ha señalado, en términos simples, que en algunas ocasiones el compromiso del deudor consiste en desplegar una conducta, actividad o comportamiento, con diligencia, sin garantizar que el acreedor obtenga un logro concreto o específico –obligaciones de medio o de medios-, al paso que en otros eventos la satisfacción del titular del derecho de crédito estará dada porque con el comportamiento debido se obtenga un resultado o efecto preciso y determinado –obligaciones de resultado.”⁵⁸

Revisadas las obligaciones que se encontraban a cargo de TRANSMILENIO como ente gestor del Sistema Integrado de Transporte Público, encuentra este Tribunal que las mismas son de medios y no de resultados, teniendo en cuenta que el compromiso asumido por TRANSMILENIO era el de desplegar una conducta activa y diligente en cuanto a la planeación, gestión y control contractual del Sistema, más no garantizar que el sistema mismo funcionaría a la perfección; es más, los mismos verbos rectores de las obligaciones asumidas por TRANSMILENIO dejan ver que su compromiso era de medios y no de resultado.

Así mismo, en el mismo Anexo No. 1 de los pliegos de condiciones se evidencia que las obligaciones a cargo del Ente Gestor son de medios y no de resultados al prever las dificultades de la implementación del sistema integrado de manera inmediata, así:

⁵⁶ Ibídem, Página 45.

⁵⁷ Ospina Fernández, Guillermo. Régimen general de las obligaciones, Editorial Temis, Octava Edición, Bogotá, 2008, Página 26.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez, Bogotá D.C., cinco (5) de noviembre de dos mil trece (2013), Ref.: 20001-3103-005-2005- 00025-01

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“El Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) organiza la ciudad en 13 zonas operacionales y una zona neutra en el centro expandido de la ciudad, donde se concentra gran parte de la demanda atraída por la presencia de usos del suelo dedicados a oficinas, comercio, servicios y educación. La operación de cada una de las 13 zonas se pretende licitar a igual número de empresas operadoras como parte del reordenamiento del transporte urbano en Bogotá en la Etapa 1 del SITP según Decreto 309 de 2009. Sin embargo, experiencias de sistemas integrados en otras ciudades han puesto en evidencia la dificultad de una implementación total e inmediata. Por esta razón el SITP opta por una implementación gradual, lo que significa que la operación no comenzará simultáneamente en todas las zonas sino que se realizará una implantación gradual de rutas desde febrero hasta octubre de 2011.”

Teniendo en cuenta lo anterior, para este Tribunal prosperará la excepción 3.33 denominada *“Cumplimiento por parte de Transmilenio S.A. de sus obligaciones como Ente Gestor del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en la ciudad”*, pues como se advirtió antes TRANSMILENIO como Ente Gestor del sistema desplegó una conducta activa y diligente en cuanto a la planeación, gestión y control contractual del Sistema.

Ahora bien, en relación con las pretensiones Décima, Undécima y Duodécima, el Tribunal observa que con ellas se persigue la declaración de incumplimientos de obligaciones legales y contractuales de TRANSMILENIO, tanto respecto del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, como de su condición como Ente Gestor del SITP, así como declaraciones de que la convocada tiene frente a TRANZIT obligaciones indemnizatorias respecto de los perjuicios causados por dichos incumplimientos. No obstante, los extremos de estas pretensiones, así planteadas, no las encuentra el Tribunal fundamentadas en lo fáctico ni en lo probatorio, así como tampoco encuentra las mismas concatenadas con las obligaciones supuestamente incumplidas por TRANSMILENIO, ni aparecen acreditados los daños sufridos por TRANZIT y la relación de causalidad entre dichos incumplimientos y los perjuicios que pretende reclamar.

Las pretensiones Décima, Undécima y Duodécima, en síntesis, no están aparejadas de la carga probatoria prevista tanto en el artículo 1757 del Código Civil.⁵⁹ como en el artículo 167 del Código General del Proceso.⁶⁰ Tampoco existen, respecto de estas pretensiones, los elementos de juicio necesarios para que el

⁵⁹ Artículo 1757 del Código Civil. Persona con la carga de la prueba. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

⁶⁰ Artículo 167, inciso 1º, del Código General del Proceso. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Tribunal pudiera derivar de ellas una condena en concreto, como lo exige el artículo 283 del Código General del Proceso.

Por tales motivos, las pretensiones Décima, Undécima y Duodécima no prosperarán, como se declarará en la parte resolutive de este laudo.

Ahora bien, al existir múltiples pretensiones referidas al pretendido incumplimiento de obligaciones concretas y específicas de TRANSMILENIO, así como la condena a la indemnización de perjuicios que alega se derivan directamente de esos alegados incumplimientos, el Tribunal evaluará, considerará y decidirá al analizar cada una de ellas, en apartes posteriores de este laudo.

Pretensiones Particulares

Pretensión décima tercera

El texto de la pretensión es el siguiente:

“Décimo tercero. Que se declare que la Cláusula 17.5. del Contrato establece que TRANZIT S.A.S. estaba obligado a cumplir con un Cierre Financiero, consistente en probar –a satisfacción de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.- que contaba con compromisos a su favor que garantizaran el desembolso de recursos de deuda por la suma de setenta y cuatro mil trescientos cincuenta y nueve millones de pesos moneda corriente (\$74.359.000.000,00) para la Zona 13) Usme sin Operación Troncal.”

Posiciones de las partes

A este respecto, en el hecho 212 de la demanda reformada se afirmó:

“Ahora bien, tanto el numeral 3.2.7 del Pliego de Condiciones Definitivo como la cláusula 17.5 del Contrato de Concesión establecen que el valor mínimo de financiamiento que debía acreditar el proponente a quien le fuera adjudicada la zona de Usme era de setenta y cuatro mil trescientos cincuenta y nueve millones de pesos moneda corriente (COL\$74.359.000.000). Este valor no fue objeto de modificación alguna a través de ningún otrosí al Contrato.”

En la contestación a la demanda reformada se tuvo como cierto el hecho antes transcrito y concretamente frente a esta pretensión se expresó: “No me opongo a esta pretensión, por cuanto la misma se enmarca en los términos y condiciones del

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

contrato de concesión N° 011 de 2010, y el pliego de condiciones que dio lugar al mismo con la adjudicación al concesionario convocante.”

Consideraciones del Tribunal

Para decidir esta pretensión basta remitirse al texto del numeral 3.2.7 del pliego de condiciones, al igual que a la cláusula 17.5 del contrato de concesión, para concluir que su texto coincide con la declaración solicitada, pues el valor de los recursos de financiamiento que debía tener disponibles el concesionario no se modificó en los otrosíes al contrato.

De acuerdo con lo anterior, la pretensión habrá de prosperar, como se expresará en la parte resolutive de este laudo.

Pretensión décima cuarta

El texto de la pretensión es el siguiente:

“Que se declare que TRANZIT S.A.S. dio cumplimiento a la cláusula 17.5. del Contrato acreditando compromisos a su favor por un monto de ciento ochenta mil millones de pesos moneda corriente (COL\$180.000.000.000,00), para la Zona 13) Usme sin Operación Troncal, lo cual fue objeto de confirmación por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

Posiciones de las partes

En los hechos 213 y 214 de la demanda reformada se expresó:

“213. Teniendo en cuenta que: (i) el Acta de Inicio del Contrato de Concesión fue suscrita el 7 de febrero de 2011 y (ii) la cláusula 17.5 otorgaba un término de cinco (5) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio del Contrato para obtener el Cierre Financiero, TRANZIT tenía plazo hasta el 7 de julio para obtener su Cierre Financiero.

“214. El 8 de junio de 2011 TRANZIT suscribió el Contrato de Crédito Sindicado con los Bancos Bancolombia S.A., Banco Davivienda S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco de Occidente S.A. y Helm Bank S.A., mediante el cual tales bancos aprobaron un Crédito Sindicado a favor de TRANZIT hasta por la suma de ciento ochenta mil millones de pesos moneda corriente (COL\$180.000.000.000), es decir ciento cinco mil seiscientos cuarenta y un

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

millones de pesos moneda corriente (COL\$105.641.000.000) más de lo solicitado por el Contrato de Concesión.”

En la contestación a la demanda reformada, el hecho 213 se tuvo como cierto, en tanto respecto del siguiente se remitió a lo que se probara dentro del proceso y particularmente por lo que hace a la pretensión se expresó: “Me opongo a esta pretensión, pues la cifra anotada no corresponde al requerimiento contractual al que debía dar cumplimiento del concesionario, razón por la cual el tribunal deberá atenerse a la literalidad de las comunicaciones, los montos, términos y condiciones que dieron lugar a la aprobación del cierre financiero contractual.”

Consideraciones del Tribunal

Entre las pruebas aportadas con la demanda ⁶¹ se encuentra el Contrato de Crédito Sindicado de fecha 8 de junio de 2011, celebrado entre Bancolombia S.A., Banco Davivienda S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco de Occidente S.A. y Helm Bank S.A. con TRANZIT S.A.S., en cuya cláusula 2.1. se establece:

“Objeto: Mediante la suscripción del presente Contrato, los Acreedores aprueban un Crédito Sindicado a favor del deudor, por la suma de ciento ochenta mil millones de Pesos (\$180.000.000000,00), bajo los términos y en las condiciones consagrados en este documento. A su vez, el Deudor acepta los recursos al título aquí descrito y se obliga al pago del Crédito, en los términos y condiciones pactados en el presente Contrato.”

Adicionalmente se presentó la comunicación con referencia 2011EE5273 de fecha 02-08-2011, ⁶² dirigida al representante legal de TRANZIT S.A.S. por el subgerente general de Transmilenio S.A., Arturo Fernando Rojas Rojas, en la cual, se lee:

“De acuerdo a lo establecido en el numeral 17.5 de la CLAUSULA 17. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA CONCESION DE LA OPERACIÓN DEL SITP, modificada por la Cláusula Quinta del Otrosí No. 2 y la Cláusula Tercera del Otrosí No. 3, del contrato de concesión No. 011 y en la CLÁUSULA 35 del CAPÍTULO 6, SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE FIDUCIA CONCESIONARIO Y OBJETO DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO, modificada mediante la Cláusula Sexta del Otrosí No 2 respectivamente, Transmilenio se permite certificar que: “(...) TRANZIT S.A.S. ha obtenido el Cierre Financiero de acuerdo con los documentos que aportó.”

⁶¹ Memoria USB que obra a folio 220 del Cuaderno de Pruebas 1

⁶² Memoria USB que obra a folio 220 del Cuaderno de Pruebas 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En los términos anteriores, el Tribunal concluye que TRANZIT S.A.S. acreditó el cierre financiero en los términos de la cláusula 17.5 del Contrato, lo cual fue confirmado por TRANSMILENIO S.A., por lo cual la pretensión décima cuarta prospera y así será declarado en la parte resolutive de este laudo.

Pretensión décima quinta

El texto de la pretensión es el siguiente:

“Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., mediante comunicación de fecha 2 de agosto de 2011 de radicado 2011EE5273, certificó que TRANZIT S.A.S., obtuvo el Cierre Financiero de conformidad con los documentos que aportó.”

Posiciones de las partes

En el hecho 224 de la demanda reformada se afirmó lo siguiente:

“224. Consecuencia de todo lo anterior, el 2 de agosto de 2011 mediante comunicación número 2011EE5273 de TRANSMILENIO, TRANZIT obtuvo confirmación de haber obtenido el Cierre Financiero. En dicha comunicación TRANSMILENIO certificó: (i) que TRANZIT había realizado los ajustes sugeridos al Contrato de Fiducia conforme las observaciones realizadas, (ii) que TRANZIT había presentado el Contrato de Crédito Sindicado firmado con los prestamistas en el cual se acreditaba la totalidad de los requisitos necesarios para el desembolso de los créditos, (iii) que el conjunto de operaciones de endeudamiento que utilizaría TRANZIT para la prestación del servicio de transporte de pasajeros cumplía con las obligaciones del Concesionario estipuladas en el Contrato de Concesión, (iv) que TRANZIT había presentado el Contrato de Fiducia debidamente suscrito y que, (iv) en consecuencia de lo anterior, TRANZIT obtuvo satisfactoriamente el Cierre Financiero.

En la contestación a la demanda reformada, se tuvo tal hecho como cierto, con la advertencia de remitirse al contenido del oficio de TRANSMILENIO, sin embargo, al referirse particularmente a la pretensión se manifestó: “Me opongo a esta pretensión ya que la aprobación no se dio por cuenta de los documentos aportados, sino a la verificación del cumplimiento de la exigencia contractual relativa al cierre financiero. Remito al H. Tribunal a los términos estrictos del contrato y de los documentos referidos.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Consideraciones del Tribunal

En vista de que, como se hizo referencia al decidir la pretensión anterior, quedó acreditado que TRANSMILENIO, mediante comunicación número 2011EE5273, de fecha 2 de agosto de 2011, afirmó que TRANZIT S.A.S. obtuvo el cierre financiero, de acuerdo con los documentos que aportó, la pretensión prospera.

Pretensión décima sexta

El texto de la pretensión es el siguiente:

“Que como consecuencia de la ocurrencia de hechos constitutivos de incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales por parte de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. o, en todo caso, de hechos no imputables a TRANZIT S.A.S., se hizo necesario para ésta última modificar el Contrato de Crédito Sindicado en tasa de interés y plazo superiores a los previstos, con el fin de mitigar los efectos generados, causando así perjuicio a TRANZIT S.A.S.”

Posiciones de las partes

En los hechos de la demanda se afirma que “... las modificaciones realizadas al Contrato de Crédito Sindicado mediante el Otrosí No. 1 obedecieron a la demora en la implementación, así como el retraso en el inicio de operación, e implicaron para TRANZIT mayores gastos financieros relacionados con mayor tiempo de pago de intereses, así como pago de comisiones de disponibilidad.”⁶³

Igualmente se expresa que la etapa preoperativa se extendió de 9 a 16 meses como consecuencia de una modificación en el Plan de Implementación acordado entre TRANZIT y TRANSMILENIO.⁶⁴ y se agrega que el Plan de Implementación ha sido objeto de otras modificaciones no imputables a TRANZIT y que la demora en el inicio de la operación y el retraso en la implementación del sistema ha repercutido en el Contrato de Crédito Sindicado, el cual ha tenido que ser modificado en relación con su vigencia, teniendo como consecuencia para TRANZIT “mayores gastos financieros relacionados con mayor tiempo de pago de intereses, así como pago de comisiones de disponibilidad.”⁶⁵

Agrega además que la extensión de plazos para obtener el cierre financiero obedeció a causas ajenas a TRANZIT y que tales extensiones le perjudicaron “en

⁶³ Hecho 228 de la demanda reformada

⁶⁴ Hechos 229 y 230 de la demanda reformada

⁶⁵ Hechos 231 y 234 de la demanda reformada

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

el sentido de que se vio obligado a pagar intereses remuneratorios antes de lo requerido.”⁶⁶

Y concluye que “Como consecuencia del retraso en la implementación del SITP, esto es, la extensión de la duración y la ampliación del periodo de disponibilidad, el perjuicio que ha sufrido TRANZIT a la fecha corresponde al pago de mayores intereses resultado de la reestructuración de la deuda, así como la suma de capital del crédito que no ha sido atendida de acuerdo con el Contrato de Crédito Sindicado.”⁶⁷

En el alegato de conclusión⁶⁸ agregó que “...con base en las etapas planeadas en el cronograma de implementación previsto para iniciar con la ejecución del contrato TRANZIT estructuró un cronograma de desembolsos a partir del cual planeaba solicitar todos los recursos disponibles dentro del tiempo de disponibilidad otorgado” sin embargo, “vencido el periodo de disponibilidad de los recursos del Crédito Sindicado todavía se encontraban pendientes por desembolsar alrededor de \$49.053.000.000” debido a las demoras en la implementación del SITP.

Luego se remite al dictamen de Strategas Consultores S.A. en cuanto en él se afirma:

“El perjuicio para el Concesionario por los mayores intereses causados, como consecuencia del desplazamiento en el cronograma de desembolsos de los recursos de crédito obtenidos para la ejecución del Contrato al 30 de junio de 2017 ascienden a **\$5.298.265.825 pesos corrientes.**”

“Como consecuencia de no atender el calendario original de pago de crédito sindicado, si en un caso se buscara llevar al Concesionario al nivel de deuda previsto al momento de la estructuración del crédito sindicado para el mes de junio de 2017, se debe hacer un abono de capital por valor de **\$72.972.220.578.00.** que corresponde a (i) la diferencia entre \$180 mil millones y \$140.850 millones que se deben de capital, más (ii) el saldo de intereses no pagados por valor de \$33.822 millones de pesos.”

Para concluir lo siguiente:

“De todo lo anteriormente expuesto se puede concluir que el retraso en la implementación del SITP, producto de la ocurrencia de hechos constitutivos de incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales por parte de

⁶⁶ Hecho 238 de la demanda reformada

⁶⁷ Hecho 239 de la demanda reformada

⁶⁸ Página 107 del alegato de conclusión

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

TRANSMILENIO (...) repercutió directamente en que fuera necesario para TRANZIT modificar las condiciones del Contrato de Crédito Sindicado con los bancos y ello le causó importantes perjuicios que, como lo pudo señalar Strategas Consultores S.A., corresponden a la extensión de la duración y ampliación del periodo de disponibilidad, el pago de mayores intereses resultado de la reestructuración de la deuda, así como la suma de capital del crédito que no ha sido atendida de acuerdo con el Contrato de Crédito Sindicado.”

Por su parte, en la contestación a los hechos antes referidos, el apoderado de la entidad demandada afirmó que el Plan de Implementación es de responsabilidad exclusiva del Concesionario y agregó que tiene autonomía e independencia para manejar sus relaciones con entidades financieras para cumplir con las obligaciones del contrato de concesión N° 011 de 2010.

Expresó además que “las causas de no obtener el cierre financiero dentro de los plazos inicialmente pactados en el contrato de concesión, respondió a demoras del concesionario ya que esa era su exclusiva obligación que para nada involucraba a la entidad concedente.”

Particularmente respecto de la pretensión décima sexta se opuso, por considerar que “Cualquier incumplimiento que se haya podido dar en materia de observancia de las obligaciones contractuales relacionadas con el cierre financiero es imputable al concesionario” y reiteró que era obligación exclusiva del concesionario conseguir los créditos dirigidos a cumplir con el cierre financiero “y de manera alguna se puede imputar un incumplimiento por la entidad concedente.”

Consideraciones del Tribunal

Esta pretensión apunta, en primer lugar, a que se declare que TRANZIT se vio obligado a modificar el Contrato de Crédito Sindicado que celebró, debido a incumplimientos de TRANSMILENIO o por hechos no imputables a TRANZIT.

Sin embargo, ni en la pretensión, ni en la sustentación de la misma, se señalan cuáles fueron las obligaciones contractuales o legales incumplidas por TRANSMILENIO.

Se hace referencia con insistencia a que la implementación del SITP sufrió importantes demoras, inicialmente por la extensión de la etapa preoperativa de nueve a dieciséis meses.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

A este respecto se tiene, como se señalará más adelante en este mismo laudo, que en la cláusula 12 del Contrato de Concesión No. 11 de 2010 se previó que “Se estima como plazo para esta 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.”

De lo anterior se deduce sin esfuerzo, que el término de nueve meses fijado para la etapa preoperativa no se concibió como inamovible. Por el contrario, se previó la posibilidad de que fuera modificado de conformidad con el Plan de Implementación, a cargo del concesionario.

Igualmente ha quedado demostrado que la ampliación de la etapa preoperativa a dieciséis meses obedeció a un acuerdo de las partes que fue recogido en el Otrosí Modificatorio No. 7 de 20 de diciembre de 2013 y en sus respectivas prórrogas, por lo cual, los efectos que hubiere tenido tal ampliación sobre el Contrato de Crédito no pueden atribuirse a TRANSMILENIO, a título de incumplimiento, como se solicita en la pretensión.

De otra parte, tal como se hará referencia más adelante, de los documentos contractuales se evidencia que los concesionarios, y entre ellos TRANZIT, desde la presentación de sus propuestas, sabían que la implementación del sistema era gradual y progresiva, por lo cual las fechas señaladas tanto en el párrafo del artículo 19 del Decreto 309 del 2009 como las indicadas en el Anexo Técnico del contrato tendrían que ser preliminares, pues la implementación del Sistema (el SITP) constituye una labor compleja, sujeta a imprevistos, y que no depende solamente de TRANSMILENIO, como su Ente Gestor, sino de todos los integrantes del Sector Movilidad, a quienes se dirigía la orden del párrafo mencionado.

Desde este punto de vista, el Tribunal considera que la ampliación de la etapa preoperativa no constituye un incumplimiento de TRANSMILENIO.

En tales condiciones, si bien en las consideraciones del otrosí 1 al Contrato de Crédito sindicado se expresó que “El proceso de implementación del Sistema Integrado de Transporte Público del Distrito Capital - SITP se ha visto afectado por la ocurrencia de algunos eventos de carácter general, y por tanto no imputables al Deudor, los cuales han obligado a reprogramar la ejecución de las Inversiones requeridas para la cabal ejecución del Proyecto, con la consecuente afectación sobre los Ingresos del Concesionario” es evidente que la renegociación del contrato de crédito obedeció a una decisión del concesionario, de manera que el Tribunal no encuentra fundamento para atribuir a TRANSMILENIO los efectos derivados de los nuevos términos que pactó aquél, para afrontar los efectos de las demoras en la implementación del SITP.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

De acuerdo con lo anterior, la pretensión no prospera.

Pretensión décima séptima

El texto de la pretensión es el siguiente:

“Que como consecuencia de la ocurrencia de hechos constitutivos de incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales por parte de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. o, en todo caso, de hechos no imputables a TRANZIT S.A.S., se generó un desplazamiento del cronograma de pagos de los recursos de crédito obtenidos para la ejecución del Contrato, causando así perjuicio a TRANZIT S.A.S.”

Posiciones de las partes

En relación con esta pretensión, los apoderados de las partes no presentaron argumentos adicionales a los aducidos para fundamentar u oponerse respectivamente a la pretensión décima sexta, que merezcan ser destacados.

El apoderado de la parte convocada se opuso particularmente respecto de la pretensión décima séptima, y reiteró que “cualquier incumplimiento que se haya podido dar en materia de cumplimiento de las obligaciones contractuales relacionadas con el cierre financiero son imputables única y exclusivamente al concesionario. No hay incumplimiento de la entidad concedente que se pueda demostrar en ese sentido por la convocante.”

Consideraciones del Tribunal

En primer término, debe destacarse que, al exponer los fundamentos de esta pretensión, TRANZIT tampoco precisó cuáles eran las obligaciones específicas que, a su juicio, fueron incumplidas por Transmilenio en este frente.

Igualmente, se dejaron de enunciar los “hechos no imputables a TRANZIT S.A.S.” que, según la demanda reformada, generaron un desplazamiento en el cronograma de pagos de los recursos del crédito, asuntos que, por consiguiente, no resultaron probados en el expediente.

En cualquier caso, en este punto resulta pertinente tener en cuenta que en el Contrato de Crédito Sindicado se estableció como “Destinación” del mismo “... la utilización que deberá darse a los recursos derivados del Crédito Sindicado, los cuales el Deudor se compromete a destinar exclusivamente a: (i) la financiación de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

las inversiones necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones del Concesionario durante la Etapa Preoperativa y la Etapa de Transición del Contrato de Concesión, dentro de las cuales se encuentran, la compra y alistamiento de vehículos de pequeños propietarios, la adquisición de flota nueva, la adquisición de alimentadores de Transmilenio, la adquisición de la flota a chatarrizar y la construcción y adecuación de terminales zonales, todo en los términos del Contrato de Concesión; (ii) al pago de los costos y gastos propios de la obtención del Crédito Sindicado, incluidos los honorarios de los asesores externos contratados por el Deudor para la estructuración y consecución del mismo.”

En tales condiciones, habiéndose pactado en el Contrato de Concesión ⁶⁹ que la duración inicialmente prevista de las etapas preoperativa y de transición podría ampliarse, el Concesionario estaba en condiciones de prever que tales ampliaciones tendrían un impacto en el crédito contratado precisamente para atender las inversiones requeridas en tales etapas.

Por lo anterior, el Tribunal concluye que el desplazamiento del cronograma de pagos de los recursos de crédito obtenidos para la ejecución del Contrato no se deriva de hechos constitutivos de incumplimiento de Transmilenio ni tampoco de hechos ajenos a la conducta del Concesionario, pues él mismo participó y estuvo de acuerdo con ampliar la etapa preoperativa y con los términos del Contrato de Concesión que previeron la posibilidad de que la etapa de transición fuera prorrogada.

Con fundamento en lo antes expuesto, la pretensión no prospera, en consecuencia, tampoco prosperan las pretensiones de condena nonagésima octava ni su subsidiaria.

Pretensión nonagésima octava

El texto de la pretensión es el siguiente:

“Que como consecuencia de la declaración prevista en la pretensión Decimosexta y Decimoséptima, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$32.264.305.592), por concepto de indemnización de perjuicios, por pago de mayores intereses resultado de la reestructuración de la deuda, así como la suma de capital del

⁶⁹ Cláusulas 12 y 14

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

crédito que no ha sido atendida de acuerdo con el Contrato de Crédito Sindicado, o el concepto y suma que se encuentren probados.”

Al no haber prosperado las pretensiones décima sexta y décima séptima, la pretensión nonagésima octava no prospera y pasa a ocuparse el Tribunal de la pretensión subsidiaria.

“Subsidiaria de la pretensión Nonagésimo octava. Que como consecuencia de las declaraciones previstas en las pretensiones Decimosexta y/o Decimoséptima se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$32.264.305.592), por concepto de restablecimiento del equilibrio financiero del Contrato, o la que se encuentre probada.”

Consideraciones del Tribunal

En otro acápite de este laudo, en el cual se hizo referencia a los presupuestos necesarios para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se expresó, en términos de la jurisprudencia sobre la materia, que el desequilibrio debía haberse originado en *“un hecho extraordinario, ajeno o exógeno a las partes, es decir, no atribuible a ninguna de ellas”* ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato y proveniente o generado por un tercero”

En el presente caso, el desplazamiento en el cronograma de desembolsos del crédito sindicado pudo ser previsto por el Contratista, puesto que estaba destinado a las inversiones que debían realizarse durante la etapa preoperativa y de transición, cuya duración podría extenderse de acuerdo con lo estipulado en el Contrato de Concesión.

De otra parte, como también se anotó antes, el propio Concesionario estuvo de acuerdo con la previsión contractual que consagraba la posibilidad de que se extendiera el plazo de la etapa preoperativa y de la etapa de transición. De hecho, la cláusula 12 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 consagraba unas obligaciones específicas del concesionario respecto de esta etapa preoperativa, entre las cuales se encuentra la de presentar un “Plan de Implementación.” El plazo para la presentación de este plan fue prorrogado varias veces, mediante otrosíes al contrato, entre los cuales se pueden mencionar el Otrosí N° 1, el Otrosí N° 2 y el Otrosí N° 7, todo lo cual es puesto de presente por la propia convocante en los hechos 305 a 324 de la reforma de la demanda. Si bien es cierto la convocante alega que las extensiones al plazo para presentar el “Plan de Implementación” se

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

originan en hechos ajenos a TRANZIT, no lo es menos que este concesionario consintió dichas extensiones y no adujo oposición, reserva o protesta alguna al momento de firmar los mencionados otrosíes al contrato. Por el contrario, en la Prórroga 4 al Otrosí No. 7 cuya fecha es 22 de septiembre de 2016, el propio Concesionario declaró que las nuevas condiciones convenidas con ocasión de ese instrumento no le generaron detrimento patrimonial alguno, ni tampoco afectaron el equilibrio financiero del Contrato.

En consecuencia, no es posible afirmar que la extensión de la etapa preoperativa del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 fue un hecho imprevisto para las partes, y particularmente, para TRANZIT, pues se encuentra probado que la convocante estuvo de acuerdo con la extensión de la etapa preoperativa al suscribir los citados otrosíes al Contrato de Concesión N° 011 de 2010.

En tales circunstancias, el primero de los presupuestos necesarios para que se pueda acceder al restablecimiento del desequilibrio que se alega no se configura, por lo cual la pretensión en estudio no prospera.

Pretensiones decimoctava, decimonovena, vigésima, vigésima primera, vigésima segunda, vigésima tercera y vigésima cuarta

En las pretensiones 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 de la reforma a la demanda se solicitó:

“Decimoctavo. Que se declare que a la fecha de presentación de la propuesta de TRANZIT S.A.S. se encontraba vigente el Parágrafo del Artículo 19 del Decreto 309 de 2009 que establecía que al 15 de octubre de 2011 estarían implementadas las Fases 1 y 2 de la gradualidad del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).

“Decimonoveno. Que se declare que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.1.1. del Anexo Técnico del Contrato, la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) estaba prevista para el mes de octubre de 2011.

“Vigésimo. Que se declare que a la fecha no se han cumplido los requisitos para la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).

“Vigésimo primero. Que se declare que la no implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) ocurrió debido al incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

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

“Vigésimo segundo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. debe indemnizar a TRANZIT S.A.S. por ingreso no percibido por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros, hasta que se produzca la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP), o en las condiciones y hasta la oportunidad que el Tribunal indique.

“Vigésimo tercero. Que se declare que a la fecha no se han cumplido los requisitos para la integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).

“Vigésimo cuarto. Que se declare que la no integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) ocurrió debido al incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. o, en todo caso, por hechos no imputables a TRANZIT S.A.S.”

Posición de la parte convocante

La parte convocante alega que en el Anexo Técnico del Pliego de Condiciones de la Licitación se establecieron los hitos de la implementación gradual del Sistema de acuerdo con las fases 1 y 2 del artículo 19 del Decreto 309 de 2009 y se señaló como fecha de culminación de la Fase II el mes de octubre de 2011.

Indicó que el desarrollo de la Fase II “Implantación gradual de la Operación” del numeral 19.2. del artículo 19 del Decreto 309 de 2009 y del Plan de Trabajo para la Implementación de la Operación cuya ejecución estaba a cargo de todos los adjudicatarios de la operación, requería de la ejecución simultánea y articulada de los demás componentes de la Implementación de la Operación del Sistema, tales como la realización de obras de infraestructura, la existencia de un sistema de recaudo con todas sus funcionalidades y la integración de los nuevos servicios, entre sí, con el Sistema TransMilenio.

Advirtió que cuando ya había transcurrido un (1) año desde la adjudicación de la Licitación, la administración distrital expidió el Decreto 535 del 29 de noviembre de 2011 que derogó de manera extemporánea y con un pretendido efecto retroactivo, el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, vigente al momento de la apertura de la Licitación y adjudicación de los contratos, el cual ordenaba que al 15 de octubre de 2011 estuvieran implementadas las fases 1 y 2 del Sistema.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Expresó que TRANSMILENIO enfatizó que la sustitución del Transporte Público Colectivo (TPC) y la entrada en operación de las rutas, se adelantaría por fases, que la misma sería gradual y que ésta última se llevaría a cabo de acuerdo con los plazos del Plan de Implementación del Anexo No. 2 de la Minuta del Contrato de Concesión.

Manifiesta que TRANSMILENIO amplió en reiteradas ocasiones el plazo para entregar el Plan de Trabajo para la implementación de la Operación, lo que generó que el cronograma pasara de un periodo de ejecución de ocho (8) meses a dieciséis meses (16) para la operación zonal, y dieciocho (18) meses para la operación troncal.

TRANZIT también señaló que el inicio de las rutas troncales y de alimentación se produciría a partir del 17 de marzo de 2012 y el de las zonales el 15 de julio de 2012 y la implementación concluiría el 15 de noviembre de 2013 en los dos casos, es decir, dos (2) años y un (1) mes después de la fecha establecida en el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009 para la finalización de las fases 1 y 2 de la implementación.

TRANZIT destaca que, de acuerdo con el parágrafo segundo de la cláusula 22 del Contrato de Concesión, modificada por la cláusula 4 del Otrosí No. 2, el cronograma de implementación sólo podía ser modificado por las partes de mutuo acuerdo, lo cual tan sólo se produjo mediante la suscripción del Otrosí No. 7, el 20 de diciembre de 2013.

Advirtió que el primer pedido de flota a TRANZIT se llevó a cabo el 30 de enero de 2012 mediante oficio 2012EE548, y el mismo correspondió a treinta y dos (32) vehículos de cincuenta (50) pasajeros, para la ruta A120001 (ruta 652) la cual iniciaría el 30 de julio de 2012. Sin embargo, esta ruta tan sólo inició operación el 20 de octubre de 2012, fecha a partir de la cual TRANSMILENIO impartió la orden de inicio de operación de TRANZIT.

Añadió que debido a que la orden de inicio de operación del Contrato de Concesión No. 011 de 2010 se produjo mediante oficio No. No. 2012EE8864 del 19 de octubre de 2012, para TRANZIT el inicio del Plan de Implementación tuvo un retraso de once (11) meses, respecto de lo previsto en el Pliego de Condiciones de la Licitación y en el Contrato de Concesión.

Señaló que prácticamente de manera simultánea con el inicio de la operación de las rutas zonales, lo cual se produjo en los meses de septiembre y octubre de 2012, TRANSMILENIO, mediante correo electrónico enviado el 16 de noviembre de 2012,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

por José Félix Gómez, Subgerente Técnico y de Servicios, a todos los Concesionarios de Operación, nuevamente modificó el cronograma de implementación del proyecto para extender su culminación hasta el mes de abril de 2014.

Por último, indicó que, para la fecha de presentación de la reforma de la demanda, el cronograma de implementación de la operación del Sistema no se encuentra agotado, ni para TRANZIT ni para ninguno de los Concesionarios del Sistema, y no existen elementos que permitan determinar en qué fecha se llevará a cabo la finalización de la implementación.

Ahora bien, respecto de la integración del SITP la parte convocante señaló que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto 319 de 2006 *“el SITP se constituirá a partir de un proceso de integración operacional, tarifario e institucional de acuerdo con los principios constitucionales de coordinación y complementariedad, logrando una unidad física para los usuarios del transporte, que les garantice el acceso al servicio en condiciones de óptima calidad, economía y eficiencia”*; que de acuerdo con los numerales 19.1, 19.2 y 19.3 del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, la Licitación y los Contratos de Concesión, la integración total del Sistema exigía la implementación del 100% de las rutas y servicios de transporte masivo de la ciudad, bajo una operación unificada, un medio de pago único, la integración tarifaria de los servicios, un sistema de control de flota común a todos los autobuses y a todos los servicios, un solo recaudador y una sola entidad que cumpla las funciones de administrador fiduciario; que a la fecha no ha finalizado la Fase II del numeral 19.2 del Decreto 309 de 2009 y, por lo tanto, no ha iniciado la Fase III del numeral 19.3 del mismo artículo.

Adicionalmente, señaló que la integración del Sistema con los otros modos de transporte tales como el metro y el tren de cercanías, e incluso el transporte de pasajeros por carretera, corresponde a una fase posterior de la implementación del proyecto, en los términos y con el alcance de la Licitación, tal como fue previsto en el artículo 19 del Decreto 309 de 2009 y la misma se producirá una vez inicie la operación de los modos férreos.

Posición de la parte convocada

Al contestar la demanda reformada TRANSMILENIO se opuso a las pretensiones 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 señalando que las disposiciones sobre implementación tuvieron cambios y que siempre se señaló que la misma tenía un carácter gradual y progresivo sin un horizonte definido para su terminación, y propuso como excepciones las siguientes:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“3.3 TRANZIT no ha cumplido con la obligación de implementación a su cargo, derivada de los compromisos asumidos en el contrato de concesión No. 11 de 2010, para la implementación de la operación en su zona, con lo cual ha afectado la implementación del SITP, fundamentándola en que TRANZIT había asumido unas obligaciones del contrato, especialmente en las cláusulas 12, 17.1.1 y 17.1.2 relacionadas con la implementación las cuales fueron incumplidas, generando una afectación en el proceso de implementación;

“3.4. La implementación del sistema se previó gradual y progresiva, sin un horizonte definido para su terminación, y sin que exista una disposición contractual en ese sentido, y la fundamento señalando al respecto que en el contrato de concesión se había previsto que la implementación del sistema sería gradual y progresiva en orden a desarrollar cada una de las fases establecidas, así mismo se advirtió que en el anexo técnico se señalaba que la Fase 4 tuvo inicio en el 2008 con la contratación de los estudios de la primera línea del Metro y se precisa que su culminación se asocia al momento en que iniciara la operación de los modos férreos, es decir, Metro o Tren de Cercanías, y que en el mismo Anexo Técnico se ponía de presente que la Fase III iniciaría una vez culminara la Fase 2;

“3.6. La integración del sistema, a la que el contrato de concesión se refiere, se produjo en los términos y condiciones del contrato, sin que para ningún efecto en el contrato se haya dispuesto nada sobre la existencia de “integración total” que puede ser exigida a Transmilenio, y se fundamentó en que mal podría haberse comprometido Transmilenio a integrar todo el sistema en las modalidades operativa, física, virtual, medio de pago y tarifa en una fecha cierta cuando la propia naturaleza de los contratos de concesión se lo impedían, por lo que, nunca se estableció fecha exacta para su cumplimiento y mucho menos la obligatoriedad de integración total, se señaló así mismo, que en el Anexo Técnico del pliego de condiciones de la licitación se señaló que la integración se daría bajo una o varias de las siguientes modalidades: integración operativa, integración física, integración virtual, integración de medio de pago e integración tarifaria, por lo tanto, la integración del sistema ya se dio pues una de las modalidades ya se concretó pues el usuario tiene la posibilidad de usar los servicios del sistema empleando la tarjeta inteligente que es el medio de pago y tiene a disposición el acceso a una tarifa integrada;

“3.7. Carencia absoluta de derecho para reclamar por una integración total del sistema, señalando al respecto que carece de todo derecho la pretensión de la parte actora encaminada a obtener una declaración de no integración total del sistema hasta tanto no se cumpla con los cinco hitos y con la implementación del 100% de las rutas y servicios bajo una operación

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

unificada, un medio de pago único, la integración tarifaria de los servicios, un sistema de control de flota común a todos los autobuses y a todos los servicios, un solo recaudador y una sola entidad que cumpla con las funciones de administrador fiduciario, pues visto el Decreto 309 del 2009 y el Anexo Técnico la integración total se lograba en cuanto el usuario utilizando un mismo medio de pago accede al SITP pudiendo servirse del transporte que se brinda en desarrollo de las Fases I, II y III del Sistema que se han integrado operacionalmente sobre la base de una programación articulada de las rutas en operación, con base en una definición tarifaria que es común;

“3.8. La etapa operativa comenzó con la orden de inicio de la operación, la cual se expidió con pleno apego a las exigencias del contrato pues el contrato de concesión previó en relación con el inicio de la etapa operativa que ésta iniciaría a partir de la orden de inicio de la operación, sin que respecto de ello hubiese lugar a dudas.”

Así mismo señaló respecto de los hechos que sustentan las pretensiones, que la implementación del sistema se previó gradual y progresiva, sin un horizonte definido para su terminación en el tiempo, y sin que exista una disposición contractual en ese sentido. En el mismo Anexo Técnico se pone de presente que la denominada Fase III inicia una vez culminada la Fase II y, en relación con la misma, se señala que: “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.” La implementación a la que se alude, la del SITP como un todo, se lleva a cabo de manera gradual y progresiva, y es diferente de la implementación de la operación en la zona adjudicada al Concesionario.

Añadió la parte convocada que la demandante desconoce que el párrafo del Decreto 309 de 2009 que soportaba la definición de las fechas de implementación de la Fase II fue modificado debido a que la Alcaldía Mayor de Bogotá previó que la implementación del Sistema Integrado de Transporte Público SITP es un proceso complejo, y que debía ser progresivo, sin afectar el servicio público de transporte, por lo que decidió desligar la culminación de la Fase II de la implementación del SITP a una fecha exacta, para en su lugar atarla al cumplimiento de unos hitos fundamentales definidos por el ente gestor, por lo que en el 2011 se expidió el Decreto 535 de 29 de noviembre de 2011.

Manifestó que no era cierto que el objeto del contrato No. 11 de 2010 estuviera orientado a la concesión de todas las zonas en las que se dividió la ciudad, sino únicamente a la que se presentó propuesta y de la cual resultó adjudicataria TRANZIT.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Expuso que el Parágrafo segundo de la Cláusula 22 del contrato se mantiene vigente y claramente dispone “El cronograma de implementación es meramente indicativo y podrá ser modificado por TRANSMILENIO S.A. en cualquier momento de la vigencia de la concesión.” Además, es importante anotar que el cronograma propuesto en el plan de trabajo por TRANZIT fue de 18 meses, de ahí que cada concesionario era libre de adelantar las actividades que considerara necesarias para lograr el objetivo de la implementación, teniendo en cuenta los hitos referenciados en el plan general.

Respecto de la vinculación de flota la convocada manifestó que TRANZIT no ha vinculado la flota requerida aun cuando el ente gestor planteó diferentes opciones en varios oficios en los cuales se invitaba a proveer rutas estratégicas. Insistió que la concesionaria no ha suministrado la flota completa ni siquiera en los servicios alimentadores, los cuales no fueron impactados por el incumplimiento de COOBUS ni EGOBÚS.

Por último, advirtió que, atendiendo a las estipulaciones contractuales, en especial la cláusula 1.27 A y la cláusula 13 modificada por el otrosí 11, entre otras, la fecha final de la implementación se fijó para agosto de 2014.

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público conceptuó en relación con este punto señalando que no existe fundamento para señalar una fecha cierta y exacta para la integración total del sistema, así mismo, se observa que el Decreto 309 del 2009 contempla la implantación gradual y que la integración podrá darse bajo cualquiera o varias de las modalidades: Integración operativa, Integración física, Integración virtual, Integración del medio de pago, integración tarifaria.

Que la falta de certeza de la fecha de integración total del sistema no es producto de un capricho o falta de planeación de TRANSMILENIO sino a una característica propia de este tipo de contratos relacionales, por cuanto las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas.

Por último señaló que ateniendo a la normatividad que enmarca el Contrato de Concesión No. 11 de 2010, su clausulado y los documentos precontractuales y contractuales, la implementación y la integración deben examinarse en el ámbito específico del contrato de concesión, teniendo al concesionario TRANZIT como un

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

elemento que conforma uno de los componentes del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP, sin que pueda entenderse que el Contrato No. 11 de 2010, regula la totalidad del sistema, toda vez que se está ante una "concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios de la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP-", en las zonas específicas concesionadas.

Consideraciones del Tribunal

El Decreto 319 del 23 de julio de 2009, por medio el cual se adoptó el Plan Maestro de Movilidad para Bogotá, previó en su artículo 1 la adopción del Sistema Integrado de Transporte Público- SITP; allí mismo, se añadió que en el marco del decreto se establecerían las acciones para la articulación, vinculación y operación integrada de los diferentes modos de transporte público, y que dicha integración iniciaría con el transporte público colectivo urbano de pasajeros y el masivo actual.

Posteriormente y de acuerdo con el cronograma que se definiera por la Secretaría Distrital de Movilidad, con el apoyo de las instancias de coordinación interinstitucional definidas por el Alcalde Mayor, se integraría el transporte férreo, los otros modos de transporte y los demás componentes establecidos en el artículo 14 del Decreto Distrital 319 de 2006. Que el cronograma debería ser revisado y ajustado periódicamente de conformidad con los resultados de los estudios previos y con el desarrollo de ejecución de las obras.

Ahora bien, el artículo 6 del mencionado Decreto previó que la integración el Sistema Integrado de Transporte Público sería gradual, así:

“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.”

El artículo 19 del Decreto 309 de 2009 previó que la implementación del Sistema Integrado de Transporte Público se realizaría por fases:

“De conformidad con lo establecido en el Plan Maestro de Movilidad, el SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO se desarrollará en etapas o fases, con el fin de prestar un adecuado servicio al usuario. Para ello se han definido las siguientes fases:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“19.1. Fase 1 SITP. Preparación para la implementación del SITP.

“Iniciarán los procesos de selección de los operadores zonales y del SIRCI.

“19.2. Fase 2 SITP. Implantación gradual de la operación.

“Una vez terminada la fase 1, se adjudicarán las licitaciones de operación zonales y del SIRCI y se iniciará gradualmente el nuevo esquema de prestación de servicio al usuario hasta culminar la integración total.

“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.

“En esta fase, 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.

“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

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

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.

“La integración tarifaria se dará tan pronto esté surtida la etapa de pruebas del SIRCI y se garantice la completa conectividad y seguridad en su integración con el actual sistema de recaudo del Sistema TransMilenio.

La integración tarifaria implica la existencia de un medio tecnológico de pago común a los servicios integrados.

“En esta Fase se realizarán las obras de infraestructura previstas en el Plan de Desarrollo "Bogotá Positiva: Para Vivir Mejor", de conformidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

“19.3. Fase 3 SITP. Operación Integrada del SITP.

“Una vez terminada la fase 2 se dará la integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad.

“En esta fase se realizarán mejoras a la infraestructura del sistema vial para generar eficiencias operacionales y se continuará el proceso permanente de ajuste de oferta a la demanda y de renovación de vehículos, conforme al Marco Fiscal de Mediano Plazo.

“19.4. Fase 4 SITP. Integración con los modos férreos.

“Esta fase corresponde a 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.

“En esta fase el sistema de transporte público masivo terrestre automotor se integrará tarifaria y operacionalmente con el Metro, como componente del SITP y con otros modos y sistemas como el Tren de Cercanías y el Transporte de Pasajeros por Carretera, bajo las condiciones que las autoridades de transporte y los agentes privados prestadores del servicio acuerden. Todo lo

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

anterior se desarrollará en un marco de sostenibilidad financiera, de tal forma que se conserve el equilibrio económico de los componentes integrados y se beneficie al usuario del servicio de transporte.

“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.”

El Decreto 535 de 2011, que derogó el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, señaló en sus consideraciones, como motivo de dicha derogatoria, que para lograr que la regulación del SITP fuera 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, era necesario desligar la culminación de la Fase II de implementación del SITP a una fecha exacta, para en su lugar atarla al cumplimiento de unos hitos fundamentales para el sistema fijado por el Ente Gestor.

Tal como lo establece el artículo 107 del Acuerdo 257 del 2006 el Sector Movilidad está integrado por varias instituciones y empresas que tienen como cabeza la Secretaría Distrital de Movilidad, así:

“Artículo 107. Integración del Sector Movilidad. El Sector Movilidad está integrado por la Secretaría Distrital de Movilidad cabeza del Sector y las siguientes entidades:

1. Entidades Adscritas

Establecimiento público: Instituto de Desarrollo Urbano – IDU.

Establecimiento público: Fondo de Educación y Seguridad Vial – FONDATT.

Unidad Administrativa Especial: Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial.

2. Entidades Vinculadas

Sociedad pública: Empresa de Transporte del Tercer Milenio –Transmilenio S.A.

Sociedad de Economía Mixta: Terminal de Transporte S.A.”

El Decreto 156 de 2011 por medio del cual se adoptaron medidas para garantizar la adecuada transición del Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Colectivo al Sistema Integrado de Transporte Público – SITP y su implementación gradual estableció, en su artículo 1º, que existiría una etapa de transición entre el Transporte Público Colectivo y el Sistema integrado de Transporte Público SITP, así:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“La etapa de transición del transporte público colectivo al Sistema Integrado de Transporte Público -SITP- en Bogotá, D.C., 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.”

Así mismo, el artículo 3 del mismo Decreto señaló que habría una coexistencia entre el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Colectivo al Sistema Integrado de Transporte Público durante esa etapa de transición, al disponer 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.”

Ahora bien, la descripción general del SITP que se contempló en el Anexo Técnico de la Licitación Pública No. TMSA LP 004 de 2009, siguió los lineamientos establecidos en el Decreto 309 de 2009, previendo que la implementación del Sistema Integrado de Transporte Público SITP sería gradual, paulatina y se llevaría a cabo a través de fases de transición; fue por ello por lo que se establecieron unas fechas preliminares para cada fase. Al respecto, dicho Anexo Técnico dispuso:

“El artículo 19 del Decreto 309 de 2009, establece las siguientes fases y alcance de las mismas:

“Fase 1 SITP. Preparación para la implementación del SITP. Iniciarán los procesos de selección de los operadores zonales y del SIRCI.

“Fase 2 SITP. Implantación gradual de la operación. Una vez terminada la fase 1, se adjudicarán las licitaciones de operación zonales y del SIRCI y se iniciará gradualmente el nuevo esquema de prestación de servicio al usuario hasta culminar la integración total.

“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.

“En esta fase, las zonas que inicien la operación se integraran operacionalmente entre ellas y con el actual Sistema TransMilenio. En las

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

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.

“Para la entrada en operación de las rutas compartidas ambos operadores DEBEN estar listos para dar inicio a la operación conjunta.

“Fase 3 SITP. Operación Integrada del SITP. Una vez terminada la fase 2 se dará la integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad.

“En esta fase se realizaran (sic) mejoras a la infraestructura del sistema vial para generar eficiencias operacionales y se continuará el proceso permanente de ajuste de oferta a la demanda y de renovación de vehículos, conforme al Marco Fiscal de Mediano Plazo.

“Fase 4 SITP. Integración con los modos férreos. Esta fase corresponde a 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.

“En esta fase el sistema de transporte público masivo terrestre automotor se integrará tarifaria y operacionalmente con el Metro, como componente del SITP y con otros modos y sistemas como el Tren de Cercanías y el Transporte de Pasajeros por Carretera, bajo las condiciones que las autoridades de transporte y los agentes privados prestadores del servicio acuerden. Todo lo anterior se desarrollará en un marco de sostenibilidad financiera, de tal forma que se conserve el equilibrio económico de los componentes integrados y se beneficie al usuario del servicio de transporte.

“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.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“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.”
(Subraya del Tribunal).

En el Anexo 1 de la Licitación Pública No. TMSA LP 004 de 2009, denominado “Resumen ejecutivo del diseño de la operación del sistema” se reiteró que la implementación sería gradual, lo que significaba que la operación del Sistema no comenzaría en todas las zonas, sino por el contrario la implantación de las rutas sería paulatina, así:

“El Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) organiza la ciudad en 13 zonas operacionales y una zona neutra en el centro expandido de la ciudad, donde se concentra gran parte de la demanda atraída por la presencia de usos del suelo dedicados a oficinas, comercio, servicios y educación. La operación de cada una de las 13 zonas se pretende licitar a igual número de empresas operadoras como parte del reordenamiento del transporte urbano en Bogotá en la Etapa 1 del SITP según Decreto 309 de 2009. Sin embargo, experiencias de sistemas integrados en otras ciudades han puesto en evidencia la dificultad de una implementación total e inmediata. Por esta razón el SITP opta por una implementación gradual, lo que significa que la operación no comenzará simultáneamente en todas las zonas sino que se realizó una implantación gradual de rutas desde febrero hasta octubre de 2011.”

El contrato de Concesión No. 11 de 2010 previó 4 etapas para su ejecución, a saber:

“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 esta 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.

(...)

“CLÁUSULA 13. ETAPA 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.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“Para la expedición de la 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 el 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.

“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 Secretaria Distrital de Planeación para su incorporación urbanística legal, exclusivamente en esta etapa.

(...)

“CLÁUSULA 15. ETAPA DE REVERSIÓN. Treinta días hábiles, antes de finalizar el término de la etapa de operación de la concesión, el CONCESIONARIO deberá iniciar el proceso de restitución y reversión a TRANSMILENIO S.A. de los bienes revertibles, sin lugar o derecho alguno a indemnización o compensación por este concepto, de conformidad con lo establecido en el presente Contrato.”

Así mismo, la Cláusula 22 del contrato de Concesión No. 11 de 2010 (modificada por la cláusula 6 del Otrosí modificatorio No. 1, por la cláusula cuarta del Otrosí modificatorio No. 2, y por la cláusula cuarta del Otrosí modificatorio No. 3) previó lo siguiente:

“CLÁUSULA 22. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO. El inicio de la operación SITP se efectuará de acuerdo con el Cronograma de implementación establecido en el Anexo No. 2, el cual se ajustará a la fecha de suscripción del contrato, y periódicamente de acuerdo con el estado de avance de las obras de adecuación de la infraestructura.

(...)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“PARAGRAFO SEGUNDO: El Cronograma de implementación es meramente indicativo y podrá ser modificado por las partes, de mutuo acuerdo, en cualquier momento de la vigencia de la concesión.” (subraya del Tribunal)

La parte convocante solicitó al Tribunal que se declarara que a la fecha de presentación de la propuesta de TRANZIT se encontraba vigente el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, lo que en efecto este Tribunal pudo verificar, pues desde que se dio apertura a la Licitación No. LP-TMSA-004-2009 con la expedición de la Resolución 064 de 2010, el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009 se encontraba vigente y el mismo ordenaba al Sector Movilidad adelantar todas las acciones administrativas para que a 15 de octubre estuviesen implementadas las Fases 1 y 2 de sistema SITP. Por lo tanto, en este sentido, la pretensión Decimoctava prosperará.

Del mismo modo, la pretensión Decimonovena prosperará en razón a que, efectivamente, y como se evidenció antes en el Anexo Técnico de la Licitación Pública No. TMSA LP 004 de 2009 quedó establecida como fecha preliminar de la entrada en vigencia de la Fase II el mes octubre de 2011.

No obstante, para este Tribunal es claro que esas fechas siempre fueron tentativas, toda vez que el Sistema Integrado de Transporte Público- SITP fue pensado y diseñado para ser progresivo, gradual, y paulatino, planteado en un escenario a largo plazo de quince años (según lo establecido en el Anexo Técnico definitivo); el sistema se implementaría e integraría a través de fases de transición asociadas a hitos fijados en un cronograma tentativo con unas fechas preliminares, las cuales podían ser modificadas.

La parte convocante solicitó en la pretensión vigésima que se declare que no se ha cumplido con los requisitos para la implementación de las Fases 1 y 2 del SITP.

Como advirtió este Tribunal en aparte anterior, las partes acordaron incorporar a las obligaciones contractuales el marco legal reseñado en el numeral 1.13 los pliegos de condiciones definitivos de la licitación pública No. TMSA-LP-004 DE 2009, denominado “Régimen legal de la licitación y de los contratos”, por lo que dicho marco normativo hace parte de las obligaciones y derechos de las partes contratantes.

A juicio del Tribunal, existe suficiente evidencia en el expediente de que ha habido un sustancial retraso en la implementación del SITP. Pero hay que distinguir entre las Fases I y II del sistema. En otro aparte de este laudo ya se fijó el criterio del Tribunal en el sentido de considerar que la Fase I del SITP ya se ha terminado, en la medida en que el proceso de selección y adjudicación de los contratos de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

operación de las 13 zonas en las que se dividió la ciudad de Bogotá D.C. fue culminado. Ahora bien, el hecho de que, con posterioridad a la adjudicación de los respectivos contratos, dos de los concesionarios (EGOBUS y COOBUS), por razones ajenas a esta controversia, hayan cesado su operación y sus contratos hayan sido terminados y liquidados, no significa que la Fase I del SITP no hubiere concluido, pues la terminación de sus contratos ocurrió después de la etapa de adjudicación y corresponde al devenir contractual propio de cualquier obra o servicio que, si bien no es deseable, no puede tener efectos retroactivos respecto de la finalización de la Fase I del SITP, sino que debe analizarse en cuanto a sus efectos hacia el futuro, es decir, respecto de la Fase II del sistema.

El Tribunal revisó lo establecido en el Anexo Técnico y en el artículo 19 del Decreto 309 de 2009 en relación a la implementación del Sistema Integrado de Transporte Público y evidenció que, efectivamente, no se han cumplido los presupuestos ni los requisitos establecidos allí para que la Fase II del sistema SITP esté implementada, pues los mencionados documentos señalan que la Fase III iniciaría cuando la Fase II culminara, y dicha fase culminaría cuando se cumplieran con todos los parámetros establecidos, esto es, implementación operacional y tarifaria del 100% de las rutas del SITP, lo cual no ha ocurrido.

En efecto, de acuerdo con el artículo 19 del Decreto 309 de 2009 y el Anexo Técnico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, la Fase III del SITP, denominada *“Operación Integrada del SITP”* se describe así: *“Una vez terminada la fase 2 se dará la integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad.”*

Para este Tribunal quedó probado que la *“integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad”*, aún no ha ocurrido.

Para este efecto, el Tribunal tuvo en cuenta el informe rendido por Strategas Consultores S.A. en el punto 3.2. (Fl. 34 Cuaderno de Pruebas No. 3) al señalar que:

“Según el Artículo 19 del Decreto 309 de 2009, la Fase 2 de implementación del SITP finaliza únicamente cuando todas las trocales del subsistema TransMilenio y todas las zonas contempladas en el marco de la licitación pública del SITP (las trece zonas adjudicadas y la zona neutra) estén plenamente implementadas e integradas tanto en términos tarifario como operativos y, por ende, se haya sustituido por completo el antiguo TPC (...)”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“Aquí es importante destacar la estrecha relación que existe entre los conceptos de implementación e integración total del SITP: para garantizar que todo el transporte público masivo de la ciudad esté integrado tarifaria y operativamente, se requiere necesariamente que todos los servicios de la ciudad estén operando bajo el marco del SITP, es decir, que se terminen de implementar todos los servicios previstos para el SITP en todas las zonas concesionadas y que se desmonte por completo el antiguo TPC.”

Así como en la pregunta que resolvió el mismo perito denominada “INFORME AL TRIBUNAL LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE LA ESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE BOGOTÁ- SITP”, en cuya respuesta se advirtió lo siguiente:

“Fase 3: operación integrada del SITP una vez ocurra la integración operativa y tarifaria de la totalidad de los servicios de transporte público en la ciudad. Aquí es importante resaltar que esta fase sólo se da cuando todas las troncales del subsistema Transmilenio y todas las zonas contempladas en el marco de la licitación pública del SITP (las trece zonas adjudicadas y la zona neutra) estén plenamente implementadas e integradas tanto en términos tarifarios como operativos y, por ende, se haya sustituido por completo el antiguo TPC.”

También quedó evidenciado con lo señalado por la testigo Ivonne Alcalá, así:

“DR. CORTÉS: ¿En qué estado se encuentra la implementación del sistema?”

“SRA. ALCALÁ: La implementación del sistema no ha terminado para ninguno de los concesionarios, entre otras, por todas las razones que acabamos de mencionar del SITP provisional, algunos les faltaran más rutas que a otros, creo que al que menos le faltan creo que le falta vincular 6 o 7 buses pero el plan de implementación no ha terminado, o sea, qué es la implementación del sistema, la implementación del sistema es el 100% de buses azules rodando por Bogotá y eso a todas luces no se ha dado.

(...)

“DR. GUZMÁN: Doctor. ¿La implementación del sistema es sólo que la totalidad de la flota prevista esté rodando en las rutas previstas o la implementación también significa que los centros de control funcionen bien, que el recaudo funcione bien, que no exista competencia del transporte público colectivo, que no exista piratería o es solamente que los buses estén ahí independientemente de los otros factores?”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“SRA. ALCALÁ: No, que el 100% de la flota esté rodando por Bogotá bajo las condiciones de integración previstas por la administración Distrital, es un solo sistema, una sola forma de pago, la posibilidad para el usuario de utilizar todos los servicios con un solo medio de pago, un solo centro de control haciendo la verificación de toda la operación, una sola entidad fiduciaria recibiendo, administrando y distribuyendo los ingresos del sistema, o sea, un todo funcionando como lo previeron tanto el plan maestro de movilidad como el Decreto 309 al establecer las fases de la implementación; esto supone por supuesto que el sistema admite otras formas de prestación del servicio todas también aclaro bajo el esquema de transporte masivo como va a suceder por ejemplo con la entrada en funcionamiento del cable de Soacha, hay cinco cables en Bogotá ya previstos para construcción, cuando entre el sistema metro, todo se va a integrar bajo este esquema que acabo de mencionar.”

No obstante lo anterior, es importante reiterar que en ningún documento contractual se precisó una fecha exacta de implementación e integración del sistema; por el contrario, y como se expuso antes, los concesionarios desde la presentación de sus propuestas sabían que la implementación del sistema era gradual y progresiva, y que las fechas señaladas tanto en el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 del 2009 como las indicadas en el Anexo Técnico del contrato eran unas fechas preliminares, toda vez que el mismo Parágrafo citado daba una orden al Sector Movilidad en general, no al ente gestor del SITP en particular, orden que iba encaminada a que se adelantaran todas las acciones administrativas necesarias, entendiéndose por “todas las acciones necesarias” para llegar a un fin, que era la implementación del SITP, pero sin que pueda entenderse que la fecha señalada (Octubre de 2011) era una fecha perentoria e inamovible, pues la implementación del Sistema (el SITP) constituye una labor compleja, sujeta a imprevistos, y que no depende solamente de TRANSMILENIO, como su Ente Gestor, sino de todos los integrantes del Sector Movilidad.

De acuerdo con el artículo 107 del Acuerdo 257 del 2006, el Sector Movilidad está conformado por la Secretaría de Movilidad Distrital, que lo encabeza, y por el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, el Fondo de Educación y Seguridad Vial – FONDATT, la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A. y la Terminal de Transporte S.A.

El mandato del parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009 no estaba, pues, dirigido únicamente a la parte actora, como Ente Gestor del SITP, sino a todo el Sector Movilidad del Distrito Capital. Además, dicho mandato no constituye una orden perentoria, con un resultado concreto, sino que impone la coordinación de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

las entidades que integran el Sector Movilidad para *todas las acciones administrativas necesarias para que a 15 de octubre de 2011 estén implementadas las Fases 1 y 2 del SITP.*

En opinión del Tribunal, esta norma, que efectivamente estaba vigente al celebrarse el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, no impone a TRANSMILENIO una obligación exigible contractualmente de haber implementado el SITP en el mes de octubre de 2011, por varias razones.

La primera de ellas es que dicho mandato no está dirigido a TRANSMILENIO, sino a todas las entidades que integran el Sector Movilidad, lo que implica que aún si se admitiere que se trataba de una orden perentoria de implementar el SITP para esa fecha, la obligación no sería exclusiva de TRANSMILENIO, sino de todas las entidades que integran el Sector Movilidad.

La segunda es que el mismo Contrato de Concesión N° 011 de 2010, en el párrafo segundo de su cláusula 22, estipula expresamente que el cronograma de implementación del Anexo N° 2 es meramente indicativo y, de hecho, el texto original de este párrafo en la minuta original del contrato, tal y como fue publicado en el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. TMSA LP 004 de 2009 – y por ende aceptado por los proponentes y por TRANZIT en particular – establecía que este cronograma de implementación podía ser modificado unilateralmente por TRANSMILENIO. Luego, en el Otrosí N° 2 al contrato, se modificó el párrafo segundo de la cláusula 22, estipulando que el cronograma de implementación sólo podría ser modificado mediante común acuerdo entre las partes. Entonces, si el cronograma de implementación era meramente indicativo, si podía inicialmente ser modificado unilateralmente por TRANSMILENIO y, después, solamente por acuerdo entre las partes, no resulta acertado interpretar y afirmar ahora, como pretende la convocante, que conforme al párrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, la implementación de las Fases 1 y 2 del SITP debía terminarse, indefectiblemente, para el mes de octubre de 2011.

Y la tercera razón es que, desde el punto de vista contractual, la obligación de implementación no era exclusiva de TRANSMILENIO, sino predicable y exigible a ambas partes, pues la cláusula 22 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 también impone a TRANZIT, como concesionario, obligaciones específicas en relación con la implementación del Sistema.

Por último, el Decreto 319 del 2006, el Decreto 486 del 2006, el Decreto 309 de 2009 y el Anexo Técnico de la Licitación Pública contemplaron la obligación de TRANSMILENIO como de integrar, evaluar, planificar, gestionar, controlar y hacer seguimiento a la operación del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Este Tribunal advierte que los verbos rectores que describen las actuaciones exigibles a la convocada como Ente Gestor del SITP denotan una clara obligación de medios en la cual TRANSMILENIO debía desarrollar unas conductas, pero no garantizar un resultado.

Respecto de la no existencia de una fecha cierta para la implementación del sistema, se pronunció el Laudo Arbitral proferido el 6 de julio de 2018 en el Tribunal Arbitral convocado por ESTE ES MI BUS S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A., en el que se dijo lo siguiente:

“La orden refiere a adelantar las acciones administrativas necesarias para alcanzar la implementación el 15 de octubre de 2011, y no puede entenderse en forma aislada sino dentro del conjunto normativo, sistemático e integral que contempla distintas actividades de diversas autoridades, el Ente Gestor, los partícipes en los procesos de selección y los diferentes concesionarios.

“Por esto, no comporta un resultado concreto, un opus, en términos de obtenerse necesaria e indefectiblemente, sino adelantar todas las acciones administrativas para procurarlo, ni como el señalamiento de obtener en una fecha máxima y definitiva la implementación de las Fases 1 y 2.”

Este Tribunal comparte este razonamiento del Laudo Arbitral de ESTE ES MI BUS S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal declarará probada la pretensión vigésima, en el sentido de declarar que *“a la fecha no se han cumplido los requisitos para la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).”*

Pero, de igual modo, el Tribunal también declarará probada la excepción 3.4. denominada *“la implementación del sistema se previó gradual y progresiva, sin un horizonte definido para su terminación en el tiempo y sin que exista una disposición contractual en ese sentido.”*

Ahora bien, las pretensiones vigésima primera y vigésima segunda no prosperarán toda vez que, aunque, como ya se advirtió, para este Tribunal se hace evidente que la Fase II del Sistema SITP no se encuentra implementada, en las consideraciones anteriores, se ha expuesto, con fundamento en la ley y en el contrato, que la obligación de implementación del sistema en una fecha determinada no es contractualmente exigible a TRANSMILENIO.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima primera y la pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima segunda se estudiarán y decidirán junto con las otras pretensiones que reclaman el rompimiento del equilibrio económico del contrato por causa del retraso en la implementación de la Fase II del SITP.

Respecto de la pretensión vigésima tercera, este Tribunal estudió cada una de las modalidades de integración establecidas en el artículo 19 del decreto 309 de 2009, para poder determinar si existió o no integración total del sistema. En efecto, el artículo 19 del Decreto 309 de 2009 estableció 5 modalidades de integración las cuales son:

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.

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

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

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.

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. La integración tarifaria implica la existencia de un medio tecnológico de pago común a los servicios integrados.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

El mismo Decreto previó que la implantación de la operación sería gradual hasta lograrse la misma en su totalidad y que en la medida en que fuera iniciando su operación el Sistema Integrado de Transporte Público- SITP, este debía integrarse entre sí y con el Sistema TRANSMILENIO.

Ahora bien, el Decreto 319 de 2006 señaló en su artículo 15 que:

“El Sistema Integrado de Transporte Público se constituiría a partir de un proceso de integración operacional, tarifario e institucional de acuerdo con los principios constitucionales de coordinación y complementariedad, logrando una unidad física para los usuarios del transporte, que les garantice el acceso al servicio en condiciones de óptima calidad, economía y eficiencia.”

De lo indicado hasta ahora, este Tribunal considera que efectivamente tanto el Decreto 319 de 2006, como el Decreto 319 de 2009 previeron una etapa de integración del Sistema Integrado de Transporte Público la cuál sería gradual, buscando con ello una unidad física para los usuarios que garantizara unas condiciones óptimas de calidad en el servicio.

A pesar de lo anterior y de que en el artículo 19 del Decreto 309 de 2009 se indicó que la integración se entendería culminada con una sola de las modalidades de integración, para este Tribunal se hace evidente que ninguna de las modalidades allí previstas se encuentra culminada. Lo anterior, teniendo en cuenta en primer lugar que por las calles de la ciudad están rodando vehículos a través de la modalidad de Sistema Provisional el Sistema Integrado de Transporte Público; por otra parte, no existe integración operacional del sistema pues no hay un control de la operación, mediante el establecimiento de horarios, recorridos, frecuencias de despacho e interconexión de la operación, a pesar de que existe un Reglamento de Operación del SITP Provisional.

No existe integración física, toda vez que para ello es necesario que exista una infraestructura común para el servicio, lo cual tampoco se ha producido, pues el SITP Provisional inicia su operación desde una bahía que hace parte del espacio público. Mucho menos existe integración virtual, de medio de pago, ni tarifaria, pues ningún vehículo cuenta con el medio tecnológico de pago “tarjeta” ni con la misma tarifa al usuario del SITP, los vehículos del SITP Provisional reciben la tarifa al usuario en efectivo y su valor es menor a la tarifa del SITP.

Esto fue corroborado por el Tribunal con el dictamen pericial rendido por la sociedad Strategas Consultores S.A. cuando contestó a la pregunta COMPARE LOS ELEMENTOS IDENTIFICADOS DENTRO DE SUS RESPUESTAS ANTERIORES CON LO OCURRIDO DENTRO LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, así:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“En primer lugar, en términos tarifarios el SITP Provisional aún emplea como medio de pago el dinero en efectivo (como lo hacía el TPC) y no existe ningún medio de integración virtual o tarifaria con las tarjetas sin contacto del SITP, lo que impide determinar que exista integración tarifaria en todo el transporte público de la ciudad hasta tanto no se sustituya por completo el SITP Provisional, es decir, hasta no (sic) tanto se termine de implementar en su totalidad el SITP en toda la ciudad (sic).

“Adicionalmente, hasta diciembre de 2015 tampoco existió ni siquiera integración parcial tarifaria, virtual y de medio de pago entre los propios servicios implementados en el componente zonal y troncal del SITP, contrario a las disposiciones del Artículo 19 del decreto 309 de 2009 que señalaban que cada ruta implementada en el SITP debía integrarse inmediatamente con los demás servicios ya implementados en el componente zonal y troncal. Este retraso en la integración tarifaria dentro de los propios servicios implementados dentro del SITP se derivó de las diferencias tecnológicas en el medio de pago entre los operadores de recaudo de Fase I y II de TransMilenio y operadores del SIRCI, las cuales no fueron gestionadas oportunamente por el Ente Gestor del SITP hasta casi finalizar los contratos de recaudo de Fase I y II de TransMilenio (...).

“En segundo lugar, hasta la reglamentación del SITP Provisional mediante el Decreto 190 de junio de 2015, el Transporte Público Colectivo (TPC) continuaba con su esquema de operación por empresas y sin un organismo articulador, motivo por el cual no era posible referirse a una integración operacional con el SITP. Con la expedición del Decreto 190 de 2015 se buscó articular (sic) la gestión y el control de estas rutas bajo la dirección de Transmilenio S.A., creándose (sic) una integración operativa apenas nominal.

“De hecho en la práctica las limitaciones tecnológicas de operación del SITP Provisional (que son las mismas que tenía el TPC) y la falta de interventoría, como ocurre en el caso del SITP, condicionan la capacidad real de control que tenga Transmilenio S.A. sobre esos servicios provenientes del TPC, pues no se cuenta con plataformas tecnológicas que permitan monitorear, ajustar y sancionar la operación por parte de Transmilenio S.A. como sucede con el SITP. Así, sin una plataforma tecnológica de control y gestión como la del SITP, se torna inviable verificar en campo si todas las rutas del SITP Provisional cumplen con los despachos programados, si los vehículos siguen los trazados de ruta establecidos, si respetan las paradas definidas y si las maniobras de conducción son seguras, lo que limita la capacidad efectiva de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

control y gestión de Transmilenio S.A. y, por ende, la integración operativa de todo el transporte público de la ciudad.”

De la falta de integración operacional da cuenta el testigo Jhon Bohórquez ⁷⁰, quien manifestó:

“SR. BOHÓRQUEZ: (...) Es decir, me está quedando una franja horaria sin que yo pueda ofrecerle a los potenciales usuarios dónde recargar, entonces uno de los grandes problemas es eso, primero, dónde recargar; otro de los puntos es el control que tienen sobre los vehículos, en los patios, bueno, no se puede llamar patios porque realmente el SITP Provisional no sale de patios, salen es en bahías de espacio público, ellos salen a la hora y en el momento que ellos quieran, ellos prácticamente operan por demanda, es decir, hay arte (sic) gente esperando el servicio, pues saco un carro, no hay gente esperando el servicio pues no oferto.”

Así las cosas, para este Tribunal se hace evidente que no existe integración del sistema; por lo tanto, prospera la pretensión vigésima tercera, y denegará las excepciones 3.6. “la integración del sistema a la que el Contrato de Concesión se refieren se produjo en los términos y condiciones del contrato” y 3.7. “Carencia absoluta para reclamar por una integración total del sistema” y “3.16. La integración del medio de pago ya ocurrió, al paso que la unificación de la tarjeta no se previó en el Contrato” de la contestación a la reforma de la demanda.”

Este mismo problema jurídico fue abordado en el Laudo Arbitral proferido el 20 de abril de 2018 en el Tribunal Arbitral convocado por de ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A., y allí se señaló al respecto lo siguiente:

“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 de la acometida de las obras de infraestructura requeridas al efecto. Por ende, las fechas señaladas tuvieron el carácter de

⁷⁰ Testimonio de Jhon Bohórquez, prueba practicada en audiencia de 15 de marzo de 2018.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

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."**

Las pretensión vigésima cuarta en la cual TRANZIT solicitó al Tribunal declarar que la no integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) ocurrió debido al incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales de TRANSMILENIO o, en todo caso, por hechos no imputables a TRANZIT S.A.S., no prosperará toda vez que, como ya lo señaló el Tribunal, no puede hacerse responsable a TRANSMILENIO de una obligación que no existe ni legal ni contractualmente, pues aunque el sistema no se encuentra integrado al día de hoy, en ningún documento se fijó una fecha cierta para que la totalidad del mismo estuviese integrado; todo lo contrario, la integración del sistema se previó en forma paulatina, progresiva y gradual.

Además, porque desde el inicio de la Licitación Pública fue conocido por los concesionarios a través de diferentes documentos (Anexo No. 1 de los Pliegos de condiciones de la Licitación Pública, Anexo Técnico de los Pliegos de condiciones de la Licitación Pública y el artículo 19 del Decreto 309 de 2009), que el Sistema Integrado de Transporte Público operaría al mismo tiempo con el Transporte Público Colectivo hoy SITP Provisional, hasta tanto no se culminara con la Fase I y II del sistema, debido a que, como ya lo ha reiterado el Tribunal, el sistema se previó a largo plazo, lo que reitera que no existió por parte de TRANSMILENIO incumplimiento alguno respecto de la integración del SITP.

Pretensión vigésima quinta

El texto de la pretensión es el siguiente:

“Que se declare que la Etapa de Transición está contractualmente prevista en el numeral 14.1. inciso 1º del Contrato, con una duración de cinco (5) años contados a partir de la adjudicación del mismo, esto es hasta el 2º de noviembre de 2015, o la oportunidad que determine el Tribunal.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Posiciones de las partes

En relación con esta pretensión, en la contestación a la demanda reformada, el apoderado de TRANSMILENIO expresó que no se opone “por cuanto la misma se enmarca en los términos del contrato de concesión N° 011 de 2010, y el pliego de condiciones que dio lugar al mismo con la adjudicación al concesionario convocante.”

Consideraciones del Tribunal

Para el Tribunal el texto de la cláusula 14.1 del Contrato es claro, en cuanto se establece un “periodo de transición para la operación de terminales zonales de carácter temporal” durante “los cinco (5) primeros años de la Concesión, contados a partir de la adjudicación del Contrato.”

En vista de que el Contrato fue adjudicado el 2 de noviembre de 2010 según consta en la Resolución 49 de 2010 ⁷¹, el período de transición previsto inicialmente concluiría el 2 de noviembre de 2015.

De acuerdo con lo anterior, la pretensión prospera.

Pretensión vigésima sexta

El texto de la pretensión es el siguiente:

“Que se declare que TRANZIT S.A.S. no recibió aviso oportuno de la ampliación de la Etapa de Transición en los términos de la Nota 2 Inciso 4° de la Cláusula 14.1. del Contrato.”

Posiciones de las partes

En el hecho 428 de la demanda reformada se afirmó:

“(…) cuando faltaban tan sólo cinco (5) días para el vencimiento de la Etapa de Transición TRANSMILENIO, mediante comunicación No. 2015EE21633 del 28 de octubre de 2015, notificó a TRANZIT de manera extemporánea y por fuera del plazo contractual previsto, la decisión de ampliar de manera indefinida la Etapa de Transición de la cláusula 14 del Contrato 011 de 2010”; respecto de lo cual, el apoderado de TRANSMILENIO manifestó no ser cierto

⁷¹ Documento contenido en la USB que obra a folio 220 del Cuaderno de pruebas 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

pues “La entidad cumplió con las exigencias del contrato y amplió la etapa de transición como se encontraba establecido.”

En la contestación a la demanda reformada, el apoderado de la entidad demandada se opuso a esta pretensión y reiteró que “oportunamente se informó al concesionario de la ampliación de la etapa de transición.”

Consideraciones del Tribunal

En primer término, debe tenerse en cuenta que en la Nota 2 de la cláusula 14 se establece que la obligación del Distrito de informar al Concesionario si se ampliaría o no la etapa de transición, debía cumplirse “finalizado el tercer año de la concesión, contado a partir de la firma del Contrato.”

Es así, que el cumplimiento de tal obligación quedó sometido a un plazo, en los términos del artículo 1551 del Código Civil.

En dicha norma se dispone:

“DEFINICION DE PLAZO. El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.

“No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designe, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación; solo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes.”

En los términos de la norma antes transcrita, las partes convinieron un plazo expreso: tres años contados a partir de la adjudicación del contrato, vencido este término la obligación se tornó en “pura y simple” y desde entonces era exigible su cumplimiento por parte del Concesionario, acreedor de la misma.

Dentro de este proceso ha quedado acreditado que el contrato se firmó el día 17 de noviembre de 2010, de manera que la obligación de TRANSMILENIO de informar sobre la ampliación de la etapa de transición debía cumplirse vencidos tres años a partir de tal fecha esto es el día 18 de noviembre de 2013.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

El apoderado de TRANSMILENIO ha aceptado que la entidad informó sobre la ampliación de la etapa de transición mediante comunicación No. 2015EE21633 del 28 de octubre de 2015.⁷²

Ahora bien, aun cuando no hay evidencia de que vencido el término pactado, TRANZIT hubiera formulado requerimiento a TRANSMILENIO para que informara si se ampliaría la etapa de transición, la mora del deudor se produjo sin necesidad de requerimiento alguno, por haberse pactado un plazo para el cumplimiento de la obligación.

Lo anterior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1608 del Código Civil que dispone:

“El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.” (Subraya del Tribunal).

La pretensión apunta a que se declare que el aviso dado por TRANSMILENIO no fue “oportuno”, al haberse informado sobre la ampliación de la etapa de transición, casi dos años después de ser exigible esta obligación.

Lo anterior, de acuerdo con lo expresado en el alegato de conclusión presentado por el apoderado de la demandante, en el que se afirma:

“No obstante, como se ha demostrado dentro del proceso, cuando faltaban tan sólo cinco (5) días para el vencimiento de dicha etapa, TRANSMILENIO, mediante comunicación número 2015EE21633 del 28 de octubre de 2015⁷³, notificó a TRANZIT de manera extemporánea y por fuera de la oportunidad contractualmente pactada, la decisión de ampliar de manera indefinida la Etapa de Transición de la Cláusula 14, lo cual constituye un incumplimiento del Contrato No. 011 de 2010.” (Subraya del Tribunal)

⁷² Contestación al hecho 427 de la demanda reformada.

⁷³ Numeral 8.1.30 Escrito de pruebas adicionales a la Demanda Arbitral – Folio 39 Cuaderno de pruebas No. 2

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En tal sentido, y de acuerdo con lo expresado antes se concluye que la pretensión prospera.

Pretensión vigésima séptima

El texto de la pretensión es el siguiente:

“Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. está obligada a soportar las consecuencias económicas que genera para TRANZIT S.A.S., la no entrega de los patios o terminales zonales a partir de la finalización de la Etapa de Transición contractualmente prevista, es decir, desde el 3° de noviembre de 2015, hasta que se verifique la entrega de los terminales definitivos, o durante el periodo que establezca el Tribunal.”

Posiciones de las partes

De acuerdo con lo expresado en el hecho 432 de la demanda, el incumplimiento que TRANZIT atribuye a TRANSMILENIO se configuró *“por cuanto no se hizo entrega de la infraestructura definitiva necesaria para la operación zonal de la zona 13) Usme, al vencimiento de la Etapa de Transición contractualmente pactada.”*

Adicionalmente, en el hecho 435 de la demanda se afirmó:

“En virtud del incumplimiento contractual de TRANSMILENIO se trasladaron a TRANZIT por tiempo indeterminado los efectos de un riesgo contractual que le correspondía asumir, única y exclusivamente durante la etapa de transición acordada contractualmente, es decir, hasta el 2 de noviembre de 2015, los cuales han afectado la economía del Contrato de Concesión.”

En la contestación a la demanda, el apoderado de TRANSMILENIO se opuso a esta pretensión por considerar que *“TRANSMILENIO no tiene por qué asumir obligación alguna en materia de patios cuando ha cumplido con las obligaciones previstas al respecto, en el contrato de concesión N° 011 de 2010.”*

A este respecto, en su alegato de conclusión afirma que desde el trámite de la Licitación *“la responsabilidad de tener los patios y talleres para la operación del SITP estuvo en cabeza de los oferentes, posteriormente adjudicatarios concesionarios, entre ellos TRANZIT...”*

Agrega que en cumplimiento de la disposición contenida en la cláusula 14 del Contrato, que se refiere a la entrega de los terminales zonales construidos y

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

adecuados por parte de TRANSMILENIO, tanto esta entidad como el Distrito han sido diligentes al adelantar varias acciones como la expedición de los Decretos 294 de 2011 y 315 de 2015.

Reitera que la posibilidad de prorrogar la Etapa de Transición se encontraba prevista, *“fue aceptada desde la Licitación y refrendada con la firma del Contrato de Concesión por la Convocante.”*

Se refiere al Anexo 5 de la licitación “Matriz de Riesgos” para afirmar que *“desde el trámite precontractual de la Licitación, la carga y el riesgo de consecución de los terminales, estuvo en cabeza de los concesionarios”* por lo cual no puede entenderse configurado un desequilibrio económico.

Señala además *“(…) que no existió un plazo perentorio para la entrega de terminales zonales a los concesionarios del SITP y con ello a TRANZIT, ya que esa situación dependía de múltiples variables que no podían ser controladas por el Distrito, y menos por TRANSMILENIO.”*

Consideraciones del Tribunal

En relación con la pretensión que nos ocupa, es pertinente tener en cuenta que en la cláusula “1. Definiciones” del Contrato se hizo referencia a los “Terminales Zonales o Patios Zonales” en los siguientes términos:

“1.81 Terminales Zonales o Patios Zonales: Áreas de parqueo de los vehículos que conforman la Flota que se encuentra al servicio de la Operación Zonal del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP de responsabilidad del CONCESIONARIO, las cuales deben cumplir con las disposiciones vigentes en materia de espacio público, normativa urbana y disposiciones ambientales nacionales y distritales. En estas áreas se puede incluir el desarrollo de actividades relacionadas con el mantenimiento de la Flota. En estas áreas además del desarrollo de actividades complementarias y conexas a la operación del transporte se podrá actividades de comercio, servicios y dotacionales que la Secretaría Distrital de Planeación defina como uso compatible de la actividad principal.”

Adicionalmente, se considera particularmente relevante el texto de la Cláusula 14 del contrato que en su parte pertinente establece:

**“CLÁUSULA 14. ETAPA DE TRANSICIÓN
14.1. Terminales zonales**

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

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 período 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 cuanto a estos equipamientos de transporte.

Durante el período 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.

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.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

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.**” (Subraya del Tribunal)

De la cláusula 14 debe destacarse que dispone que “Con posterioridad a este período el Distrito ajustará la remuneración y adelantará todas las gestiones que garanticen la disponibilidad del suelo requerido para la operación en terminales zonales. ...”

Es decir, se reconoce que la operación de las Terminales Zonales por parte del concesionario tiene un impacto en su remuneración, pues finalizado el período de transición, tal remuneración será “ajustada.”

Adicionalmente se reconoce que en “este período de transición” las adecuaciones físicas de los predios deben llevarse a cabo por el concesionario.

Igualmente se dispone que, finalizada la etapa de transición de cinco años, el Distrito “entregará los terminales zonales construidos y adecuados para la operación directa por los concesionarios o en cabeza de un tercero concesionario de patios ...”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Es así que en el contrato se estableció como obligación del Distrito, entregar los terminales zonales, al finalizar la etapa de transición cuya duración prevista era de cinco años.

Ahora bien, en la misma cláusula se estableció la facultad para el Distrito de prorrogar la etapa de transición, finalizado el tercer año de la concesión.

Igualmente se consagró la facultad del Contratista de construir directamente los terminales, lo cual debía ser informado transcurridos cinco meses a partir de la adjudicación, caso en el cual se debía hacer efectivo “el ajuste a la remuneración del concesionario previsto en la fórmula de remuneración del presente contrato.”

En el Anexo 5 del Pliego de Condiciones ⁷⁴ se contempló como uno de los riesgos “operacionales”, asignados al concesionario de operación, el consistente en “Mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales” respecto del cual, en cuanto a “observaciones”, se afirmó:

“Consiste en 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.” (Subraya del Tribunal).”

De otra parte, es pertinente tener en cuenta lo establecido en el documento denominado “Anexo explicativo de la matriz de riesgos” el cual, forma parte integral del acta de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles, de fecha 12 de febrero de 2010.

En ese documento se expresa “... este anexo explicativo se limita a responder las solicitudes específicas presentadas en la audiencia de riesgos asignados en la matriz propuesta y sobre los documentos radicados en la audiencia.” Y se agrega: “Para este fin el documento se ha dividido en tres capítulos a saber: (i) Explicación general de la matriz de riesgos (ii) Estimación de los riesgos y (iii) Respuestas a las observaciones específicas presentadas en la audiencia.”

En el tercer acápite, entre varios de los riesgos a los que se refieren las respuestas se menciona el “Riesgo de Operación Mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales.”

“Es importante precisar que en la medida en que el Distrito es el responsable de comprar y construir los terminales zonales, este riesgo solo se asigna al

⁷⁴ Documento contenido en la USB que obra a folio 220 del cuaderno de pruebas 1.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

concesionario en la etapa de transición (5 años) en la 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.” (Subraya del Tribunal)

“Naturalmente, siendo el concesionario el que determina la ubicación de los terminales, le corresponde al asumir el riesgo de los kilómetros en vacío que se generen por su decisión.

“Ahora bien, 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 las terminales zonales en caso de que no sea posible la consecución de suelo en alguna o algunas de las zonas concesionadas. En este evento, TRANSMILENIO S.A. analizará la solicitud y de ser pertinente autorizará la modificación de la ruta hasta el terminal zonal aprobado al concesionario.

“No obstante lo anterior, se estudiará la posibilidad de establecer la condición mencionada anteriormente de manera explícita en las minutas de los contratos, con el fin de generar la mayor claridad posible al respecto.”

La anterior aclaración contenida en el Anexo al Acta de la Audiencia Explicativa de la Matriz de Riesgos coincide con la respuesta otorgada a la inquietud formulada por la Cámara Colombiana de Infraestructura.

Posteriormente, se emitió otro Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos, en el que aparece: *“Este documento forma parte integral del acta de la audiencia explicativa por parte de la administración frente a las observaciones formuladas en la audiencia de asignación de riesgos, realizada el 16 de febrero de 2010 ...”*

En este documento se consignó el mismo texto que aparece en el Anexo a la audiencia anterior, en los siguientes términos:

“Riesgo de Operación - mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales.

“Con respecto a las observaciones referentes a este riesgo se reitera lo expuesto en el Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos, documento mediante el cual se resuelven las inquietudes de la audiencia de asignación de riesgos del 12 de febrero de 2010.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“En este sentido, nuevamente se resalta que en la medida en que el Distrito es el responsable de comprar y construir los terminales zonales, este riesgo solo se asigna al concesionario en la etapa de transición (5 años) en la 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 y en este sentido no se generará un riesgo de kilómetros en vacío.” (Subraya y negrita del Tribunal).

Es así que tanto de las previsiones contractuales como de las explicaciones de TRANSMILENIO en la etapa precontractual, el Tribunal concluye que si bien en el contrato se estableció la facultad para el Distrito de ampliar el plazo de la etapa de transición, según lo acordado, el concesionario solamente estaba obligado a soportar el riesgo consistente en un mayor número de kilómetros en vacío por falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas, durante el término inicial de esta etapa, esto es durante los cinco años contados a partir de la adjudicación del Contrato.

En este orden de ideas, igualmente se concluye que al haberse pactado en el Contrato como obligación del Distrito la de entregar los terminales zonales construidos y adecuados para la operación al finalizar la etapa de transición, la prórroga de esta etapa tiene como efecto ampliar el término para la exigibilidad de esta prestación, pero no implica que el Concesionario deba continuar asumiendo los valores correspondientes a mayor número de kilómetros en vacío que se deriven del aplazamiento del cumplimiento de esta obligación.

El hecho de que en la Matriz de Riesgos se establezca que el Concesionario asume los mayores costos por no entrega de terminales definitivas durante la etapa de transición no implica que los asume durante la prórroga de esta etapa, pues no solamente no quedó así establecido, sino que ante las inquietudes planteadas sobre el alcance de este riesgo en la etapa previa a la adjudicación, la entidad contratante hizo énfasis en que solamente se asumiría durante cinco años, que era el término inicialmente previsto para la etapa de transición.

De lo anterior se concluye que los mayores valores que se hubieren causado por no recibir los terminales zonales por parte del Distrito a partir del 3 de noviembre de 2015, fecha en la que expira el período inicial de cinco años de la etapa de transición, no deben ser asumidos por el concesionario y son entonces de cargo de la entidad contratante.

Lo anterior, pues a pesar de que no se previó expresamente en el Contrato, que vencido el período de cinco años de la etapa de transición tales costos debían ser asumidos por TRANSMILENIO, ante la claridad de lo expresado por ella misma en

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

el sentido de que no serían asumidos por el concesionario según aparece en el Anexo explicativo de la matriz de riesgos, si la entidad no estaba dispuesta a asumirlos, era su obligación determinar su asignación en los documentos contractuales.

Como es bien conocido, la obligación de asignar los riesgos que puedan presentarse durante la ejecución del contrato aparece consagrada tanto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, como en el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008.

En la primera de las normas mencionadas, se establece:

“ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.”

Y el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008 es del siguiente tenor:

Artículo 88. *Determinación de los riesgos previsibles.* 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 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.” (Subraya y negrita del Tribunal).”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

De acuerdo con lo antes expuesto, la pretensión vigésima séptima principal prospera.

Habiendo prosperado la pretensión vigésima séptima principal, no hay lugar a estudiar la pretensión subsidiaria a esta.

Corresponde ahora pronunciarse sobre las pretensiones de condena centésima tercera, centésima cuarta y centésima quinta y sus subsidiarias, si a ello hay lugar, derivadas de la pretensión vigésima séptima.

Pretensión centésima tercera

El texto de la pretensión es el siguiente:

“Centésimo tercero. Que como consecuencia de la pretensión Vigésimo séptima, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL OCHOCIENTOS UN PESOS M/CTE (\$4.348.210.801), por concepto de arriendo, inversiones en patios o terminales zonales transitorios y kilómetros en vacío, causados entre el 3 de noviembre de 2015 y el 30 de junio de 2017, por la no entrega oportuna de los patios o terminales zonales, o en la oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.

“Subsidiaria de la pretensión Centésimo tercera. Que como consecuencia de la declaración prevista en la Pretensión Subsidiaria de la Vigésimo séptima, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL OCHOCIENTOS UN PESOS M/CTE (\$4.348.210.801), para restablecer el equilibrio financiero del Contrato, alterado por pagos realizados por concepto de arriendo, inversiones en patios o terminales zonales transitorios y kilómetros en vacío, causados entre el 3 de noviembre de 2015 y el 30 de junio de 2017, por la no entrega oportuna de los patios o terminales zonales, o en la oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.”

Pretensión centésima cuarta

El texto de la pretensión es el siguiente:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“Centésimo cuarto. Que como consecuencia de la pretensión Vigésima séptima, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma que se cause por concepto de arriendo, inversiones en patios o terminales zonales transitorios y kilómetros en vacío, causados entre el 1º de julio de 2017 y la expedición del Laudo Arbitral, por la no entrega oportuna de los patios o terminales zonales, o en la oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.

“Subsidiaria de la pretensión Centésima cuarta. Que como consecuencia de la declaración prevista en la Pretensión Subsidiaria de la Vigésimo séptima, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma necesaria para restablecer el equilibrio financiero del Contrato, alterado por pagos realizados por concepto de arriendo, inversiones en patios o terminales zonales transitorios y kilómetros en vacío, causados entre el 1º de julio de 2017 y la expedición del Laudo Arbitral, por la no entrega oportuna de los patios o terminales zonales, o en la oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.”

Pretensión centésima quinta:

El texto de la pretensión es el siguiente:

“Centésimo quinto. Que como consecuencia de la pretensión vigésima séptima, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. las sumas sucesivas que se causen por concepto de arriendo, inversiones en patios o terminales zonales transitorios y kilómetros en vacío, a partir de la ejecutoria del Laudo Arbitral hasta tanto se produzca la entrega de los terminales zonales a TRANZIT S.A.S., o en la oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.

“Subsidiaria de la pretensión Centésima quinta. Que como consecuencia de la declaración prevista en la Pretensión Subsidiaria de la Vigésimo séptima, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma necesaria para restablecer el equilibrio financiero del Contrato, alterado por pagos realizados por concepto de arriendo, inversiones en patios o terminales zonales transitorios y kilómetros en vacío, causados a partir de la ejecutoria del Laudo Arbitral hasta tanto se produzca la entrega de los terminales zonales a

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

TRANZIT S.A.S., o en la oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.”

Respecto de esta pretensión, en la contestación de la demanda el apoderado de TRANSMILENIO expresó:

“Me opongo a esta pretensión. Ninguna obligación le cabe a la entidad concedente en esta materia cuando ha dado pleno cumplimiento a lo que se obligó contractualmente. Como se afirmó en la respuesta a los hechos de la reforma de la demanda, oportunamente se informó al concesionario de la ampliación de la etapa de transición. Reiteramos nuestra oposición a la pretensión vigésima séptima. Esta es otra más de aquellas pretensiones sobre las que no podrá pronunciarse el tribunal por cuanto responde a la ocurrencia de hechos que probablemente ocurrirían, sin que sea así a la contestación de la demanda reformada, por lo que no es más que una simple expectativa.”

Consideraciones del Tribunal

A través de las pretensiones de condena se persigue el pago de tres rubros que a juicio de TRANZIT deben ser reconocidos a partir del vencimiento de los primeros cinco años de la etapa de transición, esto es costos por concepto de arrendamiento, inversiones y kilómetros en vacío.

Para el Tribunal, al concesionario le debe ser reconocido el mayor valor por concepto de kilómetros en vacío una vez finalizados los primeros cinco años de la etapa de transición.

Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en la matriz de riesgos, en la que se hace referencia a mayores costos por kilómetros en vacío, como efecto económico de no disponer de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas.

En tales condiciones, de acuerdo con la liquidación efectuada por el perito Strategas Consultores S.A., por concepto de mayores costos por kilómetros en vacío asumidos por el concesionario, desde el 3 de noviembre de 2015 y hasta el 30 de junio de 2017, derivados de la no entrega de terminales se condenará a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de cuatro mil quinientos cuarenta y nueve millones ciento ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta y dos pesos (\$ 4.549.185.852).⁷⁵

⁷⁵ Dictamen pericial de Cal y Mayor, página 102, incorporado en el Cuaderno de Pruebas 3 y Dictamen pericial de Strategas página 61, incorporado en el Cuaderno de Pruebas 2.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En punto de las adecuaciones e inversiones necesarias en los patios, llevadas a cabo con posterioridad al 3 de noviembre de 2015, el Tribunal estima que son de cargo del concesionario, durante la etapa de transición y sus prórrogas, puesto que no aparece constancia de una manifestación de voluntad de las partes en el sentido de limitar la responsabilidad del concesionario a los cinco primeros años de la etapa de transición, como si la hubo respecto del mayor valor por concepto de kilómetros en vacío.

En efecto, en el párrafo quinto de la cláusula catorce del contrato de concesión se establece:

“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 (...)”

Así mismo, se considera que no hay lugar a reconocer un mayor valor por concepto de arrendamientos, pues la tarifa tiene un componente por este concepto.

Sobre el particular en el alegato de conclusión presentado por el apoderado de la parte demandante, al remitirse al dictamen de Strategas Consultores S.A. que “la fórmula prevista en la cláusula 64 del Contrato contiene una variable denominada “CTerminalesik” que estimaba una compensación preestablecida por bus (aunque sin incluir flota de reserva) para remunerar los cánones de arrendamiento de predios durante la Etapa de transición” compensación que tendrá que seguir siendo reconocida al concesionario hasta la entrega de los patios definitivos.

El hecho de que luego de celebrado el contrato, el concesionario considere que la compensación pactada no resultó suficiente, constituye parte del álea que asumió y por consiguiente no da lugar a ningún reconocimiento a su favor, pues no quedó demostrado que el menor valor presupuestado hubiera afectado la ecuación financiera del contrato.

De acuerdo con lo anterior, la pretensión centésima tercera prosperará, y se condenará a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de cuatro mil quinientos cuarenta y nueve millones ciento ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta y dos pesos (\$ 4.549.185.852).

Por las mismas razones, la pretensión centésima cuarta no prosperará.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Ahora bien, en relación con la pretensión centésima quinta, por virtud de la cual se pretende el pago de los mismos rubros contemplados en las pretensiones anteriores, que se causen desde la fecha de la ejecutoria del laudo hasta la entrega de los patios definitivos, no puede prosperar en los rubros correspondientes a arrendamientos e inversiones y adecuaciones por las razones antes anotadas.

De otra parte, esta pretensión tampoco prospera en lo que respecta a los valores correspondientes a kilómetros en vacío que se llegaran a causar con posterioridad al laudo, puesto que se trata de “consecuencias económicas” que no han ocurrido y respecto de las cuales el Tribunal no puede adoptar disposición diferente, en la medida en que se refiere a costos en los que no ha incurrido TRANZIT.

En el caso que nos ocupa, el concesionario tiene la posibilidad de proponer modificaciones a las rutas para evitar que se cause un mayor número de kilómetros en vacío, tal como se expresó en el Anexo Explicativo de la matriz de riesgos en los siguientes términos:

“(…) 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 las terminales zonales en caso de que no sea posible la consecución de suelo en alguna o algunas de las zonas concesionadas. En este evento, TRANSMILENIO S.A. analizará la solicitud y de ser pertinente autorizará la modificación de la ruta hasta el terminal zonal aprobado al concesionario”

Por lo anterior, la causación de un mayor valor por kilómetros en vacío derivado de la ubicación de las terminales con posterioridad a la fecha de esta providencia termina siendo incierta, circunstancia que conduce a concluir que la pretensión en análisis no prospera.

Corresponde entonces referirse a la pretensión subsidiaria, a través de la cual se pretende que, a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se reconozcan los valores correspondientes a los rubros anotados, a partir de la fecha del laudo.

Para el Tribunal esta pretensión subsidiaria no prospera, puesto que no se cumplen los requisitos necesarios para que haya lugar a ordenar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, señalados de manera reiterada a lo largo de este laudo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Así, por ejemplo, los valores correspondientes a arrendamientos de los terminales y a inversiones y adecuaciones de los patios, así como el mayor número de kilómetros en vacío por la ubicación de terminales transitorios no pueden considerarse imprevistos o no contemplados por las partes a la celebración del contrato.

Adicionalmente, no ha quedado demostrado que los valores en los que el concesionario ha incurrido por tales conceptos hayan desquiciado de manera grave la ecuación financiera del contrato que hagan necesario su restablecimiento.

Pretensiones vigésima octava, vigésima novena, trigésima y trigésima primera

Las pretensiones que se estudian a continuación son las siguientes:

“Vigésimo octavo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales derivadas de la gestión, planeación y control del Sistema en su condición de Ente Gestor del mismo, al no haber adoptado y empleado oportunamente las medidas y herramientas necesarias para evitar o mitigar los efectos adversos generados como consecuencia de la situación financiera y operativa de los Contratos de Concesión No. 005 y 012, y 013 de 2010, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S., respectivamente.

“Subsidiaria de la Pretensión Vigésimo octavo. Que se declare que la expedición y aplicación del Decreto 190 de 2015 y la expedición de permisos de operación especiales y transitorios a los que hace referencia el mismo para servir rutas en la ciudad de Bogotá D.C., constituyeron eventos ajenos y no imputables a TRANZIT S.A.S. que alteraron el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

“Vigésimo noveno. Que se declare que la terminación de los Contratos de Concesión No. 005 y 012, y 013 de 2010, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S., respectivamente, así como los hechos que a ella dieron lugar, no corresponden a las Causas del Riesgo denominadas “Modificación del cronograma de otros contratos” o de la “Demora en el arranque de la concesión por otros operadores” del Anexo 5 - Matriz de Riesgos.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“Subsidiaria de la Pretensión Vigésimo novena. Que sólo en subsidio de lo anterior, se declare que la terminación de los Contratos de Concesión No. 005 y 012, y 013 de 2010, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S., respectivamente, así como los hechos que a ella dieron lugar, no hacen parte de un riesgo legalmente asignado a TRANZIT S.A.S.

“Trigésimo. Que se declare que la terminación de los Contratos de Concesión No. 005 y 012, y 013 de 2010, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S., respectivamente, así como los hechos que a ella dieron lugar, constituyeron eventos ajenos y no imputables a TRANZIT S.A.S. que alteraron el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

“Subsidiaria de la Pretensión Trigésima. Que sólo en subsidio de lo anterior, se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. está obligado a compensar a TRANZIT S.A.S., los efectos económicos adversos generados por la terminación de los Contratos de Concesión No. 005 y 012, y 013 de 2010, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S., respectivamente, así como los hechos que a ella dieron lugar.

“Trigésimo primero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá al no haber ejercido sus facultades de supervisión y control en relación con la implementación de las rutas 614 – 950 - P28 – 237 - P64 – 501 - E42 - P81 – 743 – 319 – 34 – 31 – 205 – 625 – 848 – 594 – 633, o las que resulten probadas, que debían ser compartidas por TRANZIT S.A.S. con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S.

“Subsidiaria de la Pretensión Trigésimo primera. Que se declare que la falta de implementación oportuna y completa de las rutas 614 – 950 - P28 – 237 - P64 – 501 - E42 - P81 – 743 – 319 – 34 – 31 – 205 – 625 – 848 – 594 – 633,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

o las que resulten probadas, que debían ser compartidas por TRANZIT S.A.S. con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S., constituyeron eventos ajenos y no imputables a TRANZIT S.A.S. que alteraron el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

Posición de la convocante

A partir del hecho 436 de la demanda, TRANZIT relaciona aquellos que se refieren a la problemática de Coobús y Egobús por los que reclama en las pretensiones transcritas. Tales hechos se sintetizan a continuación.

En desarrollo de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009, presentaron propuestas las empresas que a la postre resultaron adjudicatarias, Coobús y Egobús. En desarrollo del referido procedimiento de selección, varios competidores formularon observaciones a las propuestas de dichos oferentes e indicaron que no cumplían con requisitos del Pliego de Condiciones relacionados, de modo principal, con la capacidad financiera, el capital de trabajo, las pólizas de cumplimiento, exigencias habilitantes de acuerdo con la ley y el referido pliego.

Señala TRANZIT que “No obstante las advertencias presentadas por los demás proponentes de la Licitación respecto a la previsible imposibilidad de Coobús y EGOBÚS de garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas con la totalidad de propietarios vinculados a sus propuestas, el Ente Gestor permitió que estos proponentes acreditaran un número de propietarios y vehículos sustancialmente mayor al previsto para las zonas en las cuales presentó propuesta, aprobando de esta forma la evidente inviabilidad financiera de estas propuestas” (hecho 459). Agrega que la adjudicación a las referidas empresas corresponde al 26.5 % de la flota por vincular.

Los concesionarios Coobús y Egobús celebraron los contratos Nos. 005 de 2010, 012 de 2010 y 013 de 2010 cuya ejecución resultó fallida, lo que afectó de manera grave al sistema y causó “un daño incalculable al SITP a la ciudad y a los demás concesionarios del Sistema” (Hecho 463).

Según TRANZIT, TRANSMILENIO no utilizó en forma oportuna los mecanismos contractuales pactados con Coobús y permitió que esta continuara con la ejecución del contrato, lo que generó que incurriera en otro incumplimiento contractual “al no vincular la flota troncal y de alimentación solicitada por TRANSMILENIO para el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

inicio de la operación de las primeras rutas troncales y zonales del sistema” (Hecho 465).

Mediante Resolución 107 de 11 de abril de 2013, TRANSMILENIO declaró el incumplimiento parcial del contrato de concesión No. 005 de 2010 por parte de Coobús y de sus socios por no haber vinculado el número de flota en los tiempos que estaba obligado, “por no haber entregado la información financiera y contable que de acuerdo con el contrato debía entregar, no haber realizado el mantenimiento del cierre financiero y no haber vinculado a los conductores que debía vincular” (Hecho 476).

Así mismo, mediante Resoluciones 228 y 229 de 19 de junio de 2013 se impusieron multas a Egobús por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

TRANZIT señala que no tuvo información oportuna ni oficial por parte de TRANSMILENIO acerca de las decisiones que dicha entidad adoptó en relación con los concesionarios Coobús y Egobús que, a su juicio, fueron tardías, como consecuencia de la inactividad y falta de diligencia de TRANSMILENIO.

Agrega que el Decreto 190 de 2015 tuvo efectos perjudiciales para TRANZIT y para todo el Sistema, al haber “legalizado el Transporte Público Colectivo”, que la ha restado demanda al SITP.

El 25 de abril de 2016, TRANSMILENIO adoptó decisiones en relación con los incumplimientos en los que incurrieron Coobús y Egobús, mediante las resoluciones 235, 236, 237 y 239.

TRANZIT concluye que “Así entonces, se hace evidente que TRANSMILENIO como Ente Gestor no tomó oportunamente las medidas contractuales y legales en relación con el incumplimiento de Coobús y Egobús, lo cual generó unos perjuicios directos a TRANZIT y al Sistema en general” (Hecho 616). De igual manera, anota que el fracaso de los operadores Coobús y Egobús no corresponde al riesgo asumido por TRANZIT correspondiente a la *entrada tardía de otros operadores* ya que lo que ocurrió con estos operadores es que fueron seleccionados, suscribieron contratos y fracasaron en la ejecución de los mismos.

En sus alegaciones finales TRANZIT reiteró que TRANSMILENIO actuó de manera negligente en relación con las dificultades o imposibilidades operacionales de Coobús y Egobús, en la medida en que incurrió en demoras injustificadas en la adopción de medidas para conjurar la situación de esos concesionarios. Tan ello es así, que pese a tener conocimiento de la situación crítica de tales concesionarios desde 2013, solo hasta 2016 tomó medidas en relación con ellos. Para soportar su

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

posición relaciona los elementos de prueba que estima pertinentes en abono de la pretendida negligencia de TRANSMILENIO frente a los referidos concesionarios, entre los que destaca las resoluciones proferidas por la convocada en las que se relacionan los incumplimientos de aquellos y los efectos que tuvieron en la prestación del servicio y en el sistema.

TRANZIT señala que la negligencia de TRANSMILENIO en este punto y el hecho de haber tomado medidas dos años después de la cesación de la prestación del servicio por parte de los referidos concesionarios, le generó perjuicios a la propia convocante amén de que cuestiona las funciones de supervisión y vigilancia de la entidad convocada respecto de estos concesionarios. Concluye que la afectación más grave que sufrió TRANZIT corresponde a la pérdida de demanda debido a la competencia del SITP Provisional, que debía haber desaparecido de forma definitiva con la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009.

Agregó TRANZIT que para la fecha de presentación de sus alegaciones, TRANSMILENIO “no ha adelantado actuación alguna tendiente a sustituir a los Concesionarios a cuyos Contratos de Concesión aplicó la terminación” ⁷⁶de donde concluye que la convocada continuó su conducta negligente con posterioridad a la terminación de las referidas concesiones.

De igual manera, TRANZIT plantea en sus alegatos que si no se llegara a acoger la teoría de la responsabilidad de TRANSMILENIO frente a “la situación a la que ha llegado el Sistema” o si se concluyera que la convocada actuó en forma diligente, solicita que se establezca que se trata de una circunstancia ajena a TRANZIT, respecto de la cual no tiene control o poder de mitigación y que en consecuencia, se trata de un evento de Teoría de la Imprevisión, cuyos efectos deben ser reparados por TRANSMILENIO.

En relación con alguna de las defensas aducidas por TRANSMILENIO en este frente, TRANZIT apunta en sus alegaciones finales que la problemática relacionada con los concesionarios Coobús y Egobús no corresponde a un riesgo asignado a la convocante en la Matriz de Riesgos del Contrato. En efecto, los que TRANSMILENIO estima que serían los riesgos que en este punto asumió el contratista, TRANZIT señala que no son aquellos que le fueron asignados en la medida en que los hechos ocurridos no corresponden a los supuestos que fueron consignados en la Matriz de Riesgos del Contrato.

⁷⁶ Página 208.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Posición de la convocada

En la contestación de la reforma de la demanda, TRANSMILENIO se opuso a este grupo de pretensiones y manifestó no haber incumplido ninguna de sus obligaciones contractuales. Aun cuando no precisa en las excepciones propuestas alguna encaminada a enervar el grupo de pretensiones que se examina en este capítulo, al plantear aquella que distingue con el numeral 3.5., relativa a las obligaciones surgidas de la implementación de la operación zonal adjudicada al Concesionario y al riesgo de la falta de implementación, señala que “la demora en la implementación de las rutas correspondientes a las zonas adjudicadas a los concesionarios EGOBUS y COOBUS es a cargo del Concesionario y hay carencia absoluta de derecho por parte del Concesionario para formular una reclamación encaminada a transferirle el efecto económico del riesgo asumido a TRANSMILENIO.”⁷⁷

En sus alegaciones finales, TRANSMILENIO sostuvo que el cese de operaciones por parte de Coobús se debió a problemas propios de dicho concesionario tales como “la falta de gobernabilidad, las malas prácticas administrativas y la falta de capitalización”⁷⁸, como se reseña en las resoluciones proferidas por la Superintendencia de Puertos y Transporte. De igual manera, relacionó las actuaciones que desplegó la convocada frente a Coobús y Egobús que culminaron con la expedición de las resoluciones mediante las cuales se declaró el incumplimiento de tales concesionarios y se terminaron en forma unilateral y anticipada los respectivos contratos.⁷⁹

Agregó TRANSMILENIO que para afrontar la crisis ocasionada en los referidos concesionarios, propuso alternativas a TRANZIT y a los demás concesionarios, en particular la puesta en marcha de rutas estratégicas. De igual manera, invocó la sentencia del juzgado 12 administrativo de oralidad de Bogotá en el proceso de acción de cumplimiento 2017-000059-00 en la que se resolvió que “el cubrimiento de las rutas que tenía (sic) EGOBUS SAS y COOBUS SAS, se constituye en una situación excepcional que impone a la empresa TRANSMILENIO ponderar la necesidad y conveniencia de abrir una nueva licitación, dándole un margen de discrecionalidad, situación que condiciona la norma y torna improcedente la acción, por falta de un mandato imperativo e inobjetable.”

⁷⁷ Página 271.

⁷⁸ Página 51.

⁷⁹ Resoluciones 234, 236, 237 y 239 de 2016.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Concepto del Ministerio Público

En su concepto final, el Ministerio Público advierte en este punto que dentro de las obligaciones de TRANSMILENIO derivadas del Contrato no se encuentra la de garantizar que ninguno de los concesionarios incurriera en incumplimientos de sus contratos y, en la misma línea, señala que si se presentaron irregularidades en la licitación de los concesionarios Coobús y Egobús, se trata de un asunto que atañe a los contratos 005 y 012 celebrados con ellos, mas no a controversias relativas al Contrato 011 de 2010, al que se refiere el presente arbitraje.

El Ministerio Público considera que TRANSMILENIO adoptó las medidas necesarias para evitar el incumplimiento de los contratos por parte de Coobús y Egobús, tales como el plan de recuperación y mejoramiento de los concesionarios bajo la orientación y acompañamiento de la entidad convocada, hasta que se tornó inminente la imposibilidad de recuperación de los referidos concesionarios.

En relación con el SITP provisional, el Ministerio Público señaló que en la medida en que en el Contrato se contempló una implementación gradual del Sistema, lo que supone una reducción gradual del transporte público colectivo frente al avance del sistema integrado amén de que la concesión de TRANZIT no es exclusiva, no hay lugar a acceder a los reconocimientos solicitados en este frente por la convocante.

Consideraciones del Tribunal

El pretendido incumplimiento de obligaciones de TRANSMILENIO respecto de la situación financiera y operativa de los concesionarios Coobús y Egobús

Marco de estudio de las pretensiones

Corresponde en este punto determinar en primer lugar si, como pretende la convocante, TRANSMILENIO incurrió en incumplimiento de sus “obligaciones legales y contractuales derivadas de la gestión, planeación y control del Sistema en su condición de Ente Gestor del mismo, al no haber adoptado y empleado oportunamente las medidas y herramientas necesarias para evitar o mitigar los efectos adversos generados como consecuencia de la situación financiera y operativa” de los contratos de Coobús y Egobús.

El marco dentro del cual se hará el examen y se adoptará la decisión de esta pretensión se circunscribe al pretendido incumplimiento de TRANSMILENIO de obligaciones que “en su condición de Ente Gestor” del Sistema haya desatendido, siempre que dichas prestaciones tengan un soporte en el Contrato que es materia

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

de esta decisión o que tengan incidencia en la ejecución del mismo. En efecto, aun cuando pudiera entenderse, desde alguna perspectiva, que la pretensión se refiere al incumplimiento de obligaciones de orden legal, el análisis, en lo que se refiere a obligaciones de este linaje, se hará respecto de aquellas que aun cuando tengan como fuente la ley encuentren también sustento en el negocio jurídico. En otras palabras, la decisión de la referida pretensión se hará respecto de obligaciones que la demanda estima haberse incumplido, en función del negocio jurídico que es materia de este laudo, de suerte que no abarcará el estudio de todas aquellas obligaciones que tiene TRANSMILENIO por su condición de ente gestor, sino de aquellas que le son inherentes a esa condición pero que por disposición legal o convencional tienen consagración o repercusión en el contrato.

Así mismo, revisado el desarrollo de este grupo de pretensiones en los alegatos de TRANZIT y a la luz de las pruebas practicadas, conviene también precisar que el examen y las decisiones del Tribunal tampoco se extenderán a todas las actuaciones que adelantó o dejó de desarrollar TRANSMILENIO respecto de Coobús y Egobús, toda vez que es evidente y aceptado por ambas partes que dichos concesionarios celebraron contratos con aquella entidad —negocios jurídicos que si bien coexistieron (cláusulas 5 y 6 del Contrato) con aquel que celebró TRANZIT— son contratos independientes y autónomos y, en estricto rigor, celebrados con terceros ajenos a este proceso. Puestas así las cosas, este Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre asuntos que pertenecen a la órbita de otros contratos, como pueden ser las actuaciones o eventuales omisiones de TRANSMILENIO en la esfera de aquellos que celebró con otros concesionarios, en particular, con Coobús y Egobús.

En el mismo sentido, el Tribunal tampoco hará pronunciamiento respecto de actos administrativos expedidos por la entidad convocada en desarrollo de otras concesiones, a pesar de que puedan relacionarse estrechamente con las pretensiones de la demanda, por cuanto, en estricto rigor, se trata de actuaciones respecto de las cuales este Tribunal carece de habilitación y competencia. Esto último tiene especial relevancia, en particular, respecto de los actos de adjudicación de los contratos de concesión de Coobús y Egobús, frente a los cuales TRANZIT ha formulado reparos y también de los actos administrativos por medio de los cuales se impusieron sanciones a los referidos concesionarios, así como aquellos por los cuales se declaró el incumplimiento y se terminaron tales contratos. Es evidente que todas ellas son actuaciones administrativas de TRANSMILENIO proferidas en desarrollo de contratos de concesión ajenos a este proceso, circunstancias que constituyen un límite al examen y las decisiones del Tribunal.

En suma, el estudio de las materias incluidas en las pretensiones relacionadas con los contratos de Coobús y Egobús, se hará a la luz de las pruebas practicadas y de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

la conducta de la entidad concedente en función de la incidencia o repercusión que su actuación haya tenido en el Contrato que es materia de esta providencia, con observancia rigurosa de los límites de orden legal y contractual a la competencia del Tribunal.

Facultades y obligaciones de TRANSMILENIO

Como se ha precisado en acápite anteriores de esta providencia, desde las definiciones que se incorporan en el Contrato, TRANSMILENIO actúa como entidad concedente y es el ente gestor del SITP ⁸⁰. Dentro de sus atribuciones contractuales tiene la facultad de expedir reglamentos y manuales, vale decir “normas, disposiciones, reglamentos o instrucciones” para la adecuada operación, gestión o administración del SITP. Tales reglamentos o manuales son de obligatorio cumplimiento por parte de los concesionarios ⁸¹ y, en términos generales, puede sostenerse que TRANSMILENIO ostenta facultades de impartir instrucciones, expedir manuales, reglamentos, con el propósito de supervisar, vigilar y controlar la ejecución del contrato.

En la cláusula 23 del Contrato, se pactaron como derechos de TRANSMILENIO aquellos “que le corresponden conforme a la ley y a su condición de titular y ente gestor” del SITP. Por consiguiente, por expresa estipulación, se incorporaron como derechos contractuales de la entidad concedente aquellos que tiene por disposición legal en su condición de ente gestor del sistema y que, de modo general, se refieren a la facultad de ejercer la supervisión, vigilancia y control del SITP y de salvaguardar la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros. La condición de ente gestor del SITP se refleja, entre otras estipulaciones, en la cláusula 23 del Contrato en la que se incorporaron los derechos y las facultades convenidos entre las partes a favor de TRANSMILENIO y que se traducen en facultades de control, intervención y dirección del contrato, se reitera, en aras de la garantía de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros.

En la cláusula 24 del Contrato se estipularon a su vez las obligaciones de TRANSMILENIO que en términos generales, son las siguientes:

- Adelantar por sí misma o por interpuesta persona las actividades de gestión y control de SITP, que permitan al Concesionario el desarrollo de la actividad de transporte.

⁸⁰ Numeral 1.84 del capítulo Definiciones del Contrato, que se reconoce en el Hecho No. 76 de la demanda.

⁸¹ Numeral 1.72 del capítulo Definiciones del Contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

- Establecer los lineamientos técnicos a los cuales se debe someter la operación del SITP.
- Tramitar las apropiaciones presupuestales que se requieran para solventar las prestaciones económicas que surjan a su cargo en desarrollo del Contrato.
- Otorgar al Concesionario el derecho de uso de las licencias de *software* que sean tramitadas y obtenidas por el concesionario del SIRCI.
- Adoptar las medidas necesarias para garantizar la pacífica tenencia de los bienes o derechos afectos o entregados para la explotación de la Concesión. Esta se refiere únicamente a la evicción.

Dentro del marco conceptual acotado en párrafos anteriores, para resolver la pretensión vigésima octava de la demanda de TRANZIT corresponde examinar si “al no haber adoptado y empleado oportunamente las medidas y herramientas necesarias para evitar o mitigar los efectos adversos generados como consecuencia de la situación financiera y operativa” de los contratos de concesión celebrados con Coobús y Egobús, TRANSMILENIO incumplió alguna de las obligaciones que tiene a su cargo como Ente Gestor del Sistema.

En ese orden de cosas es necesario referirse al contenido de la pretensión bajo estudio, en lo que atañe a la no adopción de medidas y a la falta de utilización de herramientas por parte de TRANSMILENIO para evitar o mitigar los efectos adversos generados por la situación financiera y operativa de los concesionarios Coobús y Egobús.

En primer lugar, es del caso reiterar que el pronunciamiento del Tribunal no puede abarcar la problemática acaecida con respecto a los contratos de concesión de los referidos concesionarios, por tratarse de materia ajena al presente Tribunal. En consecuencia, no se adoptarán decisiones en relación con la actuación de TRANSMILENIO como entidad concedente en tales contratos, ni tampoco respecto de la conducta o de las condiciones en las que se ejecutaron tales concesiones por parte de los contratistas, por las razones que ya fueron consignadas líneas atrás.

Lo que le corresponde al Tribunal es estudiar si, a partir de las pruebas aportadas al expediente, puede derivarse alguna responsabilidad a cargo de TRANSMILENIO por alguna actuación como gestor del SITP que haya tenido injerencia en el Contrato celebrado con TRANZIT, en particular por no haber adoptado medidas oportunas o por no haber utilizado herramientas para evitar o mitigar los efectos generados como consecuencia de la situación financiera y operativa de Coobús y Egobús.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La oportunidad de las medidas de TRANSMILENIO

Como primera medida, no se encuentran elementos para concluir si la actuación de TRANSMILENIO respecto de los referidos concesionarios no fue oportuna, como lo reclama TRANZIT. Es claro que obran pruebas que acreditan las dificultades que se presentaron en las concesiones de Coobús y Egobús y de las actuaciones que ejecutó TRANSMILENIO con el objeto de gestionar la situación de esos contratistas. Sin embargo, mientras que TRANZIT estima que faltaron acciones y que las que llevó a cabo TRANSMILENIO fueron inoportunas por no haberse adoptado con la prontitud que, a su juicio, se han debido ejecutar, la convocada sostiene que como ente gestor adoptó las medidas que estimó necesarias para conjurar la situación extraordinaria de dichas concesiones, al punto de haber expedido las resoluciones por medio de las cuales se declaró el incumplimiento de los contratistas y se terminaron tales contratos. TRANSMILENIO adujo que la complejidad de los contratos de concesión y las dificultades acaecidas en su ejecución no permitían adoptar medidas con la celeridad que TRANZIT reclama y que, por el contrario, se agotaron los procedimientos de distinta índole que debía evacuar en procura de salvaguardar las concesiones, lo que a la postre resultó fallido. Con todo, dichos procedimientos y esas medidas de salvamento, según la óptica de TRANSMILENIO, no podían ejecutarse con la prontitud que reclama TRANZIT, sino que fue necesario llevarlos a cabo en forma paulatina y con sujeción a normas legales y contractuales.

En relación con la oportunidad de las medidas que adoptó TRANSMILENIO o de las herramientas que utilizó en este frente, no existe un referente objetivo que permita concluir si tales medidas fueron extemporáneas o tardías o si por el contrario se adoptaron en forma oportuna. Se está en presencia de un asunto de carácter subjetivo: mientras que TRANZIT sostiene que TRANSMILENIO actuó en forma desacertada desde la adjudicación de las concesiones a Coobús y Egobús, la convocada aduce que como ente gestor adoptó las medidas y tomó las decisiones que, en su criterio, le correspondía ejecutar, con observancia de los procedimientos y de los derechos de los concesionarios.

Ante esa situación, en lo que se refiere a la oportunidad de las medidas de salvamento que TRANSMILENIO adoptó respecto de Coobús y Egobús, sobre la base de que no se cuenta con elementos de prueba que permitan examinar en detalle y con un referente objetivo la cronología de las referidas concesiones, ni la problemática de tales concesionarios —materia que tampoco es el objeto de esta providencia— no hay motivos para concluir que la adopción de medidas y que el empleo de herramientas por parte TRANSMILENIO respecto de la problemática de Coobús y Egobús no fue oportuna. Por el contrario, como se reseña líneas adelante, existe constancia en el expediente de que TRANSMILENIO llevó a cabo los

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

procedimientos que a su buen juicio, como ente gestor, estimó pertinentes para conjurar dicha situación, hasta el punto de haber terminado los contratos mediante la expedición de los correspondientes actos administrativos. Es inocultable, que una problemática de la envergadura que afectó las referidas concesiones no se podía enfrentar con la celeridad que reclama TRANZIT y que la complejidad de los contratos y de las vicisitudes que tuvieron los contratistas, así como el propósito de salvaguardar el servicio público, hacen entendible que las medidas que TRANSMILENIO ejecutó respecto de aquellos no eran simples, ni de ejecución expedita.

Las actuaciones de TRANSMILENIO frente a COOBÚS y EGOBÚS

Ahora bien, para determinar si TRANSMILENIO incurrió en incumplimiento de obligaciones legales y contractuales propias de su condición de ente gestor se estima pertinente hacer una breve revisión de las principales decisiones y medidas adoptadas por la entidad para afrontar la situación de las concesiones de Coobús y Egobús, conforme a lo que obra en el expediente. En otras palabras, en la medida en que TRANZIT pretende que se declare el incumplimiento por parte de TRANSMILENIO de sus obligaciones de gestión, planeación y control del sistema, como ente gestor, es del caso hacer una referencia de las actuaciones de dicha entidad en relación con las mencionadas concesiones.

Respecto del concesionario Egobús se encuentra:

- El 7 de febrero de 2011 se suscribió el acta de inicio del Contrato No. 12 de 2010.
- El 11 de agosto de 2011 se inició un procedimiento de imposición de multa en contra de Egobús por falta de cierre financiero y por la no acreditación de la suscripción del contrato de fiducia.
- Se formuló requerimiento a Egobús por incumplimiento de la obligación de mantener vigentes las pólizas convenidas en los contratos.
- Se inició un procedimiento de imposición de multa por incumplimiento en la obligación de vinculación de flota y desintegración de buses y se le requirió por el incumplimiento en el desempeño en la operación y los niveles de servicio.
- Se le impuso multa a Egobús por incumplimientos en la ejecución del contrato (Resolución 229 de 2013).
- Mediante Resolución 4677 de 30 de abril de 2013 la Superintendencia de Puertos y Transporte sometió a control a Egobús, en los términos del artículo 85 de la Ley 222 de 1995.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

- El 2 de mayo de 2013 Transmilenio le notificó a Egobús el inicio de verificación de incumplimientos de los Contratos 12 y 13 de 2010, por cargos de no implementación de rutas y no vinculación de operadores.
- Mediante Resolución 229 de 2013, Transmilenio impuso multa a Egobús por incumplimientos de obligaciones contractuales.
- La Subgerencia Técnica de Transmilenio informó a Egobús acerca del incumplimiento de este último al no dar inicio a las rutas programadas, conforme al cronograma contractual.
- El 19 de noviembre de 2013, Transmilenio inició procedimientos contra Egobús por incumplimiento total de los Contratos 12 y 13 de 2010.
- El 14 de enero de 2014 se suscribió el otrosí No. 5 al Contrato 13 de 2010.
- El 11 de febrero de 2014 Transmilenio formuló requerimiento perentorio a Egobús para que informe sobre la vinculación total de la flota.
- El 18 de febrero de 2014, Transmilenio solicitó la intervención de la Superintendencia de Puertos y Transporte en el proceso administrativo que se adelantaba contra Egobús por cuanto la situación del concesionario afectaba la prestación del servicio.
- El 5 de marzo de 2014 se inició el proceso por incumplimiento del contrato No. 12 de 2010 por la no prórroga o reposición de la garantía única del contrato.
- El 14 y 15 de mayo de 2014 se adelantaron mesas de trabajo entre Transmilenio y Egobús.
- El 28 de mayo de 2014 Transmilenio notificó a Egobús acerca del inicio de un procedimiento sancionatorio por incumplimiento de la obligación de chatarrizar, conforme al contrato No. 12 de 2014. En la misma fecha se le notificó a Egobús acerca del inicio de un procedimiento sancionatorio por incumplimiento grave del contrato que en caso de verificarse, daría lugar a la declaración de caducidad del contrato.
- El 9 de junio de 2014 Transmilenio solicitó la intervención de la Superintendencia de Puertos y Transporte, entre otros motivos, porque Egobús dejó de prestar el servicio de transporte desde el 9 de mayo de ese año.
- El 27 de enero de 2016 se llevó a cabo mesa de trabajo entre Transmilenio y Egobús para evaluar el avance del plan de salvamento presentado en mayo de 2015. Dicho ejercicio se repitió el 9 de marzo de 2016, el 6 de abril de 2016 y el 21 de abril de 2016.
- El 25 de abril de 2016 en audiencia pública se profirió la resolución 234 de Transmilenio en la que, entre otras disposiciones, se declaró el incumplimiento del contrato por parte de Egobús, se adoptó la terminación anticipada y unilateral del contrato, se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria y se ordenó la liquidación del contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

- El 28 de abril de 2016 se resolvieron los recursos de reposición interpuestos con la Resolución 234 de 2016, que se confirmó en su totalidad.

En relación con Coobús, se reseñan las siguientes actuaciones de TRANSMILENIO:

- El 4 de febrero de 2011 se suscribió el acta de inicio del Contrato No. 005 de 2010.
- El 28 de mayo de 2011 Transmilenio notificó a Coobús el incumplimiento del contrato por no contar con el cierre financiero.
- El 11 de agosto de 2011 se inició procedimiento de imposición de multa en contra de Coobús por falta de cierre financiero.
- El 13 de diciembre de 2011 Transmilenio formuló requerimiento a Coobús por el incumplimiento de la obligación de hacer el aporte mínimo de capital al fideicomiso, en las condiciones de tiempo y modo pactadas.
- El 16 de diciembre de 2011 Transmilenio formuló requerimiento a Coobús por el incumplimiento de la obligación de mantener vigentes las pólizas exigidas en el contrato.
- El 11 de octubre de 2012 se dio inicio al proceso de declaratoria de incumplimiento del contrato 005 de 2010 por la no sostenibilidad del cierre financiero.
- El 28 de diciembre de 2012 se suscribió pacto de cumplimiento con Coobús.
- El 22 de enero de 2013 Transmilenio formuló requerimiento a Coobús respecto del cumplimiento de obligaciones con los propietarios.
- El 28 de febrero de 2013 Transmilenio informó a Coobús acerca del incumplimiento de obligaciones incluidas en el pacto de cumplimiento, motivo por el cual se reactivó el proceso de incumplimiento.
- El 11 de abril de 2013 se profirió la Resolución 107 mediante la cual se declaró el incumplimiento parcial de Coobús y se ordenó el cobro de la cláusula penal pecuniaria, que fue confirmada mediante Resoluciones 266, 275 y 283 de 2013.
- El 18 de septiembre de 2013 se dio inicio al procedimiento de declaración de incumplimiento total del contrato.
- El 14 de febrero de 2014 Transmilenio formuló requerimiento contractual a Coobús por la no prórroga o reposición de la garantía única de cumplimiento.
- El 5 de marzo de 2014 se dio inicio al procedimiento sancionatorio por incumplimiento grave del contrato, por el mismo concepto señalado en el punto anterior.
- El 27 de enero de 2016 se llevó a cabo mesa de trabajo entre Transmilenio y Coobús para evaluar el avance del plan de salvamento presentado en

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

mayo de 2015. Dicho ejercicio se repitió el 9 de marzo de 2016 y el 6 de abril de 2016.

- El 25 de abril de 2016 en audiencia pública se profirió la resolución en la que, entre otras disposiciones, se declaró el incumplimiento del contrato por parte de Coobús, se adoptó la terminación anticipada y unilateral del contrato, se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria y se ordenó la liquidación del contrato.

Revisada la posición de TRANZIT en este punto y examinadas con detenimiento sus alegaciones finales, no se encuentra que la convocante indique o precise la obligación de TRANSMILENIO, que tenga origen en el Contrato No. 11 de 2010, cuyo incumplimiento reclama. En ese orden de cosas, a la luz de lo que se ha reseñado y para despachar la pretensión, se estima necesario examinar las prestaciones a cargo de TRANSMILENIO que pudieron resultar inejecutadas “al no haber adoptado y empleado oportunamente las medidas y herramientas necesarias” para evitar o mitigar los efectos generados por los contratos de Egobús y Coobús.

Ante esa situación, de cara a las obligaciones contractuales convenidas a cargo de TRANSMILENIO en la cláusula 24 del Contrato, podría entenderse que la prestación que pudiera haberse incumplido por parte de la convocada es aquella que se refiere a adelantar por sí misma o por interpuesta persona las actividades de gestión y control de SITP, que permitan al Concesionario el desarrollo de la actividad de transporte. En efecto, las demás prestaciones a cargo de TRANSMILENIO no guardan relación con la materia de esta pretensión y TRANZIT tampoco invocó el incumplimiento de ninguna de ellas.

De la relación de actuaciones desarrolladas por TRANSMILENIO cuya síntesis se ha hecho y bajo la perspectiva del Contrato No. 11 no es posible concluir que dicha entidad haya dejado de emplear medidas o herramientas necesarias para evitar o mitigar los efectos de las concesiones de Egobús y Coobús. En el proceso resultó demostrada la problemática que rodea los contratos de concesión como el que es materia de esta providencia. Se allegaron pruebas no solo de las dificultades surgidas en desarrollo de la concesión de TRANZIT, sino también de la existencia de otros procesos arbitrales convocados con ocasión de disputas relativas a estos contratos.

Los contratos de Coobús y Egobús no estuvieron exentos de esas vicisitudes y por el contrario, está acreditado que dichos concesionarios presentaron tal dificultad en la ejecución que TRANSMILENIO declaró el incumplimiento y los terminó, de modo que puede sostenerse que Coobús y Egobús podrían ser de aquellos concesionarios que mayores dificultades tuvieron en la ejecución de sus contratos.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Así las cosas, la labor del ente gestor tendiente a conjurar la situación de tales concesiones no era sencilla de agotarse y, por el contrario, hay evidencias de que no fueron pocas sus actuaciones encaminadas a hacer frente a dicha problemática, con el propósito de cumplir los objetivos de la ley y salvaguardar el servicio público de transporte de personas. Así mismo, debido a los problemas surgidos en la ejecución de las referidas concesiones, los trámites desarrollados para solventar tales dificultades no fueron sencillos de gestionar. Además de la forma en la que tales concesionarios ejercieron sus derechos para mantenerse como contratistas, consta la intervención de otras entidades del orden nacional y distrital cuya sola participación, por razones que no es necesario entrar a desarrollar, hicieron que los procedimientos adelantados por TRANSMILENIO no tuvieran la celeridad y la agilidad que otros concesionarios echan de menos.

El catálogo de actuaciones y decisiones que se han relacionado dan cuenta de las principales gestiones desarrolladas por TRANSMILENIO que —al margen de la oportunidad o celeridad con que se hayan ejecutado— acreditan que dicha entidad no dejó de ocuparse de tales concesiones y que en su condición de ente gestor del sistema adoptó las medidas que estimó necesarias para solventar la ejecución de esos contratos, sin que dicha problemática le haya impedido a TRANZIT desarrollar la actividad de transporte.

Por consiguiente, el reclamo que esta le enrostra a TRANSMILENIO por la no adopción de medidas o la no utilización de herramientas que permitieran evitar o mitigar la situación de Coobús y Egobús no resulta fundado; por una parte, porque TRANSMILENIO gestionó la crisis de tales concesionarios con los instrumentos de orden legal y técnico que estaban a su alcance, hasta el punto de terminar en forma unilateral dichos contratos y, por otra, porque no resultó acreditado que TRANSMILENIO hubiera dejado de adoptar alguna decisión en particular que hubiera salvado las referidas concesiones.

En suma, en la medida en que no se demostró que TRANSMILENIO dejó de adoptar alguna decisión concreta que hubiera conjurado en forma expedita la situación crítica de las concesiones tantas veces mencionadas y que, por el contrario, se estima que dicha entidad gestionó esa problemática con las herramientas que estaban a su alcance amén de que TRANZIT pudo desarrollar la actividad de transporte que le fue encomendada, el cargo que se imputa por parte de TRANZIT carece de fundamento y por lo tanto, la pretensión vigésima octava no está llamada a prosperar.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima octava

Como quiera que no se abre paso la pretensión vigésima octava de la demanda de TRANZIT corresponde resolver la correspondiente subsidiaria:

“Subsidiaria de la Pretensión Vigésimo octava. Que se declare que la expedición y aplicación del Decreto 190 de 2015 y la expedición de permisos de operación especiales y transitorios a los que hace referencia el mismo para servir rutas en la ciudad de Bogotá D.C., constituyeron eventos ajenos y no imputables a TRANZIT S.A.S. que alteraron el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

La forma cómo está redactada esta pretensión se estima de alcance vasto y, en cierta medida, indeterminado. En efecto, con ella se pretende declarar que la expedición y aplicación del Decreto 190 de 2015 del Alcalde Mayor de Bogotá y de los permisos especiales y transitorios a los que se refiere dicha norma son eventos ajenos y no imputables a TRANZIT, que alteraron el equilibrio económico del Contrato. A partir de la ubicación de esta pretensión, —deducida como subsidiaria de la vigésima octava— y de la referencia que TRANZIT hizo de ella en las alegaciones finales, es necesario precisar lo siguiente, para su correspondiente estudio: por una parte, la pretensión se plantea como subsidiaria de aquella cuyo objeto es la declaración de incumplimientos de obligaciones legales y contractuales de TRANSMILENIO en relación con las concesiones de Coobús y Egobús. Por otra parte, como colofón de sus alegaciones finales en este punto, TRANZIT señala que “no es posible que TRANZIT deba soportar los efectos del Decreto 190 de 2015, cuando sus causas le son del todo ajenas como se demostró antes y, más allá de que la falta de chatarrización no le es imputable, la que le corresponde apenas resultaría, si ello fuera posible, en una reducción del seis por ciento (6%) en la sobreoferta de transporte.”⁸²

A partir de lo anterior, para concretar el estudio de esta pretensión se considera que el examen de la misma debe hacerse dentro del marco de la gestión de las concesiones de Coobús y Egobús por parte de TRANSMILENIO y habida cuenta de que —según la propia convocante— con dicha pretensión se aspira a exonerar a TRANZIT del cumplimiento del Decreto 190 de 2015.

A esta altura es de sobra conocido que uno de los motivos de la expedición del Decreto 190 de 2015 fue la crisis que a la sazón atravesaban los referidos concesionarios, que tenía una incidencia notable en el funcionamiento y en la

⁸² Página 219 de las alegaciones de Tranzit.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

operación del sistema. Prueba de ello son, en primer lugar, las consideraciones del propio decreto entre las que se señala:

“Que existe un remanente de vehículos del servicio de transporte público colectivo que no han migrado al SITP, entre otras razones por la problemática generada por las empresas intervenidas por la Superintendencia de Puertos y Transporte, que impide que éstos puedan ser vinculados en el plazo inmediato, al sistema de transporte masivo de la ciudad.

“Que como parte de la flota referida en el anterior considerando, se encuentra un porcentaje importante de vehículos que no han sido desintegrados por los operadores del SITP, por lo cual se hace necesario definir un cronograma que permita que dicha desintegración se realice de manera clara y oportuna, sin afectar la prestación del servicio de transporte público en la ciudad.

“Que la facultad para establecer cronogramas de implementación del SITP corresponde a la Secretaría Distrital de Movilidad y a TRANSMILENIO S.A. y hace parte del marco jurídico de los contratos de concesión del sistema.”

Esa premisa fue corroborada con varias declaraciones rendidas, entre las que resulta pertinente la de la testigo Ivonne Alcalá, que al ser indagada sobre el tema afirmó:

“DR. BENAVIDES: Ese SITP provisional al que usted hace mención, da lugar en virtud de la falta de vinculación de flota de los concesionarios del SITP. ¿A qué se debe que los concesionarios el SITP no vinculen flota?

“SRA. ALCALÁ: ¿Usted me está diciendo que el SITP provisional se mantiene por la falta de vinculación de flota de los concesionarios del SITP?

“DR. BENAVIDES: Entendió claramente; y le estoy preguntando sobre eso.

“SRA. ALCALÁ: Pues, yo no creo que el SITP provisional tenga su origen en la falta de vinculación de flota de los concesionarios, los cronogramas de implementación tienen los avances que han permitido situaciones como la del SITP provisional, pero ese, en mi criterio no es el origen del SITP provisional, el origen del SITP provisional se da por la falta de los concesionarios Coobús y Egobús.”

“DR. BENAVIDES: ¿Ese es el origen del SITP?

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“SRA. ALCALÁ: Ese es el origen verdadero del SITP provisional y está documentado en los mismos antecedentes y en los mismos considerandos del Decreto 190.”

El Decreto 190 de 2015 constituye uno de los expedientes a los que se acudió por parte del Distrito Capital para hacer frente, entre otras cosas, a los efectos causados en el sistema por la problemática de los concesionarios Coobús y Egobús y, particularmente, por la demora en la integración de la flota al sistema de transporte masivo de la ciudad. En ese contexto, se trata de una norma jurídica expedida con el propósito de gestionar algunos de los problemas que surgieron en el funcionamiento de un sistema a cuya integración debía propender no solo TRANSMILENIO, sino las demás autoridades distritales.

En esa línea de análisis, la cláusula 12 del Contrato dispone que en la etapa preoperativa el Concesionario debe proceder con la 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: (...)” (se enfatiza). A su vez, el artículo 5 del Decreto 190 de 2015 dispone que los cronogramas de desintegración adoptados por la Secretaría de Movilidad “son de obligatorio cumplimiento para los operadores del SITP.”

Puestas las cosas en este sitio, el Decreto 190 de 2015 constituye una norma jurídica que fue expedida por el Distrito Capital para gestionar problemas surgidos en el sistema de transporte de pasajeros, en particular, aquellos que tuvieron raíces en la problemática de Coobús y Egobús. Por su parte, TRANZIT se obligó a cumplir las normas nacionales y distritales relativas a la desintegración. De igual manera, TRANZIT aceptó y reconoció expresamente al suscribir la cláusula 5 del Contrato la coexistencia de este con otras concesiones y contratos del Sistema, cuya gestión, dirección y control están a cargo de TRANSMILENIO, circunstancia esta última que también fue aceptada por TRANZIT. Por las razones anteriores, en el marco de decisión acotado líneas atrás, en tanto se está en presencia de un decreto expedido por el alcalde de Bogotá, a cuya observancia y cumplimiento se obligaron los concesionarios, entre ellos TRANZIT, la pretensión no está llamada a prosperar.

Pretensión vigésima novena

TRANZIT solicita en su demanda:

“Vigésimo noveno. Que se declare que la terminación de los Contratos de Concesión No. 005 y 012, y 013 de 2010, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES -

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S., respectivamente, así como los hechos que a ella dieron lugar, no corresponden a las Causas del Riesgo denominadas “Modificación del cronograma de otros contratos” o de la “Demora en el arranque de la concesión por otros operadores” del Anexo 5 - Matriz de Riesgos.”

Para decidir esta pretensión se hace necesario acudir a la Matriz de Riesgos de la Licitación ⁸³, en la que se tipificaron aquellos a los que se refiere la súplica que se estudia.

El riesgo identificado como “Modificación del cronograma de otros contratos” se describe como “... 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 infraestructura de operación, de los equipos SIRCI o por aplazamientos en la adjudicación de 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 imputable a la actuación de cualquiera de las partes intervinientes.

De lo anterior se tiene que el riesgo bajo examen se refiere a los efectos económicos que se produzcan en el sistema como consecuencia del cambio de cronograma o del plan de implementación para la puesta en marcha de la operación. Sin mayor dificultad puede concluirse que circunstancias como las que dieron lugar a la terminación de los contratos con Egobús y Coobús, ni la terminación misma de esos contratos por parte de TRANSMILENIO corresponden al riesgo que se examina. Las circunstancias que motivaron la terminación unilateral de los referidos contratos por parte de TRANSMILENIO no corresponden a cambio de cronograma o del plan de implementación, sino que como se ha reseñado líneas atrás se trata de una problemática compleja que afectó la ejecución de las referidas concesiones.

Por otra parte, según se estipuló en la Matriz de Riesgos la afectación correspondiente a este riesgo “se puede generar cuando se presenten retrasos en la infraestructura de operación, de los equipos SIRCI o por aplazamientos en la adjudicación de todas las zonas.” De lo que informan las pruebas, se puede sostener que la problemática que surgió en la ejecución de las concesiones de Egobús y Coobús no corresponde a retrasos en infraestructura de operación, de equipos SIRCI o por aplazamientos en la adjudicación de todas las zonas. En lo

⁸³ Folio 220 Cuaderno de Pruebas No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

que atañe a esta última circunstancia, en el caso de los referidos concesionarios no hubo aplazamiento en la adjudicación toda vez que los contratos de Egobús y Coobús fueron adjudicados efectivamente en desarrollo de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009 y como resultado de dicho certamen se celebraron, entre otros, los Contratos Nos. 005, 012 y 013 de 2010, cuya ejecución también principió. Por consiguiente, no hay lugar a sostener que en este frente hubo aplazamiento en la adjudicación de zonas, cuando, por el contrario, los contratos se suscribieron.

En cuanto al riesgo “Demora en el arranque de la concesión por otros operadores”, en la Matriz de Riesgos se describe como “... 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.” De conformidad con lo indicado en este acápite, en lo que concierne a los contratos de Egobús y Coobús, en la medida en que dichos negocios jurídicos se adjudicaron, se empezaron a ejecutar y no quedó pendiente la adjudicación de zonas, lo acaecido con ellos tampoco corresponde al riesgo enunciado.

En ese orden de cosas, la situación acaecida con Egobús y Coobús tampoco corresponde al riesgo al que se refiere la cláusula 119 – 2 del Contrato, vale decir los retrasos en la implementación del sistema, pues como quedó expuesto, a la luz de la Matriz de Riesgos, en el caso de los aludidos concesionarios no ocurrió un retraso de implementación del sistema. Por tal razón, no existe fundamento jurídico en la defensa de TRANSMILENIO según la cual el riesgo de implementación “por la demora en la implementación de las rutas correspondientes a las zonas adjudicadas a los concesionarios EGOBUS y COOBUS es a cargo del Concesionario.” Por las mismas consideraciones, en lo que se refiere al riesgo correspondiente a la problemática de Egobús y Coobús la excepción de TRANSMILENIO denominada “La implementación de la operación zonal adjudicada al Concesionario genera obligaciones a cargo de este y a favor de TRANSMILENIO, y el riesgo de que la implementación no ocurra según lo planeado es a cargo del Concesionario” carece de sustento.

Por lo anterior, se declarará que prospera la pretensión vigésima novena de la demanda y no hay lugar a estudiar la subsidiaria.

Pretensión trigésima

TRANZIT solicita lo siguiente:

“Trigésimo. Que se declare que la terminación de los Contratos de Concesión No. 005 y 012, y 013 de 2010, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S., respectivamente, así como los hechos que a ella dieron lugar, constituyeron eventos ajenos y no imputables a TRANZIT S.A.S. que alteraron el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

El pretendido desequilibrio del contrato

Con miras a resolver este punto, se estima pertinente determinar si la situación de Egobús y Coobús tuvo alguna incidencia en el contrato de TRANZIT, de tal modo que pueda definirse si la terminación de aquellas concesiones alteró el equilibrio financiero del Contrato, como se solicita en la pretensión.

El peritaje elaborado por la firma Cal y Mayor describe, en términos generales, la incidencia que tuvo la situación de Egobús y Coobús en las condiciones de operación del SITP, en los siguientes términos:

“En conclusión, durante la ejecución del contrato fueron alterados varios de los supuestos de operación del SITP establecidos dentro de la licitación TMSA-LP-004-2009 (enlistados anteriormente) principalmente por el incumplimiento de dos (2) de los nueve (9) concesionarios de transporte adjudicados y las implicaciones que esto trajo para finalizar el plan de implementación de todo el sistema y de Tranzit S.A.S. en particular, vincular la totalidad de la flota prevista en el Anexo técnico y sustituir toda la oferta del TPC por parte de todos los operadores del sistema y de Tranzit S.A.S. en particular; impidiendo que a la fecha se pueda afirmar que todo el transporte público de la ciudad opera bajo el esquema del SITP.”⁸⁴

Respecto de las repercusiones en la vinculación de rutas y flota indicó:

“En conclusión, el estado actual de cumplimiento del concesionario Tranzit S.A.S. en términos de vinculación de rutas y flota, con respecto al plan de implementación, es del sesenta y cinco por ciento (65%) y ochenta y cinco por ciento (85%), respectivamente, resaltando que el setenta y dos por ciento (72%) de las rutas que no han sido vinculadas por el Concesionario son compartidas con Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S., mientras que el veintiocho por ciento (28%) restante son rutas especiales y nocturnas a las cuales no se les han acordado parámetros operacionales por parte del Ente Gestor, condicionando su inicio de operación. Con base en estos datos, se concluye que el incumplimiento de Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S. ha afectado

⁸⁴ Dictamen pericial, página 38.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

notoriamente la implementación del Concesionario en la zona Usme, el cual ha cumplido cabalmente con sus obligaciones de vinculación de rutas y flota contempladas en el plan de implementación en la medida que se lo ha solicitado Transmilenio S.A. y en la medida que se lo ha permitido el incumplimiento de Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S.”⁸⁵

Así mismo, señaló que el 35 % de las rutas de TRANZIT (17 en total) son compartidas con Egobús y Coobús, por lo cual, la situación acaecida con estos concesionarios compromete de manera directa la operación de 276 vehículos asignados a la zona Usme. De igual manera, informó que por la misma razón, TRANZIT ha operado las rutas 319, 614, 34 y 950 sin el copartícipe de ruta, para un total de 87 vehículos en esa condición.

Por otra parte, el peritaje precisó:

“En ocasiones, ante el incumplimiento de los concesionarios Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S., algunos concesionarios con los que tenían rutas compartidas han optado por asumir por completo la operación de esas rutas, comprometiendo sus recursos disponibles para finalizar la implementación de otras rutas delegadas a su zona. Este fue el caso de TRANZIT S.A.S., quien decidió operar de manera individual cuatro (4) rutas compartidas con Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S. por solicitud de Transmilenio S.A. (rutas 614, 950, 319 y 34).”⁸⁶

Esta situación generó una pérdida de demanda de pasajeros, pagos cuya afectación, se describe así:

“En conclusión, la no finalización del plan de implementación, ocasionada principalmente por el incumplimiento de Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S., ha derivado en una falta de cobertura del SITP en toda la ciudad, incluida la zona de Usme, y la preservación del TPC/SITP Provisional, que en conjunto han derivado principalmente en la imposibilidad de continuar vinculando conductores y flota del TPC/SITP Provisional y en una menor captación de demanda de pasajeros por parte del SITP en general y del Concesionario en particular. Para evaluar este perjuicio en términos de pasajeros que han dejado de ser transportados se elaboró un modelo de transporte que permitió calcular una afectación total de 101.703.803 pasajeros que dejaron de ser transportados por el Concesionario entre enero de 2013 y junio de 2017 a raíz de la no finalización del plan de implementación, de los cuales 59.208.384

⁸⁵ Dictamen pericial, página 89.

⁸⁶ Dictamen pericial, página 37.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

corresponden a las rutas compartidas con Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S.; resaltando que este perjuicio continuará creciendo hasta no tanto se finalice el plan de implementación del SITP y se sustituya por completo el SITP Provisional.”⁸⁷

Según el peritaje:

“En el caso particular de TRANZIT S.A.S. se observa que la afectación ocasionada por el incumplimiento de Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S. corresponde al treinta y cinco por ciento (35%) de las rutas y al treinta y ocho por ciento (38%) del total de la flota operativa contemplada en el plan de implementación.”⁸⁸

Respecto de la incidencia de las concesiones de Egobús y Coobús en el sistema y en los concesionarios, el peritaje concluye:

“En conclusión, las principales incidencias ocasionadas por el incumplimiento de Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S. han sido:

- Demoras en el proceso de finalización de la implementación de todo el SITP y sustitución del TPC/SITP Provisional.
- No avance del plan de chatarrización y cumplimiento del Anexo técnico.
- Deficiente servicio prestado por el SITP a los usuarios por problemas de cobertura, frecuencias, intervalos, flotas, tiempos de recorrido y demás.
- Menores ingresos percibidos por los demás concesionarios al no operar todas las rutas de la licitación y transportar menos pasajeros ante la competencia del TPC/SITP Provisional que ha ocasionado competencia entre modos en toda la ciudad.
- Existencia del SITP Provisional como modo de Transporte Público Colectivo que le compite en toda la ciudad al SITP en la captación de pasajeros.”⁸⁹

En cuanto a la pérdida de la demanda de pasajeros, por reducción de la velocidad media de operación se dictaminó:

“En total, la falta de implementación y la pérdida de velocidad han significado una pérdida de demanda de ciento diecisiete millones cuatrocientos veintidós mil trescientos cincuenta y seis (117.422.356) pasajeros pagos para toda la

⁸⁷ Dictamen pericial, página 94 y reproducida en la página 213.

⁸⁸ Dictamen pericial, página 107.

⁸⁹ Dictamen pericial, página 141.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

zona de Usme entre enero de 2013 y junio de 2017, y sesenta y seis millones setecientos dieciocho mil quinientos sesenta (66.718.560) pasajeros para las 17 rutas compartidas con Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S.; tal que la sola pérdida de velocidad ha representado una pérdida de demanda de quince millones setecientos dieciocho mil quinientos cincuenta y tres (15.718.553) pasajeros para toda la zona entre enero de 2013 y junio de 2017 y siete millones quinientos diez mil ciento setenta y seis (7.510.176) pasajeros únicamente para las rutas compartidas con Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S.”⁹⁰

Con apoyo en las constataciones del peritaje que se han citado, es posible concluir que por la forma como fue diseñado el Sistema de Transporte de Pasajeros y habida consideración de que los concesionarios Egobús y Coobús tenían a su cargo contratos de innegable relevancia para el desarrollo y funcionamiento coordinado de dicho sistema, el fracaso de su operación y las circunstancias que dieron al traste con esas concesiones afectaron la ejecución de los demás contratos y, en particular, el de TRANZIT. En ese orden de cosas, el estado de las circunstancias del sistema y las condiciones existentes al momento de la licitación y de la celebración del Contrato, se alteraron en el curso de su ejecución, por cuenta de la problemática de Egobús y Coobús, que, se insiste, tuvo una incidencia demostrada en la concesión de TRANZIT.

Por otra parte, la naturaleza de las circunstancias que afectaron las concesiones de Egobús y Coobús relacionadas, de modo principal, con las dificultades de diverso orden que afrontaron dichos concesionarios y con los incumplimientos en los que incurrieron permiten concluir que se trata de eventos ajenos a TRANZIT, respecto de los cuales este último no tuvo ningún control, ni tampoco incidió en su ocurrencia. En efecto, no existe ningún elemento de orden conceptual, ni de carácter probatorio que permita concluir que TRANZIT tuvo injerencia o control respecto de las circunstancias que frustraron las concesiones mencionadas. Puestas las cosas en este punto, se considera que los hechos que dieron lugar a la terminación de los contratos de Egobús y Coobús son ajenos a TRANZIT y no le son imputables.

El cambio de las condiciones contractuales que existían al suscribirse el Contrato por parte de TRANZIT y su impacto en el negocio jurídico implica que operó una alteración de la ecuación financiera del negocio jurídico por cuenta de la situación de EGOBÚS y Coobús y que, por consiguiente, la pretensión bajo examen deba resolverse bajo los lineamientos del *restablecimiento del equilibrio económico del contrato*, institución en relación con la cual y sin perjuicio de algunas variaciones jurisprudenciales acerca de sus alcances o sus causas, el Consejo de Estado ha

⁹⁰ Dictamen pericial, página 216.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

sostenido que encuentra soporte fundamental, aunque no exclusivamente, en los principios del contratista colaborador de la administración, de la conmutatividad y equivalencia entre las prestaciones en los contratos estatales y de igualdad ante las cargas públicas. Así pues, la pretensión que se estudia debe examinarse bajo la aplicación de esa institución en cuanto se apoya en elementos que podrían justificar su invocación, como quiera que el origen o la causa de las incidencias en la ejecución del Contrato y de la alteración de las condiciones originales tuvo lugar en hechos no necesariamente atribuibles a las partes, en cuanto resultan ajenos a su comportamiento y a sus obligaciones contractuales.

Se trata entonces de una alteración del equilibrio económico del contrato en detrimento de una de las partes —en este caso el contratista— por circunstancias que le son ajenas a aquellas y que, por consiguiente, no implica incumplimiento de ninguna de ellas. Así lo ha precisado la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, en fallos entre los que resulta pertinente el siguiente:

“VII.- La fractura del equilibrio económico-financiero del contrato.-

“El demandante considera que el equilibrio económico - financiero del contrato se quebrantó, porque las obras se iniciaron el 20 de junio de 1995, es decir, 14 meses después de lo previsto, por hechos no imputables a él y ello generó sobrecostos que tuvo que asumir en los gastos administrativos y en los materiales, en la mano de obra y en los equipos (hechos 18, 19, 26 y 27 de la demanda).

“Para la Sala, los supuestos de hecho alegados no son constitutivos de ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato, sino de 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 comercial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

“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

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o 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 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 genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.”⁹¹

Al presentarse la ruptura del equilibrio económico del contrato, que tiene consagración fundamental en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, debe entonces hacerse uso de las herramientas que ofrece el ordenamiento jurídico para restablecer la ecuación financiera del contrato, como lo dispone el mismo artículo 27, pero también aquellas contempladas en el artículo 4, numeral 8 de la Ley 80 de 1993, esto es la adopción de “las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación [o concurso], o de contratar en los casos de contratación directa.

Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.”

De igual manera, el artículo 5, numeral 1º *ibídem* dispone a favor de los contratistas que “tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si

⁹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 14 de marzo de 2013. Radicación No. 760012331000199603577-01, expediente No. 20.524.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”

En la misma línea, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone que las entidades estatales tendrán a su cargo la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, para lo cual podrán pactar y hacer uso de las facultades excepcionales al derecho común. En los casos en los que se ejerciten tales potestades excepcionales “deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.” Así las cosas, en aquellos casos en los que la administración haga uso de las cláusulas excepcionales, deberá restablecer el equilibrio del contrato, si hay lugar a ello, mediante la utilización de los mecanismos de ajuste consagrados en la ley.

En desarrollo de tales postulados, el Consejo de Estado ha precisado que:

“Del contenido conceptual puesto de presente, debe entenderse que el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de la licitación o de contratar cuando se hubiere acudido a la modalidad de contratación directa; en ese contexto resulta evidente que dicha equivalencia puede verse afectada o por factores externos a las partes que están llamados a encuadrarse dentro de la Teoría de la Imprevisión o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad.”⁹²

El restablecimiento del equilibrio económico

La situación de los concesionarios COOBÚS y EGOBÚS y la terminación de los respectivos contratos por parte de TRANSMILENIO constituyen una alteración de las condiciones técnicas, económicas y financieras del Contrato de TRANZIT por circunstancias que no le son atribuibles a este último y que tuvieron una incidencia en la ecuación económica y financiera del negocio jurídico. Por tales motivos, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento legal y con los lineamientos de la

⁹² Sección Tercera Subsección A, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Sentencia No. 20.524.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

jurisprudencia del Consejo de Estado es procedente el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Con ese propósito, se considera que en la medida en que no se han adoptado las medidas para solventar la incidencia que tuvo el fracaso de EGOBÚS y COOBÚS en la concesión de TRANZIT y, en particular la terminación de tales contratos, el referente temporal objetivo que se puede tomar para restablecer el equilibrio es la fecha de terminación de los contratos con aquellos concesionarios, esto es abril de 2016. Por consiguiente, el plazo que se tendrá en cuenta para restablecer el equilibrio económico del contrato de TRANZIT es aquel que ha transcurrido desde la fecha en la que se terminaron los contratos con EGOBÚS y COOBÚS —oportunidad cierta en la que ocurrieron los hechos— en tanto no se han adoptado soluciones definitivas para conjurar la crisis originada por dicha situación.

Por otra parte, para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se tendrá en cuenta el Escenario 1 al que se refiere el peritaje de Cal y Mayor en este frente, toda vez que este atañe a “la pérdida de demanda de pasajeros pagos ocasionada por el incumplimiento de EGOBÚS S.A.S. y COOBÚS S.A.S. en las diecisiete (17) rutas que comparten en Usme, se partió de la estimación hecha para todas las rutas asignadas al Concesionario (Tabla 65) y se calculó cuál fue el perjuicio atribuible directamente a las diecisiete (17) rutas que debían ser compartidas con EGOBÚS S.A.S. y COOBÚS S.A.S.”⁹³

El Tribunal tomará en cuenta ese escenario que valora el impacto por la pérdida de pasajeros pagos, según el propio peritaje técnico. Es así como para explicar el cálculo de la afectación el dictamen indica que:

“Anteriormente se señaló que en el caso particular de TRANZIT S.A.S. el treinta y cinco por ciento (35%) de sus rutas (17 en total) son compartidas con EGOBÚS S.A.S. o COOBÚS S.A.S., lo cual compromete de manera directa la operación de doscientos setenta y seis (276) vehículos asignados a la zona de Usme e implica una pérdida de demanda no atribuible al Concesionario.

“De hecho, también se mencionó que a pesar de la dificultad que comprende operar una ruta compartida sin la respectiva contraparte, el Concesionario ha operado las siguientes cuatro (4) rutas compartidas con COOBÚS S.A.S. y EGOBÚS S.A.S.: 319, 614, 34 y 950; para un total de ochenta y siete (87) vehículos vinculados sin la contraparte.”⁹⁴

⁹³ Dictamen pericial, página 213.

⁹⁴ Dictamen pericial, página 213.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

El cálculo de la afectación de TRANZIT en ese escenario, que a su vez fue diagnosticado en el peritaje técnico, se hizo en el peritaje financiero de la firma Strategas Consultores S.A., que concluyó:

“Como resultado del ESC4 del estudio realizado por el Perito Técnico, con corte al 30 de junio de 2017, se observó una pérdida de **59.208.381 pasajeros pagos**, ocasionada por el incumplimiento de **Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S.** en las diecisiete (17) rutas que comparten en zona de Usme. Al valorar dicho impacto la suma por menores pasajeros asciende a **\$ 18.438.871.652,00 del 30 de junio de 2017.**”⁹⁵

Como quiera que el lapso para el restablecimiento del equilibrio se definió a partir de abril de 2016, el impacto en los ingresos de TRANZIT por menores pasajeros asciende entonces a \$ 7.847.199.484 a 30 de junio de 2017, conforme a los parámetros del propio dictamen.

Con el alcance precisado, se declarará que prospera la pretensión trigésima de la demanda y no hay lugar a estudiar la subsidiaria.

Pretensión trigésima primera

TRANZIT solicita lo siguiente:

“Trigésimo primero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá al no haber ejercido sus facultades de SUPERVISIÓN Y CONTROL EN RELACIÓN CON LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS RUTAS 614 – 950 - P28 – 237 - P64 – 501 - E42 - P81 – 743 – 319 – 34 – 31 – 205 – 625 – 848 – 594 – 633, o las que resulten probadas, que debían ser compartidas por TRANZIT S.A.S. con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S.”

En armonía con las consideraciones expuestas líneas atrás, en particular aquellas que se consignaron al resolver la pretensión vigésima octava de TRANZIT, donde se concluyó que no existe prueba de que TRANSMILENIO haya dejado de adoptar alguna decisión concreta que hubiera conjurado en forma expedita la situación crítica de las concesiones de Coobús y Egobús, tampoco hay mérito para concluir

⁹⁵ Dictamen pericial financiero, página 118.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

que dicha entidad haya dejado de ejercer sus facultades de supervisión y control en relación con las rutas relacionadas en la pretensión que se estudia.

Así mismo, también se concluyó que dicha entidad gestionó la problemática acaecida en dichas concesiones con las herramientas que estaban a su alcance amén de que TRANZIT pudo desarrollar la actividad de transporte que le fue encomendada, motivos por los cuales no hay lugar a acceder a la pretensión que se estudia, que encuentra raíces en el pretendido incumplimiento de TRANSMILENIO de sus obligaciones legales y contractuales como ente gestor en relación con Coobús y Egobús, pretensión que fue desestimada por razones que resultan pertinentes en abono de esta decisión, pero que no se repetirán por considerarse innecesario.

En consecuencia, se declarará que no prospera la pretensión 31 de la demanda y, de manera consecencial, tampoco prosperan las pretensiones de condena 106, 107 y 108.

La pretensión subsidiaria a la pretensión trigésima primera

Como quiera que no prospera la pretensión trigésima primera de la demanda de TRANZIT corresponde resolver la correspondiente subsidiaria:

“Subsidiaria de la Pretensión Trigésimo primera. Que se declare que la falta de implementación oportuna y completa de las rutas 614 – 950 - P28 – 237 - P64 – 501 - E42 - P81 – 743 – 319 – 34 – 31 – 205 – 625 – 848 – 594 – 633, o las que resulten probadas, que debían ser compartidas por TRANZIT S.A.S. con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S., constituyeron eventos ajenos y no imputables a TRANZIT S.A.S. que alteraron el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

En relación con esta súplica se tiene que es aceptado por TRANSMILENIO la existencia de rutas compartidas entre TRANZIT, Coobús y Egobús. Desde la propia contestación de la demanda reformada, TRANSMILENIO reconoce que es cierto el contenido del hecho 630 de la reforma en la que se afirma la existencia de las referidas rutas compartidas.⁹⁶

⁹⁶ Señala el hecho: “De acuerdo con el esquema operacional del SITP, diecisiete (17) de las cuarenta y cuatro (44) rutas que debe servir TRANZIT en la Zona Usme, corresponden a rutas compartidas con COOBÚS y EGOBÚS; es decir el 35% de las rutas asignadas originalmente a TRANZIT eran compartidas con los concesionarios antes indicados, generando un impacto del 38% de la flota

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Varios testigos ilustraron al Tribunal sobre el concepto de rutas compartidas y, en particular, el dictamen técnico concluyó sobre este punto:

“Anteriormente se señaló que en el caso particular de Tranzit S.A.S. el treinta y cinco por ciento (35%) de sus rutas (17 en total) son compartidas con Egobús S.A.S. o Coobús S.A.S., lo cual compromete de manera directa la operación de doscientos setenta y seis (276) vehículos asignados a la zona de Usme e implica una pérdida de demanda no atribuible al Concesionario.

“De hecho, también se mencionó que a pesar de la dificultad que comprende operar una ruta compartida sin la respectiva contraparte, el Concesionario ha operado las siguientes cuatro (4) rutas compartidas con Coobús S.A.S. y Egobús S.A.S.: 319, 614, 34 y 950; para un total de ochenta y siete (87) vehículos vinculados sin la contraparte.”⁹⁷

De conformidad con lo que se ha expuesto en precedencia y con arreglo a las pruebas que se han relacionado en capítulos anteriores, la falta de implementación de rutas compartidas de TRANZIT es uno de los efectos o de las consecuencias que tuvieron como causa la situación fallida de Coobús y Egobús. En ese orden de días, en armonía con lo que se ha señalado en capítulo anterior de esta providencia, dichas situaciones relacionadas con los hechos que dieron lugar a la terminación de esas concesiones —entre las que se encuentra la relativa a las rutas compartidas por TRANZIT— son eventos ajenos y no imputables a TRANZIT que alteraron el equilibrio económico del contrato a cuyo restablecimiento está obligado TRANSMILENIO.

Con ese alcance se declarará que prospera la pretensión subsidiaria de la pretensión 31 de la demanda.

De manera consecuencial, prospera también, de manera parcial, la pretensión subsidiaria a la pretensión 106 y se condenará a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de \$ 7 847 199 484 a título de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, por el concepto que se analiza en este acápite. Con apego a la dicha pretensión, la suma referida se encuentra actualizada a junio de 2017.

operativa contemplada en el plan de implementación.” Transmilenio contestó en los siguiente términos: “Es cierto en cuanto a que de las 44 rutas, 17 son compartidas con Coobús SAS y Egobús SAS, pero nada dice el concesionario demandante sobre el hecho cierto que la entidad demandada le ha dado todas las alternativas para suplir esas rutas, sin que haya dado respuesta alguna.”

⁹⁷ Dictamen pericial, página 213.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Por último, como quiera que no existe prueba en el expediente de la suma necesaria para restablecer el equilibrio del contrato con posterioridad al 1º de julio de 2017, ni mucho menos “a partir de la ejecutoria” del laudo, no prosperan la pretensión subsidiaria a la pretensión 107, ni la pretensión subsidiaria a la 108.

Pretensiones subsidiaria de la vigésima primera y subsidiaria de la vigésima segunda y pretensiones de condena nonagésima principal y subsidiaria

Aunque las pretensiones subsidiaria de la vigésima primera y subsidiaria de la vigésima segunda fueron formuladas en la demanda principal reformada antes de las relativas a los hechos sucedidos respecto de los contratos de concesión de las empresas EGOBUS y Coobus (pretensión vigésima novena y pretensión trigésima), el Tribunal ha considerado pertinente resolver primero estas últimas y acometer ahora el estudio, consideración y decisión de las relacionadas con la no implementación de las Fases I y II del SITP. La razón que llevó al Tribunal a resolver este punto de la controversia de esta manera es la incidencia que ha tenido la liquidación de los contratos de EGOBUS y Coobus, y el cese total de operación de estos dos concesionarios, en la implementación del sistema.

Las posiciones de las partes y del Ministerio Público, respecto de lo alegado y probado en relación con estas pretensiones, se ha descrito, en síntesis, en las consideraciones del Tribunal hechas al resolver las pretensiones vigésima primera principal y vigésima segunda principal, a las que se remite este aparte del laudo.

La pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima primera

Como quiera que no se declaró la prosperidad de la pretensión vigésima primera de la demanda de TRANZIT, este Tribunal procederá a resolver la siguiente pretensión subsidiaria:

“Subsidiaria de la pretensión vigésima primera. Que se declare que la no implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que alteró el equilibrio económico del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

Para analizar esta pretensión, en primer lugar, el Tribunal debe partir de la Matriz de Riesgos del Contrato N° 011 de 2010, en donde obra la estimación, asignación y tipificación de los riesgos del contrato, para efectos de determinar si se asignó un riesgo relacionado a la no implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, y en todo caso, el alcance de dicha asignación.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Respecto del riesgo de implementación, la Matriz de Riesgos del Contrato No. 011 de 2010 señala lo siguiente:

CLASE	CAUSA DEL RIESGO	OBSERVACIONES	MITIGACION	ASIGNACION	ESTIMACION DEL RIESGO	
					PROBABILIDAD	IMPACTO
Implementación	Modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura.	La identificación de este riesgo no tiene correspondencia con el documento CONPES no. 3107 de 2001, por lo que se hace necesaria su justificación.	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.	TMSA (100% del riesgo cuando autorice la entrada de flota y la infraestructura no esté lista) CONCESIONARIO DE OPERACIÓN (los demás eventos)	MEDIO	ALTO
	Modificación del cronograma por no encontrarse listos los equipos del SIRCI	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 la infraestructura de operación, de los equipos SIRCI o por aplazamientos en la adjudicación en todas las zonas.	De igual forma se prevén contractualmente los mecanismos para asegurar que el concesionario del SIRCI cumpla estrictamente con los cronogramas de implementación.	TMSA– CONCESIONARIO DE OPERACIÓN	MEDIO	ALTO
	Modificación del cronograma por entrada de otros contratos	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.	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).	TMSA– CONCESIONARIO DE OPERACIÓN	MEDIO	ALTO
	Demora en el arranque de la concesión por otros operadores	Consiste en el efecto económico en el sistema originado en no haber sido adjudicadas todas las zonas o presentarse otro tipo de inconvenientes que retrasa el inicio simultáneo de la operación. TRANSMILENIO S.A. se encuentra en capacidad de controlar los pedidos de 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	No obstante lo anterior, en la Cláusula 22 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA IMPLEMENTACIÓN 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	TMSA– CONCESIONARIO DE OPERACIÓN	MEDIO	ALTO

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

		emergente al Concesionario. Corresponde al concedente asumir dicho evento. 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.	flota. Minuta del contrato: CLÁUSULA 22 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO.			
--	--	---	--	--	--	--

Si bien en la matriz de riesgos no existe un riesgo específico denominado “riesgo de no implementación de las Fases I y II del SITP”, a juicio del Tribunal este riesgo se encuentra comprendido en el riesgo que es descrito, en forma general, como “riesgo de implementación.”

Como ya se mencionó, el denominado “riesgo de implementación” es un riesgo compartido entre las partes del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, esto es, entre TRANSMILENIO y TRANZIT, salvo una de las modalidades o causas de este riesgo.

TRANSMILENIO ha sostenido en este trámite arbitral que el riesgo de implementación le correspondería únicamente bajo el supuesto de que autorice pedidos de flota al concesionario y éste no la pueda operar por no estar lista la infraestructura.

Esta afirmación no es exacta, pues, como se anotó en apartes anteriores de este laudo, en la matriz de riesgos del contrato se contemplaron cuatro causas del riesgo de implementación, como son (i) Modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura, (ii) Modificación del cronograma por no encontrarse listos los equipos del SIRCI, (iii) Modificación del cronograma por entrada de otros contratos y (iv) Demora en el arranque de la concesión por otros operadores.

El primer riesgo de implementación (Modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura) sería asumido en un 100% por TRANSMILENIO cuando esta empresa hubiere autorizado la entrada de flota y el concesionario no pudiese utilizarla porque la infraestructura no esté lista. En los demás casos, este riesgo debe ser asumido por el concesionario. Es decir, que la afirmación de TRANSMILENIO en su defensa sólo aplica respecto de la primera causa del riesgo de implementación.

Pero la matriz de riesgos es clara al señalar que los demás riesgos de implementación (Modificación del cronograma por no encontrarse listos los equipos

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

del SIRCI, Modificación del cronograma por entrada de otros contratos y Demora en el arranque de la concesión por otros operadores) fueron asignados de manera compartida entre TRANSMILENIO y el concesionario, como se reiteró en el Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos, en los siguientes términos:

“Riesgo de Implementación.

“Se trata de un riesgo incluido en la matriz cuya identificación no tiene correspondencia con el Documento CONPES 3107 de 2001 y consiste en el impacto económico generado por la modificación que se realice al cronograma proyectado para la puesta en marcha de la operación. Esta afectación se puede generar cuando se presenten retrasos en la entrega de la infraestructura de operación, de los equipos SIRCI o por demora en la adjudicación en todas las zonas.

“En la matriz propuesta, 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.”⁹⁸

Por lo tanto, a juicio del Tribunal, salvo la excepción antes mencionada, la asignación del riesgo de implementación del SITP se efectuó de manera compartida entre las partes del contrato, ya que existe la probabilidad de que la ocurrencia del hecho se origine por la actuación de cualquiera de ellas, y que por lo anterior no le corresponde su mitigación, ni a TRANSMILENIO, ni al Concesionario, de manera exclusiva.

La materialización del riesgo de implementación, por sí sola, no faculta al concesionario a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pues el efecto de la asignación de riesgos en la matriz del contrato radica, precisamente, en que las partes asuman las consecuencias del riesgo que les fue asignado. Como el riesgo de implementación fue asignado en forma compartida a TRANZIT y a TRANSMILENIO, ambas partes deben soportar sus consecuencias.

A juicio del Tribunal, existe suficiente evidencia en el expediente de que ha habido un sustancial retraso en la implementación del SITP. Pero hay que distinguir entre las Fases I y II del sistema. En otro aparte de este laudo ya se fijó el criterio del Tribunal en el sentido de considerar que la Fase I del SITP ya se ha terminado, en la medida en que el proceso de selección y adjudicación de los contratos de operación de las 13 zonas en las que se dividió la ciudad de Bogotá D.C. fue

⁹⁸ Anexo explicativo de la matriz de riesgos. Página 9.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

culminado. Ahora bien, el hecho de que, con posterioridad a la adjudicación de los respectivos contratos, dos de los concesionarios (Egobús y Coobús), por razones ajenas a esta controversia, hayan cesado su operación y sus contratos hayan sido terminados y liquidados, no significa que la Fase I del SITP no hubiere concluido, pues la terminación de sus contratos ocurrió después de la etapa de adjudicación y corresponde al devenir contractual propio de cualquier obra o servicio que, si bien no es deseable, no puede tener efectos retroactivos respecto de la finalización de la Fase I del SITP, sino que debe analizarse en cuanto a sus efectos hacia el futuro, es decir, respecto de la Fase II del sistema.

El Tribunal ya señaló, en apartes anteriores, cómo lo sucedido con los contratos de los concesionarios Egobús y Coobús tuvo consecuencias evidentes en la implementación de la Fase II del SITP, al punto que, hasta ahora, como también se ha mencionado en este laudo, dicha fase no ha concluido, ni se ha cumplido la integración del sistema.

En este sentido, si bien se ha dicho en este laudo que la no implementación de la Fase II del sistema no es un incumplimiento contractual de TRANSMILENIO, lo que sí es cierto es que el cese de operaciones y la liquidación de los contratos de los concesionarios Egobús y Coobús dejó un vacío en el sistema que se suplió con el SITP Provisional, el cual implicó un retraso significativo en la implementación de la Fase II del Sistema Integrado de Transporte Público, teniendo en cuenta que la implementación de la citada Fase II únicamente ocurrirá cuando ya no haya Transporte Público Colectivo (TPC) y el SITP Provisional no es otra cosa que el mismo Transporte Público Colectivo (TPC) que opera bajo un reglamento de operación de TRANSMILENIO, pero con las mismas características del antiguo sistema de transporte urbano de pasajeros que se pretendía erradicar y sustituir por una operación integrada, como era uno de los principios y propósitos fundamentales del SITP.

Los dictámenes periciales y los testimonios citados al resolver las pretensiones vigésima novena, trigésima y trigésima primera de la demanda principal son suficiente evidencia de este hecho y a ellos se remite el Tribunal.

Precisamente, el impacto que tuvo el cese de operaciones de los concesionarios Egobús y Coobús en la implementación de la Fase II del SITP se puede evidenciar en las consideraciones del Decreto 190 de 2015, el cual señala

“Que no obstante lo anterior, aún se encuentran pendiente de implementación, algunas rutas estratégicas por parte de los concesionarios del SITP, las cuales garantizarán mayor cobertura al sistema.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“Que existe un remanente de vehículos del servicio de transporte público colectivo que no han migrado al SITP, entre otras razones por la problemática generada por las empresas intervenidas por la Superintendencia de Puertos y Transporte, que impide que éstos puedan ser vinculados en el plazo inmediato, al sistema de transporte masivo de la ciudad.”

Este Tribunal ya expresó su criterio, al decidir otras pretensiones, en el sentido de que la falta de implementación de la Fase II del SITP no constituye un incumplimiento contractual de TRANSMILENIO, toda vez que la implementación del sistema siempre fue concebida como gradual, sin un término preciso y perentorio, y que en el Contrato de Concesión N° 011 de 2010 se pactó, expresamente, que el cronograma de implementación del SITP podría ser modificado o aplazado.

Esto implica que el retraso en la implementación de la Fase II del SITP – toda vez que la Fase I ya fue culminada -, es un riesgo previsto en la matriz de riesgos y compartido por las partes del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, cuya ocurrencia no otorga a TRANZIT, en principio, el derecho a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Es perfectamente entendible y, por ende, previsible, que la implementación de un sistema de transporte masivo urbano de pasajeros, como el SITP, que depende de tantas variables y del cumplimiento de obligaciones legales y contractuales de diversas personas naturales y jurídicas, así como de entidades estatales, bien puede estar sujeto a dificultades, obstáculos y problemas que generen retrasos en su implementación, tanto así, que ello fue previsto en la etapa precontractual del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, al elaborar la respectiva matriz de riesgos.

No obstante, el Tribunal estima, como ya lo expresó en apartes anteriores de este laudo, que la terminación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús y el cese de operación de estas empresas en las zonas y las rutas que le habían sido adjudicadas, fue un evento que no había sido previsto por las partes del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, al punto que no fue contemplado como un riesgo en la matriz de asignación de riesgos del contrato.

Y tampoco previeron las partes que ante el cese de operaciones de Egobús y Coobús se presentara un vacío importante en el cubrimiento de las necesidades de transporte de la población de Bogotá D.C., que fue necesario suplir mediante la transformación del tradicional Transporte Público Colectivo en el SITP Provisional, como expresamente lo evidencian las consideraciones del Decreto 190 de 2015.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 309 de 2009, la Fase II del SITP sólo termina cuando se haya integrado todo el sistema de transporte público urbano masivo de pasajeros en la ciudad, lo cual implica, necesariamente, la desaparición del Transporte Público Colectivo. Como ya se señaló en apartes anteriores de este laudo, el denominado SITP Provisional no es otra cosa que el mismo Transporte Público Colectivo, pero ahora sujeto a un reglamento de operación expedido por TRANSMILENIO. Pero los antiguos defectos y falencias del Transporte Público Colectivo, tales como la ausencia de paraderos, el cobro en dinero efectivo, la falta de programación central de las rutas, la frecuencia de las rutas determinadas por la demanda y no por la regularidad del sistema, la vetustez y falta de control en el mantenimiento de los vehículos, y la contaminación ambiental que genera la flota, son condiciones de las que adolece también el SITP Provisional.

Como ya se señaló con anterioridad en este laudo, existe suficiente evidencia de que la implementación de la Fase II del SITP no ha culminado a la fecha. Sobre este punto, la experticia elaborada por la firma Cal y Mayor señaló que:

“De acuerdo con el párrafo del Artículo 19 del Decreto 309 de 2009, la implementación e integración de todo el transporte público masivo de la ciudad debió ocurrir antes del quince (15) de octubre del 2011, es decir, hace casi seis (6) años. Sin embargo, este párrafo fue eliminado posteriormente, de manera extemporánea (después del 15 de octubre de 2011), mediante el artículo 1° del Decreto Distrital 535 de 2011 del 29 de noviembre de 2011. De esta forma, se incumplió el primer hito de implementación previsto en la estructuración del SITP y en los decretos y anexos técnicos que regían la licitación TMSA-LP-004-2009.

“Dado que este primer hito de implementación se incumplió, el nuevo hito de referencia para finalizar la implementación e integración de todo el SITP corresponde a un período de diecisiete (17) meses contados a partir de la fecha de suscripción de las Actas de Inicio de los Contratos, según lo establecido en las Cláusulas 12 y 22 de cada Contrato de Concesión; divididos en nueve (9) meses de etapa pre-operativa (Cláusula 12) y ocho (8) meses de implementación (Cláusula 22 y Anexo No. 2 de la Minuta del Contrato). Así, tomando como referencia la fecha de suscripción del Acta de Inicio del Contrato de Concesión No. 011 de 2010, suscrita en febrero de 2011, la etapa pre-operativa del contrato debió haber finalizado en noviembre de 2011 y la Puesta en Marcha debió haber finalizado en julio de 2012.”⁹⁹

⁹⁹ Dictamen pericial Cal y Mayor, página 29

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Si bien es cierto que la Fase II del SITP contemplaba la coexistencia del SITP con el Transporte Público Colectivo, no era previsible al momento de celebrar el Contrato de Concesión N° 011 de 2010 que dicha coexistencia entre los dos servicios fuera a verse prolongada en el tiempo, sin aparente solución, por el cese de operaciones de dos concesionarios (Egobús y Coobús) y por la conversión del Transporte Público Colectivo en el que hoy se denomina SITP Provisional.

A juicio del Tribunal, el retraso en la implementación de la Fase II del SITP se origina en dos hechos concretos, a saber: (i) el cese de operaciones y la terminación y liquidación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús, y (ii) la conversión del Transporte Público Colectivo en SITP Provisional ordenada por el Decreto 190 de 2015, norma por demás expedida con posterioridad al Contrato de Concesión N° 011 de 2010.

Ninguno de estos hechos fue previsto por las partes. Y mucho menos se previeron las consecuencias que los mismos pudieran tener en la implementación de la Fase II del SITP y en las condiciones de ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010.

La operación del SITP Provisional genera, a su vez, unas condiciones de competencia que afectan directamente a los concesionarios del SITP. De ello da cuenta el dictamen pericial de Cal y Mayor, del que se citan los siguientes apartes:

“A pesar de que el Decreto 190 de 2015 determina que el SITP Provisional debe ser complementario en aquellas zonas donde no hay presencia del SITP, en la práctica se observa una superposición entre servicios en toda la ciudad que deriva en una situación de competencia entre servicios y no en una situación de complementariedad conforme estaba previsto (ver superposición de servicios en la pregunta **Error! Reference source not found.**). Con base en lo anterior, es claro que el SITP Provisional no opera como un servicio integrado al SITP, y que en la práctica es un servicio que tampoco se complementa, sino que compite con el SITP, en condiciones más favorables para el usuario (pago en efectivo, menor tarifa, falta de regulación en paraderos, entre otros).” ¹⁰⁰

“Posteriormente, una vez determinada la cobertura de las rutas que operan bajo el esquema del SITP Provisional, se procedió a determinar el grado de paralelismo de cada una de las rutas del Concesionario con la cobertura que brindan los servicios del SITP Provisional, tal y como se ilustra en la **Error! Reference source not found.**, donde nuevamente el área sombreada

¹⁰⁰ Dictamen pericial rendido por Cal y Mayor y Asociados, página 39.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

representa la cobertura del SITP Provisional, mientras que las líneas rojas representan las rutas operadas en la actualidad por el Concesionario.

“A partir del análisis realizado se concluye que para todas las treinta y cuatro (34) rutas implementadas por el operador Tranzit S.A.S. existe al menos una ruta del SITP Provisional con un paralelismo igual o superior al cuarenta por ciento (40%), resaltando que este fue justamente el criterio adoptando durante la definición del plan de implementación definitivo del SITP para considerar si dos (2) rutas eran o no paralelas.

“A manera de ejemplo, se citan los casos de las rutas 488 que tiene un paralelismo del ochenta y ocho por ciento (88%) con la ruta ZP-902 del SITP Provisional, la 194 con un ochenta por ciento (80%) de paralelismo con la ZP-C34, la 319 con un setenta y nueve por ciento (79%) de paralelismo con la ZP-C10, la 910 con un setenta y tres por ciento (73%) de paralelismo con la ZP-P4 y la 577, que a pesar de ser la ruta con menor paralelismo de las operadas por el Concesionario presenta superposiciones con la ruta provisional ZP-C47 en el cuarenta por ciento (40%) de su extensión (ver **Error! Reference source not found.**)”¹⁰¹

El representante del perito Cal y Mayor, señor Miguel Castillo, reiteró en audiencia este criterio en los siguientes términos:

“SR. CASTILLO: Los sistemas son diferentes pero la demanda que atienden es la misma, por eso nosotros hablamos que hay competencia, porque si bien un esquema es el SITP provisional que tiene sus condiciones de operación muy diferentes a las del SITP concesionado, ambos buscan atender la misma demanda de usuarios de transporte público y como hay dos sistemas diferentes compitiendo por esa demanda si nosotros consideramos que se da el hecho de que no son complementarios sino competitivos y uno lo ve en la calle a las personas les pasa por la 11 tanto el SITP provisional como el SITP, si alguien sale de aquí y va para la 45 le pueden servir ambos servicios, tiene dos opciones para moverse con la diferencia de que una le recibe el dinero en efectivo, puede cobrarle menos de... que ya son \$400 menos de lo que cobra el otro y no necesita buscar algún otro para cambiar la tarjeta, además puede pararlo en cualquier sitio porque no tiene que ir hasta el paradero, con todas las comodidades que eso trae para una persona.

“Entonces si bien son dos esquemas de operación diferentes, eso lo decimos claramente, es muy diferente la condición de operación del SITP, el SITP

¹⁰¹ Dictamen pericial rendido por Cal y Mayor y Asociados, página 113.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

provisional el uno hace parte del otro, los dos compiten por demanda y eso no es lo compatible.”

En el mismo sentido, el testigo Miguel Arguelles, ante la pregunta hecha por el apoderado de la convocante sobre la complementariedad entre el SITP y el SITP Provisional, manifestó:

“SR. ARGÜELLES: No, no, de ninguna manera yo entendería por complementario los buses que tenemos en el sistema que son complementarios, que son unos naranjas que de hecho por aquí también pasan, y uno además entendería complementario algo que cumpla las mismas condiciones de, el solo hecho de yo usar la tarjeta en todo el sistema pues eso sí sería complementario, pero si yo no puedo usar el medio de pago que la ciudad ha determinado para que la gente se mueva, si no lo puedo usar eso no puede ser complementario de ninguna manera, complementario es que yo me baje en un paradero del SITP y pase otro del SITP, pero resulta que eso no sucede porque como lo dije antes esos otros buses TPC paran en cualquier lado y nosotros paramos en donde es.”

(...)

” DR. CORTES: Pregunta No. 15. La operación dl SITP Provisional afecta la demanda en la prestación del servicio por parte de Tranzit en el SITP?

“SR. ARGÜELLES: Claro, ellos nos afectan, yo creo que en la explicación anterior lo decía, cuando uno dice que yo tengo un trazado, trazado es por donde van los buses, son las rutas y resulta que ahí pasa también un SITP Provisional pues en ultimas eso es como una guerra del centavo, por decirlo de esa manera, pero desde ellos y no de nosotros porque a nosotros nos pasan la tarjeta y nos pagan.

“Pero si pasa ese bus inmediatamente me afecta el número de pasajeros que yo puedo cargar es que se dice ahí en el argot que nosotros usamos, podemos cargar entonces indudablemente lo afecta, adicionalmente hay rutas que ellos tienen que son paralelismo, se dice cuando una está muy puesta sobre la otra con nosotros, e incluso dentro de nosotros mismos Transmilenio ha autorizado unas rutas porque ellos son al fin y al cabo los que definen las rutas y los trazados.

“Yo simplemente soy un operador que me dice lleve por aquí y, pase por allá, dentro de nosotros mismos se canaliza, es la palabra, pasajeros, entonces efectivamente el TPC clarísimamente nos afecta la demanda de los usuarios.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

El Contrato de Concesión N° 011 de 2010 lleva ocho años de ejecución y seis años desde el inicio de su etapa operativa, que está pactada con una duración de 24 años. Es decir, habiendo transcurrido la cuarta parte de la etapa operativa, aún no ha salido de operación el Transporte Público Colectivo, ahora enmarcado en la regulación del SITP Provisional, pero conservando las mismas afectaciones a la operación de los concesionarios del SITP en general, y de TRANZIT en particular.

Al menos a la fecha de expedición de este laudo, no existe en el expediente prueba alguna que permita inferir que esta situación podría cambiar en el futuro próximo. TRANSMILENIO no ha allegado al expediente evidencia alguna de que exista un plan de acción, o una estrategia concreta y realizable, con una fecha determinada o aproximada, para que cese la operación del SITP Provisional y para extender la operación regulada del SITP a todas las zonas que dejaron de cubrir Egobús y Coobús.

A juicio del Tribunal, el retraso en la implementación de la Fase II del SITP, originada en el cese de operaciones y la terminación y liquidación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús y en la conversión del Transporte Público Colectivo en SITP Provisional, es un riesgo no previsto en la matriz de riesgos del contrato, o un riesgo extraordinario, que excedió con creces el aleas normal prevista para la operación del SITP, y por ende, la ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010.

Por lo tanto, se trata de un riesgo que supera las previsiones contractuales sobre asignación de riesgos y cuyas consecuencias económicas no deben ser soportadas por el concesionario TRANZIT, lo cual amerita el reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato que de ello se deriva, siempre que se cumplan los requisitos para que este reconocimiento sea posible.

No obstante, el Tribunal no puede ignorar, como también se señaló en aparte anterior de este laudo, que conforme a la matriz de riesgos del Contrato de Concesión No. 011 de 2010, el riesgo de implementación es un riesgo compartido por las dos partes del contrato, es decir, TRANZIT y TRANSMILENIO. Por lo tanto, aún si se cumplen los requisitos para que proceda el reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato, las consecuencias de este riesgo extraordinario deben ser compartidas por las partes del contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Como señaló el Consejo de Estado ¹⁰², para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se deben cumplir los siguientes supuestos:

- Que el hecho se haya presentado con posterioridad a la celebración del contrato.
- Que el hecho sea ajeno y exógeno a las partes.
- Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato.
- Que la nueva circunstancia sea imprevista o imprevisible.
- Que la nueva circunstancia dificulte a la parte que la invoca la ejecución del contrato, pero no la enfrente a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación.

El Tribunal procede ahora a constatar si se cumplen estos requisitos.

1. Que el hecho se haya presentado con posterioridad a la celebración del contrato.

Para el Tribunal resulta evidente que el retraso en la implementación de la Fase II del SITP, originado en el cese de operaciones y la terminación y liquidación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús, y en la conversión del Transporte Público Colectivo en SITP Provisional, ocurrieron con posterioridad a la celebración del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, con lo cual se cumple este primer requisito.

2. Que el hecho sea ajeno y exógeno a las partes

Este requisito se enfrenta a la contradicción de que, conforme al Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos del contrato, *“[e]n la matriz propuesta, la asignación de este riesgo se efectúa de manera compartida ya que existe la probabilidad de la ocurrencia del hecho generador sea originado por la actuación de cualquiera de las partes intervinientes.”* ¹⁰³

Si la matriz misma preveía que el riesgo de implementación podría provenir de la actuación de cualquiera de las partes, es decir, TRANZIT y TRANSMILENIO, pues sería imposible que la materialización de dicho riesgo, en forma extraordinaria, pudiera generar el reconocimiento del equilibrio económico del contrato, puesto que nunca podría predicarse que su ocurrencia es ajena y exógena a las partes.

¹⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Radicación No. 1996-05631-01. Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁰³ Anexo explicativo de la matriz de riesgos, página 9.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

A juicio del Tribunal, esta no puede ser la interpretación de estas previsiones contractuales, por aplicación de la regla de interpretación útil del contrato (art. 1620 del Código Civil), ya que la matriz de riesgos del contrato, en tanto estipulación contractual que es, debe interpretarse de modo tal que pueda producir un efecto.

Para este Tribunal, la interpretación que debe hacerse de la matriz de riesgos en cuanto a la implementación del SITP es que el hecho debe considerarse ajeno y exógeno a las partes si el mismo no puede ser atribuible a un incumplimiento contractual de ellas.

Al resolver la pretensión vigésima octava, este laudo ya decidió que la actuación de TRANSMILENIO frente a los contratos de concesión de Egobús y Coobús no constituyó un incumplimiento contractual de la convocada. Y también concluyó que la terminación de los contratos de estos dos concesionarios, y el cese de sus operaciones, no son hechos atribuibles a TRANZIT.

El Tribunal, al resolver la pretensión vigésima primera, decidió que la falta de implementación de la Fase II del SITP no es un incumplimiento contractual de TRANSMILENIO. Esta falta de implementación de la Fase II del sistema tampoco es atribuible a la conducta de TRANZIT, pues la permanencia del Transporte Público Colectivo, y su transformación posterior en el denominado SITP Provisional provienen de actuaciones de la Secretaría de Movilidad Distrital y del propio TRANSMILENIO, sin que pueda afirmarse que sobre dichas actuaciones tiene injerencia TRANZIT.

En la contestación de la demanda y en los alegatos de la convocada, se le endilga a TRANZIT un incumplimiento contractual respecto de sus obligaciones de desintegración física de vehículos (Chatarrización) y afirma que este incumplimiento ha influido en el retraso en la implementación del SITP.

A juicio del Tribunal, la no implementación del sistema no corresponde a un incumplimiento de TRANZIT, como alega la Parte Convocada. Esta presentó la excepción de mérito número 3.3, denominada *“Tranzit no ha cumplido con la obligación de implementación a su cargo, derivada de los compromisos asumidos en el contrato de concesión No. 011 de 2010, para la implementación de la operación en su zona, con lo cual ha afectado la implementación del SITP.”* En dicha excepción, la Convocada señaló que TRANZIT no había cumplido debidamente con las obligaciones contenidas en las cláusulas 12, 17.1 y 17.2 que habían sido adquiridas en virtud del Contrato. Al respecto señaló lo siguiente:

“Cláusula 12: el Concesionario se obligó a desintegrar el 90% de la Flota Usada desde el inicio de la Etapa Operativa hasta la integración del sistema,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

desintegración necesaria para que salgan de igual manera vehículos que estaban vinculados al transporte público colectivo y que fueron trasladados al SITP Provisional. El porcentaje de cumplimiento de esta obligación es deficiente. Tranzit SAS ha permitido que vehículos que debía desintegrar sigan en operación con la consiguiente afectación de la implementación. A enero 31 de 2016, TRANZIT tiene un porcentaje de cumplimientos de la desintegración del 48,00%, al paso que de acuerdo con la directriz de la Secretaría Distrital de Movilidad se ha debido llegar al 100% de la desintegración o chatarrización en enero de 2016.

“Cláusula 17.1.1 Presentar el servicio en condiciones de calidad, permanencia y continuidad. La programación por parte de Tranzit SAS de viajes que no se emprenden, la salida de servicio de vehículos que quedan fuera de operación estando en ruta, la insuficiencia de Flota de Reserva que se destina a la atención de viajes programados, son situaciones que a diario se presentan.

“Clausula 17.1.2 Efectuar la operación en la forma prevista en el Contrato. El volumen de desincentivos por deficiencias operacionales pone en evidencia la desatención del Concesionario a esta obligación, cardinal para la consolidación de la implementación. Lo anterior se puede constatar al examinar el memorando 2017IE3754 enviado por la Subgerencia Económica el 20 de abril de 2017 y sus anexos, en el que se refleja los desincentivos impuestos, objetados y no pagados por TRANZIT SAS, cuyo detalle semanal para el período 1 de febrero de 2013 a 31 de diciembre de 2016, contenidas en las pruebas documentales que se acompañan como anexo a esta contestación.”

Con respecto a la desintegración de la flota usada, obligación a cargo del Concesionario en virtud de lo estipulado en la cláusula 12 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, es preciso señalar que dicho contrato, modificado mediante el Otrosí N° 2 del 11 de marzo de 200 y el Otrosí N° 3 del 25 de abril de 2011, estableció que los concesionarios debían cumplir con el 10% de la desintegración mencionada en el Anexo Técnico para el periodo comprendido entre la suscripción del Contrato y el inicio de la operación regular, y que el 90% restante debía cumplirse desde el inicio de la operación regular hasta la finalización de la integración total del sistema.

En efecto, la cláusula 12 del contrato, tal y como fue modificada por el Otrosí N° 3, establece lo siguiente en cuanto a la obligación de desintegración física:

“Desde la publicación del proyecto de pliego de condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009, siempre y cuando el vehículo se haya vinculado

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

a cualquiera de las propuestas, hasta el **inicio de la operación regular**: mínimo 10% de la **Flota usada** que se desintegrará. En esta etapa no se pueden acreditar vehículos que hayan sido chatarrizados o desintegrados en los siguientes casos: vehículos chatarrizados que hicieron reposición, vehículos chatarrizados para vincular buses del Sistema Transmilenio Fase 1 y 2 o vehículos comprados por el Fondo de Mejoramiento de Calidad.

“Desde el inicio de la **operación regular** hasta la finalización de la integración total del sistema, el **CONCESIONARIO** debe desintegrar el porcentaje restante 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 otro aparte de este laudo, al resolver la pretensión trigésima octava de la demanda principal, el Tribunal decidió que el concesionario TRANZIT no se encuentra en mora en el cumplimiento de la obligación de desintegrar o chatarrizar la flota usada, en los términos convenidos en la cláusula 12 del contrato.

Ahora bien, es cierto que con posterioridad a la suscripción del otrosí N° 3 ocurrieron dos hechos que alteraron el cronograma de integración del sistema, como son el cese de operaciones, terminación y liquidación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús, por una parte, y la prolongación de la operación del Transporte Público Colectivo mediante su transformación en el denominado SITP Provisional, mediante la expedición del Decreto 190 de 2015, por la otra.

En este punto, es preciso señalar que el Decreto 190 de 2015 dispuso en su artículo 5° que:

“[p]ara garantizar la adecuada prestación del servicio de transporte público en la ciudad, la Secretaría Distrital de Movilidad adoptará el cronograma de desintegración de vehículos del transporte público colectivo, el cual será de obligatorio cumplimiento para los operadores del SITP.”

Precisamente, la Parte Convocante ha señalado que la Secretaría de Movilidad Distrital ha expedido en diferentes oportunidades actos administrativos en los que ha establecido un cronograma de chatarrización diferente al acordado contractualmente, en los siguientes términos:

“[e]n diciembre de 2012 actualizó el Plan de Desintegración, estableciendo que durante el período comprendido entre diciembre de 2012 y febrero de 2013 los operadores debían desintegrar el veinticinco por ciento (25%) del total de la obligación contenida en el Anexo Técnico del Pliego de condiciones.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“En enero de 2014 actualizó el Plan de Desintegración, el cual estableció que entre los meses de enero y agosto de 2014 se desintegrarían en promedio ochocientos (800) vehículos mensuales, para un total de seis mil doscientos diecinueve (6.219) vehículos al finalizar el período.

“En septiembre de 2014 nuevamente actualizó el Plan de Desintegración, ampliando el plazo para la chatarrización de flota.

“Posteriormente, de acuerdo con el Decreto 190 de mayo de 2015, en julio de 2015 adoptó un nuevo cronograma de desintegración, en el cual estableció un número mínimo mensual de vehículos a desintegrar por operador desde el mes de julio de 2015 y hasta el mes de enero de 2016, para un total de cuatro mil doce (4.012) vehículos.”¹⁰⁴

El Tribunal considera que las decisiones emitidas por la Secretaría de Movilidad resultan vinculantes para el Concesionario, como se señaló al resolver la pretensión trigésima séptima y su pretensión subsidiaria. Sin perjuicio de lo anterior, para este Tribunal también es claro, como lo señaló al resolver la pretensión trigésima octava, que TRANZIT no se encuentra en mora de cumplir la obligación de desintegración o chatarrización de la flota usada, conforme a la cláusula 12 del contrato, por lo cual se remite a las consideraciones hechas al resolver la pretensión trigésima octava.

De otra parte, el Tribunal estima que la parte convocada no ha demostrado en qué medida el incumplimiento del cronograma de chatarrización por parte de TRANZIT ha incidido en la falta de implementación de la Fase II del SITP. Por el contrario, en el expediente existe evidencia suficiente que los motivos determinantes de este retraso en la implementación de la Fase II son el cese de operación de Egobús y Coobús, y la entrada en operación del SITP Provisional. Y está demostrado también que estas dos mismas circunstancias influyeron negativamente en la posibilidad de que TRANZIT cumpliera con el cronograma de chatarrización establecido en las regulaciones distritales. Así lo señala el dictamen pericial técnico rendido por Cal y Mayor, en el que señala que una de las consecuencias del cese de operación de Egobus y de Coobus fue la dificultad para que TRANZIT pudiera cumplir con el cronograma de chatarrización.

Por otra parte, este Tribunal no encuentra debidamente sustentada la afirmación de la Convocada, consistente en señalar que el concesionario no prestó el servicio en condiciones de calidad, permanencia y continuidad. Teniendo en cuenta que la Parte Convocada afirma dicho incumplimiento, le correspondía a ella aportar al proceso los debidos elementos probatorios que sustenten la afirmación.

¹⁰⁴ El demandante se remite en este punto a lo expresado en el dictamen de Cal y Mayor.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Finalmente, en cuanto a la aplicación de desincentivos, en otro aparte de este laudo el Tribunal declarará la nulidad del inciso cuarto de la cláusula 121.2 del Contrato de Concesión, incluida en su texto mediante el Otrosí No. 5 del 28 de diciembre de 2011 y, de igual manera, declarará la nulidad de la cláusula 131.2 en su integridad. Estas declaraciones dejan sin efecto alguno la imposición de los desincentivos contractuales a los que alude TRANSMILENIO como motivo para imputar a TRANZIT los retrasos en la implementación de la Fase II del SITP.

Por lo anterior, el Tribunal considera que el retraso en la implementación de la Fase II del SITP corresponde a un evento ajeno y no imputable a TRANZIT, con lo que se cumple el segundo requisito para el reconocimiento del restablecimiento del equilibrio económico del contrato en los términos pretendidos por la Parte Convocante.

3. Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato.

A juicio del Tribunal, la alteración grave y anormal de la ecuación económica del contrato para TRANZIT se encuentra ya demostrada en el expediente y a este hecho se hizo alusión al resolver las pretensiones vigésima novena y trigésima de la demanda, razonamientos a los que se remite el laudo en este punto.

Solo basta agregar que en las consideraciones que sustentan la decisión sobre las pretensiones vigésima novena y trigésima de la demanda se hizo alusión a las experticias y los testimonios que sustentan la afectación grave la ecuación económica del contrato para TRANZIT como consecuencia del cese de operaciones de Egobús y Coobús. Pero en los mismos elementos probatorios se hace también mención expresa a que dicha afectación grave también se originó en la entrada en operación del SITP Provisional. Por lo tanto, el Tribunal se remite a las pruebas citadas en ese aparte del laudo.

4. Que la nueva circunstancia sea imprevista o imprevisible.

La imprevisibilidad del excesivo retraso en la implementación de la Fase II del SITP, originada en el cese de operaciones de Egobús y Coobús y en la entrada en operación del SITP Provisional, como prolongación del Transporte Público Colectivo, también se encuentra probada en este trámite arbitral.

A ello se hizo referencia al resolver la pretensión sexagésima primera de la demanda principal, por lo que se hace remisión a lo allí expresado. En todo caso, como también se anotó, el retraso en la implementación de la Fase II del SITP,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

originada en el cese de operaciones y la terminación y liquidación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús y en la conversión del Transporte Público Colectivo en SITP Provisional, es un riesgo no previsto en la matriz de riesgos del contrato, o un riesgo extraordinario, que excedió con creces el aleas normal prevista para la operación del SITP, y por ende, la ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010. Es un riesgo que supera las previsiones contractuales sobre asignación de riesgos y cuyas consecuencias económicas no deben ser soportadas por el concesionario TRANZIT.

5. Que la nueva circunstancia dificulte a la parte que la invoca la ejecución del contrato, pero no la enfrente a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación.

Este requisito también se encuentra cumplido y a ello se hizo referencia al resolver las pretensiones vigésima novena y trigésima de la demanda principal. Allí se analizaron, como elementos de prueba, las experticias de Cal y Mayor y de Strategas Consultores S.A., así como el testimonio de Ivonne Alcalá. A esas pruebas, ya valoradas, se remite ahora el Tribunal.

Por lo antes expuesto, la pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima primera de la demanda principal está llamada a prosperar, pero aclarando que se encuentra probado el rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP, ya que el Tribunal ha estimado, que la Fase I de dicho sistema ya se encuentra implementada.

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato por la no implementación de la Fase II del SITP – Primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión nonagésima novena, primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión centésima y primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión centésima primera

La primera pretensión condena subsidiaria a la pretensión nonagésima novena dice:

“Subsidiaria de la pretensión Nonagésimo novena. Que como consecuencia de las declaraciones previstas en las pretensiones Subsidiaria de la pretensión Vigésimo primera, Subsidiaria de la Vigésimo segunda, Subsidiaria de la Vigésimo octava, Trigésima, Subsidiaria de la Pretensión Cuadragésimo cuarta y/o Cuadragésimo quinta se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma de VEINTINUEVE MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE MILLONES CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

PESOS M/CTE (\$29.929.164.943), para restablecer el equilibrio financiero del Contrato, alterado por ingreso dejado de percibir hasta el 30 de junio de 2017, por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros, o la que se encuentre probada.”

Esta pretensión ya fue resuelta parcialmente en cuanto a las consecuencias de la declaración de prosperidad de la pretensión subsidiaria de la vigésima novena y de la pretensión trigésima, pero no se ha resuelto en cuanto a las consecuencias de la pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima primera, lo que procede a resolver ahora el Tribunal.

El elemento de prueba con que cuenta el Tribunal en cuanto a la valoración de la afectación que ha sufrido el concesionario TRANZIT en la ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP es el dictamen pericial financiero elaborado por Strategas Consultores S.A., particularmente en cuanto a la respuesta a la pregunta número 37 del cuestionario que les fue formulado.

La pregunta 37 era del siguiente tenor: *Informe cuál fue el impacto en términos del margen no recibido por el Concesionario dada la no existencia de los pasajeros por causas no atribuibles al riesgo de demanda, entendidas estas como la no implementación e integración del SITP, de acuerdo con los cálculos y escenarios entregados por el Perito Técnico.*

En respuesta a este interrogante el perito financiero formuló diversos escenarios, de los cuales el que interesa en este punto de la decisión es el Escenario N° 1 (ESC 1), que fue descrito por el perito de la siguiente manera:

“Falta de Implementación (ESC1): Corresponde a la pérdida de pasajeros pagos producto de la demora en la finalización del plan de implementación, y demora en el desmonte definitivo del Transporte Público Colectivo (TPC).”

De los análisis de las cifras entregadas por el Perito Técnico, se observa que el impacto en la menor demanda de pasajeros pagos, al 30 de junio de 2017, es de:

“Escenario No.1 al 30 de junio de 2017, un total de 101.703.804 pasajes para toda la operación zonal (incluye impacto Coobús y Egobús, que se valora de manera independiente en el escenario No. 4).” (Negrita del Tribunal).

Posteriormente, el dictamen financiero explica la metodología utilizada para el cálculo del impacto económico negativo sufrido por TRANZIT como consecuencia de la falta de implementación del SITP, así:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“Es importante indicar que el valor resultante de multiplicar la demanda por la tarifa pasajero arroja el menor ingreso obtenido por TRANZIT desde el inicio del Contrato de Concesión hasta el 30 de junio de 2017. El perjuicio evidenciado para el concesionario se evaluó desde la línea del ingreso bruto dejado de percibir, debido a que la disminución de la demanda produce un declive del Índice de Pasajero por Kilómetro (IPK), produciéndose así, una mayor cantidad de operación de flota con menos pasajeros, por lo tanto, los ingresos bajan, y esto conlleva a una menor absorción de los costos que no fueron considerados ni en la remuneración por Kilómetro (TKMZ) ni en la remuneración de las inversiones en flota operativa (TMVZ), que condujeron a la crisis económica del Concesionario.

“Dado que los ingresos dejados de percibir están calculados a precios de cada fecha en que se debieron generar, para poder determinar el valor al 30 de junio de 2017, se debe realizar una actualización por corrección monetaria aplicando la fórmula que se presenta a continuación: (...).”

Y agrega el perito financiero:

“Una vez definido todo lo anterior, para efecto de valorar el impacto para TRANZIT, se procederá a estimar la diferencia (el delta) entre la demanda estimada para cada una de las situaciones de pérdida de demanda descritas por el Perito Técnico, frente a los pasajeros efectivamente transportados y que tuvieron pago al Concesionario.

“Los resultados de aplicar la metodología antes descrita para cada escenario son:

Falta de Implementación (ESC1):

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Tabla No. 1 – Impacto Pasajeros Pagos Escenario No. 1

Mes	Pasajeros Pagos	Pasajeros Pagos Potenciales – ESC1	Delta Pasajeros Pagos Vs. Pasajeros Pagos Potenciales	TPA SZ (\$/Pas)	Ingreso dejado de Percibir \$/Ctes.	Factor Ajuste jun/17	Ingreso Dejado de Percibir \$jun/17
ene-13	81.859	134.494	(52.635)	261	(13.757.137)	1,2293	(16.912.229)
feb-13	128.881	185.575	(56.694)	261	(14.818.198)	1,2239	(18.135.579)
mar-13	149.107	285.174	(136.067)	261	(35.563.764)	1,2214	(43.437.150)
abr-13	185.917	447.532	(261.615)	261	(68.378.334)	1,2184	(83.309.632)
may-13	230.498	603.287	(372.789)	261	(97.435.966)	1,2149	(118.377.530)
jun-13	259.823	628.145	(368.322)	261	(96.268.350)	1,2120	(116.681.437)
jul-13	341.215	1.163.925	(822.710)	261	(215.031.673)	1,2115	(260.513.376)
ago-13	410.954	1.202.189	(791.235)	261	(206.805.004)	1,2106	(250.348.740)
sep-13	540.995	1.409.850	(868.855)	261	(227.092.577)	1,2070	(274.089.653)
oct-13	675.164	1.575.945	(900.781)	261	(235.437.207)	1,2101	(284.909.305)
nov-13	743.166	1.481.637	(738.471)	261	(193.014.126)	1,2128	(234.085.705)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Mes	Pasajeros Pagos	Pasajeros Pagos Potenciales – ESC1	Delta Pasajeros Pagos Vs. Pasajeros Pagos Potenciales	TPA SZ (\$/Pas)	Ingreso dejado de Percibir \$/Ctes.	Factor Ajuste jun/17	Ingreso Dejado de Percibir \$jun/17
dic-13	816.056	1.805.859	(989.803)	261	(258.704.778)	1,2096	(312.928.866)
ene-14	988.684	2.756.860	(1.768.176)	266	(471.082.072)	1,2037	(567.034.199)
feb-14	1.310.404	2.644.252	(1.333.848)	266	(355.367.211)	1,1962	(425.078.037)
mar-14	1.614.930	2.780.527	(1.165.597)	266	(310.541.537)	1,1915	(370.014.265)
abr-14	1.633.082	2.706.319	(1.073.237)	266	(285.934.585)	1,1861	(339.141.530)
may-14	1.919.065	2.860.658	(941.593)	266	(250.861.674)	1,1803	(296.090.271)
jun-14	1.783.676	2.546.058	(762.382)	266	(203.115.744)	1,1793	(239.531.103)
jul-14	2.280.004	5.735.287	(3.455.283)	266	(920.565.721)	1,1775	(1.083.938.788)
ago-14	2.335.960	6.594.617	(4.258.657)	266	(1.134.602.713)	1,1751	(1.333.228.326)
sep-14	2.559.391	6.596.048	(4.036.657)	266	(1.075.456.876)	1,1735	(1.262.007.351)
oct-14	2.960.999	6.335.798	(3.374.799)	266	(899.123.014)	1,1716	(1.053.382.726)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

<i>Mes</i>	<i>Pasajeros Pagos</i>	<i>Pasajeros Pagos Potenciales – ESC1</i>	<i>Delta Pasajeros Pagos Vs. Pasajeros Pagos Potenciales</i>	<i>TPA SZ (\$/Pas)</i>	<i>Ingreso dejado de Percibir \$/Ctes.</i>	<i>Factor Ajuste jun/17</i>	<i>Ingreso Dejado de Percibir \$jun/17</i>
nov-14	2.874.685	6.219.883	(3.345.198)	266	(891.236.572)	1,1700	(1.042.725.597)
dic-14	2.876.337	5.907.063	(3.030.726)	266	(807.453.998)	1,1669	(942.223.407)
ene-15	2.664.826	4.869.828	(2.205.002)	276	(608.954.901)	1,1594	(706.051.893)
feb-15	3.185.060	6.088.091	(2.903.031)	276	(801.729.458)	1,1462	(918.976.207)
mar-15	3.421.780	5.731.407	(2.309.627)	276	(637.849.432)	1,1396	(726.899.351)
abr-15	3.336.730	6.199.830	(2.863.100)	276	(790.701.963)	1,1335	(896.276.116)
may-15	3.538.350	5.936.688	(2.398.338)	276	(662.348.662)	1,1305	(748.815.107)
jun-15	3.460.855	5.666.806	(2.205.951)	276	(609.217.100)	1,1293	(688.014.125)
jul-15	3.787.587	5.217.415	(1.429.828)	276	(394.875.278)	1,1272	(445.110.506)
ago-15	3.757.357	5.999.151	(2.241.794)	276	(619.115.777)	1,1218	(694.528.118)
sep-15	4.136.582	6.000.452	(1.863.870)	276	(514.744.780)	1,1138	(573.338.563)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

<i>Mes</i>	<i>Pasajeros Pagos</i>	<i>Pasajeros Pagos Potenciales – ESC1</i>	<i>Delta Pasajeros Pagos Vs. Pasajeros Pagos Potenciales</i>	<i>TPA SZ (\$/Pasos)</i>	<i>Ingreso dejado de Percibir \$/Ctes.</i>	<i>Factor Ajuste jun/17</i>	<i>Ingreso Dejado de Percibir \$jun/17</i>
oct-15	4.299.732	5.763.702	(1.463.970)	276	(404.304.424)	1,1063	(447.291.292)
nov-15	4.170.279	5.658.254	(1.487.975)	276	(410.933.720)	1,0997	(451.905.911)
dic-15	3.931.624	5.373.680	(1.442.056)	276	(398.252.269)	1,0929	(435.252.109)
ene-16	3.602.801	5.136.684	(1.533.883)	295	(452.295.337)	1,0790	(488.010.193)
feb-16	4.175.157	6.421.706	(2.246.549)	295	(662.438.588)	1,0654	(705.744.660)
mar-16	4.024.902	6.045.477	(2.020.575)	295	(595.805.882)	1,0554	(628.827.594)
abr-16	4.131.430	6.539.569	(2.408.139)	295	(710.086.542)	1,0502	(745.731.564)
may-16	4.094.660	6.262.007	(2.167.347)	295	(639.084.376)	1,0449	(667.757.227)
jun-16	3.952.779	5.977.336	(2.024.557)	295	(596.979.884)	1,0399	(620.799.754)
jul-16	3.943.414	5.758.537	(1.815.123)	295	(535.224.194)	1,0345	(553.698.318)
ago-16	4.265.764	6.621.350	(2.355.586)	295	(694.590.320)	1,0378	(720.836.797)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Mes	Pasajeros Pagos	Pasajeros Pagos Potenciales – ESC1	Delta Pasajeros Pagos Vs. Pasajeros Pagos Potenciales	TPA SZ (\$/Pasos)	Ingreso dejado de Percibir \$/Ctes.	Factor Ajuste jun/17	Ingreso Dejado de Percibir \$jun/17
sep-16	4.199.16	6.622.787	(2.423.671)	295	(714.666.440)	1,0383	(742.062.601)
oct-16	4.096.496	6.361.482	(2.264.986)	295	(667.875.205)	1,0390	(693.895.612)
nov-16	3.964.442	6.245.097	(2.280.655)	295	(672.495.474)	1,0378	(697.907.037)
dic-16	3.688.907	5.931.009	(2.242.102)	295	(661.127.225)	1,0335	(683.280.582)
ene-17	3.141.521	5.239.529	(2.098.008)	312	(654.192.380)	1,0230	(669.240.213)
feb-17	3.640.596	6.550.278	(2.909.682)	312	(907.285.288)	1,0129	(918.949.623)
mar-17	3.509.578	6.166.517	(2.656.939)	312	(828.475.987)	1,0081	(835.200.236)
abr-17	3.602.467	6.670.501	(3.068.034)	312	(956.661.969)	1,0034	(959.934.394)
may-17	3.570.405	6.387.382	(2.816.977)	312	(878.378.390)	1,0012	(879.398.944)
jun-17	3.446.690	6.097.011	(2.650.321)	312	(826.412.389)	1,0000	(826.412.389)
Total	142.442.739	244.146.545	(101.703.806)		(28.774.753.428)		(31.738.271.839)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Fuente: Cálculos Propios, Según, Cal y Mayor y Asociados, Dictamen Pericial Tribunal de Arbitraje Entre TRANZIT S.A.S. y TRANSMILENIO S.A., Bogotá D.C. Y Liquidaciones Semanales de Pagos TMSA.

“Como resultado del ESC1 del estudio realizado por el Perito Técnico, con corte al 30 de junio de 2017, se observó una pérdida de **101.703.806 pasajeros pagos**, que valorados a los precios de la Tarifa por Pasajero Zonal (TPASZ) ascienden a la suma de **\$ 31.738.271.839.00 del 30 de junio de 2017.**”

Análisis y ponderación del cálculo del restablecimiento del equilibrio económico del contrato elaborado por el perito financiero

Como quedó dicho, el perito financiero conceptuó que el valor que representaría un restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP asciende a la suma de \$31.738.271.839.00, con corte a 30 de junio de 2017.

No obstante, este cálculo merece una ponderación, teniendo en cuenta tres factores, a saber:

- El restablecimiento económico ya reconocido como consecuencia de la terminación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús.
- El momento desde el que se materializó el riesgo extraordinario de no implementación de la Fase II del SITP; y
- La proporcionalidad de la asunción del riesgo de implementación del SITP, de acuerdo con la matriz de riesgos del contrato.

Respecto del primer factor de ponderación, al igual que respecto del restablecimiento del equilibrio económico del contrato derivado de la situación ocurrida frente a los contratos de concesión de Egobús y Coobús, el Tribunal considera que el riesgo de no implementación de la Fase II del SITP se materializó desde el momento en que se dieron por terminados dichos contratos.

Es decir, que para efectos de determinar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de TRANZIT el referente temporal objetivo será el mismo antes adoptado, esto es, la fecha de terminación de los contratos con aquellos concesionarios, que fue en el mes de abril de 2016, como fecha de inicio, y el 30 de junio de 2017, como fecha de terminación, en la medida en que esta última fue la fecha de corte del dictamen pericial financiero. De este modo, y tomando la tabla

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

hecha por el perito financiero, pero únicamente las sumas calculadas a partir del mes de abril de 2016, la cifra resultante es de \$ 11.215.105.290.

En cuanto al segundo factor de ponderación, advierte el Tribunal que el propio perito financiero señala, expresamente, que el cálculo del impacto en el Escenario 1 *“incluye [el] impacto Coobús y Egobús, que se valora de manera independiente en el escenario No. 4).”*

Este impacto fue calculado en la suma de \$18,438,871,652, pero al resolver la pretensión subsidiaria de la pretensión trigésima primera de la demanda y la pretensión subsidiaria a la pretensión centésima sexta, se condenó a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de \$7,847,199,484. Este suma se deberá deducir de la cifra de \$11,215,105,290, antes determinada, lo cual arroja una diferencia de \$3,367,905,806.

Y el tercer factor de ponderación consiste en el hecho de que la matriz de riesgos del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 dispone, expresamente, que el riesgo de implementación es un “riesgo compartido” entre las partes del contrato, aunque no señala la proporción en que dicho riesgo debe compartirse. Ante el silencio del contrato en cuanto a esta distribución proporcional del riesgo de implementación, el Tribunal considera apropiado que las partes compartan ese riesgo por partes iguales. Es decir, que a TRANZIT le correspondería un restablecimiento del equilibrio económico del contrato en una proporción del 50% de la suma determinada por el peritaje financiero, de acuerdo con los dos anteriores factores de ponderación que ha señalado el Tribunal. Esto arroja una condena de \$1,683,952,903.

De acuerdo con esta motivación, el Tribunal decide que prosperará parcialmente la primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión nonagésima novena y condenará a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de \$1,683,952,903 por concepto de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP, en el período comprendido entre el mes de abril de 2016 y el 30 de junio de 2017.

En la medida en que prospera la primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión nonagésima novena, no es necesario pasar a estudiar la segunda pretensión de condena subsidiaria a la pretensión nonagésima novena. Así mismo, se declarará que no prospera la excepción de mérito *“3.5 La implementación de la operación zonal adjudicada al concesionario genera obligaciones a cargo de este y a favor de Transmilenio, y el riesgo de que la implementación no ocurra según lo planteado es a cargo del concesionario”.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima segunda

Como quiera que no se abre paso a la pretensión vigésima segunda de la demanda de TRANZIT, este Tribunal procederá a resolver la siguiente pretensión subsidiaria:

“Subsidiaria de la pretensión vigésimo segunda. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. debe restablecer el equilibrio financiero del Contrato de Concesión a TRANZIT S.A.S. mediante el pago del ingreso no percibido por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros hasta que se produzca la implementación de las Fases 1 y 2 del SITP, o en las condiciones y hasta la oportunidad que el Tribunal indique.”

Para resolver esta pretensión, el Tribunal considera que resultan aplicables las mismas consideraciones expuestas en relación con la pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima primera de la demanda principal, en la que se reconoció el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP, en el período comprendido entre el mes de abril de 2016 y el 30 de junio de 2017. Esta nueva pretensión apunta a que se declare y se reconozca el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pero ahora *“hasta que se produzca la implementación de las Fases 1 y 2 del SITP.”*

Esta pretensión declarativa está atada a la primera y segunda pretensiones de condena subsidiarias a la pretensión centésima y a la primera y segunda pretensiones de condena subsidiarias a la pretensión centésima primera, que dicen:

“Primera Subsidiaria de la pretensión Centésima. Que como consecuencia de las declaraciones previstas en las pretensiones Subsidiaria de la pretensión Vigésimo primera, Subsidiaria de la Vigésimo segunda, Subsidiaria de la Vigésimo octava, Trigésima Subsidiaria de la Pretensión Cuadragésimo cuarta y/o Cuadragésimo quinta se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. el ingreso dejado de percibir por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros, entre el 1o de julio de 2017 y la fecha de expedición del Laudo Arbitral, o en las condiciones que el Tribunal indique, para restablecer el equilibrio financiero del Contrato.

“Segunda subsidiaria de la pretensión Centésima. Que como consecuencia de las declaraciones previstas en las pretensiones Subsidiaria de la Trigésima, Quincuagésimo séptima y/o Sexagésimo primera, o cualquier otra que encuentre probada el Tribunal que hubiere afectado la demanda de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

pasajeros de TRANZIT S.A.S., se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. el ingreso dejado de percibir por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros, entre el 1o de julio de 2017 y la fecha de expedición del Laudo Arbitral, o en las condiciones que el Tribunal indique.

“Primera Subsidiaria de la pretensión Centésimo primera. Que como consecuencia de las declaraciones previstas en las pretensiones Subsidiaria de la pretensión Vigésimo primera, Subsidiaria de la Vigésimo segunda, Subsidiaria de la Vigésimo octava, Trigésima, Subsidiaria de la Pretensión Cuadragésimo cuarta y/o Cuadragésimo quinta se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. el ingreso dejado de percibir por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros, entre la fecha de expedición del Laudo Arbitral y la fecha en la que se produzca la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP), o en las condiciones y hasta la oportunidad que el Tribunal indique, para restablecer el equilibrio financiero del Contrato.

“Segunda subsidiaria de la pretensión Centésimo primera. Que como consecuencia de las declaraciones previstas en las pretensiones Subsidiaria de la Trigésima, Quincuagésimo séptima y/o Sexagésimo primera, o cualquier otra que encuentre probada el Tribunal que hubiere afectado la demanda de pasajeros de TRANZIT S.A.S., se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. el ingreso dejado de percibir por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros, entre la fecha de expedición del Laudo Arbitral y la fecha en la que se produzca la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP), o en las condiciones y hasta la oportunidad que el Tribunal indique.”

Como ya fue objeto de decisión en este laudo, el Tribunal encuentra probados los elementos para que se reconozca el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP. Sin embargo, en el expediente no obra prueba alguna que permita valorar la cuantía de este restablecimiento para el período comprendido entre el 1° de Julio de 2017 y la fecha de expedición de este laudo, así como tampoco cuenta el Tribunal con elementos probatorios para valorar la cuantía de este restablecimiento para el período comprendido entre la fecha de expedición de este laudo y la fecha, aún indeterminada, en que se termine la implementación de la Fase II del SITP. Por tal motivo, la pretensión vigésima segunda de la demanda no está llamada a prosperar, como se declarará en la parte resolutive del laudo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

El Tribunal advierte, sin embargo, que la ley consagra mecanismos para que las partes acuerden la forma en que debe restablecerse el equilibrio económico del contrato, cuando se ha demostrado la ocurrencia de hechos que han alterado gravemente la ecuación contractual, como en el presente caso, que el Tribunal ha declarado el reconocimiento del restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP.

En efecto, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 impone a las partes el deber de adoptar las medidas necesarias para restablecer el equilibrio económico del contrato, cuando se ha demostrado la ocurrencia de hechos que han alterado gravemente la ecuación contractual. El texto de la norma en cita es la siguiente:

“ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. 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.”

En este sentido, el Tribunal insta a las partes a acudir a este mandato legal para procurar adoptar las medidas necesarias para resolver el desequilibrio económico del contrato que llegare a existir por la no implementación de la Fase II del SITP, desde el 1° de Julio de 2017 y hasta la fecha en que se termine la implementación de la Fase II del SITP, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley y en la jurisprudencia para que sea posible reconocer tal desequilibrio.

Por carecer de sustento probatorio para valorar el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP, desde el 1° de Julio de 2017 y hasta la fecha en que se termine la implementación de la Fase II del SITP, el Tribunal negará la primera pretensión

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

de condena subsidiaria a la pretensión centésima y la primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión centésima primera.

La misma falta de sustento probatorio impide al Tribunal declarar como prósperas la segunda pretensión de condena subsidiaria a la pretensión centésima y la segunda pretensión de condena subsidiaria a la pretensión centésima primera.

Pretensiones trigésima segunda, trigésima tercera, trigésima cuarta, trigésima quinta y trigésima sexta

La parte convocante solicita en su pretensión trigésima segunda que el Tribunal declare que a la fecha de presentación de la reforma de la demanda, esto es, a 15 de agosto de 2017, TRANSMILENIO no ha establecido mecanismos para la integración tarifaria definida en el artículo 4 del Decreto 190 de 2015, el cual regula los lineamientos para la finalización de la etapa de transición del servicio de transporte público colectivo.

El numeral 4 del artículo 4 del Decreto 190 de 2015 establece lo siguiente:

ARTÍCULO 4. Condiciones de operación. El servicio de transporte que se preste a través del permiso de operación especial y transitorio definido en el artículo tres (3) del presente Decreto, será planeado, gestionado y controlado por TRANSMILENIO S.A., para lo cual expedirá el respectivo reglamento operativo, el cual será de obligatorio cumplimiento para los prestadores del servicio. El prestador del servicio de transporte público deberá garantizar adicionalmente:

(...)

4. Cumplimiento del mecanismo de integración tarifaria que se establezca para el efecto, en el caso en que TRANSMILENIO S.A. lo estime conveniente para la sostenibilidad del sistema (Subraya del Tribunal).

Este Tribunal, luego de revisada la norma transcrita, evidencia que la misma hace alusión a una posibilidad que estaba en manos de TRANSMILENIO, pues era esta última la que podría definir si era o no conveniente una integración tarifaria entre el SITP Provisional y el Sistema Integrado de Transporte Público SITP, todo en función de la sostenibilidad del sistema. Lo anterior, quiere decir que no existía una obligación concreta por parte de TRANSMILENIO de integrar tarifariamente el SITP Provisional y el Sistema Integrado de Transporte Público- SITP como lo señala el apoderado de la parte convocante, por ese motivo este Tribunal denegará la pretensión trigésima segunda.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Respecto de las pretensiones trigésima tercera a trigésima sexta relativas al SITP Provisional, este Tribunal a continuación pasará a estudiar cada una de ellas.

Efectivamente y tal como está definido en los artículos 3 y 4 del Decreto 190 de 2015, TRANSMILENIO tiene a su cargo la definición, planeación, gestión y control de las rutas provisionales del SITP Provisional; lo anterior se verificó en los considerandos de la Resolución 347 de 16 de junio de 2015 mediante la cual se adoptó el Reglamento de Operación del SITP Provisional, en donde se advirtió:

“Que el Decreto 190 de 2015 "Por el cual se definen los lineamientos para la finalización de la etapa de transición del transporte público colectivo al SITP, establecida mediante Decreto 156 de 2011 y se dictan otras disposiciones" en su artículo primero indicó: "El presente Decreto tiene como objeto definir los lineamientos para la finalización de la etapa de transición del servicio de transporte público colectivo, establecida mediante Decreto 156 de 2011.

“Que en el citado Decreto se estableció en su artículo cuarto: "El servicio de transporte que se preste a través del permiso de operación especial y transitorio definido en el artículo tres (3) del presente Decreto, será planeado, gestionado y controlado por TRANSMILENIO S.A., para lo cual expedirá el respectivo reglamento operativo, el cual será de obligatorio cumplimiento para los prestadores del servicio."

“Que conforme lo anterior, se hace necesario por parte de TRANSMILENIO S.A. adoptar el Reglamento Operativo por medio del cual se definen las directrices, normas y políticas básicas para la operación de las Rutas Provisionales del SITP por parte de quienes presten el servicio de transporte en el esquema definido en el Decreto 190 de 2015.”

Ahora bien, respecto de la prestación del servicio de transporte por parte del SITP Provisional, este Tribunal encontró que es cierto que el denominado SITP Provisional no es el resultado de un permiso de operación otorgado mediante concurso, la celebración de un contrato de concesión u operación adjudicado en licitación pública o un contrato interadministrativo, tal como lo establece el artículo 8° del Decreto 3109 de 1997, pues su creación se dio con la expedición del Decreto 190 de 2015, pero no es menos cierto que los vehículos que se encuentran en el actual esquema de SITP Provisional, son los mismos vehículos que pertenecían con anterioridad al transporte público colectivo, los cuales se encontraban adscritos a una empresa de transporte público que estaba habilitada y contaban con su permiso de operación para ello; de lo anterior da cuenta el testigo Jhon Bohórquez, cuando manifestó:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“DRA. MÜRRLE: Yo tengo una claridad en ese SITP Provisional entonces es distinto al transporte público colectivo es lo mismo ahí?

“SR. BOHÓRQUEZ: El Transporte Público Colectivo pasó a ser SITP Provisional bajo un control de Transmilenio, es decir, cambió la figura cuando Transmilenio tomó el control en el SITP Provisional, sin embargo, qué fue lo único, se le quitó a los buses el nombre de la empresa a la cual pertenecía y se le colocó SITP Provisional, sin embargo, es lo mismo, porque no tienen ningún control, no realizan, o sea, ante Transmilenio ellos no tienen que ejercer los mismos controles por los cuales nosotros estamos, entonces por eso no está 100 % implementado el sistema.”

Por otra parte, este Tribunal revisó lo que tiene que ver con las condiciones de operación a las cuales se encuentra sometido el SITP Provisional y encontró que naturalmente, las condiciones a las cuales se encuentra sometido el SITP Provisional sustancialmente difieren de las condiciones establecidas para el Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá toda vez que, en primer lugar para este Tribunal es evidente que los vehículos del SITP Provisional no cuentan con equipos de control de flota y validación de pago, la tarifa al usuario es menor a la tarifa del SITP, los vehículos del SITP Provisional no cumplen con las normas sobre especificaciones técnicas en emisiones (Euro V), no tienen el mismo medio de pago del SITP consistente en las tarjetas, entre otros.

El informe pericial rendido por Strategas Consultores S.A. señaló al respecto lo siguiente:

“A continuación, se presentan los aspectos operacionales más relevantes establecidos en el reglamento operativo del SITP Provisional y su comparación con el manual de operaciones SITP, con dos conclusiones principales al respecto: 1) el reglamento de operaciones del SITP Provisional difiere notoriamente del manual de operaciones del SITP en aspectos operacionales relacionados con la programación de servicios, el comportamiento y la labor de los conductores, el uso de la infraestructura del transporte público, el mantenimiento de la flota, los compromisos ambientales, el monitoreo y la sanción de la operación, entre otros, motivo por el cual no se pueden considerar como un mismo sistema en términos operativos; 2) en la práctica el SITP Provisional opera de manera distinta a lo establecido en su reglamento de operación debido a la falta de elementos efectivos de control por parte de Transmilenio S.A., tales como equipos embarcados de gestión de flota, centros de control de operación o la labor de una interventoría,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

asemejándose más en la práctica al esquema de operación del Transporte Público Colectivo (TPC) que al SITP.”¹⁰⁵

De la anterior situación da cuenta el testigo Jhon Bohórquez, quien manifestó:

“DR. CORTÉS: Puede describir usted las condiciones de operación del TPC o del SITP Provisional y compararlas con las del SITP?

“Claro, hay un comparativo que siempre lo hemos hecho y se lo hemos expuesto a Transmilenio, lo primero, el medio de pago, el SITP Provisional antiguo TPC, el medio de pago es el efectivo, es pago inmediato ahí al operador, en nuestro caso estamos limitados a una tarjeta o un medio de pago el cual fijó Recaudo Bogotá a través de Transmilenio, en el cual qué desventaja tenemos de esto, que nos toca conseguir puntos para recargar, esos puntos están limitados a horarios, muchos de esos puntos son papelerías en las cuales abren a las 8 de la mañana cierran 7 de la noche y no contemplan que nosotros tenemos una operación desde las 3 y media de la mañana hasta la 1 de la mañana del siguiente día.

“Es decir, me está quedando una franja horaria sin que yo pueda ofrecerle a los potenciales usuarios dónde recargar, entonces uno de los grandes problemas es eso, primero, dónde recargar; otro de los puntos es el control que tienen sobre los vehículos, en los patios, bueno, no se puede llamar patios porque realmente el SITP Provisional no sale de patios, salen es en bahías de espacio público, ellos salen a la hora y en el momento que ellos quieran, ellos prácticamente operan por demanda, es decir, hay arte gente esperando el servicio, pues saco un carro, no hay gente esperando el servicio pues no oferto.

“Mientras que nosotros estamos sujetos a un plan de servicios operacionales que es el PSONT y nos toca un estricto cumplimiento de ese cronograma, si es a 7 minutos a 7 minutos tiene que salir haya o no haya gente, mientras que en este lado ellos salen en el momento que quieran con la flota que quieran.

(...)

“Otro tema, son los recorridos, nosotros tenemos una estructura muy rígida y parametrizada de los recorridos que se deben hacer de cada ruta, por qué digo rígido, porque Transmilenio tiene un software en el cual va revisando

¹⁰⁵ Dictamen pericial rendido por la sociedad Strategas Consultores S.A. Cuaderno de Pruebas No. 3 Folio 96

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S:
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

metro a metro por dónde van nuestros vehículos, si un vehículo se desvía por cualquier motivo, manifestaciones, lo que sea, son kilómetros que de inmediato si no se argumentan son kilómetros que no nos los van a pagar y nos acarrearán desincentivos.

“Qué hace el TPC, tiene que ir del punto A al punto B, pero resulta que en la mitad, ellos saben que de ahí para allá no van a cargar absolutamente nada, sencillamente qué hacen, se devuelven o esperan al otro compañero y migran la gente al otro usuario y se devuelven, sabiendo que tienen que hacer el recorrido del punto A hasta el punto B, lo tienen que hacer porque ese es el itinerario de ellos, ese es el plan de rodamiento de ellos, tienen que hacer la ruta completa, pero no, entonces ellos hacen el retorno donde ellos lo quieran hacer y como no tienen la misma tecnología en los vehículos, no tienen cómo comprarles que hicieron el retorno.”¹⁰⁶

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se denegarán las pretensiones trigésima cuarta y trigésima sexta y prosperarán las pretensiones trigésima tercera, y trigésima quinta por cuanto, aunque para este Tribunal es evidente que TRANSMILENIO tenía a su cargo la obligación de supervisar y/o controlar la prestación del servicio de transporte del SITP Provisional de manera aleatoria, dentro del expediente no se evidenció prueba alguna que demostrara el incumplimiento por parte de TRANSMILENIO de dichas obligaciones; por el contrario cumpliendo con las órdenes dadas en el Decreto 190 de 2015, TRANSMILENIO expidió el Reglamento de Operación a través de la Resolución 347 de 16 de junio de 2015, en el cual contempla medidas de organización, control y seguimiento al servicio prestado por los actores del SITP Provisional.

Por otra parte, y respecto de las excepciones planteada por TRANSMILENIO, este Tribunal se pronunciará sobre cada una de ellas a continuación.

Respecto de la excepción 3.3. denominada “incumplimiento por parte de TRANZIT de la obligación de implementación de la operación de su zona”, la parte convocada señaló que TRANZIT estaba en la obligación de desintegrar el 90% de la flota usada desde el inicio de la etapa operativa hasta la integración del sistema, que esa desintegración era necesaria para que salieran los vehículos de transporte público colectivo (Cláusula 12), que incumplió con su obligación de prestar el servicio en condiciones de calidad, permanencia y continuidad, pues la programación de viajes no se emprende, no hay suficiente flota de reserva que se destine a la atención de viajes programados (Cláusula 17.1.1); así mismo, señala TRANSMILENIO que el volumen de desincentivos por deficiencia operacional pone en evidencia la

¹⁰⁶ Testimonio de Jhon Bohórquez, prueba practicada en audiencia de 15 de marzo de 2018.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S:**

Vs.

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

desatención del concesionario en su obligación de efectuar la operación en la forma prevista en el contrato (Cláusula 17.1.2.).

Este Tribunal a continuación estudiará cada una de las cláusulas contractuales que según la parte convocada se encuentran incumplidas para resolver estas excepciones.

En efecto las cláusulas 12, 17.1.1 y 17.1.2 del contrato No. 11 de 2010 previeron 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 esta 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 (...)
- Adquisición de flota nueva y usada en los términos presentados en su oferta (...)
- Poner a disposición del concesionario SIRCI los vehículos para que éste efectúe la instalación completa de las unidades lógicas (...)
- Desintegración física total o de la flota usada no disponible para operación (...)

“CLÁUSULA 17. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA CONCESION DE LA OPERACION DEL SITP:

“A través del presente Contrato, y como consecuencia de la Concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios y de la explotación de la actividad de transporte mediante la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP, el CONCESIONARIO adquiere las siguientes obligaciones:

(...)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“17.1.1. Prestar el servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros bajo el esquema del Sistema Integrado de Transporte Público - SITP, en condiciones de libertad de acceso, calidad, estándares de servicio, permanencia, continuidad y seguridad de los usuarios, conforme a lo dispuesto en este Contrato y a los Manuales y reglamentos que al efecto determine TRANSMILENIO S.A.

“17.1.2. Efectuar la programación y operación en la forma prevista en este Contrato, en el Manual de Operación.” (Subraya del Tribunal).

La anterior situación, fue estudiada en el Laudo Arbitral de ESTE ES MI BUS contra TRANSMILENIO S.A. proferido el 6 de julio de 2018, y el Tribunal declaró el incumplimiento de ESTE ES MI BUS de su obligación de no vinculación de flota e implementación de las rutas zonales lo que generó una afectación en las fechas preliminares de implementación del SITP, así:

“La vinculación de flota operativa y la implementación de las rutas zonales, tiene relación directa de causa a efecto en no haberse alcanzado la implementación en las fechas preliminares del Anexo Técnico, en los distintos cronogramas generales de implementación, planes de trabajo de implementación de los concesionarios, y en la implementación del SITP. Sin flota no es posible la implementación zonal de cada una de las zonas, al menos en forma completa e íntegra, y en el proceso actúan distintas comunicaciones de TRANSMILENIO al Concesionario respecto de la flota e implementación.

“Por lo anterior, se declararan probadas las excepciones 4a denominada “ESTE ES MI BUS 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”, y 8ª, denominada “[e]l Concesionario ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones en relación con el suministro de la Flota que le ha sido solicitada por TRANSMILENIO, con arreglo al Contrato.”

Ahora bien, respecto de la excepción 3.8. denominada “La etapa operativa comenzó con la orden de inicio de la operación, la cual se expidió con pleno apego a las exigencias del contrato” son pertinentes las siguientes consideraciones.

La Cláusula 13 del Contrato de Concesión 11 de 2010 previó que:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“CLÁUSULA 13. ETAPA 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 de la **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 el 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.

“Parágrafo: Para los efectos previstos en el presente contrato, la Etapa de la operación del contrato de concesión, se ejecutará en dos fases, la primera denominada “Puesta en Marcha” cuya duración se prolongará hasta tanto se termine el cronograma de implementación definido de común acuerdo entre el Ente Gestor y los concesionarios en 16 meses en el caso de la operación zonal y 18 meses en el caso de la operación troncal.

“Durante esta Fase se llevará a cabo el proceso de adquisición y vinculación de la flota de acuerdo con los pedidos que haga **TRANSMILENIO S.A.** al **CONCESIONARIO**, como parte del proceso gradual de implementación del SITP y la etapa de transición del Transporte Público Colectivo.

“La segunda denominada Fase operativa propiamente dicha, la cual se prolongará hasta la etapa de reversión.”

Tal como lo establece la cláusula antes transcrita, la etapa operativa iniciaba con la Orden de Inicio de Operación por parte del Ente Gestor, la cual, para el caso que nos ocupa, fue emitida por Transmilenio a través de la comunicación de 19 de octubre de 2012 con radicado 2012EE8864 obrante a Folio (220) del cuaderno de pruebas No. 1, y en la cual se advirtió que la fecha de inicio de la operación era el 20 de octubre de 2012.

Ahora bien, para que se pudiera expedir esa orden de inicio de operación, el contrato exigía que se cumpliera con todas las obligaciones de la implementación y de la etapa de preoperativa. En efecto, y como se advirtió antes, para este Tribunal no existió una fecha cierta ni determinada para que la implementación y para la integración del Sistema Integrado de Transporte Público; por lo tanto, el Tribunal deberá determinar si el inicio de la etapa operativa se encontraba realmente vinculada a la implementación o no.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En las Cláusulas 1.27 y 1.28 del Contrato de Concesión No. 11 de 2010 se indicó que la fecha de iniciación de la etapa operativa *“Es la fecha que al efecto defina TRANSMILENIO S.A. y que será comunicada por TRANSMILENIO S.A. al CONCESIONARIO, en los términos establecidos en el Contrato.”* y la fecha preoperativa iniciaba *“con la fecha de iniciación de la vigencia del Contrato de concesión.”*

Ahora bien, en la cláusula 9 del contrato se estableció como plazo de duración del mismo 25 años, y allí se señaló adicionalmente que el contrato se desarrollaría por etapas.

El artículo 28 de la Ley 80 de 1993 prevé que en la interpretación de los contratos estatales se deberán tener en cuenta los fines y principios de la misma ley, los mandatos de buena fe, igualdad y equilibrio entre las prestaciones y derechos entre las partes. El Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha mencionado que el juez en la labor interpretativa debe buscar siempre la común intención de las partes tal como está establecido en el artículo 1618 del Código Civil y solo en caso de no encontrar una solución se deberán aplicar los demás métodos de interpretación establecidos en el Código Civil, así:

“Como se ve, la búsqueda de la común intención de las partes se erige como punto de partida de la labor interpretativa de los contratos. De ahí que un adecuado ejercicio hermenéutico contractual deba empezar siempre por determinar cuál era la communis intentio a la que alude el artículo 1618 del Código Civil, y solo en caso de que esa labor resulte infructuosa es posible aplicar las pautas objetivas de interpretación que ya fueron reseñadas, como las previstas en los artículos 1619, 1620, 1621, 1623 y 1624 de esa misma codificación.” ¹⁰⁷

Respecto de la problemática planteada se pronunció el Laudo Arbitral proferido 20 de abril de 2018 en el Tribunal Arbitral convocado por de ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. contra Transmilenio S.A., así:

“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

¹⁰⁷ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, (21 de junio de 2018). Consejera ponente: María Adriana Marín. Radicación número: 13001-23-31-000-2003-01681-01(40353)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

plenamente implementado, toda vez que, como se vio, las fechas y cronogramas inicialmente contemplados tuvieron carácter de provisionales y no existió fecha cierta, precisa y exacta para qué culminara la Fase II señalada en el Decreto 309 de 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.

“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 una 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.

“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 Tribuna es claro que para el inicio de la Etapa Operativa no era necesario que se hubiese implementado el SITP en su totalidad.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Este Tribunal comparte el razonamiento recién transcrito del Laudo Arbitral de ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A.

Así las cosas, para este Tribunal es claro que la etapa operativa no pudo estar vinculada a la implementación e integración total del Sistema Integrado de Transporte Público, toda vez que la intención de las partes durante la etapa precontractual y en el mismo contrato fue clara en relación a que la implementación del sistema era gradual y progresiva, y que las fechas señaladas tanto en el párrafo del artículo 19 del Decreto 309 del 2009 como las indicadas en el Anexo Técnico eran unas fechas preliminares y tentativas, que podían ser modificadas en cualquier momento por las partes. Por lo tanto, prosperará la excepción 3.8.

Ahora bien, debido a que las pretensiones de condena Nonagésima novena, Centésima, y centésima primera son accesorias a las pretensiones generales vigésima primera, vigésima segunda, vigésima octava y/o cuadragésima cuarta y dado que ninguna de las anteriores fue concedida, este Tribunal declarará no prosperas las pretensiones nonagésima novena, centésima, y centésima primera.

Pretensión trigésima séptima

El texto de la pretensión es el siguiente:

“Que se declare que la obligación de TRANZIT S.A.S. de desintegrar físicamente (chatarrizar) los vehículos, contenida en la cláusula 12 del Contrato será exigible con la finalización de la integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP), o en la oportunidad que determine el Tribunal.

“Subsidiaria de la Pretensión Trigésimo séptima. Que se declare que la expedición del Decreto Distrital 190 de 2015, así como los actos administrativos derivados del mismo, constituyen eventos ajenos y no imputables a TRANZIT S.A.S. que generaron una alteración del equilibrio financiero del Contrato en perjuicio de TRANZIT S.A.S., a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

Posiciones de las partes

La demandante sostiene que en vista de que no ha finalizado la “integración total del sistema”, su obligación de chatarrizar el 90% de la flota usada no es exigible aún.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Por su parte, la entidad demandada sostiene que tal etapa ya finalizó, por lo cual el concesionario no ha cumplido con la obligación pactada en el contrato.

En efecto, en la contestación de la demanda se opuso particularmente a esta pretensión al considerar que “No es lo que se pactó contractualmente (...) El entendimiento que pretende dar la convocante al término “integración total”, es equivocado y no responde a la realidad de lo previsto en el contrato N° 011 de 2010.”

Consideraciones del Tribunal

En primer lugar, es relevante tener en cuenta que en la cláusula 12 del Contrato de Concesión se estableció, como una de las actividades a cargo del concesionario en la etapa preoperativa, la desintegración de vehículos en los siguientes términos:

“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 esta 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 no 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 con el propietario en el que se garantice el control total del vehículo en los términos definidos en el pliego de condiciones de la licitación.

(...)

- 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

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

con lo establecido en las normas nacionales y distritales vigentes y dando cumplimiento al siguiente cronograma:

Desde la suscripción del 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 el 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...”

Dicha cláusula se modificó por virtud del otrosí número 2, del 11 de marzo de 2011, en cuanto estableció en relación con la obligación de chatarrización lo siguiente:

“(...) Desde la suscripción del contrato hasta el inicio de la operación regular: 10% 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 deberá desintegrar 90% de la flota usada, la cual se realizará de tal forma que durante esta etapa no se afecte la continuidad en la prestación del servicio al usuario”

Posteriormente, mediante otrosí No. 3 del 25 de abril de 2011, las partes modificaron nuevamente la cláusula 12 del contrato de concesión, en los siguientes términos:

“CLAUSULA PRIMERA: Modificar el cronograma para la desintegración física total o de la Flota Usada no disponible para operación y que no hará parte de la Flota de reserva de operación establecido en la CLÁUSULA 12. ETAPA PREOPERATIVA, modificada por la Cláusula segunda del otrosí modificadorio No. 1, y por la Cláusula Segunda del otrosí modificadorio No. 2, el cual quedará así:

“Desde la publicación del proyecto de pliegos de condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009, siempre y cuando el vehículo se haya vinculado a cualquiera de las propuestas, hasta el inicio de la operación regular: mínimo 10% 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 el porcentaje restante 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. (...)”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Posteriormente, en el Decreto 190 de 2015 se estableció:

“ARTÍCULO 5. Plan de Desintegración de Vehículos. Para garantizar la adecuada prestación del servicio de transporte público en la ciudad, la Secretaría Distrital de Movilidad adoptará el cronograma de desintegración de vehículos del transporte público colectivo, el cual será de obligatorio cumplimiento para los operadores del SITP.

“PARÁGRAFO. La Secretaría Distrital de Movilidad podrá consultar en primera instancia el proyecto de cronograma propuesto por los operadores del SITP para el efecto y en todo caso deberá expedir dicho cronograma a más tardar el 1 de Julio de 2015, en coordinación con TRANSMILENIO S.A., consultando el interés general y la adecuada prestación del servicio de transporte público en el Distrito Capital.”

Entre los considerandos que aparecen en el citado Decreto, son relevantes los siguientes:

“Que el literal b) del artículo 2° de la Ley 105 de 1993 establece como uno de los principios rectores del transporte la intervención del Estado en la planeación, el control, la regulación y la vigilancia del transporte y de las actividades a él vinculadas.

“Que el artículo 5 de la citada Ley, establece que el carácter de servicio público esencial bajo la regulación del Estado, que la ley le otorga a la operación de las empresas de transporte público, implicará la prelación del interés general sobre el particular, especialmente, en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios.

“Que el artículo 8 de la Ley 336 de 1996, establece: “Bajo la suprema dirección y tutela administrativa del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte, las autoridades que conforman el sector y el sistema de transporte serán las encargadas de la organización, vigilancia y control de la actividad transportadora dentro de su jurisdicción y ejercerán sus funciones con base en los criterios de colaboración y armonía propios de su pertenencia al orden estatal. (...)”

“Que la Secretaría Distrital de Movilidad es la Autoridad Única de Transporte para el Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros en el Distrito Capital, de conformidad con lo establecido en la Resolución 266 de 1999, expedida por el Ministerio de Transporte y conforme con el artículo 108

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

del Acuerdo Distrital 257 de 2006 del Concejo de Bogotá. (Subraya del Tribunal).

“Que, como parte de la flota referida en el anterior considerando, se encuentra un porcentaje importante de vehículos que no han sido desintegrados por los operadores del SITP, por lo cual se hace necesario definir un cronograma que permita que dicha desintegración se realice de manera clara y oportuna, sin afectar la prestación del servicio de transporte público en la ciudad.”

En relación con las atribuciones de la Secretaría de Movilidad, el demandante reconoce que tal entidad ha expedido en diferentes oportunidades actos administrativos en los que ha establecido un cronograma de chatarrización diferente al acordado contractualmente, en los siguientes términos:

“(…)

“En diciembre de 2012 actualizó el Plan de Desintegración, estableciendo que durante el período comprendido entre diciembre de 2012 y febrero de 2013 los operadores debían desintegrar el veinticinco por ciento (25%) del total de la obligación contenida en el Anexo Técnico del Pliego de condiciones.

“En enero de 2014 actualizó el Plan de Desintegración, el cual estableció que entre los meses de enero y agosto de 2014 se desintegrarían en promedio ochocientos (800) vehículos mensuales, para un total de seis mil doscientos diecinueve (6.219) vehículos al finalizar el período.

“En septiembre de 2014 nuevamente actualizó el Plan de Desintegración, ampliando el plazo para la chatarrización de flota.

*“Posteriormente, de acuerdo con el Decreto 190 de mayo de 2015, en julio de 2015 adoptó un nuevo cronograma de desintegración, en el cual estableció un número mínimo mensual de vehículos a desintegrar por operador desde el mes de julio de 2015 y hasta el mes de enero de 2016, para un total de cuatro mil doce (4.012) vehículos.”*¹⁰⁸

A este respecto, estima el demandante en su alegato de conclusión que *“TRANSMILENIO no puede desconocer el instrumento contractual que suscribió y pretender que el concesionario cumpla la chatarrización en tiempos distintos a los acordados y a partir de las recomendaciones de una entidad completamente ajena a la realidad contractual y que desconoce el estado operacional del SITP.”*

¹⁰⁸ El demandante se remite en este punto a lo expresado en el dictamen de Cal y Mayor.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Sin embargo, contrario a lo que sostiene TRANZIT, el Tribunal considera que las decisiones emitidas por la Secretaría de Movilidad resultan vinculantes para el concesionario, de una parte, porque así se pactó en el contrato y de la otra, teniendo en cuenta la naturaleza tanto del contrato de concesión, como del servicio concesionado, así como los principios con base en los cuales debe interpretarse el acuerdo, todo ello a la luz de lo definido a este respecto por la jurisprudencia.

En efecto, al establecer en la cláusula antes transcrita que la desintegración se llevaría a cabo “de conformidad con lo establecido en las normas nacionales y distritales vigentes” el concesionario estaba advertido de la aplicabilidad de tales normas.

Adicionalmente, en la cláusula 17.7 del Contrato de Concesión, se estableció:

“Obligaciones Generales:

Como consecuencia de la Concesión que se otorga al CONCESIONARIO por medio del presente Contrato de Concesión, éste adquiere las siguientes obligaciones, sin perjuicio de las demás obligaciones del CONCESIONARIO asignadas en el presente Contrato, en sus anexos y en el Pliego de Condiciones, además de las contenidas en las normas constitucionales, legales o reglamentarias aplicables, o las que se desprendan de su naturaleza.” (Subraya del Tribunal)

De otra parte, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia, el concesionario de un servicio público, como es el transporte masivo de pasajeros, debe acatar las regulaciones que las autoridades competentes imparten.

Es así que en concepto del 11 de marzo de 1972 de la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado, citado en el laudo de fecha 6 de julio de 2018, proferido por el Tribunal de Arbitraje convocado por Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S. contra la Empresa de Transporte del Tercer Milenio TRANSMILENIO S.A. se señaló:

“En la concesión se originan para el concesionario ciertos derechos que emanan directamente del contrato, que son de carácter patrimonial o relacionados con su condición de concesionario, derechos que compensan las cargas que asume y son factor determinante en el equilibrio financiero del convenio. Pero por el hecho de la concesión el servicio no pierde su calidad de público para convertirse en mero negocio privado, ni la administración queda eximida de sus responsabilidades o limitada en sus poderes legales

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S:
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

para asegurar el funcionamiento del servicio en consonancia con el interés general.

“Si las cláusulas que conciernen exclusivamente a las garantías financieras del concesionario son de naturaleza contractual, en cambio la reglamentación del servicio, lo que la doctrina llama "ley del servicio", escapa a las estipulaciones del contrato, en virtud de un principio fundamental a nuestro ordenamiento jurídico, según el cual la organización de los servicios públicos depende de la competencia unilateral y exclusiva de los órganos del Estado.

“Es esta circunstancia la que hace pensar a algunos autores que la "concesión de un servicio público" no constituye propiamente un contrato, en razón del objeto mismo sobre el cual ella recae.

“En todo convenio de concesión es preciso distinguir, por lo tanto, la parte reglamentaria del servicio, que permanece en manos del Estado y éste puede cambiar unilateralmente en todo momento en ejercicio de competencias constitucionales y legales inalienables y la parte propiamente contractual.

“Tienen naturaleza reglamentaria todas las cláusulas concernientes a la organización y funcionamiento del servicio, que son, en consecuencia, de interés general; y naturaleza contractual las que fijan los términos financieros o la retribución del concesionario por la colaboración que presta, que solamente interesan a los contratantes.” (Subraya del Tribunal)

También en el mencionado laudo se citó el concepto número 727 del 8 de septiembre de 1996 de la misma Corporación, en el que en igual sentido se expresó:

“La idea que orienta la jurisprudencia y la doctrina respecto del tratamiento que debe darse a la concesión es la de que, siendo ley para las partes los aspectos relativos al negocio que el contrato comporta, los cuales no pueden modificarse unilateralmente por el Estado, las condiciones del servicio involucran el interés público y por ello permanecen bajo control legal, en la medida en que aquél, entendido como de orden público, constituye la función primordial del Estado a la que éste no puede renunciar.” (Subraya del Tribunal).

Así mismo se hace referencia a la sentencia C-711 de 1996, en cuanto en ella se señaló:

“La concesión tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.

Vs.

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

para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración; la concesión de servicios públicos implica entonces autorizar a un particular, para que éste satisfaga, inmediata y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado. La concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente” (Subraya del Tribunal).

Lo anterior, en concordancia con la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, a la que se refiere la cláusula segunda en los siguientes términos:

“CLÁUSULA 2. NATURALEZA DEL CONTRATO.

“El presente Contrato de Concesión instrumenta la relación de carácter contractual que vinculará a TRANSMILENIO S.A. y al CONCESIONARIO a partir de la fecha de inicio de vigencia, como partes que son del Contrato. **Dicha relación contractual estará sometida a las disposiciones, reglas y principios que rigen los Contratos celebrados por entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentran expresamente regulados por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, aplicables al Contrato de Concesión, y las demás normas que las modifiquen, sustituya desarrollen o reglamenten.**”

“En los demás aspectos, se regirá por las normas del derecho privado.”

También es pertinente tener en cuenta que en la cláusula 4 sobre “Interpretación del Contrato” se establece:

“El presente Contrato de Concesión, sus cláusulas y los demás documentos que hagan parte de él, deberán interpretarse conforme a la naturaleza, alcance y propósitos del mismo.” (Subraya y negrita del Tribunal)

Adicionalmente, en la cláusula 6, sobre “Naturaleza del Servicio” se establece:

“El CONCESIONARIO expresamente declara y acepta que el servicio que presta tiene el carácter de servicio público esencial para todos los efectos legales y con las consecuencias que de su naturaleza jurídica se deriven.”

En este orden de ideas, de acuerdo con los principios plasmados en la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia, aplicables al contrato celebrado

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

entre las partes de este proceso, se concluye que el alcance de la obligación de chatarrización a cargo de TRANZIT S.A.S., está determinado tanto por las estipulaciones contractuales, como por el cronograma elaborado por la Secretaría Distrital de Movilidad, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 190 de 2015, por lo cual dicha obligación debe ser cumplida no solamente de acuerdo con lo previsto en el contrato, sino también en los términos en los que la autoridad competente lo disponga en concordancia con lo pactado.

En tales condiciones, si bien en el contrato se pactó que el 90% de la flota usada a cargo de TRANZIT sería chatarrizada hasta la finalización de la integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, la autoridad competente estableció un cronograma para el cumplimiento de tal obligación.

A este respecto se pronunció la Secretaría Distrital de Movilidad, en comunicación de julio de 2015 ¹⁰⁹, dirigida a TRANSMILENIO, con la cual remite el cronograma de desintegración, en los siguientes términos:

“Por otra parte, es necesario precisar que el Decreto 190 de 2015 NO facultó a la Secretaría Distrital de Movilidad, para adoptar el cronograma de desintegración de la flota del TPC al margen de las obligaciones contractuales, por el contrario, recomienda que la entidad consulte en primera instancia los cronogramas propuestos por los contratistas.”

“Según la cláusula 12 de los contratos de concesión del sistema, los operadores deberán desintegrar el 90% de la flota a cargo, en un periodo de tiempo que se contabiliza desde el inicio de la operación regular hasta la integración total del sistema. Por lo anterior, la facultad de la Secretaría Distrital de Movilidad en coordinación con TRANSMILENIO S.A. es establecer la gradualidad en que se realizará la desintegración de la flota, durante el período de tiempo señalado. De hecho, esta facultad fue ejercida por la Secretaría Distrital de Movilidad en el pasado, ante la inobservancia de los Planes de Implementación propuestos por los concesionarios y aprobados por TRANSMILENIO S.A. para lo cual remitió a TRANSMILENIO S.A. el respectivo cronograma de Chatarrización y ante el incumplimiento del mismo remitió una segunda versión actualizada en el mes de septiembre de 2014.

“En ese orden de ideas es equivocado afirmar que el Decreto 190 de 2015 le ordena a esta Secretaría inobservar los contratos de concesión del SITP, dicha norma se limita a reafirmar la facultad de la Secretaría Distrital de Movilidad para establecer el cronograma de integración del SITP, ya

¹⁰⁹ Cuaderno de Pruebas 6, folio 63 y ss.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

consagrada en los Decretos 309 de 2009 y 156 de 2011, y a buscar un espacio de discusión con los operadores del SITP, con el fin de facilitar que éstos acaten dicho cronograma, pero siempre en el marco de sus obligaciones contractuales, cuya exigibilidad es competencia de TRANSMILENIO S.A.” (Subraya del Tribunal).

De acuerdo con lo anterior, la pretensión trigésima séptima principal no prospera pues la obligación de desintegrar físicamente (chatarrazar) los vehículos, contenida en la cláusula 12 del Contrato, será exigible de acuerdo con los lineamientos emitidos por la autoridad correspondiente, durante el período comprendido entre el inicio de la operación regular hasta la finalización de la integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP), pero no puede entenderse que el cumplimiento de tal obligación solamente pueda ser exigible una vez haya finalizado la integración del sistema y tampoco corresponde al Tribunal establecer un cronograma de chatarrización, cuando tal facultad, según ha quedado dicho, se ha atribuido a la Secretaría Distrital de Movilidad.

Al no prosperar la pretensión trigésima séptima principal, debe el Tribunal decidir la pretensión subsidiaria, referida al desequilibrio económico del contrato de concesión.

Sobre el particular, en el alegato de conclusión, el apoderado de la demandante expresó que “(...) respecto de la pretensión Subsidiaria de la Trigésimo séptima, es de anotar que tal y como fue demostrado al abordar las pretensiones referidas a la gestión de los contratos de Coobús y Egobús, la expedición del Decreto 190 de 2015, fue un evento ajeno, no imputable e imprevisible para el concesionario, el cual le generó un desequilibrio económico de su contrato, que TRANSMILENIO está obligada a restablecer.”

Y más adelante concluyó:

“Resulta claro entonces y está plenamente probado que la expedición del Decreto Distrital 190 de 2015, así como sus consecuencias, constituyen eventos ajenos, no imputables e imprevistos para a TRANZIT que generaron una alteración del equilibrio financiero de su contrato y a cuyo restablecimiento está obligado TRANSMILENIO, por lo cual, en caso de que el Tribunal no acceda a la pretensión principal a la que accede, esta pretensión subsidiaria deberá prosperar.”

Al decidir la pretensión de la que es subsidiaria la que ahora nos ocupa, se concluyó que TRANZIT debía acatar las regulaciones expedidas por las autoridades competentes en ejercicio de las facultades que les hubieren sido otorgadas en

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S:**

Vs.

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

relación con el servicio público masivo de pasajeros, teniendo en cuenta la naturaleza misma del objeto del contrato de concesión celebrado.

Ahora bien, tal como se ha reiterado en otros acápite de este laudo, es posible que como consecuencia de una actuación de la autoridad se vea alterado el equilibrio financiero del contrato, caso en el cual el contratista tiene derecho a su restablecimiento.

En este caso, si bien en la cláusula 12 del contrato de concesión, transcrita líneas atrás, se estableció que el contratista podría llevar a cabo el 90% de la chatarrización a su cargo durante el período comprendido desde *el inicio de la operación regular hasta la finalización de la integración total del sistema*, la Secretaría de Movilidad, siguiendo la orden impartida en el Decreto 190 de 2015 emitió un cronograma de chatarrización que podría haber dado lugar a un desequilibrio en el contrato.

Sin embargo, la demandante no acreditó que las decisiones adoptadas en cumplimiento del Decreto 190 de 2015, hubieran alterado de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, requisito necesario para decretar su restablecimiento.

A este respecto, TRANZIT en su alegato de conclusión sostiene que la carga de chatarrización se aumentó como consecuencia de los incumplimientos legales y/o contractuales de TRANSMILENIO, pero no hace referencia a que tal efecto se hubiera producido por el cronograma emitido por la Secretaría Distrital de Movilidad, al acatar el decreto citado y que tal aumento se hubiera presentado en una forma desproporcionada.

En efecto, en el alegato de conclusión se afirma:

“De esta manera, los incumplimientos legales y/o contractuales de TRANSMILENIO respecto al inicio del cronograma de implementación, los cuales fueron abordados en estos alegatos en las pretensiones relativas a la implementación del sistema, repercutieron en que se aumentara la carga de chatarrización del concesionario en cuarenta y dos (42) vehículos por pérdida de vida útil de los mismos, (sic).”¹¹⁰ (Subraya del Tribunal)

Lo anterior, con base en el dictamen pericial de Cal y Mayor, en el cual se expresó:

¹¹⁰ Alegato de conclusión, página 264

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S:**

Vs.

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

“En conclusión, los atrasos en la definición del inicio del plan de implementación y la finalización de la etapa pre-operativa (atribuidos a los retrasos en la adjudicación del concesionario del SIRCI, la definición del alcance de los propios planes y los atrasos en la ejecución de los corredores troncales de Fase III), sumado a la vida útil de la flota establecida en la Cláusula 3.4 del Contrato, afectaron las legítimas expectativas económicas del concesionario al momento de presentar su oferta a la licitación TMSA-LP-004-2009 en términos de flota usada disponible y flota a chatarrizar pues recortaron en aproximadamente un (1) año la vida útil de la flota a ser vinculada por el Concesionario e incrementaron en cuarenta y dos (42) vehículos la carga de chatarrización sobre la tarifa al pasajero que dejó de ser reconocida como flota útil en la tarifa por disponibilidad de vehículos.”¹¹¹

De lo anterior se concluye que las variaciones en el programa inicial de chatarrización que el concesionario hubiere contemplado se debieron a otros fenómenos que impactaron la implementación del sistema, como por ejemplo, la terminación de los contratos con Coobús y Egobús, cuyos efectos fueron contemplados en otros acápite de este laudo.

En tales condiciones, no fueron acreditados los presupuestos para que se configure el desequilibrio de la ecuación contractual, derivado de las disposiciones del Decreto 190 de 2015 o de sus consecuencias, por lo cual la pretensión subsidiaria no prospera.

Pretensión trigésima octava

El texto de la pretensión es el siguiente:

“Que se declare que a la fecha de la presente reforma, TRANZIT S.A.S. no se encuentra en mora de cumplir su obligación de chatarrización de flota prevista en la Cláusula 12 del Contrato.”

Como ha quedado dicho, al decidir la pretensión trigésima séptima, TRANZIT debe cumplir con su obligación de chatarrización, según lo establecido en el contrato de concesión, en concordancia con las disposiciones emitidas por la autoridad correspondiente.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, tal como lo ha reconocido la propia Secretaría Distrital de Movilidad, el cronograma de chatarrización que expida debe estar en concordancia con las estipulaciones del Contrato de Concesión.

¹¹¹ Ibid.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Así las cosas, habiéndose estipulado en la Cláusula 12 del contrato de concesión, que el 90% de la chatarrización a cargo de TRANZIT debía ejecutarse en el período comprendido, desde el inicio de la operación regular *hasta la finalización de la integración total del sistema* y el sistema no se encuentra integrado, se concluye que no se ha configurado la mora respecto de TRANZIT, pues el plazo contractualmente previsto para el cumplimiento de la obligación no ha concluido.

Recuérdese que, tal como se mencionó en otro aparte de este laudo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1608 del Código Civil, “el deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.” (Subraya del Tribunal).

En el caso que nos ocupa, en el Contrato de Concesión se ha otorgado al concesionario un plazo para llevar a cabo su obligación de chatarrización, que vence a la finalización de la integración total del sistema, evento que no ha ocurrido, por lo cual, se reitera, no se configura mora a cargo del deudor.

En los términos anteriores, la pretensión trigésima octava prospera.

Lo anterior, sin perjuicio de la respuesta de la Secretaría Distrital de Movilidad, de fecha 22 de marzo de 2018 ¹¹², al oficio librado por el Tribunal a petición de TRANSMILENIO para que informara sobre “El cumplimiento del Plan de Chatarrización (...) con especial referencia al cumplimiento del mencionado plan por parte del concesionario TRANZIT S.A.S.”, en la cual se afirma:

“La Secretaría Distrital de Movilidad ha remitido a TRANSMILENIO S.A. como ente gestor del SITP, desde el año 2014, tres cronogramas de desintegración. El Tercer plan de desintegración enviado se realizó en cumplimiento de lo previsto en el Decreto 309 de 2009, el Decreto 156 de 2011 y el Decreto 190 de 2015, para lo cual la SDM mediante oficio SDM-DTI-85709-15, adoptó el Plan de Desintegración de vehículos no operativos en el SITP, elaborado en coordinación con TMSA; sin embargo, el plan de chatarrización inicialmente establecido se ha visto incumplido por parte de los operadores.”

¹¹² Cuaderno de pruebas 7, folio 324.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

De lo anterior, se evidencia que la Secretaría Distrital de Movilidad, ajusta los cronogramas que va emitiendo, según el grado de integración del sistema.

En el mismo sentido se tiene en cuenta el informe rendido bajo juramento por el representante legal de TRANSMILENIO ¹¹³ se expresa: “A continuación se presenta el avance en el proceso de chatarrización por concesionario SITP y la flota pendiente por ser chatarrizada conforme la meta definida para el año 2016-2017.” Y más adelante se incluye un cuadro en el cual aparece el porcentaje de cumplimiento de desintegración a febrero de 2018, para cada uno de los operadores, siendo el de TRANZIT 52,23%, porcentaje de cumplimiento que solamente podrá establecerse de manera definitiva cuando se tenga una fecha cierta de integración del sistema.

Pretensión trigésima novena

El texto de la pretensión es el siguiente:

“Que se declare que la demora en el inicio del Cronograma de Implementación de Rutas del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) ocurrió debido al incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. o, en todo caso por hechos no imputables a TRANZIT S.A.S.”

Posiciones de las partes

El demandante no indica específicamente cuáles son las obligaciones que incumplió TRANSMILENIO que a su juicio dieron lugar a la demora en el inicio del Cronograma de Implementación de Rutas.

En relación con la demora en el cronograma de implementación de rutas, en los hechos de la demanda se expresó:

“302. Para el momento de la adjudicación de la Licitación y la suscripción del Contrato de Concesión 011 de 2010, el cronograma de implementación de la operación del Sistema puesto en conocimiento de TRANZIT, y de los demás concesionarios de operación, correspondió al Plan de Implementación contenido en el Anexo 2 de la Minuta del Contrato, modificado por la Adenda General No. 4 al Pliego de Condiciones. La gradualidad de dicho Plan se estructuró cronológicamente por rutas y por meses, no por zonas.

¹¹³ Cuaderno de pruebas 7, folio 66.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“303. Según el cronograma del Plan de Implementación al que se refiere el hecho precedente, la entrada en operación de la flota articulada y biarticulada debía producirse entre los meses uno (1) y tres (3), y los vehículos asignados a las rutas auxiliares -operación zonal- iniciarían a partir del primer mes, debiendo estar vinculada y en operación la totalidad de la flota en un lapso de ocho (8) meses.

“304. En armonía con lo previsto en la minuta de los contratos de concesión en relación con la duración de la etapa preoperativa, el anterior cronograma debía sujetarse a revisión y actualización por las partes, una vez adjudicados y suscritos los contratos de concesión para la operación del Sistema.

Más adelante se afirmó:

“321. A su vez, la cláusula 6 del Otrosí No. 1 modificó el inciso segundo de la cláusula 22 e indicó que el Concesionario debe “entregar un Primer Plan de Trabajo que contenga el cronograma y secuencia de todas las actividades relacionadas con la ingeniería de detalle de las rutas asignadas a cada concesionario y los terminales zonales y de considerarse necesario por parte de cada concesionario, se deberá presentar la contrapropuesta del cronograma de implementación de rutas establecido en el Anexo 2” y precisó que dicho Plan de Trabajo debe contener un ‘cronograma y secuencia de todas las actividades necesarias para la implantación de la operación’.”
(Subraya del Tribunal)

Luego, en el hecho 348 se expresó:

“No obstante haberse producido la modificación del Plan de Implementación desde el mes de octubre de 2011 y, en consecuencia, haber pasado de un cronograma de ocho (8) meses a dieciséis (16) para las rutas zonales y de tres (3) a dieciocho (18) meses para las rutas troncales, sólo hasta el 20 de diciembre de 2013, TRANSMILENIO y TRANZIT, suscribieron el Otrosí No. 7 al Contrato de Concesión 011, en virtud del cual se pactó que la Etapa de Operación del Contrato se ejecutaría en dos (2) fases: la primera denominada “Puesta en Marcha” cuya duración se prolongará hasta tanto termine el cronograma de implementación definido en dieciséis (16) meses en el caso de la operación zonal y en dieciocho (18) meses en el caso de la operación troncal, y la segunda denominada “Fase Operativa propiamente dicha”, la cual se prolongará hasta la etapa de reversión.”

En la contestación a la demanda, el apoderado de TRANSMILENIO se opuso a la pretensión trigésima novena en los siguientes términos:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“Me opongo expresamente a esta pretensión. Esta obligación se les impuso a los concesionarios de operación del SITP, cuando a través de las cláusulas 12, 13 y 22 de los contratos de concesión, se les ordenó cumplir con una serie de obligaciones para lograr la cabal ejecución de los contratos del SITP, entre ellas las de presentar los Planes de implementación, por lo cual cualquier demora es únicamente responsabilidad del concesionario. Sería conveniente que se hubieran precisado cuáles son las obligaciones “legales y contractuales” que supuestamente “incumplió” Transmilenio S.A.”

Consideraciones del Tribunal

En primer lugar, es pertinente mencionar que al no haberse indicado cuáles son las obligaciones que se entienden incumplidas por TRANSMILENIO, tal incumplimiento no ha sido probado por lo cual a este respecto la pretensión no prospera.

Ahora bien, en relación con la alegación en el sentido de que la demora en el inicio del cronograma de implementación de rutas se debió a hechos “no imputables a TRANZIT” ya se ha afirmado en otros apartes de este laudo que, en cualquier caso, el concesionario estuvo de acuerdo en la reprogramación de la implementación, al suscribir los sucesivos otrosíes en los cuales se consignó evidencia de su conformidad.

Así, a manera de ejemplo se tiene que en las consideraciones del Otrosí 7 del 20 de diciembre de 2013 se consignó lo siguiente:

“Que de otra parte, la SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD suscribió el contrato de consultoría internacional No 068 de diciembre veinte (20) de 2010, con la firma Logit-Logitrans, denominado plan de Implementación detallado del SITP día a día, con el objeto de efectuar el diseño y acompañamiento del plan de implementación que permita poner en funcionamiento, gradualmente y de manera exitosa, los diferentes componentes del nuevo sistema de transporte de Bogotá.

“Que con base en lo anterior y como parte de las actividades técnicas, en las cuales se definían la figura de operación y la consolidación de los planes de trabajo para la implementación del SITP presentados por los concesionarios de transporte, TRANSMILENIO, en conjunto con la Secretaría Distrital de Movilidad y los consultores del contrato 068 de 20 de diciembre 2010 (Consortio Logit-Logitrans), con base en lo entregado por los concesionarios, realizó la consolidación y construcción del plan de implementación general del Sistema, con el cual se buscó establecer un plan uniforme de actividades

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

mínimas que los concesionarios – y demás actores en el proceso desarrollar (sic) debían adelantar para lograr el objetivo de la implementación. La opción adoptada fue una combinación de alternativas identificadas que se describen a continuación y reposan en los informes de la consultoría anteriormente mencionada:

- a. Período de implementación: 16 meses.
- b. Primeros dos meses: Implementación experimental con base en muy pocas rutas. Todas las zonas implementan, pero con el enfoque de implantación por corredores.
- c. Período de aprendizaje 4 meses. Criterio guía para la implementación: Por corredores, definidos por el Ente Gestor.
- d. Período de Implementación plena: 10 meses. Criterio guía para la implementación: Multizonal, todas la zonas implementan las rutas, asignadas por el Ente Gestor, para cada mes.”

“Que esta alternativa fue comunicada a los concesionarios en mayo de 2011, la cual tuvo total aceptación para la implementación de las rutas del SITP.”
(Subraya del Tribunal)

Del texto antes transcrito se evidencia la participación del concesionario en las actividades necesarias para adoptar la implementación del sistema y su conformidad con las modificaciones y reprogramaciones sucesivamente adoptadas.

Lo anterior se reconoce en varios hechos de la demanda, como por ejemplo en el 321 antes transcrito y en el 319 en el que se afirmó:

“Finalmente, la última modificación contractual de la cláusula 22 del Contrato de Concesión 011 de 2010 se produjo con la suscripción del Otrosí No. 3 del 25 de abril de 2011, cláusula 4, en virtud del cual adicionó en sesenta (60) días calendario el término para presentar el Plan de Trabajo para la Implementación de la Operación; lo anterior, en razón del trabajo conjunto entre TRANSMILENIO y TRANZIT para la definición del Plan de Implementación de Rutas.” (Subraya del Tribunal)

En tales condiciones, los hechos que dieron lugar a la demora en la iniciación del cronograma de implementación de rutas no pueden considerarse totalmente ajenos a TRANZIT, por lo cual, la pretensión no prospera.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Pretensiones cuadragésima, cuadragésima primera y cuadragésima segunda

Las pretensiones que se estudian a continuación son las siguientes:

“Cuadragésimo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no haber adoptado un mecanismo que le permitiera a TRANZIT S.A.S. intercambiar flota con los demás concesionarios de operación con miras a conseguir los objetivos del Anexo Técnico.

“Cuadragésimo primero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá al no haber ejercido acciones que permitieran intercambiar flota con los demás concesionarios de operación con miras a conseguir los objetivos del Anexo Técnico.

“Cuadragésimo segundo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) al no haber ejercido sus facultades de supervisión y control respecto de la obligación de vinculación de flota a cargo de los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S.”

Posición de la convocante

Los hechos que invoca TRANZIT en relación con estas pretensiones están comprendidos entre el 759 y el 779 de la demanda reformada y se sintetizan así:

Para la zona de Usme, el Anexo Técnico del Pliego de Condiciones estableció que el concesionario adjudicatario estaría obligado a vincular un máximo de 1.069 vehículos. Según la demanda, “de acuerdo con el Anexo Técnico del Contrato de Concesión (modificado mediante la Adenda No. 5), TRANZIT estaba obligado a vincular un total de: (i) 442 buses entre los modelos 1990 y 2010, (ii) 349 busetas entre los modelos 1979 y 2010, (iii) 7 camionetas entre los modelos 1990 y 2008 y (iv) 271 microbuses entre los modelos 1990 y 2010” (Hecho 762).

TRANSMILENIO ha sostenido que les corresponde a los concesionarios adelantar las gestiones necesarias para adecuar su flota, sin intervención del ente gestor y, según la demanda, “se ha abstenido de ejercer sus facultades como Ente Gestor y

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

contratante del Concesionario en la búsqueda de instrumentos y herramientas para conseguir que la finalidad buscada por TRANSMILENIO con el Anexo Técnico fuera cumplida.” Agrega la demanda que TRANSMILENIO nunca ha realizado ninguna gestión que permita que los concesionarios cumplan con el Anexo Técnico.

Sostiene igualmente que según la Resolución 235 de 2016, el incumplimiento en la vinculación de flota por parte de EGOBÚS fue de 90,1 % para el Contrato No. 12 de 2010; según la Resolución 236 de 2016, el nivel de cumplimiento de este concepto para el Contrato No. 13 de 2010 era de 29,8 %; según la Resolución 233 de 2016 el cumplimiento de COOBÚS en la vinculación de flota en el Contrato No. 005 de 2010 era de 17,23 %.

Por último señala que “hasta tanto la operación de ese 24% calculado por la Subdirección Técnica de TRANSMILENIO no esté restablecida, TRANSMILENIO no podrá exigir a TRANZIT el cumplimiento del Anexo Técnico.” (Hecho. 778).

En sus alegaciones finales TRANZIT sostuvo que TRANSMILENIO desempeñó un papel pasivo en relación con esta materia y que no tomó medidas para impulsar o efectuar el cruce de flotas y para ello aduce que el cruce de flotas no es una obligación contractual y por lo tanto no compromete o involucra a TRANSMILENIO.

TRANZIT insiste en este punto en el pretendido incumplimiento de las obligaciones generales de gestión y control a cargo de TRANSMILENIO, cuya observancia hubiera permitido velar por el cumplimiento del cruce de flota e impedir el siniestro de COOBÚS y EGOBÚS.

Posición de la convocada

Al contestar la demanda TRANSMILENIO se opuso a estas pretensiones y sostuvo que ni en el pliego, ni en el Contrato, ni en sus modificaciones existe consagración de la obligación cuyo incumplimiento reclama TRANZIT. Señaló también que la obligación de cumplir el Anexo Técnico es de los concesionarios y la responsabilidad de encontrar herramientas para ese propósito.

El cruce de flota es una creación de los concesionarios que no tiene origen o causa en el Contrato y en la que TRANSMILENIO no ha intervenido, razón por la cual no puede predicarse incumplimiento de la entidad.

Propuso la excepción que denominó “Inexistencia de obligaciones a cargo de TRANSMILENIO en relación con el acuerdo entre concesionarios para el ‘cruce de flota’. Principio de relatividad o efecto relativo de los contratos” y sostuvo que por

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

tratarse de un acuerdo entre concesionarios del SITP, generó obligaciones entre ellos pero no vincula a TRANSMILENIO, que es un tercero frente a ese acuerdo.

En sus alegaciones finales TRANSMILENIO reiteró que el cruce de flota es un acuerdo entre concesionarios que carece de soporte contractual y que, por consiguiente, no vincula a la entidad.

Concepto del Ministerio Público

Señala que el “cruce de flota” no es una obligación contractual y no tiene regulación en el contrato. A su juicio, su origen se relaciona con las cláusulas 17.4.2 y 12 del Contrato, que disciplinan la flota y la desintegración de la misma. Para ello, los concesionarios celebraron un Procedimiento de Cruce de Flota que contó con la orientación de TRANSMILENIO, que siempre los remitió al Anexo Técnico, pero sin que dicha entidad haya contraído obligaciones.

El concepto concluye que con base en el principio de relatividad de los contratos, a TRANZIT no le es dable exigir a TRANSMILENIO el cumplimiento de obligaciones que no hayan sido pactadas en el Contrato.

Consideraciones del Tribunal

Lo primero que viene al caso señalar en este punto es que ambas partes coinciden en reconocer que el cruce de flota no tiene soporte contractual. Como sustento de esa afirmación se tiene, por ejemplo, que en el hecho 766 de la demanda reformada TRANZIT señala que “(...) el cruce de flota no es una obligación prevista en el Contrato de Concesión(...)”, a lo que TRANSMILENIO contestó que es cierto. Así mismo, en sus alegaciones finales TRANZIT expresó: “La entidad, siempre ha justificado su conducta respecto a este punto en el hecho de que el denominado cruce de flota no es una obligación o compromiso contractualmente establecido y que por tanto no involucra o compromete de ninguna forma el actuar o la responsabilidad de TRANSMILENIO, **cosa que si bien es cierta**, no implica que el mismo sea un medio necesario para el cumplimiento de obligaciones contractuales”¹¹⁴ (negrita del Tribunal).

Al no ser este punto concreto materia en disputa entre las partes, resulta necesario desentrañar la divergencia entre ellas en relación con el cruce de flota, que podría resumirse en que TRANZIT estima que TRANSMILENIO incumplió obligaciones de orden legal y contractual al no haber facilitado el intercambio de flota.

¹¹⁴ Página 277 de las alegaciones de TRANZIT.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La materia de la que se ocupa ahora esta providencia encuentra raíces en la cláusula 17.4.2. del Contrato según la cual entre las obligaciones de TRANZIT derivadas de la concesión de la operación se encuentra la de garantizar el cumplimiento del compromiso de adquisición de flota usada y de mantenimiento de oferta a propietarios no incluidos en la oferta, que implica “adquirir o incorporar el número de vehículos de la **Flota** actual de transporte público colectivo, establecidos en la tabla del Anexo técnico del pliego de condiciones.” Así mismo, en la cláusula 12 del Contrato se estipuló la obligación del concesionario de desintegración física total o de la flota usada no disponible para operación.

Para la satisfacción de tales prestaciones se acordó el *Procedimiento de Cruce de Flota*, respecto del cual declararon varios testigos. La señora Ivonne Alcalá, por ejemplo, señaló:

“SRA. ALCALÁ: El cruce de flota significa que los concesionarios vincularon unos vehículos a sus propuestas y con esos vehículos fueron adjudicatarios de la licitación; cuando se presentan los planes de implementación, los planes de implementación tienen unas rutas definidas, previamente definidas por Transmilenio con una tipología de buses específicas de manera que si yo soy el concesionario, yo requiero de esa flota del TPC que yo recogí, unas tipologías especiales para cumplir una ruta, si yo no tengo esa tipología pues yo tengo que salir a buscarla entre los demás concesionarios para determinar cuáles de los otros concesionarios en desarrollo de su propuesta vinculó esas tipologías o esa tipología que a mí me hace falta; y, en el evento en que yo encuentre un concesionario que la tenga lo que se hace es que si él necesita algo de lo que yo tengo lo intercambio por los vehículos que él tiene y que me hacen falta a mí ese es el... (interpelado).

(...)

“Cuando se presenta la adjudicación y como insisto los proponentes no sabían finalmente con qué zona se iban a quedar entonces se quedaron con una cantidad de buses cada uno que al compararlos con el plan de operación de la zona que ya les había sido adjudicado los llevó a la conclusión de que para cumplir esas tipologías que establecía el plan de operaciones había vehículos que les faltaban y habían vehículos que les sobraban y los que les faltaban los tenía otro concesionario y a su vez los que le sobraban los necesitaba otro concesionario. Eso significaba sentarse en la mesa y empezar a cruzar vehículos para cumplir cada uno con su plan de implementación de acuerdo con lo previsto con Transmilenio (...)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“SRA. ALCALÁ: El concepto de cruce de flota no está definido contractualmente pero es una obligación que adquirieron los concesionarios y que se deriva básicamente de la estructuración de la licitación, de la forma como se adjudicó la licitación, de la imposibilidad que tenían los proponentes de saber qué zona les iba a ser adjudicada, de manera que aunque no esté definida contractualmente es una actividad necesaria para poder ejecutar la estructuración que el mismo Transmilenio de manera unilateral estableció para este tema.

“DR. BENAVIDES: Si no es un concepto contractual, podríamos decir y le pregunto, ¿es una creación de un acuerdo interno entre los concesionarios del SITP?

“SRA. ALCALÁ: No, no es un acuerdo interno porque la obligación de los concesionarios sí es cumplir un plan de implementación y sí es obligación de los concesionarios operar una ruta y sí es obligación de los concesionarios que esas rutas tengan determinadas tipologías y el concesionario sólo va a poder cumplir con sus obligaciones contractuales en la medida en que se haya agotado el proceso de cruce de flota porque así lo estableció Transmilenio.

“DR. BENAVIDES: Si ese cruce de flota no es contractual, un concepto, no es un acuerdo interno entre los concesionarios, ¿qué es entonces?

“SRA. ALCALÁ: Es un mecanismo para cumplir las obligaciones contractuales y es un mecanismo que responde a la forma y estructuración que hizo Transmilenio con el fin de recoger todo el transporte público colectivo de la ciudad.”

Por otra parte, mediante comunicación con referencia 2012EE3698 de 17 de mayo de 2012 ¹¹⁵, Transmilenio se pronunció en relación con el acuerdo de cruce de flota e indicó, en términos generales, que dicho pacto debería garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato y que “solamente se pronunciará e intervendrá conforme a sus facultades como ente gestor, cuando se observe que los acuerdos que se realicen entre los concesionarios afectan el cumplimiento de las obligaciones contractuales con el fin de garantizar las mismas. En todo caso el concesionario debe cumplir con el total de la flota prevista en el contrato y sus anexos.”

De lo anterior se concluye que el acuerdo de cruce de flota es un pacto celebrado entre los concesionarios que tenía como propósito dar cumplimiento a las

¹¹⁵ Folio 43 Cuaderno de Pruebas No. 2

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

prestaciones consagradas en los contratos y en el Anexo Técnico relacionadas con la flota ¹¹⁶. En relación con dicho acuerdo TRANSMILENIO se mantuvo al margen y señaló que solo intervendría en el caso en que se afectara el cumplimiento de las obligaciones de orden contractual. Así las cosas, el referido acuerdo no estipuló obligaciones a cargo de TRANSMILENIO, entidad que tampoco intervino en su celebración, ni aceptó prestación o vinculación de ninguna especie respecto de su contenido material. Del mismo modo, el referido acuerdo no se incorporó en manera alguna al Contrato, cuyas estipulaciones no se alteraron por cuenta de este compromiso entre concesionarios.

En este estado las cosas, se encuentra que las obligaciones relacionadas con el cruce de flota contenidas en el Anexo Técnico de la licitación y en las cláusulas del Contrato son prestaciones a cargo de los concesionarios que por consiguiente, estaban obligados cumplirlas. Sobre esa base, se celebró el acuerdo de cruce de flota entre los propios concesionarios para buscar el cumplimiento de los contratos, en razón del tipo de prestaciones que ellos debían satisfacer.

Con todo, TRANSMILENIO no contrajo obligaciones en este frente que tengan origen en el Contrato, ni mucho menos en el acuerdo de cruce de flota que, se reitera, ni siquiera vinculó a esa entidad. Así mismo, no se demostró en el proceso que hubiera surgido alguna prestación específica a cargo de TRANSMILENIO cuya inejecución hubiera impedido el intercambio de flota entre concesionarios. Sobre esa base, al no existir obligación a cargo de TRANSMILENIO en relación con el cruce de flota, por fuerza, tampoco hay lugar a deducir incumplimiento de la entidad en relación con este punto y, por consiguiente, no hay lugar a que prosperen las pretensiones cuadragésima (40) y cuadragésima primera (41).

Por las mismas consideraciones que se han consignado, se le reconocerá mérito a la defensa de TRANSMILENIO rotulada “Inexistencia de obligaciones a cargo de TRANSMILENIO en relación con el acuerdo entre concesionarios para el ‘cruce de flota’. Principio de relatividad o efecto relativo de los contratos”, contrapuesta por la convocada en este frente.

En lo que se refiere a la pretensión 42, se considera que ella involucra hechos y materias de orden jurídico que se relacionan con las consideraciones que fueron consignadas con mayor extensión en el capítulo correspondiente a la decisión de la pretensión 28, vale decir aquellas relativas al pretendido incumplimiento de

¹¹⁶ El Anexo Técnico en este punto describe los factores que determinan la selección del tipo de vehículos en cada ruta así como los que definen el número de vehículos del TPC que cada uno de los concesionarios debe adquirir o incorporar. Así mismo contiene la distribución de la flota con vida útil disponible que se asigna a los operadores y de la flota sobrante por chatarrizar.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

obligaciones de orden legal y contractual de TRANSMILENIO respecto de los concesionarios Pública LP-TMSA-004-2009 y Pública LP-TMSA-004-2009 .

En ese orden de ideas, en la medida en que bajo la pretensión 42 se plantea de nuevo el pretendido incumplimiento de TRANSMILENIO de sus obligaciones legales y contractuales al no haber ejercido las facultades de supervisión y control respecto de la obligación de vinculación de flota a cargo de Pública LP-TMSA-004-2009 y Pública LP-TMSA-004-2009 , para efectos de resolver dicha pretensión se hacen valer en este punto las consideraciones expuestas en esta providencia para desestimar la pretensión 28, sin que sea necesario reproducirlas, como tampoco insistir en los fundamentos que se tuvieron para denegar la referida pretensión. Importa subrayar en este punto que, en armonía con las precisiones conceptuales consignadas en este mismo acápite, tampoco existe incumplimiento de obligaciones por parte de TRANSMILENIO respecto de Coobús y Egobús en relación con el cruce de flota, al no existir prestación a cargo de la entidad por este concepto.

En ese orden de ideas, la pretensión cuadragésima segunda (42), no alcanza prosperidad.

Pretensión cuadragésima tercera

En la pretensión 43 de la reforma a la demanda se solicitó:

“Cuadragésimo Tercero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales relacionadas con la gestión en materia de socialización, difusión y publicidad del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) y la adquisición y recarga de tarjetas que sirven como medio de pago.”

Posición de la parte convocante

Manifestó la parte convocante que TRANSMILENIO era y es la entidad encargada de efectuar la socialización, difusión y publicidad del SITP y la adquisición y recarga de tarjetas que sirven como medio de pago, que permitieran una adecuada transición entre el antiguo TPC y el SITP. Que contrario a lo legal y contractualmente pactado, TRANSMILENIO no efectuó una adecuada publicidad, promoción y pedagogía del SITP y el medio de pago, que permitiera a la ciudadanía conocer enteramente su funcionamiento y empezar a usarlo normalmente desde el inicio de su funcionamiento y a lo largo de la ejecución contractual.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Añadió que existieron hasta el 2015 tres tipos de tarjetas para ingresar al Sistema, (tarjeta monedero, cliente frecuente y TuLlave), y solo a finales del mencionado año se consiguió la unificación de las tarjetas para acceder al Sistema Integrado de Transporte.

Adicionó que como consecuencia de la afectación en el acceso al medio de pago y a los puntos de venta, los usuarios del transporte público de la ciudad, continuaron utilizando el TPC como medio de transporte, pues conocían su funcionamiento, las paradas y las frecuencias. Por el contrario, la información relacionada con las paradas, las frecuencias y el servicio en general del SITP no era suministrada en la forma debida, por lo que se afectó el ingreso de los usuarios al Sistema y se agudizó la preferencia en la utilización del TPC, una de las significativas causas para que el SITP no cumpla con los objetivos planteados en un inicio.

Posición de la parte convocada

La parte convocada señaló que la parte convocante no había demostrado las obligaciones legales y contractuales que se encontraban a cargo de TRANSMILENIO relacionadas con su gestión en esa materia, y que supuestamente habían sido incumplidas, que lo único que hizo TRANZIT fue limitarse a aportar unos recortes de noticias que evidencian una información, pero no demostraban la veracidad de su contenido, por lo que no ostentaban valor probatorio.

Que la cláusula 12 del Contrato de Concesión previó que TRANZIT debía realizar las actividades de publicidad en su zona sobre la prestación del servicio, al menos un mes antes del inicio de la operación.

Respecto de las tarjetas y recargas indicó que Usme es la zona donde más puntos de recarga hay, garantizando una mayor cobertura, por lo tanto, esta pretensión debía ser denegada.

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público señaló respecto de la socialización del sistema que dicha obligación fue desarrollada por TRANSMILENIO mediante una estrategia de comunicación desde noviembre de 2011, en la cual se incluyeron Mesas de Trabajo con los operadores, promoción, pedagogía, socialización e información al usuario, y gestión social con autoridades locales y distritales, foros zonales, conversatorios zonales (2014) y las tomas zonales, agendamiento y entrega de tarjetas Sisbén, entre otros.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Manifestó que si bien era cierto que la demanda del uso del transporte público masivo en términos generales había disminuido, también había quedado claro que ello se debía a diferentes factores, sin que se pudiera exigir contractualmente a TRANSMILENIO que debía garantizar al contratista una demanda determinada. Por último, agregó que si bien TRANSMILENIO cumplió con su obligación de socialización del sistema, tampoco le era exigible que la misma resultase efectiva en una proporción determinada o que a pesar de entender las nuevas dinámicas del transporte público en la Bogotá, los usuarios adoptaran otros medios de transporte.

Consideraciones del Tribunal

Corresponde ahora al Tribunal determinar si, como lo afirma la parte convocante, TRANSMILENIO incumplió con sus obligaciones legales y contractuales correspondientes a gestionar la socialización, publicidad, y difusión del SITP y la adquisición y recarga de tarjetas.

En opinión del Tribunal, la pretensión cuadragésima tercera no prospera, por varias razones.

La primera de ellas es que aunque TRANSMILENIO, como Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público-SITP, tenía a su cargo la obligación de la planeación estructural del sistema tal como lo establece la cláusula 91 del Contrato, lo cual implicaba una obligación de medio como ya se ha expuesto a lo largo de este laudo arbitral, mas no de resultado, lo que le correspondía hacer frente a dicha planeación en relación a la socialización, publicidad, y difusión del SITP era desplegar una conducta activa y diligente en cuanto a dicha gestión, como efectivamente lo hizo, lo cual quedó probado en el expediente, así:

1. TRANSMILENIO diseñó una estrategia general de comunicación del SITP por parte de la Subgerencia de comunicaciones de TRANSMILENIO.
2. Transmilenio realizó avisos informativos en su página web sobre la utilización de la tarjeta de ingreso al SITP, en distintas fechas a saber: martes 31 de julio de 2012, viernes 12 de octubre de 2012, martes 16 de abril de 2013, martes 17 de septiembre de 2013, lunes 2 de diciembre de 2013, miércoles 21 de mayo de 2014, viernes 6 de junio de 2014, jueves 26 de junio de 2014, viernes 4 de julio de 2014, entre otras.
3. TRANSMILENIO contrató a la sociedad Serlefin S.A. mediante el contrato 039 de 2012 para realizar una labor de socialización y publicidad del SITP,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

prestando un servicio de atención al usuario que contemplaba las siguientes labores:

- Se distribuyeron orientadores y coordinadores para brindar orientación y pedagogía sobre cultura ciudadana en el servicio.
 - Se entregó material informativo sobre tarifa, entrada del SITP, uso de tarjetas monedero, planes de emergencia, servicios troncales, entre otros.
 - Se distribuyeron más de 4.000.000 volantes con información sobre puntos de recarga, servicios urbanos y sus rutas, y tarifa sobre el SITP.
 - Se hizo presencia de diferentes orientadores y coordinadores en las vías de los barrios por donde pasaba los servicios del SITP.
 - Se socializó y distribuyó en las localidades de Engativá, Fontibón, San Cristóbal, Kennedy, Ciudad Bolívar, Usme, Usaquén, Suba, Chapinero, Los Mártires, Puente Aranda, Teusaquillo, Santa Fe, Tunjuelito, Barrios Unidos, Antonio Nariño, La Candelaria, y Rafael Uribe Uribe material informativo impreso sobre el SITP.
 - Se entregó material informativo impreso sobre rutas zonales, puntos de recarga de rutas zonales, rutas complementarias, rutas alimentadoras, información del SITP.
 - Se instalaron pendones informativos sobre el SITP.
4. TRANSMILENIO realizó una estrategia de comunicación en medios de comunicación como radio, prensa, redes sociales, televisión sobre la utilización del SITP.
 5. TRANSMILENIO realizó unos foros zonales con líderes de cada zona, para presentar detalladamente la implementación del SITP en cada una de las localidades.
 6. TRANSMILENIO celebró los contratos No. 26 y 149 con IPES y la ETB respectivamente para que prestaran servicios de difusión y socialización del SITP.

La segunda, porque como bien lo señaló TRANZIT en sus alegatos de conclusión, y para ello citó el dictamen pericial rendido por Cal y Mayor y Asociados, el compromiso de difundir ampliamente la implementación del SITP como una política de transporte no se encontraba solamente a cargo de TRANSMILENIO, sino también de la Administración Distrital y del Concesionario, según lo establecido en la cláusula 12 del Contrato de Concesión, así:

“Por otro lado, en relación con la debida socialización del proyecto por parte del Ente Gestor y la Autoridad de Transporte del Distrito (Secretaría Distrital de Movilidad) es importante reiterar que, si bien los concesionarios tenían un compromiso de socialización sobre la prestación del servicio en sus

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

respectivas zonas adjudicadas conforme establecido en la Cláusula 12 de los contratos de concesión, también existía un compromiso de la Administración Distrital de difundir ampliamente a la comunidad la implementación del proyecto como nueva política de transporte público.”¹¹⁷

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, este Tribunal no declarará probada la pretensión cuadragésima tercera.

Pretensiones cuadragésima cuarta, cuadragésima quinta, cuadragésima sexta y cuadragésima séptima

Las pretensiones de TRANZIT son las siguientes:

“Cuadragésimo cuarto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales relacionadas con la entrada en operación oportuna de la Concesión del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (SIRCI).

“Subsidiaria de la Pretensión Cuadragésimo cuarta. Que se declare que la entrada tardía en operación por parte de la Concesión del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (SIRCI) alteró la ejecución del Contrato en perjuicio de TRANZIT S.A.S. y condujo a un desequilibrio financiero del mismo, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

“Cuadragésimo quinto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no realizar las gestiones necesarias para evitar la existencia simultánea de varios medios de pago electrónicos (tarjetas), especialmente y sin que se limite a ello, durante los meses de junio de 2012 a diciembre de 2015, o durante el plazo que se pruebe en el Tribunal.

“Cuadragésimo sexto. Que se declare que a TRANZIT S.A.S. no le corresponde pagar los servicios de desinstalación de los equipos a bordo de flota a desvincular del Sistema, ni de la posterior instalación y reconfiguración en la flota de reemplazo.

¹¹⁷ Dictamen pericial Cal y Mayor y Asociados Cuaderno de Pruebas No. 3 Folio 84

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“Cuadragésimo séptimo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. abusó de sus facultades “legales y contractuales al expedir la Resolución 548 de 2016, o los apartes que el Tribunal considere, al contener ésta disposiciones que constituyen una modificación del Contrato, sin haber cumplido con el procedimiento contractual y/o con las disposiciones legales aplicables.

“Subsidiaria de la Pretensión Cuadragésimo séptima. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., incumplió sus obligaciones legales y contractuales al expedir la Resolución 548 de 2016, o los apartes de la misma que el Tribunal considere, al contener ésta disposiciones que constituyen una modificación del Contrato de Concesión, sin haber cumplido con el procedimiento contractual y/o con las disposiciones legales aplicables.

“Segunda subsidiaria de la Pretensión Cuadragésimo séptima. Que se declare que la expedición de la Resolución 548 de 2016 por parte de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., o de los apartes de la misma que el Tribunal considere, constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que generó un desequilibrio económico del Contrato en perjuicio de esta última, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A.”

Posición de la convocante

Estima TRANZIT que TRANSMILENIO, en su condición de ente gestor, demoró la adjudicación del Contrato de Concesión SIRCI, toda vez que dicha concesión se celebró el 1 de agosto de 2011, esto es nueve meses después de la suscripción del Contrato de TRANZIT. Esa circunstancia, entre otras, hizo que los cronogramas de implementación para los concesionarios y el SIRCI no se ejecutaran en forma armónica, en tanto iniciaban en momentos diferentes.

Diez meses después de la adjudicación de la Licitación y siete meses después del acta de inicio del Contrato No. 011 de 2010, TRANSMILENIO y Recaudo Bogotá suscribieron el acta de inicio del contrato SIRCI. Esa demora tuvo impacto directo en el inicio de la entrada en operación de las rutas de TRANZIT en la medida en que los vehículos no podían operar sin los equipos de control de flota y de recaudo.

La modificación del cronograma de implementación de la operación por no estar listos los equipos del SIRCI se produjo por circunstancias ajenas y no imputables a TRANZIT.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Por otra parte, se han presentado fallas diarias en los equipos del SIRCI instalados en los buses de TRANZIT, que no pueden salir a operar, lo cual genera una pérdida de ingresos esperados e imposición de desincentivos operativos. Según la demanda, los efectos negativos que tales fallas producen en la operación de TRANZIT se traducen también en pérdida de ingresos.

Para TRANZIT, el ente gestor ha incumplido con sus obligaciones en relación con SIRCI, de manera tal que le ha afectado la propia operación.

Posición de la convocada

TRANSMILENIO se opone a las pretensiones y niega cualquier incumplimiento en relación con esta temática. Señala que quienes no cumplieron con la vinculación de flota fueron los concesionarios, circunstancia que afectó la instalación de equipos por parte de SIRCI. TRANZIT, al igual que todos los concesionarios, deben asumir el costo de las reparaciones o partes o equipos a bordo, razón por la cual deben contar con garantía de dichos equipos.

El concesionario SIRCI introdujo correctivos de las fallas en las que incurrió.

Consideraciones del Tribunal

En lo que se refiere a la pretensión cuadragésima cuarta, no se encuentra demostrado que TRANSMILENIO haya incumplido alguna obligación del Contrato 011 de 2010 relativa a la entrada en operación oportuna de la Concesión SIRCI. Es así como TRANZIT no acreditó dicho incumplimiento, ni siquiera precisó la obligación que a su juicio reputa incumplida en este frente por parte de TRANSMILENIO. Lo anterior no significa que no le asista razón a TRANZIT en su argumentación relativa a la importancia del avance armónico y coordinado de los contratos de concesión con el contrato de SIRCI, para el correcto funcionamiento del sistema. Sin embargo, desde la óptica del presente arbitraje, el incumplimiento del Contrato por parte de TRANSMILENIO en este punto no quedó acreditado. En consecuencia, se negará la pretensión 44 y corresponde pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria.

Con esta última, TRANZIT pretende que se declare que la demora en la entrada de la operación del SIRCI alteró la ejecución del contrato en perjuicio de TRANZIT y condujo a un desequilibrio del Contrato.

Sobre el particular, se encuentra que en la Matriz de Riesgos del Contrato se identificó como causa del riesgo de implementación la “Modificación del

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

cronograma por no encontrarse listos los equipos del SIRCI”, consistente, precisamente, en la afectación que 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. En dicha Matriz, el riesgo fue asignado en forma conjunta a TRANZIT y a TRANSMILENIO.

En el Anexo explicativo de la Matriz de Riesgos se reproduce la descripción del riesgo bajo examen y se precisa que existe la probabilidad de que la ocurrencia del hecho generador sea originado por la actuación de cualquiera de las partes intervinientes. Así mismo, se precisó que en el caso de la demora en la operación del SIRCI, “el daño se genera únicamente cuando exista flota disponible y no puede operarse.”

Bajo esos lineamientos, se concluye que la demora en la operación del SIRCI es un riesgo que fue específicamente asignado en la Matriz de Riesgos y para reclamar algún ‘daño’ es necesario cumplir con las condiciones convenidas por las partes en la Matriz de Riesgos y en el correspondiente Anexo explicativo. En ese orden de ideas, la pretensión subsidiaria a la pretensión 44 no está llamada a prosperar en la medida en que la situación en la cual se funda la reclamación del desequilibrio por parte de TRANZIT es un riesgo expresamente contemplado y asignado por las partes.

Respecto de la pretensión cuadragésima quinta, mediante la cual se solicita que se declare que TRANSMILENIO incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no realizar gestiones necesarias para evitar la existencia simultánea de varios medios de pago, TRANZIT la concreta en sus alegaciones finales, en términos generales, al incumplimiento del Contrato No. 001 de 2011 del SIRCI y de la ejecución de dicho negocio jurídico, amén de otras normas de orden distrital, tales como el Decreto 309 de 2009 y la Resolución 125 de 2013 de TRANSMILENIO.

A partir de dichas alegaciones concluye que:

“(…) es evidente que TRANSMILENIO, incumplió sus deberes legales y las obligaciones pactadas en el Contrato de Concesión No. 011 de 2010, relacionadas con la planeación, gestión y control del Sistema y la gestión y control contractual de los contratos, al no haber adoptado de manera oportuna las determinaciones tendientes a la obtención de la integración del medio de pago, en la oportunidad contractualmente convenida con TRANZIT.”¹¹⁸

¹¹⁸ Página 321 de las alegaciones de TRANZIT.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Sin embargo, vistas con detenimiento las alegaciones de TRANZIT en este punto y el copioso recaudo probatorio, no existen elementos para concluir que, en este frente, TRANSMILENIO incurrió en incumplimiento del Contrato. La conclusión de los alegatos que se ha transcrito, lejos de constituir una evidencia, es una proposición de orden general de la que no puede deducirse el incumplimiento de una prestación específica por parte de TRANSMILENIO, razón por la cual la pretensión cuadragésima quinta no está llamada a prosperar.

Por último, en lo que concierne a las pretensiones cuadragésima sexta, cuadragésima séptima y las subsidiarias de esta última, se considera que todas ellas tienen como propósito, por una parte, sustraerse a los efectos de la Resolución 548 de 2016 de TRANSMILENIO, en particular en la asunción de los costos por la desinstalación de los equipos a bordo de flota por desvincular (pretensión cuadragésima séptima) y, por otra impugnar la Resolución 548 de 2016 socapa de invocar un pretendido abuso de las facultades legales y contractuales de TRANSMILENIO al expedir el referido acto administrativo.

Sobre el particular, se considera que en la medida en que no existe prueba de que la Resolución 548 de 2016 haya perdido vigencia o validez o se haya excluido el ordenamiento jurídico, se trata de un acto administrativo con presunción de legalidad que debe producir efectos jurídicos y cuyo cumplimiento es obligatorio.

Por otra parte, no existe prueba de que TRANSMILENIO haya incurrido en abuso de sus facultades legales y contractuales al expedir la referida Resolución 548 de 2016. Antes bien, el Tribunal estima que dicha resolución fue expedida tomando pie en las facultades que le asisten a TRANSMILENIO como ente gestor del sistema, que se han analizado con extensión en acápite anterior de esta providencia, sin que se haya demostrado el pretendido abuso. En este punto, no puede perderse de vista que por disposición de la cláusula 1.72. del Contrato se convino que los concesionarios se obligan a acatar las “normas, disposiciones, reglamentos o instrucciones que imparta o llegue a impartir **TRANSMILENIO S.A.** para la adecuada operación, gestión o administración” del sistema.

Puestas así las cosas, al no haberse acreditado tampoco que se desconoció el “procedimiento contractual”, ni las disposiciones legales aplicables, no hay lugar a declarar el abuso al que se refiere la pretensión cuadragésima séptima.

Por las mismas consideraciones y en particular, porque la Resolución 548 de 2016 integra el cuerpo normativo que se incorpora al Contrato y a cuya observancia se obligó expresamente TRANZIT (cfr. Cláusula 1.72), no prosperan las pretensiones subsidiarias a la pretensión cuadragésima séptima que tiene por objeto que se declare el incumplimiento de obligaciones legales y contractuales por parte de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

TRANSMILENIO (primera subsidiaria) o que la expedición del referido acto administrativo generó un desequilibrio económico del Contrato (segunda subsidiaria).

Pretensiones cuadragésima octava y cuadragésima novena

“Cuadragésimo octavo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) al no haber gestionado medidas efectivas tendientes a evitar el ingreso al Sistema en la operación zonal (evasión zonal), sin la validación del medio de pago correspondiente.

“Subsidiaria de la Pretensión Cuadragésimo octava. Que se declare que la utilización del Sistema Integrado de Transporte sin la validación del medio de pago correspondiente (evasión), en la operación zonal, constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que altera el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

“Cuadragésimo noveno. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor del SITP al no haber gestionado medidas efectivas tendientes a evitar el ingreso al Sistema sin la validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal (evasión alimentación).

“Subsidiaria de la Pretensión Cuadragésimo novena. Que se declare que el ingreso al Sistema sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal (evasión alimentación), constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que altera el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

(...)

“Centésimo décimo. Que como consecuencia de la pretensión Cuadragésima novena (o su subsidiaria), se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a SIETE MIL CIENTO SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

PESOS M/CTE (\$7.106.450.836), por ingreso dejado de percibir como consecuencia de los pasajeros transportados sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal, o los conceptos y sumas que se encuentren probados.”

Posiciones de las partes

En la demanda se afirma ¹¹⁹ que “TRANSMILENIO es responsable por la pérdida de los ingresos de TRANZIT derivados de la falta de validación de pasajeros, debido a la actual competencia del denominado ‘SITP Provisional’, a la evasión, el fraude, la piratería y la reducción de la velocidad comercial en la ciudad de Bogotá.”

Particularmente, en el hecho 919 de la demanda se expresa:

“919. La ocurrencia de fenómenos como la evasión en el medio de pago, el fraude y la piratería han venido afectando de manera directa los ingresos de TRANZIT, derivando en una pérdida de demanda para este Concesionario, pérdida que como se expondrá a continuación no tiene porqué soportar toda vez que sus causas no derivan de los comportamientos de los conductores de TRANZIT, sino en la falta de controles y gestión de parte de TRANSMILENIO que, por un lado ha resultado en la proliferación de una verdadera cultura de no pago, de naturaleza notoria, mientras que por el otro ha resultado en la falta de implementación del SITP, cuestión última que ha llevado a que los ciudadanos muchas veces elijan un medio de transporte que les brinde mayor facilidad (así el mismo no se encuentre regulado) y la falta de control de las autoridades distritales para combatir estos medios de transporte no regulados.”

Se afirma además en los hechos de la demanda, que la evasión puede alcanzar el 20 % en promedio para el componente zonal, según se ha evidenciado en estudios contratados por TRANZIT y que TRANSMILENIO no ha llevado a cabo las gestiones necesarias para eliminar este fenómeno.

Adicionalmente se agrega que “Son innumerables las experiencias que los operadores que transitan por determinadas zonas pueden relatar pues en más de una ocasión los operadores del bus se han visto desprotegidos frente a las bandadas de pasajeros que ingresan al bus sin validar el medio de pago, sin que este pueda hacer algo al respecto.” ¹²⁰

¹¹⁹ Hecho 18 de la demanda.

¹²⁰ Hecho 923 de la demanda.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Se manifiesta que “(i) la evasión del medio de pago en las plataformas no fue contemplada ni tipificada por la matriz de riesgos previsible pues ésta únicamente previó la evasión dentro de los buses, (ii) aún si el riesgo de evasión del medio de pago en las plataformas o infraestructura hubiera estado previsto, esto no hubiese constituido un riesgo (como en muchos casos) sino un incumplimiento de TRANSMILENIO en su deber de control y supervisión, así como un incumplimiento del Distrito al no garantizar el control de la seguridad en las plataformas. TRANSMILENIO, en su calidad de Ente Gestor del Sistema, es quien tiene la mayor capacidad de controlar y mitigar este riesgo, pues cuenta con la posibilidad de trabajar en conjunto con las autoridades distritales para garantizar la seguridad del Sistema y la no evasión del pago de la tarifa.”

De otra parte se insiste en que “le corresponde al Ente Gestor en calidad de titular del SITP asumir el riesgo considerando su capacidad para gestionar el control y la mitigación del mismo mediante la cooperación interinstitucional con las demás dependencias del Distrito y la Policía Nacional. Sin gestión de TRANSMILENIO, y sin la toma de decisiones y actividades positivas y concretas, el resultado será que la frecuencia de la evasión, estimada como de probabilidad baja en la Matriz de Riesgos, sólo seguirá en aumento, según ha sido la tendencia en los últimos años.”

Por lo que hace al fraude se manifiesta que este se configura por la venta de pasajes por terceros intermediarios que cobran a los usuarios mayores valores que los pagados y se afirma que “Es tanta la ausencia de gestión de TRANSMILENIO frente al Concesionario SIRCI para que evite este tipo de fraudes que estos vendedores informales llegan incluso a usar distintivos (chaquetas, chalecos, carteles) con las siglas del SITP, sin que se imponga ningún tipo de sanción.”

Adicionalmente se reclama por “Falta de control de Transmilenio en las plataformas para verificar la validación del medio de pago en el componente de alimentación.”

A este respecto se afirma que “TRANSMILENIO ha incumplido sus deberes de gestión frente a las autoridades y el Concesionario SIRCI para evitar que continúe la no validación del medio de pago por parte de los usuarios en las plataformas del Sistema, esto por supuesto, ha derivado en una pérdida de demanda para TRANZIT.”

Y se concluye que “La falta de validación del medio de pago en las plataformas ubicadas en zona de Usme tiene tres causas: (i) la falta de control de TRANSMILENIO, (ii) la falta de gestión de TRANSMILENIO frente a la policía y a RECAUDO BOGOTÁ y (iii) la falta de implementación del SITP.”¹²¹

¹²¹ Hecho 954 de la demanda.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

El apoderado de TRANSMILENIO, por su parte, insiste en que de acuerdo con el contrato, es el concesionario quien debe “Responder por la evasión del pago de la tarifa del usuario que se genere con motivo del comportamiento de los conductores contratados por su empresa y en general por todos los mecanismos de control de accesos al vehículo”, agrega que el riesgo de demanda fue asumido por TRANZIT y que en todo caso TRANSMILENIO ha desplegado una serie de actividades y gestiones encaminadas a combatir la evasión y el fraude.

A este respecto afirma que frente a la supuesta “falta de gestión”, TRANSMILENIO ha efectuado todas las acciones de su competencia para minimizar los impactos de inseguridad, y viene realizando convenios con la Policía y gestionando operativos en las zonas donde los concesionarios reportan mayor inseguridad, y ha solicitado el apoyo de la Secretaría de Gobierno y la Secretaría de Seguridad Convivencia y Justicia (oficios 2016EE8825, EE11866, EE14783, EE16961, EE19327, entre otros), con el fin de mejorar los índices de seguridad en los puntos críticos del Sistema.”¹²²

Consideraciones del Tribunal

Las pretensiones 48 y 49 de la demanda se dirigen a que se declare el incumplimiento de TRANSMILENIO como ente gestor, por no haber gestionado medidas efectivas para evitar la evasión en la operación zonal y en la alimentación troncal, pero no se cita ninguna disposición contractual o legal concreta en la cual se establezcan específicamente las obligaciones que se dicen incumplidas.

A este respecto, encuentra el Tribunal que en la cláusula 24.1 del Contrato se incluye, entre las obligaciones atribuidas a TRANSMILENIO, la de *“Adelantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión y control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP, en los términos establecidos en el presente Contrato y en el Manual de Operación, que permite al CONCESIONARIO el desarrollo de la actividad de transporte, que es objeto de la presente concesión.”* (Subraya del Tribunal)

Dentro del amplio contenido de esta disposición podría enmarcarse llevar a cabo las gestiones necesarias para evitar la evasión, sin embargo, tal como se ha determinado en otros apartes de este laudo, se trataría de una obligación de medios y no de resultado.

¹²² Contestación al hecho 935 de la demanda.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Recuérdese que según lo ha sentado la jurisprudencia “el criterio de distinción para establecer si se está en presencia de una u otra clase de obligaciones, (se refiere a obligaciones de medio o de resultado), luego de evaluar, obviamente, la voluntad de las partes, se encuentra en la aleatoriedad del resultado esperado. En ese sentido, se señaló que en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.”¹²³

Así las cosas, siendo su obligación de “gestión y control” de medio, el incumplimiento que se atribuye a TRANSMILENIO no puede estar determinado por la “efectividad” de las medidas adoptadas para evitar la evasión, sino que se requiere establecer si tal entidad realizó gestiones encaminadas a tener como efecto una disminución o erradicación de la evasión.

En la contestación de la demanda se afirma que TRANSMILENIO suscribió con la Policía el Convenio N° 337 de 2016, cuyo objeto es:

“(…) aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros entre TRANSMILENIO S.A., LA POLICÍA METROPOLITANA DE BOGOTÁ, para fortalecer la seguridad y vigilancia de los usuarios del Sistema de Transporte Masivo, para lo cual TRANSMILENIO S.A. brinda apoyo económico o financiero a la POLICÍA NACIONAL - POLICÍA METROPOLITANA DE BOGOTÁ, que le permita cumplir con las obligaciones que asume en el presente convenio.”

Entre las pruebas presentadas por TRANSMILENIO obra el texto del “*Convenio Interadministrativo de Cooperación celebrado entre la Policía Nacional, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.- y el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional – Forpo*” de fecha 8 de noviembre de 2017, el cual tendría como término inicial un año, y en el que se estipula como uno de los “compromisos de la Policía” “8.Llevar a cabo todas las acciones necesarias para fortalecer la convivencia y seguridad ciudadana de los usuarios del Sistema de Transporte Masivo de Pasajeros gestionado por TRANSMILENIO S.A. incluyendo para el efecto, aquella (sic) que permitan mitigar el fenómeno de la evasión.” (Subraya del Tribunal).

¹²³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 5 de noviembre de 2013, Magistrado Ponente: Arturo Solarte, citada en BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando. *Obligaciones*. Legis S.A. Bogotá, 2017. Página 201.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Adicionalmente, el demandante hace referencia en su alegato de conclusión al estudio contratado por TRANSMILENIO, -Contrato de Interventoría No. 350 de 2015- denominado “Operativo Evasión de Pasajes Usme.”

En dicho informe aparece: “... en atención a la solicitud del Ente Gestor, se verificó si se presenta incumplimiento por parte de los Concesionarios con respecto a la obligación 17.1.21. (...) Por tal razón, se realizó un operativo con personal envía y motorizado verificando si se presenta esta novedad; igualmente se verificó si la evasión de pago es también por otros motivos.” (Subraya del Tribunal)

De lo anterior se concluye que TRANSMILENIO no ha incumplido con sus obligaciones de gestión y control del Sistema, en los términos de la cláusula 24.1 del Contrato, en punto de adelantar actividades encaminadas a determinar las causas de la evasión a efectos de evitarla, por lo cual las pretensiones cuadragésima octava y cuadragésima novena no prosperan.

Por no haber prosperado las pretensiones cuadragésima octava y cuadragésima novena, corresponde referirse a las pretensiones subsidiarias encaminadas a que se declare el rompimiento del equilibrio económico del contrato derivado de la evasión en la operación zonal y de alimentación, por tratarse, a juicio de la demandante, de un hecho ajeno no imputable a TRANZIT.

Antes de hacer referencia a los términos en los que el riesgo de evasión fue contemplado en el contrato de concesión, es pertinente puntualizar que tal riesgo se configura cuando el pasajero evade el pago de la tarifa al usuario.

La anterior precisión se hace necesaria, puesto que la parte demandante incluye como una materialización de este riesgo, el hecho de que pasajeros dentro de la operación de alimentación ingresen a un vehículo en una estación y se bajen en otra sin entrar a validar a al portal para tomar el componente troncal.

Para el Tribunal en vista de que al estructurar el sistema no se previó remuneración por tal servicio, dicho comportamiento no podría considerarse evasión, pues no se ha presentado incumplimiento por parte del pasajero de su obligación de pagar el tiquete.

Es pertinente mencionar que en los “Estudios previos definitivos” a este respecto aparece:

“Las rutas alimentadoras sin validación en vehículos guardan el concepto de integración del actual Sistema TRANSMILENIO, la contabilidad del usuario integrado solo se logra cuando dicho usuario valida su entrada a zona paga

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

en las plataformas de integración de portales y estaciones de integración del Sistema TRANSMILENIO (...)¹²⁴ (Subraya del Tribunal).

Una vez sentado lo anterior, es pertinente referirse a los términos en los que el riesgo de evasión fue considerado en la matriz de riesgos, plasmada en el Anexo 5 al pliego de condiciones del contrato de concesión 011 de 2010.

En tal Anexo 5 se previó como riesgo comercial el “Riesgo de cartera por fraude en los medios de pago en buses” y en las observaciones se estableció:

“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 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.”

“La asignación de este riesgo no implica que el Estado desatienda su obligación de velar por el control de las situaciones que impliquen hechos o conductas que atenten contra la seguridad de la ciudadanía y/o la prestación de los servicios públicos, ni que ésta responsabilidad se desplace por efectos del contrato al concesionario, a lo que se refiere es que el concesionario debe contemplar el impacto económico que ello cause en la estructuración financiera de su modelo.

“Es importante anotar que en caso de configurarse la situación contemplada en el riesgo, es decir, si un pasajero no validó su ingreso al sistema por evadir el medio de pago, lo que implica es que no sólo el concesionario de operación debe asumir su impacto, sino que el concesionario del SIRCI también lo asume y en general el sistema que no puede registrar su ingreso y por ende su pago.”¹²⁵ (Subraya del Tribunal).

De otra parte, en la cláusula 17 del contrato de concesión, sobre “Obligaciones del Concesionario derivadas de la Concesión de la operación del SITP” se pactó:

¹²⁴ USB, folio 220 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹²⁵ Anexo Acta Audiencia Asignación Matriz de Riesgos 12-02-2010

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“17.1 Respecto a la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros

“(…)

“17.1.21 .Responder por la evasión del pago de la Tarifa al Usuario que se genere con motivo del comportamiento de los conductores contratados por su empresa y en general por todos los mecanismos de control de acceso al vehículo”

De las previsiones contractuales el Tribunal concluye, en primer lugar, que el riesgo de evasión previsto era aquél que podía materializarse en la operación zonal y no el referido a eludir la validación al ingresar a las estaciones, correspondiente a la alimentación troncal.

En segundo lugar, que tanto la obligación a la que hace referencia la cláusula 17.1.21 del contrato, como el riesgo descrito en la matriz de riesgos, parten de que el conductor pueda tener alguna injerencia en el comportamiento del pasajero o se refiere a los mecanismos de control de acceso al vehículo que pueda implementar el concesionario.

De acuerdo con la evidencia presentada, la evasión derivada del comportamiento del conductor es la que se presenta en una menor proporción y es aquella respecto de la cual su impacto económico debió reflejarse en la estructuración del modelo financiero del contratista para presentar su propuesta, según se menciona en la matriz de riesgos del contrato.

La reducida injerencia del conductor en la evasión dentro de la operación zonal se confirma en el informe presentado por el Consorcio Concesión Milenio, en noviembre de 2015, sobre un *“Operativo de evasión de pasajes Usme”* en cumplimiento del Contrato de Interventoría 350 de 2015 celebrado con TRANSMILENIO.

Si bien en tal informe se mencionan algunos casos en los que el conductor permite el acceso a los vehículos de algunos pasajeros sin pagar, resultan bastante ilustrativos los siguientes apartes, en los que se hace evidente que la evasión es ajena al comportamiento del conductor:

“4. EJECUCIÓN Y ANÁLISIS DEL OPERATIVO

“Una vez recopilada toda la información suministrada por los supervisores

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

asignados al operativo, (sic) se evidenció:

(...)

“la ruta más crítica en cuanto al tema de evasión de pasajes el (sic) la ruta 914; esta es la única ruta que conecta con Usme Centro, Usme Pueblo y demás sectores por tal motivo la demanda de usuarios es siempre alta tanto de estudiantes como de personas adultas.

(...)

“En estos paraderos, especialmente a medio día, algunos estudiantes ingresan debajo del torniquete, son menores entre los 7 a 12 años de edad quienes la mayoría se encuentran solos. Los estudiantes de 13 a 17 años, ingresan al sistema marcando un solo pasaje e ingresando dos usuarios. Por esta situación los zonales pasan cargados al 100% en su gran mayoría con estudiantes y no se puede recoger en otros paraderos. ...

“Otra modalidad evidenciada es la parada falsa, lo cual quiere decir que algún usuario hace la parada solo para que el operador abra la puertas (sic) pero no desciende ningún usuario; contrario a esto, los que se encuentran en el paradero ingresan al vehículo ...

“En los Barrios El Refugio y El Portal del Divino se evidenció que quienes evaden el pasaje son principalmente vándalos quienes solicitan al operador abrir la puerta de atrás, el operador manifiesta a los supervisores que si no permiten el ingreso son amenazados ...”

“Por otra parte, manifiestan los operadores que por cuidar su integridad y la de los vehículos, es necesario acceder a que pasen sin validar el pasaje.”

Entre las conclusiones de este estudio aparece:

“La actitud de la comunidad ante la solicitud de validación del viaje bien sea del operador, funcionarios del sistema o de la autoridad es siempre violenta, llegando en ocasiones hasta la violencia física.”

En otro informe de la interventoría elaborado por Jahv Mc Gregor, “en su rol de interventor” de fecha 21 de junio de 2016, se concluye que “Muchos de los que ingresan sin validar el respectivo pasaje lo hacen sin consentimiento del operador, son consumidores de drogas y en dado caso de negárseles el servicio toman represalias en contra del operador o de los zonales, ya que son

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

residentes del sector.”

A este respecto, el testigo John Fredy Bohórquez expresó:

“Otro de los temas es la evasión, en el sistema zonal, en el actual, controlar la evasión es muy complicado por qué, porque ya se llegan a puntos de amenazas, realmente hemos tenido agredidos por tratar de decirle al usuario, venga, pague el pasaje y yo creo que no es nuevo para todos, sale en medios, la prensa a veces apoya con eso, que los usuarios se cuelan de una forma impresionante.

Puntualmente y lo pongo acá en la mesa, la ruta 9-14 del Concesionario Tranzit, compartida con Este Es Mi Bus, en Usme pueblo, se puede llenar un bus de 80 pasajeros con capacidad teórica de 80 pasajeros se puede llenar y paga 1 solo usuario, uno solo, y el operador cómo le puede decir a 80 personas, venga, págume el pasaje, donde le diga eso, él tiene que salir de ahí corriendo, porque lo amenazan, empiezan a coger contra el vehículo, dañan los vehículos, rompen los vidrios, dañan las puertas, entonces el operador no puede hacer ahí nada.”

En tales condiciones, para el Tribunal el riesgo de evasión que se ha materializado es un riesgo diferente al previsto en la matriz de riesgos, y la obligación que asumió el concesionario establecida en la cláusula 17.1.21 no implica que el concesionario deba asumir el costo de la evasión que se presenta bajo circunstancias que no se relacionan con el comportamiento de los conductores o con los mecanismos de control de acceso al vehículo que no está habilitado para implantar.

La evasión en tales condiciones, tanto en la operación zonal como en el componente de alimentación, podría considerarse un hecho imprevisto ajeno a TRANZIT que podría conducir al desequilibrio económico del contrato.

Ahora bien, para establecer si tal desequilibrio tuvo lugar, se requiere determinar, una vez cuantificada la evasión, cuál ha sido su impacto en la economía del contrato.

Lo anterior, puesto que la jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada que *“el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

normal del contrato ¹²⁶, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato...” ¹²⁷

A este respecto se tiene que la parte demandante no presentó prueba para establecer la evasión en el componente zonal, se refirió exclusivamente a la cuantificación en el componente de alimentación.

En tales circunstancias, no quedó acreditado el desequilibrio financiero del contrato que pudiera derivarse de la evasión en la operación zonal, razón por la cual la pretensión subsidiaria a la cuadragésima octava no prospera.

Ahora bien, respecto de la evasión en la operación de alimentación, se trata de un riesgo que no fue previsto en el contrato, cuya materialización podría dar lugar a un desequilibrio financiero del mismo, si al cuantificarlo se advierte un impacto grave en la ecuación contractual.

La parte demandante cuantifica el impacto de la evasión a través de un cálculo que llevó a cabo Cal y Mayor y asociados, a partir de “dos (2) estudios de aforos peatonales en el portal de alimentación de Usme y la estación de Molinos en los meses de septiembre de 2015 y marzo de 2016, cuantificando así el número de pasajeros alimentados a lo largo del día, las modalidades de evasión y los usuarios que realizan la validación correcta en los torniquetes.”

En el dictamen de Cal y Mayor se agrega:

“El perito revisó la metodología y los resultados obtenidos por estos aforos, corroborando que los mismos se corresponden con la metodología empleada convencionalmente para aforar la demanda de pasajeros en los servicios de alimentación. Adicionalmente, y con el fin de complementar el material probatorio, el perito realizó una nueva toma de información en campo en septiembre de 2016 que permitiese evaluar la tendencia histórica del

¹²⁶ Cita propia de la sentencia: Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pg. 524: “Debe recordarse que en la celebración y ejecución de los contratos, siempre hay una contingencia de ganancia o pérdida, un cierto grado de riesgo, es decir, un álea que es normal y que las partes deben asumir, como consecuencia de su decisión voluntaria de obligarse. En cambio, el “Álea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato.”

¹²⁷ Sentencia del 13 de febrero de 2013, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación Número: 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

fenómeno de la evasión en los servicios de alimentación de Usme.”¹²⁸

Cal y Mayor concluyó que entre agosto de 2015 y diciembre de 2016, se movilizaron 32.306.293 pasajeros pagos y 23.898.574 que evadieron el pago.

De las cifras presentadas por Cal y Mayor se concluye que la evasión estimada corresponde a un 42% de los pasajeros movilizados, lo que, según el peritaje, constituye una afectación grave del equilibrio financiero del contrato que daría lugar a que se ordene su restablecimiento.

Ahora bien, por tratarse de un hecho no imputable a la entidad contratante, de acuerdo con lo reiterado por la jurisprudencia, el restablecimiento debe ordenarse hasta un punto de no pérdida, pues la evasión en el componente de alimentación ha alcanzado una proporción desmesurada, según lo demostrado con el dictamen pericial de Cal y Mayor antes aludido, y desde esta perspectiva, imprevisible.

Ciertamente, a este respecto ha sostenido la jurisprudencia:

“Si el desequilibrio se produce por cualquiera de las circunstancias (i) o (ii) antes analizadas, esto es, por circunstancias imputables o atribuibles a la **administración pública contratante** en ejercicio de una cláusula excepcional o exorbitante, o en ejercicio de su imperium, será procedente no sólo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado su ejecución o prestación, sino que también estará obligada a cancelar la utilidad esperada por el contratista.

“A contrario sensu, si la ruptura o desequilibrio tiene su génesis en un hecho externo, imprevisible y ajeno a las partes, que afecta de manera anormal y grave la ecuación financiera del negocio, las partes contratantes –cualquiera que sea, esto es, administración o contratista– sólo estarán obligadas a llevar al sujeto que padece o sufre el desequilibrio a una situación de no pérdida, es decir, sólo se reconocerán los gastos o costos extras en que haya incurrido el contratista en virtud del exceso o sobrecosto producido por la circunstancia imprevisible e irresistible, sin que sea posible cancelar la utilidad esperada (...)”¹²⁹ (Subraya del Tribunal).

Ahora bien, el valor reclamado por la parte demandante lo obtiene multiplicando el número de pasajeros por la tarifa por pasajero y se solicita la actualización de ese

¹²⁸ Cuaderno de pruebas 3, folio 238.

¹²⁹ Sentencia del 6 de mayo de 2015, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejera Ponente: Olga Mélida Valle De La Hoz (E). Radicación Número: 05001-23-31-000-1995-00271-01(31837).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

valor.

Sin embargo, para el Tribunal tal liquidación no corresponde al valor necesario para llevar al concesionario a un punto de “no pérdida” pues no ha quedado demostrado que la Tarifa Pasajero esté despojada de un ingrediente de remuneración a la inversión o utilidad.

Por el contrario, en el hecho 918 de la demanda, se reconoce que la tarifa por pasajero transportado está destinada a remunerar, entre otros, la rentabilidad sobre capital invertido.

En tales condiciones, al no haber quedado demostrado el valor de acuerdo con el cual el concesionario quedaría en un punto de “no pérdida”, el Tribunal considera que la pretensión subsidiaria a la pretensión cuadragésima novena no podrá prosperar. En consecuencia, el Tribunal tampoco puede acceder a una condena derivada de esta pretensión subsidiaria a la pretensión quincuagésima novena, razón por la cual la pretensión centésima décima tampoco prospera.

Pretensión quincuagésima

“Quincuagésimo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. ha incumplido sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) al no haber gestionado medidas efectivas tendientes a evitar la prestación del servicio de transporte ilegal de pasajeros en la ciudad de Bogotá (“piratería”).

“Subsidiaria de la Pretensión Quincuagésima. Que se declare que la prestación del servicio de transporte ilegal de pasajeros en la ciudad de Bogotá (“piratería”) constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que altera el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

Como consecuencia de la pretensión anterior (principal o subsidiaria), la convocante solicita la siguiente condena:

“Centésimo undécimo. Que como consecuencia de la pretensión Quincuagésima (o su subsidiaria), se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a MIL TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES CUARENTA MIL DOSCIENTOS VEINTE

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

PESOS M/CTE (\$1.332.040.220), por ingreso dejado de percibir por menor número de validaciones, consecuencia de la prestación del servicio de transporte ilegal de pasajeros en la ciudad de Bogotá (“piratería”), o los conceptos y sumas que se encuentren probados.

En el hecho 941 de la demanda reformada se afirma:

“La indebida asignación del riesgo, los incumplimientos de las autoridades distritales de velar por el control de las situaciones que impliquen hechos o conductas que atenten contra la seguridad de la ciudadanía y/o la prestación de los servicios públicos, la falta de control por parte de la Secretaría de Movilidad, y la falta de gestión de TRANSMILENIO tanto en relación con dichas autoridades como con el Concesionario SIRCI, han derivado en una pérdida de ingresos para TRANZIT.”

Y concluye en el hecho siguiente que “... entre enero de 2013 y diciembre de 2016 TRANZIT ha perdido una cifra de aproximadamente cuatro millones y medio de pasajeros pagos por la presencia de transporte informal y piratería en Usme, fenómeno que no ha sido mitigado y controlado efectivamente por las autoridades distritales con la participación del Ente Gestor del SITP.”

En la contestación a la demanda, el apoderado de TRANSMILENIO se limita a afirmar que el concesionario asumió los riesgos de acuerdo con el contrato y con la matriz de riesgos del mismo.

Consideraciones del Tribunal

A través de la pretensión quincuagésima, se pretende la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de TRANSMILENIO “al no haber gestionado medidas efectivas tendientes a evitar la prestación del servicio de transporte ilegal de pasajeros en la ciudad de Bogotá (“piratería”).

Nuevamente se echa de menos la mención concreta de la disposición legal o contractual cuyo incumplimiento atribuye la demandante a la entidad demandada.

En tales condiciones no es posible imputar un incumplimiento en los términos solicitados, pues la obligación a cargo de TRANSMILENIO, que se establece de manera muy general en la cláusula 24.1 del contrato de concesión, en el sentido de llevar a cabo actividades de “gestión y control” para permitir al concesionario el desarrollo de la “actividad de transporte,” es una obligación de medios y no de resultado, según se ha indicado antes y no se ha presentado prueba de infracción.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S:**

Vs.

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

Recuérdese que a este respecto ha señalado la jurisprudencia:

“(…) Respecto de la obligación de medios, se hace indispensable para el demandante, no solo acreditar la existencia del contrato, sino afirmar también cuáles fueron los actos de inejecución, porque el demandado no podría de otra manera contrarrestar los ataques que le dirige el actor, debido precisamente a la naturaleza de su prestación que es de lineamientos esfumados.”¹³⁰

De lo anterior se concluye que la pretensión quincuagésima no prospera, por lo cual pasa el Tribunal a referirse a la pretensión planteada como subsidiaria.

Para establecer si *“la prestación del servicio de transporte ilegal de pasajeros en la ciudad de Bogotá (“piratería”) constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que altera el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”* como lo solicita el demandante, es preciso, en primer lugar, hacer referencia en este punto a los términos en los que tal riesgo fue contemplado tanto en la matriz de riesgos del Contrato (Anexo 5 del Pliego de Condiciones), como en el Contrato mismo.

Así, se tiene que en la matriz de riesgos, dentro de las causas del riesgo de “demanda” se incluyó *“Otros no regulados (ilegalidad, vehículos particulares)”* y se describió como *“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 la mitigación se establece:

“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.)”

En cuanto a la mitigación del riesgo, en el mismo documento se establece: *“Para la mitigación de éste riesgo se podrán celebrar convenios con la Policía Nacional de conformidad con el Decreto 4222 de 2006 de tal manera que la intervención de*

¹³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 31 de mayo de 1938, Magistrado Ponente: Juan Fernando Mujica.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

estas autoridades responda a las necesidades concretas detectadas por los concesionarios Minuta del Contrato: Cláusula 17 – Numeral 17.7.22”

Y se agrega:

“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 la cláusula 17.7.22 del contrato, a la que remite la matriz de riesgos se establece:

“17.7. Obligaciones Generales:

“Como consecuencia de la Concesión que se otorga al CONCESIONARIO por medio del presente Contrato de Concesión, éste adquiere las siguientes obligaciones, sin perjuicio de las demás obligaciones del CONCESIONARIO asignadas en el presente Contrato, sus anexos y en el Pliego de Condiciones, además de las contenidas en las normas constitucionales, legales o reglamentarias aplicables o las que se desprendan de su naturaleza.

“(…)

“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.”

Para el Tribunal, si bien es evidente que llevar a cabo las actividades necesarias para mitigar el riesgo ofrece gran dificultad para el contratista y sin duda son las distintas autoridades quienes tienen las atribuciones necesarias para adoptar medidas encaminadas a evitar la piratería, el concesionario, al suscribir el contrato, manifestó su consentimiento en el sentido de asumir el riesgo en las condiciones así estipuladas, y en particular, en la cláusula 115 se asumieron los riesgos estipulados en la Matriz de Riesgos, de manera que su materialización no constituye un hecho imprevisto y ajeno a TRANZIT, que le permita obtener un restablecimiento del equilibrio financiero del negocio.

Adicionalmente, en el Contrato (Cláusula 21.1) se pactó que el Concesionario coordinaría con TRANSMILENIO y la Secretaría Distrital de Movilidad, un Plan de Acción que contendría precisamente *“los objetivos, estrategias, instrumentos de*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

planeación y gestión del suelo a ser empleados, Articulación con el Plan de Ordenamiento Territorial del D.C., Articulación con el Plan Maestro de Movilidad del D.C., involucrados, compromisos, cronogramas, plazos, actividades, programas y proyectos, necesarios para desarrollar el proceso de acción encaminado a la regularización de los equipamientos de transporte existentes, teniendo como referencia las estrategias y el modelo de ordenamiento del Distrito.” (Subraya del Tribunal)

De lo anterior se evidencia que en el Contrato de Concesión se atribuyó al Concesionario una participación activa en el proceso de regularización de los vehículos existentes, lo cual incide en la erradicación de la prestación ilegal del servicio por terceros no vinculados al Sistema, lo cual confirma que este fenómeno no constituye un hecho que pueda calificarse como totalmente ajeno a TRANZIT, como se requiere para que la pretensión de restablecimiento del equilibrio financiero del negocio prospere.

Con fundamento en lo antes expuesto, la pretensión subsidiaria a la quincuagésima, no prospera.

De la misma manera, por ser consecencial a la quincuagésima o a su subsidiaria, la pretensión centésima undécima no prospera.

Pretensión quincuagésima primera

Las pretensiones que se estudian a continuación son las siguientes:

“Quincuagésimo primero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al haber ordenado a TRANZIT S.A.S. que vinculara flota nueva por cambio de especificaciones técnicas en emisiones (Euro V) sin haber dado aplicación oportuna al mecanismo de pago de la mayor remuneración a favor de TRANZIT S.A.S., en la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) y la Tarifa Mensual por Kilómetro Zonal (TKMZ), según lo establecido en la Cláusula 64 del Contrato.

“Subsidiaria de la Pretensión Quincuagésimo primera. Que se declare que la expedición de las Resoluciones No. 1304 de 2012 y 1223 de 2013 de la Secretaría Distrital de Ambiente, o de cualquier otra norma de carácter Distrital o Nacional aplicable, alteraron el equilibrio financiero del Contrato en perjuicio de TRANZIT S.A.S. a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Posición de la convocante

A partir del hecho 958 de la demanda reformada, TRANZIT relaciona aquellos que invoca como fundamento de la pretensión bajo examen.

Para la época de la Licitación, se encontraba vigente la Resolución 2604 de 2009 “Por la cual se determinan los combustibles limpios teniendo como criterio fundamental el contenido de sus componentes, se reglamentan los límites máximos de emisión permisibles en prueba dinámica para los vehículos que se vinculen a la prestación del servicio público de transporte terrestre de pasajeros y para motocarros que se vinculen a la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor mixto y se adoptan otras disposiciones.” Dicha resolución permitía que los vehículos cumplieran con los niveles de emisiones Euro IV.

Para TRANZIT, los costos de operación que se tuvieron en cuenta en la Licitación Pública y en el Contrato para determinar la tarifa fueron calculados bajo el supuesto de que la totalidad de la flota sería Euro IV y si bien era previsible que hubiera variaciones en los requisitos tecnológicos “no es previsible que dichas variaciones sucedan dentro de los tres primeros años de vigencia del Contrato de Concesión” (hecho 963).

Sostiene TRANZIT que la matriz de riesgos original de la Licitación contemplaba el riesgo regulatorio, que fue eliminado por la Adenda No. 3, debido a que se consideró que los cambios de regulación son riesgos imprevisibles.

Mediante la Resolución No. 1304 de 2012 de la Secretaría Distrital de Ambiente “se introdujeron cambios en los estándares máximos admisibles de emisión para la flota operativa del SITP que implicaron modificaciones en las especificaciones técnicas de los vehículos, bien sea solicitando la incorporación de nuevos sistemas (auto-diagnóstico, control de emisiones y convertidor catalítico) que no eran exigidos durante la licitación TMSA-LP-004-2009 o solicitando vehículos nuevos con motores especificaciones (sic) más exigentes de las requeridas al momento de la licitación” (hecho 968). La misma resolución ordenó que a partir del 1 de junio de 2013 solo se podrían incorporar buses con estándar de emisiones Euro V.

En 2014 TRANSMILENIO solicitó a TRANZIT que la flota nueva por vincular debía cumplir como mínimo con los niveles de emisiones del Sistema Euro V. Esa exigencia le implicó a TRANZIT un costo que no fue previsto por el Concesionario, en tanto en la Licitación se dispuso que la flota debía cumplir con el nivel de emisiones Euro IV. TRANSMILENIO negó el reconocimiento de los costos que fueron reclamados en sazón por TRANZIT.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Según la demanda, TRANSMILENIO incumplió la cláusula 64 del Contrato de Concesión, “al haberle solicitado a TRANZIT vincular una flota nueva con estándar de emisiones Euro V, sin haber ajustado la canasta de costos ni la tarifa, toda vez que los cambios en especificaciones técnicas para los vehículos del SITP ordenados como consecuencia de cambios en las normativas nacionales o distritales necesariamente implican una revisión de la canasta de costos para la remuneración de los concesionarios” (hecho 982).

Posición de la convocada

TRANSMILENIO sostiene que la Resolución 2604 de 2009 mantiene una vigencia parcial y que los documentos publicados durante el proceso licitatorio señalan que la autoridad ambiental podría introducir cambios o reglamentar exigencias relacionadas con los niveles de emisión y especificaciones técnicas de los vehículos. El Anexo Explicativo de la Adenda 3 regula que los cambios en la regulación ambiental se consideran imprevisibles salvo lo relacionado con la exigencia sobre cambios relativos a mayores exigencias respecto del uso de tecnologías limpias, que se excluye de la categoría de riesgo.

Agrega que TRANZIT no ha cumplido con la normatividad vigente en lo relativo a los niveles máximos permisibles de emisiones. TRANSMILENIO no encontró evidencia del hecho que el concesionario haya tenido que asumir un valor de inversión en flota superior. Así mismo, no considera la migración al estándar Euro V como un cambio técnico, sino como un cambio en el nivel de emisiones.

Por consiguiente, TRANZIT no hizo ningún desembolso, sino que esa era una obligación estipulada en el Contrato y por lo tanto, no se le causó ningún desequilibrio en este frente. Para TRANSMILENIO la migración al estándar Euro V no es un cambio técnico sino un cambio en el nivel de emisiones, no estima procedente la revisión de los coeficientes de remuneración. Para la convocada, el Contrato, los prepliegos y los documentos que los soportan previeron que en el curso de la concesión se realizarían ajustes a los niveles de emisión de los vehículos, así como la exigencia de dispositivos o sistemas de control de emisiones.

Con apoyo en lo anterior, TRANSMILENIO propuso la excepción que denominó “El Concesionario asumió a su cargo, de conformidad con el Contrato de Concesión, el cumplimiento de las normas ambientales, lo que incluye el cumplimiento del estándar de emisiones contemplado en la Resolución 1304 de 2012, que dio lugar a la incorporación de buses con estándar de emisión equivalente a Euro V, y los costos que se deriven de esa regulación debe ser cubierto (sic) por el Concesionario con cargo a los derechos de participación que se le reconocen y no los puede trasladar a TRANSMILENIO.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público conceptuó en relación con este punto que no existe prueba de que TRANZIT haya incurrido en mayores costos por cuenta del cambio de Euro IV a Euro V. Según el concepto, tampoco existe certeza de que mediante Resolución 1304 de 2012 se originaron cambios en especificaciones técnicas para los vehículos que entrarían en operación. En la misma línea, el Ministerio Público señaló que no existen pruebas que brinden certeza respecto de que el paso de Euro IV a Euro V corresponda a cambios de especificaciones técnicas que den lugar a la revisión de coeficientes de remuneración de la cláusula 64 del Contrato.

Consideraciones del Tribunal

La pretensión que se examina se contrae a declarar el incumplimiento de TRANSMILENIO al no haber dado aplicación oportuna al mecanismo de pago de la mayor remuneración a favor de TRANZIT en la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal y la Tarifa Mensual por Kilómetro Zonal, conforme se estipula en la cláusula 64 del Contrato y, en esas circunstancias, haber ordenado al Concesionario la vinculación de flota nueva como consecuencia del cambio de especificaciones técnicas en emisiones, esto es el Euro V.

Para resolver esta pretensión, procede, en primer lugar, hacer el estudio del mecanismo de pago por mayor remuneración estipulado en la cláusula 64 con el objeto de determinar si era procedente su aplicación, como lo reclama TRANZIT, y en seguida concluir lo que corresponda respecto de si TRANSMILENIO debía haber hecho uso de ese mecanismo, en alguna oportunidad.

La cláusula 64 se ubica en el Capítulo 10 del Contrato (Ingresos del Concesionario) y regula el valor de los derechos de participación del Concesionario, que según la cláusula 63 corresponde a la remuneración de este último, vale decir una parte de los ingresos generados por la explotación comercial del SITP. En la demanda no resulta evidente cuál de los mecanismos de pago por mayor remuneración es el que según TRANZIT dejó de utilizar TRANSMILENIO, de conformidad con una cláusula de innegable trascendencia para el negocio jurídico y de una alta complejidad en su concepción y forma.

A juicio del Tribunal, la materia se ubica en el parágrafo 1 de la cláusula 64 que se refiere a la revisión de coeficientes de remuneración y ponderación de la fórmula de ajustes. En relación con dicha revisión, se dispone que: i) se realizará cada cuatro años; ii) o por solicitud de TRANSMILENIO; iii) o cuando se presenten

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

cambios en especificaciones técnicas para los vehículos que se vinculen al SITP, originados en normatividad nacional o distrital.

De conformidad con los hechos de la demanda, la revisión a la que se refiere TRANZIT concierne a la operación no troncal, respecto de la cual se aplican también las condiciones descritas en el párrafo anterior. Conviene agregar que según la cláusula citada la revisión de la TMVZ y de la TKMZ es aplicable a vehículos que se vinculen como nuevos al sistema, con posterioridad a la revisión en cuestión.

Con el propósito de determinar si el mecanismo de mayor remuneración al que se refiere la pretensión 51 y la cláusula 64 era procedente por el cambio de especificaciones técnicas de emisiones al sistema Euro V, es necesario, en primera medida, examinar lo estipulado por las partes en materia de riesgos, en relación con este asunto.

En la Matriz de Riesgos de la licitación, en un principio, se asignó al Concesionario el riesgo regulatorio, en los siguientes términos: “[...] En consecuencia, 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 del aumento en la tarifa técnica en los términos señalados en la presente matriz en lo relacionado con el riesgo regulatorio.”

Con posterioridad, se expidió el Anexo al Acta de la Audiencia Explicativa de la Matriz de Riesgos en el que se hizo el siguiente ajuste en relación con el riesgo regulatorio, con apoyo en el artículo 3, numeral 6 del Decreto 2474 de 2008:

“Riesgo regulatorio – Mayores costos por cambio en regulación ambiental. Los eventos de cambios en la regulación ambiental se consideran imprevisibles salvo el relacionado con la exigencia por parte de la Administración sobre cambios en aspectos de mayores exigencias a las establecidas sobre el uso de tecnologías limpias, el cual contempla un tratamiento contractual que lo excluye de la categoría de riesgo.

En efecto, la minuta del contrato tiene previsto en el párrafo de su cláusula 64 denominada ‘valor de los derechos de participación del concesionarios (sic)’ la revisión de Coeficientes de Remuneración y Ponderación de la Fórmula de Ajuste cada cuatro (4) años, durante el plazo del contrato de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

concesión, por lo cual si se establecen mayores exigencias, los costos de éstas se incluirían al revisar la tarifa.

Teniendo en cuenta lo anterior, se modificará la matriz de riesgos eliminando del riesgo regulatorio la causa 'Mayores costos por cambio en regulación ambiental'."

De lo anterior, se confirma que con ocasión de la Adenda 3 y, en particular, conforme al respectivo Anexo Explicativo, el mayor costo por cambio en regulación ambiental dejó de ser un riesgo asignado en el contrato y se tornó en una materia que debería gestionarse bajo la cuerda de la cláusula 64 y, en concreto, por la vía de la revisión de la remuneración. Así las cosas, el examen de lo que TRANZIT estima una obligación de TRANSMILENIO consistente en la aplicación oportuna del mecanismo de pago de la mayor remuneración por concepto de la vinculación de flota Euro V corresponde hacerlo bajo los parámetros de la referida estipulación. Por mejor decir, se debe determinar si con arreglo a la Cláusula 64, TRANSMILENIO tenía obligación de aplicar el mecanismo de revisión de la remuneración a propósito de las exigencias relacionadas con la flota Euro V.

En adición a lo anterior, en el análisis de la materia objeto de la pretensión no puede perderse de vista la cláusula 27 del Contrato que previó que además del "cumplimiento de la normatividad ambiental nacional y distrital vigente, así como la requerida" en el Contrato, el Concesionario debía presentar los planes y programas de gestión ambiental descritos en la misma estipulación. En lo que atañe al Programa de Autorregulación para la totalidad de la flota del SITP, se dispuso que esta deberá cumplir de manera permanente los niveles de emisión establecidos en la normatividad vigente, so pena de incurrir en las sanciones correspondientes.

En la misma línea, la cláusula 76 dispone que el Concesionario "deberá garantizar que el motor y los sistemas de control de los vehículos pertenecientes al SITP cumplen con las condiciones establecidas en la legislación ambiental y de tránsito y transporte vigentes en cada momento, durante la ejecución del **Contrato**."

Por su parte, el Manual de Operaciones del Distrito (página 40, acápite 7.2.) señala que es responsabilidad de los operadores proveer los vehículos que se requieran para la atención de los servicios que le solicite el sistema. Así mismo, dispone que el motor y los sistemas de control de los vehículos deberán certificar, tener y mantener un desempeño ambiental que cumpla con la normatividad ambiental vigente en cuanto a tecnologías, combustibles limpios, niveles y control de emisiones establecidos por la autoridad competente¹³¹. El mismo Manual prescribe

¹³¹ Página. 62, acápite 7.2.1.1.9. y reproducido en el 7.2.1.2.10., entre otros

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

que todos los vehículos deberán cumplir las disposiciones y los límites máximos de emisión establecidos en las normas vigentes.

En cuanto al desempeño ambiental de los vehículos, el acápite 7.2.1.3.7. del Manual ¹³², después de la modificación introducida por la Adenda No. 4, dispuso:

“Los vehículos que operen con base en la concesión otorgada mediante este contrato deberán cumplir las siguientes normas de desempeño ambiental:

- Todos los vehículos deberán cumplir las disposiciones y los límites máximos de emisión permisibles establecidos en la Resolución 2604 de 2009 o en la norma que la modifique, adicione o sustituya. Todos los vehículos deberán tener un convertidor catalítico o sistemas de control de emisiones con la capacidad y características acordes con el motor, tecnología y el combustible limpio que será usado, según lo estipula la norma o estándar adoptado por la autoridad competente que rige la materia. Para el caso de vehículos a gas o diesel que cumplen estándar de emisión equivalentes a EURO IV o superiores, según los niveles de emisión definidos en la resolución 2604 de 2009 o normas que la modifiquen, adicione o sustituyan, deberán contar con un dispositivo de control de emisiones o sistema de diagnóstico a bordo (DAB) o su sigla en inglés OBD (On Board Diagnosis) según las especificaciones de las directivas 2005/55/EC y 2005/78/EC.”

De las disposiciones anteriores se concluye que el Concesionario asumió la obligación de proveer los vehículos necesarios para la prestación del servicio, los cuales debían cumplir con las disposiciones legales y reglamentarias en cuanto a tecnología, combustibles limpios, niveles y control de emisiones, durante toda la vigencia del contrato. Así mismo, se contempló desde la licitación, que las normas ambientales que regulan los niveles de emisión podrían variar durante la ejecución contractual.

Por otra parte, TRANZIT invoca a este respecto la Resolución 1304 de 2012 de la Secretaría Distrital de Ambiente ¹³³, por la cual se establecen niveles máximos de emisión y los requisitos ambientales aplicables a las fuentes móviles del sector de servicio público de transporte terrestre de pasajeros. De dicha Resolución cabe destacar lo siguiente:

¹³² Página 112

¹³³ Contendida en la USB que obra a folio 220 del Cuaderno de Pruebas No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

- Los niveles de emisión establecidos en la Resolución 910 de 2008 deberían ser modificados y ajustados para el ámbito distrital.
- Resulta necesario tomar medidas que garanticen la disminución de los niveles de contaminación generada por fuentes móviles en el Distrito Capital.
- El objeto de la Resolución es señalar los niveles máximos de emisión y los requisitos ambientales a los que están sujetas las fuentes móviles de servicio público de transporte terrestre de pasajeros.
- El ámbito de aplicación son todos los vehículos de servicio público de transporte terrestre de pasajeros del Distrito Capital.
- Los vehículos con motor ciclo diésel vinculados al sistema antes de la vigencia de las disposiciones referidas en el artículo 8 de la Resolución 2604 de 2009 deberán instalar sistemas de control de emisiones como dispositivo de control.
- Los vehículos que estén operando bajo los contratos de concesión de las fases I y II del Sistema TRANSMILENIO deberán instalar sistemas de control de emisiones en un plazo no superior a seis meses.
- La Resolución fue expedida el 25 de octubre de 2012.

En el expediente quedó establecido que los requisitos a los que se refiere la Resolución 1304 corresponden al cambio de la flota a Euro V ¹³⁴. Por lo tanto, corresponde ahora definir si con ocasión de la expedición de la Resolución 1304 de 2012 —normatividad de orden distrital— hay lugar a la aplicación del sistema de mayor remuneración a favor de TRANZIT, que disciplina la cláusula 64. Para ese propósito, con apego a los requisitos estipulados en dicha cláusula, para que proceda el ajuste de remuneración, resulta entonces necesario determinar si con ocasión de la referida Resolución, para el caso de TRANZIT, se presentaron cambios en las especificaciones técnicas para los vehículos que se vinculen al SITP, originados en normatividad nacional o distrital, como lo dispone el parágrafo 1 de la Cláusula 64. En otras palabras, corresponde determinar si en el presente asunto se cumplen los supuestos fácticos de la estipulación.

En relación con este punto, TRANZIT apela al peritaje técnico de Cal y Mayor, que dictaminó:

“Los nuevos límites máximos de emisión establecidos mediante la Resolución implicaron que la nueva flota a ser adquirida por el concesionario cumpliera con estándares de emisión Euro V o posteriores, de tal forma que ya no se podrían adquirir vehículos que cumplieran estándares inferiores de emisión como el Euro IV, de acuerdo con lo previsto inicialmente por el Concesionario

¹³⁴ Cfr. Dictamen pericial de Cal y Mayor y testimonio de Ivonne Alcalá, entre otros.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

al momento de la licitación TMSA-LP-004-2009. Así, con la expedición de la Resolución 1304 en el 2012 el Concesionario se vio obligado a modificar las especificaciones de flota que había cotizado durante la licitación con los fabricantes de buses (Mercedes, Volvo, Daimler), resaltando que la compra de vehículos que cumplieren los nuevos estándares de emisión Euro V implicó un mayor costo para el Concesionario en comparación con el costo cotizado inicialmente para los vehículos que cumplían estándares Euro IV. Es importante resaltar que los nuevos estándares de emisiones exigidos por la Resolución 1304 en el 2012 se corresponden con los estándares Euro V y no con los Euro IV, los cuales quedaron obsoletos después de la expedición de la Resolución; motivo por el cual los concesionarios se vieron obligados a mejorar el desempeño ambiental de su flota. (...)"

"Adicionalmente, en términos de costos de operación, la Cláusula 64 del Contrato de Concesión No. 011 de 2010 establece que los cambios en la reglamentación ambiental implican un ajuste en el esquema de remuneración al concesionario a través de la revisión de la canasta de costos por kilómetro comercial recorrido, conforme sigue: '(...) los porcentajes de ponderación de la fórmula de ajuste por canasta de costos (%Ck, %Nk,%Lk,%Mk,%Fk y %Sk) se revisarán también cada cuatro años, o a solicitud del Ente Gestor, o cuando, por normatividad Nacional o Distrital, se presenten cambios en especificaciones técnicas para los vehículos que se vinculen al SITP'. Cabe resaltar que a la fecha Transmilenio S.A. no ha adelantado la respectiva revisión a la canasta de costos por los cambios en la reglamentación ambiental como lo dispone la Cláusula 64 de los contratos de concesión de transporte del SITP, enfatizando que dicha revisión debió haberse realizado luego de expedida la Resolución 1304 de 2012 y una vez iniciado el proceso de la vinculación de la nueva flota bajo estas especificaciones ambientales, es decir a partir del 1 de junio de 2013." ¹³⁵

De lo expuesto en el peritaje, así como de las respuestas brindadas por el propio perito en su interrogatorio, no se encuentran suficientes elementos de convicción que permitan concluir que los cambios de Euro IV a Euro V constituyen o representan un cambio técnico de los vehículos. A juicio del Tribunal, la Resolución 1304 de 2012 introdujo unos niveles de emisión más estrictos, pero no hay elementos de orden probatorio que permitan concluir con certidumbre que dicha regulación provocó cambios técnicos en los vehículos.

Lo consignado en el peritaje técnico en este frente no ofrece elementos objetivos sólidos para concluir que la expedición de normas ambientales en el orden distrital

¹³⁵ Folios 162 y 163 del Cuaderno de Pruebas No. 3.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

implicó cambios técnicos en los vehículos. Antes bien, en este punto es pertinente señalar que el peritaje más que verificaciones fácticas que permitan concluir que ocurrieron tales cambios técnicos, contiene estimaciones de diversa índole en relación con la aplicación de la Resolución 1304 de 2012 y con las consecuencias que, según el perito, dicho acto administrativo pudo producir, incluso en relación con los efectos estipulados en la cláusula 64 del Contrato.

Puestas las cosas en este punto, no hay mérito de convicción para concluir que el cambio del sistema Euro IV a Euro V referente a las emisiones de los vehículos se tradujo en cambios técnicos para el Concesionario, que hubieran ameritado hacer uso de los mecanismos de revisión de la remuneración de la cláusula 64 del Contrato.

Ahora bien, para abundar en razones en abono de la decisión que en este punto se perfila, en el evento en que hubiera lugar a estudiar la posibilidad de aplicar el mecanismo de mayor remuneración al que se refiere la cláusula 64, resultan pertinentes las siguientes consideraciones adicionales en relación con los ‘mayores costos’ que TRANZIT invoca, en particular en la pretensión 112 de la demanda reformada.

TRANZIT aduce como prueba de los mayores costos que reclama, lo dictaminado por Cal y Mayor aparejado de los cálculos del peritaje de la firma Strategas. Para cuantificar los mayores costos que reclama, el perito financiero calculó la diferencia entre el valor pagado por los vehículos adquiridos por TRANZIT y el valor que podrían haber tenido los vehículos con especificaciones Euro IV. Así por ejemplo, para responder la pregunta 23 relacionada con la mayor inversión asociada a la vinculación de la flota con especificaciones Euro V, el peritaje hace unos cálculos respecto de los cuales el propio perito advierte:

“Para entender los cálculos que se presentan a continuación, el ejercicio que se realizó fue comparar la inversión real para los 216 buses que TRANZIT adquirió Euro V, **cuál hubiese sido el valor** si dicha inversión se hubiera realizado en vehículos con estándar Euro IV” (negrita del Tribunal).

Al absolver el interrogatorio, el perito al ser indagado sobre el monto que dictaminó en este punto manifestó que se trataba de un escenario proyectado en la medida en que no había soportes contables:

“DR. BENAVIDES: En ese caso de los 10.034 millones, eso es un tema de modelación de una inversión, más no una refrendación sobre aspectos contables, por ejemplo, de Tranzit?”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“SR. SARMIENTO: No, es una modelación corta.

“DR. BENAVIDES: Es un cálculo lo que usted?

“SR. SARMIENTO: Sí, porque es que en la contabilidad está registrado fue el bus que compró, no el bus que podía haber comprado” (sic).

Lo que se infiere del peritaje financiero aportado por TRANZIT y del interrogatorio absuelto por el perito es que el cálculo de los mayores costos por concepto de los vehículos con especificaciones Euro V que se reclaman se hizo en función de unas cotizaciones correspondientes a vehículos con tecnología Euro IV, por lo cual el peritaje se refiere a “cuál hubiese sido el valor.”

Sobre el particular, el peritaje de Íntegra corroboró lo siguiente:

“De conformidad con lo indicado en la respuesta anterior TRANZIT SAS solo adquirió vehículos con tecnología EURO V, razón por la cual en la contabilidad no se encuentra ninguna cifra que dé cuenta de diferencias en la adquisición de estas tecnologías.

No obstante, lo anterior se indagó por la diferencia en costos que presenta la tecnología EURO V con respecto a la EURO IV, para el efecto se consultaron las cotizaciones y certificaciones que en su momento solicitó TRANZIT SAS a diferentes proveedores, de la lectura de las mismas se obtiene que para el caso de SCANIA en buses tipo ‘padrón’ durante los años 2011 y 2012 un chasis con tecnología EURO IV tenía un costo de \$187.600.000 y el mismo vehículo en tecnología EURO V, tenía un costo de \$202.600.000, es decir la tecnología EURO V era superior en un 7,99%, para el caso de los buses ESCANIA.

Para el caso de DAIMLER proveedor de chasis Mercedes Benz en certificación enviada al perito manifestó que en chasis suministrados al inicio del contrato manifiesta que no hay diferencias importantes en cuanto al precio.”¹³⁶ (Negrita del Tribunal).

De las referencias probatorias que anteceden, en lo que atañe al monto que en este punto se reclama, no existe evidencia de que TRANZIT haya incurrido en costos superiores por concepto del cambio a especificaciones Euro V, toda vez que la cifra que TRANZIT concreta en sus alegaciones finales, con apoyo en el peritaje

¹³⁶ Página 45 del peritaje. Folios 72 y s.s. Cuaderno de Pruebas No. 7

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

financiero de Strategas, no tiene bases contables ciertas sino que se obtuvo a partir de unas cotizaciones que, a su vez, como lo señala el peritaje de Íntegra no ofrecen información precisa que permita deducir un costo cierto en el que TRANZIT haya incurrido y que tenga reflejo en su contabilidad. Expresado en otras palabras, no existe prueba de que TRANZIT haya incurrido en mayores costos, monto que no puede determinarse a partir de unas cotizaciones que no brindan la certeza que se requiere para acceder al resarcimiento que se solicita.

En suma, en la medida en que, por una parte, no se acreditó que la modificación de especificaciones Euro IV a Euro V implicó cambios técnicos en la flota de TRANZIT y, por otra, no se demostraron los mayores costos que en este punto se reclama, no hay lugar a concluir que TRANSMILENIO ha debido dar aplicación al mecanismo de ajuste de remuneración previsto en la cláusula 64 y, por consiguiente, no prospera la pretensión 51 de la demanda reformada.

Al no haber prosperado la pretensión 51 corresponde resolver la subsidiaria.

Con esta súplica TRANZIT pretende que se declare que la expedición de las Resoluciones No. 1304 de 2012 y 1223 de 2013 de la Secretaría Distrital de Ambiente, o de cualquier otra norma de carácter Distrital o Nacional aplicable, alteraron el equilibrio financiero del Contrato en perjuicio de TRANZIT.

Si bien en las alegaciones finales de la convocante esta pretensión subsidiaria no tiene mayor desarrollo, TRANZIT manifestó que la expedición de las referidas normas “constituyeron eventos ajenos, no imputables e imprevisibles” y que fueron totalmente externos a su órbita de control. En la misma línea, solicita que se declare que tales hechos alteraron el equilibrio económico del Contrato, cuyo restablecimiento también reclama.

Con esta pretensión TRANZIT solicita, en esencia, que a la expedición de las referidas normas ambientales “o de cualquier otra norma” se le apliquen los efectos de la Teoría de la Imprevisión por tratarse de eventos ajenos, no imputables a la convocante e imprevisibles.

De conformidad con las consideraciones que se han consignado en este capítulo para resolver la pretensión 51, se concluyó que la materia a la que se refieren las disposiciones ambientales, amén de los mayores costos por cambios en la regulación ambiental, dejó de ser un riesgo asignado en el contrato y se tornó en una materia que debería gestionarse al amparo de la cláusula 64 y, en particular, por la vía de la revisión de la remuneración. Dicha conclusión toma pie en la Adenda 3 y, en particular, en el Anexo Explicativo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

De igual manera, quedó establecido que el Concesionario asumió la obligación de proveer los vehículos necesarios para la prestación del servicio, prestación que implica también el cumplimiento estricto de las disposiciones legales y reglamentarias en cuanto a tecnología, combustibles limpios, niveles y control de emisiones, durante toda la vigencia del contrato. Así mismo, desde la licitación se contempló que las normas ambientales que regulan los niveles de emisión podrían variar.

Esas circunstancias son suficientes para considerar que la expedición de las normas ambientales no constituye, a la luz de lo expuesto, un asunto imprevisible sino que, por el contrario, fue un tema contemplado desde la licitación y regulado en el propio contrato a cuya observancia se obligó TRANZIT, de suerte que no puede reclamar ahora un presunto desequilibrio bajo la invocación de hechos cuya ocurrencia resultó ser previsible.

Por las razones expuestas, no prosperará la pretensión subsidiaria.

Con apoyo en las consideraciones consignadas en este acápite, se le reconocerá fundamento a la excepción de TRANSMILENIO rotulada “El Concesionario asumió a su cargo, de conformidad con el Contrato de Concesión, el cumplimiento de las normas ambientales, lo que incluye el cumplimiento del estándar de emisiones contemplado en la Resolución 1304 de 2012, que dio lugar a la incorporación de buses con estándar de emisión equivalente a Euro V, y los costos que se deriven de esa regulación debe ser cubierto (sic) por el Concesionario con cargo a los derechos de participación que se le reconocen y no los puede trasladar a TRANSMILENIO.”

De manera consecuencial, no prospera la pretensión de condena 112 de la demanda reformada.

Pretensiones quincuagésima segunda y quincuagésima tercera

El texto de las pretensiones que se estudiarán es el siguiente:

“Quincuagésimo segunda: Que se declare que por instrucción de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a la fecha TRANZIT S.A.S. ha instalado cuarenta y seis (46) equipos (elevadores) en igual número de vehículos para permitir el acceso a personas discapacitadas o con movilidad y/o comunicación reducida, adicionales a los inicialmente exigidos por el Contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“Quincuagésimo tercera: Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no haber dado aplicación oportuna al mecanismo que permita el reconocimiento a favor de TRANZIT S.A.S. del costo de mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos a los que hace referencia la pretensión anterior, en los términos de la Cláusula 64 del Contrato.

“Subsidiaria de la Pretensión Quincuagésimo tercera. Que se declare que la expedición de la Ley 1618 de 2013, las normas que la modifiquen adicionen o complementen, la sentencia T-192 de 2014 de la Corte Constitucional y la sentencia con la que se decidió la acción popular No. 2006-00376 o cualquier otra disposición o decisión aplicable, que dio lugar a la instalación de los equipos elevadores de la pretensión anterior, alteró el equilibrio financiero del Contrato en perjuicio de TRANZIT S.A.S. a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

Posiciones de las partes

TRANZIT plantea el fundamento de estas pretensiones en los hechos 993 y siguientes de la demanda reformada.

En el hecho 993 de la demanda, TRANZIT sostiene que TRANSMILENIO le solicitó el día 25 de febrero de 2015, y con base tanto en el Decreto 309 de 2009 como en el artículo 5° del Contrato de Concesión, *“que la flota nueva accesible a vincular al Sistema Integrado de Transporte Público componente Zonal, que haga parte de flota solicitada por el ente gestor con posterioridad a la fecha de expedición de la norma; cumpla con los lineamientos de la norma técnica sobre accesibilidad en los vehículos para el transporte urbano de personas, incluidas aquellas con movilidad y/o comunicación reducida.”*

En el hecho siguiente afirma que *“Mediante múltiples comunicaciones TRANSMILENIO le aseguró a TRANZIT que le sería remunerada la inversión en los mecanismos de accesibilidad instalados en la flota nueva. No obstante, lo cierto es que la flota accesible ha impactado la economía del Contrato de Concesión más allá del costo de inversión toda vez que los elevadores implican un mantenimiento periódico que no fue contemplado en la TMVZ.”*

Sostiene luego que *“desde el año 2013 y hasta el año 2015 TRANZIT ha vinculado un total de 46 vehículos accesibles, la totalidad de ellos a través del mecanismo de chasis con entrada baja.”*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Manifiesta además que el 31 de mayo de 2016 se suscribió el Otrosí No. 9 al Contrato de Concesión, por medio del cual se modificó el Anexo 2 del Manual de Operaciones adoptado por TRANSMILENIO mediante la Resolución 059 de 2014 a efectos de incluir el siguiente inciso al Capítulo 3: *“Como lo ordena la Ley 1618 de 2013, las normas que la modifiquen, adicionen o complementen, así como los fallos T-595 de 2002, T-192 de 2014 de la Corte Constitucional y el expedido dentro de la acción popular No. 2006-00376 ratificada por el Consejo de Estado, todos los vehículos que se vincule al SITP, deben incorporar los mecanismos de accesibilidad determinados técnicamente por TRANSMILENIO S.A.S, de acuerdo con la norma técnica NTC-5701 o aquellas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.”*

Reconoce así mismo que en *“el Otrosí No. 9 se estableció que TRANSMILENIO reconocería a TRANZIT la suma de mil cuatrocientos setenta y tres millones setecientos setenta y cuatro mil quinientos sesenta y cinco pesos (\$COP1.473.774.565) por los mecanismos de accesibilidad instalados en 46 vehículos vinculados por el Concesionario hasta el 31 de mayo de 2016. El Otrosí aclaró que tal número de vehículos no incluye los dos (2) vehículos por cada zona que en virtud del Manual de Operaciones se encontraba obligado a vincular.”*

Agrega TRANZIT que *“le ha manifestado al Ente Gestor de manera clara, desde que le compartió la primera versión del Otrosí, que en el mismo se debía aclarar que los valores reconocidos corresponderían únicamente al costo de la inversión y que, por ende, aún quedarían pendientes por remunerar los gastos asociados al mantenimiento de los elevadores” y que sin embargo TRANSMILENIO no ha remunerado los gastos de mantenimiento de los 46 mecanismos de accesibilidad instalados, “los cuales no tenían cómo haber sido previstos por el Concesionario al momento de la Licitación Pública.”*

Por lo anterior sostiene que la demandada *“deberá ajustar la remuneración del Concesionario a efectos de que un porcentaje de la misma, se destine al mantenimiento de los mecanismos de accesibilidad”* pues de lo contrario estaría incumpliendo los mandatos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, así como otras disposiciones legales contenidas, entre otros, en el Decreto 309 de 2009 y la Ley 1618 de 2013, *“que propenden por el pleno y efectivo ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.”*

En su alegato de conclusión, el apoderado de la demandante insiste en que la expedición de la Ley 1618 de 2013, la sentencia T-192 de 2014 de la Corte Constitucional y la sentencia con la que se decidió la Acción Popular No. 2006-00376, constituyen eventos ajenos no imputables e imprevisibles para TRANZIT,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

que alteraron el equilibrio financiero del contrato, en cuanto disponen la instalación de equipos de accesibilidad que han dado lugar a cuantiosos gastos de mantenimiento preventivo y correctivo no reconocidos por TRANSMILENIO.

El apoderado de la entidad demandada al contestar la demanda se opone a las pretensiones y manifiesta que “Mediante Otrosí N° 9 del 31 de mayo de 2016, la entidad concedente reconoció y pagó al concesionario TRANZIT los mecanismos de accesibilidad instalados. Este documento tiene efectos transaccionales según lo establecido por las partes en la cláusula segunda, parágrafo segundo.”

Consideraciones del Tribunal

En relación con la pretensión quincuagésima segunda, encaminada a que se declare que “por instrucción de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a la fecha TRANZIT S.A.S. ha instalado cuarenta y seis (46) equipos (elevadores) en igual número de vehículos para permitir el acceso a personas discapacitadas o con movilidad y/o comunicación reducida, adicionales a los inicialmente exigidos por el Contrato”, no existe divergencia entre las partes en relación con el número de vehículos vinculados por el concesionario con el sistema de acceso para discapacitados, sino con el tipo de mecanismo de accesibilidad como tal.

Es así como ante la afirmación contenida en el hecho 995 de la demanda reformada en el sentido de que “Desde el año 2013 y hasta el año 2015 TRANZIT ha vinculado un total de 46 vehículos accesibles, la totalidad de ellos a través del mecanismo de chasis con entrada baja” el apoderado de TRANSMILENIO replica que no es cierto pues “Solo en el año 2015 el concesionario TRANZIT vinculó un total de 25 padrones accesibles con entrada baja y otros 21 vehículos de 50 pasajeros accesibles con elevador.” (Subraya del Tribunal)

A este respecto, en el párrafo primero de la cláusula segunda del Otrosí 9 del 31 de mayo de 2016, simplemente se hace referencia a “los mecanismos de accesibilidad instalados en cuarenta y seis (46) vehículos vinculados por el CONCESIONARIO hasta el 31 de mayo de 2016.”

En este orden de ideas, se encuentra probado que el Concesionario ha vinculado 46 vehículos con mecanismos de accesibilidad sin que sea posible establecer si se han instalado “equipos elevadores” a los que se refiere la pretensión o el “mecanismo de chasis con entrada baja.”

Por lo anterior, la pretensión quincuagésima segunda prospera parcialmente, solamente en cuanto ha quedado demostrado que TRANZIT tiene vinculados 46

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

vehículos con mecanismos de accesibilidad para personas discapacitadas o con movilidad y/o comunicación reducida, pero no en cuanto todos ellos tienen chasis con entrada baja.

En relación con la pretensión quincuagésima tercera, que apunta a que se declare el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de TRANSMILENIO, al no haber dado aplicación oportuna al mecanismo que permita el reconocimiento a favor de TRANZIT S.A.S. del costo de mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos a los que hace referencia la pretensión anterior, en los términos de la Cláusula 64 del Contrato” el demandante no especifica en qué consiste la infracción legal o contractual al supuestamente no dar aplicación al “mecanismo” de la cláusula 64 del Contrato, ni en qué sentido tal mecanismo debía ser aplicado.

En cualquier caso, en la cláusula tercera del Otrosí 9 se hace referencia a la forma en la cual se dará aplicación a la cláusula 64, en relación con la “Flota nueva a vincular con mecanismos de accesibilidad desde la firma del otrosí y hasta la entrada en vigencia de la próxima revisión de coeficientes de remuneración y ponderación de la fórmula de ajuste.”

Así mismo, en la cláusula cuarta se regula la forma en la que será reconocido el valor de los mecanismos de accesibilidad de la flota nueva que se vincularía a partir de la entrada en vigencia de la siguiente revisión de coeficientes de remuneración y ponderación de la fórmula de ajuste.

Ahora bien, si la pretensión se dirige a que se le reconozca al concesionario el valor de los gastos de mantenimiento de los mecanismos de accesibilidad de los que han sido dotados los 46 vehículos vinculados a la operación, el Tribunal estima pertinente tener en cuenta que en la cláusula séptima del Otrosí 9 al Contrato de Concesión se pactó:

“El CONCESIONARIO se obliga a mantener en funcionamiento y disponible para el servicio los mecanismos de accesibilidad. Así mismo, el CONCESIONARIO se obliga a realizar el mantenimiento preventivo y correctivo de dichos mecanismos, conforme a las instrucciones que fije su diseño de fábrica.

“EL CONCESIONARIO es responsable de todo daño, deterioro, pérdida o cualquier otra situación que afecte el funcionamiento de los mecanismos de accesibilidad y que no correspondan al desgaste normal de los mismos.”

En los términos de la estipulación antes transcrita, el concesionario asumió el valor del mantenimiento de los mecanismos de accesibilidad de los vehículos hasta

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

entonces vinculados al Sistema, por lo cual la pretensión quincuagésima tercera no prospera.

Al no haber prosperado la pretensión principal, corresponde ahora referirse a la pretensión subsidiaria, a través de la cual se persigue que se declare que TRANSMILENIO está obligada a restablecer el equilibrio financiero del contrato que a juicio de la demandante resultó afectado por la expedición de las normas y las providencias judiciales que establecen la obligatoriedad de proveer de mecanismos de acceso para discapacitados a los vehículos vinculados al Sistema.

A este respecto el Tribunal no encuentra acreditado el acaecimiento del desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, como consecuencia de las exigencias legales y judiciales impuestas al concesionario para cumplir con las condiciones de accesibilidad a los vehículos por discapacitados, puesto que a través del Otrosí No. 9 las partes convinieron los términos en los que serían reconocidos al concesionario los mayores costos correspondientes a las inversiones necesarias para dar cumplimiento a tales exigencias. Por consiguiente, mediante dicho Otrosí el Concesionario obtuvo el reconocimiento de los costos en que pudo incurrir por el concepto que ahora reclama y, en ese orden de ideas, no se configura el pretendido desequilibrio.

De acuerdo con lo anterior, la pretensión subsidiaria a la quincuagésima tercera no prospera.

Pretensiones quincuagésima cuarta, quincuagésima quinta y quincuagésima sexta

En las pretensiones quincuagésima cuarta, quincuagésima quinta y quincuagésima sexta, la convocante solicita:

“Quincuagésimo cuarto. Que se declare que TRANZIT S.A.S. está legalmente obligado a asumir únicamente los riesgos que esté en capacidad de administrar, controlar y mitigar y lo que no corresponda a ello infringe entre otras disposiciones, los artículos 83, 90, 95 (numeral 1o) y 209 de la Constitución Política; artículos 3°, 4° (numerales 3°, 8° y 9°), 24, 27, 28 y 50 de la Ley 80 de 1993; artículo 830 del Código de Comercio; artículo 4° de la Ley 1150 de 2007; y los artículos 15 y siguientes del Decreto 423 de 2001, así como las demás disposiciones legales aplicables que regulan el asunto.

“Quincuagésimo quinto. Que se declare que todos los riesgos asignados a TRANZIT S.A.S. en incumplimiento de las anteriores disposiciones aplicables,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

están a cargo de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

“Quincuagésimo sexto. Que se declare que los efectos derivados de la ocurrencia de eventos que corresponden a la materialización de riesgos que TRANZIT S.A.S. no está en capacidad de administrar, controlar y mitigar, constituyen eventos ajenos y no imputables a TRANZIT S.A.S. que generan un desequilibrio económico del Contrato en perjuicio de esta última, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A.”

Posición de la parte convocante

La Parte Convocante señaló que objetó de manera verbal y escrita la matriz de riesgos contenida en el pliego de condiciones definitivo de la Licitación Pública No TMSA-LP-004-2009 en la Audiencia de Revisión de la Asignación de Riesgos Previsibles del 12 de febrero de 2010.

Entre otros aspectos, TRANZIT pretendía con la objeción a la matriz de riesgos que se aclarara en dicho documento la asignación realizada a los siguientes riesgos: i) Demanda –por menores ingresos que los previstos, y por la presencia de prestadores no regulados–, ii) Regulatorio –por cambio en tasas, impuestos y contribuciones–, iii) Cambiario –por la compra de equipos–, iv) Comercial –por el riesgo de cartera por fraude en los medios de pago en buses–, v) Operación –por mayores egresos que los previstos, por los mayores costos de insumos y combustibles y por el mal estado de la infraestructura vial–, vi) Implementación –por la modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura, por no encontrarse listos los equipos del SIRCI y por la no entrada de otros contratos–.

TRANZIT pretendía con la objeción a la matriz de riesgos que se aclarara en dicho documento que el cambio en el comportamiento de la demanda sería asumido por TRANSMILENIO y el Concesionario en partes iguales, salvo que el cambio en la demanda fuera consecuencia de un hecho de la administración, caso en el cual el riesgo de demanda debía ser asumido por TRANSMILENIO. En parecer de la Parte Convocante, *“de ninguna manera se puede pensar que el Concesionario asuma como riesgo de demanda la pérdida de ingresos que a estas alturas es claramente el resultado de incumplimientos contractuales de TRANSMILENIO que han llevado a un Sistema que no está implementado ni integrado.”*¹³⁷

¹³⁷ Reforma integrada de la demanda presentada por TRANZIT S.A. Hecho 1010 Página 191.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En este sentido, la Convocante alega que, al no ser incluida la aclaración en cuestión en la matriz de riesgos, se le ha ocasionado un perjuicio a TRANZIT, pues ha habido acciones u omisiones del Ente Gestor que han generado un cambio en el comportamiento de la demanda, tal y como se señaló que ocurriría en la Audiencia de Asignación de Riesgos.

Por otro lado, TRANZIT pretendía con la objeción a la matriz de riesgos que se aclarara en dicho documento que el riesgo de demanda por la presencia de prestadores no regulados sería asumido por TRANSMILENIO, toda vez que la Secretaría Distrital de Movilidad está en mejor posición de controlarlo, y por ende TRANSMILENIO cuenta con mayores herramientas para controlar, monitorear y mitigar el riesgo.

Sumado a esto, TRANZIT señaló mediante la objeción a la matriz de riesgos que los mayores costos por cambio en la regulación ambiental, laboral y tributaria se debían eliminar toda vez que se enmarca en la teoría del hecho del príncipe.

Frente al riesgo cambiario en la compra de equipos, TRANZIT señaló mediante la objeción formulada a la matriz de riesgos que este debía ser asumido por la Administración, toda vez que la compra de equipos no podía obedecer al cambio en las exigencias técnicas y tecnológicas exigidas al Concesionario.

Por otra parte, TRANZIT pretendía con la objeción formulada a la matriz de riesgos que se aclarara en dicho documento que el riesgo comercial por el fraude en los medios de pago en buses debía ser asignado a la Administración, toda vez que a través de la Secretaría Distrital de Movilidad o la Policía Metropolitana, TRANSMILENIO cuenta con las facultades coercitivas necesarias para mitigarlo.

Así mismo, mediante la objeción formulada a la matriz de riesgos, TRANZIT pretendía que se aclarara en dicho documento que el riesgo de operación por mayores egresos que lo previsto fuera compartido por la Administración y el Concesionario, toda vez que el ultimo tiene limitaciones de tiempo, recursos y estructura para obtener la misma información que el primero para calcular los egresos de manera cierta.

También solicitó TRANZIT que se aclarara en dicho documento que el riesgo de operación por mayores costos de insumos y combustibles fuera asumido por la administración, argumentando que es esta quien determinó los factores de riesgo y la metodología de cálculo de los incrementos de insumos y combustibles y la manera en que la variación de estos afectaría la tarifa técnica.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Adicionalmente, TRANZIT solicitó que se aclarara en dicho documento que el riesgo de operación por costos por kilómetros en vacío por ubicación de posibles terminales en la etapa de transición fuera compartido entre el Concesionario y la Administración, toda vez que la ocurrencia del riesgo dependía de la entrega oportuna de los patios y de los terminales por parte de TRANSMILENIO.

Además, mediante la objeción formulada a la matriz de riesgos, TRANZIT pretendía que se aclarara en dicho documento que el riesgo de operación por concepto del mal estado de la infraestructura vial debía ser compartido entre la Administración y el Concesionario, pues en su parecer TRANSMILENIO estaba en mejor posición de controlarlo y mitigarlo.

TRANZIT también pretendía con la objeción a la matriz de riesgos que se aclarara en dicho documento que el riesgo de implementación por la modificación del cronograma por no encontrarse lista la infraestructura debía ser asignado a la Administración *“cuando, de acuerdo a la programación de implementación, fuera el momento de dar inicio a la operación y en tal instante no se encontrara lista la infraestructura.”*¹³⁸

Por otra parte, con la objeción a la matriz de riesgos, TRANZIT pretendía que se aclarara que el riesgo de implementación por la modificación del cronograma por no encontrarse listos los equipos del SIRCI debía ser asumido por la Administración y por el Concesionario SIRCI, toda vez que estos cuentan con la capacidad de controlarlo y mitigarlo.

Finalmente, mediante la objeción a la matriz de riesgos TRANZIT solicitó que se aclarara que el riesgo de implementación por la modificación del cronograma por la no entrada de otros contratos debía ser asumido por la Administración, ya que es esta quien cuenta con los mecanismos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que la misma adquiriera con otros contratistas.

Así mismo, señaló la Parte Convocante que:

“[e]l 18 de febrero de 2010 el entonces Gerente General de TRANSMILENIO, Jairo Fernando Páez Mendieta, expidió la Adenda No. 3 mediante la cual modificó el Anexo No. 5 Matriz de Riesgos así: (i) cambio del impacto de riesgo de demanda –menores ingresos que los previstos, estimación de demanda no funcionó o demanda cambió- de “alto” a “medio”, (ii) eliminación del riesgo regulatorio – cambio en la regulación laboral y ambiental–, (iii) adición de las observaciones del riesgo regulatorio –cambio de tasas, impuestos y

¹³⁸ Ibíd. Hecho 1037. Página 195.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

contribuciones – a efectos de aclarar que la imposición de éstos se considera un hecho imprevisible y, (iv) aclaración de las observaciones del riesgo cambiario, a efectos de incluir que las modificaciones en la tasa de cambio afectan los costos de financiación y la compra de equipos.”¹³⁹

Pues bien, la Parte Convocante considera que el Ente Gestor desatendió los lineamientos del CONPES 3107 de 2001 a lo largo del proceso de licitación LP-TMSA-004-2009 en lo que se refiere a los riesgos de demanda, operación e implementación, teniendo en cuenta que no se asignaron a la parte que estaba en mejor posición para evaluarlos, controlarlos y administrarlos, y que disponía de mejor acceso a los instrumentos de protección mitigación y/o diversificación de estos. Frente a este punto, TRANZIT también señaló que la matriz de riesgos no contaba con una tipificación ni estimación adecuada. Al respecto señaló lo siguiente:

“En relación con la tipificación, ésta no se hizo correctamente pues no se estableció (sic) en la matriz todas las causas de los riesgos ni la manera de mitigarlos. En segundo término, no hubo una correcta estimación de los riesgos toda vez que la medición de la probabilidad e impacto fue muy general y no cuantificó con valores numéricos –no porcentuales- lo que implicaba las calificaciones de “bajo”, “medio” y “alto.”¹⁴⁰

Finalmente, concluyó la Parte Convocante que los interesados en la Licitación Pública en cuestión no contaron con la suficiente información para percibir los riesgos, desatendiendo los lineamientos del documento CONPES 3107 de 2001, lo cual ha generado la mayoría de las controversias que son objeto de reclamación en la demanda.

En su alegato de conclusión, la Parte Convocante reiteró lo señalado en la demanda. Específicamente, manifestó que la asignación de riesgos contractuales se rige por lo dispuesto en la normatividad, y especialmente por lo señalado en el Decreto 2474 del 7 de julio de 2008 y en el documento CONPES 3107 de 2001, y que una indebida asignación de riesgos no puede ser entendida como un eximente de responsabilidad del Estado, sus entidades y respectivos funcionarios públicos.

También manifestó la Parte Convocante que se debe diferenciar el riesgo de fraude en vehículos con el riesgo de fraude en los medios de pago fuera de los vehículos. En este sentido, señaló que el riesgo indebidamente asignado al Concesionario fue el de fraude por falta de validación en vehículos, y no fuera de ellos. Para sustentar

¹³⁹ Ibíd. Hecho 1063. Página 199.

¹⁴⁰ Ibíd. Hecho 1080, página 204.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

lo anterior se remite a la matriz de riesgos del Contrato de Concesión, Anexo 5, en la columna número 3, correspondiente a las observaciones o descripción del contrato. En este sentido, para el Convocante la asignación del riesgo de fraude en el medio de pago en vehículos no se entiende extensivo a la validación que se produce en estaciones o plataformas.

Frente al riesgo comercial por fraude en los medios de pago en buses, la Parte Convocante reiteró que al Concesionario se le asignó el riesgo por ingreso al bus por parte de los pasajeros sin haberse registrado el pago de la tarifa por el uso del servicio. En este sentido, manifestó que hay dos tipos de evasión, la evasión zonal, operación en la cual opera el sistema de torniquetes, y la evasión en la alimentación, operación en la cual no opera el sistema de torniquetes.

Señala, sin embargo, que en la práctica, la evasión es un fenómeno que se ha tornado en una problemática social, que desborda cualquier capacidad real de control por parte de los conductores, quienes son intimidados y amenazados por grupos de usuarios que acceden al servicio sin realizar el pago. Pero, además, indica la Parte Convocante que el tema de evasión se debe diferenciar según la zonal y la alimentación.

Finalmente, el apoderado de la Parte Convocante señaló que, en todo caso, TRANZIT no están en la obligación de responder por la evasión de los medios de pago puesto que esta no se presentó por la conducta de los conductores, ni por los mecanismos de acceso al vehículo conforme lo establece la Cláusula 17.1.21 del Contrato de Concesión.

Frente al riesgo de demanda por menores ingresos que los previstos, la Parte Convocante señaló lo siguiente:

“(…) la falta de integración e implementación del Sistema le es imputable a TRANSMILENIO, y que es esa falta de integración e implementación, junto con la falta de acciones concretas frente a las tres (3) zonas que corresponden a los Concesionarios que dieron inicio a su operación pero vieron (de forma tardía y negligente) terminados sus contratos, la causa fundamental de la mala prestación del servicio integrado de transporte, pero más importante aún de tener que enfrentar la demanda del TPC, hoy como SITP Provisional, es claro que TRANSMILENIO es la responsable por la menor demanda atendida por el Concesionario TRANZIT por ser ella misma la generadora del daño.

“En su defecto, y si uno quisiera ver la existencia del TPC, hoy SITP Provisional, como consecuencia de acciones del Distrito (expedición del Decreto 190, por ejemplo), o incluso consecuencia de causas múltiples, y no

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

sólo de la falla de Coobús y Egobús, asociadas a la falta de integración e implementación del SITP, es claro que TRANSMILENIO como Ente Gestor es quien ha contado siempre con las herramientas necesarias para conseguir la efectiva integración e implementación del SITP, y quien ha contado y cuenta con herramientas (no utilizadas por supuesto) para solucionar los problemas del Sistema. Así las cosas, se estaría por defecto ante hechos no imputables a TRANZIT, cuyas consecuencias no tiene porqué asumir, sino que, por el contrario, la hacen merecedora de la reparación por parte del Ente Gestor.”

En este sentido, para la Parte Convocante, el riesgo que fue asumido por TRANZIT está asociado a i) la mala estimación que haga de la demanda el Concesionario al presentar su oferta en la licitación y ii) la variación de la demanda en función de la calidad del servicio prestado, gestionado por el Concesionario. En este sentido, alega que no se materializó ninguno de los riesgos que le fueron asignados, y que la variación de la demanda se produjo por la entrada del SITP Provisional.

Frente al riesgo de demanda por “otros no regulados”, la Parte Convocante señaló lo siguiente:

“[q]ue quien tiene en sus manos el control de la piratería es, o bien la Administración Distrital a través de la Secretaría de Movilidad o del mismo TRANSMILENIO (gestor del transporte público en la ciudad), o bien el estado a través de la Policía Nacional u otros entes de control de orden público. La cuestión es que la inactividad pública es la que ha resultado en la enorme ilegalidad que hoy se presenta, junto con su gran impacto en el Sistema y sus actores de operación, entre ellos TRANZIT.

“Así las cosas, no puede TRANZIT sufrir las consecuencias de la ilegalidad en la ciudad, puesto que es claro que tampoco es causante o ente de control o con impacto frente a la misma. Trasladar al concesionario los efectos de la inactividad o ineficiencia estatal, va en contra vía de la responsabilidad que cabe al estado mismo, respecto de la cual y más arriba se presentó el marco normativo aplicable.

“Que el Ente Gestor pretenda excusar la ineficiencia del estado con el argumento de que el riesgo de ilegalidad fue asignado al Concesionario en el del Contrato de Concesión, equivale a exonerarlo de las consecuencias de sus propios actos u omisiones. Por tanto, y más allá de que el Tribunal decida, como en la reforma integrada de la demanda se pide, que el Concesionario TRANZIT no tiene porque (sic) asumir el riesgo de ilegalidad o piratería por no estar en condiciones de administrarlo, controlarlo o mitigarlo, es claro que en cualquier caso no es TRANZIT la llamada a soportar sus efectos, pues el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

control de la piratería o ilegalidad forma parte de las obligaciones que tiene el estado en virtud de su poder de policía y, las consecuencias de su existencia debe ser asumida por el estado en virtud de la teoría de la imprevisión, teniendo en cuenta los desarrollos y marco de aplicación que se explica en otro de los capítulos de estos alegatos.”

Frente al riesgo de implementación por la modificación del cronograma, la Parte Convocante se refirió a la situación que ocurrió con los operadores de COOBÚS y EGOBÚS. Específicamente, frente a este punto señalaron que es diferente que un concesionario se demore en entrar a operar a que un operador haya entrado a operar y haya salido de la operación. Para el Convocante, esta segunda es la situación de los Concesionarios COOBÚS y EGOBÚS, lo que resultó en que nadie haya asumido las obligaciones que estos concesionarios habían contraído frente al Sistema, resultando en una falta de implementación.

En este sentido, TRANZIT alega que el daño que le fue ocasionado por TRANSMILENIO ocurrió de manera directa, por no haber adelantado actividades encaminadas a sustituir a los concesionarios cuya falla da lugar a la falta de implementación e integración del sistema.

Frente al riesgo de operación por mayores egresos que los previstos, la Parte Convocante alega TRANSMILENIO se ha negado a realizar ajustes tarifarios acorde a los costos y gastos de la operación en los términos a los cuales está obligado por el Contrato de Concesión, afectando los intereses de TRANZIT. También señaló que los mayores costos y gastos se ocasionaron con ocasión de la pérdida de velocidad comercial de la ciudad y de la falta de entrega de la infraestructura a la que hace referencia el Contrato de Concesión, es decir por la falta de entrega de los patios definitivos, lo cual ha resultado en mayores costos asociados a los kilómetros en vacío entre el patio transitorio y los Puntos de inicio de Ruta, los lugares de abastecimiento de combustible, y el lavado y mantenimiento de los vehículos.

Frente al riesgo de operación por mayores costos por kilómetros en vacío, la Parte Convocante señaló lo siguiente:

“(…) siendo que el Concesionario no recibió la infraestructura o patios definitivos en los términos acordados y dentro del marco de tiempo establecido, la asignación del riesgo de kilómetros en vacío cumplió con el plazo máximo que se le había fijado en cabeza de TRANZIT. Lo anterior, en combinación con el hecho de que TRANSMILENIO se había obligado a diseñar las rutas de manera tal que se disminuyera el riesgo de kilómetros en vacío por haber aprobado la ubicación de los patios zonales construidos por

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

el Concesionario de Operación, resulta en la consecuencia lógica de que es TRANSMILENIO la parte que, a partir del momento en el cual se ha debido producir la entrega de los patios definitivos, debe asumir las consecuencias en cuanto a kilómetros en vacío asociados a la falta de estos.

“Una vez más, no se trata de que la matriz de riesgos deba ser ignorada, sino que más bien y por el contrario, de lo que se trata es de darle plena validez a lo pactado, en los términos precisos en que se pactó, de manera tal que no se permita a la parte incumplida, o que debe soportar los efectos de la falta de patios definitivos, se excuse del marco propio de la responsabilidad que le corresponde dentro del marco propio aplicable al estado y sus funcionarios.”

Por otra parte, frente al riesgo de operación por mayores costos por el mal estado de la Malla Vial, la Parte Convocante señaló que la asignación incumplía lo establecido por la normatividad aplicable y por la política fijada a través de los documentos CONPES aplicables. Frente a este punto señaló lo siguiente:

“De ninguna manera, la asignación de un riesgo que fue delimitado de forma precisa como atado al “estado actual” de la malla vial y la velocidad constante que, asociado a la misma, había estimado el Ente Gestor, puede comprender un posterior deterioro adicional de la malla vial, con efectos directos en la velocidad comercial o de operación del Concesionario.

“Ahora bien, según se ha expresado hasta ahora, la responsabilidad de TRANSMILENIO proviene de sus propios actos u omisiones, en incumplimiento de obligaciones legales y/o contractuales, lo cuál (sic) resultará para ella en la obligación de reparar. En su defecto, se trata de hechos imprevisibles y ajenos a TRANZIT que dan lugar a que deba recibir las compensaciones a las que la Ley obliga. Sin embargo, y en relación con las pretensiones en virtud de las cuáles TRANZIT no puede ser obligada a asumir los riesgos que no está en capacidad de administrar, controlar y mitigar, es necesario profundizar.”

También señaló la Parte Convocante que los interesados en la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009 no contaron con la información suficiente para percibir los riesgos del contrato, lo cual derivó en la concreción de la mayoría de los hechos que dieron lugar la demanda que origina este trámite arbitral.

Con respecto a las pretensiones número 57, 60 y 61, señaló la Parte Convocante que no se puede entender que al Concesionario le fue asignado el riesgo de demanda por pérdida de ingresos derivados de incumplimientos contractuales de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

TRANSMILENIO que han llevado a un Sistema que no está implementado ni integrado.

Además de señalar que el Sistema no está implementado ni integrado, manifestó la Parte Convocante que el Transporte Público Colectivo, denominado "SITP Provisional", implementado por el Ente Gestor, es decir, por TRANSMILENIO, transita por las mismas vías e incluso realiza los mismos recorridos y rutas por las que transita el SITP, cobrando una tarifa menor, recogiendo y dejando usuarios sin paradas fijas, operando con la frecuencia que desee y no estando regulado con los mismos estándares contractuales del SITP, tornándose en una competencia desleal hacia TRANZIT.

También indicó que al Contratista se le asignó el riesgo de implementación cuando se presenten retrasos en la entrega de la infraestructura de operación, de los equipos SIRCI o por los aplazamientos en la adjudicación de cada una de las zonas, y esta asignación no contempló que el Contratista también debería asumir el riesgo por el incumplimiento contractual de otros Concesionarios del Contrato No 11 de 2010, como en efecto ocurrió con Coobús y Egobús. En este sentido, TRANZIT señala que no posee la capacidad para mitigar de manera autónoma los atrasos que se presenten en el plan de implementación por el incumplimiento de un tercero, pues no puede modificar unilateralmente un plan en el que intervienen terceros como los otros concesionarios, y que ante esta situación quien debe administrar y mitigar el riesgo es TRANSMILENIO por ser el Concedente y articulador de todos los contratos de concesión del SITP.

En este sentido, en parecer de la Parte Convocante, los hechos que llevaron a que el Sistema no se encuentre implementado ocurrieron con ocasión de la gestión de TRANSMILENIO en calidad de ente gestor del SITP, algunos acontecimientos que a su vez no estaban asignados al Concesionario en la matriz de riesgos del contrato.

Posición de la parte convocada

La parte convocada manifestó que se oponía a estas pretensiones. Frente a este punto señaló que la sociedad concesionaria está obligada a asumir aquellos riesgos que le fueron asignados en el Anexo 5 "Matriz de Riesgos", el cual hace parte de la licitación y del contrato de concesión. También señaló que no ha habido una deficiente gestión por parte de TRANSMILENIO, y que tampoco se ha configurado un incumplimiento contractual, por lo que no se habrían podido causar efectos adversos a TRANZIT.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Igualmente, interpuso la excepción denominada *“3.5 La implementación de la operación zonal adjudicada al concesionario genera obligaciones a cargo de este y a favor de TRANSMILENIO, y el riesgo de que la implementación no ocurra según lo planteado es a cargo del concesionario”*, en la cual alegó que la implementación de la operación zonal adjudicada al concesionario genera obligaciones a cargo de este y a favor de TRANSMILENIO, y el riesgo de que la implementación no ocurra según lo planteado es a cargo del concesionario, fundamentándola en que el plan de implementación de la operación zonal estaba a cargo del Concesionario y este lo debía ejecutar dentro de un plazo definido de común acuerdo, siendo los desfases en la implementación un riesgo que el Concesionario asumió. Señaló también que la Cláusula 119-2 del Contrato señalaba expresamente que el riesgo de retrasos en la implementación del sistema estaba a cargo del Concesionario, exceptuando los casos en los cuales el Ente Gestor diera orden de ingreso de vehículos y que el concesionario no los pudiese operar, así mismo se señaló que TRANSMILENIO no asumió ningún riesgo de retraso en la implementación debido al hecho de solicitarse y no poder ingresar a la operación la flota de vehículos de transporte público colectivo, pues en dado caso esta seguiría siendo utilizada en la prestación del servicio público colectivo. Por último, señaló que en la matriz de riesgos del contrato se estableció que el riesgo de implementación por modificación del cronograma por no encontrarse lista la infraestructura, o por no encontrarse listos los equipos de SIRCI, o por demora en el arranque de la concesión debido a otros operados como EGOBUS y COOBUS estaba a cargo del Concesionario;

La Parte Convocante manifestó que en la matriz de riesgos del Contrato se señaló que el riesgo de implementación por i) modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura, ii) por no encontrarse listos los equipos SIRCI, iii) por modificación del cronograma de entrada en vigencias de los contratos o por demora en el arranque de la concesión por otros operadores está a cargo Concesionario, salvo lo señalado con anterioridad.

En ese sentido, para el Convocado el riesgo de implementación por la demora del SIRCI, por la demora en la implementación de las rutas correspondientes a las zonas adjudicadas a los concesionarios EGOBUS y COOBUS es a cargo del Concesionario, y no podrá por tanto formular una reclamación encaminada a transferirle el efecto económico del riesgo asumido a TRANSMILENIO.

El Convocado interpuso la excepción denominada *“3.12 TRANZIT 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”* en la cual alegó que al ser adjudicatario de la concesión el Concesionario asumió, entre otras, la obligación de programación, operación, y prestación del servicio en condiciones de libertad de acceso, calidad, estándares de servicio, permanencia, continuidad y

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

seguridad de los usuarios, atendiendo a lo previsto en el Contrato y en los Manuales y reglamentos establecidos por TRANSMILENIO, a cumplir con los Niveles de Servicio previstos en el Manual de Niveles de Servicios, y a efectuar el control de operación según los lineamientos previstos contractualmente. Señaló que, en este sentido, el Concesionario debía asumir la materialización de los riesgos que le fueron asignados en la matriz de riesgos.

También interpuso la excepción denominada *“3.15 TRANZIT asumió el riesgo de demanda y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia”* en la cual alegó que le fue asignado al Concesionario el riesgo de demanda, consistente en el efecto económico de recibir ingresos menores a los previstos, o en que la estimación de la demanda no corresponda a la realidad, o en el cambio de la demanda por 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 y no regulada y otros medios sustitutos del transporte.

Así mismo, el Convocado interpuso la excepción denominada *“3.24 El Concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que los mismos se efectuó conforme a lo pactado en el Contrato de Concesión y a lo previsto en la matriz de riesgos – Anexo 5”* en la cual señaló los riesgos que le habían sido asignados al Concesionario según lo dispuesto en la matriz de riesgos del Contrato de Concesión No. 11 de 2010. En este sentido, en parecer de la Parte Convocante “[e]l Concesionario busca con sus reclamos provocar una modificación del contrato de concesión, pretendiendo trasladarle a TRANSMILENIO 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.”¹⁴¹

En su alegato de conclusión, la Parte Convocada manifestó que, en el contrato estatal de concesión, como en cualquier otro contrato conmutativo, la distribución de los riesgos debe atender prevalentemente *“a los principios legales sobre los que se construye la normativa rectora de la contratación pública, siempre dentro de criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equivalencia, según la capacidad jurídica y material de las partes contractuales para su manejo.”*

También señaló que la asignación de riesgos es un tema esencialmente negociable por las partes, dentro de los límites legales del principio de la autonomía de la voluntad que no podrá violentar principios de orden público.

¹⁴¹ Contestación a la Reforma de la Demanda. Página 284.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Señaló que TRANZIT asumió los riesgos que le fueron asignados desde la licitación, aceptándolos expresamente con la presentación de su oferta y ratificándolos con la suscripción del contrato, allanándose con sus conductas a cumplirlos.

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público considero que los riesgos asignados al concesionario en el contrato son los propios de la operación del transporte público de pasajeros y que además está en la mejor posición para evaluar, controlar y administrar los riesgos a él asignados.

Específicamente, el Ministerio señaló que

“Para el Ministerio Público, la asignación de riesgos se encuentra asignada acorde con las posibilidades de administrarlos por cada una de las partes, tanto es así que los diferentes testimonios y el interrogatorio de parte dan detalles de los riesgos que solo son conocidos por quien ostenta la calidad de operador, que además conoce el negocio del transporte público en la ciudad de Bogotá desde mucho tiempo atrás, lo que no sucede con Transmilenio, como empresa creada específicamente para Gestionar, organizar y planear Transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia que aun en la actualidad no logra las cuatro fases establecidas en el plan de movilidad de la ciudad, a tal punto que pueda conocer las diferentes problemáticas que se pueden presentar en cada rincón de la ciudad.”

El Ministerio Público procedió a señalar lo siguiente frente a cada riesgo. En materia de evasión, señaló que:

“(…) resulta evidente que Transmilenio, en desarrollo de sus obligaciones contractuales y a la naturaleza del contrato debe controlar y supervisar la operación, y que es el OPERADOR quien está en la posibilidad de conocer en detalle las dificultades y riesgos que se presentan y que se pueden presentar, así como también, identificar las acciones más idóneas para mitigar o evitar el riesgo. Asignar los riesgos en forma contraria, como lo plantea el demandante, originaría que se tomaran medidas de mitigación desde lo teórico, con un alto riesgo de fracaso, que repercute en forma negativa no sólo en las partes contractuales, sino en el mismo servicio público que se pretende prestar.”

En cuanto a los riesgos de menor demanda señaló lo siguiente:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.

Vs.

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

“En lo tocante con los riesgos de menor demanda; menores ingresos por otros agentes (ilegalidad, piratería); mayores egresos (personal, chatarrización); mayores costos kilómetros en vacío, estado de infraestructura vial; fraude en medio de pago en buses, son riesgos propios de la operación de transporte público, conocidos y manejados por TRANZIT desde antes de la suscripción del Contrato No. 11 de 2010, toda vez que son propios del transporte público colectivo al que se dedicaba la empresa, por lo cual, la misma naturaleza del contrato de concesión genera que sean asumidos por el Concesionario, no en forma caprichosa, sino en razón a que los riesgos propios del negocio se encuentran remunerados dentro del contrato, en el caso particular, la Cláusula 42 del Contrato No. 11 de 2010, establece:

CLAUSULA 42. VALOR EFECTIVO DEL CONTRATO. El valor efectivo de este Contrato corresponde al valor de los ingresos obtenidos por el CONCESIONARIO por la prestación del Servicio de Transporte Masivo de Pasajeros.

El valor efectivo del Contrato remunera todos los riesgos asumidos por el CONCESIONARIO de conformidad con lo establecido en este Contrato incluyendo sin limitarse, los costos y gastos -directos e indirectos- en que incurra el CONCESIONARIO por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del mismo, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la recuperación del capital invertido, las utilidades del CONCESIONARIO y, en general, incluye el valor de la remuneración por todas las obligaciones que adquiere el CONCESIONARIO en virtud del presente Contrato.

Así mismo, se entiende que el valor efectivo remunera todas las labores complementarias necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, sea que aparezcan o no de manera expresa en este Contrato o en los documentos que lo integran como obligaciones a cargo del CONCESIONARIO. Dentro de estas labores se incluyen, entre otras, la obligación a cargo del CONCESIONARIO de elaborar sus propios estudios, todas las obligaciones y actividades a cargo del CONCESIONARIO durante las diferentes etapas del Contrato, los gastos financieros y administrativos —directos e indirectos— y todos los demás que sean requeridos para la cabal ejecución del objeto contratado.

El valor efectivo de este Contrato remunera también la asunción de los riesgos comerciales, ambientales, de operación, administrativos, financieros, tributarios, regulatorio, soberano, político y todos los demás que se

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

desprenden de las obligaciones del CONCESIONARIO que serían de las estipulaciones o de la naturaleza de este Contrato salvo por lo expresamente previsto en el mismo a cargo de TRANSMILENIO S.A.”
(Subraya y negrita del Tribunal).”

Tratándose de los riesgos de modificación del cronograma de implementación por entrada de otros contratos y demora en arranque de la concesión por otros operadores señaló que:

“(…) es preciso tener en cuenta que no es lo mismo la asignación de riesgos que el incumplimiento de obligaciones contractuales. De esta forma, cada parte ha de satisfacer las obligaciones que asume. De no hacerlo, incurre en incumplimiento, por lo que debe asumir las consecuencias que se deriven de ello y particularmente la reparación de los daños por el incumplimiento. En este punto es importante destacar que las obligaciones que surgen de un contrato no son sólo las que se estipulan, sino también aquellas propias su naturaleza, bien sea porque estén previstas en la ley o porque ellas surgen del deber de ejecutar los contratos de buena fe.

“Lo anterior implica que si bien una de las partes asumió un riesgo, la negligencia de la otra puede dar lugar a que se materialice ese riesgo, evento en el cual, el análisis no debe darse bajo la óptica normal de la asignación del riesgo, sino que debe tomarse en consideración el incumplimiento de sus obligaciones por la otra parte.

“Bajo esta óptica y tal y como lo afirmó el dictamen de CAL Y MAYOR, la no entra en operación de las empresas COOBÚS Y ECOBUS constituye un incumplimiento, pero no por parte de TRANSMILENIO, que en ninguna cláusula del contrato se comprometió a que ningún operador presentase problemas como efectivamente ocurrió, sino un incumplimiento de tales operadores, relación y consecuencias que no corresponde al presente trámite arbitral. En este sentido, tampoco garantizó TRANSMILENIO en desarrollo del proceso licitatorio que se cumpliría con cronograma de implementación rígido, todo lo contrario, se previó que este cronograma era dinámico, por cuanto, como resulta lógico de la estructuración del negocio, al existir diferentes actores, es imposible garantizar una perfecta coordinación entre todos.

“Cabe señalar que en el capítulo 19, las cláusulas 115 y ss., regulan la Distribución de Riesgos, y precisa que, “El CONCESIONARIO como profesional de la actividad del transporte, conoce los beneficios y riesgos de la misma y por ello acepta que la remuneración que recibirá de acuerdo con las condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones de la Licitación

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Pública No. TMSA-LP-004-2009 de 2009 y en el presente Contrato de Concesión, es suficiente para asumir los riesgos a los que está expuesto”, y “no procederán reclamaciones del CONCESIONARIO basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueron asumidos por él y consecuentemente, TRANSMILENIO S.A. no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al CONCESIONARIO, que permita eliminar y/o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentre expresamente pactado en el presente Contrato de Concesión.”

“En el mismo sentido, el Concesionario expresamente reconoció en el contrato el carácter esencial del servicio público objeto de concesión, la coexistencia del contrato con otros contratos o concesiones, actuales o futuros, para la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP- “y por lo tanto acepta y se somete a todas las decisiones que TRASMILENIO adopte en relación con la contratación de las concesiones” (Cláusulas 5 y 6). Asimismo, el Concesionario, se obligó a “garantizar la prestación del servicio público urbano de pasajeros” (17.1.17).”

Tratándose del riesgo de mayores costos por kilómetros en vacío originados en la falta de disponibilidad de patios señaló que:

“(…) el mismo se encuentra asignado al concesionario en los términos de la Cláusula 14 del contrato, a través de la cual se generaron varios efectos para las partes, así:

- Para TRANZIT se generó la autorización de realizar la operación desde terminales zonales temporales con condiciones similares a las del transporte público colectivo que operaba en el 2010. Autorización que se otorgó por 5 años siguientes a la adjudicación del contrato.
- Durante los 5 años, el Distrito a través de sus secretarías, expediría normas necesarias para que los terminales y equipamientos de transporte definitivos operen, cumplimiento requisitos que minimicen su incidencia en el entorno.
- Durante los mismos 5 años, surgió para TRANZIT la obligación de adecuar los predios donde se localicen las terminales, conforme a las condiciones señaladas en la misma cláusula

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

- Después de los 5 años, nace para el Distrito la obligación de ajustar la remuneración adelantando las gestiones que garanticen la disponibilidad del suelo requerido para la operación en terminales zonales.
- Finalizada la etapa de 5 años de transición, el Distrito tenía la obligación de entregar los terminales zonales construidos.
- Terminada la concesión, el concesionario se encuentra obligado a revertir al distrito, los patios o terminales zonales.

“De igual forma, acordaron las partes unos plazos para informar si las terminales se construirían directamente por parte del Concesionario y si se prorrogaría la etapa de transición por parte de TRANSMILENIO.

“Posteriormente y tal y como lo reconocen las partes, mediante el oficio No. 2015EE21633 del 28 de octubre de 2015, TRANSMILENIO notificó a TRANZIT la decisión de ampliar de manera indefinida la Etapa de Transición de la cláusula 14 del Contrato 011 de 2010.

“Sobre el particular, observa en primer lugar, el Ministerio Público que dentro del proceso licitatorio TMSA-LP-004-2009 y tal como lo señala CAL Y MAYOR dentro de su dictamen, TRANSMILENIO informó a los participantes que “De acuerdo con lo establecido en el documento de MATRIZ DE RIESGOS para el proceso de licitación el riesgo por kilómetros en vacío corresponde al concesionario de Operación durante la etapa de transición independiente del tiempo de duración de esta el cual se prevé en 5 años (...)”

“En segundo lugar, en la cláusula 14 del contrato, el plazo para que TRANSMILENIO informara de si se ampliaba o no la etapa de transición, era de 3 años, pero se informó al operador de esta ampliación días antes del vencimiento de los 5 años inicialmente pactados.

“En tercer lugar, tal y como lo reconocen las partes, TRANZIT inicialmente y dentro de un término ampliado entre las partes informó que construiría el mismo los terminales, sin embargo, posteriormente informó a TRANSMILENIO a través de varios oficios que desistía de ese propósito ante las dificultades presentadas para la construcción de los terminales zonales definitivos, en cuanto a trámites urbanísticos y otros necesarios.

“Si bien es cierto, TRANSMILENIO informó por fuera del término pactado, que el periodo de transición se ampliaba indefinidamente, TRANZIT también incumplió lo propio respecto a la construcción de los terminales definitivos,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

toda vez que manifestó su voluntad de adelantar tales construcciones, y posteriormente en los años 2012, 2013 y 2014, apoyándose en dificultades para la consecución de los predios, el trámite de permisos y licencias para la construcción, entre otros, declinó de su decisión, señalando que no le era posible adelantar directamente la construcción de los patios y/o terminales definitivos.

“Lo anterior permite concluir que ambas partes conocieron de las dificultades que implicaba la construcción de los patios y/o terminales definitivos y de la imperiosa necesidad de ampliar la etapa de transición, con fundamento en el mismo contrato.

“La no comunicación “oportuna” de la ampliación por parte de TRANSMILENIO, ello es hasta 3 años después de adjudicado el contrato, no tenía la capacidad de afectar a TRANZIT en tanto que dicha empresa manifestó en varias oportunidades y sin lugar a dudas que no estaba en condiciones de construir por su propia cuenta las terminales definitivas, de esta forma, la ampliación de la infraestructura transitoria permite que ambas partes continúen bajo las mismas condiciones establecidas en la Cláusula 14, esto es que TRANZIT opere en terminales en condiciones similares a las del transporte público colectivo y que TRANSMILENIO continúe con las gestiones necesarias para la construcción y entrega de patios definitivos.

“Referente a la existencia de perjuicios reclamados por TRANZIT por esta situación, se observa que dentro de los componentes de la tarifa (tarifa por vehículo) se remunera el arrendamiento de patios y que TRANSMILENIO no ha variado dicho pago hasta el momento. Frente al costo administrativo de los mismos, el contrato es claro en indicar que corresponde al CONCESIONARIO; por lo cual, mientras el demandado siga cancelando lo correspondiente al arriendo de patios, no se encuentra acreditado un perjuicio material para el concesionario demandante, por dicho evento.

“De otro lado, es de considerarse por parte del Tribunal, que de conformidad con la Matriz de Riesgos realizada por las partes, se contempló: mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales, consiste en 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, cuya mitigación corresponde al concesionario y se orienta a adoptar las medidas para mitigarlos, con estudios y análisis de las condiciones de mercado y establecer los mecanismos de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

mitigación durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales.

“Frente a los derechos contractuales, conforme a la cláusula 16 del Contrato de concesión No. 11 de 2010, se estableció para TRANZIT el derecho a “utilizar en conjunto con los demás concesionarios y los operadores del sistema, de así requerirse, el área de parque del Patio de Operación entregada en Concesión” y a “operar y administrar el Patio de Operación entregado en Concesión.”

“Al respecto, en los estudios previos se estableció:

“Para las terminales zonales que no cumplan con la condición establecida en el párrafo anterior (haciendo referencia a la posibilidad del concesionario de adquirir y adecuar los terminales), “se seguirá el presente procedimiento: Terminada la etapa de transición prevista en la cláusula 14, con la entrega por parte del Distrito del terminal zonal construido y adecuado, el concesionario deberá operar y mantener los terminales que se le asignen y se ajustará el valor de TMVZ de la siguiente forma: (...)”

“Sobre el particular, las partes establecieron contractualmente en la cláusula 14 del contrato que:

“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. (...)”

“De esta forma, encuentra esta Agente del Ministerio Público que los kilómetros en vacío se establecieron respecto de la no disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas y no respecto de la no entrega

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

de patios definitivos. Se estableció en cabeza del contratista el riesgo de tales kilómetros, bajo la óptica de que sería este el que se encargara de la construcción de los patios y/o terminales definitivos, así como de la ubicación de los patios temporales, en los términos del artículo 19 del contrato en el que las partes acordaron que “en materia de Terminales Zonales, el CONCESIONARIO adquiere las siguientes obligaciones:

“19.1. El CONCESIONARIO debe suministrar y disponer de áreas de estacionamiento de sus vehículos en la Zona adjudicada, sean propias o en arrendamiento, durante la etapa de transición prevista en el contrato.”

“Así las cosas, la discusión respecto de los kilómetros en vacío se daría en principio respecto de la distancia de patios definitivos entregados, sin embargo, no encuentra esta Agente que dentro del clausulado y demás documentos contractuales se establezca para TRANSMILENIO la obligación para hacer entrega de patios definitivos respecto de una distancia mínima o máxima que se considere de proximidad al lugar de inicio de rutas.

“Corolario con lo anterior, la no entrega de patios definitivos, no genera para TRANSMILENIO la obligación de realizar compensación alguna en tanto que el derecho de TRANZIT en cuanto a contar con patios para la operación no ha sido conculcado por la entidad demandada y por el contrario, la no continuación de la etapa transitoria implicaría para el contratista la violación de sus derechos contractuales, de operar desde patios que cumplen con condiciones mínimas conforme a las normas vigentes, situación que se corrige con la prolongación de la etapa de transición.

“La entrega de patios definitivos, implica para TRANZIT el derecho a operarlos directamente, caso en el cual se ajusta la tarifa o simplemente de continuar operando en ellos, bajo una concesión de un tercero, pero en ningún modo se genera el derecho de no generar kilómetros en vacío, por cuanto, se reitera, no se acordó contractualmente por las partes una distancia que se considere próxima a los puntos de inicio de ruta.

“Si bien es cierto, puede concluirse que las partes no se pronunciaron respecto de los kilómetros en vacío una vez entregados los patios definitivos, en criterio del Ministerio Público, dicho riesgo corresponde al álea normal del objeto contractual suscrito entre las partes, en tanto que el servicio de transporte público es una actividad regulada por el Estado, así como la construcción obras, ligada necesariamente al Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá, D.C y a la disponibilidad de terrenos adecuados para la construcción de terminales o patios zonales, de tal suerte que como concededor del negocio del

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

transporte público urbano, no resulta novedoso para TRANZIT como operador, que la consecución de terrenos adecuados para este propósito no es sencilla y que además no existe forma de contar con disponibilidad de terrenos adecuados para la construcción de los patios cerca del inicio de cada ruta.”

Consideraciones del Tribunal

Teniendo en cuenta lo expuesto en la sección que antecede, este Tribunal procederá a resolver las pretensiones relativas a la asignación de riesgos presentadas en la demanda principal.

Como se señaló con anterioridad, los contratos del Estado están sujetos al principio de la previsibilidad o de las contingencias previas. En este sentido es claro que se deben identificar, tipificar y asignar de manera lógica y proporcional los riesgos del contrato a las partes, de manera que la estructuración del negocio comprenda, de la manera más completa, los posibles eventos que puedan impactar su conmutatividad. En este sentido, los riesgos que se asignaron en la matriz de riesgos son válidos, pero están supeditados a los límites impuestos en el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y a lo dispuesto en la normatividad colombiana en general.

En este sentido, si bien los lineamientos de política pública, y específicamente los documentos CONPES, indican que la capacidad para administrar, controlar o mitigar un riesgo es uno de los criterios que deben seguirse para elaborar la matriz de riesgos en el contrato estatal, el hecho de que la asignación de riesgos de un determinado contrato no siga de manera exacta este criterio no implica necesariamente la nulidad o la ineficacia de la estipulación contractual. Es preciso señalar que el Consejo Nacional de Política Económica y social es el organismo asesor principal del Gobierno Nacional, en aquellos aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país ¹⁴². Por eso mismo, sus funciones son recomendar la política económica y social que sirva de base para la adopción del Gobierno, y específicamente para la elaboración de los planes y programas de desarrollo ¹⁴³. En este sentido, los lineamientos de política pública señalados en los documentos CONPES son recomendaciones y no son de obligatorio cumplimiento.

En este sentido, no es cierto que TRANZIT no esté legalmente obligado a asumir los riesgos que no esté en capacidad de administrar, controlar y mitigar, incluso cuando estos les hayan sido asignados. Por lo tanto, si la estipulación en cuestión

¹⁴² Decreto 627 de 1974, artículo 1º.

¹⁴³ Decreto 627 de 1974, numeral 2º del artículo 2º.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

es válida, a ella debe atenerse el concesionario y cumplir con lo allí pactado por aplicación del principio *pacta sunt servanda*.

Ahora bien, no resultaría apropiado afirmar que la parte afectada por un suceso que, además de ocasionar la ruptura del equilibrio económico del contrato, no le fue asignado en la matriz de riesgos, es quien deberá asumirlo.

Sin perjuicio de lo anterior, no escapa al Tribunal el hecho de que la pretensión esté redactada en forma general y abstracta, careciendo de precisión y de argumentación que la concrete. Teniendo en cuenta que el Contrato de Concesión No. 011 de 2010 enmarca una relación negocial de tracto sucesivo, que se seguirá ejecutando por el lapso restante de su plazo, o sus adiciones o prórrogas, si las hubiere, en aras de asegurar la seguridad jurídica de las partes del contrato, no se accederá a conceder una declaración general y abstracta como la que pretende la Parte Convocante, específicamente porque podría tener efectos sobre hechos futuros dentro de la ejecución contractual, que no han sido, ni podrían ser, objeto de prueba en este trámite arbitral.

Por lo expuesto con anterioridad, esta pretensión no tendrá vocación de prosperar.

Este Tribunal no puede contravenir la voluntad de las partes frente a la asignación, estimación y tipificación de riesgos que ellos mismos acordaron en el Contrato. Esta asignación de riesgos es válida así se hayan asignado al Contratista riesgos que TRANSMILENIO estaba en mejor posición de controlar y mitigar.

Sin perjuicio de lo anterior, la asignación de riesgos debe versar sobre riesgos previsible, criterio que viene desde la promulgación de la Ley 80 de 1993, y no únicamente desde la expedición del documento CONPES No. 3714 de 2011. En este sentido, y respecto de la distribución de riesgos con la figura del equilibrio económico del contrato, es preciso advertir que la fractura de la ecuación financiera puede generarse en el escenario de un contrato con matriz de riesgos cuando la ocurrencia de la causa generadora de la ruptura desborda los límites de asunción de quien lo asumió ¹⁴⁴.

Precisamente, la Parte Convocante parece alegar que la asignación de riesgos del contrato se hizo sin observar las disposiciones aplicables, y que por tanto hay un incumplimiento de esta normatividad. Sin embargo, para este Tribunal no es claro cuáles son los riesgos que se han asignado en contravía a las disposiciones

¹⁴⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de marzo de 2017. Expediente No. 51526. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

relativas a la asignación de riesgos, ni en qué medida son un incumplimiento de ellas.

Por otra parte, no encuentra este Tribunal que haya motivos de naturaleza jurídica para modificar el Contrato que las partes libremente suscribieron, máxime cuando lo que se pretende es que se le asigne de manera exclusiva a la entidad concedente los riesgos que habían sido asignados a ambas partes, o al Concesionario. Bajo el anterior entendimiento, esta pretensión no tendrá vocación de prosperar.

Como se mencionó anteriormente, el solo hecho de que la matriz de riesgos del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 hubiera asignado a TRANZIT S.A.S. riesgos que el concesionario no estuviera en capacidad de administrar, controlar o mitigar, no implica, por sí solo, que la estipulación contractual de asignación de riesgos esté viciada de nulidad, o devenga ineficaz.

Por lo tanto, si la estipulación en cuestión es válida, a ella debe atenderse el concesionario y cumplir con lo allí pactado por aplicación del principio *pacta sunt servanda*. Es decir, que TRANZIT está obligado a asumir los riesgos que se le hayan asignado en el contrato de concesión, aún si no estuviese en una mejor posición que la entidad concedente, para administrarlos, controlarlos o mitigarlos.

No obstante lo anterior, si los riesgos asignados contractualmente a TRANZIT superan el alea ordinaria del negocio, actividad o servicio objeto del respectivo contrato de concesión, como en este caso, el servicio público de transporte masivo bajo el sistema SITP, tal y como fue concebido en el mismo contrato, ello podría dar lugar a un evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato, siempre que se cumplan los requisitos señalados en la ley y en la jurisprudencia para que el mismo pueda ser objeto de reconocimiento, por tratarse de riesgos extraordinarios cuya ocurrencia puede alterar la ecuación financiera del contrato en forma anormal y grave, de manera que impidan su ejecución o la tornen más onerosa para la parte afectada.¹⁴⁵

De este modo, si los riesgos asignados a TRANZIT en la matriz de riesgos del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 se originan, ya no en el alea normal de la actividad del SITP, tal y como fue prevista en el contrato, sino en actos y hechos de la administración – hecho del príncipe y potestad *ius variandi*–, o en factores externos o extraños a las partes – teoría de la imprevisión y paralelamente, teoría de la previsibilidad– la ocurrencia de riesgos originados en esas causas sí podrían constituir un riesgo extraordinario, que supera los previsibles y asignados

¹⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia No. 1998-083-02 del 13 de marzo de 2017. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

contractualmente, cuyas consecuencias económicas adversas no deben ser soportadas por el concesionario, por cuanto ello implicaría un rompimiento del equilibrio económico del contrato, por causas no imputables al concesionario y que superan la distribución de riesgos pactada y aceptada por las partes.

En otro aparte de este laudo se mencionan los requisitos que la ley y la jurisprudencia han establecido que deben verificarse para que se configure un rompimiento del equilibrio económico del contrato estatal y para que el mismo pueda ser reconocido y declarado. Esos requisitos no pueden ser objeto de una declaración general y abstracta, como la que se plantea por la convocante en su pretensión quincuagésima sexta.

En efecto, la pretensión quincuagésima sexta procura que se declare, sin más, que TRANSMILENIO debe reconocer el rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 cuandoquiera que se llegare a materializar un riesgo que, en opinión de la convocante, y sin análisis o prueba alguna que así lo sustente, ella no estuviere en capacidad de administrar, controlar o mitigar. Una pretensión planteada así, en términos generales, no tiene vocación de prosperar, pues el rompimiento del equilibrio económico debe analizarse en forma casuística, respecto de un hecho específico y concreto, apreciable en la realidad y sustentado con pruebas, respecto del cual se demuestre, no sólo su carácter extraordinario, sino su relación de causalidad directa con la mayor onerosidad que dicho riesgo haya causado en la ejecución del contrato, y la estimación, sustentada y razonada, de los efectos económicos adversos – mayores costos o menores ingresos frente a los estimados contractualmente – que su ocurrencia haya ocasionado al concesionario.

Este análisis y estas pruebas están ausentes respecto de la pretensión quincuagésima sexta, por lo cual esta pretensión no está llamada a prosperar.

Ahora bien, en otro aparte de este laudo el Tribunal estudiará y decidirá si se han cumplido los requisitos para que existe un rompimiento del equilibrio económico del contrato, en relación con hechos concretos que ha planteado la convocante en otras pretensiones de la demanda, aplicando para ello el estudio casuístico antes referido, y verificando respecto de cada uno de ellos si se han cumplido los requisitos fácticos y jurídicos, acompañados de su prueba y de su estimación económica que ameriten su reconocimiento.

Pretensión quincuagésima séptima

Por otro lado, la Parte Convocante solicitó en su pretensión quincuagésima séptima que

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“se declare que el riesgo de demanda sólo deberá asumido por TRANZIT S.A.S., a partir de la implementación de las Fases 1 y 2 del SITP, o en la oportunidad que determine el Tribunal.”

Frente al riesgo de demanda, la matriz de riesgos del Contrato de Concesión No. 011 de 2010 señaló lo siguiente:

CLASE	CAUSA DEL RIESGO	OBSERVACIONES	MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	ESTIMACIÓN DEL RIESGO	
					PROBABILIDAD	IMPACTO
Demanda	Menores ingresos que los previstos. Estimación de demanda no funcionó. La demanda cambió	Consiste 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	El concesionario debe apoyarse en la estructuración de profesionales especializados y efectuar sus propias estimaciones sobre la demanda y las condiciones del negocio y adoptar las medidas para enfrentar este riesgo. El esquema de remuneración mitiga este riesgo porque parte de la oferta se remunera directamente independiente del nivel de demanda. Minuta del Contrato: CAPÍTULO 10 – INGRESOS DEL CONCESIONARIO. CLÁUSULAS 63 A 65.	CONCESIONARIO DE OPERACIÓN	MEDIA	ALTO
	Otros no regulados (ilegalidad, vehículos particulares)	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.)	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.	CONCESIONARIO DE OPERACIÓN	MEDIO	MEDIO

En la matriz de riesgos del Contrato de Concesión No. 011 de 2010 se le asignó al Concesionario de Operación el riesgo de demanda, en los términos antes descritos. Ni en la asignación, ni en el método de mitigación del riesgo se previó la posibilidad de que el riesgo lo asumiera el Concesionario a partir de la implementación de la Fase I y II del Sistema de Transporte Público (SITP). En este sentido, no podrá el Tribunal darle a esta estipulación contractual una interpretación distinta a la que allí

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

obra, en el sentido de señalar que el Concesionario asumirá el riesgo de demanda a partir de la implementación de la Fase I y II del SITP.

El Contrato de Concesión No. 011 del 2010 enmarca una relación comercial de tracto sucesivo, que se continuará ejecutando por el lapso restante de su plazo, o sus adiciones o prórrogas, si las hubiere. En este sentido, no resultaría apropiado, para la seguridad jurídica que debe existir en las relaciones contractuales, que se hiciera la declaración que pretende la Parte Convocante, máxime cuando ella está sujeta a que se implementen las Fase I y II, fechas que ni las partes ni este Tribunal conocen, y que tampoco podrán conocer por versar sobre hechos futuros sobre los cuales este Tribunal no podrá conocer por el carácter transitorio de la actividad jurisdiccional encomendada a estos árbitros, la cual está circunscrita a la decisión del caso.

Por otro lado, la no implementación de las Fase I y II del SITP no es el único factor que puede afectar el riesgo de demanda. Existen otros hechos que podrían ocasionar una disminución en la demanda, y que no tienen relación con la no implementación del SITP. En este sentido, y en aras de proteger la seguridad jurídica de las partes del Contrato, este Tribunal no podrá darle la razón a la Parte Convocante en este punto, máxime cuando ello implicaría que la materialización de este riesgo por una situación distinta a la no implementación del SITP afecte la demanda.

Sin embargo, no escapa a este Tribunal que la falta de implementación de las Fase I y II del SITP ha generado unos efectos nocivos para el Concesionario, que evidentemente han alterado las condiciones iniciales del Contrato, bajo las cuales se diseñó su modelo financiero.

A pesar de que el Tribunal no acceda a lo pretendido por la Parte Convocante, sí señalará que la Parte que se vea afectada por un acontecimiento que ocasione la ruptura del equilibrio económico del contrato, que cumpla con los siguientes supuestos, deberá ser restablecido:

- i) Que, con posterioridad a la celebración del contrato, ocurra un hecho extraordinario, ajeno o exógeno a las partes;
 - ii) Que el hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato;
 - iii) Que el hecho corresponda a una situación imprevista o imprevisible, es decir, que no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes;
- y

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

iv) Que esta circunstancia imprevista dificulte a la parte que la invoca la ejecución del contrato, pero no la enfrenta a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación.¹⁴⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, esta pretensión no tendrá vocación de prosperar.

Pretensión quincuagésima octava

De otro modo, la Parte Convocante solicitó en su pretensión quincuagésima octava que

Quincuagésimo octavo. Que se declare que los efectos adversos generados a TRANZIT S.A.S. como consecuencia de la deficiente gestión de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos celebrados con otros Agentes del Sistema, no corresponden al Concesionario y son imputables a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

Como se señaló en las consideraciones del Tribunal para la pretensión vigésima octava, la Parte Convocante no indicó ni precisó la obligación de Transmilenio cuyo incumplimiento reclama, pero adicionalmente una vez examinadas las prestaciones a cargo de esa entidad, que pudieron resultar no ejecutadas, para evitar o mitigar los efectos generados por los contratos de Egobús y Coobús, concluyó este tribunal que

“el reclamo que esta le enrostra a Transmilenio por la no adopción de medidas o la no utilización de herramientas que permitieran evitar o mitigar la situación de Coobús y Egobús no resulta fundado; por una parte, porque Transmilenio gestionó la crisis de tales concesionarios con los instrumentos de orden legal y técnico que estaban a su alcance, hasta el punto de terminar en forma unilateral dichos contratos y, por otra, porque no resultó acreditado que Transmilenio hubiera dejado de adoptar alguna decisión en particular que hubiera salvado las referidas concesiones.”

Al respecto concluyó este Tribunal que,

“en la medida en que no se demostró que Transmilenio dejó de adoptar alguna decisión concreta que hubiera conjurado en forma expedita la situación crítica

¹⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Radicación No.: 1996-05631-01. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

de las concesiones tantas veces mencionadas y que, por el contrario, se estima que dicha entidad gestionó esa problemática con las herramientas que estaban a su alcance amén de que TRANZIT pudo desarrollar la actividad de transporte que le fue encomendada (...).”

En ese sentido, y teniendo en cuenta que en la Matriz de Riesgos no se ha asignado este riesgo, mal podría este Tribunal establecer que se encuentra a cargo de TRANSMILENIO.

Lo anterior no conlleva a que sea TRANZIT quien deba asumir el riesgo no estipulado en la Matriz. Por el contrario, lo que ocurriría es que, en caso de configurarse la ruptura del equilibrio económico del contrato por este hecho, deberá procederse a su restablecimiento, siempre que se hayan cumplido los supuestos para ello.

Pretensión quincuagésima novena

La Parte Convocante solicitó en su pretensión quincuagésima novena que

“en todo caso, TRANZIT S.A.S. no está obligado a asumir los efectos adversos generados por riesgos asignados a ella válidamente, cuando el hecho generador provenga del incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

Si bien el postulado mismo de la pretensión es cierto, y ha sido acertado por la jurisprudencia ¹⁴⁷, es una pretensión redactada en términos generales y de manera abstracta, en una controversia en el curso de la cual muchas otras pretensiones de la demanda apuntan a que se declaren incumplimientos específicos de TRANSMILENIO respecto de la ejecución del contrato, los cuales, a su vez, se alega han generado riesgos que no deben ser asumidos por el concesionario. Por lo tanto, en relación con esta pretensión, la Parte Convocante no ha identificado y mucho menos probado cuales son los incumplimientos específicos en los cuales sustenta la declaración que pretende se haga por parte del Tribunal. En este sentido, debe recordarse que el artículo 1757 del Código Civil establece que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o estas.” En el mismo sentido, el artículo 167 del Código General del Proceso dispone que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran al efecto jurídico que ellas persiguen.” Adicionalmente, el numeral 4o del artículo

¹⁴⁷ *Ibíd.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

82 del Código General del Proceso establece como requisito de la demanda que en ella se debe expresar “lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad.”

Y es que, aun cuando el postulado de la pretensión quincuagésima novena es cierto, en el sentido de que cuando uno de los riesgos asumidos contractualmente por el concesionario TRANZIT tenga como causa u origen el incumplimiento de una obligación contractual de TRANSMILENIO, la pretensión formulada así, en forma general y abstracta, carece de la precisión y el fundamento fáctico necesario para que pueda prosperar. En efecto, para que una pretensión de tal naturaleza pueda prosperar, es necesario que su postulado se refiera a un incumplimiento preciso y concreto de parte de la convocada, que haya originado un riesgo también preciso y concreto el cual, a su vez, hubiere tenido una consecuencia económica adversa para el concesionario. Esta concreción, en cuanto a lo pretendido y su prueba, está ausente respecto de la pretensión quincuagésima novena, la cual por lo tanto no está llamada a prosperar, como se declarará en la parte resolutive del laudo.

No escapa al Tribunal el hecho de que el Contrato de Concesión No. 011 del 2010 enmarca una relación comercial de tracto sucesivo, que se continuará ejecutando en el tiempo por el lapso restante de su plazo, o sus adiciones o prórrogas, si las hubiere. Teniendo esto en cuenta, no resultaría apropiado, para la seguridad jurídica que debe existir en las relaciones contractuales, que se hiciera una declaración general y abstracta como la que pretende la Parte Convocante, máxime cuando ella podría tener efecto sobre hechos futuros de la ejecución contractual que no han sido, ni podrían ser, objeto de prueba en este trámite arbitral.

Ahora bien, en otros apartes de este laudo se avocará el conocimiento de las otras pretensiones de la reforma de la demanda en las cuales se pretende la declaración de incumplimientos precisos, concretos, referidos a hechos identificables en la realidad, y que la convocante atribuye a TRANSMILENIO en relación las cuales se harán las consideraciones y se adoptarán las decisiones a que hubiere lugar con base en las alegaciones y las pruebas que constan en el expediente.

Pretensión sexagésima

La Parte Convocante solicitó en su pretensión sexagésima que

“se declare que el riesgo de implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) no corresponde al Concesionario y está a cargo de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., o de quien determine el Tribunal.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S:**

Vs.

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

En la matriz de riesgos del Contrato de Concesión, se definió el riesgo de implementación como,

“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 originada por la actuación de cualquiera de las partes intervinientes.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

CLASE	CAUSA DEL RIESGO	OBSERVACIONES	MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	ESTIMACIÓN DEL RIESGO	
					PROBABILIDAD	IMPACTO
Implementación	Modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura.	La identificación de este riesgo no tiene correspondencia con el documento CONPES no. 3107 de 2001, por lo que se hace necesaria su justificación. Consiste en el efecto económico en el 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.	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).	TMSA (100% del riesgo cuando autorice la entrada de flota y la infraestructura no esté lista) CONCESIONARIO DE OPERACIÓN (los demás eventos)	MEDIO	ALTO
	Modificación del cronograma por no encontrarse listos los equipos del SIRCI	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.	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	TMSA – CONCESIONARIO DE OPERACIÓN	MEDIO	ALTO
	Modificación del cronograma por entrada de otros contratos	Consiste en el efecto económico en el sistema originado en no haber sido adjudicadas todas las zonas o presentarse otro tipo de inconvenientes que retrasa el inicio simultáneo de la operación.	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 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	TMSA – CONCESIONARIO DE OPERACIÓN	MEDIO	ALTO
	Demora en el arranque de la concesión por otros operadores	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.	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 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	TMSA – CONCESIONARIO DE OPERACIÓN	MEDIO	ALTO

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

		En los demás casos, este riesgo estará en cabeza del concesionario en la medida en que este puede solicitar los ajustes que considere necesarios al cronograma de implementación	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.			
--	--	--	---	--	--	--

En este sentido, para el Tribunal es claro que la asignación se efectuó de manera compartida ya que existe la probabilidad que la ocurrencia del hecho se origine por la actuación de cualquiera de las partes.

En este sentido, este Tribunal no podrá declarar que el riesgo de implementación le corresponde a TRANSMILENIO, pues eso iría en contra de la voluntad de las partes al momento de suscribir el contrato.

Ahora bien, este Tribunal debe precisar, como ya lo hizo en ocasiones anteriores, que la asignación de riesgos debe versar sobre riesgos previsibles. Ahora bien, lo anterior no descarta que los actos y hechos de la administración – hecho del príncipe y potestad ius variandi–, o los factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual – teoría de la imprevisión y paralelamente, teoría de la previsibilidad– puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de manera que impidan su ejecución o la tornen más onerosa para la parte afectada ¹⁴⁸, podrá prosperar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Dependiendo de la causal que configure el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, la parte será llevada a punto de no pérdida, o retornará a la fórmula inicialmente prevista en la relación contractual.

Pretensión sexagésima primera

La Parte Convocante solicitó en su pretensión sexagésima primera que

“se declare que el riesgo de implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) se materializó, particularmente respecto de las Fases 1 y 2, y que los efectos adversos generados deben ser asumidos por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., o por quien determine el Tribunal.”

¹⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia No. 1998-083-02 del 13 de marzo de 2017. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En la Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión se les asignó a la entidad concedente y al Concesionario el riesgo de implementación bajo tres causas, y se estimó su probabilidad de ocurrencia como “medio.”

En este sentido, es claro que la modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura era un riesgo que le fue asignado a las partes del contrato en los términos señalados. También es claro que la materialización de este riesgo puede tener como consecuencia el atraso en la implementación del SITP. Pero respecto de las otras tres causas de no implementación del sistema, la matriz señaló expresamente que este es un riesgo compartido entre las partes del contrato.

Este Tribunal debe precisar que el hecho consistente en que las Fase I y II del SITP no se encuentren implementadas hoy, –es decir 8 años después de la suscripción del contrato, y más de 5 años después de la fecha inicialmente prevista– es una situación que desborda los límites de la asunción que padecen las partes del contrato. En efecto, no puede considerarse que era previsible que a los 8 años de suscrito el contrato, las Fase I y II –fases que en todo caso corresponden a la parte inicial del cronograma– no estuvieran implementadas. Tan es ello así, que esta situación no se previó en la asignación de riesgos de manera específica, por lo que no podría el Concesionario correr con su cargo.

En este sentido, hay un desbalance en la carga prestacional del Concesionario en las condiciones inicialmente pactadas, y ese desbalance se ocasionó con motivo de una situación que desborda los límites de asunción de riesgos, y que de hecho no estaba ni siquiera previsto en la matriz.

En desarrollo de lo anterior, es preciso recordar que la fractura del equilibrio económico del contrato puede tener cabida en el escenario de un contrato de matriz de riesgos cuando la situación que haya ocasionado la fractura haya desbordado los límites de asunción de riesgos de quien lo padecía. Al respecto, el Consejo de Estado señaló que:

“(…) 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

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

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.”¹⁴⁹

En este sentido, el Tribunal considera que el riesgo sí se materializó, pero que en todo caso desbordó los límites de asunción del riesgo mismo, y en caso de que se resuelva que hubo un rompimiento del equilibrio económico del contrato, se deberá proceder a su restablecimiento.

Con el alcance precisado, se declarará que prospera la pretensión sexagésima primera de la demanda y no hay lugar a estudiar la subsidiaria.

pretensión sexagésima segunda

Pretensiones de la Demanda principal

La Convocante solicita en la pretensión 62 de su demanda reformada:

“Sexagésimo segundo. Que se declare que son absolutamente nulas con los efectos previstos en el artículo 47 de la Ley 80 de 1993, o en su defecto no producen efecto alguno, las siguientes cláusulas del Contrato o fragmentos de ellas:

“62.1. Del numeral 17.1.21 de la Cláusula 17, el aparte que se subraya a continuación:

“Responder por la evasión del pago de la Tarifa al Usuario que se genere con motivo del comportamiento de los conductores contratados por su empresa y en general por todos los mecanismos de control de acceso al vehículo. (...)”

“62.2. De la Cláusula 42, el aparte que se subraya a continuación:

“(...) El valor efectivo de este **Contrato** remunera también la asunción de los riesgos comerciales, ambientales, de operación, administrativos, financieros,

¹⁴⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de marzo de 2017. Expediente No. 51526. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

tributarios, regulatorios, soberano, político y todos los demás que se desprenden de las obligaciones del **CONCESIONARIO** o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este **Contrato**, salvo por lo expresamente previsto en el mismo a cargo de TRANSMILENIO S.A.”

“62.3. De la Cláusula 115 los apartes que se subrayan a continuación:

“(…) El CONCESIONARIO y TRANSMILENIO S.A., a partir de la fecha de suscripción del presente Contrato de Concesión, asumen los efectos derivados de los riesgos tipificados, estimados y asignados en la Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión de Operación del SITP, anexa al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004-2009 de 2009, el cual es parte integral del presente Contrato. (…)

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

“62.4. La Cláusula 118 del Contrato –con excepción del Parágrafo-

“Las partes aceptan de manera expresa la tipificación, estimación y distribución de riesgos contenida en la Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión de Operación del SITP, la cual fue efectuada dentro del proceso de Licitación Pública No. TMSA – LP 004 -2009 de 2009, y es parte integral del presente Contrato, por lo tanto, cualquier costo, sobrecosto, indemnización o reconocimiento a cualquier título que pudiera llegar a generarse por la realización de los mismos, lo entienden plenamente recompensado a través de la participación en los beneficios derivados de la explotación económica del servicio público del transporte del Sistema Integrado de explotación económica del servicio público del 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.

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

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“Adicionalmente, el CONCESIONARIO reconoce que para efectos de su remuneración y su equilibrio económico este Contrato es único y autónomo y en consecuencia no se complementa ni interpreta con otros Contratos de Concesión y operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP como fuente de limitación y aumento de obligaciones o derechos.”

“62.5. La Cláusula 119-2 del Contrato.

“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 contrato), 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 un 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.

“En el caso de vehículos nuevos el concesionario acepta, de 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, ante el mencionado evento.

“Fórmula de compensación riesgo de implementación - Para el caso de la Operación Troncal:

“Se remunerarán los vehículos nuevos vinculados al Sistema por instrucción del Ente Gestor y que no puedan operar por circunstancias ajenas al concesionario, reconociendo en la remuneración semanal del concesionario por la prestación del servicio el valor a remunerar por vehículo en operación TMVTK.

“TMVTK: Remuneración por vehículo tipo k en operación que se fija en el pliego de condiciones ajustada y revisada, vigente en el momento del cálculo, expresada en pesos por mes.

“k: Hace referencia al tipo de vehículo perteneciente a la operación troncal, a saber: articulado, biarticulado y bus dual de 80 pasajeros.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“Formula de compensación riesgo de implementación - Para el caso de la Operación No Troncal:

“Se remunerarán los vehículos nuevos vinculados al Sistema por instrucción del Ente Gestor y que no puedan operar por circunstancias ajenas al concesionario, reconociendo en la remuneración semanal del concesionario por la prestación del servicio el valor a remunerar por vehículo en operación TMVZk.

“TMVZk: Remuneración por vehículo tipo k vinculado al SITP, expresada en pesos por mes, ajustada y revisada, vigente en el momento de cálculo.

“k: Subíndice que hace referencia al tipo de vehículo operando (microbús, buseta, bus).” (Subraya del Tribunal).

Posición de la parte convocante

Las pretensiones se sustentan en los hechos resumidos en el acápite de la demanda arbitral principal reformada.

La parte Convocante puso de presente el Documento CONPES 3107 de 2001, que fue expedido por el Consejo Nacional de Política y Económica y Social del Departamento Nacional de Planeación, mediante el cual se estableció la Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura. Señaló que, entre otras consideraciones, dicho documento establece que la calidad y confiabilidad de la información disponible es un factor fundamental para el manejo del riesgo, toda vez que influye en la percepción del riesgo y en la adopción de medidas pertinentes para controlar la incidencia de las fuentes de este. También señala que en el Documento CONPES 3107 se establecen como criterios de asignación de riesgos los siguientes: (i) que se asignen a la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y/o b) que se asignen a la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación.

En el mismo sentido, señaló la parte Convocante que la Ley 1150 de 2007, expedida el 16 de julio de 2007, dispone en su artículo 4º que *“los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.”* Igualmente señala que los estudios y documentos previos que conforman los documentos definitivos que sirven de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones deben contar con el soporte que permita la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que pudieran afectar el equilibrio económico

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

del contrato, según lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 3° del Decreto 2474 de 2008, vigente al momento de la celebración del Contrato de Concesión.

Así las cosas, en parecer del Convocante, el Ente Gestor desatendió los lineamientos dispuestos en el documento CONPES 3107 de 2001 a lo largo del proceso licitatorio LP-TMSA-004-2009 por cuanto no realizó la asignación de riesgos teniendo en cuenta la parte que estaba en una mejor posición para evaluarlos controlarlos y administrarlos, así como tampoco a la parte que disponía de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación de estos.

En su alegato de conclusión, la Parte Convocante señaló que las disposiciones transcritas en la pretensión sexagésima segunda son asignaciones indeterminadas de riesgo que convierten al contratista en el responsable de un ofrecimiento de extensión ilimitada, y que le imponen obligaciones de imposible cumplimiento.

En parecer de TRANZIT, TRANSMILENIO abusó de su posición como determinador de la forma contractual suscrita al otorgarle a la entidad ventajas o prerrogativas excesivas, y al imponerle al Concesionario cargas, obligaciones y gravámenes injustificados. Por lo anterior, la Parte Convocante considera que las acciones de TRANSMILENIO constituyen un detrimento al principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual.

Así las cosas, la Parte Convocante alega que las disposiciones en cuestión son, o bien ineficaces por disposición expresa del artículo 24, numeral 5, literal f de la Ley 80 de 1993, o bien nulas por ser violatorias de las siguientes disposiciones: (i) Constitución Política, artículos 83, 90, 95 y 209; (ii) Ley 80 de 1993, artículos 3, 4 (numerales 3, 8 y 9), 24 (numeral 5, literales a, b, c, d, e, y f, 27, 28 y 50); (iii) Código de Comercio, Artículo 830; (iv) Ley 1150 de 2007, Artículo 4; Decreto 423 de 2001, Artículos 15 a 18.

Específicamente, y frente a los cargos de nulidad o ineficacia de cláusulas en específico, expuso lo siguiente:

- Frente a la nulidad o ineficacia de los apartes subrayados en el Numeral 17.1.21 de la Cláusula 17

La Parte Convocante alega que el párrafo subrayado es nulo por ser violatorio de las normas señaladas con anterioridad, o ineficaz por disposición expresa del artículo 24, numeral 5, literal F de la Ley 80 de 1993.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

TRANZIT manifiesta que en el trámite se demostró que los operadores de los vehículos que prestan el servicio zonal no tienen incidencia o control sobre el pago del servicio por parte de los usuarios. Señalaron que esto se debe a que, por una parte, los conductores tienen prohibido interactuar con los pasajeros, y por otra, la agresividad de los pasajeros impide cualquier clase de requerimiento o reproche en caso de evasión de la tarifa. TRANZIT también señaló que no puede responder por los mecanismos de control de acceso al vehículo, pues el Concesionario no los seleccionó, diseñó, instaló, ni los opera.

Por lo anterior, en parecer de la Parte Convocante el aparte subrayado de esta cláusula se convierte en un eximente de responsabilidad para el Ente Gestor, siendo este quien debe asumir la responsabilidad por ser el determinador de todos los aspectos asociados a los mecanismos de validación.

- Frente a la nulidad o ineficacia de los apartes subrayados en la Cláusula 42

La Parte Convocante alega que el aparte subrayado es nulo por ser violatorio de las normas señaladas con anterioridad, o ineficaz por disposición expresa del artículo 24, numeral 5, literal F de la Ley 80 de 1993.

En parecer de TRANZIT, el Concesionario fue llevado a asumir un ofrecimiento de extensión ilimitada que no se circunscribía únicamente a la Matriz de Riesgos del Contrato, al estipularse en esta cláusula que el Concesionario asumiría *“todos los demás (riesgos) que se desprenden de las obligaciones del CONCESIONARIO o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este Contrato.”*

También señala la Parte Convocante que la última oración de la cláusula implica una renuncia a reclamaciones por parte del Concesionario. En parecer de TRANZIT, esto se debe dado que en la cláusula en cuestión se señaló que TRANSMILENIO asumiría únicamente aquellos riesgos expresamente previstos bajo su cargo en el Contrato de Concesión, sin contemplarse, por ejemplo, la posibilidad de que el Concesionario reclame incluso por los riesgos imprevisibles que se concreten.

- Frente a la nulidad o ineficacia de los apartes subrayados en la Cláusula 115

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

La Parte Convocante alega que el aparte subrayado es nulo por ser violatorio de las normas señaladas con anterioridad, o ineficaz por disposición expresa del artículo 24, numeral 5, literal F de la Ley 80 de 1993.

La Parte Convocante señaló que no es posible dotar de validez a una cláusula que se refiera a la asignación de riesgos del contrato cuando la matriz de riesgos misma contiene defectos. En este sentido, señala que al adolecer de vicios la Matriz de Riesgos, las disposiciones señaladas deberán ser declaradas como ineficaces o nulas por la violación de normas legales de carácter taxativo.

- Frente a la nulidad o ineficacia de la Cláusula 118

La Parte Convocante alega que el aparte subrayado es nulo por ser violatorio de las normas señaladas con anterioridad, o ineficaz por disposición expresa del artículo 24, numeral 5, literal F de la Ley 80 de 1993. La Cláusula cuya nulidad o ineficacia se invoca está compuesta por tres párrafos, frente a los cuales se ha pronunciado la Parte Convocante de manera específica, como se describe a continuación.

Frente al primero, TRANZIT señaló que no es posible dotar de validez una disposición contractual –la Matriz de Riesgos– que adolece de vicios.

En cuanto al segundo, TRANZIT señaló que dicha disposición implica la renuncia a una reclamación que ni siquiera está asociada a la matriz de riesgos del Contrato de Concesión. En este sentido, TRANZIT considera que TRANSMILENIO incorporó una disposición que termina convirtiendo al contrato de concesión en un ofrecimiento de extensión ilimitada a cargo del Concesionario.

Finalmente, señala la Parte Convocante que el tercer párrafo contradice otras disposiciones contractuales en virtud de las cuales se reconoce la coexistencia del Contrato de Concesión con todos los demás contratos de concesión del Sistema Integrado de Transporte Masivo. Teniendo en cuenta lo anterior, y que el Sistema debe ser en principio un Sistema Integrado, encuentra la Parte Convocante que la disposición resulta en una interpretación aislada de las obligaciones y derechos de TRANZIT, traduciéndose en una limitación a sus derechos.

- Frente a la nulidad o ineficacia de la Cláusula 119-2

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La Parte Convocante alega que la Cláusula 119-2 es ineficaz por disposición expresa del artículo 24, numeral 5, literal f de la Ley 80 de 1993, o nulo por ser violatorio de las normas señaladas.

En este sentido, TRANZIT señaló que la disposición en cuestión es una limitación a la responsabilidad de TRANSMILENIO al regular y contener limitaciones adicionales a la de la asignación de riesgos.

Posición de la parte convocada

La parte convocada manifestó que se oponía a esta pretensión. Frente a este punto señaló que las causales de nulidad de los contratos estatales son aquellas previstas en el artículo 44 de la ley 80 de 1993, y aquellas previstas para el derecho común sin que se observe tipificación de alguna de ellas en el caso del contrato de concesión No. 011 de 2010.

Igualmente, interpuso la excepción denominada “3.35 *Inexistencia de nulidad del contrato o de algunas de sus cláusulas*”, en la cual alegó que la pretensión en cuestión resulta totalmente improcedente toda vez que no es posible verificar la configuración de causal de nulidad alguna.

Señaló que el contrato de concesión No. 011 de 2010 se celebró por la sociedad y por la entidad, ambas jurídicamente capaces para contraer un acuerdo de voluntades, y que no mediaba una situación de causal de inhabilidad o incompatibilidad. También alegó que no existe acreditación respecto de la configuración de una causa u objeto ilícito, toda vez que ni existió interés indebido en la celebración del contrato en mención, ni se contravino de manera manifiesta ni expresa el ordenamiento jurídico. También alegó que a la fecha, ni las partes, ni el Ministerio Público, de oficio, ha demandado la nulidad del acto de adjudicación del contrato de concesión No. 011 de 2010, ni este ha sido objeto de pronunciamiento por autoridad judicial alguna y que en el acta de adjudicación del Contrato se verifica que se dio cumplimiento a las normas de tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras, por lo cual tampoco es procedente verificar esta situación como causal de nulidad del contrato objeto de este proceso.

Concluye la convocada que, a la luz de lo anterior, es posible concluir que la pretensión formulada es improcedente, por cuanto no se configura una causal de nulidad del contrato estatal.

En su alegato de conclusión la Parte Convocada reitera que en el caso bajo estudio no se configura ninguna de las causales de nulidad del contrato estatal, por lo cual es improcedente la pretensión 63, planteada por TRANZIT.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público señaló que no considera que se hayan configurado las nulidades pretendidas por TRANZIT, bien sea por las normas del derecho común o en las específicamente señaladas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Al respecto señaló que

“Extraña esta Agente del Ministerio Público, la invocación de una o varias causales, bajo las cuales se sustenten las pretendidas nulidades contractuales, bien sea en normas del derecho común o en las específicas del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

No obstante lo anterior, frente las nulidades pretendidas por el demandante, no encuentra el Ministerio Público que se configure alguna causal que lleve al Tribunal de Arbitramento a declarar tales nulidades.”

Consideraciones del Tribunal

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente sobre la nulidad e ineficacia sobre las cláusulas de un contrato estatal, este Tribunal procederá a resolver las pretensiones relativas a la nulidad e ineficacia presentadas en la demanda principal.

El Tribunal procederá a realizar el análisis de la configuración de la nulidad por objeto ilícito o contra expresa prohibición Constitucional o legal, y/o de la ineficacia, con respecto a las estipulaciones contractuales señaladas por la Parte Convocante.

a. Nulidad por actos celebrados *“contra expresa prohibición constitucional o legal”*

No encuentra este Tribunal que las cláusulas 17.1.21, 42, 115, 118, 119-2 sean nulas por haberse celebrado *“contra expresa prohibición constitucional o legal.”*

En efecto, la Parte Convocante señala en sus alegatos de conclusión que las estipulaciones en cuestión son violatorias de las siguientes disposiciones: (i) Constitución Política, artículos 83, 90, 95 y 209; (ii) Ley 80 de 1993, artículos 3, 4 (numerales 3, 8 y 9), 24 (numeral 5, literales a, b, c, d, e, y f, 27, 28 y 50; (iii) Código de Comercio, artículo 830; (iv) Ley 1150 de 2007, artículo 4; Decreto 423 de 2001, artículos 15 a 18. También señala que la estipulación señalada de los Estudios Previos es violatoria del artículo 18 del Código Civil.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Todas estas cláusulas fueron objeto de estudio de este Tribunal, con el fin de determinar si, primero, las normas invocadas por la convocante contenían una expresa prohibición constitucional o legal, y si, segundo, esas estipulaciones eran contrarias a dicha expresa prohibición constitucional o legal.

Tras haber estudiado las disposiciones señaladas por la Parte Convocante, las normas indicadas de la Constitución Política de 1993, Código de Comercio, Ley 1150 de 2007, y del Decreto 423 de 2001 no contienen una expresa prohibición constitucional o legal, y en ese sentido las estipulaciones señaladas no son nulas por haberse celebrado *“contra expresa prohibición constitucional o legal.”*

Ahora bien, a juicio de este Tribunal los literales e) y f) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 sí contienen de manera clara una expresa prohibición legal, pero la sanción que impone la norma es la ineficacia, y no la nulidad.

b. Nulidad por *“objeto ilícito”*

No encuentra este Tribunal que las cláusulas 17.1.21, 42, 115, 118, 119-2 sean nulas por *“objeto ilícito.”*

En efecto, la Parte Convocante señala en sus alegatos de conclusión que las estipulaciones en cuestión son violatorias de las siguientes disposiciones: (i) Constitución Política, artículos 83, 90, 95 y 209; (ii) Ley 80 de 1993, artículos 3, 4 (numerales 3, 8 y 9), 24 (numeral 5, literales a, b, c, d, e, y f, 27, 28 y 50; (iii) Código de Comercio, artículo 830; (iv) Ley 1150 de 2007, artículo 4; Decreto 423 de 2001, artículos 15 a 18. Así las cosas, este Tribunal analizó las disposiciones en cuestión con el fin de determinar si, primero, la norma contenía un mandato imperativo o una prohibición legal, y segundo, si la cláusula o estipulación en cuestión contraría el mandato o prohibición.

En este sentido, la transgresión del orden público, característico de la nulidad por objeto ilícito, se produciría si las estipulaciones señaladas violaban una norma que prohíbe, o cuando no observaran o desatendieran la norma que ordena.

Por un lado, el aparte señalado de la cláusula 17.1.21 de la Cláusula 17 se refiere a que al Concesionario le corresponderá responder por la evasión del pago de la tarifa al usuario que se genere con ocasión del comportamiento de los conductores que ha contratado por su empresa y en general por todos los mecanismos de control de acceso al vehículo. No encuentra el Tribunal que esta estipulación contravenga el orden público, y específicamente no encuentra el concepto de violación frente a las normas señaladas. En todo caso, esta estipulación es válida,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

clara y fue aceptada por el Concesionario al firmar el Contrato de Concesión. Por lo anterior, el cargo de nulidad de esta cláusula no tendrá vocación de prosperar.

En el mismo sentido, la cláusula 42 indica que el valor efectivo del contrato remunera la asunción de los riesgos pactados, junto con aquellos que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza del contrato, salvo por lo expresamente previsto en el mismo a cargo de TRANSMILENIO S.A. No encuentra el Tribunal que esta estipulación contravenga el orden público, y específicamente no encuentra el concepto de violación frente a las normas señaladas por la Parte Convocante. En todo caso, esta estipulación es válida, clara y fue aceptada por el Concesionario al firmar el Contrato de Concesión. Por lo anterior, el cargo de nulidad de esta cláusula no tendrá vocación de prosperar.

Por otro lado, no encuentra este Tribunal que el aparte señalado de la cláusula 115 contravenga el orden público, y específicamente no encuentra el concepto de violación de las normas señaladas. Este apartado, consistente en que las partes asuman los efectos derivados de la materialización de los riesgos tipificados, estimados y asignados, es realmente el efecto natural de una asignación de riesgos, y de lo contrario la asignación de riesgos no tendría una justificación práctica. Ahora bien, es importante resaltar que la asignación de riesgos se debe realizar en torno a riesgos previsibles, y que en todo caso las situaciones extraordinarias que surjan con posterioridad a la celebración del contrato, que sean imprevistas o imprevisibles, ajenas a las partes (teoría de la imprevisión) o imputables a la actuación legal de la administración (en el caso del hecho del príncipe) o que correspondan al incumplimiento de una de las partes del Contrato puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de manera que impidan su ejecución o la tornen más onerosa para la parte afectada, dando lugar al restablecimiento del equilibrio económico. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal no considera que el apartado de esta cláusula sea nulo por objeto ilícito.

Adicionalmente, la cláusula 118 del Contrato señala que las partes aceptan expresamente la tipificación, estimación y distribución de riesgos contenida en la Matriz de Riesgos del Contrato, y que cualquier costo sobrecosto, indemnización o reconocimiento a cualquier título que pudiera generarse por la realización de los mismos lo entienden plenamente recompensado a través de la explotación económica del servicio público del transporte del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá. También señala que, por lo anterior, el Concesionario no podrá solicitar ningún tipo de compensación, reclamación o ajuste, derivados del desarrollo, ejecución o interpretación del presente contrato o de la asignación de riesgos que le corresponda. Finalmente, señala la cláusula que el Concesionario reconoce que, para efectos de su remuneración y equilibrio económico, el Contrato

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

es único y autónomo y no se complementa ni interpreta con otros Contratos de Concesión y operación del Sistema Integrado de transporte Público de Bogotá como fuente de limitación y aumento de obligaciones o derechos. Pues bien, No encuentra el Tribunal que esta estipulación contravenga el orden público, y específicamente no encuentra el concepto de violación frente a las normas señaladas. En todo caso, esta estipulación es válida, clara y fue aceptada por el Concesionario al firmar el Contrato de Concesión. Por lo anterior, el cargo de nulidad de esta cláusula no tendrá vocación de prosperar.

Por otro lado, la cláusula 119-2 se refiere a los riesgos en la implementación del Sistema, asignándolos al Concesionario salvo cuando dicho retraso se materialice con ocasión del ingreso de vehículos nuevos al servicio, a petición del Ente Gestor, seis meses antes de la entrada en operación y la efectiva vinculación al sistema, por parte del Concesionario, sin que puedan operar. No encuentra el Tribunal que esta estipulación contravenga el orden público, y específicamente no encuentra el concepto de violación frente a las normas señaladas. En todo caso, esta estipulación es válida, clara y fue aceptada por el Concesionario al firmar el Contrato de Concesión. Por lo anterior, el cargo de nulidad de esta cláusula no tendrá vocación de prosperar.

c. Ineficacia

Este Tribunal encuentra que, en los términos señalados en este laudo, las cláusulas señaladas por la Parte Convocante no son ineficaces.

En efecto, la Parte Convocante señala en sus alegatos de conclusión que las estipulaciones en cuestión son violatorias del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Por un lado, el aparte señalado de la cláusula 17.1.21 de la Cláusula 17 se refiere a que al Concesionario le corresponderá responder por la evasión del pago de la tarifa al usuario que se genere con ocasión del comportamiento de los conductores que ha contratado por su empresa y en general por todos los mecanismos de control de acceso al vehículo. No encuentra este Tribunal que la estipulación en cuestión se trate de un eximente de responsabilidad para el Ente Gestor en los términos señalados en el inciso d) del numeral 50 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Para este Tribunal, esta estipulación es válida, clara y fue aceptada por el Concesionario al firmar el Contrato de Concesión. Por lo anterior, lo que se estipuló fue la asignación de este riesgo a cargo del Concesionario, y no la exención de responsabilidad de la entidad derivada de datos, informes o documentos suministrados en el proceso de selección. Teniendo en cuenta lo anterior, el cargo de ineficacia de esta cláusula no tendrá vocación de prosperar.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En el mismo sentido, la cláusula 42 indica que el valor efectivo del contrato remunera la asunción de los riesgos pactados, junto con aquellos que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza del contrato salvo por lo expresamente previsto en el mismo a cargo de TRANSMILENIO S.A.

Este Tribunal no considera que esta estipulación consista en una extensión de responsabilidad ilimitada para el Concesionario, ni una renuncia por este a formular reclamaciones ni una vulneración a lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. El Concesionario deberá asumir la materialización de los riesgos que se encuentran bajo su cargo, los cuales se encuentran definidos de manera explícita. Esto también implica que la materialización de cualquier riesgo que (i) no haya sido asignado al Concesionario en la matriz de riesgos, (ii) corresponda a un incumplimiento contractual de la entidad, (iii) se configure por el hecho del príncipe (iv) o por la teoría de la imprevisión, y que se encuentre debidamente probado, no es responsabilidad del Concesionario en el sentido en que no es quien está llamado a mitigarlo. En este caso, si se produce una alteración del equilibrio económico del contrato con ocasión los supuestos mencionados, se podrá solicitar su restablecimiento siempre que se cumplan con los supuestos para ello.

Por otro lado, no encuentra este Tribunal que el aparte señalado de la cláusula 115 sea ineficaz. Como se señaló con anterioridad, este apartado, consistente en que las partes asuman los efectos derivados de la materialización de los riesgos tipificados, estimados y asignados, es realmente el efecto natural de una asignación de riesgos, y de lo contrario la asignación de riesgos no tendría una justificación práctica. Como se ha mencionado, la asignación de riesgos se debe realizar en torno a riesgos previsible, y cuando la materialización del riesgo exceda los límites de asunción de quien lo asumió, podrá estarse ante la ruptura del equilibrio económico del contrato. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal no considera que el apartado de esta cláusula sea ineficaz por contravenir el numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Adicionalmente, la cláusula 118 del Contrato señala que las partes aceptan expresamente la tipificación, estimación y distribución de riesgos contenida en la Matriz de Riesgos del Contrato, y que cualquier costo, sobre costo, indemnización o reconocimiento a cualquier título que pudiera generarse por la realización de los mismos lo entienden plenamente recompensado a través de la explotación económica del servicio público del transporte del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá. También señala que, por lo anterior, el Concesionario no podrá solicitar ningún tipo de compensación, reclamación o ajuste, derivados del desarrollo, ejecución o interpretación del presente contrato o de la asignación de riesgos que le corresponda. Finalmente, señala la cláusula que el Concesionario

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

reconoce que, para efectos de su remuneración y equilibrio económico, el Contrato es único y autónomo y no se complementa ni interpreta con otros Contratos de Concesión y operación del Sistema Integrado de transporte Público de Bogotá como fuente de limitación y aumento de obligaciones o derechos.

Este Tribunal no considera que esta estipulación consista en una renuncia a formular reclamaciones por parte del Concesionario ni una vulneración a lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. El Concesionario deberá asumir la materialización de los riesgos que se encuentran bajo su cargo, los cuales se encuentran definidos de manera explícita. Esto también implica que la materialización de cualquier riesgo que (i) no haya sido asignado al Concesionario en la matriz de riesgos, (ii) corresponda a los actos y hechos de la administración – hecho del príncipe y potestad ius variandi–, o (iii) los factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación, y que se encuentre debidamente probado, no es responsabilidad del Concesionario en el sentido en que no es quien está llamado a mitigarlo. En este caso, si se produce una alteración del equilibrio económico del contrato con ocasión los supuestos mencionados, se podrá solicitar su restablecimiento siempre que se cumplan con los supuestos para ello.

Finalmente, la cláusula 119-2 se refiere a los riesgos en la implementación del Sistema, asignándolos al Concesionario salvo cuando dicho retraso se materialice con ocasión del ingreso de vehículos nuevos al servicio, a petición del Ente Gestor, seis meses antes de la entrada en operación y la efectiva vinculación al sistema, por parte del Concesionario, sin que puedan operar. En el caso en específico, la parte demandante alega que la cláusula en cuestión es una limitación a la responsabilidad de TRANSMILENIO, teniendo en cuenta que se están regulando e incluyendo limitaciones adicionales a las previstas en la asignación de riesgos. Pero en realidad, este Tribunal no encuentra que la Parte Convocante haya señalado la razón por la cual considera que en esta estipulación se esté regulando o incluyendo limitaciones adicionales a las previstas en la asignación de riesgos.

Tampoco encuentra este Tribunal que a plena vista la regulación o inclusión de limitaciones adicionales a las previstas en la asignación de riesgos en el Contrato configure una causal de ineficacia absoluta, especialmente porque con la suscripción del Contrato la parte aceptó la asignación de este riesgo. En atención a lo dispuesto con anterioridad, este Tribunal considera que esta cláusula no es ineficaz.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Pretensión sexagésima tercera

“Sexagésimo tercero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió su deber de gestión en su condición de Ente Gestor del Sistema, al no haber tomado las medidas correctivas necesarias derivadas de la significativa reducción de la velocidad comercial respecto de la que fue tomada en cuenta en el diseño operacional del Sistema en la Licitación Pública No. 004 de 2009.

Subsidiaria de la Pretensión Sexagésima tercera. Que se declare que la significativa reducción de la velocidad comercial respecto de la que fue tomada en cuenta en el diseño operacional del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) en la Licitación Pública TMSA-004-2009, constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que alteró el equilibrio económico del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

Posición de la parte convocante

La parte convocante señaló en la reforma de la demanda principal que los estudios previos de la Licitación Pública del Contrato de Concesión no previeron que el inicio de la operación del sistema sería seis años después de la fecha de los datos de los estudios previos, y que, teniendo en cuenta el comportamiento observado en el sistema, la velocidad comercial seguiría afectándose. En ese sentido, la parte convocante consideró que

“fue una falta de previsión de TRANSMILENIO el no tener en cuenta dentro de la tarifa por kilómetro – TKMZ que remuneraría a TRANZIT, que la velocidad iría disminuyendo con el paso de los años. Así entonces, TRANZIT ha tenido que soportar, como se verá más adelante, los perjuicios de la pérdida de velocidad comercial por estudios que reflejaban la velocidad existente seis (6) años antes del inicio de su operación.”¹⁵⁰

Señaló la convocante que la velocidad de operación no solo no se ha mantenido, sino que ha disminuido desde la estructuración de la licitación de 21 kilómetros por hora a 18 kilómetros por hora, lo que se reduce a una caída del quince por ciento (15%).

También manifestó que uno de los factores que ha afectado la velocidad comercial de la ciudad es la permanencia inesperada del Transporte Público Colectivo (TPC),

¹⁵⁰ Reforma de la Demanda Principal. Hecho 1085. Página 205.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

el cual cuenta con una mayor velocidad comercial que el SITP debido a que no funciona con paradas obligatorias y los controles en la operación son mucho menores.

Manifestó que otro de los factores que ha afectado la velocidad comercial de la ciudad es el estado de la malla vial, las cuales han alterado los tiempos de ciclo o frecuencia y, además, genera mayores costos de mantenimiento y estado de los vehículos.

Para la parte convocante, la velocidad comercial de la ciudad es determinante pues está relacionada con los mayores costos de operación y con los menores ingresos para el Concesionario. Al respecto, señaló que:

“Por un lado, la pérdida de velocidad comercial implica menos kilómetros recorridos y menos pasajeros transportados durante los periodos de operación. Pero, además, la pérdida de velocidad comercial también genera mayores costos derivados de la necesidad de utilizar mayores recursos de buses y conductores, que constituyen los mayores costos de operación, lo cual acarrea mayores costos de mantenimiento, combustible, pago a operadores entre otros.”¹⁵¹

Otra de las repercusiones que a juicio del convocante ocasionó la reducción de la velocidad comercial es la obligación de contratar más conductores o emplearlos por horas extra, incrementando los costos de operación para el Concesionario. Sobre este punto señaló que TRANZIT pagó más de 736.603 horas extras entre enero del 2013 y junio del 2017 por efectos de la reducción de la velocidad de operación y su incidencia en los tiempos de viaje.

También manifestó que, en relación con el mayor consumo de combustible derivado de la reducción de la velocidad de operación, que existe una afectación para el Concesionario por un concepto de quinientos ochenta mil trescientos cincuenta galones adicionales de combustible entre enero de 2014 y mayo de 2017.

En este sentido, para la parte convocante manifestó que:

“TRANSMILENIO como Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, incumplió por un lado sus deberes legales y contractuales al no haber previsto en la Licitación Pública, todos los factores que derivarían en la pérdida de velocidad comercial de manera que se incluyeran estas circunstancias dentro de los ajustes periódicos de la tarifa y, por otro lado, su

¹⁵¹ Reforma de la Demanda Principal. Hecho no. 1101. Página 207.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

obligación de supervisión y control, al no haber tomado las medidas necesarias para ajustar la tarifa.”¹⁵²

En sus alegatos de conclusión TRANZIT reiteró que la velocidad comercial se ha reducido notablemente, y que esto se debe a la falta de una malla vial adecuada, a la falta de medidas de gestión de tráfico, y a la presencia de vehículos TPC. En este sentido, consideró que:

“TRANSMILENIO incumplió sus deberes legales y contractuales al no haber previsto en la Licitación Pública, todos los factores que derivarían en la pérdida de velocidad comercial del sistema y al no haber tomado las medidas necesarias, desde sus competencias y relación con las Autoridades Distritales, para combatirlos cuando estos se presentaron.”¹⁵³

Frente a la pretensión subsidiaria señaló que:

“la reducción de la velocidad comercial resulta ajena y no imputable al Concesionario, en la medida en que las causas que dieron origen a la misma, tales como el mal estado de la malla vial, la falta de implementación de medidas adecuadas de gestión de tráfico y continuidad de operación del Transporte Público Colectivo, ostentan esas mismas condiciones.

“En primer lugar, respecto del mal estado de la malla vial, se ha acreditado suficientemente el carácter ajeno y no imputable que tiene esta situación para el Concesionario, pues se ha probado que evitar o controlar este fenómeno esta por fuera de la órbita de control del concesionario.

“En el caso del mal estado de la malla vial, se ha acreditado suficientemente que para el Concesionario y sus empleados es imposible intervenir o modificar este fenómeno dado que el Concesionario no cuenta ni con elementos materiales ni con competencia legal o administrativa para intervenir la malla vial de la zona donde efectúa su operación.”¹⁵⁴

Señaló también que el Concesionario no puede tomar ninguna medida para intervenir la malla vial del Sistema, ni las medidas de gestión de tráfico ni a la operación del SITP provisional, dado que esto se encuentra por fuera de su órbita de control, y que dichos factores son un evento no imputable al Concesionario, pues no son consecuencia de su acción u omisión y que por el contrario son causa directa

¹⁵² Reforma de la Demanda Principal. Hecho No. 1116. Página 211.

¹⁵³ Alegatos de Conclusión presentados por Tranzit. Página 464.

¹⁵⁴ Alegatos de Conclusión presentados por Tranzit. Página 468.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

de la falta de gestión de la administración distrital y el acompañamiento por parte de TRANSMILENIO.

También manifestó que la reducción de la velocidad comercial resultó del todo imprevisible. Al respecto señaló que:

“[i]nicialmente el carácter imprevisible de la reducción de la velocidad comercial queda acreditado a partir de que TRANSMILENIO, en la estructuración de la matriz de riesgos de la Licitación Pública No. LP-TMSA-004-2009, no incluyó en ningún aparte, como riesgo previsible, la disminución o reducción de la velocidad de operación del Sistema, sugiriendo entonces, que esta situación no había sido contemplada o prevista por la entidad.” ¹⁵⁵

Finalmente, la parte convocante consideró que:

“[a]hora bien, de acuerdo a lo anteriormente referido resulta evidente que la reducción de la velocidad comercial constituye un evento ajeno, no imputable e imprevisto para el concesionario, que es en sí mismo un evento generador de numerosos perjuicios para el mismo, que serán abordados con mayor detalle en los apartes relativos a la tarifa y en las pretensiones de condena relativas a la velocidad comercial, pero que en todo caso no debe soportar. Dichos perjuicios han causado tal afectación al Concesionario que dan lugar a la existencia de un desequilibrio económico en el contrato, que debe ser restablecido por la entidad estatal en los términos del artículo 10 de la Ley 80 de 1993. En ese orden de ideas la pretensión subsidiaria de la sexagésimo tercera debe estar llamada a prosperar.” ¹⁵⁶

Posición de la parte convocada

En la contestación a la reforma de la demanda principal, la parte convocada señaló que se oponía a esta pretensión. Al respecto señaló que:

“[e]n los estudios previos y en el cuarto de datos de la licitación se encontraban todos los elementos que permitían a los proponentes construir sus modelos para cada una de las zonas. Todos eran estimados, indicativos, referenciales, pues nadie mejor que los entonces potenciales oferentes conocían las circunstancias de transporte en la ciudad, al fin de al cabo eran los exclusivos prestadores de este servicio. Eran ellos quienes se encontraban en mejor disposición de evaluar, controlar y administrar esos riesgos, y quienes

¹⁵⁵ Alegatos de Conclusión presentados por Tranzit. Página 469.

¹⁵⁶ Alegatos de Conclusión presentados por Tranzit. Página 471.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

disponían de mejores medios para la protección, mitigación y/o diversificación.”¹⁵⁷

En este sentido, la parte convocante señala que el Concesionario conoció y aceptó las condiciones particulares y difíciles del tráfico de la ciudad. También manifestó que:

“[l]as proyecciones contenidas en el anexo técnico son estimaciones de la demanda y las características operacionales del SITP, a lo largo de la operación del SITP. Esta evaluación obedece a resultados del modelo de transporte para los años 2011 (Arranque SITP), 2013, 2015 y 2018, con el fin de determinar la oferta base requerida por ruta. Sin embargo, los proponentes debían realizar sus propios cálculos y proyecciones para presentar su propuesta sobre la base de un examen cuidadoso de las características del negocio.”¹⁵⁸

En sus alegatos de conclusión, la parte convocante señaló que las proyecciones contenidas en el Anexo Técnico son estimaciones de las características operacionales del sistema del SITP a lo largo de su operación, y que la evaluación obedeció a resultados del modelo de transporte para los años 2011, 2013, 2015 y 2018, con el fin de determinar la oferta base requerida por ruta. Precisó también que los proponentes debían realizar sus propios cálculos y proyecciones para presentar la oferta, y que estos se debían basar en un examen cuidadoso de las características del negocio.

También señaló que “[c]on la suscripción del Contrato, el Concesionario conoció y aceptó las condiciones particulares del tráfico de la ciudad”¹⁵⁹ y que TRANSMILENIO ha cumplido con su obligación contenida en la cláusula 24 del Contrato de Concesión, según la cual debía efectuar periódicamente ajustes en los tiempos de recorrido de las rutas y demás parámetros operativos, con el fin de mantener niveles de servicios acordes a la operación.

Posición del Ministerio Público

El Ministerio Público no se pronunció frente a esta pretensión.

¹⁵⁷ Contestación a la Reforma de la Demanda. Página 248-249.

¹⁵⁸ Contestación a la Reforma de la Demanda. Pagina 179.

¹⁵⁹ Alegatos de Conclusión de Transmilenio. Página 144.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Consideraciones del Tribunal

La pretensión en cuestión está encaminada a declarar el incumplimiento de TRANSMILENIO al no haber tomado las medidas correctivas necesarias derivadas de la significativa reducción de la velocidad comercial respecto de la que fue tenida en cuenta en el diseño operacional del Sistema en la Licitación Pública No. 004 de 2009.

Para la parte convocante, TRANSMILENIO ha incumplido con sus obligaciones consistentes en realizar las actividades de gestión y control del SITP, consignadas en la cláusula 24 del Contrato de Concesión, por no tomar las medidas necesarias frente a (i) la malla vial, (ii) la gestión de tráfico, especialmente con respecto al aumento en el parque automotor, y (iii) la permanencia inesperada del Transporte Público Colectivo. TRANZIT alega que dicho incumplimiento ha afectado (i) los mayores tiempos de recorrido, (ii) los intervalos de pasos de los pasajeros, (iii) la mayor cantidad de flota y conductores requeridos para la prestación del servicio, y (iv) la mayor cantidad de combustible requerido.

Este Tribunal ya se pronunció frente al supuesto incumplimiento de TRANSMILENIO por concepto de las actividades de gestión y control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal procederá a estudiar si TRANSMILENIO incumplió con su obligación contenida en la cláusula 24 del Contrato de Concesión por (i) no haber tomado las medidas necesarias para el mejoramiento de la malla vial, (ii) no haber realizado una adecuada gestión del tráfico, especialmente respecto al aumento en el parque automotor, y (iii) no haber realizado el desmonte del TPC.

Además de lo anterior, frente al estado de la malla vial es importante señalar que el riesgo de operación por la causa de “mayores costos por concepto del mal estado de la infraestructura vial” se le asignó al Concesionario de Operación, y que consiste en “*el efecto económico originado por el mal estado de las vías.*” En la sección de observaciones de este riesgo se señaló que:

“La asignación del riesgo aquí aludida hace referencia exclusivamente a las estimaciones económicas que debe realizar el concesionario respecto al impacto es 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.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

El mantenimiento de la infraestructura vial de la ciudad es una responsabilidad del Distrito.” (Subraya del Tribunal).

En este sentido, el Concesionario declaró haber conocido y analizado el estado de la malla vial al momento de la fijación de las fórmulas de remuneración por zona, y aceptó voluntariamente la asignación de este riesgo, el cual, además, fue catalogado como “ALTO.” De otra parte, la misma matriz señaló que “*el mantenimiento de la infraestructura vial de la ciudad es una responsabilidad del Distrito*”, y que, en ese sentido, la función de mantener la infraestructura no estaba a cargo de TRANSMILENIO, ni estaba bajo su control. Ello implica que para el Concesionario era claro, desde el propio proceso de selección, que la obligación de mantenimiento de la infraestructura vial de la ciudad no estaba a cargo de TRANSMILENIO, sino más bien del Distrito, y que, en ese sentido, la falta de mantenimiento futuro de la infraestructura vial no podría ser atribuible a un incumplimiento del Ente Gestor, básicamente porque dicha labor de mantenimiento no era una obligación de TRANSMILENIO, son del Distrito. En consecuencia, este Tribunal considera que TRANSMILENIO no ha incumplido con la obligación contenida en la cláusula 24 del Contrato de Concesión, por concepto del mal estado de la malla vial.

Por otra parte, frente a la gestión del tráfico, que, en parecer de la convocante está a cargo de TRANSMILENIO, es importante señalar que, según la Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión, el riesgo de operación por causa de “*mayores egresos que los previstos. Costo de operación mayor al previsto. Mayores costos de personal, chatarrización*” le fue asignado al Concesionario de Operación y se señaló que este riesgo 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.*” Así mismo, en la sección de observaciones de la Matriz, se señaló que:

“[e]n consecuencia, 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.”

En estos términos, se declarará que prospera la excepción de mérito formulada por Transmilenio denominada “3.12 *Tranzit asumió el riesgo de operación por mayores*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

costos que pudieran presentarse frente a los estimados y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia.”

En este sentido, si bien no ha habido una asignación de riesgos específica frente al incremento del parque automotor, a cargo del Concesionario, como ya se ha mencionado en otro aparte de este laudo, el pliego de condiciones exigía que los oferentes del proceso de selección, al momento de presentar su oferta, e incluso al suscribir el Contrato, hubieran efectuado los estudios y análisis necesarios para conocer las condiciones del negocio, y, en este caso, para estimar el aumento en el parque automotor y el patrón que con el transcurso de los años se había proyectado con respecto a la velocidad comercial por este factor. En este sentido, este Tribunal considera que el aumento en el parque automotor debió haber sido estudiado por el Concesionario, para efectos de conocer las condiciones del negocio, y que su estudio era previsible en la medida en que la Matriz de Riesgos se previó que el riesgo operativo era asignado al concesionario.

En efecto, en el formulario de preguntas y respuestas del pliego de condiciones definitivo No. 41, el Ente gestor señaló que:

“[f]rente a la observación realizada sobre el supuesto de modelación de mantener la velocidad de transporte público constante para los escenarios 2013, 2015 y 2018, se aclara que este supuesto se argumenta bajo la premisa de considerar que se mantienen los niveles actuales de congestión en la ciudad para la hora pico (periodo crítico de diseño), esto no quiere decir que no vayan a ingresar más vehículos al parque automotor de la ciudad, pues claramente ingresarán, pero difícilmente podrán circular en hora pico bajo los niveles actuales de congestión que registra la ciudad. Ahora bien, los proponentes son responsables de hacer sus propios cálculos y supuestos en la estructuración de sus propuestas.”¹⁶⁰ (Subraya del Tribunal).

Además de lo anterior, es importante señalar que, en atención a lo dispuesto en el Decreto 567 de 2006, es función de la Secretaría Distrital de Movilidad:

“Formular y orientar las políticas sobre la regulación y control del tránsito, el transporte público urbano en todas sus modalidades, la intermodalidad y el mejoramiento de las condiciones de movilidad y el desarrollo de infraestructura vial y de transporte.”

En este sentido, no es cierto que TRANSMILENIO tenga, dentro de su control, la gestión del tráfico, pues quien es el llamado a formular y orientar las políticas sobre

¹⁶⁰ Formulario de preguntas y respuestas pliego de condiciones definitivo. No. 41.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

la regulación y control del tránsito, y el mejoramiento de las condiciones de movilidad es la Secretaría Distrital de Movilidad. En este sentido, este Tribunal considera que TRANSMILENIO no ha incumplido con la obligación contenida en la cláusula 24 del Contrato de Concesión, por concepto de la gestión del tráfico.

Frente al tercer concepto del supuesto incumplimiento, frente a la permanencia inesperada del TPC, este Tribunal ya se pronunció en la parte considerativa de las pretensiones vigésima octava y subsidiaria. En esta ocasión se señaló que TRANSMILENIO no incumplió sus obligaciones derivadas de la gestión, planeación y control del Sistema en su condición del Ente Gestor del mismo frente a la situación financiera y operativa de los Contratos de Concesión suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES – COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S. Consecuentemente, este Tribunal mantendrá la misma posición señalada en dicho aparte.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que no se demostró un incumplimiento por parte de TRANSMILENIO frente a lo señalado por la parte convocante, la pretensión sexagésima tercera no está llamada a prosperar.

Como quiera que no se abre paso a la pretensión sexagésima tercera de la demanda de TRANZIT, le corresponde a este Tribunal resolver la siguiente pretensión subsidiaria:

“Subsidiaria de la Pretensión Sexagésimo tercera. Que se declare que la significativa reducción de la velocidad comercial respecto de la que fue tenida en cuenta en el diseño operacional del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) en la Licitación Pública TMSA-004-2009, constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que alteró el equilibrio económico del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

La parte convocante pretende que se declare el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato por concepto de reducción de la velocidad comercial respecto de la que fue tenida en cuenta en el diseño operacional.

Cómo se ha señalado a lo largo de este laudo, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato podrá configurarse cuando actos o hechos de la administración –hecho del príncipe y potestad *ius variandi*– o factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual alteren la ecuación

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

financiera del mismo en forma anormal y grave, de manera que dificulten su ejecución o la tornen más onerosa para la parte afectada. ¹⁶¹

También ha señalado este Tribunal que, en materia de asignación de riesgos, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato no se podrá alegar cuando la causa generadora de la ruptura del equilibrio económico se enmarca en los linderos de la tipificación, valoración y asignación de riesgos. En este último caso, no se podrá alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato, teniendo en cuenta que la ocurrencia de dicho riesgo ya se cubrió en la respectiva matriz, y le corresponderá asumirlo a quien le haya sido asignado.

Frente a lo anterior, el Consejo de Estado señaló que:

“(…) 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 inició 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.” ¹⁶² (Subraya del Tribunal).

Este Tribunal considera que el deterioro de la malla vial y el aumento de tráfico con ocasión del aumento del parque automotor, que en parecer del convocante ocasionaron la reducción de la velocidad comercial, fueron riesgos válidamente asignados al Concesionario, y que, por lo mismo, su materialización se enmarca en los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación. En este sentido, no habría lugar a otorgar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por cuenta de la ocurrencia de estos riesgos, pues la misma matriz ya los cubrió y le corresponde al Concesionario su asunción. Teniendo en cuenta lo anterior, el

¹⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia No. 1998-083-02 del 13 de marzo de 2017. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁶² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (23 de marzo de 2017). Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente No. 51526.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

restablecimiento del equilibrio económico del Contrato no prosperará respecto de la reducción de la velocidad comercial por el mal estado de la malla vial ni por la gestión del tráfico.

Finalmente, si bien la parte convocante señala que el TPC goza de unas mejores condiciones de operación, en comparación al SITP, lo que no es claro, y lo que no se encuentra probado en este expediente, es que la existencia del TPC haya congestionado la ciudad de tal manera, que consecuentemente se haya producido, por este solo factor, una reducción de la velocidad comercial de TRANZIT. De hecho, en el mismo dictamen pericial técnico, realizado por Cal y Mayor y Asociados se hizo referencia al Reporte Anual de Movilidad 2015, realizado por el Observatorio de Movilidad, en el cual se señaló que:

“(…) el crecimiento en el tiempo de viaje en el transporte público puede estar influenciado en una disminución en las velocidades de viaje, generadas, entre otros factores por el cambio del pico y placa particular, el mal estado de la malla vial, el constante crecimiento del parque automotor privado.”¹⁶³

De la misma manera, en la página 166 del dictamen pericial realizado por Cal y Mayor y Asociados se concluyó que:

“En conclusión, la velocidad media de recorrido del transporte público en la ciudad ha decrecido de manera sostenida desde el momento de la licitación TMSA-LP-004-2009 hasta la fecha, como consecuencia de deficientes políticas distritales en materia de inversión en la malla vial y medidas para la gestión de tráfico.”¹⁶⁴

En este sentido, el Tribunal no considera que en el expediente se haya probado que la existencia del TPC, por sí sola, haya sido una causa determinante en la disminución de la velocidad comercial.

En los términos descritos en este acápite, se declarará que la pretensión sexagésima tercera subsidiaria no prospera.

Pretensiones sexagésima cuarta a octogésima sexta

En la reforma de la demanda, bajo esta denominación se agrupan las pretensiones 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, que se transcriben a continuación.

¹⁶³ Dictamen Pericial realizado por Cal y Mayor y Asociados. Página 160.

¹⁶⁴ Dictamen Pericial realizado por Cal y Mayor y Asociados. Página 166.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“Sexagésimo cuarto. Que se declare que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 309 de 2009 y la Cláusula 46 del Contrato, la Fijación y Actualización de la Tarifa al Usuario corresponde a una determinación de la Alcaldía Mayor de Bogotá, sin efectos económicos, derechos u obligaciones a favor o a cargo de TRANZIT S.A.S. y, por lo tanto, no afecta la remuneración del Concesionario.

“Sexagésimo quinto. Que se declare que, TRANZIT S.A.S. no está obligado a recibir un menor Valor de los Derechos de Participación del Concesionario, cuando el hecho generador provenga del incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. y/o de eventos ajenos y no imputables a TRANZIT S.A.S.

“Sexagésimo sexto. Que se declare nula, o que en su defecto no produce efecto alguno, la expresión “+ y demás gastos que no se consideran en la tarifa mensual por vehículo (TMVZk) ni en la tarifa por kilómetro (TKMZk)” de los Estudios Previos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009 (Pág. 42).

“Sexagésimo séptimo. Que se declare que la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) no remunera a TRANZIT S.A.S. el valor de los seguros de vehículos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, ni del seguro contra todo riesgo, todos estos previstos en la cláusula 143 del Contrato.

“Sexagésimo octavo. Que se declare que TRANZIT S.A.S. no está obligada a soportar la falta de reconocimiento del valor correspondiente a los seguros de vehículos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, así como el seguro contra todo riesgo.

“Sexagésimo noveno. Que se declare que el valor correspondiente a los seguros de vehículos de responsabilidad civil contractual y extracontractual así como el seguro contra todo riesgo, que el Concesionario está obligado a constituir de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 143 del Contrato, no ha sido remunerado a TRANZIT S.A.S. por eventos ajenos y no imputables al Concesionario, lo cual alteró el equilibrio del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

“Septuagésimo. Que se declare que la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) no remunera a TRANZIT S.A.S., la “Recuperación del costo de inversión por vehículo, equivalente a un pago uniforme mensual durante un

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

periodo de tiempo igual a su vida útil (12) años, con una tasa de rentabilidad sobre capital mínima de diez por ciento (10%)”.

“Septuagésimo primero. Que se declare que TRANZIT S.A.S. no está obligada a soportar la falta de reconocimiento del valor correspondiente a la “Recuperación del costo de inversión por vehículo, equivalente a un pago uniforme mensual durante un periodo de tiempo igual a su vida útil (12) años, con una tasa de rentabilidad sobre capital mínima de diez por ciento (10%)”.

“Septuagésimo segundo. Que se declare que la “Recuperación del costo de inversión por vehículo, equivalente a un pago uniforme mensual durante un periodo de tiempo igual a su vida útil (12) años, con una tasa de rentabilidad sobre capital mínima de diez por ciento (10%)”, no ha sido remunerada a TRANZIT S.A.S. por hechos ajenos y no imputables al Concesionario, lo cual alteró el equilibrio del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

“Septuagésimo tercero. Que se declare que el componente de la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) correspondiente a “Costo de arrendamiento de terminales” para la Operación Zonal es insuficiente para remunerar los costos reales de arrendamiento de los mismos.

“Septuagésimo cuarto. Que se declare que TRANZIT S.A.S. no está obligada a soportar el costo de arrendamiento de terminales para la Operación Zonal causado con posterioridad al 3 de noviembre de 2015, o en la oportunidad y condiciones que determine el Tribunal.

“Septuagésimo quinto. Que se declare que el costo de arrendamiento de terminales para la Operación Zonal causados con posterioridad al 3 de noviembre de 2015, o en la oportunidad que determine el Tribunal, que no ha sido remunerado de forma completa a TRANZIT S.A.S., corresponde a un evento ajeno y no imputable al Concesionario, que alteró el equilibrio del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

“Septuagésimo sexto. Que se declare que la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) no remunera de forma completa el valor de adquisición de vehículos usados, contenido en la tabla de la Proforma 8 – Estrategia de Participación, Sostenibilidad y Permanencia de Propietarios del Pliego de Condiciones y demás documentos aplicables.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“Septuagésimo séptimo. Que se declare que TRANZIT S.A.S. no está obligada a soportar los efectos del valor de adquisición de vehículos no remunerado de forma completa por la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ).

“Septuagésimo octavo. Que se declare que el valor de adquisición de vehículos usados no ha sido remunerado de forma completa a TRANZIT S.A.S. por la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ), por eventos ajenos y no imputables al Concesionario, lo cual alteró el equilibrio del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

“Septuagésimo noveno. Que se declare que la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) y la Tarifa Mensual por Kilómetro Zonal (TKMZ) no remuneran ni reflejan los costos relacionados con “los cambios en las especificaciones técnicas para los vehículos que se vinculen al SITP” por cambio de la flota de estándar de emisiones a Euro V.

“Octogésimo. Que se declare que la Tarifa por Pasajero Zonal (TPASZ) debe compensar el ingreso no percibido por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros hasta la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP), o en la oportunidad y condiciones que el Tribunal indique.

“Octogésimo primero. Que se declare que el componente denominado Costos de racionalización de la sobreoferta (Chatarrización) que hace parte de la Tarifa por Pasajero Zonal (TPASZ), no remunera de manera completa a TRANZIT S.A.S. por dicho concepto.

“Octogésimo segundo. Que se declare que TRANZIT S.A.S. no está obligada a soportar el valor no cubierto por la Tarifa por Pasajero Zonal (TPASZ) para remunerar los Costos de racionalización de la sobreoferta (Chatarrización).

“Octogésimo tercero. Que se declare que el componente denominado Costos de racionalización de la sobreoferta (Chatarrización) que hace parte de la Tarifa por Pasajero Zonal (TPASZ), no ha sido obtenido por TRANZIT S.A.S. por hechos ajenos y no imputables al Concesionario, lo cual alteró el equilibrio del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

“Octogésimo cuarto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no pagar la remuneración de TRANZIT S.A.S para el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

componente de alimentación, a partir del 27 de marzo de 2016, o de la oportunidad que el Tribunal determine, con base en la ‘Metodología de Cálculo de los Factores Límite’.

“Octogésimo quinto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales en su calidad de Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) al no controlar la validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal.

Subsidiaria de la Pretensión Octogésimo quinto. Que se declare que la falta de validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal, constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que alteró el equilibrio económico del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

“Octogésimo sexto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no haber adelantado oportunamente, el 20 de octubre de 2016, o en la oportunidad que el Tribunal determine, la revisión de tarifas y de la canasta de costos (coeficientes y porcentajes de ponderación) que integran la remuneración de TRANZIT S.A.S.”

Posición de la parte convocante

Sin perjuicio de lo que se señale respecto de cada grupo de pretensiones más adelante, para efectos de identificar los temas en particular que se plantean en este grupo de pretensiones, a continuación el Tribunal sintetiza lo que pretende la parte convocante, dejando la descripción de sus argumentos al desarrollar cada uno de los mencionados temas.

Estas pretensiones, en su conjunto, están encaminadas a que el Tribunal declare el derecho de la convocante a reclamar un mayor valor de la remuneración que en su favor (remuneración del concesionario), ha sido pactada en el Contrato N° 011 de 2010, en algunos casos mediante el pretendido reconocimiento de un mayor valor de las tarifas que le son aplicables, y en otros casos, mediante el pretendido reconocimiento de costos operativos que reclama no han sido contemplados dentro de dichas tarifas.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Como se ha hecho en la mayoría de las pretensiones de la demanda, la convocante pretende que los reconocimientos reclamados se hagan bien a título de incumplimiento de la convocada, bien a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, o bien como consecuencia de una declaración de nulidad o de ineficacia de determinadas cláusulas del Contrato N° 011 de 2010.

En primer lugar, la convocante pretende se declare que la Tarifa al Usuario no afecta la remuneración del concesionario (pretensión sexagésima cuarta).

En segundo lugar, pretende se declare que TRANZIT no está obligado a recibir un menor Valor de los Derechos de Participación del Concesionario, cuando el hecho generador provenga del incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de TRANSMILENIO y/o de eventos ajenos y no imputables a TRANZIT (pretensión sexagésima quinta).

En tercer lugar, pretende se declare nula, o ineficaz, una expresión de los estudios previos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, en relación con un componente de la tarifa mensual por vehículo (TMVZk) ni en la tarifa por kilómetro (TKMZk) (pretensión sexagésima sexta).

Las siguientes tres pretensiones de este grupo se refieren al *valor de los seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual, y el seguro contra todo riesgo* de la flota del concesionario, cuyo reconocimiento pretende el concesionario, bien sea como mayor valor de la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) (pretensión sexagésima séptima), o porque se declare que este costo no debe ser soportado por el concesionario (pretensión sexagésima octava), o porque se declare que es un hecho ajeno y no imputable al concesionario susceptible de restablecimiento del equilibrio económico del contrato (pretensión sexagésima novena).

Las siguientes tres pretensiones tratan del componente de la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) denominado *recuperación del costo de inversión por vehículo*, respecto del cual la convocante pretende su reconocimiento bien sea como mayor valor de la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) (pretensión septuagésima), o porque se declare que este costo no debe ser soportado por el concesionario (pretensión septuagésima primera), o porque se declare que es un hecho ajeno y no imputable al concesionario susceptible de restablecimiento del equilibrio económico del contrato (pretensión septuagésima segunda).

Luego se agregan tres pretensiones relacionadas con el componente de la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) denominado *costo de arrendamiento de terminales para la Operación Zonal*, respecto del cual la convocante pretende su reconocimiento porque es insuficiente para los costos reales por este concepto

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

(pretensión septuagésima tercera), o porque se declare que el costo causado por este concepto después del 3 de Noviembre de 2015 no debe ser soportado por el concesionario (pretensión septuagésima cuarta), o porque se declare que es un hecho ajeno y no imputable al concesionario susceptible de restablecimiento del equilibrio económico del contrato (pretensión septuagésima quinta).

Las siguientes tres pretensiones se relacionan con el *valor de adquisición de vehículos usados*, respecto del cual la convocante pretende se declare que este valor no es remunerado por la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) (pretensión septuagésima sexta), o que se declare que este costo no debe ser soportado por el concesionario (pretensión septuagésima séptima), o que se declare que es un hecho ajeno y no imputable al concesionario susceptible de restablecimiento del equilibrio económico del contrato (pretensión septuagésima octava).

A continuación, la pretensión septuagésima novena está relacionada con el *cambio de la flota de estándar de emisiones a Euro V*, respecto de lo cual la convocante pretende se declare que la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) y la Tarifa Mensual por Kilómetro Zonal (TKMZ) no remunera el mayor valor que este cambio de flota representa (pretensión septuagésima novena).

La siguiente pretensión alude al *ingreso no percibido por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros hasta la implementación de las Fases 1 y 2 del SITP*, en la que la convocante pretende se declare que la Tarifa por Pasajero Zonal (TPASZ) no compensa a TRANZIT por este concepto (pretensión octogésima).

Las tres siguientes pretensiones se refieren al componente de la Tarifa por Pasajero Zonal (TPASZ) denominado *Costos de racionalización de la sobreoferta (Chatarización)*, respecto del cual la convocante pretende se declare que este valor no es remunerado por la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) (pretensión octogésima primera), o que se declare que este costo no debe ser soportado por el concesionario (pretensión octogésima segunda), o que se declare que es un hecho ajeno y no imputable al concesionario susceptible de restablecimiento del equilibrio económico del contrato (pretensión octogésima tercera).

La pretensión octogésima cuarta trata del *componente de alimentación de la remuneración del concesionario*, respecto del cual pretende que se declare que debe ser ajustado a partir del 27 de marzo de 2016, en la oportunidad que el Tribunal determine, con base en la Metodología de Cálculo de los Factores Límite' (pretensión octogésima cuarta).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Las dos siguientes pretensiones, una principal y otra subsidiaria, se relacionan con el *control de la validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal*, respecto del cual TRANZIT pretende se declare que hubo un incumplimiento de TRANSMILENIO (pretensión octogésima quinta principal), o que, subsidiariamente, se declare que ello es un hecho ajeno y no imputable al concesionario susceptible de restablecimiento del equilibrio económico del contrato (pretensión octogésima quinta subsidiaria).

Finalmente, la pretensión octogésima sexta se refiere a la *revisión de tarifas y de la canasta de costos (coeficientes y porcentajes de ponderación)* que integran la remuneración del concesionario, en la que la convocante pretende se declare que dicha revisión debió haberse hecho el 20 de octubre de 2016, o en la oportunidad que determine el Tribunal.

Posición de la parte convocada

Al respecto la parte convocada señala que la remuneración al concesionario se realiza en los términos y condiciones del contrato No. 11 de 2010, así mismo, añadió que la tarifa al usuario está regulada en la cláusula 46 del contrato y que es allí donde se establecieron las fórmulas y demás aspectos para tener en cuenta al momento de su determinación.

Manifestó además que no era cierto que un componente de la tarifa fuera la tarifa al usuario, pues el esquema de remuneración es su conjunto cubre la totalidad de los costos, gastos, e inversiones sin que se deba tratar de asociar cada tarifa de remuneración al pago de un grupo de ítem.

Señaló así mismo que con la presentación de la oferta económica relacionada con la tarifa al usuario por parte de cada uno de los proponentes, Transmilenio determinó la recuperación total de los costos, gastos e inversiones. Añadió que cada concesionario elaboró su propio modelo financiero y presentó el valor en su oferta económica sobre la tarifa de remuneración por pasajero, por lo tanto, el concesionario está siendo remunerado según lo pactado contractualmente.

Agregó que el concesionario ha honrado la totalidad de sus obligaciones relacionadas con la remuneración por la prestación del servicio, conforme a lo establecido en la Cláusula 64 del contrato. Adicionó que la chatarrización constituye una obligación que fue considerada desde la estructuración del proyecto y que ha sido reconocida vía tarifa a lo largo de la ejecución del contrato. Que la revisión de las tarifas tiene una regulación contractual a la que se encuentra sometida las partes, y la misma se revisa periódicamente.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Por último, expuso que en cuanto a la metodología de límites el contrato indicaba que dicha metodología se debía aplicar un año después de iniciada la etapa de operación regular, pero que para el caso de TRANZIT aún no se ha implementado la última ruta alimentadora, por lo tanto, no hay lugar a la aplicación de dicha metodología.

Transmilenio así mismo propuso como excepciones las siguientes:

“3.11. El contrato de concesión no otorgó garantía de remuneración esperada al concesionario y este debe asumir las implicaciones que de ello se deriven”, señalando que Transmilenio no garantizó la obtención de utilidades y que era deber del oferente hoy concesionario realizar bajo su cuenta y riesgo un examen cuidadoso de las características del negocio, teniendo en cuenta el cálculo de los costo y gastos cualesquiera que fueran ellos.

(...)

“3.36. Procedencia de la revisión de la “canasta de costos” en los términos del contrato parágrafo 1º de la cláusula 64 del contrato de concesión”, argumentando al respecto la entidad se encuentra cumpliendo cabalmente con los términos del contrato, y que la oportunidad a la que se refiere la parte convocante para adelantar la revisión de la canasta de costos no es la que ella sugiere, sino la que el contrato previó.”

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público conceptuó en relación con este punto señalando que las partes acordaron que el valor efectivo del contrato incluyera el valor de la remuneración de todas las obligaciones que adquirió TRANZIT, incluyendo de esta forma, la adquisición de los diferentes seguros establecidos en las cláusulas 138, 140 y 143 del contrato de concesión, donde se pone de presente que con los valores pagados se remuneran todos los riesgos asumidos por el Concesionario, sin limitación alguna.

Así mismo indicó que específicamente frente a recuperación de la inversión de vehículos por una vida útil de 12 años reclamada por el contratista cabe señalar que la fórmula de remuneración de los vehículos establecida por las partes es la establecida en el contrato; que en la Cláusula 64 del Contrato no se menciona la flota usada como beneficio económico por la explotación comercial del sistema.

Manifestó también que TRANZIT pretende a través de la presente demanda arbitral desvirtuar la naturaleza del contrato de concesión, en tanto que pretende que

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

TRANSMILENIO pague una remuneración proyectada por el mismo, ignorando que se está ante un tipo de contrato cuyos riesgos son asumidos por el concesionario.

Por último, indicó el Ministerio público que le llama la atención que TRANZIT reclame unos costos por la no chatarrización, como un problema que se presenta dentro del sistema, cuando la misma sociedad reconoce que ha cumplido con su obligación de chatarrizar, pero adicionalmente, pretende que TRANSMILENIO sea quien asuma los costos de dicha chatarrización, contrario a lo establecido en el contrato.

Consideraciones del Tribunal

Este capítulo de pretensiones relativas al Valor de los Derechos de Participación del Concesionario (Tarifa), entonces, comprende varios temas de la controversia, que se enumeran a continuación:

- Que la Tarifa al Usuario no afecta la remuneración del concesionario.
- Que TRANZIT no está obligado a recibir un menor Valor de los Derechos de Participación del Concesionario, cuando el hecho generador provenga del incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de TRANSMILENIO y/o de eventos ajenos y no imputables a TRANZIT
- Nulidad o ineficacia de una expresión de los estudios previos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, en relación con un componente de la tarifa mensual por vehículo (TMVZk) ni en la tarifa por kilómetro (TKMZk)
- Valor de los seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual, y el seguro contra todo riesgo de la flota del concesionario
- Recuperación del costo de inversión por vehículo
- Costo de arrendamiento de terminales para la Operación Zonal,
- Valor de adquisición de vehículos usados
- Costo del cambio de la flota de estándar de emisiones a Euro V
- Ingreso no percibido por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros hasta la implementación de las Fases 1 y 2 del SITP.
- Costos de racionalización de la sobreoferta (Chatarrización)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

- Componente de alimentación de la remuneración del concesionario
- Control de la validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal
- Revisión de tarifas y de la canasta de costos (coeficientes y porcentajes de ponderación);

A continuación, el Tribunal resolverá cada una de las pretensiones relativas al Valor de los Derechos de Participación del Concesionario (Tarifa), agrupándolas en los temas antes enumerados, no sin antes advertir que a muchos de ellos se hace referencia en otros apartes del presente Laudo, situación que se advertirá al adoptar la decisión sobre cada una de estas pretensiones, con el fin de mantener la integridad y la congruencia de la decisión de este Tribunal de Arbitraje.

Pretensión sexagésima cuarta

La parte convocante fundamenta esta pretensión en las cláusulas 46 y 47 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 y en el artículo 22 del Decreto 309 de 2009 del Alcalde Mayor de Bogotá. Sostiene que la misma definición de la Tarifa al Usuario como “*el cobro efectivo que se realiza al usuario por la utilización del servicio de transporte*”, y el hecho de que la remuneración del concesionario se componga tres (3) tarifas, por vehículo, por kilómetro y por pasajero, en cuantías que fijó TRANSMILENIO dentro del proceso licitatorio, implica que la Tarifa al Usuario no afecta la remuneración del concesionario, por lo cual esta pretensión está llamada a prosperar.

Sustenta su argumento en la experticia de parte rendida por Cal y Mayor, en la que se afirma que “*la tarifa al usuario no es convenida por las partes del Contrato de Concesión No. 011 de 2010, sino que es responsabilidad exclusiva del Alcalde Mayor de Bogotá D.C. determinar el valor del pasaje a ser cobrado al usuario durante una vigencia específica*”, así como en el rendido por la firma Strategas Consultores S.A., quien sostuvo que “*...la tarifa al usuario es una cosa, eso se fija desde el punto de vista de los estudios de Transmilenio y la Alcaldía y como dice... debería tener en cuenta la capacidad de pago de la población y todos esos elementos, pero la tarifa técnica que no tiene nada que ver con la tarifa a usuarios...*”. Concluye que en la medida en que la cláusula 46 del contrato establece que las diferencias entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario, sean positivas o negativas, se administran a través del Fondo de Estabilización Tarifaria (FET), ello implica que la Tarifa al Usuario, en realidad, no afecta la remuneración del concesionario, pues si la Tarifa al Usuario es inferior a la Tarifa Técnica, entonces

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

la diferencia necesaria para remunerar al concesionario se cubre con los recursos del FET y si, por el contrario la Tarifa al Usuario es superior a la Tarifa Técnica, esa diferencia positiva no se destina a remunerar al concesionario, sino que se destina al FET.

La parte convocada se opone a esta pretensión porque considera que la tarifa al usuario se encuentra regulada en la cláusula 46 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 de tal manera que siempre se garantiza que la remuneración del concesionario se encuentra respaldada por acuerdos que garantizan que cuando la tarifa técnica es inferior a la tarifa al usuario “...la remuneración del concesionario no se vea afectada por dicha situación”.

Consideraciones del Tribunal

En un sentido literal, la pretensión sexagésima cuarta apunta a *“que se declare que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 309 de 2009 y la Cláusula 46 del Contrato, la Fijación y Actualización de la Tarifa al Usuario corresponde a una determinación de la Alcaldía Mayor de Bogotá, sin efectos económicos, derechos u obligaciones a favor o a cargo de TRANZIT S.A.S. y, por lo tanto, no afecta la remuneración del Concesionario.”* (Subraya del Tribunal).

Tanto los argumentos de la parte convocante, como los de la parte convocada, enfatizan que la fijación de la Tarifa al Usuario, que es competencia del Alcalde Mayor del Distrito Capital, bien puede ser superior o inferior a la tarifa técnica pero, que en todo caso, la determinación de la Tarifa al Usuario no afecta la remuneración del concesionario porque la cláusula 46 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 contempla un mecanismo de garantía al concesionario, a través del Fondo de Estabilización Tarifaria (FET), mediante el cual se cubren las diferencias negativas que pudieren existir entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario.

Esta coincidencia en la argumentación de las partes podría llevar a concluir, en apariencia, que la pretensión sexagésima cuarta debería prosperar. No obstante, el Tribunal advierte que si bien la Tarifa al Usuario es fijada por el Alcalde Mayor del Distrito Capital, que ella no necesariamente debe coincidir con la tarifa técnica y, en todo caso, no debe significar un detrimento de la remuneración pactada en favor del concesionario, ello no quiere decir, necesariamente, que la Tarifa al Usuario no afecte la remuneración del concesionario, que no tenga efectos económicos en su remuneración, ni mucho menos – como afirma la convocante en sus alegaciones finales –, que se trate de *“un concepto ajeno y extraño a los acuerdos entre las partes.”*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Muy por el contrario, la Tarifa al Usuario, si bien es fijada por el Alcalde Mayor del Distrito Capital, conforme lo establece el artículo 22 del Decreto Distrital 309 de 2009, esta misma disposición ordena, expresamente que el Alcalde Mayor fijará “la tarifa al usuario y sus actualizaciones, con fundamento en la evaluación previa que adelanta la Secretaría Distrital de Movilidad del estudio técnico y financiero presentado por el Ente Gestor, la cual se fundamentará en los principios y estructura del diseño contractual, financiero y tarifario adoptado para el SITP”.

De ello se infiere que la fijación de la Tarifa al Usuario no puede ser fijada por el Alcalde Mayor del Distrito Capital en forma caprichosa o inconsulta, sino que esa determinación debe hacerse con fundamento en la evaluación previa hecha por TRANSMILENIO como ente gestor del SITP y, en todo caso, atendiendo los principios y estructura del diseño contractual, financiero y tarifario adoptado para el SITP.

El inciso 3º de esta norma reitera que “las condiciones de fijación de la tarifa y los supuestos de actualización estarán sujetas exclusivamente a los principios y estructura del sistema tarifario, y harán parte de los contratos de concesión de los operadores de buses y recaudo, control e información y servicio al usuario del SITP.” (Subraya del Tribunal).

La fijación de la Tarifa al Usuario y su relación económica con la remuneración del concesionario TRANZIT está también prevista en la cláusula 47 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, conforme a la cual, esta atribución del Alcalde Mayor del Distrito Capital debe ejercerse “con fundamento en la evaluación previa que adelanta la Secretaría Distrital de Movilidad del estudio técnico y financiero presentado por el Ente Gestor, la cual se fundamentará en los principios y estructura del diseño financiero y tarifario adoptado para el SITP, de acuerdo con los pliegos de licitación y con los Contratos de operación de buses y recaudo, control e información y servicio al usuario” (Subraya del Tribunal).

Esta incidencia de la tarifa técnica en la remuneración del concesionario se confirma por lo estipulado en la cláusula 46 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, cuyo párrafo 6º dispone que “la diferencia entre lo que debe remunerarse a los agentes SITP y los ingresos recaudados correspondientes a las validaciones de entrada al SITP se cubrirá con recursos provenientes del Fondo de Estabilización Tarifaria (FET), hasta el monto que permita su utilización. El riesgo de que los recursos disponibles en el Fondo de Estabilización Tarifaria (FET) no sean suficientes para cubrir dicha diferencia no se encontrará atribuido al CONCESIONARIO y se encuentra garantizado con el compromiso de pago extendido por el Distrito Capital, suscrito como un compromiso unilateral a favor de TRANSMILENIO S.A., en su calidad de gestor del Sistema TransMilenio por medio del cual se ha obligado a

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

reconocer los valores que conforme a lo previsto en el presente Contrato tendría derecho a percibir el SITP y a través del mismo, sus Concesionarios y agentes”.

A juicio del Tribunal, no es cierto que la Tarifa al Usuario del SITP no afecte la remuneración del concesionario y menos que sea “*un concepto ajeno y extraño a los acuerdos entre las partes*”. Como puede fácilmente deducirse del mismo artículo 22 del Decreto 309 de 2009 y de las cláusulas 46 y 47 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, la Tarifa al Usuario, su fijación por parte del Alcalde Mayor del Distrito Capital y su relación económica con la remuneración del concesionario de SITP está prevista en el mismo Contrato de Concesión N° 011 de 2010.

El hecho de que dicho contrato consagre una garantía en favor del concesionario, consistente en que si la Tarifa al Usuario es inferior a la tarifa técnica, en todo caso, se garantiza la estabilidad de la remuneración del concesionario, conforme al contrato, no desvirtúa, sino que por el contrario, confirma la incidencia de la Tarifa al Usuario en la remuneración de la parte convocante, como concesionario del SITP.

La incidencia o afectación de la Tarifa al Usuario respecto de la remuneración del concesionario, a juicio del Tribunal, es confirmada por lo estipulado en la cláusula 46 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, que obliga a TRANSMILENIO, como ente gestor del SITP, a adelantar una labor de planeación tarifaria, teniendo en cuenta la relación que existe entre la Tarifa al Usuario y la remuneración del concesionario, en los siguientes términos:

“El Ente Gestor TRANSMILENIO S.A. debe realizar una planeación tarifaria, que implica la proyección en el tiempo de costos de: remuneración a los agentes del sistema, demanda y oferta del sistema, tarifas técnicas del sistema (TT_{SITP} y TT_{TM}), utilización y recursos acumulados en el Fondo de Estabilización Tarifaria; y recomendar a la Administración Distrital los incrementos necesarios en la Tarifa al Usuario con base en los estudios que realice, o en su lugar, el monto de recursos que debe trasladar la Administración Distrital para cubrir plenamente el diferencial tarifario y evitar que el Fondo de Estabilización Tarifaria quede ilíquido”. (Subraya del Tribunal).

Con base en estas consideraciones, el Tribunal estima que no debe prosperar la pretensión sexagésima cuarta de la demanda, y así lo decidirá en la parte resolutive del laudo.

Pretensión sexagésima quinta

“Sexagésima quinta. Que se declare que, TRANZIT S.A.S. no está obligado a recibir un menor Valor de los Derechos de Participación del Concesionario,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

cuando el hecho generador provenga del incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. y/o de eventos ajenos y no imputables a TRANZIT S.A.S.”

La parte convocante, en sus alegatos finales sustenta esta pretensión mediante *“referencia a las consideraciones presentadas a propósito de la pretensión 59, de las pretensiones agrupadas como incumplimientos, las subsidiarias de restablecimiento, y las Consideraciones Generales comunes a las pretensiones de condena”*.

Y agrega que *“en dichos capítulos se encontraron probados los incumplimientos de las obligaciones legales y contractuales de TRANSMILENIO, por lo que debe tenerse en cuenta que ninguno de dichos factores puede afectar la remuneración del Concesionario, ni hacia el pasado ni hacia el futuro”*.

La anterior argumentación, por sí sola, permite evidenciar que esta pretensión, en sí misma considerada, carece de sustento fáctico y jurídico, pues su prosperidad se hace depender de otros pedimentos de la demanda que serán objeto de consideración y decisión en acápites distintos de este laudo.

En efecto, de acuerdo con el artículo 164 del Código General del Proceso, *“toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”*. Y el artículo 1757 del Código Civil *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*.

Respecto de esta particular pretensión sexagésima quinta de la demanda reformada, la parte convocante no ha cumplido con las cargas probatorias a las que aluden las normas citadas, pues esta pretensión carece, en sí misma, de sustento probatorio autónomo, sino que se remite, conforme a su misma formulación y fundamentación, a las alegaciones y las pruebas invocadas respecto de supuestos incumplimientos de las obligaciones legales y contractuales de la convocada a las que se hace referencia en otras pretensiones de la demanda, que considerará y resolverá el Tribunal al decidir cada una de ellas.

Por lo expuesto, la pretensión sexagésima quinta no prosperará y así será declarado en la parte resolutive del laudo.

Pretensión sexagésima sexta

La pretensión sexagésima sexta busca que el Tribunal declare *“nula, o que en su defecto no produce efecto alguno, la expresión “+ y demás gastos que no se*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

consideran en la tarifa mensual por vehículo (TMVZ_k) ni en la tarifa por kilómetro (TKMZ_k)” de los Estudios Previos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009.”

La parte convocante sustenta esta pretensión en los Estudios Previos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, en los que se anunció, en la etapa precontractual a la que corresponde la publicación de los estudios previos, que la remuneración de los concesionarios del SITP estaría reflejada en tres tipos de tarifas, a saber: la Tarifa Mensual por Vehículo (\$ Mes/veh) (TMVZ_k), la Tarifa por Kilómetro (TKMZ_k) y la Tarifa por Pasajero Pago transportado (\$/pas) (TPASZ).

Respecto de esta última, señala la convocante en sus alegaciones finales, que *“al referirse a la TPASZ: Tarifa por Pasajero (\$/pas), TRANSMILENIO estableció que incluía los “demás gastos que no se consideran en la tarifa mensual por vehículo (TMVZ_k), ni en la tarifa por kilómetro (TKMZ_k)”, se trata pues de una mención etérea y residual según la cual TRANSMILENIO ha pretendido incluir asuntos que no previó, y hasta ha intentado dar por indemnizadas anticipadamente las consecuencias de sus incumplimientos contractuales”.*

En opinión de la convocante, la imprecisión de esta expresión contenida en los Estudios Previos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009 infringe los literales c), d) y e) del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por lo que se impondría la consecuencia jurídica de dicha infracción consagrada en el inciso final de la misma norma, en el sentido de que *“serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.*

La parte convocada, en la contestación de la demanda se opuso a esta pretensión, argumentando que se formula sin título de imputación, pues la convocante omite señalar la causal de nulidad en la que funda su petición.

Consideraciones del Tribunal

Al respecto, el Tribunal observa *ab initio* que con esta pretensión se persigue, principalmente, la nulidad, o que en su defecto no produce efecto alguno, de una expresión de los Estudios Previos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009.

La ineficacia y la nulidad sólo pueden predicarse de una estipulación contractual y, por ende, vinculante, entre las partes, y los estudios previos de una licitación pública

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

carecen de esta particularidad, lo cual, de por sí, bastaría para desestimar esta pretensión.

En efecto, los estudios previos forman parte del proyecto de pliego de condiciones, tal y como lo establece el artículo 25 de la Ley 1150 de 2007 y lo confirma el artículo 3º del Decreto 2474 de 2008 (vigente al momento de apertura de la apertura de la Licitación Pública N.º. TMSA-LP-004 de 2009 y posteriormente derogado por el Decreto 734 de 212, hoy incorporado al Decreto 1082 de 2015). Los estudios previos, al igual que el proyecto de pliego de condiciones de un proceso de selección, no tienen carácter vinculante, ni se convierten en una estipulación del respectivo contrato estatal.

Como lo ha dicho la jurisprudencia, sólo el pliego de condiciones definitivo tiene la vocación de tener carácter vinculante entre la entidad contratante y el contratista, pues el proyecto de pliego de condiciones y los estudios previos que forman parte de él, son eso: un proyecto que puede ser objeto de modificaciones y, por lo tanto, sin la fuerza vinculante de una estipulación contractual.

Sólo el pliego de condiciones definitivo tiene la fuerza vinculante de una estipulación contractual, como lo ha dicho el Consejo de Estado:

“En otros términos, las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, constituyen el marco general de la contratación pública, bases sobre las cuales se debe desarrollar el procedimiento de selección del contratista, para lo cual es imperativo que se surtan los correspondientes estudios previos que soporten la elaboración del pliego de condiciones, en atención a la necesidad que se va a satisfacer (objeto del contrato) y el respeto irrestricto al interés público. Luego, una vez elaborado el pliego de condiciones, la administración pública queda sometida a un proceso eminentemente reglado que impide que se adopten decisiones discrecionales –al margen que atiendan al interés público o general– ya que siempre será imperativo que la administración –inclusive cuando interprete el pliego– sustente y motive las razones por las cuales adopta una decisión, para lo cual se apoyará en los conceptos técnicos y jurídicos contenidos en el pliego de condiciones” (Subraya del Tribunal).¹⁶⁵

El mismo Contrato de Concesión N.º 011 de 2010, en su cláusula 184¹⁶⁶, confirma que los estudios previos no forman parte integral del contrato y por ende, carecen

¹⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013), radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)

¹⁶⁶ CLÁUSULA 184. DOCUMENTOS DEL CONTRATO
Formarán parte de este Contrato, los siguientes documentos:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

de poder vinculante entre las partes, pues al consagrar los documentos que hacen parte integral del contrato no hace referencia al proyecto de pliego de condiciones, ni a los estudios previos, sino que integra al contrato, por incorporación, los pliegos de condiciones y no los documentos precontractuales que los preceden.

Ahora bien, si aún en gracia de discusión se llegare a concluir que los estudios previos constituyen una estipulación contractual vinculante, ello tampoco podría fundamentar la prosperidad de esta pretensión. La razón consiste en que el hecho de que los estudios previos hayan previsto, al describir la Tarifa por Pasajero (\$/pas), TPASZ, que dicha tarifa incluye (i) los costos *administrativos*, (ii) la *rentabilidad sobre capital invertido*, (iii) los costos *financieros e impuestos*, (iv) los *costos de racionalización de la sobreoferta (chattarrización)*, y (v) los “*demás gastos que no se consideran en la tarifa mensual por vehículo (TMVZ_k)*, ni en la tarifa por kilómetro (TKMZ_k)” – no implica que la entidad contratante, esto es TRANSMILENIO, haya impuesto una imprecisión en las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato¹⁶⁷, o unas condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren¹⁶⁸, o reglas que induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.¹⁶⁹

Por el contrario, con esta expresión, los interesados en participar en la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, desde la etapa de proyecto de pliego de condiciones y de estudios previos, tuvieron la claridad de que al calcular el costo de su tarifa, para participar o no en la licitación, la Tarifa por Pasajero (\$/pas), TPASZ

184.1. El pliego de condiciones, sus PROFORMAS, ANEXOS y ADENDAS.

184.2. La propuesta del CONCESIONARIO aceptada por TRANSMILENIO S.A.

184.3. Las actas de los acuerdos complementarios que firmen las partes, las actas de conciliación y los fallos del Tribunal de Arbitramento.

184.4. La Garantía Única de Cumplimiento del Contrato, la garantía de Responsabilidad Civil Extracontractual y la garantía de Responsabilidad Civil Contractual debidamente constituidas.

184.5. Los seguros constituidos con ocasión de este Contrato.

184.6. Las actas de entrega de los bienes objeto del Contrato.

184.7. Las certificaciones, autorizaciones y demás documentos que acrediten la existencia y representación legal de las partes.

84.8. El Contrato de Fiducia SITP celebrado como mecanismo de pago y el documento de adhesión a los mismos suscrito por el CONCESIONARIO y, cualesquiera otros Contratos o convenios que se suscriban para la ejecución de este Contrato.

184.9. Las condiciones expresadas en el presente Contrato prevalecen sobre aquellas de cualquier otro documento que tome parte del mismo.

¹⁶⁷ Art. 24, num. 5º, literal c), Ley 80 de 1993.

¹⁶⁸ Art. 24, num. 5º, literal d), Ley 80 de 1993.

¹⁶⁹ Art. 24, num. 5º, literal e), Ley 80 de 1993.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

debía incluir no solamente los costos allí descritos, sino todos los demás gastos que ocasionara la operación y no hubieren sido contemplados en la Tarifa por Kilómetro (TKMZ_k).

En este punto, es importante recordar que los oferentes de un proceso de selección, como la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, están obligados, al momento de preparar su oferta, de calcular detalladamente el costo de los bienes o los servicios ofrecidos. El numeral 1.6.2 del Pliego de Condiciones, sobre Debida Diligencia e Información sobre la Concesión, asignó expresamente a los oferentes la obligación de evaluar detalladamente los costos de sus ofertas, con base en su propia información, en sus propios cálculos, de modo tal que si optaban por presentar oferta, se harían responsables por todas las estimaciones elaboradas para este propósito. El numeral 1.6.2 del Pliego de Condiciones dice:

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, cuales quiera que ellos sean, se deberán basar estrictamente en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones, con apoyo en la información contenida en el centro de documentación o cuarto de datos.”

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

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

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 deriven 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.**”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Como puede observarse, el texto del numeral 1.6.2 del Pliego de Condiciones, que conforme a la cláusula 184 forma parte integral del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, expresamente dispone que *“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 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 deriven en posteriores sobre costos 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”* (Subraya del Tribunal).

De otra parte, el Contrato de Concesión N° 011 de 2010 regula en forma integral la metodología para calcular y pagar la remuneración del concesionario en el Capítulo 10, cláusulas 63 a 65. Allí se definen las tarifas aplicables a la operación zonal o troncal, que es la que fue adjudicada a TRANZIT y se contemplan las tres tarifas antes mencionadas (la Tarifa Mensual por Vehículo (\$ Mes/veh) (TMVZ_k), la Tarifa por Kilómetro (TKMZ_k) y la Tarifa por Pasajero Pago transportado (\$/pas) (TPASZ)). En particular, la cláusula 64 establece la forma como se debe calcular la Tarifa Mensual por Vehículo (\$ Mes/veh) (TMVZ_k) y la Tarifa por Kilómetro (TKMZ_k), así como los mecanismos para su revisión y reajuste.

Además, conforme a la cláusula 16 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, la convocante tiene los siguientes derechos:

- *“El derecho a recibir y disponer libremente de los ingresos y participaciones que obtenga como resultado de la prestación del servicio público de transporte en el SITP en los términos y condiciones previstos en el presente Contrato de Concesión.*
- *“El derecho a recibir cualquier otra prestación económica que en su favor establezca el presente Contrato”.*

La convocante no ha alegado, ni ha acreditado, un incumplimiento de TRANSMILENIO en el cálculo y el pago de estas dos tarifas (Tarifa Mensual por Vehículo (\$ Mes/veh) (TMVZ_k), la Tarifa por Kilómetro (TKMZ_k)), que son a las que se refiere esta pretensión sexagésima sexta.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En cuanto a la nulidad alegada por la convocante, el Tribunal observa, en primer lugar, que la demanda no identifica la causal de nulidad específica que se invoca como motivo de la pretendida nulidad. Y en segundo, lugar, tampoco encuentra el Tribunal que se configure ninguna de las causales consagradas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, respecto de la expresión de los Estudios Previos cuya nulidad se persigue, aún si en gracia de discusión pudiera considerarse que dicha expresión constituye una estipulación contractual.

Tampoco encuentra el Tribunal que la expresión *“+ y demás gastos que no se consideran en la tarifa mensual por vehículo (TMVZ_k) ni en la tarifa por kilómetro (TKMZ_k)”* de los Estudios Previos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009 (Pág. 42) implique unas *“exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes o documentos que se suministren”* (literal d) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993), ni genere de parte del oferente, hoy concesionario *“ofrecimientos de extensión ilimitada”* (literal e) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993), como para que se pueda señalar que dicha expresión sea ineficaz, o se declare que no debe producir efecto alguno, como pretende la convocante.

Por lo expuesto, entonces, la pretensión sexagésima sexta no está llamada a prosperar y así se declarará en la parte resolutive de este laudo, y se le reconocerá fundamento a la excepción de mérito propuesta por Transmilenio, denominada *“Inexistencia de nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas”*.

Pretensiones sexagésima séptima, sexagésima octava sexagésima novena

Posición de la convocante

A manera de introducción respecto de las siguientes pretensiones de este grupo, que persiguen el reconocimiento de costos que la convocante alega no se encuentran incluidos en la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (\$ Mes/Veh) (TMVZ_k), la parte convocante advierte en sus alegaciones finales que *“en este punto es necesario poner de presente que TRANZIT en su momento aceptó la estructura de la remuneración planteada por TRANSMILENIO bajo el entendido de ser completa. Sin embargo, no puede forzarse a TRANZIT a asumir una menor remuneración, mucho menos, habida cuenta los incumplimientos de TRANSMILENIO, o las circunstancias generadoras de restablecimiento, según se trate”*. Y luego agrega que *“con la ejecución contractual y la revisión que del modelo financiero se hizo dentro del presente Trámite Arbitral, se encontró la remuneración, y en particular esta tarifa no incluía algunos costos y gastos, o algunos que afirmaba incluir pero que en realidad estaban reflejados en menor medida”*.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

El primer rubro de costos que la convocante alega no ha sido incluido en la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (\$ Mes/Veh) (TMVZ_k), y cuyo reconocimiento se pretende, es el del *valor de los seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual, y el seguro contra todo riesgo de la flota del concesionario*.

Alega la convocante que “*aún cuando la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (\$ Mes/Veh) (TMVZ_k), incluye el costo de los seguros obligatorios, omitió el costo de los demás seguros contractualmente previstos en la Cláusula 143 del Contrato No. 011 de 2010, de forzosa adquisición y cumplimiento...*”, entre los que menciona el seguro todo riesgo de vehículos, el seguro de responsabilidad civil contractual y el seguro de responsabilidad civil extracontractual. Menciona que la *Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (\$ Mes/Veh) (TMVZ_k)* sólo contempla en su estructura de costos al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), pero omite los otros seguros mencionados, que también resultan de forzosa adquisición para el concesionario, pero cuyo costo no se encuentra remunerado en esta tarifa. Soporta su reclamo en la experticia de parte rendida por Strategas Consultores S.A., que calcula el valor de estos seguros en una suma de \$8,500,000,000.

Posición de la convocada

Por su parte, la convocada en sus alegatos finales señala que la obligación de TRANZIT de adquirir y mantener los mencionados seguros adicionales al SOAT (seguro todo riesgo de vehículos, el seguro de responsabilidad civil contractual y el seguro de responsabilidad civil extracontractual) es una clara obligación contractual del concesionario, conforme a la cláusula 143 del Contrato No. 011 de 2010. Pero, adicionalmente, es una obligación legal, pues de acuerdo con la normatividad vigente al momento de la celebración del contrato, TRANZIT estaba obligada a adquirir las coberturas de seguros que, de acuerdo con la ley, son necesarias para obtener la habilitación como empresa de transporte. Al respecto, menciona los artículos 994 y 1003 del Código de Comercio, el artículo 61 de la Ley 336 de 1996, los Decretos 170, 171, 172, 174 y 175 de 2003 (arts. 19, 18, 18 y 17 respectivamente), el Decreto Nacional 3366 de 2003 y el Decreto 4828 de 2008.

Consideraciones del Tribunal

El Tribunal observa que, como lo afirman ambas partes, la cláusula 143 del Contrato No. 011 de 2010 prevé los seguros que, de manera obligatoria, debe tener el concesionario sobre los vehículos que integran su flota, entre los que se encuentran (i) el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), (ii) el seguro todo riesgo de automóviles en las coberturas indicadas en dicha cláusula, y (iii) los seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual “*...en las condiciones establecidas por la autoridad competente*”.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

A juicio del Tribunal, también resulta pertinente al análisis de estas pretensiones el contenido y alcance de la cláusula 17.6 del Contrato No. 011 de 2010, cuyo texto es el siguiente:

“17.6 Obligaciones respecto de la habilitación

“El CONCESIONARIO deberá, durante la etapa preoperativa, dar cumplimiento de los Requisitos de Habilitación, exigidos en el Decreto 3109 de 1997 y en la Ley 1083 de 2006 para obtener por parte de la autoridad de transporte, la Habilitación requerida para operar dentro del Sistema Integrado de Transporte Público. Para ello deberá solicitar a la Secretaría Distrital de Movilidad, la Habilitación respectiva, cumpliendo con los requisitos y condiciones contenido en el artículo 8° del Decreto 3109 de 1997.

“La Habilitación debe estar ejecutoriada como mínimo dos (2) meses calendario antes del inicio de la operación”.

El artículo 11 de la Ley 336 de 1996 contempla la necesidad de obtener una habilitación, como requisito indispensable para que una empresa pueda prestar el servicio público de transporte en Colombia. Dicha norma dice:

“Artículo 11.- Las empresas interesadas en prestar el servicio público de transporte o constituidas para tal fin, deberán solicitar y obtener Habilitación para operar.

“La Habilitación, para efectos de esta Ley, es la autorización expedida por la autoridad competente en cada Modo de transporte para la prestación del servicio público de transporte.

“El Gobierno Nacional fijará las condiciones para el otorgamiento de la Habilitación, en materia de organización y capacidad económica y técnica, igualmente, señalará los requisitos que deberán acreditar los operadores, tales como estados financieros debidamente certificados, demostración de la existencia del capital suscrito y pagado, y patrimonio bruto, comprobación del origen del capital, aportado por los socios, propietarios o accionistas, propiedad, posesión o vinculación de equipos de transporte, factores de seguridad, ámbito de operación y necesidades del servicio”.

Al momento de celebrarse el Contrato No. 011 de 2010, para el caso de transporte masivo de pasajeros, estos requisitos estaban consagrados en el Decreto 3109 de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

1997, que posteriormente fue incorporado, derogado y sustituido en su integridad por el Decreto 1079 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte).

El artículo 9º del Decreto 3019 del 1997 señala:

“Artículo 9º.- Previo al inicio de la operación de las empresas de transporte masivo presentarán una póliza de seguro de responsabilidad civil contractual y extracontractual amparando los riesgos de muerte, incapacidad total y permanente, incapacidad temporal, daños a bienes de terceros y gastos médicos y de hospitalización a terceros, sin perjuicio de los demás seguros que se establezcan en la ley y en los términos de referencia o pliegos de condiciones.” (Subraya del Tribunal).

Conforme a esta disposición, vigente al momento de la celebración del Contrato No. 011 de 2010, y expresamente mencionada en su cláusula 17.6, cualquiera de los oferentes que pretendiera participar en la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, sabía – o estaba obligado a saber – que uno de los requisitos para prestar el servicio de transporte público masivo de pasajeros era la obtención de un seguro de responsabilidad civil contractual y de un seguro de responsabilidad civil extracontractual, con los amparos señalados en la norma transcrita, y además, los demás seguros ordenados en la ley (seguros obligatorios como el SOAT) y en el respectivo pliego de condiciones.

El Decreto 3109 de 2009 es una norma de carácter nacional, por el cual se reglamenta la habilitación, la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros y la utilización de los recursos de la Nación, y en especial el artículo 11 de la Ley 336 de 1996, que es el Estatuto General de Transporte. Se trata de normas, no solamente obligatorias, sino ampliamente conocidas en el sector transporte y, particularmente, por las personas y empresas que se desempeñan, o pretenden desempeñarse profesionalmente como transportadores.

El numeral 1.6.2 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009 asignaba a los proponentes el deber de *“informarse sobre los requisitos legales aplicables en la presente licitación y del contrato de concesión que se celebrará como consecuencia de la misma.”* De igual modo, les exigía *“...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”* (Subraya del Tribunal).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Las normas y las disposiciones contractuales citadas permiten concluir al Tribunal que la obligación del concesionario de adquirir los seguros de todo riesgo de vehículos, de responsabilidad civil contractual y de responsabilidad civil extracontractual, es una obligación de carácter contractual, y además una obligación legal consagrada en el artículo 9º del Decreto 3109 de 2009, que los proponentes de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009 estaban en obligación de conocer y de cumplir. El deber de diligencia e información consagrado en el numeral 1.6.2 del Pliego de Condiciones de esta licitación imponía a los proponentes el deber de informarse de los requisitos legales que implicaban la celebración del contrato y la prestación del servicio objeto de la concesión, entre ellas la de obtener la habilitación como empresa de transporte público masivo de pasajeros. Esta obligación conlleva la de contratar los seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual, los seguros obligatorios contemplados en la ley y todos aquellos exigidos por el respectivo pliego de condiciones de la licitación y, desde luego, la ley.

El mismo deber de diligencia e información consagrado en el numeral 1.6.2 del Pliego de Condiciones de esta licitación imponía a los proponentes el deber de asumir todos los costos derivados de la celebración del respectivo contrato de concesión.

Ahora bien, la cláusula 16 del Contrato No. 011 de 2010 contempla como derechos del concesionario los de *“...recibir y disponer libremente de los ingresos y participaciones que obtenga como resultado de la prestación del servicio público de transporte en el SITP en los términos y condiciones previstos en el presente Contrato de Concesión”* y de *“.. recibir cualquier otra prestación económica que en su favor establezca el presente Contrato”*.

Por este motivo, no le asiste razón a la parte convocante al pretender se declare que *“la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) no remunera a TRANZIT S.A.S. el valor de los seguros de vehículos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, ni del seguro contra todo riesgo, todos estos previstos en la cláusula 143 del Contrato”*, toda vez que la remuneración calculada y pagada a favor del concesionario conforme a lo estipulado en la cláusula 63 del contrato es la única remuneración a la que tiene derecho de acuerdo con el mismo contrato. Ello implica, entonces, que la pretensión sexagésima séptima no prosperará.

La asunción del costo de los seguros a los que se refieren las cláusulas 17.6 (derivados del requisito de habilitación como empresa de transporte que debe cumplir el concesionario) y 143 del Contrato N° 011 de 2010 es una obligación claramente prevista en el pliego de condiciones, en la ley y en el propio contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Por lo tanto, el Tribunal no encuentra motivo alguno para considerar que dicho costo no debe ser soportado por el concesionario TRANZIT. En tal sentido, la pretensión sexagésima octava tampoco prosperará.

Finalmente, y como ya se ha expuesto, el costo de dichos seguros era una condición contractual claramente conocida por todos los proponentes de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, desde el mismo momento de su apertura, además de estar contemplados en las normas que regulan la habilitación del servicio público de transporte masivo de pasajeros, y en particular el artículo 9º del Decreto 3109 de 2009, vigente al momento de celebrarse el contrato y mencionado expresamente en su cláusula 17.6. Por tal motivo, no es posible calificar el costo de estos seguros como *“un evento ajeno y no imputable al Concesionario, que alteró el equilibrio del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado...”* TRANSMILENIO, como se reclama en la pretensión sexagésima novena, ya que ni se está ante un evento ajeno y no imputable al Concesionario, ni se cumplen los requisitos expuestos en otro aparte de este laudo para que ocurra el restablecimiento económico del contrato. En efecto, el costo de los seguros existía como obligación legal al momento de celebrarse el contrato, era previsible – de hecho, estaba previsto contractualmente –, no es imputable a incumplimiento alguno de la convocada y tampoco es atribuible a un “hecho del príncipe”. La pretensión sexagésima novena, entonces, no prosperará.

Pretensiones septuagésima, septuagésima primera y septuagésima segunda

Posición de la convocante

Para sustentar este grupo de pretensiones, la convocante señaló en sus alegaciones finales que *“TRANSMILENIO afirmó incluir, pero no incluyó, la tasa de rentabilidad mínima señalada para remunerar el costo de la inversión por vehículo, ya que sostuvo que se trataba del diez por ciento (10%), pero en los cálculos del modelo financiero -exhibido con ocasión del trámite arbitral - se encontró que era del nueve por ciento (9%)”*. TRANZIT encuentra dicha afirmación de TRANSMILENIO en los Estudios Previos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, en los que al definir los costos que cubre la *Tarifa mensual por vehículo (\$ Mes/Veh) (TMVZ_k)*, dijo que ellos incluirían la *“recuperación del costo de inversión por vehículo, equivalente a un pago uniforme mensual durante un periodo de tiempo igual a su vida útil (12 años), con una tasa de rentabilidad sobre capital mínima de diez por ciento real (10%). La remuneración sobre el capital invertido que se registra debe considerarse una simple estimación, que no pretende reflejar la remuneración real proyectada de la inversión del CONCESIONARIO, y que por lo tanto no será considerado bajo ningún entendido como garantía de rendimiento mínimo para el CONCESIONARIO. (...)”*.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Posición de la convocada

La convocada, por su parte, se opuso a este grupo de pretensiones destacando que el Contrato de Concesión N° 011 de 2010 “...no involucra ninguna garantía de rentabilidad del costo de inversión por vehículo, ni de ningún otro tipo...”. Hace referencia tanto al Pliego de Condiciones (numeral 1.3.2) y a la definición de Tarifa Técnica contemplada en la cláusula 1.79 del Contrato No. 011 de 2010, anotando que en ambas disposiciones contractuales se hace referencia expresa a una “rentabilidad razonable”, y no a una garantía de rentabilidad mínima. Menciona el dictamen de Strategas Consultores S.A., para manifestar que el perito señaló que la rentabilidad ofrecida al concesionario era una “rentabilidad razonable”, y que el peritaje, al decir que el contrato hacía referencia a una rentabilidad mínima del 10%, en realidad aludía a un aparte de los Estudios Previos de la Licitación, los cuales no tienen fuerza contractual obligatoria.

Consideraciones del Tribunal

En aparte anterior de este laudo se expusieron los motivos por los cuales los Estudios Previos de una licitación carecen de fuerza vinculante, razonamiento al que se remite ahora el Tribunal, en aras de no incurrir en innecesarias repeticiones. La carencia de poder vinculante de los Estudios, por sí sola, constituye motivo suficiente para desestimar las pretensiones septuagésima, septuagésima primera y septuagésima segunda.

No obstante, aún si se considera - en gracia de discusión - que lo expuesto en los Estudios Previos puede comprometer la responsabilidad contractual de la parte convocada, la interpretación de lo expresado en ellos permite al Tribunal llegar a la misma conclusión sobre la no prosperidad de estas pretensiones. Veamos.

Los Estudios Previos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, en su página 34, señalan que “las tarifas máximas a ofertar se fijarán bajo el concepto que los factores de remuneración mencionados cubrirán los siguientes costos”:

<i>TMVZ_k: mensual vehículo Mes/Veh).</i>	<i>Tarifa por (\$</i>	<i>+ Recuperación del costo de inversión por vehículo, equivalente a un pago uniforme mensual durante un periodo de tiempo igual a su vida útil (12 años), con una tasa de rentabilidad sobre capital mínima de diez por ciento real (10%). La remuneración sobre el capital invertido que se registra debe considerarse una simple estimación, que no pretende reflejar la remuneración real proyectada de la inversión del CONCESIONARIO, y que por lo tanto no será considerado bajo ningún entendido como garantía de rendimiento mínimo para el CONCESIONARIO. (...)</i>
---	-------------------------------	---

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Como puede observarse, si bien la descripción de los costos cubiertos por la Tarifa Mensual por Vehículo (*TMVZ_k*) menciona una *“rentabilidad sobre capital mínima de diez por ciento real (10%)”*, a renglón seguido se aclara que la *“remuneración sobre el capital invertido que se registra debe considerarse una simple estimación, que no pretende reflejar la remuneración real proyectada de la inversión del CONCESIONARIO, y que por lo tanto no será considerado bajo ningún entendido como garantía de rendimiento mínimo para el CONCESIONARIO (...)”*.

Del texto transcrito no puede desprenderse, de ningún modo, que el Contrato N° 011 de 2010 consagra una garantía al concesionario de que obtendrá una rentabilidad sobre capital mínima de diez por ciento (10 %) real. Por el contrario, los mismos estudios previos son enfáticos al aclarar que esa rentabilidad es sólo *“una simple estimación”* y que ella *“no será considerado bajo ningún entendido como garantía de rendimiento mínimo para el CONCESIONARIO”*.

Para el Tribunal, la claridad de esta manifestación de los Estudios Previos no admite espacio a la duda en el sentido de que en ellos no se previó, ni se ofreció, ninguna garantía de rentabilidad a los concesionarios del SITP.

Esto mismo fue reiterado, en forma diáfana, por el numeral 1.3.2 del Pliego de Condiciones y por cláusula 1.79 del Contrato N° 011 de 2010, en la que se define la Tarifa Técnica, pues en ambas estipulaciones contractuales se hace referencia expresa a una *“rentabilidad razonable”* del concesionario.

La aludida previsión contractual de una *“rentabilidad razonable”*, por oposición a una rentabilidad mínima garantizada a través de la Tarifa Mensual por Vehículo (*TMVZ_k*) motiva la falta de prosperidad de las pretensiones septuagésima y septuagésima primera.

Y la evidente previsibilidad de que el Contrato N° 011 de 2010 ofrecía a los concesionarios del SITP, y en particular a TRANZIT, una *“rentabilidad razonable”* y no una rentabilidad mínima garantizada a través de la Tarifa Mensual por Vehículo (*TMVZ_k*), permite concluir que este no es *“un evento ajeno y no imputable al Concesionario, que alteró el equilibrio del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado...”* TRANSMILENIO, como se reclama en la pretensión septuagésima segunda, la cual, entonces, tampoco está llamada a prosperar.

Por lo tanto, el Tribunal considera probada la excepción propuesta por la convocada bajo la denominación *“El contrato de concesión no otorgó garantía de remuneración esperada al concesionario y este debe asumir las implicaciones que de ello se deriven”*.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.

Vs.

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

Pretensión septuagésima tercera, septuagésima cuarta y septuagésima quinta

Posición de la convocante

La parte convocante sustenta estas pretensiones alegando que se ha probado que:

“(…) el costo real de arrendamiento de las terminales zonales es superior al valor reconocido en la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) y que según el análisis que al respecto se hizo respecto de la Etapa de Transición, no está obligado a asumir el valor adicional que excede el reconocimiento tarifario parcial, una vez transcurridos los primeros cinco (5) años contados desde la adjudicación del contrato”. Cita, como respaldo de su afirmación el dictamen del perito Strategas Consultores S.A., en el que se manifestó que “los patios transitorios se suponían que deberían ser entregados en diciembre del 2015”, y al no haber sido entregados en esa oportunidad “...conseguir terreno no es fácil, cuando miramos la suficiencia de ese mayor valor reconocido por Transmilenio frente a lo que realmente le cuesta al concesionario en términos de patios la realidad es que eso nos da 180 millones de pesos de diferencia contados desde noviembre del 2015 que fue cuando le iba a entregar el patio definitivo, no lo miramos de ahí para atrás porque eso fue un compromiso estableció en la licitación, ellos aceptaron que les tocaba ir a buscar los patios y que les tocaba operar de esa manera (...)”

El perito estima este impacto en la suma de \$180,000,000, aunque no precisa que se trate de un mayor valor por concepto de arrendamiento de terminales, que es lo que se pretende por parte de la convocante.

Posición de la convocada

La parte convocada, a su turno, se opuso a estas pretensiones, por cuanto afirma que “*el período de transición está vigente*”, ya que la convocada “*amplió la etapa de transición tal y como estaba previsto en la cláusula 14 “Etapa de Transición” comunicándolo así al concesionario TRANZIT, mediante oficio 2105EE21633 del 28 de Octubre de 2015*”. Adicionalmente, agrega que TRANZIT ha venido recibiendo el valor correspondiente al arrendamiento de los patios temporales autorizados, con ocasión de la ampliación de la etapa de transición, por lo que el efecto económico por este concepto ha sido neutro. Hace referencia al dictamen pericial de Cal y Mayor, en el que se reconoce que parte del canon de arrendamiento de los patios transitorios es reconocido por el Ente Gestor dentro de la estructura tarifaria de remuneración, conforme a la cláusula 64 del contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Consideraciones del Tribunal

En otro aparte de este laudo se hizo un análisis de la implementación del SITP por parte de Transmilenio, en su condición de Ente Gestor, y al respecto se concluyó que no existió incumplimiento contractual atribuible a la convocada en este proceso de implementación del sistema SITP, proceso que aún se encuentra adelantando, incluyendo la ampliación de la Etapa de Transición, que está en curso.

De otra parte, como bien ha sido expuesto por la parte convocante y reiterado por el dictamen pericial de Cal y Mayor, el canon de arrendamiento de los patios o terminales transitorios se reconoce, aunque parcialmente, en la tarifa de remuneración al concesionario.

Ahora bien, también se ha decidido en otro aparte de este laudo que el riesgo de implementación del sistema recae en el concesionario y no en TRANSMILENIO.

Por tales motivos, las pretensiones septuagésima tercera y septuagésima cuarta no están llamadas a prosperar y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

La pretensión septuagésima quinta no está llamada a prosperar, por cuanto en otro aparte de este laudo el Tribunal declaró la prosperidad de la pretensión declarativa vigésima séptima y, consecuentemente, también declarará la prosperidad de la pretensión centésima quinta de condena. Por lo tanto, de llegarse a declarar la prosperidad de la pretensión septuagésima quinta, se estaría haciendo un doble reconocimiento económico por el mismo concepto a la convocante. Por este motivo la pretensión septuagésima quinta no prosperará y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

Pretensiones septuagésima sexta, septuagésima séptima y septuagésima octava

Posición de la convocante

Para sustentar este grupo de pretensiones, la parte convocante sostiene, en sus alegaciones finales, que en este trámite arbitral que:

“(...) se encontró probado que los valores reales de adquisición de vehículos usados, que corresponden contenido en la tabla de la Proforma 8 – Estrategia de Participación, Sostenibilidad y Permanencia de Propietarios del Pliego de Condiciones y demás documentos aplicables, no están siendo remunerados correctamente puesto que dicha remuneración se da en 144 mensualidades para un vehículo nuevo y los vehículos usados solo operan una fracción de su

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

vida útil. Soporta esta afirmación en los dictámenes de Strategas Consultores S.A. y de Íntegra Auditores Consultores S.A., quienes manifiestan que los valores realmente pagados por el concesionario TRANZIT por la adquisición de los vehículos usados son superiores a los estimados en la Proforma 8 de la oferta, para concluir que *“la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) en efecto, no incorpora las sumas invertidas en exceso de las contenidas en el Anexo 8, por lo que se reitera declarar prósperas las pretensiones Septuagésimo Sexta (76), Septuagésimo séptima (77) y septuagésimo octava (78)”*.

Posición de la convocada

La parte convocada manifiesta que de acuerdo con lo establecido en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009 asignaban al oferente la obligación de efectuar sus propios cálculos de rentabilidad al prepara su propuesta. Al respecto, dijo en sus alegaciones finales que “cada oferente, entre ellos la sociedad Convocante, debía hacer sus propios estudios para determinar si la sumatoria de los tres conceptos (Tarifa por Kilometro, Tarifa por Pasajero y Tarifa por Vehículo) de remuneración cubría sus costos y le permitía obtener la ganancia esperada, a sabiendas de que estaba asumiendo los riesgos que le fueron asignados”. Agregó que “como se observa, esa valoración de la suficiencia de la remuneración fue hecha por el Concesionario, bajo su responsabilidad y sin intervención de su contraparte”, por lo que “el eventual desacierto del ejercicio hecho por TRANZIT para estimar la suficiencia de la remuneración, de cara a la propuesta que iba a presentar, no le corresponde asumirlo a su contraparte contractual, esto es, TRANSMILENIO”.

Consideraciones del Tribunal

A juicio del Tribunal, estas pretensiones tienen un origen común con otras pretensiones ya consideradas, en cuanto el concesionario TRANZIT pretende que el Contrato de Concesión N° 011 de 2010 debe garantizarle una rentabilidad mínima, que según su dicho, se vio afectada por el inicio de la operación en fecha posterior a la inicialmente prevista, lo cual le produjo, a su vez, un mayor valor del costo de adquisición de los vehículos usados que vincularía a su flota.

En aparte anterior de este laudo, se hizo alusión al hecho de que el numeral 1.3.2 del Pliego de Condiciones y en la cláusula 1.79 del Contrato No. 011 de 2010, en la que se define la Tarifa Técnica, establece en forma clara que el contrato contempla una “rentabilidad razonable” del concesionario. La aludida previsión contractual de una “rentabilidad razonable”, por oposición a una rentabilidad mínima garantizada a través de la Tarifa Mensual por Vehículo (TMVZ_k) es también aplicable a las

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

pretensiones septuagésima sexta y septuagésima séptima, pues con ellas se persigue en últimas, que la convocada le otorgue una garantía de recuperación de capital o de rentabilidad por el mayor valor pagado por los vehículos usados que incorporó a su flota, debido a que la orden de inicio de operación para TRANZIT fue expedida por TRANSMILENIO en fecha posterior a la prevista.

Al respecto, es preciso recordar que la cláusula 13 del contrato establece que la expedición de la orden de operación no está sujeta a una fecha específica, sino a que se hayan cumplido previamente las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa.

De igual modo, en otro aparte de este laudo se concluyó que TRANSMILENIO no ha incumplido sus obligaciones de implementación del sistema y que el riesgo de implementación fue asignado al concesionario y a la entidad concedente, en forma compartida, por las causas de *“Modificación del cronograma por no encontrarse listos los equipos del SIRCI”* *“Modificación del cronograma por entrada de otros contratos”* y *que el riesgo por las causas de “Modificación del cronograma por no encontrarse lista la infraestructura”* y *por “Demora en el arranque de la concesión por otros operadores”* al Concesionario, salvo en aquellos casos en los que TRANSMILENIO autorice la incorporación de flota y la misma no pueda ser operada por razones ajenas a la responsabilidad del concesionario.

Por estas razones, las pretensiones septuagésima sexta y septuagésima séptima no están llamadas a prosperar y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

En cuanto a la pretensión septuagésima octava, el Tribunal reitera que el numeral 1.3.2 del Pliego de Condiciones y la cláusula 1.79 del Contrato No. 011 de 2010, en la que se define la Tarifa Técnica, establece que el contrato contempla una *“rentabilidad razonable”* del concesionario, por oposición a una rentabilidad mínima garantizada a través de la Tarifa Mensual por Vehículo (TMVZ_k). Del mismo modo, numeral 1.6.2 del Pliego de Condiciones, sobre Debida Diligencia e Información sobre la Concesión, asignó expresamente a los oferentes la obligación de evaluar detalladamente los costos de sus ofertas, con base en su propia información, en sus propios cálculos, de modo tal que, si optaban por presentar oferta, se harían responsables por todas las estimaciones elaboradas para este propósito. Estas previsiones del pliego de condiciones, que tienen fuerza vinculante frente al concesionario, impiden el reconocimiento del equilibrio económico del contrato que persigue la convocante en su pretensión septuagésima octava, toda vez que no se cumple con el requisito señalado en la ley y en la jurisprudencia, para la procedencia de esta figura, en el sentido de que el hecho que genera el rompimiento del equilibrio económico sea ajeno a las partes, y especialmente a la parte que lo invoca, pues resulta evidente que TRANZIT, al momento de preparar su oferta debió haber

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

previsto la evaluación detallada de los costos de sus ofertas y ello le impide pedir ahora un rompimiento del equilibrio económico del contrato fundamentado en que la Tarifa Mensual por Vehículo (TMVZ_k) no cubre una rentabilidad mínima que de ninguna manera está garantizada en el contrato. Por esta razón, la pretensión septuagésima octava no está llamada a prosperar y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

Pretensión septuagésima novena

Posición de la convocante

La parte convocante, para sustentar este grupo de pretensiones, manifiesta en sus alegatos finales que:

“(…) la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ_k) y la Tarifa Mensual por Kilómetro Zonal (TKMZ_k) no remuneran ni reflejan los costos relacionados con “los cambios en las especificaciones técnicas para los vehículos que se vinculen al SITP” por cambio de la flota de estándar de emisiones a Euro V”. Para demostrarlo, se refiere extensamente a los dictámenes periciales de Strategas Consultores S.A., de Íntegra Auditores Consultores S.A. y de Integra Auditores S.A. Cita al primero de ellos, quien en su experticia afirmó que “el cambio en la reglamentación ambiental de estándares de emisión de Euro IV a Euro V mediante la Resolución 1304 de 2012 implicó mayores costos de adquisición de flota nueva para los concesionarios del SITP (incluido TRANZIT) en comparación con la flota cotizada inicialmente durante la licitación TMSA-LP-004-2009 y que apenas requería cumplir los estándares de emisión Euro IV; además de implicar un ajuste en el esquema de remuneración al concesionario, situación que no ha sido reconocida hasta la fecha por el Ente Gestor.”

Posición de la convocada

La convocada argumentando que:

“El Contrato de Concesión regula, de manera precisa y detallada, un mecanismo de ajuste de la remuneración, para recoger los cambios que se puedan presentar en los elementos que se tiene en cuenta para la determinación de la remuneración que se le reconoce al Concesionario, conforme a la cláusula 64 del Contrato. En efecto, la cláusula 64 del Contrato contiene la regulación adoptada por las partes en relación con la remuneración del Concesionario, la cual distingue entre la operación troncal y la operación no troncal u operación zonal”.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Tras referirse a los elementos que los oferentes debían tener en cuenta al calcular el valor de sus propuestas, conforme a los Estudios Previos de la Licitación, agregó que “cada oferente, entre ellos la sociedad Convocante, debía hacer sus propios estudios para determinar si la sumatoria de los tres conceptos (Tarifa por Kilómetro, Tarifa por Pasajero y Tarifa por Vehículo) de remuneración cubría sus costos y le permitía obtener la ganancia esperada, a sabiendas de que estaba asumiendo los riesgos que le fueron asignados”.

Consideraciones del Tribunal

A juicio del Tribunal, la Parte Convocante pretende con esta pretensión septuagésima novena que TRANSMILENIO le reconozca y le pague unos “mayores valores” por el costo que le representó la adquisición de vehículos de especificaciones Euro V, cuando al momento de celebrar el contrato, las especificaciones vigentes y exigibles, desde el punto de vista de las regulaciones ambientales, eran las de vehículos Euro IV. El concesionario convocante considera, entonces, que la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ_k) y la Tarifa Mensual por Kilómetro Zonal (TKMZ_k), calculadas conforme a la cláusula 64 del contrato, no remunerar estos costos.

Esta petición es, en el fondo, la misma contenida en las pretensiones quincuagésima primera, principal y subsidiaria, respecto de las cuales el Tribunal ya adoptó una decisión en apartes anteriores de este laudo. Por tal motivo, el Tribunal considera que la pretensión septuagésima novena no está llamada a prosperar y se remite a lo ya decidido respecto de las pretensiones quincuagésima primera, principal y subsidiaria. Así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

Pretensión octogésima

Posición de la convocante

Para sustentar esta pretensión, la parte convocante, en sus alegatos finales, afirma que *“la demanda de pasajeros validados movilizada se ha visto afectada por la no implementación del Sistema (culminación de la Fase 2), razón por la cual si se mantienen las condiciones actuales, esta demanda de pasajeros validados multiplicada por la Tarifa por Pasajero (\$/pas) (TPASZ) no refleja ni reflejará en las condiciones actuales, los ingresos previstos por el Concesionario, los cuales, de haberse producido, habrían permitido recuperar las inversiones asociadas a dicha tarifa tales como los “Costos de racionalización de la sobreoferta (chatarrización)” y las rentas a los propietarios”*. Agrega que *“si el Sistema hubiese recibido validaciones suficientes y el Concesionario hubiese podido ejercer su “derecho a*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

recibir y disponer libremente de los ingresos y participaciones que obtenga como resultado de la prestación del servicio público de transporte” (Cláusula 16), habría podido dedicar más recursos necesarios para realizar y finalizar la chatarrización, en lugar de verse constreñido a mitigar los crecientes perjuicios causados, como por ejemplo, asumir el oportuno pago de las rentas para facilitar el cumplimiento de las obligaciones con la ciudad (Cláusula 17)”. Tras referirse a las experticias de parte de Strategas Consultores S.A. y de Íntegra Auditores Consultores S.A., en los que se relata, entre otras cosas, cómo debería ser ajustada la estructura tarifaria para compensar los ingresos que se han dejado de percibir por menor demanda de pasajeros hasta que se verifique la implementación total del Sistema, concluye que “la Tarifa por Pasajero Zonal (TPASZ) está llamada a compensar el ingreso no percibido por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros hasta la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP), por lo que se reitera declarar próspera la pretensión 80”.

Posición de la convocada

La parte convocada, en sus alegaciones finales, se opuso a esta pretensión, y reiteró *“lo ya señalado en el acápite anterior, puntualmente para la Tarifa por Pasajero Zonal, determinada igualmente en la cláusula 64 “VALOR DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DEL CONCESIONARIO”, que fue aceptada por el Concesionario quien al momento de presentar oferta hizo sus propios cálculos para determinar la Tarifa por Pasajero Zonal (TPASZ), valoración que en este preciso caso del Contrato, fue hecha por TRANZIT, bajo su responsabilidad y sin intervención de TRANSMILENIO”, para concluir que “una vez más, la eventual equivocación del ejercicio hecho por TRANZIT para estimar la suficiencia de la remuneración, de cara a la propuesta que iba a presentar, no le corresponde asumirlo a TRANSMILENIO, por lo que estas pretensiones tendrán que negarse”.*

Consideraciones del Tribunal

El Tribunal considera que esta pretensión, en realidad, se origina en la reclamación de la convocante por el supuesto incumplimiento de TRANSMILENIO en la implementación de las Fases I y II del SITP. Así lo señala la misma convocante al manifestar, como sustento de esta pretensión, que *“la demanda de pasajeros validados movilizaba se ha visto afectada por la no implementación del Sistema (culminación de la Fase 2).”.*

Por lo tanto, respecto de esta pretensión resultan predicables las mismas consideraciones hechas en otros apartes de este laudo, en el sentido de que este Tribunal no encuentra demostrado incumplimiento de TRANSMILENIO en la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

implementación de las Fases I y II del SITP y de que, además, el riesgo de implementación fue asignado en una parte al concesionario TRANZIT.

Por lo tanto, la pretensión octogésima no está llamada a prosperar y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

Pretensiones octogésima primera, octogésima segunda y octogésima tercera

Posición de la convocante

La parte convocante manifiesta que *“si se mantienen las condiciones actuales, la demanda de pasajeros validados multiplicada por la Tarifa por Pasajero (\$/pas) (TPASZ) no refleja ni reflejará en las condiciones actuales, los ingresos previstos por el Concesionario, que de haberse producido, habría permitido recuperar las inversiones asociadas a dicha tarifa tales como los “Costos de racionalización de la sobreoferta (chatarrización)” y las rentas a los propietarios”*.

Luego agrega que *“si el Sistema hubiese recibido validaciones suficientes y el Concesionario hubiese podido ejercer su “derecho a recibir y disponer libremente de los ingresos y participaciones que obtenga como resultado de la prestación del servicio público de transporte” (Cláusula 16), habría podido dedicar más recursos necesarios para realizar y finalizar la chatarrización, en lugar de verse constreñido a mitigar los crecientes perjuicios causados, como por ejemplo, asumir el oportuno pago de las rentas para facilitar el cumplimiento de las obligaciones con la ciudad (Cláusula 17)”*.

Cita la experticia de parte rendida por Cal y Mayor, en el que se afirma que *“la asignación del riesgo al Concesionario por mayores costos de operación de los previstos obedece a un escenario previsible en el que el Concesionario bien sea que estime erróneamente los costos asociados a su operación o que sea ineficiente en la gestión de los mismos. Sin embargo, en la realidad de la ejecución de los contratos de concesión de transporte del SITP se observa que todos los concesionarios presentan mayores costos de operación de los previstos durante la estructuración de la licitación TMSA-LP-004-2009, incluso por encima de los costos previstos por el propio Ente Gestor cuando determinó las tarifas de kilómetros comerciales y vehículos operativos, situación que dista de problemas de eficiencia en la gestión de los costos”. Y posteriormente agrega que “esta situación se ha presentado porque en la práctica las condiciones del negocio y de operación del SITP han desbordado sistemáticamente las previsiones del Ente Gestor y de los concesionarios. De hecho, a pesar de la experiencia que tenían los oferentes en materia de transporte público y el Ente Gestor en materia de gestión de sistemas de transporte masivo cerrado como el subsistema Transmilenio ninguna de las partes*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

contaba con experiencia suficiente en la operación y administración de un sistema de transporte integrado y abierto como el SITP, sin olvidar los cambios en especificaciones técnicas, tecnológicas, ambientales y laborales que significó la implementación del SITP con respecto al esquema tradicional de operación del transporte público colectivo (TPC) en la ciudad”.

La convocante concluye diciendo que *“la Tarifa por Pasajero Zonal (TPASZ) no contempla ingresos suficientes para culminar la desintegración (chatarrización), por lo que se reitera declarar prósperas las pretensiones Octogésimo Primera, Octogésimo Segunda y Octogésimo Tercera”.*

Posición de la convocada

La parte convocada sustentó su oposición a las pretensiones octogésimo primera, octogésimo Segunda y Octogésimo tercera con los mismos argumentos expuestos respecto de la pretensión octogésima, a los que se remite el Tribunal.

Consideraciones del Tribunal

A juicio del Tribunal, las pretensiones Octogésimo Primera, Octogésimo Segunda y Octogésimo tercera también se originan en un pretendido incumplimiento de TRANSMILENIO en la implementación de las Fases I y II del SITP, así como en la pretensión de que la Tarifa por Pasajero Zonal (TPASZ) reconozca al concesionario los mayores costos de operación que no fueron estimados por TRANZIT al estructurar su oferta en el proceso de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009.

En efecto, como lo anota la experticia de parte de Cal y Mayor, en la que la convocante sustenta estas pretensiones, *“en la práctica las condiciones del negocio y de operación del SITP han desbordado sistemáticamente las previsiones del Ente Gestor y de los concesionarios. De hecho, a pesar de la experiencia que tenían los oferentes en materia de transporte público y el Ente Gestor en materia de gestión de sistemas de transporte masivo cerrado como el subsistema Transmilenio ninguna de las partes contaba con experiencia suficiente en la operación y administración de un sistema de transporte integrado y abierto como el SITP”.*

Por tal razón, las consideraciones hechas en otros apartes de este laudo sobre la asunción del riesgo de implementación del sistema por parte del concesionario, y la asunción de su responsabilidad por una equivocada estimación de los costos de operación al momento de elaborar su oferta, son aplicables también a las pretensiones Octogésimo Primera y Octogésimo Segunda, las cuales, por ende, no podrán prosperar, como se declarará en la parte resolutive del laudo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La pretensión octogésima tercera pretende el reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato que alega la convocante se origina en los mayores costos de racionalización de la sobreoferta (chatarización) en que ha tenido que incurrir el concesionario, petición que ya se encuentra comprendida en la pretensión subsidiaria a la pretensión trigésima séptima, que ya fue objeto de consideración y decisión en este laudo. Por este motivo, el Tribunal declarará que esta pretensión no está llamada a prosperar y se remite a la decisión adoptada respecto de la pretensión subsidiaria a la pretensión trigésima séptima.

Pretensión octogésima cuarta

La controversia planteada por la pretensión octogésima cuarta, y el pronunciamiento que sobre ella ha hecho la parte convocada, gira en torno a la aplicabilidad de la segunda metodología de cálculo de la tarifa de remuneración al concesionario en la operación zonal – alimentación, o Tarifa por Pasajero Zonal (TPAZ), establecida en el parágrafo 4º de la cláusula 64 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010.

Posición de la convocante

La convocante sostiene que la segunda metodología o modalidad de cálculo de la remuneración, denominada como tarifa “de límites”, debe aplicarse a partir del primer día del mes número 13 de iniciada la etapa de operación regular; considera la convocante que dicha “etapa de operación regular” se debe considerar como iniciada a partir del 20 de Octubre de 2012, fecha en la cual TRANSMILENIO expidió la Orden de Inicio de la Etapa Operativa en la operación zonal, y a partir del 26 de Marzo de 2105 y el 1º de agosto de 2015 en la operación de alimentación, quedando pendientes de implementar dos de las diecisiete rutas asignadas a TRANZIT en la operación de alimentación.

Posición de la convocada

Por su parte, la convocada alega que la “etapa de operación regular” sólo se considera iniciada a partir del momento en que se encuentren implementadas la totalidad de las rutas de la operación de alimentación, por lo cual aún no se ha cumplido la condición estipulada en el parágrafo 4º de la cláusula 64 del Contrato para que resulte aplicable la segunda forma de calcular la remuneración del concesionario.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Consideraciones del Tribunal

Como puede observarse, la controversia radica en la interpretación de la expresión “operación regular” en el contexto del párrafo 4º de la cláusula 64 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010. Para resolverla, el Tribunal aplicará las reglas de interpretación de los contratos establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, y en el artículo 823 del Código de Comercio, aplicables a los contratos estatales por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993. Así mismo, acudirá a las reglas de interpretación del contrato pactadas en su cláusula 4.

TRANZIT argumenta que la “etapa de operación regular” se debe considerar como iniciada a partir del 20 de Octubre de 2012, fecha en la cual TRANSMILENIO expidió la Orden de Inicio de la Etapa Operativa en la operación zonal, y a partir del 26 de Marzo de 2015 y el 1º de agosto de 2015 en la operación de alimentación. TRANSMILENIO, por el contrario, afirma que la “etapa de operación regular” sólo puede considerarse iniciada cuando TRANZIT se encuentre operando la totalidad de las 17 rutas que le fueron asignadas en la operación de alimentación, lo cual no ha ocurrido. Ante esto, TRANZIT repunta diciendo que TRANSMILENIO ha impedido, en forma injustificada, que TRANZIT pueda iniciar la operación de las 2 rutas faltantes de la operación zonal y que, por este motivo, no inició la operación de la totalidad de las 17 rutas de la operación de alimentación.

En tal sentido, observa el Tribunal que la convocante afirma en la demanda y en los alegatos finales, que TRANSMILENIO se ha negado en forma injustificada a autorizar la implementación de las dos únicas rutas faltantes para completar las 17 rutas asignadas a TRANZIT en la operación de alimentación. No obstante, la convocante no acredita la falta de justificación de esta decisión de la convocada, ni en sus alegaciones ni en sus pruebas. Por lo tanto, el Tribunal no puede considerar como probado el hecho de que TRANSMILENIO se haya negado en forma injustificada a autorizar la implementación de esta dos únicas rutas, ya que tampoco se ha acreditado que esta decisión constituya un incumplimiento de obligación contractual alguna de la convocada.

Al haber descartado un incumplimiento de TRANSMILENIO en este sentido, para resolver esta pretensión hace falta, entonces, interpretar el sentido de la expresión “operación regular” en el contexto del párrafo 4º de la cláusula 64 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010.

Al respecto, tanto en el numeral 1.3. del pliego de condiciones, como en la cláusula 4 del Contrato de Concesión se previó que los términos que se incluyan en las cláusulas y anexos del Contrato se deberán interpretar según su sentido natural y obvio, salvo el caso de las palabras que se definen en el Contrato o en el pliego de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

condiciones, los cuales se entenderán según el alcance y significado que allí se les otorga.

A su vez, el artículo 823 del Código de Comercio prevé que, a los términos “técnicos” o “usuales” contenidos en un contrato se les debe dar, en primer lugar, el sentido jurídico que tenga la expresión; a falta de éste, se debe acudir el significado técnico que le de la ciencia o el arte al que pertenezcan; y finalmente, en defecto de un significado técnico, se le debe dar el significado conforme al sentido natural y obvio de las palabras.

Teniendo en cuenta lo anterior, y debido a que ni en el contrato, ni en la ley existe una definición de la expresión “operación regular”, este Tribunal deberá acudir a su sentido natural y obvio, en los términos de lo expresado en el pliego de condiciones, en el contrato y en la norma citada.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la palabra operación como la “Ejecución de algo¹⁷⁰,” y la palabra regular “ajustar, reglar o poner en orden algo¹⁷¹”.

Desde este punto de vista, el sentido natural y obvio de la expresión “operación regular” sería el de la ejecución del objeto del contrato (la operación de rutas de transporte urbano), en un orden determinado. Esto implica, entonces, que la “operación regular” sería aquella en que las rutas se encuentren implementadas y funcionando en una forma ordenada.

Ahora bien, el artículo 1622 del Código Civil contempla la regla de interpretación sistemática o coherente del contrato, en virtud de la cual:

“ARTICULO 1622. INTERPRETACIONES SISTEMATICA, POR COMPARACION Y POR APLICACION PRACTICA. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.”

¹⁷⁰ <http://dle.rae.es/?id=R5wFzUM> tomado 23 de noviembre de 2018.

¹⁷¹ <http://dle.rae.es/?id=VkJMYOa2|VkJMn9cm> tomado 23 de noviembre de 2018.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.

Vs.

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

La jurisprudencia también ha definido el alcance de la regla hermenéutica tratada en el artículo 1622 del Código Civil. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha expresado lo siguiente:

“En esas otras cláusulas trasuntadas, se patentiza la necesidad de interpretar sistemáticamente todo el articulado negocial —regla también aneja a los convenios atípicos— conforme lo ordenado en el precepto 1622 del Código Civil que establece que las provisiones de un acuerdo se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Cada disposición pactada, como toda norma jurídica, no es una isla solitaria en el universo contractual. Ella va acompañada por normas antecedentes y subsiguientes que ayudan a su mejor entender o que reclaman una visión articulada de todos los textos que integran la operación.

El negocio jurídico es un arreglo de voluntades que por lo general constituye un sistema y, en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica; no como elementos autónomos e independientes, porque de esta suerte se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de hacerle producir a la convención efectos que las partes ni siquiera sospecharon.”¹⁷² (Negrita del Tribunal)

A su vez, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*“[...] la Sala encuentra pertinente recordar que existe una regla de interpretación, consagrada en diferentes artículos de nuestro ordenamiento jurídico, denominada **interpretación sistemática o coherente**, la cual pone de presente la correlación entre las partes constitutivas de un discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo del que hacen parte —‘incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere’. **La correlación y referencia posibilitan la iluminación recíproca del significado entre el todo y los elementos constitutivos.***

¹⁷² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Margarita Cabello Blanco. Bogotá, D.C., 22 de julio de 2015. Radicación n° 11001 31 03 039 2009 00161 01

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

9.1 De conformidad con este criterio, los pliegos y la propuesta deben ser interpretados en función de las diferentes partes que los conforman, sin aislar o separar una de ellas del conjunto (...)¹⁷³

Así las cosas, y teniendo en cuenta tanto el sentido natural y obvio de la expresión “etapa de operación regular” antes reseñado, como la interpretación sistemática del contrato, del cual hacen parte los objetivos del Sistema Integrado de Transporte Público, definidos en el artículo 5 del Decreto 309 de 2009, y principalmente el consistente en la Estructuración, diseño e implementación de una red jerarquizada de rutas de transporte público, para este Tribunal el significado de la expresión “etapa de operación regular” debe ser el que corresponde a la operación de todas las rutas de operación zonal asignadas al concesionario TRANZIT, en una forma ordenada y en cumplimiento de los estándares, programación y niveles de servicio previstos en el Contrato de Concesión N° 011 de 2010.

Por lo tanto, en opinión el Tribunal, en el contexto del parágrafo 4° de la cláusula 64 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, la “etapa de operación regular” sólo podrá considerarse como iniciada, a partir de la fecha en que se haya implementado la totalidad de las rutas de operación zonal asignadas a TRANZIT. A partir del primer día del mes número trece en que se implemente la totalidad de estas rutas, y sólo entonces, tendrá lugar la aplicación de la segunda metodología o modalidad de cálculo de la remuneración, denominada como tarifa “de límites”.

Por este motivo, la pretensión octogésima cuarta no prosperará, lo cual será así declarado en la parte resolutive de este Laudo.

Pretensiones octogésima quinta

Las pretensiones octogésima quinta principal y octogésima quinta subsidiaria contienen las mismas peticiones que ya fueron resueltas por el Tribunal al considerar y decidir respecto de las pretensiones cuadragésima novena principal y cuadragésima novena subsidiaria. Por tal motivo, el Tribunal declarará en la parte resolutive la no prosperidad de las pretensiones octogésima quinta principal y octogésima quinta subsidiaria y se remite a las consideraciones formuladas respecto de las pretensiones cuadragésima novena principal y cuadragésima novena subsidiaria en aparte anterior de este laudo.

Pretensión octogésima sexta

¹⁷³ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Tercera. C.P. Danilo Rojas Betancourth, Sentencia del 29 de agosto de 2012. Radicado No 250002326000199703808 01 (21077).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“Octogésimo sexto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no haber adelantado oportunamente, el 20 de octubre de 2016, o en la oportunidad que el Tribunal determine, la revisión de tarifas y de la canasta de costos (coeficientes y porcentajes de ponderación) que integran la remuneración de TRANZIT S.A.S.”

En sus alegatos finales, la Parte Convocante manifiesta que pretende que se revisen las siguientes tarifas que integran la remuneración del Concesionario: Tarifa Mensual por Vehículo (TMVZk), Tarifa por Kilómetro (TKMZk) y Tarifa por Pasajero (TPASZ), así como la canasta de costos, pues en su parecer la remuneración para continuar la ejecución del contrato es insuficiente.

La parte convocante señaló que había quedado probado que TRANSMILENIO había contratado un estudio financiero con la firma Profit Banca de Inversión y que dicho estudio había concluido que lo hasta ahora pagado resultaba insuficiente.

Añadió que, aunque el contrato expresó que la revisión a la tarifa no aplicaría para la flota vinculada durante los primeros años, el Tribunal debe tener en cuenta que el mismo Profit Banca de Inversión encontró que lo remunerado era insuficiente, por lo que dicha revisión con base en el Estudio Profit Banca de Inversión, o la que establezca el Tribunal, debe aplicarse a toda la flota vinculada dentro de la ejecución del Contrato, así como hacia el futuro.

La parte convocada por su parte sustentó que la parte convocante no había probado el supuesto incumplimiento de las obligaciones que se encontraban a su cargo y que por el contrario, como lo demostró Transmilenio, la misma había contratado una consultoría para adelantar la revisión ordenada por el parágrafo 1 de la cláusula 64, por lo que la revisión de la canasta de costos se hizo dentro de los plazos previstos y pactados por las partes.

Por último, concluyó que las nuevas tarifas de remuneración por vehículo y por kilómetro serían aplicadas a los vehículos nuevos entre el 10 de octubre de 2016 y el 9 de octubre de 2020, y que debido a que TRANZIT solo había vinculado tres vehículos usados el 16 de octubre de 2016, a estos no se les aplica la nueva tarifa.

Consideraciones del Tribunal

El Tribunal observa que con esta pretensión se persigue, principalmente, que se declare que Transmilenio incumplió con su obligación de hacer la revisión cada

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

cuatro años de las tarifas y de la canasta de costos tal como lo establecía el párrafo 1 de la cláusula 64 del contrato.

En efecto, el párrafo 1 de la cláusula 69 del Contrato de Concesión N° 11 de 2010 previó una revisión de la tarifa y de la canasta de costos cada 4 años, o a solicitud del Ente Gestor, o cuando, por normatividad Nacional o Distrital se presenten cambios en especificaciones técnicas para los vehículos que se vinculen al SITP; la primera revisión se haría una vez transcurran cuatro años contados desde el inicio de operación, así:

“CLÁUSULA 64. VALOR DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DEL CONCESIONARIO PARÁGRAFO 1. Revisión de Coeficientes de Remuneración y Ponderación de la Formula de Ajuste. La revisión a la cual se hace referencia en el siguiente apartado se realizará cada cuatro (4) años, o a solicitud del Ente Gestor, o cuando, por normatividad Nacional o Distrital, se presenten cambios en especificaciones técnicas para los vehículos que se vinculen al SITP.

Las revisiones se realizarán para todas las zonas del Sistema en un mismo tiempo, pero para cada zona en particular ya que los resultados del ejercicio dependen en parte de la composición de flota de cada zona. La primera revisión deberá aplicarse tan pronto se cumpla el cuarto (4) año de la etapa de operación de la primera zona que comience a operar. El Ente Gestor adelantará el proceso de revisión de factores de remuneración y canasta de costos con por lo menos tres (3) meses de antelación, de tal forma que las cifras revisadas se fijen y sean vigentes a partir del décimo (10°) día calendario del mes en que se cumpla el cuarto (4) año, contado a partir de la fecha en la cual se fijaron los valores de la última revisión (para el caso de la primera revisión, de la fecha de inicio de operación de la primera zona que comience a operar).

La revisión de costos y tarifas de remuneración de operadores que se efectúe en el momento "t" será válida únicamente para los vehículos que se incorporen en fechas posteriores al momento de revisión "t" y antes de la siguiente revisión "t+1". La operación de los vehículos que se hayan vinculado con anterioridad a "t" seguirá siendo remunerada con las fórmulas y coeficientes inicialmente pactados en el contrato o los calculados en la revisión que les corresponda, ajustados según la fórmula de ajuste regular. (Subraya del Tribunal)

El Tribunal evidenció que la orden de inicio de operación para el Contrato suscrito por TRANZIT con TRANSMILENIO fue expedida el 20 de octubre de 2012, por lo

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

que según lo establece el parágrafo 1 de la Cláusula 64 la primera revisión a la canasta de costos y tarifas de remuneración de operadores se debía hacer pasados 4 años contados desde el inicio de operación, es decir para el 20 de octubre de 2016, como efectivamente lo indica TRANZIT en su reforma a la demanda.

Dicha revisión se realizó efectivamente, pero de manera tardía, a través de la consultoría realizada por Profit Banca de Inversión mediante contrato de Consultoría N° 363 de 2016, el cual tuvo por objeto determinar los costos y tarifas de remuneración por vehículo y por kilómetro de la flota troncal y no troncal de la fase III del Sistema Integrado de Transporte Público - SITP, solo hasta el 25 de agosto de 2017, fecha en la cual fue entregado el informe final de la consultoría.

No obstante lo anterior, es importante precisar que aunque TRANSMILENIO no hizo la revisión de la canasta de precios en la oportunidad pactada en el contrato, en todo caso dicha revisión solo es aplicable a los vehículos que se incorporaron en fecha posterior al momento en que efectivamente debió cumplirse con la revisión, esto es, a 20 de octubre de 2016, y no, como lo afirma la parte convocante, a los vehículos que se hubieran vinculado con anterioridad a esa fecha, pues éstos últimos se seguirían remunerando con las fórmulas y coeficientes inicialmente pactados en el contrato.

El Tribunal encontró que TRANSMILENIO reconoció, tanto en la contestación del hecho 1187 a la demanda reformada, como en los alegatos de conclusión, que la revisión que realizó el consultor Profit Banca de Inversión sería aplicada de forma retroactiva a partir del 10 de octubre de 2016 y hasta el 9 de octubre de 2020, pero respecto de los vehículos nuevos, lo cual no debe ser así teniendo en cuenta que el contrato señala que “La revisión de costos y tarifas de remuneración de operadores que se efectúe en el momento “t” será válida únicamente para los vehículos que se incorporen en fechas posteriores al momento de revisión”. En ningún aparte de la cláusula se mencionó que los vehículos debían ser nuevos. Teniendo en cuenta la aclaración anterior, no se declarará prospera la pretensión octogésima Sexta, pues aunque TRANSMILENIO hizo la revisión de la canasta de costos después del término establecido en el contrato para ello, dicha revisión fue aplicada con retroactividad a los vehículos que se incorporaron en fecha posterior al 20 de octubre de 2016, cumpliendo así con el objetivo establecido en el parágrafo 1 de la cláusula 64 del contrato.

Así las cosas, el Tribunal encuentra probada la excepción 3.36 propuesta en la contestación a la reforma de la demanda denominada. “Procedencia de la revisión de la “canasta de costos” en los términos del parágrafo 1º de la cláusula 64 del contrato de concesión”.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Por tal motivo, no prosperará la pretensión octogésima sexta. Ahora bien, debido a que las pretensiones centésima trigésima segunda de condena es consecencial de la pretensión octogésima sexta, y la primera no se declaró próspera, tampoco prosperará la pretensión centésima trigésima Segunda y así se declarará en la parte resolutive de este Laudo.

Pretensiones octogésima séptima, octogésima octava, octogésima novena, nonagésima primera, nonagésima segunda, nonagésima tercera y nonagésima cuarta

Posición de la convocante

La convocada reúne sus pretensiones relativas a desincentivos, Manual de Operaciones y Manual de Niveles de Servicio de la siguiente forma:

“Octogésimo séptimo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al expedir la Resolución 714 de 2015, que corresponde a un Manual de Operaciones que no es compatible con los aspectos técnicos y operacionales del componente zonal del SITP.

Octogésimo octavo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al fijar unilateralmente una unidad de sanción, denominada “valor de tiquete”, tomando como referente la Tarifa al Usuario.

Subsidiaria de la Pretensión Octogésimo octava. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. abusó de sus facultades legales y contractuales al fijar unilateralmente una unidad de sanción, denominada “valor de tiquete”, tomando como referente la Tarifa al Usuario.

Segunda Subsidiaria de la Pretensión Octogésimo octava. Que sólo en subsidio de lo anterior, se declare que la unidad de sanción denominada “valor de tiquete”, aplicada por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. para la imposición de desincentivos operativos es nula por tratarse de una disposición de carácter sancionatorio y pecuniario establecida de forma unilateral por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. tomando como referente la Tarifa al Usuario.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Tercera Subsidiaria de la Pretensión Octogésimo octava. Que sólo en subsidio de lo anterior, se declare que el valor del Tiquete calculado con base en la Tarifa al Usuario es improcedente para la liquidación de imposición de desincentivos operativos, y en consecuencia, se declare que los desincentivos operativos deben liquidarse conforme a la Tarifa por Pasajero (\$/pas) o TPASZ, o por referencia al parámetro que el Tribunal determine.

Octogésimo noveno. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al acumular múltiples procedimientos de imposición de desincentivos operativos sin conceder plazos procedentes para que TRANZIT S.A.S. pudiera pronunciarse sobre ellos.

Subsidiaria de la Pretensión Octogésimo novena. Que se declaren nulos los múltiples procedimientos de imposición de desincentivos operativos adelantados por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. sin conceder plazos procedentes para que TRANZIT S.A.S. pudiera pronunciarse sobre ellos.

Nonagésimo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus deberes legales y contractuales al haber definido unilateralmente un tope del diez por ciento (10%) al valor máximo de desincentivos aplicables a TRANZIT S.A.S., calculado sobre el valor total de los ingresos de ésta, cuando el tope del diez por ciento (10%) debe aplicar a los ingresos correspondientes a la Tarifa por Pasajero (\$/pas) o TPASZ, o a aquel componente que el Tribunal determine.

Nonagésimo primero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus deberes legales y contractuales al haber definido unilateralmente un tope del diez por ciento (10%) al valor máximo de desincentivos aplicables a TRANZIT S.A.S., calculado sobre el valor total de los ingresos de la operación del Concesionario, cuando debe aplicar el tope de forma discriminada a los diferentes componentes de operación (zonal y alimentación) del Contrato.

Nonagésimo segundo. Que si el Tribunal resuelve que se calcule nuevamente el valor de los desincentivos o que se reinicien los procedimientos de imposición de desincentivos, se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., deberá dar aplicación al tope del diez por ciento (10%) a los ingresos correspondientes a la Tarifa por Pasajero (\$/pas) o TPASZ, o a aquel componente que el Tribunal determine.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Nonagésimo tercero. Que si el Tribunal resuelve que se calcule nuevamente el valor de los desincentivos o que se reinicien los procedimientos de imposición de desincentivos, se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., deberá dar aplicación al tope del diez por ciento (10%) de forma discriminada a los ingresos correspondientes a los diferentes componentes de operación (zonal y alimentación) del Contrato.

Nonagésimo cuarto. Que se declare que de conformidad con las disposiciones legales que le son aplicables a la materia, los intereses de mora por desincentivos operativos sólo proceden a partir del momento en que se resuelva definitivamente cualquier diferencia al respecto mediante la aplicación del mecanismo de solución de controversias correspondiente, o en las condiciones que determine el Tribunal.

Subsidiaria de la Pretensión Nonagésimo cuarta. Que solo en subsidio de lo anterior, se declare que de conformidad con las disposiciones legales que le son aplicables a la materia, los intereses de mora por desincentivos sólo proceden a partir del momento en que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. haya comunicado a TRANZIT S.A.S. cada “reporte detallado de incumplimiento”, o a partir de la oportunidad que determine el Tribunal.

Posición de la convocada

Excepciones de TRANSMILENIO contra las pretensiones de TRANZIT

El Tribunal encuentra que las planteadas por TRANSMILENIO para enervar las pretensiones bajo análisis son las que se distinguen como 3.20, 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 en ella y en el Otrosí N° 5 de 28 de diciembre de 2011”, 3.27, que lleva por título “Cobro de lo no debido”, 3.35 titulada “Inexistencia de nulidad del contrato o de algunas de sus cláusulas”, así como las agrupadas bajo el numeral 3.37 del capítulo de Excepciones de TRANSMILENIO, referida genéricamente como “EXCEPCIONES DE MÉRITO COMUNES A TODAS LAS RECLAMACIONES PRESENTADAS POR EL CONCESIONARIO” y sus sub numerales 3.37.1 a 3.37.5 denominadas respectivamente: “De la interpretación de las cláusulas contractuales”, “Ausencia de prueba del incumplimiento de las obligaciones contractuales de Transmilenio S.A.”, “Excepción de contrato no cumplido”, “Falta de prueba de la existencia y la cuantía de los pretendidos perjuicios” y “Falta de competencia del tribunal por

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

pretensiones que involucran la ocurrencia de hechos futuros o de hipotética ocurrencia.”

Las pretensiones de TRANSMILENIO en la demanda de reconvención

“PRIMERA: Que se declare que la cláusula 121, y en particular la cláusula 121.2. del contrato de concesión No. 011 de 2010, celebrado entre la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.** y la **SOCIEDAD CONCESIONARIA TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO SAS - TRANZIT S.A.S.**, conforme a la modificación introducida a la misma en virtud del otrosí N° 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.

SEGUNDA: Que se declare que la cláusula 131, y en particular la cláusula 131.2. del contrato de concesión No. 011 de 2010 celebrado entre la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.** y la **SOCIEDAD CONCESIONARIA TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO SAS - TRANZIT S.A.S.**, conforme a la modificación introducida a la misma en virtud del otrosí N° 5, del 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, **SOCIEDAD CONCESIONARIA TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO SAS - TRANZIT S.A.S.**, entre el 1° de febrero de 2013 y el 31 de diciembre de 2016, en aplicación de la cláusula 121 del contrato de concesión N° 011 de 2010, 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, **SOCIEDAD CONCESIONARIA TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO SAS - TRANZIT 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 **SOCIEDAD CONCESIONARIA TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO SAS - TRANZIT 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 febrero de 2013 y el 23 de abril de 2017, más los intereses de mora.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

(...)

VIGÉSIMA SÉPTIMA: Que como consecuencia de la declaración que se efectúe conforme a la pretensión tercera, se condene a la SOCIEDAD CONCESIONARIA TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO SAS - TRANZIT S.A.S., a reconocer a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., intereses de mora a la más alta tasa permitida en la ley, conforme a lo pactado en el contrato de concesión N° 011 de 2010, sobre los desincentivos impuestos entre el 1° de febrero de 2013 y hasta que se configure el pago efectivo de lo determinado en el presente proceso 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.

VIGÉSIMA OCTAVA: Que como consecuencia de las pretensión cuarta principal, se condene a la sociedad TRANZIT 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 febrero de 2013 y el 23 de abril de 2017, la suma de **TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M/cte (\$31.845.382.972)**, o la que se determine en el curso del presente proceso Arbitral.

VIGÉSIMA NOVENA: Que como consecuencia de la declaración que se pide en la pretensión anterior, se condene a la sociedad TRANZIT S.A.S., a reconocer y pagar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., por concepto de intereses moratorios sobre los desincentivos impuestos entre el 1° de febrero de 2013 y el 30 de abril de 2017, descritos en el numeral anterior, la suma de hasta el 30 de junio de 2017, la suma de **CATORCE MIL CUARENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS VEINTINUE MIL CERO OCHENTA Y UN PESOS M/cte (\$14.049.629.081,00)** calculados a 30 de junio de 2017, y por los demás intereses moratorios que se causen hasta que se configure el pago total de la obligación; o los que se determine en el curso del presente proceso Arbitral.

Excepciones de TRANZIT contra las pretensiones de TRANSMILENIO formuladas en la demanda de reconvencción

Estas son las numeradas y tituladas así: 4.2., “Contrato no Cumplido”, 4.3., “Violación al Derecho de Defensa y Debido Proceso y, en General, los Principios Legales Aplicables en la Imposición de Sanciones”, 4.4., “Indebida Interpretación

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

del Contrato de Concesión y Vulneración al Principio de Proporcionalidad y Equivalencia de las Prestaciones por Parte de TRANSMILENIO en Relación con los Descuentos Realizados en Materia de Desincentivos”, 4.8., “Inexistencia de Definición “Valor Tiquete” en Materia de Desincentivos de Forma Preexistente a la Imposición de Desincentivos”, 4.9., “Los niveles de Servicio no son Aplicables”, 4.10., “Actuación en Contravía de sus Propios Actos”, 4.11., “Abuso del Derecho”, 4.13., “Abuso de la Facultad de Imponer Desincentivos”, 4.14., “Culpa de TRANSMILENIO”, 4.15., “Cláusula Penal Enorme” y 4.21., “Improcedencia de Intereses Moratorios.”

Marco general de los puntos objeto de la decisión

De manera preliminar a abordar la problemática relacionada con el régimen sancionatorio del Contrato, el Tribunal considera procedente analizar la evolución del mismo, por entender que las modificaciones que sufrió el Contrato de Concesión en esa materia, a su turno obedecen a la evolución sobrevenida de la legislación aplicable al caso, que resulta ser el punto de partida de las diferencias que sostienen las partes, que en principio se contrae a la validez de las modificaciones introducidas al acuerdo de voluntades objeto del proceso mediante el Otrosí No. 5 al mismo.

El régimen sancionatorio anteriormente resumido y que se encontraba contenido en el Contrato de Concesión celebrado el 17 de noviembre de 2010, fue modificado por medio del Otrosí No. 5 al mismo, de fecha 28 de diciembre de 2011, que se ocupó de regular algunos aspectos técnicos relativos a las zonas de aislamiento de los terminales zonales del Sistema durante la etapa de transición del mismo y, en lo que interesa al presente análisis, el régimen de sanciones de la Concesión No. 011 de 2010.

A este último propósito, algunas de las consideraciones previas del señalado Otrosí resultan de importancia para el Tribunal, conforme a la siguiente síntesis:

Con ocasión de la expedición del llamado Estatuto Anticorrupción contenido en la Ley 1474 de 2011, se modificaron algunos aspectos del régimen de multas, sanciones y declaraciones de incumplimiento, señalándose al efecto un nuevo procedimiento sancionatorio (artículo 86) y estableciéndose un renovado catálogo de causales de inhabilidad (artículo 90), estas últimas originadas en el incumplimiento reiterado de sus obligaciones por parte de los contratistas.

Señalan de igual manera los considerandos previos a las cláusulas que integran el Otrosí No. 5 al Contrato de Concesión, que en el texto original del mismo se tenían establecidas unas multas conminatorias puestas a las multas operativas previstas

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

en ese mismo instrumento, las cuales multas conminatorias, a través de la óptica de las disposiciones del Estatuto Anticorrupción, “podrían generar una confusión, corriendo el riesgo de generarle una inhabilidad al contratista a la que no habría lugar, lo que podría atentar contra la obligación de TRANSMILENIO S.A. de garantizar la prestación continua del servicio público esencial urbano masivo de pasajeros.”

De análoga manera, los considerandos bajo análisis dan cuenta y razón de que los asesores jurídicos externos de TRANSMILENIO señalaron que era evidente “la necesidad de aclarar la estructura sancionatoria de los contratos (...) para adecuarla a la nueva normatividad que regula la materia.”

Algunas notas iniciales lucen necesarias, a juicio del Tribunal, alrededor de las consideraciones anteriormente referidas: de un lado, que el anunciado riesgo de generar una inhabilidad en cabeza del contratista no dependía de un hecho u omisión suyas, sino de unas disposiciones legales sobrevinientes al Contrato. De otro lado, que, según el propio texto del Otrosí, TRANSMILENIO requería conjurar la eventualidad de poner en riesgo la continuidad del servicio público objeto del Contrato deber exigible de esa entidad frente a los usuarios de ese sistema de transporte.

De igual importancia para el Tribunal es la siguiente consideración, última de las contenidas en la parte previa del Otrosí No. 5 del Contrato de Concesión, que para mayor claridad del análisis se transcribe:

“Que, en igual sentido, mediante concepto del 31 de octubre de 2011 emitido por la Subgerencia Jurídica de TRANSMILENIO S.A. se estableció la necesidad de modificar los contratos de concesión suscritos para la operación del transporte en el marco del SITP, atendiendo a la diferencia existente entre las sanciones operativas derivadas 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 de confundieron las dos situaciones. Los argumentos expresados por la Subgerencia Jurídica en el mencionado concepto (...) son plenamente aplicables en la presente modificación.” (Subraya del Tribunal).

Así las cosas, en el Otrosí No. 5 se convino escindir la cláusula 121 original en dos apartes distinguidos como 121.1 y 121.2, el primero de ellos descriptivo de las hipótesis generales de multas contractuales, llamadas a aplicarse “en ejercicio de las facultades excepcionales de la Administración” y el segundo de los mismos, descriptivo de los denominados “desincentivos operativos.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La parte inicial de la cláusula 121 original, modificada en los términos del numeral 121.1, señala que las multas de apremio serían aplicadas “en ejercicio de las facultades excepcionales de la Administración en los términos previstos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2008 (sic)”, invocación normativa no contenida en la redacción original.

El numeral 121.2 de la cláusula que se estudia, consagra los llamados “Desincentivos Operativos”, referidos a hipótesis que, según el renovado texto de la estipulación bajo estudio, “no corresponden a las facultades excepcionales de la Administración y que se incluyen en el contrato y/o en el manual de operaciones.”

Se deja claro enseguida que para los efectos del modificadorio “se considerarán desincentivos aquellos descuentos generados por cualquier incumplimiento de aquellos requisitos y parámetros (sic) taxativamente contenidos en el manual de operaciones o aquellos establecidos en el contrato que se refieran o tengan equivalencia a los de dicho manual.” (subraya del Tribunal)

Queda igualmente a salvo, conforme al texto sujeto a examen, que 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.”

La parte final de la cláusula 121.2 señala que las multas, en los Manuales que TRANSMILENIO expidiera, le daban la potestad a la convocada para identificar e individualizar los hechos generadores de las mismas por concepto del 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.”

En cuanto a la cláusula 131 original, por virtud del Otrosí No. 5 del Contrato de Concesión, la misma de igual manera se dividió en dos numerales, 131.1 y 131.2, el primero de los cuales se limitó a disponer que las multas de apremio previstas como facultades excepcionales de la administración pública y consagradas en la Ley 1150 de 2007 (artículo 17) serían impuestas, liquidadas y pagadas con sujeción “al procedimiento establecido por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, o la norma que la modifique o sustituya.”

Es decir, para conjurar el riesgo de confusión declarado por TRANSMILENIO en las consideraciones previas del Otrosí No. 5 al Contrato de Concesión, se dispuso en el texto del mismo que el ejercicio de las facultades excepcionales de la administración pública previstas en la Ley 1150 de 2007 era asunto por completo

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

distinto a los desincentivos operativos, y que estos no corresponden a las facultades excepcionales de la administración.

Con otras palabras, los desincentivos operativos fueron incluidos en el Contrato para penalizar hipótesis entendidas como de menor gravedad frente a los eventos generadores de multas, y por ende incapaces de ser fuente directa de inhabilidades legales para el Concesionario, a diferencia de la regulación original sobre la materia, que no tenía prevista esa distinción, al decir de TRANSMILENIO porque el varias veces invocado riesgo de confusión solo tuvo origen con la expedición de la Ley 1474 de 2011, posterior al Contrato de Concesión de noviembre de 2010.

Lo previsto en el Otrosí No. 5 como procedimiento para la imposición de desincentivos operativos, es lo que enseguida se resume:

Se mantuvo, con las específicas diferencias que son consecuencia de la separación entre el régimen de multas y el de desincentivos que se ha dejado explicado anteriormente, el mecanismo de emisión de un informe preliminar por parte de TRANSMILENIO, como punto de partida de la iniciación del procedimiento sancionatorio respectivo, y se dispuso de un plazo de 3 días a favor del Concesionario, ya no para rendir descargos sino para formular observaciones relativas a tal informe preliminar.

Se estableció que, con o sin observaciones del Concesionario, el siguiente paso del procedimiento consistía en que TRANSMILENIO, transcurrido el plazo anteriormente señalado, debía remitir al Concesionario “un reporte detallado” de los incumplimientos identificados, bajo similares términos y exigencias a los que originalmente estaban previstos para el evento en que TRANSMILENIO no aceptaba los descargos del Concesionario (inciso séptimo de la cláusula 131 original).

Se dispuso (numeral 4 de la cláusula 131.2) que en caso de que el Concesionario tuviera alguna objeción – al llamado “reporte detallado” previsto en el numeral 3 de la citada estipulación – estaba obligado a “acudir directamente a los mecanismos de solución de conflictos del contrato”, quedándole en tal caso prohibido a TRANSMILENIO efectuar descuento alguno por el monto estimado del desincentivo, pero entendiéndose que “de resultar vencido el CONCESIONARIO, éste quedará obligado a cancelar el descuento más el valor de los intereses moratorios sobre la suma correspondiente” a la más alta tasa permitida por la ley desde el hecho generador del desincentivo y hasta el día del pago efectivo del valor del mismo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S:**

Vs.

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

El numeral 5 de la cláusula 131.2 del Otrosí No. 5 tiene previsto el mecanismo del allanamiento, expresado como una alternativa del Concesionario, en términos similares a los establecidos en el texto original del Contrato, con ciertas diferencias específicas que pasan a señalarse.

En primer lugar, establece el nuevo texto que el allanamiento puede materializarlo el Concesionario “mediante pago efectivo o compensación”, gozando en tal caso del mismo descuento por el 40% del valor tasado del desincentivo, a condición de renunciar “por escrito al ejercicio de cualquier recurso o acción contra la aplicación del desincentivo.”

Previene esa misma condición contenida en el numeral 5 del Otrosí, que si una vez allanado el Concesionario decide recurrir contra el “informe o comunicaciones” que contengan la cuantificación del desincentivo “se entenderá que el pago o el descuento tiene el carácter de parcial, estando el CONCESIONARIO obligado a pagar la diferencia, incluyendo los intereses.”

El silencio del Concesionario frente a la cuantificación del desincentivo dentro del plazo de 3 días señalado en ese mismo instrumento es entendido como aceptación del mismo y, consecuentemente, de cualquier descuento posible, descuento que, como luce claro, solo es procedente por virtud de allanamiento expreso.

El mecanismo de compensación para el pago de los desincentivos se mantiene en condiciones igualmente similares a las originalmente previstas en el Contrato.

Adicionales a los cambios contractuales ya resumidos, el 13 de febrero de 2013, mediante Concepto No. 2013EE8609 de la Subgerencia Jurídica de TRANSMILENIO, esa entidad estableció un tope de 10% para la aplicación de desincentivos sobre los ingresos “que por todo concepto perciba el Concesionario”, tope que inicialmente estaba pactado para las multas conminatorias, tanto en el Contrato como en el Otrosí No. 5 al mismo.

Así mismo a través de la Resolución 059 del 21 de febrero de 2014 se adoptó dentro del Contrato – sin la inclusión de rutas alimentadoras – el Manual de Operaciones y el mismo se actualizó incluyendo la operación de rutas alimentadoras a través de la Resolución 714 del 24 de noviembre de 2015.

Retomando el análisis de los principales perfiles del régimen sancionatorio del Contrato de Concesión, celebrado en noviembre de 2010, este tiene como fundamento – en esa materia – la Ley 1150 de 2007.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

El artículo 17 de esa disposición hace referencia al principio del debido proceso y convalida que las entidades públicas “tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.”

La disposición que se analiza indica que toda decisión de índole sancionatorio debe estar gobernada por “un procedimiento mínimo que garantice el debido proceso del contratista.”

Para el Tribunal es claro, en consecuencia, que el régimen sancionatorio previsto en el texto del Contrato de Concesión es el de la Ley 1150 de 2007, como es igualmente diáfano que la equivalencia entre el pacto de las partes y los presupuestos de la ley mencionada tiene el aval de la máxima instancia de lo contencioso administrativo, en los términos siguientes:

“El artículo 17 de la ley 1150 de 2007 habilita en forma expresa a la entidad contratante para imponer las multas o declarar el incumplimiento total o parcial del contrato con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal, siempre que se hubiesen pactado, y autoriza obtener su pago por cualquier mecanismo. Puede afirmarse, entonces, que si bien antes de la ley 1150 de 2007 el tema de las multas no tuvo un tratamiento uniforme en cuanto a su tipicidad legal, esto es, acerca de su procedencia e imposición unilateral por la Administración, ahora no cabe duda sobre su existencia y la competencia para ejercerla con ese carácter por las entidades públicas en materia de contratación estatal, pues, pese a que se activa por la voluntad de las partes en tanto debe pactarse una estipulación en tal sentido, tiene un tratamiento excepcional para su aplicación y cobro en virtud de la citada ley, en la que se privilegiaron los principios de legalidad, igualdad y debido proceso...”¹⁷⁴

Como se ha dejado señalado precedentemente, durante la ejecución del Contrato de Concesión sobrevino la expedición de la Ley 1474 de 2011, norma que estableció un nuevo procedimiento para la imposición de multas y sanciones en materia de contratación estatal.

Según rememora un sector de la doctrina, el propósito de esta norma consistió en dotar a la administración de herramientas expeditas en materia de apremio y castigo al contratista incumplido.

¹⁷⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En providencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 10 de octubre de 2013 el Consejo de Estado reprodujo parte de la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en Ley 1474 de 2011, así:

“[N]o existe en la actualidad un procedimiento expedito para apremiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para apremiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento...”

Es claro que el procedimiento vertido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, cobija las multas pactadas en el contrato, con el novedoso elemento, también remarcado anteriormente, del necesario agotamiento de un procedimiento, recogido en detalle por el canon legal invocado inmediatamente, que al decir del Consejo de Estado “podía entenderse como el desarrollo más depurado y concreto del derecho al debido proceso en materia de la adopción de medidas sancionatorias de carácter contractual, recogiendo los avances jurisprudenciales y doctrinales que se dieron desde la expedición de la ley 1150 de 2007.”¹⁷⁵

Precisiones previas sobre las pretensiones y las excepciones de las partes

El Tribunal no pierde de vista que para desatar los extremos del litigio en relación con el régimen sancionatorio del Contrato, debe tener en cuenta que ambas partes, al formular sus recíprocas pretensiones, se refieren a la validez y al poder vinculante de todas o parte de las estipulaciones de ese temperamento.

Particular importancia tiene, para los efectos de esta decisión, el hecho de que TRANSMILENIO, al formular las pretensiones primera y segunda de la demanda de reconvencción, solicita al Tribunal declarar que las cláusulas 121.2 es válida y que la 131.2 es válida y eficaz.

¹⁷⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del 10 de octubre de 2013. MP: Dr. Álvaro Namén Vargas.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

No de otra forma puede entenderse que estando revestido dicho acuerdo de voluntades del principio contenido en el artículo 1602 del Código Civil, al no existir ninguna pretensión que abogue porque se declare que el mismo no fue legalmente celebrado, el reconviniendo solicite del juez del contrato una declaración con ese alcance.

Lo anterior desde luego impone a este juez transitorio y especial determinar si en efecto el acuerdo de voluntades puesto en su conocimiento en realidad resulta “válido y eficaz”, en lo que es de interés al presente análisis, en cuanto a sus cláusulas 121.2 y 131.2.

Con tal propósito y sin perjuicio de las declaraciones que independientemente formuló la demandante principal en sus pretensiones 87 a 95, resulta elocuente la forma como TRANZIT formuló su oposición a la prosperidad de las pretensiones primera y segunda de la reconvención, a las que se hizo anterior referencia, en términos según los cuales esa parte entiende que las estipulaciones contenidas en las mencionadas cláusulas son nulas, entre otras por “las razones fácticas” en las cuales se fundan las pretensiones principales.

A juicio del Tribunal, la oposición a la pretensión comporta y es expresión legítima del derecho de defensa por encontrarse dentro del marco de la relación jurídico procesal en los términos en que la misma fue delimitada por la Sala Plena del Consejo de Estado ¹⁷⁶, en los siguientes términos:

“Así, pues, la causal prevista en el ordinal 4º del artículo 72 de la ley 80 de 1993 se configura cuando el laudo arbitral decide ultra o extra petita, es decir, cuando: (i) el laudo recae sobre materias no susceptibles de ser sometidas al arbitramento, por no tener el carácter de transigibles (ii) el laudo decide asuntos que las partes no dejaron sujetos al pronunciamiento de los árbitros en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso), desconociendo así que el ámbito de su competencia está delimitado y restringido estrictamente a las precisas materias definidas por las partes y (iii) el laudo excede la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación y la demanda de reconvención y su oposición, es decir, cuando el mismo contiene pronunciamientos sobre materias que no fueron planteadas por las partes, de manera que el fallo no guarda consonancia con los extremos de la litis.” (Subraya del Tribunal).

¹⁷⁶ Consejo de Estado, SALA PLENA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - SECCIÓN TERCERA, DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2017 - 11001-03-26-000-2007-00058-00. MP: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

De esta manera, el Tribunal procede a estudiar si en efecto las mencionadas cláusulas 121.2 y 131.2 son válidas y eficaces o si, por el contrario, las mismas adolecen de un vicio o nulidad capaz de invalidarlas total o parcialmente, a cuyo efecto se considera:

Como viene de decirse, la cláusula 121.2 introdujo en el Contrato la noción de los denominados “desincentivos operativos”, indicando cuál es el marco de su procedencia, precisando que los mismos “no corresponden a las facultades excepcionales de la Administración”, indicando que se encuentran incluidos, bien en el Contrato o ya en el Manual de Operaciones y en general describiéndolos someramente como “aquellos descuentos generados por cualquier incumplimiento de aquellos requisitos y parámetros (sic) taxativamente contenidos en el Manual de Operaciones o aquellos establecidos en el Contrato que se refieran o tengan equivalencia a los de dicho manual.”

No se presta a duda que en su condición de disposición sancionatoria, la cláusula bajo análisis, en lo que el Tribunal destaca de ella, debe enmarcarse dentro de los límites del principio de legalidad, de raigambre constitucional este, cuyas más altas expresiones son de extendido conocimiento y recogen postulados como los de preexistencia, proporcionalidad, tipicidad y favorabilidad, entre otros.

Así las cosas y no sobra reiterarlo, la potestad sancionatoria no solo debe aplicarse con plena observancia de esas disposiciones y bajo las reglas que aparezcan contenidas en el respectivo contrato, cuando quiera que ello fuere así, como en este caso en efecto lo es, sino que cualquier ajuste en el régimen sancionatorio contractual no lo puede disponer la entidad con desapego del principio de reserva de ley, connatural a toda expresión del *ius puniendi* del Estado.

Al respecto el Tribunal destaca la sentencia del Consejo de Estado contenida en la sentencia del 13 de diciembre de 2008 ¹⁷⁷, en los siguientes términos:

“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 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.”

¹⁷⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de diciembre 13 de 2008, Sentencia No. 1996 – 02081.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Descendiendo al caso, el inciso cuarto de la cláusula 121.2 consigna una facultad en cabeza de TRANSMILENIO que a juicio del Tribunal contraviene el mandato constitucional de legalidad, compromete disposiciones imperativas de derecho público y quebranta los lineamientos de la jurisprudencia, destacados precedentemente.

El aparte ya destacado indica:

“En los manuales expedidos por TRANSMILENIO S.A. se identificarán e individualizarán las conductas de desincentivos operativos derivados de los acuerdos de los 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.”

En efecto, la prerrogativa acaba de destacar no resulta armónica con el marco constitucional, legal y jurisprudencial que se viene destacando, por cuanto sitúa en cabeza del Ente Gestor la atribución unilateral de tipificar unas conductas bajo referentes tan amplios como las quejas y reclamos provenientes de los usuarios o su propia percepción de las conductas del Concesionario o sus funcionarios voceros y dependientes en la medida en que, también a juicio de TRANSMILENIO ellas “puedan afectar el grado de satisfacción de los usuarios con el Sistema.”

La nulidad cuya declaratoria se impone es la contenida en el encabezamiento del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 que tiene prevista esa sanción en términos según los cuales “son absolutamente nulos [los contratos del Estado] en los casos previstos en el derecho común.”

A su turno, las normas de derecho común cuya transgresión encuentra acreditada el Tribunal son las previstas en los artículos 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio.

El artículo 1741 de la codificación civil prescribe que es absoluta la nulidad que tiene origen en un objeto ilícito, que aparece regulado en el artículo 1519 de esa misma obra, en términos según los cuales adolece de objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación.

Desde el punto de vista de la legislación mercantil, la sanción de nulidad absoluta la tiene prevista el Código de Comercio en las hipótesis de contravención de una norma imperativa, numerales 1 y 2 del artículo 899 correspondientes a objeto y causa ilícitas, respectivamente.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Entonces la convención de que trata el inciso cuarto de la cláusula 121.2 contenida en el Otrosí No. 5 del Contrato de Concesión es contraventora del principio general consagrado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que en lo que interesa al caso, dispone:

“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.”

Como se ha señalado repetidamente, la norma bajo examen es una manifestación del debido proceso administrativo contractual según su propio encabezamiento y tiene el rango de principio rector que gobierna la actividad de la administración en cumplimiento de sus deberes de vigilancia y control de sus propios contratos.

En desarrollo de ese principio, lo que de manera inobjetable le está permitido a la administración, desde luego con observancia del principio de legalidad, es imponer y aun cobrar las multas previstas en el contrato en todo caso a condición de que las mismas “hayan sido pactadas.”

Lo anterior descarta de plano la posibilidad de que la administración, so pena de violar el mencionado principio, tipifique, defina, imponga y/o cuantifique multas que no han sido objeto de previo acuerdo en el contrato o documentos que lo integren.

Autorizada doctrina sobre el régimen de multas en la Ley 1150 de 2007 señala, en primer lugar, que esta norma puso fin a la inseguridad jurídica generada por las múltiples “interpretaciones y dudas que se generaron con ocasión de la expedición de la Ley 80 de 1993, unido a las posturas cambiantes de la jurisprudencia.”¹⁷⁸

El mismo autor citado, señala como una de las principales claridades que aporta el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 la siguiente: “procede en todos los contratos estatales, típicos y atípicos, cuyo régimen sea el previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, siempre y cuando, por supuesto, se hubiere pactado la multa expresamente.”

¹⁷⁸ Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Bogotá 2016. Legis editores, tercera edición p. 684

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Lo anterior no implica que el Tribunal pretenda ejercer un control de legalidad sobre los actos administrativos acabados de mencionar, los cuales, dicho sea de paso, al no corresponder al ejercicio de poderes excepcionales de la administración serían materia arbitrable en caso de haberse solicitado así. Sin embargo, analizadas las pretensiones de las partes, ello no ocurre en el presente caso.

Así las cosas el Tribunal no abriga ninguna duda en el sentido de que la cláusula 121.2 no es válida ni eficaz en su integridad por ser ajena al régimen sancionatorio de los contratos estatales, en la medida en que dicha estipulación no podía contener un tipo en blanco, visto como está que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y la jurisprudencia sobre el mismo solo avalan la posibilidad de la existencia e imposición de multas y sanciones distintas de las que son inherentes al ejercicio de los poderes excepcionales de la administración, si son convenidas previamente entre las partes.

Como consecuencia de todo lo anterior, en la parte resolutive de la presente providencia se declarará la nulidad del inciso cuarto de la cláusula 121.2 del Contrato de Concesión, acogiéndose así la oposición formulada por TRANZIT frente a la pretensión primera de la demanda de reconvención, cuya improsperidad también será declarada por el Tribunal.

Enseguida procede el Tribunal, según lo anunciado en la parte inicial del presente análisis a pronunciarse sobre la validez y eficacia de la cláusula 131.2 del Contrato de Concesión, contenida en el Otrosí No. 5 al mismo dado que, como también se consideró anteriormente, frente a dicha petición la parte reconvencida también opuso en su defensa la nulidad de dicha estipulación.

La cláusula 131 que lleva por título “Procedimiento para la imposición y liquidación de multas”, señala lo que en líneas generales pasa a resumirse:

Frente a la configuración de un incumplimiento susceptible de penalizarse por medio de multas, TRANSMILENIO debía preparar y remitir a TRANZIT un informe “con indicación del soporte técnico y jurídico (...) y el valor de la multa.”

En los 3 días hábiles posteriores al recibo de la comunicación – contentiva del informe entiende el Tribunal – TRANZIT tenía plazo para rendir sus descargos sobre el mismo, con la posibilidad de anexar los soportes y pruebas que a bien tuviera hacer valer. Cumplido lo anterior, la cláusula 131 tenía prevista la convocatoria a la audiencia de que trata el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que era la ley del Contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En caso de que dentro del plazo anteriormente señalado el Concesionario aceptara de manera expresa el contenido del informe de TRANSMILENIO, el Ente Gestor, mediante acto administrativo, resumiría las circunstancias de hecho y de derecho de la respectiva sanción, la cual disminuiría en un 40% “en razón al allanamiento voluntario” del Concesionario.

El silencio del Concesionario ante la presentación del respectivo informe por parte de TRANSMILENIO dentro del plazo antes mencionado de 3 días hace las veces de un allanamiento y produce todos sus efectos, haciéndose acreedor del respectivo descuento.

Si en ese mismo plazo el Concesionario objeta la multa y TRANSMILENIO, como consecuencia de estudiar las pruebas y las razones de la defensa, las acepta, se da por terminado el trámite sancionatorio.

En caso de presentarse dicha objeción y si TRANSMILENIO “no considera aceptables los descargos, procederá a imponer la multa mediante acto administrativo, el cual contendrá el 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, modo, 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.”

Si el Concesionario hubiere presentado descargos y antes de la emisión del acto administrativo impositivo de la multa manifiesta por escrito su voluntad de allanarse, el valor de la multa se reduce, ya no en un 40% como en el evento del “allanamiento expreso”, sino en un 20% del valor de la multa.

Igualmente y si habiéndose allanado expresamente o por razón de su silencio, el Concesionario interpusiere recursos contra el acto administrativo impositivo de la multa, “perderá el descuento concedido.”

A la firmeza del acto administrativo sancionatorio, el valor de las multas se pagará mediante compensación con la remuneración a favor del Concesionario, siendo obligación de TRANSMILENIO “verificar que se hagan los descuentos correspondientes, de manera oportuna en los periodos de pago de las participaciones previstos en el presente Contrato.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La imposición, pago y deducción del valor de las multas no exonera al Concesionario de su obligación de dar pleno cumplimiento a sus obligaciones bajo el Contrato.

De manera expresa TRANZIT autorizó a TRANSMILENIO para solicitar a la fiduciaria que sirve como vehículo de pago de la remuneración del Concesionario, la aplicación de la compensación pactada entre la remuneración a favor de este y el valor de las multas.

Quedó igualmente establecido en la parte final de la cláusula 131 original, que en caso de no ser posible hacer la compensación mencionada, TRANSMILENIO quedaba autorizado para “hacer efectiva la garantía única o acudir al cobro coactivo de la misma.”

Rememora el Tribunal que en el Otrosí No. 5, las partes de este dejaron estipulado que se hacía necesario modificar el Contrato, entre otras razones, para adecuar los procedimientos sancionatorios contractuales al marco regulatorio consagrado en la Ley 1474 de 2011, indicando sobre este último que:

“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.”

Esta norma desarrolló los vacíos de la legislación previa sobre los procedimientos sancionatorios propios de los contratos estatales.

En providencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 10 de octubre de 2013 el Consejo de Estado reprodujo parte pertinente de la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en Ley 1474 de 2011, así:

“No existe en la actualidad un procedimiento expedito para apremiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para apremiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento...”

En el texto de la Ley 1474 de 2011, evidentemente aparece plasmado el propósito destacado de la exposición de motivos del proyecto de ley que cursó en el Congreso hasta la promulgación de la norma en cita.

El encabezamiento de la norma que se analiza ratifica la posibilidad de la administración para imponer “multas y sanciones pactadas en el contrato”, lo que implica, como antes se dijo, que la Ley 1474 tuvo entre sus propósitos desarrollar el principio del debido proceso al cual se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

El procedimiento sancionatorio que se analiza indica que, en primer lugar y ante la ocurrencia de “un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista”, este debe ser citado a una audiencia y desde dicha citación deberá estar informado de manera expresa y detallada de los hechos que soportan la imposición de la multa o sanción pactada, enunciando las cláusulas o normas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.

En este marco, el contratista debidamente informado, durante la audiencia podrá debatir lo ocurrido, presentar sus descargos, dar explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad, o incluso solicitar la suspensión de esta audiencia cuando aquello resulte necesario para allegar o practicar pruebas o cuando por cualquiera otra razón ello se juzgue necesario para garantizar un correcto desarrollo de la actuación administrativa.

Dicha suspensión podrá proceder de oficio o a solicitud de parte y como es claro esa posibilidad de suspensión tiene un carácter eminentemente garantista, que aparece convalidado en el mismo texto del artículo 86 cuando el mismo prescribe que la continuación del procedimiento sancionatorio deberá agotarse en una posterior audiencia y cuando se dispone que en cualquier momento del procedimiento, verificada la cesación de la situación de incumplimiento el mismo, será dado por terminado por parte de la administración.

Una vez agotado este trámite, si la entidad considera procedente la imposición de la sanción, la misma deberá estar contenida en una resolución motivada contra la cual procede el recurso de reposición que debe ser atendido en el curso de la misma audiencia.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

De señalada importancia en el marco de la norma bajo examen resulta el hecho de la necesaria vinculación al procedimiento del garante del contratista, cuando quiera que la garantía de ley esté materializada en una póliza de seguros.

El procedimiento anteriormente resumido fue sometido a control de constitucionalidad, el cual fue resuelto en la sentencia C-499 de 2015, que en lo pertinente indica:

“El antedicho procedimiento, que debe seguirse de manera necesaria para que la entidad estatal pueda ejercer las facultades previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, garantiza que el contratista y su garante (i) serán informados en detalle y con los soportes correspondientes de los hechos en los que se funda la consideración de que el contrato se ha incumplido; (ii) tendrán la oportunidad de presentar sus descargos, dar explicaciones, aportar y controvertir pruebas; (iii) conocerán en la misma audiencia la resolución motivada de la entidad estatal y podrán presentar contra ella el recurso de reposición, que se tramitará y resolverá en la audiencia. Incluso, es posible suspender la audiencia, por razones de práctica de pruebas o por “cualquier otra razón debidamente sustentada.” En estas circunstancias, la valoración probatoria, que es el fundamento de la resolución motivada por medio de la cual se cuantifica los perjuicios, no obedece a una presunción de mala fe del contratista, ni contraría la prevalencia del derecho sustancial, ni resulta de vulnerar el debido proceso en materia probatoria.”

Llama la atención del Tribunal la contradicción que envuelve el Otrosí No. 5, que expresamente invoca la necesidad de adecuar los procedimientos sancionatorios a la Ley 1474 de 2011 y que a la vez estipula en la cláusula 131.2 un procedimiento distinto a esta sin recoger las garantías mínimas del concesionario ni de su garante en el transcurso del mismo.

Lo anteriormente señalado puede resumirse así:

Cláusula 131.2	Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011
Informe preliminar con destino al contratista identificando los hechos que corresponden a un desincentivo.	Citación a audiencia del contratista y su garante con mención de hechos, informe de interventoría o de supervisión, cláusulas comprometidas y consecuencias para el contratista.
Observaciones del contratista al informe preliminar.	Debatir. Controvertir y aportar pruebas. Dar explicaciones sobre los hechos. Presentar descargos.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

	Audiencia de sustentación a cargo de la administración con posibilidad del contratista de intervenir y con audiencia del garante.
	Posibilidad de suspender la audiencia para allegar o practicar pruebas o cuando resulte necesario para garantizar el desarrollo de la actuación.
Allanamiento expreso del contratista implica rebaja del 40% del valor de la sanción a condición de renunciar por escrito a todo recurso o acción.	La entidad puede dar por terminado el procedimiento cuando por cualquier medio tiene conocimiento de la cesación de la situación de incumplimiento.
Silencio del contratista implica aceptación de la sanción.	
Reporte detallado con cuantificación o tasación del descuento exigible.	Resolución debidamente motivada con la sanción a que haya lugar.
	El contratista puede presentar recurso de reposición contra la resolución que lo sanciona y el mismo será resuelto en el curso de la misma audiencia.
En caso de existir objeciones del contratista se hace obligatorio acudir a los mecanismos de solución de controversias, durante el curso del procedimiento arbitral TRANSMILENIO no podrá descontar el valor objetado.	
TRANSMILENIO será acreedor de intereses moratorios desde la ocurrencia del hecho que dio lugar al desincentivo, en caso de resultar el contratista vencido.	

La comparación contenida en el cuadro anterior le permite al Tribunal evidenciar un marcado desbalance entre el procedimiento contractual y el previsto en la ley, sin perder de vista que la única posible estipulación de un procedimiento diferente al de la Ley 1474 debe materializarse en garantías mayores o reforzadas a favor del contratista según lo ha sostenido el Consejo de Estado.

Particularmente el Tribunal observa que hay algunos aspectos medulares que convalidan el anterior aserto que son los siguientes.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

De una parte, el forzoso empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales, que se le impone al contratista como única alternativa para la formulación de objeciones, resulta evidentemente más lesivo que el procedimiento de ley, por ser notoria la desproporción que implica la necesidad de convocar – para el caso un tribunal de arbitraje – frente a cada evento o grupo de ellos contenido en un Reporte Detallado, siendo entendido que dicho régimen sancionatorio lo prescribe el otrosí No. 5 como el idóneo para discutir eventuales sanciones por hipótesis distintas a las que configuran el ejercicio de los poderes excepcionales de la administración.

El descamino de esta condición es notorio también, si se tiene en cuenta que la justicia arbitral es esencialmente onerosa y demanda el desgaste propio de todo procedimiento judicial, constituyéndose en una eventualidad que, proyectada a través de la prueba obrante al expediente y según la cual los ciclos sancionatorios son periódicos, hace necesarios plurales juicios arbitrales para definir las que, se repite, ambas partes reconocen como hipótesis de hecho referidas a asuntos de importancia relativa frente a la satisfacción del objeto del contrato.

A la par con lo anterior, el desequilibrio al que se refiere el Tribunal, también consiste en que desde el punto de vista económico la formulación de objeciones comporta para el contratista la posibilidad de que se causen en su contra intereses moratorios desde la fecha de ocurrencia del evento que da lugar a la sanción, hasta el momento de su pago efectivo, gravosidad que también luce notoria si se considera, como ya se dijo, cuál es la duración inherente a un juicio arbitral.

Siguiendo con la comparación entre los dos regímenes, también es manifiesta la desproporción entre la iniciativa probatoria dispuesta por el legislador en el marco de la Ley 1474 de 2011, y la precaria participación adversarial del Concesionario en el procedimiento previsto contractualmente, que materialmente lo hace proclive a allanarse como un mecanismo de protección o lo deja a merced de la administración.

Esto último, en términos reales y a juicio del Tribunal implica que la cláusula 131.2 en la práctica, reproduce artificial e ilegalmente el régimen de exorbitancia que por mandato de la ley se sigue por una cuerda separada, que para el caso presente se encuentra dispuesta en las cláusulas 121.1 y 131.1 que no son objeto de esta decisión. Para el Tribunal es claro que el propósito del legislador de 2011, que con la poca fortuna que se viene señalando buscó plasmarse en el Otrosí No. 5, era exactamente el contrario, es decir, sentar una división tajante entre los poderes excepcionales y los desincentivos operativos.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Finalmente, también se observa que en el procedimiento contractual de la cláusula 131.2 no se tiene prevista la posibilidad de comparecencia del garante del contratista, a diferencia del papel preponderante que se le reconoce en la Ley 1474 y que naturalmente se constituye en una herramienta que proporciona equilibrio al procedimiento y que refuerza las garantías a favor del contratista y, a la larga de la propia administración.

En conclusión, el Tribunal declarará la nulidad del inciso cuarto de la cláusula 121.2 del Contrato de Concesión, incluida en su texto mediante el Otrosí No. 5 del 28 de diciembre de 2011 y, de igual manera, declarará la nulidad de la cláusula 131.2 en su integridad.

Como consecuencia de lo anterior, las pretensiones 89 a 94 de la demanda principal serán resueltas como enseguida se expresa.

La pretensión 89 – principal de incumplimiento y subsidiaria de nulidad – se refiere en cualquiera de esas dos hipótesis a la acumulación de “múltiples procedimientos de imposición de desincentivos operativos sin conceder plazos procedentes para que TRANZIT S.A.S. pudiera pronunciarse sobre ellos.”

Al encontrarse probado que el procedimiento sancionatorio vertido en la cláusula 131.2 es nulo, su aplicación está llamada a sufrir las consecuencias de tal declaratoria y en esa medida se resolverá que es próspera la pretensión subsidiaria 89 en la que así se solicita, sin que se haga necesario valorar el cargo de incumplimiento que aparece como pretensión principal, pues a juicio del Tribunal carecería de toda sindéresis entrar a analizar si el ejercicio de una potestad contractual contenida en una cláusula nula comporta o no incumplimiento del mismo.

Lo anterior, toda vez la patología que acusa la estipulación a que se refieren estas consideraciones, al versar sobre la inconformidad de la misma con el ordenamiento legal superior haría irrelevante el análisis sobre su posible incumplimiento.

Mediante las pretensiones 90 y 91 TRANZIT le imputa a TRANSMILENIO incumplimiento del Contrato por haber definido unilateralmente el tope máximo del valor de los desincentivos, en primer lugar por haberse calculado dicho tope en función del valor total de los ingresos del Concesionario cuando ha debido hacerlo en función de los ingresos correspondientes a la Tarifa por Pasajero o a cualquier otro índice que el Tribunal determinara y, en segundo lugar, porque dicho tope solo podía fijarse discriminando los dos componentes de operación previstos (zonal y alimentación).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Con respecto a estas dos pretensiones la posición del Tribunal se sigue por los mismos lineamientos antes expresados, es decir, el incumplimiento imputado a la entidad convocada no admite duda, justamente porque su conducta contractual correspondió al ejercicio de una facultad que será declarada nula. Pero por esa misma razón, habiéndose sancionado dicha estipulación con la más drástica consecuencia prevista en el ordenamiento legal como es la nulidad de la misma, esta declaración implica que el cargo de incumplimiento está llamado a prosperar, en los términos y bajo las condiciones acabadas de expresar, sin que se haga necesario entrar en el análisis de sus consecuencias económicas, que desde luego han de entenderse subsumidas por las de la nulidad.

Las pretensiones 92 y 93 están orientadas en ambos casos en el mismo sentido de las pretensiones 90 y 91, esto es, que el tope sancionatorio adoptado por TRANSMILENIO no corresponde a los criterios técnicos del contrato, y en ambos casos están sujetas a que el Tribunal ordenara un nuevo cálculo del valor de los desincentivos operativos o la reiniciación de los respectivos procedimientos.

Sin embargo, el Tribunal encuentra que en la misma línea de las nulidades halladas, no le corresponde suplir el acuerdo de las partes que invalidó en el inciso cuarto de la cláusula 121.2 fijando el valor de los desincentivos, ni ordenar la reiniciación de un procedimiento que ha sido declarado nulo. Por ende, estas pretensiones serán declaradas imprósperas.

La pretensión 94 de TRANZIT, principal y subsidiaria, busca que se declare que conforme a la ley los intereses de mora por desincentivos solo son procedentes a partir del momento en que sea resuelta su impugnación con arreglo al Contrato (mecanismo de solución de controversias) y, en su versión subsidiaria, que dichos intereses solo son procedentes cuando TRANSMILENIO comunique a TRANZIT que ha resuelto “cada reporte detallado de incumplimiento” o cuando el Tribunal así lo determine.

Dicha pretensión tampoco tiene visos de prosperidad pues, como es claro, la misma toca con un aspecto estructural del procedimiento sancionatorio contenido en la cláusula 131.2, cuya nulidad integral será declarada en la parte resolutive de esta providencia, lo que impone esa conclusión.

Consecuentemente resulta próspera la excepción de TRANSMILENIO relacionada con la carencia de derecho a intereses moratorios (3.28).

Resulta útil aclarar y precisar que las nulidades de la cláusula 121.2, inciso cuarto, y 131.2 en su integridad, implican que los desincentivos operativos impuestos a TRANZIT por TRANSMILENIO con posterioridad al Otrosí No. 5 no pueden producir

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

impacto económico de ninguna índole para la convocante y los que hubiere producido deben retrotraerse en todos sus efectos.

A la par con esa decisión, se dispondrá igualmente que todo y cualquier desincentivo operativo que TRANSMILENIO impusiera a futuro a TRANZIT, deberá serlo observando las garantías mínimas previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o respetando aquello pactado por las partes, en la medida en que contenga garantías superiores o reforzadas a las de la disposición legal antes citada.

Dado que las nulidades que el Tribunal declarará permean algunas de las pretensiones de la reconvención de TRANSMILENIO, enseguida procede el Tribunal a pronunciarse sobre las mismas en los siguientes términos.

La pretensión 1 de TRANSMILENIO está llamada al fracaso en cuanto ella entraña la petición de que se declare la validez de la cláusula 121 y, según la propia expresión de la reconviniente “en particular la cláusula 121.2”, lo que hace entender al Tribunal que dicho aval de legalidad en realidad radica sobre esa parte de la estipulación mencionada, que como está suficientemente claro será declarada nula parcialmente.

Bajo esa misma lógica y dado que el numeral 121.1 de la cláusula 121 no es objeto de ningún pronunciamiento en el presente laudo arbitral, nada hay que agregar sobre el punto para desatar la pretensión bajo análisis.

Las pretensiones 2, 3, 3 subsidiaria, 4, 4 subsidiaria, 27, 28 y 29 de la demanda de reconvención serán denegadas en su totalidad, porque las mismas buscan que el Tribunal reconozca unos derechos que TRANSMILENIO entiende que le asisten, entendimiento que lo motivó a solicitar la validez y eficacia de la cláusula 131.2, estipulación en relación con la cual el Tribunal, como ya se dijo a espacio, encontró probada una nulidad que implica que esa estipulación no tiene capacidad alguna para producir efectos entre las partes.

Lo anterior implica la prosperidad de las siguientes excepciones de TRANZIT: 4.3 sobre violación del derecho de defensa y debido proceso; 4.4 sobre indebida interpretación del Contrato y vulneración del principio de proporcionalidad y equivalencia de las pretensiones de TRANSMILENIO con respecto a los descuentos realizados en materia de desincentivos; 4.8 de inexistencia de definición del “valor tiquete” previamente a la imposición de desincentivos; 4.13 relativa al abuso de la facultad de imponer desincentivos e improcedencia de intereses moratorios, esta última numerada como excepción 4.21 de TRANZIT.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Enseguida el Tribunal se ocupará de desatar el siguiente grupo de pretensiones que no se pueden entender abarcadas por lo resuelto al declarar la nulidad del inciso cuarto de la cláusula 121.2 y de la cláusula 131.2.

La pretensión 87 de TRANZIT se orienta a que el Tribunal declare el incumplimiento de TRANSMILENIO por haber expedido la Resolución 714 de noviembre de 2015, contentiva de la actualización del Manual de Operaciones y no ser este instrumento “compatible con los aspectos técnicos y operacionales del componente zonal del SITP.”

TRANZIT hace consistir el fundamento de este cargo en el hecho de que el referido Manual de Operaciones prescribe hipótesis de desincentivos que son propios de la operación de alimentación y los hace aplicables a la denominada operación zonal, lo cual, además de antitécnico le impone a TRANZIT obligaciones de imposible cumplimiento y vulnera la cláusula 131.2 del Contrato.

Explica TRANZIT que la operación de las rutas alimentadoras corresponde al rodaje de buses dentro de un ámbito geográfico específico y reducido (la zona de Usme para este caso) cubriendo distancias cortas y recurrentes (circulares se las denomina en el argot), lo que las hace rutas “predecibles.”

En la medida en que la dimensión de las operaciones alimentadora y zonal es claramente distinta según el dicho de TRANZIT, las incidencias propias de las primeras, al aplicarse a las segundas en materia de desincentivos, configuran una situación injusta que tiene la entidad de un incumplimiento contractual imputable a TRANSMILENIO.

Al formular su oposición frente a la pretensión que se analiza, TRANSMILENIO indicó que el Manual de Operaciones está vertido en un acto administrativo cuya presunción de legalidad no ha sido desvirtuada, además de haber sido acogido previa discusión con los Concesionarios.

Así mismo, la convocada propuso las excepciones de mérito 3.37.1 denominada “De la interpretación de las cláusulas contractuales” y 3.37.2 “Ausencia de prueba del incumplimiento de las obligaciones contractuales de Transmilenio.”

Como TRANZIT lo puso de presente en los alegatos finales del proceso, TRANSMILENIO admitió como ciertos los hechos 1264 a 1269 de la demanda principal, en los cuales la convocante da cuenta y razón de la evolución de los Manuales de Operación, desde el que fungía como parte del Contrato de Concesión (Anexo No. 2) hasta el contenido en la Resolución 714 de 2015, que es la que se tiene como fuente de la imputación de incumplimiento que se analiza, pasando por

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

el contenido en la Resolución 059 de 2014, el cual, a diferencia del más reciente de dichos Manuales, no incluía la operación de alimentación como parte del componente zonal.

Al consultar el texto de la Resolución 714 de 2015, el Tribunal pudo apreciar que dentro de las extensas consideraciones de dicho acto administrativo, una de ellas señala que la Resolución 059 de febrero de 2014 "... reúne los lineamientos básicos técnicos y operacionales mínimos (...) y con aplicación a las rutas urbanas, complementarias y especiales, sin la inclusión de las rutas alimentadoras." (subraya del Tribunal).

El discurso general de la Resolución 714 señala que conforme a la cláusula 5 del Contrato de Concesión es obligación del Concesionario "coexistir" con otras concesiones propias del Sistema y puntualmente señala: "Una vez finalizados los contratos para la alimentación del Sistema Transmilenio, los concesionarios del SITP asumirán la prestación de este servicio en las zonas que se enuncian a continuación", dentro de las cuales, en efecto, está la zona de Usme, cuyo concesionario de alimentación era Citimovil.

Adicionalmente, esa misma Resolución indica que existía la necesidad de actualizar el Manual de Operaciones para la inclusión de la operación de alimentación "como parte integrante del componente zonal del SITP; quedando vigente el Manual de Operaciones del Sistema Integrado de Transporte Público para el componente troncal."

Para el Tribunal es claro que TRANSMILENIO tiene el derecho señalado en el sexto apartado de la cláusula 23 del Contrato de Concesión consistente en "establecer los Manuales y Reglamentos a los que se sujetará el CONCESIONARIO (...) y a revisarlos y modificarlos cuando sea necesario...", como es igualmente claro que le asiste el derecho a trazar "... los lineamientos técnicos a los cuales se deben (sic) someter la operación del SITP, a través de los Manuales que elabore al efecto." (cláusula 24.2 del Contrato)

De esta forma, lo que emerge probado es: i) que el Manual de Operaciones con fundamento en el cual se presentaron las propuestas es el contenido en la Resolución 064 de 2010, no contenía previsiones sobre operaciones de alimentación; ii) que el 21 de febrero de 2014 TRANSMILENIO expidió la Resolución 059, por la cual adoptó el Manual de Operaciones del Sistema, aplicado este al Componente Zonal, según lo previsto en su artículo 1, Manual que está desprovisto de regulaciones sobre operación de alimentación; iii) que la Resolución 714 de 2015, al actualizar el Manual de Operaciones bajo las circunstancias

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

resumidas precedentemente, hace una incorporación del componente de alimentación.

Que además pueda tenerse como probado – más allá del dicho de la parte convocante y de las conclusiones del trabajo pericial de Cal & Mayor – que la conjunción de las operaciones zonal y de alimentación bajo un mismo régimen de desincentivos puede ser antitécnica, es un punto frente al cual el Tribunal no alcanza grado de certeza.

A este punto, tal como consta en el cuerpo de la Resolución 059 de 2014, su adopción por parte de TRANSMILENIO fue objeto de deliberaciones entre las partes en no menos de 22 oportunidades que corresponden a igual número de Mesas de Trabajo que tuvieron lugar entre los Concesionarios y el Ente Gestor, Resolución que es en últimas la que sigue regulando la operación zonal, con la variación de haber sido incluida bajo su amparo la operación de rutas alimentadoras.

De todo lo anterior, el Tribunal no encuentra que la inclusión de las rutas alimentadoras haga más gravosa la situación del Concesionario. La Resolución 714 de 2015, al modificar la Resolución 059 de 2014, se limita a indicar: “Para todos los efectos, entiéndase la expresión zonal como ‘Operación Zonal – Urbano, Complementario, Especial y de Alimentación’.”

Luego, lo que es claro para el Tribunal es que se trató de una inclusión de las rutas alimentadoras, sin ir más allá de hacer una referencia a las mismas dentro de lo que las partes deberían entender por la expresión “Operación Zonal”, pero con la Resolución 714 nunca se varió el contenido de las obligaciones a las que el Concesionario ya estaba sometido bajo la Resolución 059 de 2014, en el marco de la operación zonal.

En este sentido, el Tribunal no encuentra probado que la inclusión de las rutas alimentadoras en lo ya regulado en la Resolución 059 para la operación zonal, haga que se torne de “imposible cumplimiento”, pues de haberlo sido, estaría dado desde esta Resolución y no desde la 714.

No se desconoce que la operación zonal y de alimentación tienen diferencias sustanciales, pero en caso de haber alguna afectación por la aplicación de un mismo Manual para ambas, la operación que se tornaría “injusta” para el Concesionario sería la de alimentación, pues es la única que tiene un cambio en su regulación, y no al contrario, como es pretendido por la convocante.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En todo caso, no se encuentra que en ninguno de los dos sentidos se tenga una prueba de carácter técnico que demuestre que TRANSMILENIO con la expedición de la Resolución 714 de 2015 faltó a la lógica de lo pactado y mucho menos que esa modificación constituya un incumplimiento contractual imputable al Ente Gestor.

Razón por la cual prosperará la excepción 3.37.2 de TRANSMILENIO, denominada “Ausencia de prueba del incumplimiento de las obligaciones contractuales de Transmilenio” y no se accederá a la pretensión 87, bajo análisis.

La pretensión 88 está expresada como principal, en términos de incumplimiento imputado a TRANSMILENIO, y tiene tres modalidades subsidiarias.

La imputación general que informa a la pretensión en su modalidad principal y todas sus subsidiarias consiste en que la unidad de sanción para los desincentivos operativos, referida al “valor de tiquete”, fue fijada unilateralmente por TRANSMILENIO tomando como referencia la Tarifa al Usuario.

La modalidad principal de la pretensión es de incumplimiento de obligaciones legales y contractuales y las subsidiarias, en su orden, abarcan las hipótesis de abuso (primera subsidiaria), nulidad (segunda subsidiaria) e improcedencia (tercera subsidiaria), pretensión esta última la cual está aparejada con la petición de que la cuantificación de los desincentivos operativos se disponga con relación a la denominada Tarifa por Pasajero “o por referencia al parámetro que el Tribunal determine.”

TRANSMILENIO alegó a su favor excepción de cumplimiento de sus obligaciones (3.33) y ausencia de prueba del incumplimiento que le fue imputado (3.37.2).

En los hechos respectivos de la demanda TRANZIT destaca las diferencias que existen entre dos conceptos definidos en el texto del Contrato, en primer lugar, el de Tarifa Técnica (numeral 1.79), y en segundo lugar el de Tarifa al Usuario (numeral 1.80).

El primero de esos conceptos gira en torno al “costo medio de operación y control por pasajero pago del Sistema” tomando en consideración la estructura de costos así como una “rentabilidad razonable” para los “agentes prestadores de servicio” que intervienen en la operación, al tiempo que el segundo corresponde al costo que se cobra a los usuarios del Sistema, que al decir de TRANZIT regula una relación exógena al Contrato de Concesión y que es la que se ajusta entre el Sistema y sus usuarios.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La veracidad de lo anteriormente señalado la niega TRANSMILENIO en la contestación a la demanda principal, argumentando que se trata de un criterio que tan no es ajeno al Contrato de Concesión que aparece definido en su texto.

TRANZIT hace hincapié en que la Tarifa Técnica obedece a tres componentes que a su turno involucran los costos de operación de cada Concesionario y que son: i) Costos por disponibilidad; ii) Costos por Kilómetro, y; iii) Costos por pasajero transportado.

Estima TRANZIT que los desincentivos operativos no pueden tasarse acumulando los tres elementos del costo acabados de reseñar, porque de esa manera se estaría desmejorando abiertamente la remuneración del Concesionario en la medida en que el único de ellos relacionado con la problemática de las sanciones de ese linaje es el referido al costo por pasajero transportado, pues los otros dos remuneran el costo de la inversión (costos por disponibilidad) y los costos operativos (costos por kilómetro).

TRANSMILENIO niega que la posición procesal de TRANZIT sea veraz, destacando que ni en los Estudios Previos al Contrato, ni en su texto mismo o el del Otrosí No. 5 se tiene previsto que los desincentivos se tasan con exclusiva aplicación del elemento Costo por Pasajero.

Indica TRANZIT que la Tarifa al Usuario la viene aplicando TRANSMILENIO como unidad de medida de los desincentivos desde la vigencia del Otrosí No. 5 del Contrato, afirmación que TRANSMILENIO reputa como ajena a la verdad indicando que esa unidad de medida está contenida en el Manual de Operaciones.

Agrega la parte convocante que carece de sentido que la unidad de medida sancionatoria haya sido determinada tomando como punto de referencia un elemento – la Tarifa Usuario – que no se corresponde con los parámetros convenidos para determinar la remuneración del Concesionario, frente a lo cual TRANSMILENIO señala que la división de criterios propuesta por la parte convocante es artificiosa, porque finalmente el Valor de Tiquete sí tiene un referente contractual y destaca que antes del Otrosí No. 5 la unidad de medida de las sanciones contractuales estaba expresada en salarios mínimos, criterio que era menos favorable económicamente hablando.

Las diferencias de las partes en esta materia, como aparecen expresadas en la demanda principal y su contestación, son bastante reiterativas, siendo destacable que TRANZIT sostiene que el concepto de Tiquete señalado en el Manual de Operación, al carecer de una definición contractual, fue “interpretado” por TRANSMILENIO, que acepta la inexistencia de tal definición en el Contrato y los

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

documentos que lo integran, pero que defiende la legalidad de la cuantificación que realizó mediante Oficio de junio de 2013 sosteniendo que ese vocablo debía entenderse en su sentido natural y obvio y apelando a su definición en el diccionario.

TRANZIT pone de presente en el hecho 1290 de la demanda, sin ser preciso sobre la fuente de la cual toma dicha transcripción, que los desincentivos operativos están definidos en términos según los cuales estos “son descuentos a la remuneración del concesionario por incumplimiento de los parámetros de operación.”

Agrega finalmente la convocante que la improcedencia del criterio de Tarifa al Usuario también puede deducirse del Anexo No. 5 sobre Asignación de Riesgos, a cuyas voces el riesgo asociado a la definición de ese concepto es del Alcalde Mayor de la ciudad, lo que en la práctica se traduce en que con la fijación del cuestionado criterio se obliga a TRANZIT a asumir un riesgo del que es ajeno vía contrato.

A juicio del Tribunal al caso no concurre una hipótesis de incumplimiento imputable a TRANSMILENIO en la forma como TRANZIT lo ha planteado, puesto que la expedición y la actualización del Manual de Operación estaban pactadas y es en este último instrumento en el cual está contenida la referencia a “tiquete” como criterio de cuantificación de los desincentivos, hecho que, per se, no supone la desatención de sus obligaciones por parte de la entidad concedente.

Lo que para el Tribunal sí aparece probado es que la conducta de TRANSMILENIO al interpretar que el “tiquete” es dable cuantificarlo en el equivalente al valor de la Tarifa al Usuario, es que la parte convocada desplegó una conducta abusiva, no por la unilateralidad de que está informada la fijación de dicha cuantificación, que como se ha entendido corresponde a una legítima facultad de TRANSMILENIO, sino porque la desproporción entre el valor del derecho económico que el Ente Gestor percibe por cada pasajero que utiliza el Sistema y el componente del mismo que se transfiere al Concesionario es manifiesta comparada con la Tarifa Técnica, ambas definidas en el texto del Contrato.

También encuentra el Tribunal que aunque de menor impacto, también comporta abuso que un elemento tan sensible para ambas partes se haya fijado de forma unilateral, con dilapidación de varias oportunidades que TRANSMILENIO tuvo para imprimirle bilateralidad a esa fijación, que como se sabe se hizo necesaria a partir de la bifurcación del régimen sancionatorio del Contrato según el Otrosí No. 5 al mismo y que había podido quedar definida en ese mismo instrumento, que data del año 2011, o en el Manual de Operación expedido en 2014 (Resolución 059), o en la actualización del mismo (Resolución 714 de 2015) o, en fin, en un Otrosí posterior

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

al No. 5 y que la parte convocada había podido propiciar, tal como defiende que lo hizo con relación al mentado Otrosí del 28 de diciembre de 2011.

No se pierde de vista que TRANSMILENIO reivindica que la adopción del Manual de Operación contenido en la Resolución 059 de 2014 estuvo precedido de múltiples Mesas de Trabajo con los Concesionarios a quienes estaba destinado, ni se deja inadvertido tampoco, que en el numeral 6 de la cláusula 131.2, nula en su integridad a partir de las decisiones que se adoptan en esta providencia por razones que ya quedaron expresadas y que no tienen relación con este puntual aspecto de la controversia, se había convenido:

“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.” (Subraya del Tribunal).

En mérito de las consideraciones que preceden, se declarará próspera la pretensión 88, primera subsidiaria de la demanda principal, referida al abuso de sus facultades contractuales imputado por TRANZIT a TRANSMILENIO debido a la fijación unilateral del “valor de tiquete” con referencia a la definición contractual de “Tarifa al Usuario” y, al no recibir despacho favorable dicha pretensión a título de incumplimiento, es decir bajo su formulación principal, serán declaradas como prósperas en cuanto a la citada modalidad de esa pretensión, las excepciones de cumplimiento de sus obligaciones (3.33) y de ausencia de prueba del incumplimiento que le fue imputado (3.37.2).

Forzosa consecuencia de todo el discurrir que precede, esto es, que el Tribunal declarará la nulidad parcial de la cláusula 121.2 y total de la cláusula 131.2, en armonía con el despacho favorable de las pretensiones 88 primera subsidiaria y 89, es la prosperidad de las pretensiones 134 y 135 principales de TRANZIT, que implican, la primera de ellas, que en la parte resolutive de esta providencia se ordenará a la parte convocada “abstenerse de descontar u ordenar el descuento de suma alguna por concepto de desincentivos operativos impuestos hasta la fecha de expedición del Laudo Arbitral”, y, la segunda de las mismas, que de igual manera implica que TRANSMILENIO será condenado a pagar toda y cualquier suma que hubiera descontado a TRANZIT por concepto de desincentivos operativos hasta la fecha de expedición de este laudo.

La cuantificación de los desincentivos operativos y sus intereses difiere de una parte a la otra según las estimaciones contenidas en la demanda principal y la de reconvenición, sin que su iniciativa probatoria se haya traducido en un insumo que le brinde certeza al Tribunal para tasar las condenas antes anunciadas.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Pretensión nonagésima quinta

Mediante la pretensión 95 TRANZIT solicita que se declaren nulas cinco estipulaciones contenidas en el Manual de Servicios, en la medida en que dichas cláusulas introducen causales para la declaratoria de caducidad del Contrato las cuales obedecen a igual número de hipótesis que en ningún caso revisten la gravedad y/o la potencialidad de afectar la satisfacción del objeto contratado en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 es decir, “de manera grave y directa” y con la capacidad de conducir a su paralización.

El texto de dicha pretensión es el siguiente:

“Nonagésimo quinto. Que se declare la nulidad de los apartes del Anexo 3 denominado Manual de Niveles de Servicio que a continuación se subrayan con los efectos previstos en el artículo 47 de la Ley 80 de 1993, por cuanto incorporan causales contractuales de caducidad del Contrato en violación de las disposiciones legales de carácter taxativo contenidas en el artículo 18 de dicha ley:

95.1. “1. GESTIÓN DE SATISFACCIÓN DE USUARIOS (...) Valor de Referencia (...) en el caso de obtener 3 trimestres seguidos índices menores de 60% se considera causal para declarar la caducidad del contrato de concesión. Se considera 60% como valor de referencia inicial, el cual podrá ser ajustado por el Ente Gestor en cualquier momento de la concesión, este ajuste podrá ser por encima o por debajo del valor definido.”

95.2. “2. GESTIÓN DE SEGURIDAD (...) Valor de referencia (...) en el caso de obtener 6 meses seguidos índices de accidentalidad mayores de 0,4 eventos por vehículo, se considera causal para declarar la caducidad del contrato de concesión. Se considera 0,4 eventos por vehículo, como valor de referencia inicial, el cual podrá ser ajustado por el Ente Gestor en cualquier momento de la concesión acorde con las necesidades del servicio y la evolución de la operación, este ajuste podrá ser por encima o por debajo del valor definido.”

95.3. “3. GESTIÓN DE SERVICIOS (...) Valor de referencia (...) en el caso de obtener seis (6) meses seguidos índices de puntualidad menores de setenta por ciento (70%) se considera causal para la declaratoria de caducidad del contrato de concesión. Se considera setenta por ciento (70%) como valor de referencia inicial, el cual podrá ser ajustado por el Ente Gestor en cualquier momento de la concesión acorde con las necesidades del servicio y la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

evolución de la operación, este ajuste podrá ser por encima o por debajo del valor definido.”

95.4. “4. GESTIÓN DE MANTENIMIENTO (...) Valores de referencia (...) en el caso de obtener 6 meses seguidos índices de fallas mayores al 0,08 eventos promedio por flota en operación, por mes, se considera causal para la declaración de caducidad del contrato de concesión. Se considera 0,08 eventos promedio por flota en operación, por mes, como valor de referencia inicial, el cual podrá ser ajustado por el Ente Gestor en cualquier momento de la concesión acorde con las necesidades del servicio y la evolución de la operación, este ajuste podrá ser por encima o por debajo del valor definido.”

95.5. “5. GESTIÓN DE MEDIO AMBIENTE (...) Valor de referencia (...) en el caso de obtener 6 meses seguidos índices de emisiones superiores al 5% se considera causal para declarar la caducidad del contrato de concesión. Se considera 5% como valor de referencia inicial, el cual podrá ser ajustado por el Ente Gestor en cualquier momento de la concesión acorde con las necesidades del servicio y la evolución de la operación, este ajuste podrá ser por encima o por debajo del valor definido.”

El Tribunal pone de presente, en primer lugar, que la convocante parte de la base de considerar que el artículo 18 de la Ley 90 de 1993 contiene unas causales taxativas para la declaratoria de caducidad, cuando al respecto esa norma en realidad señala:

“La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.” (Subraya del Tribunal).

De acuerdo con lo anteriormente destacado, resulta claro que el invocado artículo 18 no contiene causales taxativas que den lugar a la declaratoria de caducidad del Contrato. De igual manera es claro que, contrario a lo expuesto por la convocante, la norma reconoce que pueden existir estipulaciones de las partes sobre hechos constitutivos de incumplimiento del contratista que eventualmente podrían conducir a una declaratoria de caducidad.

Aquellas causales que hagan parte del fuero contractual no podrán ignorar aquello que ha dispuesto el legislador; es decir, a las partes les es permitido pactar aquellos eventos que se entienden como incumplimientos del contratista. Sin embargo, su

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

aplicación en orden a desembocar en una declaratoria de caducidad deberá estar precedida del cumplimiento de los demás supuestos legales, tales como la afectación grave y directa la ejecución del contrato y que se evidencie que el incumplimiento puede llevar a la paralización de la obra o prestación del servicio.

Al respecto, resulta pertinente recordar lo dispuesto por el Consejo de Estado, en Sentencia del 20 de febrero de 2017:

“En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse no sólo las normas legales imperativas sino también las dispositivas, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato, independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que estas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero sólo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica comercial, pues en este evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual.¹⁷⁹ (Subraya del Tribunal).

Teniendo en cuenta lo anterior, las disposiciones contractuales y legales pueden ser integradas en los términos señalados por el Consejo de Estado, con la obvia limitante de que lo pactado no puede ser un beneficio ni una exclusiva para la Entidad, lo que quiere decir que en caso de existir otros incumplimientos que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato, aun cuando no tipificados en su texto, la ocurrencia de ellos puede poner en evidencia su posible paralización, hecho que habilita a la entidad para declarar la caducidad del contrato sin mediar una cláusula reguladora de esa específica hipótesis de incumplimiento.

Coherentemente con lo acabado de indicar y como sucede en este caso, en tanto y en cuanto exista una disposición en este sentido la entidad no podrá declarar la caducidad del contrato sino en la medida en que se dé estricto cumplimiento a lo dispuesto por la ley sobre la misma materia.

Precisando, para el Tribunal es claro que lo que sería objetable por el Concesionario es que en el ejercicio de sus facultades excepcionales, con o sin pacto expreso sobre motivos que pueden dar lugar a la más drástica de las sanciones prevista en el ordenamiento patrio en materia de contratación estatal, la entidad pública desconociera lo dispuesto en el ya citado artículo 18 de la Ley 80 de 1993,

¹⁷⁹ Sentencia 05001-23-31-000-2003-04466-02 de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa – Sección Tercera, de 20 de febrero de 2017. MP JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

basándose exclusivamente en lo dispuesto, por ejemplo en el Manual de Servicios asunto que sería del conocimiento del juez del contrato mediando pretensión expresa en tal sentido.

Lo que a juicio del Tribunal no es posible es determinar – como se pretende – es que se declare que una cláusula o un grupo de ellas son nulas *per se*, en la medida en que las mismas no son más que la descripción de unos supuestos de incumplimiento que pueden o no dar lugar a una declaratoria de caducidad, cuya procedencia está sujeta, claro está, a que se cumplan los demás requisitos de ley, tanto los previstos para la concurrencia al caso de una hipótesis de paralización o grave afectación del contrato (artículo 18 de la Ley 80 de 1993), como los que regulan hoy por hoy el procedimiento mínimo que debe observarse para la imposición de una sanción de esa estirpe (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011).

Sobre la observancia del debido proceso en la declaratoria de caducidad del contrato estatal, ha sostenido el Consejo de Estado:

“La Sala pone de presente la ilegalidad del acto administrativo mediante el cual se decreta la caducidad del contrato, cuando se impone de plano, en violación constitucional del debido proceso y de las normas que disponen el procedimiento de la actuación administrativa.

“El razonamiento sobre el cual se funda esta apreciación ha sido expuesto en detalle en varias providencias, cuyo contenido se reitera en esta oportunidad:

“En efecto, dado que el debido proceso para imponer la sanción de caducidad no se encontraba reglamentado mediante un procedimiento específico –como lo está ahora en la Ley 1474 de 2011- la Administración Pública estaba sometida a las formalidades reguladas de manera general en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo –y a las demás normas existentes acerca de los principios generales de los procedimientos administrativos y de las actuaciones administrativas, contenidas en el Libro Primero del mismo Código Contencioso Administrativo- de donde se tiene que la Corporación contratante debía brindar oportunidad real al interesado para que pudiera expresar sus explicaciones u opiniones, aportar pruebas, cuestionar o contradecir las que se pretendían hacer valer en su contra, de tal manera que sólo después de haber garantizado de manera efectiva sus derechos de audiencia y de defensa, la entidad estatal contratante pudiera proceder

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

entonces a tomar válidamente una decisión motivada y sustentada en las pruebas e informes disponibles’.”¹⁸⁰

Bajo esta misma línea, la sola existencia de la cláusula cuestionada no implica que TRANSMILENIO pueda declarar la caducidad basada en su inclusión en el texto del Contrato sin dejar de proferir un acto administrativo motivado y con plena observancia del debido proceso y el derecho de contradicción del contratista.

En los anteriores términos, el Tribunal no encuentra que la simple estipulación de las cláusulas cuya legalidad pone en tela de juicio TRANZIT pueda entrañar, sin más, un pacto contrario a la ley o abusivo que amerite declarar su nulidad.

Por todo lo anterior, el Tribunal negará la pretensión 95 en la parte resolutive de presente providencia.

LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta, vigésima séptima, vigésima octava y vigésima novena

Las referidas pretensiones han sido resueltas en la parte considerativa correspondiente a las pretensiones octogésima séptima a nonagésima quinta, referentes a Desincentivos, Manual de Operaciones y Niveles de Servicio.

Pretensiones quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décima quinta y décima sexta

En las pretensiones 5, 6, 7, 8, 9, 10, 15, 16 de la reforma a la demanda de reconvencción se solicitó:

“QUINTA: DECLÁRESE que, de conformidad con el Decreto 309 de 2009 expedido por la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ y con lo previsto en los Estudios Previos de La Licitación TMSA-LP-004 de 2009, la integración del SITP era una obligación a cargo de la Empresa de TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

“SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN QUINTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración que se efectúe conforme a la pretensión

¹⁸⁰ SENTENCIA N° 63001-23-31-000-2005-01919-01 DE CONSEJO DE ESTADO - SALA PLENA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - SECCIÓN TERCERA, DE 29 DE ABRIL DE 2015. MP HERNAN ANDRADE RINCON (E)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

tercera subsidiaria, se condene a la SOCIEDAD CONCESIONARIA TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO SAS - TRANZIT 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° 011 de 2010, sobre los desincentivos impuestos entre el 1° de febrero de 2013 y el 23 de abril de 2017, 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.

“SEXTA: DECLÁRESE que, de conformidad con el Decreto 309 de 2009 expedido por la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ y con lo previsto en el Anexo No. 2 “Manual de operación” y en el “Anexo Técnico” el pliego de condiciones de La Licitación TMSA-LP-004 de 2009, la integración del SITP ocurre cuando se materializan una o varias de las siguientes modalidades de integración, a saber: i) Integración operativa, ii) Integración física, iii) integración virtual, iv) Integración del medio de pago e, v) Integración tarifaria.

“PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRINCIPAL: DECLÁRESE que, de conformidad con el Decreto 309 de 2009 expedido por la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ y con lo previsto en el Anexo No. 2 “Manual de operación” y en el “Anexo Técnico” el pliego de condiciones de La Licitación TMSA-LP-004 de 2009, la integración del SITP no requiere del cumplimiento de todas y cada una de las modalidades de integración, a saber: i) Integración operativa, ii) Integración física, iii) integración virtual, iv) Integración del medio de pago e, v) Integración tarifaria.

“SÉPTIMA: DECLÁRESE que, la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. culminó la modalidad de integración operativa del SITP, a partir del veintidós (22) de diciembre del dos mil quince (2015).

“OCTAVA: DECLÁRESE que, la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. culminó con la modalidad de integración tarifaria del SITP a partir del veintidós (22) de diciembre del dos mil quince (2015).

“NOVENA: En relación con las anteriores pretensiones DECLÁRESE que, el SITP se encuentra plenamente integrado a partir del veintidós (22) de diciembre del dos mil quince (2015).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“DÉCIMA: DECLÁRESE que, de conformidad con el Decreto 309 de 2009 expedido por la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ y con lo previsto en los Estudios Previos de La Licitación TMSA-LP-004 de 2009, LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. cumplió con la obligación de integración del SITP a partir del veintidós (22) de diciembre del dos mil quince (2015).

(...)

“DÉCIMO QUINTA: DECLÁRESE que, de conformidad con el PARÁGRAFO SEGUNDO de la “CLÁUSULA 22. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO” el cronograma de implementación del SITP es meramente indicativo y puede ser modificado por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. en cualquier momento de la vigencia de la concesión.

“DÉCIMO SEXTA: DECLÁRESE que, de conformidad con la “CLÁUSULA 13. ETAPA OPERATIVA” la fase operativa del Contrato de Concesión se dividió en dos (2), a saber: una primera fase de puesta en marcha, y una fase operativa propiamente dicha.”

Posición de la reconviniendo

La demandante en reconvención sustentó sus pretensiones señalando que el Contrato de Concesión No. 11 de 2010 estableció tres etapas contractuales, a saber: una etapa pre operativa, una operativa y una de reversión. Que pese a que en el Contrato de Concesión se estableció que la etapa pre operativa sería de 9 meses, la misma se extendió aproximadamente por 20 meses, tiempo que transcurrió desde el acta de inicio del Contrato hasta la fecha que el Ente Gestor emitió la orden de inicio, que para el caso del TRANZIT fue mediante radicado 2012EE8884 del 19 de octubre de 2012. Advirtió además TRANSMILENIO que mediante Otrosí No. 7 de enero de 2014 se modificó la cláusula 13 del Contrato de Concesión No. 011 de 2010 respecto de la etapa operativa, la cual se dividió en dos fases: la primera denominada “Puesta en Marcha” cuya duración se prolongaría hasta tanto se terminara el cronograma de implementación definido de común acuerdo entre el Ente Gestor y los Concesionarios en 16 meses en el caso de la operación zonal y 18 meses en el caso de la operación troncal, tiempos que según TRANSMILENIO ya se cumplieron y la segunda denominada Fase operativa “propiamente dicha”, la cual se prolongará hasta la etapa de reversión.

Añadió que el “RESUMEN EJECUTIVO DEL DISEÑO DE LA OPERACIÓN DEL SISTEMA”, anexo al pliego de condiciones de la Licitación, así como en la cláusula

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

13 y 22 del Contrato de Concesión se advirtió a cerca del cronograma de implementación el cual es uno solo. Reitero que el Plan de Implementación (Anexo 2 del Contrato de Concesión) debió cumplirse en agosto de 2014, obligación que a la fecha el Concesionario no ha cumplido.

Manifestó además que el Contrato de Concesión No. 11 de 2010 se encuentra en la etapa operativa, en la segunda fase “operativa propiamente dicha” conforme lo establecido en la cláusula 13 del citado contrato, que conforme al parágrafo 2 de la cláusula 64, TRANSMILENIO debió liquidar y cobrar a TRANZIT el factor de calidad al terminarse la fase Puesta en Marcha por lo que la misma le adeuda a TRANSMILENIO la suma de \$8.454.877.441, por concepto de factor de calidad desde agosto de 2014, a la fecha de la liquidación que se adjuntó como prueba de la reforma a la demanda de reconvención.

Respecto de la integración señaló que el artículo 5 del Decreto 309 de 2009 previó como objetivo del SITP la realizar la integración operacional y tarifaria del sistema de transporte público, tanto en forma física como virtual, garantizando su sostenibilidad financiera. Que cumplimiento con lo estipulado en el Decreto 309 de 2009, la licitación TMSA- LP004 de 2009, en su Anexo Técnico y el Anexo 2 previó la integración de manera gradual y se daría bajo una o varias de las modalidades allí indicadas.

Adicionalmente alegó que TRANSMILENIO mediante radicado 2015EE26459 de fecha 28 de diciembre de 2015, le informó al TRANZIT sobre la integración total asociada al Contrato de Concesión del mismo, la cual se dio el 22 de diciembre de 2015.

Posición de la reconvenida

Al respecto la parte demandada en reconvención no se opuso y admitió las pretensiones quinta, sexta y décima sexta, señalando sobre la pretensión quinta que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 309 de 2009, los Estudios Previos de la Licitación TMSA-LP-004 de 2009, así como los demás documentos aplicables, la integración del SITP era y sigue siendo responsabilidad de TRANSMILENIO. No obstante, precisó que dicha obligación fue incumplida por el Ente Gestor, tal y como se señaló en la reforma a la demanda principal, pues en efecto, la integración no se ha presentado por razones que le son imputables directamente a TRANSMILENIO; sobre la pretensión sexta, que según el Decreto 309 y en el Contrato se previeron condiciones para la integración, las cuales requerían necesariamente, reemplazar el Transporte Público Colectivo (TPC) lo cual no ha ocurrido, e insistió en que no ha habido integración en ninguna de sus modalidades ya que la existencia del Transporte Público Colectivo (TPC), principalmente, el que

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

le correspondía desintegrar a COOBÚS y EGOBÚS, que era cerca del cuarenta por ciento (40%), sigue en las calles bajo la modalidad de “SITP Provisional; y sobre la pretensión décima sexta que debe tenerse en cuenta que la denominada “Puesta en Marcha” no ha finalizado puesto que debe ser concurrente con la integración plena y la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema, lo cual no ha ocurrido debido a los incumplimientos del Ente Gestor y en todo caso, hechos ajenos y no imputables al concesionario.

Respecto de las demás pretensiones se opuso manifestando en primer lugar que no ha habido integración operativa ya que esta requiere que haya integración total, y esto a su vez implica la sustitución del Transporte Público Colectivo (TPC), lo cual no ha ocurrido, entre otros, por la existencia del “SITP Provisional.” Que la integración buscaba que cualquier usuario pudiera transportarse desde y hacia las zonas adjudicadas (13 zonas) y la zona neutra, realizando los transbordos necesarios para completar su viaje, en un mismo esquema tarifario y utilizando el mismo medio de pago como que no está funcionando así al día de hoy, debido al incumplimiento de TRANSMILENIO de sus obligaciones como Ente Gestor, entre otras, en la contratación y acreditación del cierre financiero de los concesionarios COOBÚS y EGOBÚS.

Así mismo manifestó que no ha habido integración tarifaria en los componentes troncal y zonal pues la misma no aplica para todos los vehículos de transporte público, además añadió que el SITP Provisional no hace uso del mismo medio de pago que el SITP, sino que hace sus cobros en efectivo, cobrando tarifas inferiores a las fijadas para el SITP en condiciones desiguales de prestación del servicio sin un mecanismo que permita hacer transferencias ni transbordos.

Por último, reiteró que la integración del SITP no se ha dado, y que ello es tan así que el mismo TRANSMILENIO lo reconoce al no haber aplicado descuentos a la remuneración de TRANZIT por Niveles de Servicio - Factor de Calidad, pues los mismos sólo se causarían con la integración, que TRANSMILENIO solo pretende el cobro de los mismos en la reforma a la demanda de reconversión, producto más bien de una represalia al derecho de acción de TRANZIT.

Además, planteó como excepciones las siguientes:

“4.2. Contrato no Cumplido” señalando que resulta claro que TRANSMILENIO, en su calidad de Ente Gestor no ha cumplido las obligaciones a su cargo, motivo por el cual TRANZIT no se encuentra en mora de cumplir las suyas, máxime cuando el incumplimiento de TRANSMILENIO ha llevado al SITP a una situación de crisis, con un funcionamiento defectuoso, en estado de falta de implementación e integración.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“4.6. La Modificación del Cronograma de Implementación del SITP es Nula, fue Objeto de Abuso del Derecho y en todo caso no conlleva Condonación alguna.” Argumentando sobre la misma que la facultad prevista en la cláusula 22 para modificar el cronograma de implementación, al menos de la forma en que TRANSMILENIO pretende interpretarla, respondería a una condición meramente potestativa, nula por mandato legal, que TRANSMILENIO ejerció abusivamente dicha potestad y que en todo caso dicha actuación no condona la causación de perjuicios ocasionados a Tranzit como consecuencia de los incumplimientos de TRANSMILENIO.”

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público se pronunció al respecto señalando que el Decreto 319 de 2006 estableció en su artículo 15 que el sistema integrado de transporte público se constituirá a partir de un proceso de integración operacional, tarifario e institucional de acuerdo con los principios constitucionales de coordinación y complementariedad, logrando una unidad física para los usuarios del transporte, que les garantice el acceso al servicio en condiciones de óptima calidad, economía y eficiencia. Que por su parte el Decreto 309 de 2009, por el cual se adoptó el Sistema Integrado de Transporte Público para Bogotá, D.C., estableció cuatro fases para la implementación; en cuanto a la integración manifestó que el mismo decreto estableció que la misma podría darse bajo cualquiera o varias de las modalidades allí establecidas.

Añadió que de conformidad con el Decreto 309 del 2009, no se requería contar con la totalidad de las 5 modalidades de integración, para considerarse culminada la INTEGRACIÓN (Fase II, Implantación gradual), y que es así como la misma norma disponía que terminada la Fase II, se daría la integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios, ubicando este 100% en la FASE III. Frente a lo cual, debe acudir al oficio 2015EE26459 de fecha 28 de diciembre de 2015, mediante el cual Transmilenio informó a TRANZIT que el 22 de diciembre de 2015 se efectuó la reversión de los contratos de Recaudo de fase I y II, presentándose de esta forma la integración operacional y tarifaria en el SITP que da lugar a declarar la integración del sistema bajo esta modalidad, en aplicación del Decreto citado.

Adicionalmente señaló que teniendo en cuenta que las partes se comprometieron y se rigen por lo específicamente contemplado en el Contrato de Concesión No. 11 de 2010, es preciso tener en cuenta que en dicho contrato, frente a las etapas estableció en su Capítulo 3, que el Concesionario debía cumplir las obligaciones listadas relacionadas con el Plan de Implementación, consecución de las áreas de patios y talleres para operación, adquisición de flota nueva y usada, desintegración

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

física total o de la flota usada no disponible para operación y que no haga parte de la flota de reserva conforme al cronograma que contempla un 20% desde la firma del contrato hasta el inicio de la operación regular, y desde este hasta la finalización de la integración.

Señaló así mismo que, en cuanto a la "Etapa Operativa" para el Contrato 11 de 2010, la misma comenzó con la orden de operación dada por TRANSMILENIO mediante oficio 2012EE8864 del 19 de octubre de 2012 y se extiende por 24 años.

Consideraciones del Tribunal

Corresponde al Tribunal determinar si, como lo afirma la demandante en reconvencción, era su obligación integrar el SITP lo que efectivamente se realizó al haberse culminado con la integración operativa y tarifaria tal como se previó en el Decreto 309 de 2009. De esta forma deberá concluir el Tribunal si dicha obligación estaba a cargo de TRANSMILENIO y si la misma ya se cumplió como lo asevera TRANSMILENIO o si por el contrario no se ha logrado la integración total del sistema; al respecto el Tribunal Considera lo siguiente.

Efectivamente y tal como lo afirma la parte demandante en reconvencción y fue admitido por TRANZIT en su contestación a las pretensiones planteadas en la reforma a la demanda de reconvencción, TRANSMILENIO estaba en la obligación de integrar el Sistema Integrado de Transporte Público, toda vez que, el Decreto 309 de 2009 mediante el cual se adoptó el Sistema Integrado de Transporte Público, en su artículo 8 previó que era competencia de TRANSMILENIO como Ente Gestor realizar el proceso de integrar el sistema.

“Artículo 8°.- Competencia de TransMilenio S.A. como Ente Gestor del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO. De conformidad con lo establecido en el Acuerdo Distrital 4 de 1999 y los Decretos Distritales 319 y 486 de 2006, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TransMilenio S.A. como ente gestor del SITP realizará: La planeación, gestión y control contractual del Sistema; el proceso de integración, evaluación y seguimiento de la operación y los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del actual transporte público colectivo al transporte público masivo.” (Subraya del Tribunal)

Como bien lo advirtió el Tribunal en otro aparte del laudo, el Decreto 309 de 2009 hace parte integral del Contrato de Concesión No. 11 de 2010, pues así se dispuso en la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 DE 2009 y en la cláusula 184.1 del Contrato de Concesión.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La obligación de TRANSMILENIO de integrar el sistema se reiteró en el numeral 5.2 del Anexo No. 2 del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 DE 2009 denominado “Manual de operaciones del SITP, así como en los antecedentes de los estudios previos de la Licitación.

“5.2. OPERACIÓN DEL SITP.

“TRANSMILENIO S.A. desarrolla la planeación global del sistema, determina las metas y proyectos de expansión, crecimiento e integración.

“1. ANTECEDENTES

(...)

“En desarrollo del Plan Maestro de Movilidad, se expidió el Decreto 486 de 2006, donde se establece a cargo de TRANSMILENIO S.A. la responsabilidad por la integración, evaluación “y seguimiento de la operación del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP, 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.”

Así las cosas, este Tribunal considera que evidentemente TRANSMILENIO tenía la obligación de integrar el Sistema Integrado de Transporte Público por lo que prosperará la pretensión quinta.

Ahora bien, en la pretensión sexta de la reforma a la demanda de reconvención TRANSMILENIO solicita al Tribunal que declare en el Decreto 309 de 2009, así como en el Anexo No. 2, y el Anexo Técnico del pliego de condiciones de la licitación pública se estableció que la integración del Sistema Integrado de Transporte Público- SITP ocurriría cuando se materializara una o varias de las modalidades establecidas para la integración.

Al respecto, el Tribunal verificó, en primer lugar, que el Decreto 309 de 2009 efectivamente consagró en su artículo 19 que la integración se podrá dar bajo cualquiera o varias de las modalidades allí fijadas las cuales eran: integración operativa, integración física, integración virtual, integración del medio de pago, o integración tarifaria.

Artículo 19°. - Gradualidad en la implementación del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO. De conformidad con lo

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

establecido en el Plan Maestro de Movilidad, el SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO se desarrollará en etapas o fases, con el fin de prestar un adecuado servicio al usuario.

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

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.

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

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

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.

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.” (Subraya del Tribunal)

Así mismo, en el numeral 5 del Anexo No. 2 del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 DE 2009 denominado “Manual de operaciones del SITP” donde se describió el sistema y su operación se indicó respecto de la integración del SITP que la misma se realizaría a través de cualquiera o varias de las modalidades allí previstas, así:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“Esta integración se realiza a través de cualquiera o varias de las siguientes modalidades:

- 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.
- Integración física: Es la articulación a través de una infraestructura común o con accesos.
- Integración virtual: Es la utilización de medios tecnológicos para permitir a los usuarios el acceso en condiciones equivalentes a las de la integración física.
- 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 SITP.
- 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.”

De igual manera, este Tribunal evidenció que en el Anexo Técnico Definitivo del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 DE 2009 se estableció exactamente lo mismo, respecto de que la integración se daría bajo una o varias de las modalidades; por lo tanto, este Tribunal declarará probada la pretensión sexta de la reforma a la demanda de reconvencción, teniendo en cuenta que, efectivamente, el Decreto 309 de 2009, así como en el Anexo No. 2, y el Anexo Técnico del pliego de condiciones de la Licitación Pública establecieron que la integración del Sistema Integrado de Transporte Público- SITP se daría bajo una o varias de las modalidades, a saber: integración operativa, integración física, integración virtual, integración del medio de pago, o integración tarifaria. Además, porque dicha pretensión fue aceptada por la demandada en reconvencción en la contestación a las pretensiones planteadas en la reforma a la demanda de reconvencción.

Por otra parte, TRANSMILENIO pretende en las pretensiones séptima, octava, novena y décima que el Tribunal declare que TRANSMILENIO culminó con la modalidad de integración operacional y tarifaria, y que por lo tanto, el Sistema

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Integrado de Transporte Público- SITP se encuentra integrado y TRANSMILENIO cumplió con su obligación de integrar el SITP a partir del 22 de diciembre de 2015.

El artículo 6 del Decreto 309 de 2009 previó que la integración del Sistema Integrado de Transporte Público sería gradual, así:

“Artículo 6°.- Principios de la integración: 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.”

Ahora bien, como se advirtió en otro aparte del laudo cuando se resolvió la pretensión vigésima tercera de la demanda reformada y como se declaró en la anterior pretensión, para este Tribunal la integración del Sistema Integrado de Transporte Público podría culminarse cumpliéndose con la integración de una de las 5 modalidades previstas, esto es, o con la integración operativa, o la integración física, con la integración virtual, o con integración del medio de pago, o con la integración tarifaria.

Es claro para este Tribunal que como ya se expresó antes, que ninguna de las modalidades de integración establecidas en el artículo 19 del Decreto 309 de 2009 se encuentran finalizadas, toda vez que al día de hoy aún se evidencia que por las calles de la ciudad siguen rodando vehículos a través de la modalidad de SITP Provisional, lo cual conlleva a que no exista integración operacional del Sistema, por cuanto para ello se hace necesario que todos los vehículos que pertenecen al SITP Provisional tengan un control de su operación, mediante el establecimiento de horarios, recorridos, frecuencias de despacho e interconexión de la operación, lo cual no se ha logrado a pesar de la expedición del Reglamento de Operación del SITP Provisional.

Tampoco existe integración tarifaria, debido a que ningún vehículo del SITP Provisional cuenta con un esquema tarifario que le 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, y además, porque la tarifa es cobrada al usuario en efectivo dentro de los vehículos y el valor de la misma es menor a establecida para el SITP.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Esto fue corroborado, como ya se señaló antes, por el dictamen pericial rendido por la sociedad Strategas Consultores S.A., por el testigo Jhon Bohórquez ¹⁸¹ y por la testigo Ivonne Alcalá ¹⁸² la cuál manifestó al respecto lo siguiente:

“DR. CORTÉS: ¿Y qué quiere decir que el SITP sea un sistema integrado?”

“SRA. ALCALÁ: Varias cosas, uno de los pilares fundamentales del Decreto 309 a través del cual, que es el decreto del SITP establece que uno de los principios fundamentales es la integración, eso significa, que el sistema debía ofrecerle la posibilidad al usuario y de ser transparente para el usuario en el sentido en que, por ejemplo, podría tomar un bus del SITP y poder integrarse bien fuera de manera física a través de una infraestructura, bien sea de manera tecnológica porque el sistema le permite descender de un bus y subir al otro con unas ventanas de tiempo que le hacen un poco más barato el pago del pasaje; una integración del medio de pago de manera que con una sola tarjeta yo pueda acceder a todos los servicios, eso es algo que está previsto no solo para lo que hay ahora si no para el cable que va a entrar ahora en Soacha, cuando entre el sistema metro. Significa que hay un único centro de control que está haciendo la programación, que está controlando los horarios, que está haciendo un control permanente, que puede determinar en un momento específico dónde se encuentra un bus, qué retrasos pueda llegar a tener, que tiene en tiempo real los ingresos que van entrando o que va recaudando el concesionario encargado de recaudo, bien sea en los buses, bien sea en los puntos de venta y recarga, es un todo, es una única forma de prestación del servicio; y, en este punto quiero aclarar que el objetivo tanto del plan maestro de movilidad como el Decreto 309 y así lo plasma el pliego de condiciones de la licitación que dio lugar al SITP, es que a través de esta licitación en Bogotá se adjudicó la totalidad del servicio del transporte público bajo el criterio y las reglas y los componentes de un sistema masivo de pasajeros.

“DR. CORTÉS: ¿El sistema integrado de transporte público está integrado hoy en día?”

“SRA. ALCALÁ: No, hoy en día el sistema no está integrado de acuerdo con lo que prevé el Decreto 309 del 2009, hay cinco formas de llegar a esa integración; una, es la integración operativa que esa es la que me hago referencia cuando menciono esta capacidad de tener el control total sobre la flota, de los horarios, de las frecuencias; una integración virtual que es la que

¹⁸¹ Testimonio de Jhon Bohórquez, prueba practicada en audiencia de 15 de marzo de 2018.

¹⁸² Testimonio de Ivonne Alcalá, prueba practicada en audiencia de 16 de marzo de 2018.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

permite que el usuario adquiriera una tarjeta, tome un bus, descienda de ese bus y en una ventana de tiempo pueda tomar el otro bus con un descuento en su tarifa; una integración del medio de pago que significa que yo puedo tener 10 tarjetas, puedo utilizar una tarjeta débito de un banco, en fin, infinidad de tarjetas, pero todos los equipo me reciben la tarjeta, me la descargan, puedo con la tarjeta que sea poder comprar y ponerle saldo a esas tarjetas; una integración tarifaria que es una tarifa para la utilización de todos los servicios que por su puesto la integración tarifaria supone una previa integración del medio de pago; y, una integración física que es la que permite que yo pueda descender de un vehículo en una infraestructura física y en esa misma infraestructura pueda tomar otro vehículo; es algo como lo que sucede con los buses alimentadores que son los buses que tienen color verde en el sistema que acercan a las personas de la periferia de la ciudad hacia las troncales del sistema.”

Así las cosas, este Tribunal declarará como no prosperan las pretensiones séptima, octava, novena y décima por cuanto, como ya se advirtió, y se itera, ninguna de las modalidades de integración establecidas en el Decreto 309 de 2009 se encuentran culminadas a la fecha.

Ahora bien, corresponde entonces al Tribunal determinar si, como lo afirma la parte demandante en reconvención, la cláusula 22 del Contrato de Concesión No. 11 de 2010, le otorgó la potestad a TRANSMILENIO de modificar el cronograma de implementación, pues el mismo era meramente indicativo.

El párrafo segundo de la cláusula 22 del Contrato de Concesión estableció en principio que TRANSMILENIO podía modificar el cronograma de implementación pues el mismo era meramente indicativo, así:

“CLÁUSULA 22. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO.

El inicio de la operación SITP se efectuará de acuerdo con el Cronograma de implementación establecido en el Anexo No. 2, el cual se ajustará a la fecha de suscripción del contrato, y periódicamente de acuerdo con el estado de avance de las obras de adecuación de la infraestructura.

(...)

PARAGRAFO SEGUNDO: El Cronograma de implementación es meramente indicativo y podrá ser modificado por TRANSMILENIO S.A., en cualquier momento de la vigencia de la concesión. (Subraya del Tribunal)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Posteriormente, a través de la cláusula 6 ¹⁸³ del Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión se modificó la cláusula 22 del mismo, permitiendo la entrega de un primer Plan de Implementación y ampliando los términos en los cuales el Concesionario debía presentar el Plan de Implementación definitivo.

Posteriormente, dicha cláusula volvió a ser modificada través de la cláusula 4 del Otrosí No. 2 en cuyos considerandos se señaló que el propósito de dicha modificación era definir el alcance y contenido mínimo del contenido del Plan de Implementación definitivo establecido. Además, la cláusula 4 modificó el párrafo segundo estableciéndose que el cronograma podría ser modificado, pero ya no solo por TRANSMILENIO, sino que se haría de mutuo acuerdo entre las partes.

“CLÁUSULA 22. ETAPA DE TRANSICIÓN (sic). El inicio de la operación SITP se efectuará de acuerdo con el Cronograma de implementación establecido en el Anexo No. 2, el cual podrá ser ajustado de acuerdo con las observaciones y contrapropuestas realizadas por los concesionarios y con el estado de avance de las obras de adecuación de la infraestructura.

(...)

PARAGRAFO SEGUNDO: El Cronograma de implementación es meramente indicativo y podrá ser modificado por las partes, de mutuo acuerdo, en cualquier momento de la vigencia de la concesión.” (Subraya del Tribunal).

Por último, a través de la cláusula cuarta del Otrosí No. 3 se realizó una nueva modificación a la cláusula 22 del Contrato de Concesión, respecto de los términos establecidos para la entrega del plan de trabajo para la implementación de la operación, y se señaló que dicha modificación no afectaría el cronograma de implementación gradual del SITP, pero no respecto de lo establecido en el párrafo segundo del mismo.

¹⁸³ “CLÁUSULA 22. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO. El inicio de la operación SITP se efectuará de acuerdo con el Cronograma de implementación establecido en el Anexo No. 2, el cual podrá ser ajustado de acuerdo con el observaciones y contrapropuestas realizadas por los concesionarios y con el estado de avance de las obras de adecuación de la infraestructura. (...) PARAGRAFO SEGUNDO: El Cronograma de implementación es meramente indicativo y podrá ser modificado por TRANSMILENIO S.A., en cualquier momento de la vigencia de la concesión.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Teniendo en cuenta lo reseñado anteriormente, este Tribunal pudo concluir que efectivamente, como lo señaló la demandante en reconvención, TRANSMILENIO, al momento de la suscripción del Contrato, era la única parte que tenía la potestad de modificar el cronograma de implementación. No obstante, luego de la firma del Otrosí No. 2, dicha potestad cambió y quedó en cabeza de las partes, a quienes correspondía ponerse de acuerdo para realizar cualquier modificación al cronograma.

Así las cosas no prosperará la pretensión décima quinta, ni la excepción 4.6. denominada “La Modificación del Cronograma de Implementación del SITP es Nula, fue Objeto de Abuso del Derecho y en todo caso no conlleva Condonación alguna”, teniendo en cuenta, como ya se advirtió, que aunque el cronograma de implementación era meramente indicativo y podía ser modificado en cualquier momento de la vigencia del Contrato, el mismo no podía ser modificado únicamente por parte de TRANSMILENIO, sino por las partes de común acuerdo, tal como se estableció en la cláusula cuarta del Otrosí No. 2 al Contrato de Concesión, que fue reiterada en la cláusula 4 del Otrosí No. 3.

El Tribunal ahora se ocupará de pronunciarse acerca de la pretensión décima sexta de la reforma de la demanda de reconvención, en la cual se solicitó que se declare que la etapa operativa establecida en la cláusula 13 del Contrato de Concesión se dividió en dos fases, la primera denominada puesta en marcha, y la segunda operativa propiamente dicha.

En efecto, este Tribunal declarará que prospera la pretensión décima sexta, toda vez que, en primer lugar, fue una pretensión a la que no se opuso la parte demandada en reconvención, y en segundo lugar, porque de la simple lectura del párrafo de la cláusula segunda del Otrosí No. 7, se observa que efectivamente la etapa operativa fue modificada para dividirse en dos fases, así:

“CLÁUSULA SEGUNDA: Modificar la cláusula 13 “Etapa Operativa” del contrato de concesión No. 11, la cual quedará así:

“CLÁUSULA 13. ETAPA OPERATIVA.

“La etapa operativa 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 de la **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**.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

(...)

“Parágrafo. Para los efectos previstos en el presente contrato, la Etapa de la operación del contrato de concesión, se ejecutará en dos fases, la primera denominada “Puesta en Marcha” cuya duración se prolongará hasta tanto se termine el cronograma de implementación definido de común acuerdo entre el Ente Gestor y los concesionarios en 16 meses en el caso de la operación zonal y 18 meses en el caso de la operación troncal.

“Durante esta Fase se llevará a cabo el proceso de adquisición y vinculación de la flota de acuerdo con los pedidos que haga TRANSMILENIO S.A. al CONCESIONARIO, como parte del proceso gradual de implementación del SITP y la etapa de transición del Transporte Público Colectivo.

“La segunda denominada Fase operativa propiamente dicha, la cual se prolongará hasta la etapa de reversión. (Subraya por el Tribunal).

Por otra parte, y respecto de la excepción 4.2. planteada por TRANZIT en la contestación a la demanda de reconvención reformada, denominada “*Contrato no Cumplido*” en la cual se señaló que resultaba claro que TRANSMILENIO, en su calidad de Ente Gestor no había cumplido con sus obligaciones a su cargo, por lo que TRANZIT no se encontraba en mora de cumplir las suyas, son pertinentes las siguientes consideraciones.

El Tribunal considera al respecto que la denominada excepción de contrato no cumplido que se encuentra regulada en el Código Civil en el artículo 1609, que establece que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no cumpla con las obligaciones que están a su cargo, es aplicable a los contratos estatales. pues así lo ha señalado el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones.^{184 185}

“El Consejo de Estado ha admitido de tiempo atrás la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en el régimen de contratación estatal, en desarrollo de los principios de equidad y buena fe en la ejecución contractual y a partir de la expedición de la Ley 80 abandonó por completo la discusión acerca de la procedencia de la aplicación del aludido artículo 1609 del Código Civil a los contratos estatales, toda vez que el artículo 13 del Estatuto de

¹⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, (27 de junio de dos mil trece 2013). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-00408-01(28729).

¹⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, (14 de septiembre de 2000). Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia No. 13530

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Contratación Estatal determinó que la normativa aplicable a los contratos estatales se integra con las disposiciones comerciales y civiles pertinentes en los asuntos no regulados por la misma ley, de manera que para el caso concreto se corrobora que el incumplimiento de una de las partes puede dar lugar a la excepción de contrato no cumplido, invocada por la parte cumplida, sin perjuicio de lo que se menciona a continuación.”

No obstante lo anterior, como bien lo ha dicho el Consejo de Estado es necesario que se demuestren los siguientes presupuestos para que la misma prospere, a saber: 1.) La existencia de un contrato sinalagmático; 2.) El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes; 3.) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista; 4.) Que la obligación a su cargo no sea la que debió ejecutarse primero en el tiempo.¹⁸⁶

Teniendo en cuenta los anteriores presupuestos es menester ahora analizar si para el caso concreto el Tribunal los encuentra probados.

Respecto del primer presupuesto, esto es, sobre la existencia de un contrato sinalagmático¹⁸⁷, es evidente para este Tribunal que el mismo existe toda vez que el Contrato genera derechos y obligaciones para ambas partes, siendo acreedoras y deudoras cada una de la otra.

Ahora bien, en relación con el segundo de los presupuestos consistente en el incumplimiento de obligaciones a cargo de una de las partes, en este laudo el Tribunal no encontró probado incumplimiento de ninguna obligación por parte de TRANSMILENIO.

El tercer presupuesto para la declaratoria de la excepción de contrato no cumplido exige que el incumplimiento de la administración sea grave, y que sea de tal naturaleza que genere una razonable imposibilidad de cumplir en cabeza del contratista, lo cual para el caso estudiado no se encuentra probado, pues como se advirtió antes, este Tribunal no encontró probado incumplimiento alguno por parte

¹⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, (11 de agosto de 2011). Radicación: 5000-12-33-1000-1993-04237-01, expediente: 18.336.

¹⁸⁷ Siendo el contrato, por definición, un negocio jurídico genéticamente bilateral, los adjetivos unilateral o bilateral aplicados a él se refieren, no a su constitución, sino sus efectos: (...) bilateral, también llamado sinalagmático, es aquel en el que las partes se obligan recíprocamente, de suerte que cada una es a la vez acreedora y deudora de la otra (qui pro quo).

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico, Volumen II, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, Página 445.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

TRANSMILENIO que pudiera afectar o paralizar la ejecución del Contrato de Concesión.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal declara la no prosperidad de la excepción 4.2. planteada por TRANZIT en la contestación a la demanda de reconvencción reformada, denominada “Contrato no Cumplido.”

Pretensiones décima primera, décima segunda y trigésima primera

El texto de las pretensiones es el siguiente:

“Pretensión décimo primera. DECLÁRESE que, de conformidad con la “CLÁUSULA 12. ETAPA PREOPERATIVA.” del Contrato de Concesión, TRANZIT S.A.S. estaba obligado a realizar la desintegración física de la totalidad de la Flota Usada hasta antes de realizarse la integración total del SITP en fecha veintidós (22) de diciembre de 2015.

“Pretensión décimo segunda. DECLÁRESE que, TRANZIT S.A.S. incumplió con la obligación de desintegración de la totalidad de la Flota Usada hasta antes de realizarse la integración total del SITP en fecha veintidós (22) de diciembre de 2015.

(...)

“Pretensión trigésimo primera. Que como consecuencia de la declaración que se pide en la pretensión décimo segunda, se condene a la sociedad TRANZIT S.A.S., a reconocer y pagar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. por ingresos dejados de percibir en el SITP desde el 1º de octubre de 2014 hasta el 31 de julio de 2017, con motivo de la flota que debió desintegrar en su momento el operador Tranzit S.A.S. en el marco del contrato de concesión No. 11 de 2010, por OCHENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTISIETE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL QUINIENTOS VEINTICINCO PESOS M/cte (\$86.427.838.525).”

Posiciones de las partes

A este respecto nuevamente se plantea la divergencia entre las partes respecto de la integración del sistema, circunstancia que Transmilenio encuentra cumplida, mientras que el concesionario estima que no ha tenido lugar.

Frente a las pretensiones de Transmilenio, el concesionario afirma que:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

“TRANSMILENIO señaló en la contestación que el incumplimiento proviene de no cumplir el cronograma de chatarrización de la SDM, cuestión que es la que ha venido requiriendo contra derecho en la ejecución contractual. Esta es la primera vez que TRANSMILENIO afirma que la obligación de chatarrización esta incumplida por haber ocurrido el evento contenido en la Cláusula 12 del Contrato de Concesión, pero además, es la primera vez que alega que la integración ya hubiera ocurrido, y por tanto, el plazo máximo de cumplimiento de la obligación haya expirado.”

Consideraciones del Tribunal

En relación con la ejecución de la obligación del concesionario de desintegrar la flota usada, estipulada en la cláusula 12 del Contrato de Concesión, ya se ha pronunciado el Tribunal, al decidir las pretensiones trigésima séptima y trigésima octava de la demanda principal, de manera que es preciso remitirse a las consideraciones contenidas en ese acápite del laudo.

Por lo anterior, basta en este punto reiterar que si bien para el Tribunal la obligación de desintegrar el 90% de la flota a cargo del concesionario debía cumplirse dentro del plazo comprendido desde *el inicio de la operación regular hasta la finalización de la integración total del sistema*, habida consideración de que el Sistema no se considera integrado aún, tal como ha quedado consignado en otro acápite de este laudo, y menos entonces lo habría estado el 22 de diciembre de 2015, como lo afirma el apoderado de la entidad demandante en reconvención, como base de su pretensión décima primera, ésta no prospera.

De acuerdo con lo antes expuesto, se hace evidente que la pretensión décima segunda, a través de la cual se busca una declaratoria en el sentido de que TRANZIT incumplió su obligación de desintegración de la totalidad de la Flota Usada hasta antes de realizarse la integración total del SITP en fecha 22 de diciembre de 2015, no prospera.

Finalmente, al ser solicitada la condena, a la que se refiere la pretensión trigésima primera, de manera consecencial a la pretensión décima segunda, al no haber prosperado ésta, aquella tampoco será acogida por el Tribunal.

Pretensión décima tercera

El texto de la pretensión décima tercera es el siguiente:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“DECLÁRESE que, de conformidad con la “CLÁUSULA 12. ETAPA PREOPERATIVA”, “CLÁUSULA 13. ETAPA OPERATIVA” y “CLÁUSULA 22. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO” del Contrato de Concesión, la obligación de implementación del SITP fue asignada a TRANZIT S.A.S.”

Consideraciones del Tribunal

Ya en otro acápite de este laudo, el Tribunal concluyó, precisamente al referirse a las pretensiones relacionadas con la implementación del sistema que “desde el punto de vista contractual, la obligación de implementación no era exclusiva de TRANSMILENIO, sino predicable y exigible a ambas partes, pues la cláusula 22 del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 también impone a TRANZIT, como concesionario, obligaciones específicas en relación con la implementación del Sistema.”

Ahora bien, el Tribunal encuentra pertinente destacar que si bien en la cláusula 12 se establece que es obligación del concesionario durante la etapa preoperativa presentar el Plan de Implementación, igualmente se dispone que debe ser aprobado por Transmilenio.

De la misma forma en la cláusula 13 del contrato de concesión, sobre Etapa Operativa, se dispone que “Para la expedición de la 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 tales condiciones, se establece que Transmilenio imparte la Orden de Inicio de Operación, una vez cumplidas las obligaciones de implementación, sin que se descarte la participación de la entidad en tales actividades de implementación.

Con fundamento en lo antes expuesto, la pretensión décima tercera no prospera.

Pretensión décima cuarta

El texto de la pretensión es el siguiente:

“DECLÁRESE que, de conformidad con la “CLÁUSULA 12. ETAPA PREOPERATIVA” del Contrato de Concesión, TRANZIT S.A.S. tenía la obligación de presentar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. el Plan de Implementación del SITP.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Consideraciones del Tribunal

Para resolver esta pretensión basta remitirse al texto de la cláusula 12 del Contrato de Concesión, para concluir que hay lugar a acceder a ella puesto que en ella se estipula como obligación a cargo del concesionario, presentar el Plan de Implementación.

Pretensiones décima séptima y décima octava

En dichas pretensiones, Transmilenio solicita:

“DECLÁRESE que, la fase de *“puesta en marcha”* de la etapa operativa del Contrato de concesión **finalizó** con el cronograma de implementación del **SITP** en el mes de agosto del año dos mil catorce (2014).”

“DECLÁRESE que, la fase operativa propiamente dicha de la etapa de operación del Contrato de Concesión **inició** en el mes de agosto de 2014”

Posición de la reconviniente

Transmilenio sostiene que en comité de operadores troncales y de alimentación del 19 de julio de 2012, informó sobre el inicio de la operación troncal del SITP a partir del 22 de julio de 2012. En el caso de TRANZIT, dicha etapa principió con la orden de inicio que se produjo mediante memorando 2012EE8884 de 19 de octubre de 2012.

Conforme a la cláusula 13 del Otrosí No. 7 “de enero de 2014”, la etapa operativa se modificó y se acordó que la primera fase de dicha etapa operativa sería la ‘Puesta en Marcha’ cuya duración se extendería hasta la terminación del cronograma de implementación definido de común acuerdo entre Transmilenio y los concesionarios en 16 meses en el caso de la operación zonal y 18 meses en el caso de la operación troncal.

Durante esta fase se llevará a cabo el proceso de adquisición y vinculación de flota, de acuerdo con los pedidos que haga Transmilenio.

La segunda sería la fase operativa propiamente dicha, que se prolongaría hasta la etapa de reversión.

Según Transmilenio, el Plan de Implementación debió cumplirse en agosto de 2014, obligación que TRANZIT no ha cumplido.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Posición de la reconvenida

TRANZIT acepta que la orden de inicio de operación se dio el 19 de octubre de 2012. Sin embargo, sostiene que los tiempos previstos para la etapa de Puesta en Marcha “no se cumplieron por razones atribuibles a TRANSMILENIO a tal punto que a la fecha todavía continuamos en dicha etapa.” Esa extensión indefinida de dicha etapa desbordó la estimación razonada del Concesionario y le ha generado un efecto financiero adverso.

Concepto del Ministerio Público

El concepto del Ministerio Público no incorpora referencias particulares a este asunto.

Consideraciones del Tribunal

De conformidad con la Cláusula 13 del Contrato, la Etapa Operativa comienza con la Orden de Inicio de Operación del Contrato por parte de TRANSMILENIO y se extenderá por 24 años. Para la expedición de la Orden de Operación del Contrato se deberá haber cumplido con todas las obligaciones de implementación y de la etapa preoperativa. En este caso, ambas partes reconocen que la Orden de Inicio de Operación ocurrió el 19 de octubre de 2012.

Posteriormente, mediante Otrosí Modificatorio No. 7 ¹⁸⁸ se modificó, entre otros puntos, lo atinente a la Etapa Operativa y se acordó que esta se ejecutaría en dos fases: i) la Puesta en Marcha, “cuya duración se prolongará hasta tanto se termine el cronograma de implementación definido de común acuerdo entre el Ente Gestor y los Concesionarios en 16 meses en el caso de la operación zonal y 18 meses en el caso de la operación troncal”; ii) la Fase Operativa propiamente dicha, la cual se prolongará hasta la etapa de reversión.

En lo que se refiere a la Puesta en Marcha, se convino que inicia con la entrada en operación de la primera ruta zonal, correspondiente al primer pedido de flota (Cláusula Primera del Otrosí No. 7) y su duración se prolongaría *hasta tanto se termine* el cronograma de implementación definido entre las partes en 16 meses

¹⁸⁸ El Otrosí Modificatorio No. 7 que obra a folio 291 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 1 tiene fecha de suscripción el 20 de diciembre de 2013 y obran a continuación: i) Otrosí Modificatorio No. 7 con fecha 25 de marzo de 2015 (folio 302 ibídem); ii) una Prórroga al Otrosí Modificatorio No. 7 con fecha 25 de junio de 2015 (folio 309 ibídem); iii) una Prórroga al Otrosí Modificatorio No. 7 con fecha 25 de septiembre de 2015 (folio 321 ibídem); iv) Tercera Prórroga al Otrosí Modificatorio No. 7 con fecha 23 de marzo de 2016 (folio 328 ibídem); v) Prórroga No. 4 al Otrosí Modificatorio No. 7 con fecha 22 de septiembre de 2016 (folio 335 ibídem).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

para la operación zonal (Cláusula Segunda *ibídem*). La redacción del Otrosí en este punto ha generado discrepancias en su aplicación, en punto a si la duración de dicha etapa es “en espera de que se produzca lo expresado a continuación”¹⁸⁹, vale decir hasta que se termine el cronograma o si, esa duración no puede exceder los 16 meses a los que se refiere la misma cláusula.

En la medida en que no existen mayores elementos de prueba que permitan dilucidar la real intención de las partes al suscribir dicho Otrosí, corresponde determinar el alcance de esta estipulación. En primer lugar, debe partirse de la premisa de que las partes tuvieron algún propósito al hacer referencia —así sea sin la precisión debida— al plazo de 16 meses. En otras palabras, la inclusión o referencia al término de 16 meses debe interpretarse en el sentido en que produzca algún efecto, con preferencia a aquel que no le haga producir ninguno, conforme lo dispone el artículo 1620 del Código Civil.

En las consideraciones del Otrosí No. 7 se consignó que TRANSMILENIO, la Secretaría Distrital de Movilidad y los consultores del Contrato 068 de 2010 (Consortio Logit-Logitrans) realizaron “la consolidación y construcción del plan de implementación general del Sistema, con el cual se buscó establecer un plan uniforme de actividades mínimas que los concesionarios y demás actores en el proceso desarrollar (sic) debían adelantar para lograr el objetivo de la implementación”, se acordó, entre otras cosas, que el período de implementación sería de 16 meses y se discriminó lo correspondiente a cada etapa. Señala también el mismo instrumento contractual que esta alternativa fue comunicada a los concesionarios en mayo 2011 y que **“tuvo total aceptación para la implementación de las rutas del SITP”** (Negrita del Tribunal).

En ese orden de ideas, con apoyo en las referencias contractuales que se acaban de relacionar, se estima que la interpretación que mejor se aviene con la voluntad de las partes, amén de que se ajusta a las demás estipulaciones contractuales es aquella según la cual, la fase de Puesta en Marcha duraría hasta que se termine el cronograma de implementación acordado por las partes, pero sin exceder el plazo de 16 meses al que ellas mismas se refirieron en el Otrosí No. 7. Privar de efectos al plazo de 16 meses consignado en forma voluntaria por las partes tanto en las consideraciones, como en los acuerdos del referido Otrosí, llevaría a contemplar que la fase de Puesta en Marcha podría extenderse en forma indefinida durante la vigencia del contrato sin abrir paso a la Fase Operativa propiamente dicha, que según la Cláusula 13 modificada por el Otrosí No. 7 se extiende hasta la etapa de reversión, que es la última del Contrato.

¹⁸⁹ Significado de la locución “hasta tanto” según el Diccionario de la Real Academia Española

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Por último, TRANSMILENIO señala que mediante comunicación con referencia 2014EE7433 de 28 de abril de 2014 le indicó, entre otras cosas, a TRANZIT que el Plan de Implementación no podría extenderse después de agosto de 2014 y que esta sería la fecha final para entregar dicho Plan ¹⁹⁰. Por su parte, TRANZIT reconoce la existencia de dicha comunicación mas no acepta parte de su contenido porque aduce, de modo principal, que la falta de implementación de las rutas a las que se refiere el oficio corresponde a rutas que el Concesionario compartía con Coobús y Egobús, respecto de los cuales, a su juicio, TRANSMILENIO incurrió en incumplimientos.

En relación con este punto, se considera que a pesar de que TRANZIT haya expresado en el presente proceso su oposición al contenido de la comunicación, fundada principalmente en el pretendido incumplimiento de TRANSMILENIO respecto de otros concesionarios, dicha circunstancia no demerita el hecho de que en el referido oficio TRANSMILENIO señaló el mes de agosto de 2014 como último plazo para la implementación, conforme se estipuló en el Otrosí Modificatorio No. 7. Ahora bien, en cuanto a las razones de TRANZIT para oponerse a la posición de TRANSMILENIO, en este laudo obran consideraciones al respecto que, en ese punto, desestiman la posición del Concesionario y que, en aras de la brevedad, no se repiten en este punto. Así las cosas, puede concluirse que la fecha de agosto de 2014 era el plazo máximo para la implementación.

Con base en las consideraciones que anteceden, se declarará que la pretensión 17 de la demanda de reconvención prospera con el alcance señalado en este capítulo.

En la medida en que de conformidad con el Otrosí Modificatorio No. 7, la Fase Operativa propiamente dicha iniciaba en forma subsiguiente a la culminación de la fase de Puesta en Marcha y que esta última terminó en agosto de 2014, prospera la pretensión décima octava en el sentido de que la Fase Operativa propiamente dicha inició en agosto de 2014.

Pretensión décima novena

TRANSMILENIO solicita que:

“DÉCIMO NOVENA: DECLÁRESE que, de conformidad con la “CLÁUSULA 119 – 2 RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL POR RETRASOS EN LA IMPLEMENTACIÓN.” DEL Contrato de Concesión, El riesgo en el retraso de la implementación del SITP fue asumido por el Concesionario **TRANZIT S.A.S.**”

¹⁹⁰ Hecho 55 de la demanda de reconvención reformada.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Posición de la reconviniente

En los hechos de la reconvencción reformada afirma que en la matriz de riesgos, el de implementación se le asignó “tanto a TRANSMILENIO S.A. como al concesionario, dado que la demora en la implementación podría provenir de ambas partes” (Hecho 49).

En sus alegaciones finales TRANSMILENIO sostuvo que la implementación es un riesgo de TRANZIT y que únicamente la convocada lo asumiría cuando autorice la entrada de flota y la infraestructura no esté lista, “por lo que en el resto de situaciones sería el Concesionario quien asume ese riesgo de conformidad con el contrato y la Matriz de Riesgos que hace parte del mismo.”¹⁹¹

Posición de la reconvenida

El Concesionario al contestar la reconvencción reformada sostuvo que las demoras en la implementación no corresponden a la ocurrencia de un riesgo sino a la generación de un daño por el incumplimiento de TRANSMILENIO en su deber de gestión y control de SITP.

Concepto del Ministerio Público

Aun cuando en el concepto final no se encuentran referencias precisas a lo que es materia de la pretensión bajo examen, el Ministerio Público sostiene que la no entrada en operación de las empresas Coobús y Egobús constituye incumplimiento de tales operadores, mas no de TRANSMILENIO “que en ninguna cláusula del contrato se comprometió a que ningún operador presentase problemas como efectivamente ocurrió”¹⁹² a partir de lo cual concluye que TRANSMILENIO no garantizó que se cumpliría con un cronograma de implementación rígido, sino que, por el contrario se previó que este cronograma sería dinámico por cuanto “al existir diferentes actores, es imposible garantizar una perfecta coordinación entre todos.”¹⁹³

Consideraciones del Tribunal

En relación con el riesgo de implementación, en acápite anterior de esta providencia se hacen consideraciones en este frente, que resultan pertinentes en este punto.

¹⁹¹ Página 31 de las alegaciones de Transmilenio.

¹⁹² Página 55 del Concepto del Ministerio Público.

¹⁹³ Ídem.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S:**

Vs.

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

Ahora bien, para resolver la pretensión 19ª de la reconvención reformada, resulta suficiente lo siguiente.

Si bien la Cláusula 119-2 del Contrato se refiere al restablecimiento de la ecuación financiera por retrasos en la implementación y señala que el riesgo de que existan retrasos en dicho proceso es del Concesionario, dicha estipulación debe examinarse en forma conjunta y sistemática con otros acuerdos y, desde luego, con la Matriz de Riesgos. En efecto, no puede perderse de vista que por fuerza de la Cláusula 115 las partes convinieron que “asumen los efectos derivados de los riesgos tipificados, estimados y asignados en la Matriz de Riesgos” anexa al Pliego de Condiciones.

En ese marco de referencia, se encuentra que en la Matriz de Riesgos se tipificó el riesgo de implementación con distintas causas, diferentes observaciones, mitigaciones y con asignaciones disímiles. En dicha Matriz se estipuló que, en la mayoría de sus causas, el riesgo de implementación es compartido entre TRANZIT y TRANSMILENIO, con dos excepciones. La primera en los casos en los que esta entidad autorice la entrada de flota y la infraestructura no esté lista, caso en el cual el riesgo es de TRANSMILENIO en su totalidad. La segunda, en los casos en los que TRANSMILENIO autorice la incorporación de flota y esta 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 la flota, es decir que en ese evento, el riesgo lo asume íntegramente TRANSMILENIO.

A partir de lo que se ha expuesto y sin que sean necesarias mayores honduras conceptuales, la pretensión 19ª de la reconvención, que aspira a que se declare que el riesgo en el retraso de la implementación fue asumido por el Concesionario no está llamada a prosperar, en los términos en que fue deducida por TRANSMILENIO.

Visto lo que se dispondrá respecto de la pretensión 19ª, corresponde resolver la pretensión subsidiaria que señala:

“DECLÁRESE que, de conformidad con la “CLÁUSULA 119-2. RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL POR RETRASOS EN LA IMPLEMENTACIÓN.” del Contrato de Concesión, la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. asumiría el riesgo en el retraso de la implementación del SITP, únicamente cuando este dé instrucciones al concesionario para que ingrese vehículos nuevos al servicio, seis (6) meses antes de la entrada en operación (Cláusula 79 del contrato), y que el concesionario efectivamente los vincule al sistema sin que puedan operar.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

De conformidad con lo expuesto líneas atrás y definido como ha quedado que la cláusula a la que se refiere esta súplica es válida y eficaz, el evento al que se refiere la pretensión subsidiaria es uno de aquellos en los que el riesgo de implementación fue asignado a TRANSMILENIO. Sin embargo, en la Matriz de Riesgos también se estipuló que en los casos en los que TRANSMILENIO autorice la incorporación de flota y esta no pueda ser operada por razones ajenas a la responsabilidad del Concesionario, se reconocerá a este el daño emergente por la incorporación de la flota, que también es otro evento de asignación del riesgo de implementación a TRANSMILENIO.

Con esas precisiones, el evento descrito en la pretensión subsidiaria a la décima novena principal no es el *único* en el que se asignó el riesgo por retraso de la implementación a TRANSMILENIO y, por tal motivo, la pretensión prospera en forma parcial.

Pretensión vigésima

“VIGÉSIMA: DECLÁRESE que, de conformidad con la **“CLÁUSULA 79. VINCULACIÓN DE LA FLOTA REQUERIDA PARA EL INICIO DE LA OPERACIÓN DEL SISTEMA”** del Contrato de Concesión, **TRANZIT S.A.S.** tenía la obligación de vincular con una anterioridad de cuatro (4) semanas anteriores a la Orden de Inicio de Operación por ruta, de acuerdo con el cronograma de implementación, la Flota total conformada por el número de vehículos usados y nuevos determinados en el Anexo 1 de los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009.”

Consideraciones del Tribunal

En la medida en que la pretensión contiene una transcripción parcial de la cláusula 79 del Contrato que disciplina la vinculación de la flota requerida para el inicio de la operación del sistema, no hay razón para no acceder a su prosperidad. La oposición manifestada por TRANZIT a esta pretensión, se fundamenta en que, a su juicio, la obligación no es exigible, lo cual no es un motivo que impida acceder a la declaración solicitada que, se reitera, se refiere a una estipulación contractual válida y eficaz.

Pretensión vigésima primera

Transmilenio solicita que:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

“DECLÁRESE que, **TRANZIT S.A.S. NO CUMPLIÓ con su obligación** de vincular con una anterioridad de cuatro (4) semanas anteriores a la Orden de Inicio de Operación por ruta, de acuerdo con el cronograma de implementación, la Flota total conformada por el número de vehículos usados y nuevos determinados en el Anexo 1 de los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009.”

Posición de la reconviniente

En el hecho No. 56 de la demanda de reconvención reformada, TRANSMILENIO sostuvo que el Plan de Implementación debió cumplirse en agosto de 2014, obligación que no ha sido satisfecha por TRANZIT.

En sus alegaciones finales sostuvo que TRANZIT no ha cumplido con su obligación de adquirir o incorporar la flota, “teniendo pendiente por vincular doscientos ochenta y seis (286) vehículos.”¹⁹⁴

Posición de la reconvenida

TRANZIT se opuso a esta pretensión y sostuvo que se trata de una obligación que no es exigible.

En sus alegaciones finales sostuvo que “... cumplió, dentro de sus posibilidades y los tiempos establecidos con los pedidos vinculación de flota (sic), efectivamente efectuados por parte del Ente Gestor, y consecuentemente con la obligación contractual de vinculación de flota ...”¹⁹⁵

Consideraciones del Tribunal

En relación con este punto, el peritaje de Cal y Mayor informó:

“Ya en términos de flota, según cifras reportadas por el propio Ente Gestor, a la fecha el Concesionario tiene vinculados al SITP seiscientos quince (615) vehículos para servicios zonales, restando por implementar ciento once (111) vehículos para cumplir el plan de implementación. Cabe resaltar que históricamente el concesionario ha llegado a vincular hasta seiscientos treinta y tres (633) vehículos al SITP, sin embargo, no ha podido reponer en su totalidad la flota que ha perdido vida útil, a raíz de la situación actual de los concesionarios del sistema. A continuación, se presenta la relación de las

¹⁹⁴ Página 26 de las alegaciones de Transmilenio por la demanda de reconvención reformada.

¹⁹⁵ Página 834 de las alegaciones de Tranzit.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

rutas implementadas y aquellas que faltarían por implementar para cumplir el plan de implementación.

“(…)

“En conclusión, el estado actual de cumplimiento del concesionario TRANZIT S.A.S. en términos de vinculación de rutas y flota, con respecto al plan de implementación, es del sesenta y cinco por ciento (65%) y ochenta y cinco por ciento (85%), respectivamente, resaltando que el setenta y dos por ciento (72%) de las rutas que no han sido vinculadas por el Concesionario son compartidas con Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S., mientras que el veintiocho por ciento (28%) restante son rutas especiales y nocturnas a las cuales no se les han acordado parámetros operacionales por parte del Ente Gestor, condicionando su inicio de operación. Con base en estos datos, se concluye que el incumplimiento de Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S. ha afectado notoriamente la implementación del Concesionario en la zona Usme, el cual ha cumplido cabalmente con sus obligaciones de vinculación de rutas y flota contempladas en el plan de implementación en la medida que se lo ha solicitado TRANSMILENIO S.A. y en la medida que se lo ha permitido el incumplimiento de Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S.”¹⁹⁶

Por su parte, el peritaje de Strategas Consultores S.A. señaló a este mismo respecto:

“De acuerdo con la información suministrada por el Concesionario en cuanto a las cantidades de flota pendientes por vincular se procede a aplicar, para su valoración, los criterios definidos por el Contrato, es decir, los valores establecidos para la venta en la tabla de precios de la *Proforma 8 – “Estrategia de Participación, Sostenibilidad y Permanencia de Propietarios”*, considerando como valor mínimo para los vehículos modelo posterior a 1990 un precio de liquidación correspondiente al año 1990. Dichos valores se encuentran en pesos constantes de diciembre de 2009, para lo cual, se realizó la correspondiente actualización de precios al 30 de junio de 2017.

“(…)

“Del análisis se observa que el Concesionario tiene pendiente por adquirir 561 vehículos los cuales valorados bajo la modalidad de venta a los precios establecidos en la proforma 8, para los vehículos TPC pendientes por

¹⁹⁶ Págs. 87 y siguientes del dictamen pericial.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

adquirir y precios de referencia de mercado, el monto a invertir asciende a la suma de **\$120.564.754.726 pesos del 30 de junio de 2017.**¹⁹⁷

A partir de los informes que sobre este particular brindan los peritajes, puede concluirse que TRANZIT no cumplió con la obligación de vincular con cuatro semanas de anterioridad a la Orden de Inicio de Operación por ruta “la Flota total” conforme al Anexo 1 de los Pliegos de Condiciones de la Licitación. Así mismo, los peritajes dan cuenta de que la falta de cumplimiento de TRANZIT en este punto, tuvo motivos o causas, que radican principalmente en la problemática relativa a los Concesionarios Coobús y Egobús cuyos contratos, como es sabido, fueron terminados por TRANSMILENIO.

Con el alcance descrito se declarará que prospera la pretensión 21ª de la demanda reformada de TRANSMILENIO.

Pretensiones vigésima segunda, vigésima tercera, vigésima cuarta y trigésima

Las pretensiones vigésima segunda, vigésima tercera, vigésima cuarta y trigésima referentes al “Factor de Calidad”, señalan:

“Vigésima Segunda. DECLÁRESE que, de conformidad con el PARÁGRAFO SEGUNDO de la “CLÁUSULA 64. VALOR DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DEL CONCESIONARIO” del contrato de concesión, con el inicio de la FASE OPERATIVA PROPIAMENTE DICHA, de la ETAPA OPERATIVA del Contrato, se activó la obligación del concesionario consistente en el “**FACTOR DE CALIDAD**” dentro de la ecuación de remuneración del contratista.

“Vigésima Tercera. DECLÁRESE que, a la fecha, el CONCESIONARIO **TRANZIT S.A.S.** no ha cumplido con el “**FACTOR DE CALIDAD**” desde el inicio de la FASE OPERATIVA PROPIAMENTE DICHA, de la ETAPA OPERATIVA del Contrato.

“Vigésima Cuarta. DECLÁRESE que, el concesionario TRANZIT S.A.S. debe a la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.** la suma de \$8.454.877.441, por concepto de “**FACTOR DE CALIDAD**” desde agosto de 2014 a la fecha.

¹⁹⁷ Págs. 68 y siguientes del dictamen pericial.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.

Vs.

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

Trigésima. Que como consecuencia de la declaración que se pide en la pretensión vigésima segunda, se condene a la sociedad TRANZIT S.A.S., a reconocer y pagar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., por concepto de factor de calidad la suma de **OCHO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE Y CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M/cte (\$8.454.877.441).**”

Posición de la reconviniendo

En la demanda de reconvención, el reconviniendo señaló que, teniendo en cuenta la ejecución del Concesionario, y conforme a lo establecido en la cláusula 13 del Contrato de Concesión No. 011 de 2010, el contrato se encuentra en la etapa operativa, en la segunda fase “operativa propiamente dicha”.

Señala que, como consecuencia de lo anterior, el concesionario no ha cumplido con su obligación contractual de cumplir con el Anexo 2 Plan de Implementación, en la medida en que no lo ha ejecutado dentro de las fechas contractualmente previstas.

Manifestó que el párrafo 2 de la cláusula 64 del Contrato de Concesión No. 011 de 2010 señala que,

“PARÁGRAFO 2. Factor de Calidad. La remuneración de los operadores tanto de la **operación troncal** como de la **operación no troncal** se sujetará además de lo expuesto en la presente cláusula a una función de calidad, $f(Q)$ Troncal y $f(Q)$ Zonal respectivamente, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$f(Q) = \text{Máximo}(0.4 \times FIR + 0.6 \times FIP, 0.970)$$

Donde:

$f(Q)$: Factor de Calidad para la operación objeto de evaluación: Troncal o No Troncal (zonal), vigente durante un mes calendario. Toma un valor mínimo de 0,970. Se expresará empleando tres cifras decimales. Se calculará mensualmente.

FIR: Valor del Factor Índice de Regularidad que corresponde al mes anterior al de vigencia de $f(Q)$. Se calculará en función del índice de regularidad de la operación objeto de evaluación y se expresará empleando tres cifras decimales. Se calculará mensualmente.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

FIP: Valor del Factor Índice de Puntualidad que corresponde al mes anterior al de vigencia de f(Q). Se calculará en función del índice de puntualidad de la operación objeto de evaluación y se expresará empleando tres cifras decimales. Se calculará mensualmente.

A partir del día siguiente a la finalización de la fase Puesta en Marcha, se dará inicio a la aplicación del factor de calidad para calcular la remuneración al CONCESIONARIO f(Q)Zonal, y f(Q)Troncal, funciones que tomarán durante esa etapa el valor de uno (1,000). (modificado otrosí diciembre/2013 y enero 2014)

Índice de puntualidad (IP): El Índice de Puntualidad de Partidas se define como la desviación entre el intervalo programado (se incluye en el programado los cambios de última hora avalados por el Ente Gestor) y el intervalo efectivo de despacho por franja horaria, la desviación no podrá superar en tiempo el 50% del intervalo programado entre despachos, de lo contrario se considera no puntual. Este índice calcula el promedio por día por mes a partir del índice calculado para cada franja horaria a lo largo del día.

*Para que se considere que el concesionario ha cumplido con la puntualidad entre servicios programados, se fijara como punto de control los despachos desde los terminales de inicio de ruta, se medirá el intervalo entre servicios realizados y se considerará que el viaje cumple puntualidad (o cumple con el intervalo entre servicios realizados) si la diferencia entre el tiempo que se mida entre servicios realizados y el **intervalo** programado entre servicios en la franja horaria que se evalúa, es menor o igual (en valor absoluto) al valor en tiempo de la mitad del **intervalo** entre servicios programados en la franja horaria que se evalúa. El valor a evaluar corresponderá al promedio mensual que se encuentre por operador a partir del promedio obtenido por servicio por día por franja horaria. Este indicador se medirá sobre todos los despachos programados.*

Para que se considere que ha cumplido con el índice de puntualidad, se debe tener un porcentaje de cumplimiento mayor al 70%.

*FIP se calculará en función del índice de puntualidad, de la siguiente forma:
FIP = Máximo (0,100 × IP + 0,900; 0,970)*

Donde:

IP: Valor del Índice de Puntualidad medido en el mes anterior al de vigencia de FIP.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Índice de regularidad (IR): Se define como el índice de cumplimiento de despachos, el cual se mide en función de los despachos efectivamente realizados sobre los despachos programados por franja horaria por servicio. Este índice calcula el promedio por día por mes por operador a partir del índice calculado por franja horaria para cada servicio a lo largo del día.

Para que se considere que ha cumplido con el índice de regularidad, se debe obtener un porcentaje de cumplimiento mayor al 95%.
FIR se calculará en función del índice de regularidad, de la siguiente forma:

$$FIR = \text{Máximo } (0,600 \times IR + 0,400; 0,970)$$

Donde:

IR: Valor del Índice de Regularidad medido en el mes anterior al de vigencia de FIR.”

Basándose en lo anterior, el Reconviniendo manifestó que TRANZIT debe a TRANSMILENIO la suma de \$8.454.877.441, por concepto de factor de calidad desde agosto de 2014, a la fecha de la liquidación.

Posición de la reconvenida

La demandada en reconvenición se opuso a las pretensiones señalando que la operación propiamente dicha no ha iniciado, señaló además que, TRANSMILENIO nunca ha aplicado las disposiciones que le permitían realizar los descuentos respecto del factor de calidad ni a TRANZIT, ni a los demás operadores, que tanto fue así que, en diferentes escenarios de negociación de los últimos dos años, TRANSMILENIO manifestó su preocupación y su interés para modificar el Contrato y/o llegar a acuerdos que permitieran la aplicación del factor de calidad.

Manifestó, además, que la construcción de la supuesta obligación en cabeza de TRANZIT respecto del factor de calidad no existe, que si el Ente Gestor hubiera considerado alguna vez que había aplicado el Factor de Calidad, estaba en la obligación de proceder con las liquidaciones de pago consistentes con ello, y si nunca las liquidó, fue porque no aplicaba o, en gracia de discusión la misma incumplió con ello, lo cual no podría ser alegado por la misma.

Por último, agregó, que no puede pretenderse castigar a TRANZIT por la aplicación del factor de calidad al no existir operación verdadera y propia del sistema, pues con la ya desequilibrada remuneración del Concesionario basta. Que el descuento por

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Factor de Calidad parte de la base que haya condiciones para prestar un servicio de calidad, lo cual se encuentra limitado como consecuencia de los incumplimientos de TRANSMILENIO, y en todo caso, de eventos ajenos y no imputables al Concesionario.

Posición del Ministerio Público

El Ministerio Público no se pronunció frente a esta pretensión.

Consideraciones del Tribunal

En relación con estas pretensiones se encuentra lo siguiente:

La pretensión vigésima segunda tiene por objeto que se declare que “se activó la obligación del Concesionario consistente en el ‘FACTOR DE CALIDAD’ dentro de la ecuación de remuneración del contratista”. A juicio del Tribunal, el Factor de Calidad –en los términos de la cláusula 64 del Contrato– no involucra, en estricto rigor, obligación a cargo del Concesionario, sino que se refiere a una afectación en su remuneración por la verificación de incumplimientos de ciertos índices consignados en dicha estipulación. Por consiguiente, no hay lugar a declarar que se activó obligación del Concesionario en este punto, pues en realidad la estipulación contractual que se invoca en la pretensión no impone, en este punto, prestación al Concesionario. Bajo tal entendimiento, el Tribunal encuentra que la estipulación que se analiza tiene claros perfiles sancionatorios por tener la vocación de afectar la remuneración del Concesionario, y por consiguiente el subsiguiente análisis no perderá de vista la aludida connotación sancionatoria a que se ha hecho referencia.

En relación con el incumplimiento del Factor de Calidad al que se refiere la pretensión vigésima tercera, no se encuentran elementos de prueba que permitan concluir que TRANZIT incurrió en el incumplimiento al que se refiere la pretensión. Respecto de este punto, lo que el expediente refleja es que TRANSMILENIO le remitió copia de un memorando interno de la Subgerente Económica a la Subgerente Jurídica de la entidad cuyo asunto es “Liquidación factor de Calidad en Contrato de Concesión 011 de 2010 – TRANZIT. Respuesta a memorando 2017IE7026”¹⁹⁸ en el que se acompaña la liquidación del factor de calidad a TRANZIT, al que se refiere la cláusula 64 del Contrato.

¹⁹⁸ Folio 271 del Cuaderno de Pruebas No. 2

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Dicho documento describe la metodología que se aplicó para el cálculo del factor de calidad para los años 2014, 2015, 2016 y 2017 lo que arroja una suma de \$ 8.454.877.441.

Según el mismo documento, el Factor de Calidad se aplica para medir el servicio de alimentación y para el servicio zonal según los índices de puntualidad y regularidad a que se refiere la cláusula 64 del Contrato en su parágrafo 2.

Como resultado de la aplicación de esa metodología, TRANSMILENIO concluye que debe existir una afectación de la remuneración de TRANZIT en la suma de \$ 8.454.877.441.

Al margen de este documento –que se reitera, fue elaborado por y que es proveniente de la propia entidad– y de algunas preguntas que sobre esta cifra TRANSMILENIO le formuló al perito Íntegra, no se encuentran elementos de prueba adicionales que sustenten el incumplimiento imputado a TRANZIT, ni tampoco la causa de la afectación de su remuneración. Es decir, el Tribunal encuentra que el respaldo probatorio de las pretensiones que se analizan se contrae, en últimas, al dicho de TRANSMILENIO apoyado en los documentos internos de esa parte a los cuales ya se hizo referencia, sin que en el proceso se encuentre prueba alguna que permita entender que la afectación de su remuneración asociada al pretendido incumplimiento del Concesionario de los índices previstos para la medición del Factor Calidad, pudo ser discutida o controvertida por TRANZIT. En efecto, el propio dictamen de Íntegra señala que los cálculos en relación con este factor los hizo con información proveniente de la propia TRANSMILENIO sin que conste que TRANZIT haya intervenido o se le haya informado acerca de la evaluación de la calidad del servicio a su cargo, ni tampoco de las consecuencias y del impacto negativo que dicha evaluación le acarrearía en su remuneración.

En ese orden de cosas, el Tribunal considera que en la medida en que con la pretensión se aspira a condenar a TRANZIT por una suma que demerita en forma significativa su remuneración, hace falta acreditar la causa de dicha imposición e, igualmente, que el Concesionario tuvo oportunidad de conocer y de pronunciarse en relación con las circunstancias con base en las cuales su remuneración se menguaría en las proporciones que pretende TRANSMILENIO.

Expresado en otras palabras, en la medida en que no obra en el expediente prueba de que TRANZIT fue, cuando menos oído, o que tuvo oportunidad de rendir descargos o, en general de ejercer su derecho de defensa respecto de la evaluación del factor de calidad, cuyas consecuencias en su remuneración son evidentes, no se puede acceder a las pretensiones vigésima tercera y vigésima cuarta de la reconvencción.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En la misma línea, no existe tampoco prueba de la falta de cumplimiento por parte de TRANZIT de los índices que integran el factor de calidad, motivo adicional para no acceder a la pretensión vigésima tercera, ni mucho menos a la declaración del crédito a la que se refiere la pretensión vigésima cuarta que, como se ha precisado, tiene un impacto negativo significativo en la remuneración del Concesionario. En consecuencia tampoco prospera la pretensión trigésima de la demanda de reconvención reformada.

En estos términos, el Tribunal declarará que no prosperan las pretensiones vigésima segunda, vigésima tercera, vigésima cuarta y trigésima de la demanda de reconvención.

Pretensiones vigésima quinta y vigésima sexta

El texto de la pretensión vigésima quinta es el siguiente:

“DECLÁRESE que, el PARÁGRAFO 1 de la “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.” del Contrato de Concesión No. 011 de 2010 celebrado entre la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. y la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO – TRANZIT S.A.S., es ABSOLUTAMENTE NULA por expresa prohibición constitucional y legal por contravenir el principio de selección objetivo (sic) legalmente establecido.”

El texto de la pretensión vigésima sexta es el siguiente:

“Que se declare que el derecho de preferencia para participar en la operación troncal es ineficaz y no constituye ningún tipo de prelación sobre procesos de licitación que convoque la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

Posiciones de las partes

Como fundamento de su pretensión, el apoderado de la parte demandante cita varias normas que se refieren al principio de transparencia y al deber de selección objetiva para luego expresar que “De acuerdo con lo anterior, el desarrollo de un proceso de selección debe realizarse por licitación pública o por concurso, así como

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

deben contarse con reglas claras que permitan que los oferentes presenten propuestas de la misma índole y su escogencia se realice de manera objetiva, lo cual por supuesto, impide que exista un tratamiento diferencial o preferencial sobre otro contratista.”

Más adelante agrega que “de las normas anteriormente citadas, se dice que son ineficaces de pleno derecho las estipulaciones contractuales que contravengan lo dispuesto en los apartes del citado principio de transparencia, razón por la cual, una disposición como la del derecho de preferencia para participar en un proceso de selección para la operación troncal, se desvía de la naturaleza y alcance de los principios en materia de contratación estatal y de transporte.”

La causal de nulidad que invoca es la consagrada en el numeral segundo del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que se configura cuando el contrato se ha celebrado contra expresa disposición constitucional o legal.

Por su parte, el apoderado de TRANZIT se opone a la pretensión, por considerar que “TRANSMILENIO no puede, basada en su propia culpa, intentar ahora la pérdida de efectos de una disposición contractual y de la Licitación diseñada por ella misma.”

Consideraciones del Tribunal

En primer término, el Tribunal considera que la causal de nulidad alegada no se configura en este caso, pues no se encuentra acreditado que el Contrato de Concesión se hubiera celebrado “contra expresa prohibición constitucional o legal.”

Por el contrario, tal como se reconoce en la demanda de reconvención, el Contrato de Concesión se celebró luego de llevarse a cabo un proceso licitatorio, sin que hasta ahora se haya acreditado el incumplimiento de alguna norma a este respecto y, vale decir, sin que siquiera se hubiere cuestionado tal procedimiento de selección.

Lo anterior bastaría para denegar la pretensión en tales términos formulada; sin embargo, el Tribunal encuentra pertinente agregar que el texto del parágrafo 1, cuya nulidad se solicita, debe ser interpretado dentro del contexto de la cláusula completa y aplicando los principios de interpretación de las estipulaciones contractuales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, en cuanto dispone:

“DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.” (Subraya del Tribunal)

Es así que debe tenerse en cuenta que la cláusula 119 se refiere “Al 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” lo cual hace evidente que se trata de hechos cuya ocurrencia es eventual, así como la infracción de la ecuación contractual que se pretende enjugar con las previsiones que contiene la estipulación.

Y el párrafo 1 también se refiere a una hipótesis de incierta ocurrencia cual es que “durante la vigencia de la concesión, el Distrito construya nueva infraestructura para la operación troncal del SITP.”

En tales condiciones, el párrafo tiene un contenido abstracto que no se considera nulo por sí mismo, pues su validez solamente podría analizarse de acuerdo con la aplicación que se le diera una vez se cumplieran los supuestos de hecho contemplados en la estipulación contractual y se diera curso a un procedimiento de escogencia y selección de contratista.

En este orden de ideas, el proceso de selección al que haya lugar deberá adelantarse con el cumplimiento de los mandatos que informan el principio de transparencia al que hace referencia el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y solamente al analizar podrá establecerse si la aplicación del párrafo atacado conduce a la infracción de una norma superior.

De acuerdo con lo antes expuesto, la pretensión vigésima quinta no prospera.

El mismo razonamiento antes expuesto conduce a concluir que no es procedente declarar la ineficacia alegada respecto del “derecho de preferencia” mencionado también en el párrafo 1 de la cláusula 119.

En efecto, no estando definido de ninguna manera tal “derecho de preferencia” en la normatividad que rige la contratación estatal, la expresión no resulta viciada al ser considerada “en abstracto” y solamente si dentro de un eventual proceso de selección la aplicación de la norma se tradujera en una violación al principio de transparencia sería procedente cuestionar su validez.

Por lo antes expuesto, la pretensión vigésima sexta no prospera.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES

A pesar de que al decidir algunas de las pretensiones formuladas en la demanda principal y en la de reconvenición se hizo referencia a las excepciones que tuvieran relación con las mismas, se ha estimado pertinente hacer una referencia a cada uno de los medios de defensa propuestos.

Excepciones propuestas contra las pretensiones de la demanda principal

Inexistencia de un incumplimiento atribuible a TRANSMILENIO que sea causa de desequilibrio económico en el Contrato de Concesión

En relación con esta excepción, el apoderado de la entidad demandada ha afirmado que “TRANSMILENIO no ha incumplido obligaciones a su cargo en virtud del contrato de concesión celebrado con la sociedad convocante. El Concesionario pretende trasladarle a TRANSMILENIO las implicaciones de los riesgos que asumió al celebrar el Contrato de Concesión, por la vía de atribuirle obligaciones que no contrajo con el Concesionario, o por la vía de alegar incumplimiento de obligaciones que no se han configurado. Las obligaciones de TRANSMILENIO para con su contraparte contractual quedaron contenidas en la cláusula 24 del Contrato (...)”

Y agrega: “El Concesionario confunde la necesidad de la implementación del Sistema en la que el Ente Gestor tiene un interés natural, por su posición de concedente, con la adscripción que se le pretende hacer, por la parte demandante, de una obligación de implementación a su cargo, que no existe ni se puede inferir del Contrato, ni de las normas aplicables al mismo.”

A este respecto conviene señalar que si bien gran número de pretensiones estaban encaminadas a que se declarara el incumplimiento por parte de Transmilenio de sus “obligaciones legales y contractuales”, en general, el demandante no concretó específicamente cuáles eran las obligaciones que se estimaron incumplidas.

En todo caso, el Tribunal llevó a cabo un cuidadoso análisis partiendo de las obligaciones generales consignadas a Transmilenio en el contrato, y no encontró acreditado ninguno de los incumplimientos alegados, por lo cual la pretensión así planteada se tiene por demostrada.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Esta excepción se ha encontrado probada, puesto que no quedó acreditado el incumplimiento de Transmilenio de alguna obligación particular a su cargo.

El Concesionario asumió a su cargo, de conformidad con el Contrato de Concesión, el cumplimiento de las normas ambientales, lo que incluye el cumplimiento del estándar de emisiones contemplado en la Resolución 1304 de 2012, que dio lugar a la incorporación de buses con estándar de emisión equivalente a Euro V, y los costos que se deriven de esa regulación debe ser cubierto por el Concesionario con cargo a los derechos de participación que se le reconocen y no los puede trasladar a TRANSMILENIO

En síntesis TRANSMILENIO considera como fundamento de este argumento de defensa que "... el Concesionario no puede invocar el hecho del Príncipe, ni tampoco una situación imprevisible que, por afectar la ecuación económica del contrato, dé lugar a un desequilibrio susceptible de corrección mediante la imposición de alguna carga económica a su contraparte del contrato. En este caso, se trata de un hecho previsible, previsto y regulado por las partes en el Contrato, por lo cual está cerrada la puerta a cualquier reclamo como el que la parte actora plantea en su demanda en relación con mayores costos, que según dice, se habrían causado por la implementación de las medidas de control de emisiones que llevan a adoptar el estándar de emisión Euro V, en vez del estándar de emisión Euro IV."

En relación con esta excepción, basta remitirse al acápite del laudo en el que fueron decididas las pretensiones relacionadas con los mayores costos derivados del cambio de especificaciones técnicas en emisiones (Euro V), en el cual quedó acreditado que la excepción a este respecto se encontró demostrada.

Tranzit no ha cumplido con la obligación de implementación a su cargo, derivada de los compromisos asumidos en el contrato de concesión N° 011 de 2010, para la implementación de la operación en su zona, con lo cual ha afectado la implementación del SITP

TRANSMILENIO ha formulado esta excepción con el propósito de enervar la pretensión indemnizatoria de los perjuicios que reclama el concesionario, derivados de los eventuales incumplimientos de la entidad.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

En efecto, a este respecto se expresa:

“La conducta culposa de la parte actora en relación con el cumplimiento deficiente de sus obligaciones en aspectos que guardan relación directa con la implementación del Sistema no le confiere habilitación jurídica para reclamar por supuestos daños derivados de la no cristalización de la implementación según lo inicialmente previsto. Lo antes expuesto, sin perjuicio de recordar que el Concesionario asumió la implicación de la concreción del riesgo de desfase en la implementación.”

El Tribunal se ha referido *in extenso* en este laudo a la obligación de implementación, derivada del Contrato de Concesión y ha concluido que fue atribuida a las dos partes contratantes.

Ahora bien, en vista de que no se ha declarado el incumplimiento por parte de Transmilenio de las obligaciones a su cargo, y por consiguiente no se ha condenado al pago de perjuicios, la excepción que nos ocupa no se tiene por demostrada.

La implementación del Sistema se previó gradual y progresiva, sin un horizonte definido para su terminación en el tiempo, y sin que exista una disposición contractual en ese sentido

A este respecto, TRANSMILENIO ha manifestado:

“En el Contrato de Concesión se previó que la implementación del Sistema sería gradual y progresiva, en orden a desarrollar cada una de las Fases establecidas.

(...)

No puede la parte actora, concedora como era, y como tenía que serlo pues así se había pactado en el contrato, formular una reclamación relacionada con no implementación del Sistema, a sabiendas de que la implementación sería realizada en forma progresiva, y desconociendo, además, que el riesgo asociado al mayor tiempo que la implementación tomó fue asumido por el Concesionario como un riesgo a su cargo.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Esta excepción ha quedado demostrada, de acuerdo con lo expresado por el Tribunal en el acápite del laudo que se ocupó sobre la implementación del sistema.

La implementación de la operación zonal adjudicada al Concesionario genera obligaciones a cargo de este y a favor de TRANSMILENIO, y el riesgo de que la implementación no ocurra según lo planeado es a cargo del Concesionario

Esta excepción ha sido sustentada por TRANSMILENIO en los siguientes términos:

“El plan de implementación de la operación zonal es a cargo del Concesionario y este lo debía ejecutar dentro de un plazo definido de común acuerdo, siendo los desfases en la implementación de la operación un riesgo que este asumió a su cargo (...).

“En consecuencia, el riesgo de implantación por la demora en la entrada del SIRCI, por la demora en la implementación de las rutas correspondientes a las zonas adjudicadas a los concesionarios EGOBUS y COOBUS es a cargo del Concesionario, y hay carencia absoluta de derecho por parte del Concesionario para formular una reclamación encaminada a transferirle el efecto económico del riesgo asumido a TRANSMILENIO.”

Esta excepción ha quedado parcialmente demostrada, según se explica con detenimiento en el capítulo sobre implementación del sistema, en el cual el Tribunal ha concluido que la implementación está a cargo de las dos partes contratantes.

La integración del sistema, a la que el Contrato de Concesión se refiere, se produjo en los términos y condiciones del contrato, sin que para ningún efecto en el contrato se haya dispuesto nada sobre la existencia de “integración total” que pueda ser exigible a Transmilenio

TRANSMILENIO ha sustentado esta excepción en los siguientes términos:

“Pretender hacer responsable a Transmilenio por desequilibrio económico, por incumplimiento de obligaciones, y en general, por cualquier vicisitud del contrato, basándose en el argumento de no haber realizado la “Integración Total” del sistema, en el entendido que debía cumplirse con la integración de los cinco modalidades establecidas contractualmente, es desconocer

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

flagrantemente el contrato de concesión, en el que se pactó que la integración del sistema se cumpliría con una cualquiera de las modalidades allí previstas. Mal podría haberse comprometido la entidad concedente a integrar todo el sistema en las modalidades operativa, física, virtual, medio de pago y tarifaria, en una fecha cierta, cuando la propia naturaleza de los contratos estatales de concesión se lo impide. De allí que ni se estableció fecha exacta para su cumplimiento, ni tampoco la obligatoriedad de la integración total.”

Esta excepción no ha quedado demostrada, puesto que, según se ha mencionado en otro acápite de este laudo, el Tribunal ha concluido que el sistema no se encuentra integrado.

Carencia absoluta de derecho para reclamar por una integración total del sistema basada en la premisa de su ocurrencia solo cuando se dé (i) la implementación del 100% de las rutas y servicios bajo una operación unificada, (ii) un medio de pago único, (iii) la integración tarifaria de los servicios, (iv) un sistema de control de flota común a todos los autobuses y a todos los servicios, v) un solo recaudador y una sola entidad que cumpla con las funciones de administrador fiduciario

Considera TRANSMILENIO que TRANZIT “Carece absolutamente derecho a la pretensión de la parte actora encaminada a obtener una declaración de no integración total del sistema hasta tanto se cumplan cinco hitos determinados a su arbitrio por la parte actora. No puede sostenerse, como lo hace la parte demandante, que la integración total se da solo cuando se produzca la implementación del 100% de las rutas y servicios bajo una operación unificada, un medio de pago único, la integración tarifaria de los servicios, un sistema de control de flota común a todos los autobuses y a todos los servicios, un solo recaudador y una sola entidad que cumpla con las funciones de administrador fiduciario. (...)”

En los mismos términos en los que se ha hecho referencia a la excepción recién tratada, la que ahora nos ocupa no ha quedado demostrada.

La Etapa Operativa comenzó con la orden de inicio de la operación, la cual se expidió con pleno apego a las exigencias del contrato

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Este medio de defensa se ha fundamentado en síntesis en que “El contrato de concesión prevé, en relación con el inicio de la etapa operativa, que ésta iniciaría a partir de la orden de inicio de la operación, sin que respecto de ello haya lugar a dudas. En las cláusulas 9 y 156 del Contrato N° 011 de 2010, se determinó su “duración” y “vigencia”, definido el plazo como la época de cumplimiento de las obligaciones contractuales, mientras que la vigencia está dada hasta la liquidación definitiva del contrato, la cual va más allá del agotamiento de la duración del mismo. De igual manera, los requisitos para expedir dicha Orden por parte de Transmilenio S.A. estaban cumplidos de conformidad con los requerimientos previstos en el contrato.”

De acuerdo con lo decidido en otro acápite del laudo, esta excepción se tiene por probada, pues efectivamente en el Contrato de Concesión se pactó que la etapa operativa iniciaría a partir de la orden de inicio de la operación.

El Concesionario ha incurrido en reiterado incumplimiento de sus obligaciones en relación con el mantenimiento de los vehículos y la adecuada operación de la Flota, afectando gravemente el funcionamiento del Sistema

TRANSMILENIO funda esta excepción en los siguientes términos: “Conforme al contrato de concesión, el concesionario asumió la obligación de efectuar el Mantenimiento Preventivo y Correctivo de los vehículos pertenecientes a su Flota (cláusula 17.2.9.). (...) El concesionario ha incumplido la obligación de efectuar el Mantenimiento Preventivo, como consecuencia de lo cual los vehículos tienen averías constantes que afectan notoriamente la calidad del servicio.”

Es evidente que no se trata técnicamente de una excepción, pues este argumento no está encaminado a enervar la prosperidad de ninguna pretensión, sino que realmente tiene la naturaleza de una solicitud de declaratoria de incumplimiento del concesionario.

En tales condiciones, la excepción no se da por demostrada.

El Concesionario ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones en relación con el suministro de la Flota que le ha sido solicitada por TRANSMILENIO, con arreglo al Contrato de concesión N° 011 de 2010

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

A este respecto, TRANSMILENIO ha manifestado que “El Concesionario contrajo con TRANSMILENIO la obligación, en cuanto a poner a disposición del SITP los vehículos requeridos para la operación de los servicios, en las fechas y bajo las condiciones determinadas por TRANSMILENIO, lo cual efectivamente no ocurrió (...).”

“No puede el concesionario elevar reclamaciones relacionadas con las supuestas implicaciones de una no implementación del Sistema, en relación con lo cual y por razón de su incumplimiento, el avance en la implementación se ha visto afectado. No es admisible que el concesionario eleve reclamaciones de riesgos que él mismo asumió, y en los que, además, ha sido actor relevante en la concreción del aludido riesgo (...).”

A este respecto encuentra el Tribunal que se trata de la formulación de la “excepción de contrato no cumplido” encaminada a enervar las pretensiones derivadas de la mora del eventual incumplimiento de las obligaciones del excepcionante cuando el demandante igualmente ha incumplido.

En este caso, la excepción se tiene por probada, según ha quedado analizado al decidir la pretensión que en el mismo sentido se ha formulado en la demanda de reconvencción, pretensión que prosperó.

El Contrato de Concesión no otorgó garantía de remuneración esperada al Concesionario y este debe asumir las implicaciones que de ello se deriven

A este respecto ha afirmado TRANSMILENIO: “En consideración a las afirmaciones que sobre la remuneración hace la sociedad demandante, es procedente desde ya afirmar la no existencia de garantía de utilidades para el contratista, y el deber en el que se encontraba el oferente de realizar, bajo su cuenta y riesgo, un examen cuidadoso de las características del negocio, teniendo en cuenta que el cálculo de los costos y gastos, cualesquiera que ellos fueren, se debían basar estrictamente en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones. (...)”

A lo largo de este laudo el Tribunal se ha referido a la naturaleza del Contrato de Concesión, y al álea que asume el Concesionario al suscribirlo, para concluir que efectivamente de este contrato no se deriva a cargo de la entidad concedente la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

obligación de garantizarle utilidades al concesionario. En este sentido se tiene por demostrada la excepción propuesta.

TRANZIT 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

En relación con esta excepción, afirma TRANSMILENIO: “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.”

A lo largo del laudo el Tribunal se ha remitido a lo pactado en la matriz de riesgos, y en la medida en la que la excepción simplemente está encaminada a que se tenga por probado estipulado en dicha matriz, se tiene por demostrada.

Ahora bien, es pertinente remitirse al análisis que, respecto de cada uno de los riesgos discutidos, se ha hecho a lo largo del laudo, pues por ejemplo, en relación con la infraestructura transitoria, el Tribunal ha establecido que el riesgo por mayor número de kilómetros en vacío derivados de la no entrega de terminales, fue asumido por el concesionario exclusivamente por los primeros cinco años de la etapa de transición, de acuerdo con el documento explicativo de la mencionada matriz.

TRANZIT 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

Bajo esta excepción TRANSMILENIO ha aducido que “(...) 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 (...).”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Esta excepción no resultó probada.

El alistamiento de vehículos usados forma parte del álea ordinaria de ejecución del Contrato

El alistamiento de los vehículos usados estaba previsto desde el pliego de condiciones de la Licitación y debía ser asumido por el Concesionario. Así se ratificó en el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, y a eso deben estarse las partes y el juez del contrato.

La excepción no puede tener despacho favorable.

TRANZIT asumió el riesgo de demanda y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia

En relación con esta excepción, TRANSMILENIO ha manifestado que “En el Anexo 5 “Matriz de Riesgos” del contrato N° 011 de 2010, claramente se previó que el RIESGO DE DEMANDA es del Concesionario, consistente en el efecto económico que este reciba menores ingresos de los previstos (...). La pretensión de trasladarse a Transmilenio S.A. el mencionado riesgo supone un total desconocimiento del contrato de concesión. (...)”

En este caso en la medida en que esta excepción se remite a lo pactado en el contrato, se tiene por probada, sobre la base de que a lo largo del laudo de han analizado los términos en los que el concesionario se ha obligado a asumir cada uno de los riesgos contemplados en la Matriz de Riesgos.

La integración del medio de pago ya ocurrió, al paso que la “unificación” de la tarjeta no se previó en el Contrato

La integración del medio de pago ocurrió y, por otra parte, en el contrato no se hace referencia a la “unificación” de la tarjeta, a la que alude la parte actora en la demanda. La “integración del medio de pago”, es una de las modalidades de integración previstas en el contrato de concesión (...).

Los fundamentos de esta excepción no resultaron probados y por ende la excepción no prospera.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

La unificación de tarjetas del SITP no es una obligación a cargo de TRANSMILENIO, ni tampoco la integración del medio de pago

Se reitera lo planteado en la excepción precedente, complementándola con la consideración de que la integración del medio de pago, que es uno de los hitos que deben darse dentro del proceso de implementación del Sistema, no era, en todo caso, una obligación que TRANSMILENIO hubiera asumido frente al Concesionario.

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

El diseño operacional al que se hace referencia en el Contrato, cláusulas 1.34 y 67, lo es del Sistema y no una materia de regulación particular del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, que le dé al Concesionario derecho alguno de obtener un diseño operacional adecuado a sus intereses.

Esta defensa tampoco emergió probada.

La etapa de transición en relación con la operación en patios provisionales continúa en ejecución de acuerdo con los términos del contrato N° 011 de 2010

En relación con esta excepción se sostiene que “TRANSMILENIO ha informado oportunamente al concesionario sobre la continuidad de la Etapa de Transición prevista en la cláusula 14 del contrato. Pero más allá de eso, debe recordarse que desde el trámite precontractual, que dio lugar al contrato de concesión objeto de esta controversia, la carga y el riesgo de la consecución de los terminales, estuvo en cabeza de los concesionarios (...). Mientras se mantenga la extensión de este periodo transicional, el riesgo continuará asignado de conformidad con lo pactado en el contrato, en la Matriz de Riesgos.”

En cuanto bajo esta excepción se sostiene que se ha informado oportunamente al concesionario la extensión de la etapa de transición, ella se tiene por no probada, tal como se ha hecho referencia al decidir las pretensiones relacionadas con la entrega de la infraestructura transitoria.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

La cláusula 121 del Contrato de Concesión, en relación con la imposición de desincentivos es válida y eficaz, y debe aplicarse según lo estipulado en ella y en el Otrosí N° 5 de 28 de diciembre de 2011

En relación con esta excepción, TRANSMILENIO sostiene que “Las partes del Contrato de Concesión acordaron la modificación de las cláusulas 121 y 131 mediante otrosí No. 5. En virtud de la modificación adoptada, en materia de sanciones pecuniarias relacionadas con el cumplimiento del contrato, las partes decidieron hacer la diferenciación entre multa y desincentivos operativos. En relación con las multas (...), se estableció que las mismas se aplicarán en ejercicio de las facultades excepcionales de la Administración (...).”

Agrega además que “En lo tocante con los desincentivos operativos, los mismos fueron regulados por las partes en la cláusula 121.2., en la cual se establece que corresponden a los descuentos que se deben realizar por cualquier incumplimiento de requisitos y parámetros contenidos en el Manual de Operaciones, y por los que se establezcan en el Contrato, en cuanto guarden relación o equivalencia con los contenidos en el mencionado Manual (...).”

Y concluye que “Las partes, entonces, acordaron, en el marco del derecho que les asiste, la forma como se debían sancionar contractualmente ciertas conductas de mal desempeño operativo del Concesionario. (...)

“Al momento de la suscripción del Otrosí N° 5, que contiene la figura de los desincentivos, el contratista demandante estuvo conforme con lo allí pactado, sin que nada dijera en contrario.”

De acuerdo con el análisis que se ha hecho en este laudo a propósito de las pretensiones relacionadas con desincentivos, al cual es preciso remitirse, esta excepción se tiene por no probada

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

El SITP Provisional tiene fundamento legal y el desarrollo de la gestión de TRANSMILENIO en relación con el mismo no implica violación del Contrato de Concesión

A este respecto TRANSMILENIO considera: “(...) el SITP Provisional se origina en una disposición legal que en manera alguna deriva en transgresión del Contrato de Concesión por parte de TRANSMILENIO. Por el contrario, el SITP Provisional se estructuró para complementar la prestación del servicio de transporte público en la ciudad porque los concesionarios del SITP, entre ellos obviamente el demandante, no estaban cumpliendo con su obligación de adquisición de flota del antiguo TPC. (...)”

Esta excepción resultó probada parcialmente según lo consignado en la parte considerativa del presente laudo.

Improcedencia de un reclamo que se funda en el desconocimiento de lo pactado. 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

El fundamento de esta excepción se resume como sigue:

“El marco de la progresiva implementación, la coexistencia del SITP con la operación del transporte público colectivo, su regulación legal, estuvo prevista y el Concesionario no tiene derecho de reclamo alguno asociado a la operación de esos vehículos. Es importante tener presente que Tranzit, hasta el 31 de diciembre de 2016, tan solo había chatarrizado el cuarenta y ocho (48%) de lo que contractualmente le correspondía, incumpliendo flagrantemente con su obligación contractual.”

A pesar de que planteada en abstracto la excepción se encuentra probada, al exponer su fundamentación se concluye que no puede darse por demostrada pues si bien ciertamente al diseñar el sistema se previó la coexistencia temporal con el transporte público colectivo, el hecho imprevisto de la terminación de los contratos con dos concesionarios, Ego Bús y Coobús, generó unas consecuencias que

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

superaron lo previsto. De otra parte, al decidir las pretensiones relacionadas con la obligación de desintegración a cargo del concesionario, el Tribunal analizó los términos en los cuales debía ser cumplida, sin que se pudiera atribuir mora.

En tales circunstancias, la excepción se tiene por no demostrada, de acuerdo con las conclusiones a las que arribó el Tribunal en capítulos anteriores.

Inexistencia de obligaciones a cargo de TRANSMILENIO en relación con el acuerdo entre concesionarios para el “cruce de flota”. Principio de relatividad o efecto relativo de los contratos

Afirma TRANSMILENIO que “(...) En la medida en que el acuerdo de cruce de flota fue celebrado entre los concesionarios del SITP con el fin de generar un instrumento vinculante entre ellos, que les permitiera darle cumplimiento a las obligaciones que individualmente asumieron con TRANSMILENIO en virtud de los contratos de concesión celebrados, las obligaciones que de los mismos surgieron vinculan a quienes las adquirieron, y no a TRANSMILENIO que es un tercero relativo en relación con ese acuerdo. (...) En consecuencia, no se le puedan atribuir a TRANSMILENIO obligaciones que tengan su fuente en ese acuerdo. (...)”

Esta excepción se declarará próspera según lo expuesto precedentemente.

El Concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que los mismos se efectuó conforme a lo pactado en el Contrato de Concesión y a lo previsto en la matriz de riesgos - Anexo 5

Como fundamento de esta excepción TRANSMILENIO expone que “Habida consideración de las pretensiones de la demanda (...) es preciso invocar la prevalencia que se ha de dar a las estipulaciones contractuales relativas a los riesgos asumidos por el Concesionario, tanto en lo concerniente con los previstos en la matriz de riesgos como riesgos a su cargo, como aquellos otros que le corresponde asumir en virtud de las estipulaciones de los Contratos de Concesión, como parte del álea ordinario de ejecución del Contrato. (...)”

“El Concesionario busca con sus reclamos provocar una modificación del contrato de concesión, pretendiendo trasladarle a TRANSMILENIO el efecto económico de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

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. (...)”

La excepción planteada de manera general se tiene por demostrada, en cuanto las decisiones adoptadas en este laudo encuentran fundamento precisamente en lo pactado por las partes en el contrato y el Tribunal ha tenido en consideración particularmente lo convenido en relación con la asignación de riesgos, en los términos consignados en la Matriz que hace parte del mismo.

Inexistencia de los supuestos para la declaración de la ruptura de la ecuación económica y financiera del contrato de concesión

Afirma TRANSMILENIO que “No hay mérito para que el concesionario reclame por la ruptura de la ecuación económica y financiera del contrato de concesión. (...) Así las cosas, para que pueda predicarse la configuración del desequilibrio contractual, es necesario: i) La ocurrencia de un hecho sobreviniente e imprevisto que afecte las condiciones de ejecución inicialmente pactadas, y que impone su revisión con el fin de restaurar las condiciones (o su equivalente) bajo las cuales se celebró el negocio jurídico, ii) En este punto, es de gran importancia destacar que siempre parte la ley de hechos sobrevinientes que afecten la ejecución y disturben lo pactado, lo cual se revisa para reinstaurar las condiciones iniciales de contratación: ningún otro es el propósito normativo y por lo mismo, ninguna otra la capacidad de las partes del contrato público, y iii) El Incumplimiento de lo estipulado en perjuicio de la parte cumplida. Resulta evidente que estos supuestos no se configuran en el presente asunto.”

Esta excepción, planteada en términos generales se tiene por no demostrada, puesto que si bien muchas de las pretensiones encaminadas a que se declarara el desequilibrio financiero del contrato y se ordenara su restitución no tuvieron éxito, la petición relacionada con los efectos de la terminación de los contratos con Egobús y Coobús prosperó.

Inexistencia de antijuridicidad del daño reclamado en la demanda

Afirma TRANSMILENIO que “(...) la serie de daños y perjuicios que son reclamados como objeto de posible indemnización (...) se trata de detrimentos patrimoniales

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

alegados por la convocante, lo cuales tiene el deber jurídico de soportar en virtud de la relación contractual sostenida con Transmilenio S.A. (...)"

Y agrega que "Por lo demás, no se observa que haya al menos alegado la existencia de algún tipo de vicio del consentimiento como dolo o fuerza que pudiera serle imputable a la entidad concedente, menos que lo hubiera demostrado. Así, el negocio jurídico celebrado entre los ahora extremos litigiosos, goza de plena existencia, validez y eficacia (...)."

Esta excepción planteada de manera genérica se tiene por no demostrada, habida cuenta de que si bien no se ha declarado ningún incumplimiento de Transmilenio, será condenada a pagar a la parte demandada los valores establecidos al decidir las respectivas pretensiones.

Cobro de lo no debido

Expresa TRANSMILENIO que "Ninguno de los valores pretendidos por la demandante son procedentes ya porque carecen de todo sustento factico, contractual y legal, o ya porque no tienen respaldo probatorio de ningún tipo. (...)" Esta excepción no quedó demostrada por cuanto, como se mencionó antes, la entidad demandada será condenada a pagar las sumas que quedaron establecidas al decidir las respectivas pretensiones.

Carencia absoluta de derecho al reconocimiento y pago de intereses moratorios

Manifiesta TRANSMILENIO que "... no hay lugar al pago de intereses moratorios, máxime cuando el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato y la obligación de indemnización de perjuicios a cargo de la convocada que la convocante reclama, son inexistentes. Así las cosas, en la medida en que no estamos en presencia de una obligación clara, cierta en su monto, expresa y exigible, la reclamación de intereses moratorios es improcedente."

Lo cierto es que a pesar de que se condenará a TRANSMILENIO al pago de unas sumas de dinero, no quedaron acreditados los presupuestos necesarios para atribuirle mora en el pago de tales sumas, y desde este punto de vista se tiene por demostrada la excepción.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Improcedencia del reconocimiento y pago de intereses remuneratorios

El fundamento de esta excepción se formula como sigue: “En virtud de lo señalado en las excepciones anteriores, tampoco hay lugar al pago de intereses remuneratorios, en tanto la obligación de restablecer financieramente el contrato, e indemnizar los supuestos perjuicios a cargo de la convocada que la convocante reclama, son inexistentes. (...)”

Tal como se expresó en relación con la pretensión anterior sobre intereses de mora, a pesar de que se condenará a Transmilenio al pago de unas sumas de dinero, no quedaron acreditados los presupuestos necesarios para que se entiendan causados intereses sobre las condenas, de manera que desde este punto de vista se tiene por demostrada la excepción.

En todo caso, los supuestos perjuicios alegados por TRANZIT SAS, no son imputables a TRANSMILENIO S.A.

Considera TRANZIT que “Los supuestos perjuicios alegados por la convocante en la demanda instaurada en contra de la convocada, no le son imputables a esta última en la medida en que fue la misma convocante la que generó su propio perjuicio. En todo caso, si se llegase a considerar que existe el perjuicio alegado, y que este no es imputable a la demandante, de ninguna manera el perjuicio podría ser imputable – ni fáctica ni jurídicamente – a Transmilenio, y en consecuencia, no tiene ni poderdante la obligación de reparar el perjuicio. (...)”

“Tampoco existe una causa jurídica que determine que el perjuicio alegado por Tranzit deba ser soportado por la entidad convocada, por lo que no es posible que el daño alegado pueda imputarse jurídicamente a éste. (...)”

Esta excepción no ha quedado demostrada, en tanto Transmilenio será condenada a pagar unas sumas de dinero a la demandante, y el fundamento de la imputación de tales pagos está expresado al decidir cada una de las pretensiones que prosperaron.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Transacción

Manifiesta TRANSMILENIO que “En los términos del artículo 2483 y siguientes del Código Civil, las Partes del contrato de concesión, en el Otrosí N° 9 de 2016, pactaron transigir cualquier eventual desequilibrio patrimonial e incumplimiento contractual que puedan alegar por concepto de accesibilidad para todos los vehículos vinculados hasta el 31 de mayo de 2016, multas impuestas mediante las Resoluciones 558 y 720 de 2015, y cánones de arrendamiento de los contratos de arrendamiento 65 y 66. En ese sentido, se declararon a paz y salvo por los conceptos referidos, renunciando cada una, en beneficio de la otra, a cualquier reclamación presente o futura por hechos que dan lugar a la firma de ese Otrosí.”

Ninguno de los extremos de ese medio exceptivo tiene vocación de prosperidad.

Inexistencia de los valores pretendidos por la sociedad concesionaria demandante

Considera TRANSMILENIO que “la sociedad demandante no aporta ningún soporte de los valores pretendidos, tan sólo hace mención a unas cifras generales, sin fundamento de nada, registradas en unos simples cuadros que para nada demuestran lo que la llevó a plantear esta controversia sin justificación legal, contractual y probatoria de ningún tipo (...).”

Esta excepción no quedó probada pues los valores a cuyo pago será condenada Transmilenio se encuentran debidamente demostrados dentro del proceso.

Cumplimiento por parte de Transmilenio S.A. de sus obligaciones como Ente Gestor del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en la ciudad

Sostiene TRANSMILENIO que “Tanto durante el tiempo de la concesión adjudicada a TRANZIT S.A.S mediante el contrato N° 011 de 2010, como desde su creación, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. - Transmilenio, ha dado absoluto cumplimiento a sus objetivos de gestionar, organizar y planear el servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital, (...) sin que sea aceptable cualquier reproche de inobservancia en ese sentido.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Esta excepción ha quedado demostrada puesto que la demandante no logró demostrar el incumplimiento de TRANSMILENIO de sus obligaciones contractuales.

Improcedencia de reclamaciones que envuelven quebrantamiento del deber de obrar con buena fe objetiva

Fundamenta TRANSMILENIO esta excepción en los siguientes términos:

“(…) sin explicación atendible, la parte demandante, con ocasión de la demanda que ahora formula, presenta reclamos que no deben ser acogidos, por entrañar desconocimiento a su deber de obrar de buena fe en la ejecución del Contrato, teniendo en cuenta su comportamiento con ocasión de la suscripción de los otrosíes que han modificado el Contrato.

“En ninguna de las oportunidades en que se celebraron los otrosíes a los que se ha hecho mención, la parte convocante expresó o dejó constancia de que existiera, en su parecer, un reconocimiento económico pendiente de hacerse, o que dejaba a salvo la posibilidad de elevar posterior reclamación al respecto.”

Esta excepción no quedó demostrada, pues no obra evidencia dentro del proceso en el sentido

Inexistencia de nulidad del contrato o de algunas de sus cláusulas

En la pretensión cuadragésima novena (sic), se solicita declarar la nulidad de las cláusulas allí señaladas del Contrato de Concesión, petición que resulta totalmente improcedente toda vez que no es posible verificar la configuración de causal de nulidad alguna.

Procedencia de la revisión de la “canasta de costos” en los términos del párrafo 1º de la cláusula 64 del contrato de concesión

De conformidad con el párrafo 1º de la cláusula 64 del Contrato 011 de 2010, TRANSMILENIO aplicará la revisión de la canasta de costos sin que, como lo pretende la demandante en la pretensión octogésima sexta, se le pueda endilgar responsabilidad por un supuesto incumplimiento, cuando la entidad se encuentra

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

cumpliendo cabalmente con los términos del contrato. La *“oportunidad”*, a la que se refiere la convocante, para adelantar la revisión de la canasta de costos no es la que ella sugiera, suponga o difiera para decisión al Tribunal, sino la que el contrato prevé y en ese marco se desarrolla la actuación de la entidad demandada.

Excepciones de mérito comunes a todas las reclamaciones presentadas por el Concesionario

De la interpretación de las cláusulas contractuales

Sostuvo TRANSMILENIO:

“Los contratos deben ejecutarse según sus cláusulas. (...) La intención de las partes, cuando es clara, debe ser tenida en cuenta de manera prioritaria según el sentido literal de las cláusulas y según las reglas de interpretación establecidas por el Código Civil. (...)”

“Ahora bien, cuando las partes de un contrato disienten sobre la naturaleza jurídica del mismo y, por ende, la de las obligaciones que por emanar de él han de asegurarse en su cumplimiento, o cuando las partes de un negocio jurídico disienten sobre las obligaciones per se, el juzgador es quien debe determinar el alcance de las prestaciones debidas, interpretar el contrato, o investigar el significado efectivo del negocio jurídico y las obligaciones correspondientes. (...)”

“En este orden de ideas, todas las cláusulas del contrato que sean claras, precisas y sin asomo de ambigüedad deben ser interpretadas según su texto, y el honorable Tribunal no debería extraer de ellas obligaciones distintas, ni quitarles o reducirles los efectos legales a las obligaciones dispuestas en el mismo, como pretende la parte convocante.

“En ese sentido, el honorable Tribunal no debe desconocer la distribución de riesgos que, entre Partes profesionales sofisticadas, voluntaria y conscientemente se convinieron, ni debe extraer o legitimar derechos inexistentes a reclamar perjuicios inexistentes. Ruego al H. Tribunal atenerse al tenor literal de las cláusulas del contrato de concesión N° 011 de 2010.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Esta excepción no resultó probada porque las consideraciones del Tribunal en su generalidad se orientan en el sentido de precisar que la interpretación de algunas de las cláusulas del Contrato sugeridas por TRANSMILENIO no corresponde a la que debe dársele a dichas cláusulas de acuerdo con las reglas de interpretación de los contratos establecidas en la ley colombiana.

Ausencia de prueba del incumplimiento de las obligaciones contractuales de Transmilenio S.A.

“(…) El fundamento de la responsabilidad civil es el incumplimiento de una obligación preestablecida, lo que a su vez exige, que el acreedor pruebe la existencia de dicha obligación, demostrando no sólo la existencia del contrato celebrado entre las partes, sino que en dicho contrato se dispuso el nacimiento de la obligación cuyo incumplimiento alega, así como el contenido y alcance de la misma de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1757 del Código Civil por lo tanto, le correspondía en este caso a la convocante demostrar la existencia del contrato celebrado, cuáles obligaciones había sido incumplidas por la Agencia en la ejecución del contrato celebrado, los daños sufridos por el incumplimiento y el nexo causal entre el incumplimiento y el daño.

“(…) El éxito de la acción de controversias contractuales cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios, presupone que la parte que la ejerce acredite con exactitud el incumplimiento contractual que reclama, lo que no ocurre en la demanda que nos ocupa, así como que demuestre los perjuicios que reclama.”

Excepción de contrato no cumplido

Señala TRANSMILENIO: “(…) De tal manera que en los contratos bilaterales cuando uno de los contratantes pretende el cumplimiento de lo pactado, sin haber cumplido su prestación, el otro contratante podrá oponerle la excepción de contrato no cumplido. Entre los incumplimientos del concesionario están el de vinculación de flota, chatarrización, desincentivos, despachos, viajes programados, vueltas perdidas, entre otros.

“Cómo se explicó, frente a cada una de las reclamaciones presentadas por el Concesionario, este no ha cumplido con los requisitos que establece el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Contrato y la Ley para que la entidad contratante le haga reconocimiento económico alguno.

(...)”

De acuerdo con las consideraciones del presente laudo, ninguna de las pretensiones encaminadas a la declaración de un incumplimiento del Contrato por parte de TRANSMILENIO fue declarada próspera, razón por la cual esta excepción no resulta conducente.

Falta de prueba de la existencia y la cuantía de los pretendidos perjuicios

Señala la convocada en esta excepción: “Teniendo en cuenta que se ha establecido que para que haya lugar a indemnización de perjuicios por daños derivados de la responsabilidad civil contractual (ya sea daño emergente o lucro cesante), dichos daños deben ser consecuencia inmediata o directa de que el deudor de una obligación dentro de la relación comercial no haya cumplido la misma, o se haya demorado en su cumplimiento, no procede la reparación de daños pretendida porque primero los derechos pretendidos por el Concesionario no existen debido a sus incumplimientos contractuales, y segundo TRANSMILENIO no incumplió obligación alguna total o parcialmente, ni puede decirse que el cumplimiento imperfecto o retardado de sus obligaciones haya ocasionado daño alguno.”

El estudio de esta excepción no resulta procedente por cuanto en el presente laudo no se ha declarado ningún incumplimiento de TRANSMILENIO que genere una obligación de carácter indemnizatorio.

Falta de competencia del Tribunal por pretensiones que involucran la ocurrencia de hechos futuros

Esta defensa la hizo consistir TRANSMILENIO entre otras razones en las que se transcriben: “Sobre las pretensiones centésima, subsidiaria de la centésima, centésima décimo cuarta, centésima trigésima y centésima trigésima segunda, no puede pronunciarse el tribunal por cuanto responde a la ocurrencia de hechos de eventual o hipotética ocurrencia, que no son más que una simple expectativa hacia el futuro (...)”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La presente excepción no se encuentra probada en la medida en que en este laudo no se hace pronunciamiento alguno, ni declarativo ni de condena, respecto de la ocurrencia de hechos futuros y las decisiones que se adoptan se refieren a hechos y circunstancias que se encuentran consolidadas.

Excepciones propuestas contra las pretensiones de la demanda de reconvención

En relación con las excepciones propuestas por TRANZIT contra las pretensiones de la demanda de reconvención, se han declarado probadas las siguientes: violación del derecho de defensa y debido proceso; indebida interpretación del Contrato y vulneración del principio de proporcionalidad y equivalencia de las pretensiones de TRANSMILENIO con respecto a los descuentos realizados en materia de desincentivos; inexistencia de definición del “valor tiquete” previamente a la imposición de desincentivos; abuso de la facultad de imponer desincentivos e improcedencia de intereses moratorios.

Por otra parte en la medida en que las otras pretensiones de la demanda de reconvención no encuentran prosperidad, no se hace necesario resolver sobre las demás excepciones formuladas por TRANZIT en la contestación a la demanda de reconvención, en los términos del artículo 280 del Código General del Proceso.

OTROS ASPECTOS QUE FUERON PLANTEADOS POR LAS PARTES Y QUE SE DEBEN RESOLVER

La tacha por sospecha formulada en relación con algunos de los testigos

Procede el Tribunal a resolver sobre las tachas que en su oportunidad fueron formuladas en relación con algunos de los testigos que comparecieron, a lo cual procede en el mismo orden cronológico en que se presentaron las mismas que, en todo caso, se aclara, fueron propuestas por TRANSMILENIO.

La tacha a la testigo Sugey Rodríguez

Para el día en que absolvió su declaración, la señora Rodríguez fungía como Gerente Financiera de TRANZIT, según su respuesta a los generales de ley.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La sustentación, así como la réplica de la tacha formulada en relación con esta testigo, aparece contenida en los siguientes términos tomados de la transcripción del acta respectiva:

“DR. BENAVIDES: Desde la demanda, cuando contestamos demanda, tachamos a este testigo como todos los que presentó la contraparte por estar incurso en el artículo 211 del Código General del Proceso, yo quiero dejar esa manifestación expresa al Tribunal y reitero que está hecha desde la contestación de la demanda, gracias presidente.

“DR. GUZMÁN: Cuál es la razón de la tacha?

“DR. BENAVIDES: La razón es la parcialidad que tiene la testigo frente a su condición de empleada con Tranzit S.A., ella acaba de afirmar que lleva trabaja 3.5 años con Tranzit, es su gerente financiero cierto y bajo ese criterio eso afecta su credibilidad e imparcialidad ante la declaración que vaya a rendir a este Tribunal, esa es la condición doctor.

“GUZMÁN: Doctor Edwin, conoce la tacha, tiene algo que decir el apoderado de la parte convocante?

“DR. CORTÉS: Sí, nosotros consideramos que, como ocurre en muchos procedimientos arbitrales y judiciales, las personas que tienen conocimiento directo de situaciones como estas, son Tribunales relacionados con incumplimientos contractuales, son las personas que de uno o de otro lado están vinculadas a la ejecución contractual, de uno u otro lado están vinculadas a la operación, ese seguramente el caso de muchos de los testigos que vamos a observar lo cual no quiere decir que eso le reste, ni que vayan a mentir porque están bajo la gravedad de juramento, son personas profesionales, en el caso de la doctora Sugey más de 20 años, ni que vayan a perder su imparcialidad respecto de las preguntas que además a bien tendrá a formular nuestra contraparte, no solamente son preguntas que formularemos nosotros, son preguntas que formulará la contraparte.

“En su oportunidad el Tribunal tendrá que tomar la decisión que considere respecto a la tacha, nuestra solicitud es que no proceda la declaratoria de la misma y que observemos los testimonios que hemos de observar a lo largo de estos dos días y que, como les digo, por supuesto están relacionados con la operación y son personas vinculadas a ella, pero son las personas que en realidad nos pueden dar una mejor aproximación a lo que está ocurriendo, solicitamos que sea desestimada la solicitud en su momento.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

La tacha del testigo Carlos Eduardo Vergara Emiliani

Este testigo informó al Tribunal que no tiene un vínculo laboral con TRANZIT, sino que tiene un vínculo con Nexus Capital Partners, fondo de inversión que a su turno es accionista de TRANZIT con una participación del 20% de su capital, del mismo modo que es administrador de la convocante en su condición de integrante de su Junta Directiva.

Las intervenciones de los apoderados en las cuales quedó fijada su posición sobre la tacha del testigo Vergara Emiliani el día 15 de marzo de 2018 son las siguientes:

“DR. BENAVIDES: Presidente, yo tacho al testigo por lo que nos está informando, el hecho de ser miembro de junta directiva de Tranzit, el hecho de ser parte y empleado de Nexus que es a su vez socio de la sociedad Tranzit S.A.S. en virtud de lo dispuesto en el Artículo 211 del Código General del Proceso, lo advertimos desde la contestación de la demanda y hoy reiteramos porque cualquier dicho que el doctor Vergara Emiliani haga está comprometido frente a su imparcialidad y a la objetividad que le corresponde al tener un interés sobre la sociedad concesionaria, le pido el favor al Tribunal que considere esa situación.

“DR. GUZMÁN: Muchas gracias doctor Benavides, doctor Cortés tiene algún pronunciamiento que hacer al respecto?

“DR. CORTÉS: Una mención brevísima pero idéntica a la anterior y es, en efecto aquí hay testigos que tienen vinculación con la parte, pero esas son las personas que pueden dar fe de lo ocurrido en la ejecución contractual, de lo ocurrido respecto de la operación y de los hechos que atañen a este proceso, el hecho de que tengan una vinculación no quiere decir que vengan acá a mentir, quiere decir que están bajo la gravedad del juramento y conocen suficientemente las consecuencias de ello y además reconocemos sus calidades morales.

“Y como lo mencioné antes, igual la contraparte va a tener la oportunidad de contrainterrogar y hacer aclaraciones al final, lo cual le va a dar la oportunidad, como la ha venido ejerciendo, de encontrar o de tratar de establecer lo que él también considere que debe establecer o cuestionar lo que considere que debe cuestionar, por todas esas razones la solicitud para que en el momento procesal correspondiente a tomar la decisión se decida negativamente la tacha.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

El testigo John Fredy Bohórquez

Este testigo que depuso ante el Tribunal el 15 de marzo de 2018, dijo haber trabajado con TRANZIT hasta el 9 de marzo de ese mismo año. Las razones expuestas por los apoderados en torno a la tacha por sospecha formulada por TRANSMILENIO fueron las siguientes:

“DR. BENAVIDES: Presidente, tachó (sic) al testigo por la relación de sentimiento e interés que ha tenido con Tranzit, toda vez que hasta el 9 de marzo pasado, es decir a escasos 6 días ha estado vinculado con la entidad, eso obviamente hace que su testimonio sea parcializado, trabajó en Tranzit alrededor de 1 año largo y eso hace una conexión muy clara con la sociedad que está demandando en este caso, por tal virtud tacho al señor testigo.

“DR. GUZMÁN: Gracias doctor Benavides, doctor Cortés algún pronunciamiento al respecto?

“DR. CORTÉS: Lo repetimos completo o simplemente podemos dejar la misma constancia anterior, creo que mejor para todos.”

Tacha al testigo Wilmer Alexis González

El señor González rindió testimonio ante el Tribunal el día 16 de marzo de 2018. Al ilustrar sobre sus generales de ley, refirió ser el Gerente de Operaciones de TRANZIT desde diciembre de 2017, luego de haber ocupado diversos cargos en esa empresa.

Para proponer su tacha y replicarla las intervenciones de las fueron las siguientes:

“DR. BENAVIDES: Con todo respeto, no es para incomodar al Tribunal ni mucho menos, pero la ley a mí me lo exige. Dada (sic) las condiciones que ha expresado el doctor Wilmer en el sentido de que lleva más de tres años trabajando con Tranzit pues está en curso (sic) en el Artículo 211 del Código General del Proceso, y lo que pide esta parte es que se valore con mayor rigor su testimonio en el momento oportuno por parte del Tribunal, en virtud, de la tacha que le estoy haciendo al mismo. Muchas gracias.

“DR. GUZMÁN: Doctor Cortés.

“DR. CORTÉS: Una mención muy breve para que permitamos escuchar espontáneamente la declaración del testigo y en su oportunidad el Tribunal lo estime, porque pues aun cuando tiene la condición de empleado, está bajo la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

gravedad del juramento, confiamos en que dirá toda la verdad y nuestra contraparte tendrá la oportunidad de contrainterrogarlo, de manera tal que el Tribunal contará con todas las herramientas para evaluar la veracidad de sus afirmaciones.”

La tacha al testigo Joan Camilo Florián

El señor Florián dijo haber sido Supervisor de Plataforma de TRANSMILENIO por espacio de 4 años y refirió que desde hacía 2 años era empleado de TRANZIT como Técnico de Plataforma.

La tacha formulada por TRANSMILENIO en relación con este testigo y la réplica de TRANZIT fueron expuestas al Tribunal en los siguientes términos:

“DR. BENAVIDES: Le solicito al Tribunal la aplicación del Artículo 211 del Código General del Proceso dada la vinculación que acaba de afirmar el señor Camilo con Tranzit hace dos años, al... muchas gracias, Presidente.

“DR. CORTÉS: La defensa de siempre, el señor Florián está bajo la gravedad de juramento, ha sido invitado a decir toda la verdad, seguramente así lo hará, esperemos que lo haga, y mi contra parte tendrá la oportunidad de contrainterrogar así es que la solicitud es la de los casos anteriores para que no se tenga en cuenta la solicitud de tacha y sea valorado al ciento por ciento de veracidad lo que diga este testigo.”

Consideraciones del Tribunal

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el testimonio del testigo sospechoso debe ser analizado con mayor rigor que el de otros testigos. A propósito de una demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 218 del antiguo Código de Procedimiento Civil (Decreto Ley 1400 de 1970), reproducido por el artículo 211 del Código General del Proceso, esa Corporación señaló:

“En este contexto, el artículo 218 atacado parcialmente, prevé que cada parte podrá tachar al testigo sospechoso o inhábil citado por su contraparte o por el juez, de manera que de encontrarse probada alguna de esas circunstancias, se aplicarán las consecuencias previstas en el mismo estatuto procesal: imposibilidad de recibir la declaración (testigo inhábil) o análisis de ésta con mayor rigor (testigo sospechoso), de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Así, en la medida que la norma parte de la garantía de contradicción debida a la parte contra la cual se opone la prueba, no prevé que

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

quien solicitó la comparecencia del testigo deba tener un espacio para descalificarlo”.¹⁹⁹

Por su parte, el Consejo de Estado se ha pronunciado en sentido similar al de la Corte Constitucional en cuanto al deber del juez frente al dicho del testigo tachado:

“Los motivos y pruebas de la tacha se analizarán en la sentencia, a menos que se haya propuesto por medio de incidente. Vale decir que la tacha de los testigos no hace improcedente la recepción de sus testimonios ni la valoración de los mismos, sino que exige del juez un análisis más severo con respecto a cada uno de ellos para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria...”²⁰⁰

En el presente caso las tachas formuladas por TRANSMILENIO tienen un denominador común, que consiste en que, según el decir de su apoderado, los testigos que fueron objeto de las tachas bajo análisis tienen o mantuvieron vínculos con TRANZIT, de índole laboral en la mayoría de los casos, y/o con vocación de administrador y/o vocero de un accionista en el caso del señor Vergara Emiliani.

Analizadas las declaraciones de todos los anteriores, el Tribunal aprecia que dichos testigos rindieron unas declaraciones que, puestas a través de la óptica de los lineamientos jurisprudenciales antes reseñados, llevan a concluir que sus admitidas relaciones con la parte convocante no viciaron el medio probatorio testimonial que se concretó a través de ellos.

Es decir, valoradas con el especial rigor que corresponde a testigos vinculados con una parte, las declaraciones de los testigos anteriormente relacionados brindan al Tribunal credibilidad razonable que los sustrae del terreno de la sospecha.

Adicionalmente y como se hará evidente a lo largo de la valoración de las pretensiones y de las excepciones de las partes, el presente laudo se apoya en un análisis probatorio que desde luego abarca la prueba testimonial pero no se agota en ella.

No escapa al entendimiento del Tribunal la elocuente expresión del apoderado de TRANSMILENIO al sustentar la tacha contra el testigo González, oportunidad en la cual expresó el mandatario de la convocada que no le asistía ánimo alguno de

¹⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C -790 de septiembre 20 de 2006, M. P. Álvaro Tafur, Expediente D – 6219.

²⁰⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de enero 17 de 2012, M. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Rad. 11001-03-15-000-2011-00615-00.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

incomodar a la audiencia y que formulaba el reparo de que trata el artículo 211 del estatuto procesal civil, entre otras razones, para cumplir con una exigencia de ley.

Razones las anteriores que son más que suficientes para declarar imprósperas las tachas por sospecha formuladas por el apoderado de TRANSMILENIO en relación con los testigos Sugey Rodríguez, Carlos Eduardo Vergara Emiliani, Jhon Fredy González, Wilmer Alexis González y Joan Camilo Florián, según será declarado en la parte resolutive de esta providencia.

La objeción por error grave del dictamen de Cal y Mayor propuesta por TRANSMILENIO

En el curso de la audiencia que tuvo lugar el 11 de mayo de 2018, que entre sus propósitos tuvo agotar la contradicción del peritaje prevista en el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 en relación con la experticia rendida a instancias de TRANZIT por la firma Cal y Mayor Asociados, audiencia que fue atendida por el señor Miguel Andrés Castillo Rangel, el apoderado de TRANSMILENIO propuso la objeción por error grave del mencionado trabajo pericial, en los siguientes términos:

“DR. BENAVIDEZ: Lo primero que quiero expresar antes de entrar al cuestionamiento del dictamen es que la parte que apodero objeta por error grave el dictamen pericial presentado por Cali (sic) Mayor en cabeza en este caso del ingeniero Miguel Castillo, el artículo 226 del Código General del Procesos (sic) establece que la prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, adelante en el artículo 226 tercer inciso dice lo siguiente: *no serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho.*

“Si ustedes observan como lo habrán observado el dictamen pericial de Cali (sic) Mayor desde el inicio de la primera página en donde ya entran a referirse al dictamen está plagado, está lleno de referencias a los decretos 319, 309 hace menciones de derecho en todo lo largo del dictamen y el Código General del Procesos (sic) no califica que esos puntos de derecho tengan un ordenamiento en la jerarquía jurídica, es decir, no establecen si son decretos,... sino que simplemente dice que son puntos de derecho, está el debate con base en el artículo 28 del código general del proceso que ya ni siquiera hay debate porque hay jurisprudencia en ese sentido en dónde dice en inciso 4 del artículo 228 que ningún caso habrá lugar al trámite especial de objeción del dictamen por error grave, esa objeción a la que se refiere o ese elemento que se refiere es al trámite especial de la objeción prorrogable, pero

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

la objeción prorrogable se mantiene en el ordenamiento y así lo ha hecho la jurisprudencia y lo han dicho los tratadistas de derecho procesal.

“Entonces nuestra objeción va dirigida al tema de los puntos de derecho a que se ha referido el dictamen pericial y voy a hacer mención señor presidente solo a algunos apartes, porque como le digo todo el dictamen está referido a temas de derecho, por ejemplo le voy a referir dos o tres preguntas que se le hicieron al perito y que el perito no objeto (sic) o simplemente dijo mire aquí hay supuestos de derecho y simplemente se limitó a contestar, por ejemplo, la pregunta 18 de este dictamen dice lo siguiente: *describa en qué consiste y cuál es el estado de cumplimiento del mecanismo de integración tarifario prevista en el numeral 45 del artículo 4 del decreto 190 de 2015*, esa es una pregunta derecha (sic) y una respuesta de derecho del señor perito.

“Pregunta 19: en relación con las rutas provisionales previstas por el decreto 190 de 2015 establezca tal situación, hay una mención expresa en el dictamen que dice lo siguiente, página 132, me refiero solo a algunas, porque más adelante expresaremos en qué momento haremos la profundización del tema de nuestra objeción, de acuerdo con estas definiciones y el desarrollo de la pregunta 11 el SITP no ha alcanzado su fase, O sea en este punto en la página 132 hay una interpretación legal del perito frente a la cláusula 12 del contrato y él determina que hay un incumplimiento de Transmilenio en ese sentido es un punto de derecho al que se refirió el perito.

“Y hay otro tema también muy importante grueso en este dictamen pericial, es toda la referencia que hace el perito al tema de riesgos, que ahora como lo vamos a ver en la contradicción del dictamen y le preguntaremos al perito cuál fue su percepción sobre el tema que es la pregunta 32 que tiene varios subnumerales, tiene 8 subnumerales donde le preguntan al perito desde el punto de vista técnico establezca, esa es la palabra mágica para tratar de amenar (sic) el tema desde el punto de vista técnico, pero terminó siendo una respuesta jurídica, establezca cuál es la parte más apta para gestionar, controlar, administrar y mitigar los riesgos contenidos en la matriz de riesgos del contrato de concesión y hace toda la relación con base en los decretos 190, 319 etcétera, ese es nuestro planteamiento frente a la objeción gráfica.

“El consejo de Estado presidente, en sentencia del 1 de agosto de 2016, el expediente 56494, actor Concesión Autopista Bogotá Girardot y demandado Instituto Nacional de Concesiones hoy Agencia Nacional de Infraestructura, en esa sentencia advierte el consejo de estado que en resumen el Código General del Procesos modificó la contradicción del dictamen pericial en los siguientes aspectos, desapareció el trámite incidental de la objeción grave, lo

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

cual no significa que se haya eliminado la posibilidad de plantear la objeción a través del interrogatorio o contra dictamen, dice el consejo de estado en una sentencia, hay otras sentencias que refieren a los puntos de derecho a los que me estoy refiriendo y por los cuales yo estoy objetando el dictamen, donde el consejo de estado ha dicho que es inadmisibles para el consejo de estado verificar puntos y aspectos de derecho y hace referencia puntualmente al artículo 228 del Código General del Procesos (sic).

“La sentencia la voy a referir es bastante larga y es de noviembre 3 del 2016 es del magistrado Roberto Augusto Cerrato (sic) es la sentencia 25000-23-24-000-2002-53-901 y ya desde el punto de vista ya más procesal frente a la posible situación que se presenta hoy en día en donde hay quienes siguen sosteniendo que los dictamen no son sujeto de objeción por error grave y lo que efectivamente se modificó fue el trámite incidental que le impide a los tribunales o a los jueces volver a decretar un dictamen sino simplemente queda el cuestionamiento del dictamen, el doctor Hernán Fabio López, en su obra Código General del Procesos página 369 significa una frase lapidaria frente al tema y que me permito leerla para el Tribunal en conclusión dice; *la objeción por error grave no ha muerto lo que sepultó fue el trámite antes descrito*, es decir la objeción por error grave hoy en el ordenamiento jurídico colombiano procede.

“En ese sentido presidente dejamos expuesto nuestra objeción por error grave del dictamen pericial, sentencias también el Tribunal administrativo de Cundinamarca y el del consejo de estado han dicho que la oportunidad cuál es, en este caso es la del contradictorio como lo ha dicho la sentencia del consejo de estado de la contradicción y nosotros nos reservaremos el derecho de ondear en el tema en el alegato de conclusión como lo ha dicho la jurisprudencia del consejo de estado.”

Para resolver, considera el Tribunal:

Los reparos que TRANSMILENIO formula al trabajo pericial objetado se centran en que por expreso mandato de la ley, al perito le está vedado emitir su opinión sobre puntos de derecho.

Para sustentar los cargos formulados en sede de objeción contra la mencionada experticia, TRANSMILENIO ofrece varios ejemplos de aspectos frente a los cuales considera que el perito incurre en yerros del linaje del que se le enrostra a Cal y Mayor.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Al efecto, menciona las respuestas a las preguntas 18 y 19 del cuestionario de TRANZIT, así como la respuesta a la pregunta 32.

El objetante igualmente defiende la procedencia de ese mecanismo y destaca, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de doctrina procesal, que la objeción no fue prohibida ni retirada del ordenamiento jurídico, sino que lo que quedó proscrito fue el trámite especial de objeción regulado en el derogado Código de Procedimiento Civil.

Acerca de la oportunidad para proponer y sustentar la objeción, indicó el perito que según el Consejo de Estado la contradicción puede ejercerse en la audiencia citada para la fecha en que tuvo lugar la intervención que se sintetiza, sin perjuicio de que en la fase de alegatos se haga de igual manera posible aportar adicionales elementos de juicio sobre los fundamentos de la tacha bajo examen.

En sus alegatos finales TRANSMILENIO le dedica un aparte especial de los mismos a reafirmarse en la objeción propuesta el 11 de mayo de 2018, repitiéndose en el cargo esencial, de acuerdo con el cual el dictamen adolece de error grave por abarcar puntos de derecho.

En el escrito que contiene el resumen de dichos alegatos, TRANSMILENIO abunda en destacar las preguntas que en su sentir informan la experticia del yerro que esa parte le endilga. Se refiere, de manera concreta, a las respuestas dadas a las preguntas Nos. 2, 3, 4, 5, 8, y 9, relativas ellas a puntos relevantes que tocan con la estructuración del Sistema; sobre las respuestas a las preguntas 10 a 14, la crítica de TRANSMILENIO se centra en indicar que las respuestas a las mismas se vuelcan sobre el análisis del marco legal del cumplimiento de lo previsto en la cláusula 12 del Contrato de Concesión; acerca de las respuestas a las preguntas 15, 18, 19 y 20, señala que las mismas están afectadas por error grave desde su formulación misma, como quiera que versan sobre conceptos legales como el estado de cumplimiento de TRANSMILENIO en materia de patios, de integración tarifaria, sobre el estado de cumplimiento de las rutas zonales en relación con el Decreto 190 de 2015, etc.; similares consideraciones formuló el objetante acerca de las respuestas a las preguntas Nos. 24, 25, 28, 29, 30, 32, 35 a 37, 38 a 41 y 46.1.

En los alegatos finalmente, TRANSMILENIO solicita que se declare probada la objeción por error grave y, para apuntalar esa conclusión, llama la atención del Tribunal en el sentido de que TRANZIT guardó silencio en la oportunidad de controvertir los fundamentos de dicha objeción, que era la audiencia del 11 de mayo de 2018.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

El Tribunal no abriga duda alguna acerca de que, en efecto, la ley no eliminó la posibilidad de objetar el dictamen de experto, sino que suprimió el trámite procesal anteriormente vigente, en armonía con la política legislativa de someter los procedimientos judiciales al sistema de oralidad.

De lo anterior se sigue que la objeción promovida por TRANSMILENIO es procedente y oportuna.

Ahora bien, la jurisprudencia de las altas Cortes es unívoca al señalar, como lo hace la parte convocada, que la emisión de opiniones de contenido y alcance jurídico repugna a la labor del perito como experto en determinada ciencia, profesión u oficio que por los especiales conocimientos que reviste para ser ejercido excede el común conocimiento para la materia, como lo sería el del juez.

La anterior es verdad indiscutible que en todo caso no puede tomarse como verdad inconcusa, pues resultaría necio desconocer que en la vida actual de los contratos se entremezclan nociones de alta complejidad técnica y económica con aspectos jurídicos de medular importancia para la cabal comprensión integral del acuerdo de voluntades sobre cuya ejecución puede llegar a versar un dictamen de experto.

Se sigue de lo anterior que en múltiples ocasiones las respuestas de ciertos aspectos técnicos o económicos de un contrato se tocan con nociones jurídicas que para el experto resulta necesario tomar en consideración en aras de la completitud de las respuestas que de él se demandan.

Lo anterior en alguna medida tiende a perfilarse con mayor nitidez en el nuevo régimen pericial del Código General del Proceso, no de forzosa aplicación en ese preciso aspecto en las normas de la Ley General de Arbitraje aunque tampoco desterrado de él, y que brinda a los sujetos procesales, en el arbitraje se repite, la posibilidad de aportar dictámenes de expertos en las oportunidades probatorias previstas en la ley.

Ello es así, pues la experticia a instancia de parte debe cubrir los mayores aspectos de orden técnico que la controversia implique, los cuales, como se indicó anteriormente, pueden tener un componente jurídico cuya omisión o ignorancia puede desestructurar fácilmente ese medio probatorio y comprometer de manera grave la posición procesal de quien se vale de un dictamen para reforzar una posición procesal.

De esta manera y si se pone de presente el punto de inflexión que marca la ocurrencia del error grave en materia pericial, con apoyo en la también copiosa jurisprudencia sobre el tema, se puede afirmar de manera conclusiva que el error

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

se constituye cuando se demuestra que tiene la consecuencia de viciar o afectar las conclusiones del perito porque es determinante de ellas o, como tautológicamente lo sostiene una sentencia de la Corte Suprema de Justicia recurrentemente empleada para acreditar la ocurrencia del yerro que se estudia, el error puede encontrarse probado cuando las conclusiones del dictamen hubieren sido otras de no haber ocurrido el mismo.

Para el Tribunal es claro que en el presente caso el dictamen atacado por error grave no comulga de los yerros que TRANSMILENIO le imputa, puesto que las conclusiones técnicas que el mismo apareja no pueden entenderse viciadas o tendientes a inducir en error a los árbitros por el hecho de nutrirse de o contener algunas precisiones jurídicas que, se repite, las más de las veces sirven para dar al operador judicial un contexto real de las disciplinas gobernadas por el contrato materia de análisis en una sede judicial.

En este caso, además, el apoyo que el Tribunal buscó en los dictámenes periciales lo encontró para concluir sobre aspectos técnicos sometidos a su conocimiento sin que ninguna de las decisiones jurídicas vertidas en este laudo tenga como apoyo las conclusiones de ninguna de las experticias allegadas al expediente.

Por las anteriores razones, el cargo de objeción por error grave formulado por TRANSMILENIO en relación con el dictamen pericial de Cal y Mayor Asociados no recibirá despacho favorable y así quedará consignado en la parte resolutive de este laudo.

Las objeciones a los juramentos estimatorios propuestas por las dos partes contra la respectiva estimación de su contraparte

En las oportunidades legales correspondientes tanto TRANSMILENIO ²⁰¹ como TRANZIT, ²⁰² formularon objeciones a la estimación juramentada de las pretensiones que cada cual hizo en cumplimiento del requisito previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso.

Las objeciones que recíprocamente se formularon las partes no supusieron el ejercicio de iniciativa probatoria alguna por parte de ellas, ni el Tribunal lo dispuso así, por encontrar, en los términos del canon legal anteriormente invocado, que las estimaciones hechas por cada parte resultaban notoriamente injustas o ilegales o que las mismas pudieran dar lugar a sospechar “fraude, colusión o cualquier otra situación similar.”

²⁰¹ Folio 473 de Cuaderno Principal No. 3.

²⁰² Folios 157 y 158 de Cuaderno Principal No. 4.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Por el contrario, fue posible verificar que las dos partes persiguieron en el juicio acreditar las consecuencias económicas de las declaraciones vertidas en las pretensiones de ese tenor y con ese propósito ejercieron una iniciativa probatoria que el Tribunal dirigió y presenció y cuyos resultados tienen reflejo en las decisiones que habrán de adoptarse para desatar el litigio.

Es verdad probada, en consecuencia, que las pretensiones económicas de TRANZIT fueron encontradas válidas parcialmente y las de TRANSMILENIO no fueron acogidas.

Según lo ha decantado la jurisprudencia que marca el estado actual del arte sobre la materia, tanto la constitucional como la de los tribunales de instancia, las sanciones previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso están llamadas a aplicarse en probados eventos de temeridad o falta de fundamento.

A juicio del Tribunal la sanción también podría hacerse procedente cuando quiera que la pretensión busque producir en la contraparte un efecto intimidatorio o de injustificado fin disuasivo, ilegales propósitos que en sede arbitral podrían tener cabida para alterar indebidamente la cuantía de las pretensiones y de esa forma producir un aumento de los costos de un proceso que, como se sabe, es esencialmente oneroso.

Nada de lo indicado sucede en el presente caso, pues para el Tribunal es claro que ambas partes buscaron la prosperidad de las condenas que persiguieron, de manera legítima, se repite, pero con la vicisitud propia de todo litigio, de que varias de ellas, que además fueron propuestas numerosamente, encontraran soporte sustancial que se tradujera en su despacho favorable.

En mérito de lo brevemente expuesto en precedencia, ninguna de las partes será sancionada en los términos del artículo 206 del Código de Procedimiento Civil y así será declarado en la parte resolutive.

Levantamiento de la medida cautelar

TRANZIT solicitó amparo cautelar consistente en que se decretara la suspensión de unos procedimientos sancionatorios que TRANSMILENIO le había iniciado, solicitud que fue presentada el día 19 de abril de 2018 y decidida favorablemente el día 27 de abril del mismo año mediante Auto No. 40 de esa fecha, que fue recurrido por TRANSMILENIO y confirmado en todas sus partes por el Tribunal.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Sabido es que las medidas cautelares tienen una vocación de provisionalidad connatural a su función dentro del proceso, que entre otros objetivos y para el caso de la que en este proceso fue decretada, buscaba impedir la infracción de un derecho que es objeto del litigio, “evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión” ²⁰³

Como se expuso en los prolegómenos del presente laudo arbitral, dichas medidas fueron acatadas por TRANSMILENIO, siendo lo relevante que a la fecha de emisión de este fallo arbitral las mismas no han sido modificadas y se encuentran vigentes.

Autorizada doctrina señala que la provisionalidad esencial a la medida cautelar pierde efecto con la emisión del laudo, sin consideración a que el derecho objeto de la medida sea estimado o conduzca a la prosperidad de una pretensión ejecutable.

Es decir, estímesese o no la pretensión que involucra un derecho amparado por una cautela, por mandato legal se impone el levantamiento de la misma al desatarse el conflicto mediante sentencia que le pone fin.

Al respecto se lee:

“Así, si el proceso finaliza de manera normal, esto es, con la emisión de un laudo, contradictorio o no, la medida cautelar debe también desaparecer, debido a que, al ser su razón de ser la garantía de la concreción eventual futuro de la pretensión, pierde todo sentido su permanencia, dado que la finalización del proceso supone la existencia de una decisión en la que se ha resuelto acerca de aquella (...)

“En suma, si el proceso arbitral, las medidas cautelares deberán ser alzadas, o en todo caso, transformadas en aquellas con carácter ejecutivo” ²⁰⁴

De este modo, en la parte resolutive del laudo se dispondrá el levantamiento de las cautelas que fueron ordenadas, según lo acabado de explicar.

El precedente judicial invocado por TRANSMILENIO

En sus alegatos de conclusión la parte convocada se refirió al precedente judicial en materia arbitral, manifestando que al caso resulta relevante el laudo arbitral

²⁰³ Artículo 23 de la Ley 1563 de 2012.

²⁰⁴ Rodríguez Mejía, Marcela. Medidas cautelares en el proceso arbitral, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 233.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

proferido el 6 de julio de 2018 dentro de la controversia suscitada entre el concesionario ESTE ES MI BUS y TRANSMILENIO. En este sentido, solicitó que dicho precedente sea rigurosamente valorado para el caso en cuestión.

Teniendo en cuenta esa alegación, el Tribunal hará algunas consideraciones respecto del precedente judicial en materia arbitral, para concluir que el antecedente horizontal entre dos tribunales de arbitraje puede constituir un criterio de interpretación jurisprudencial, pero no necesariamente un precedente obligatorio, como se expone a continuación.

El artículo 230 de la Constitución Política señala que, en sus providencias, los jueces están sometidos al imperio de la ley y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales de derecho y la doctrina son criterios auxiliares de interpretación.

Sin perjuicio de que la jurisprudencia haya sido considerada como un “criterio auxiliar” de interpretación, tanto en el sistema del derecho *romano germánico*, como en el sistema del *common law* se ha considerado como un elemento preponderante por garantizar dos pilares básicos en el ordenamiento jurídico, como son el derecho a la igualdad y la seguridad jurídica²⁰⁵. En este sentido, en Colombia tanto el legislador, como las altas cortes, han promovido el sistema de precedentes, reconociendo la fuerza vinculante de los pronunciamientos judiciales previos, en aras de que a iguales supuestos de hecho se les de la misma solución jurídica²⁰⁶.

Pues bien, el precedente judicial se refiere a “*la forma en que un caso similar ya ha sido resuelto en el pasado y que sirve como referente para que se decidan otros conflictos semejantes*”²⁰⁷, de manera que el juez considere el precedente, por su pertinencia, al momento de resolver el nuevo caso. La Corte Constitucional ha señalado que la aplicación del precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión se resuelva de conformidad con aquellos casos anteriores, solo si se cumplen los siguientes supuestos:

- (i) Si los hechos relevantes que definen el caso se asemejan a los supuestos que enmarcan el caso del precedente,
- (ii) Si la consecuencia jurídica aplicada al caso anterior constituye la pretensión del caso presente y,

²⁰⁵ Consejo de Estado, Sala Plena Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Auto No. 68001-33-33-001-2013-00046-01 del 22 de noviembre de 2016.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Consejo de Estado, Sala Plena Contencioso Administrativa, Sección Cuarta, Sentencia del 26 de septiembre de 2016. Sentencia No. 11001-03-15-000-2016-00038-01.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

- (iii) Si la regla jurisprudencial no ha sido modificada, o no ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique un supuesto de hecho para su aplicación.²⁰⁸

El precedente judicial se compone de dos tipos, el precedente vertical, que incluye las decisiones dictadas por un juez de superior jerarquía, y especialmente, las de los órganos de cierre de cada jurisdicción, y el horizontal, que incluye las decisiones dictadas por un juez de igual jerarquía.²⁰⁹

Con respecto al precedente vertical, se ha sostenido que las situaciones fácticas iguales deben resolverse conforme con la misma solución jurídica prevista por el órgano de cierre de cada jurisdicción, salvo que el juez competente exprese razones suficientes y de fondo para apartarse del precedente. Así, si el juez no aplica la misma razón de derecho ni llega a la misma solución jurídica al analizar los mismos hechos, incurrirá en una vía de hecho y vulnerará el derecho a la igualdad.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la regla de vinculación del precedente judicial no es absoluta, teniendo en cuenta la libertad de interpretación que rige la actividad judicial. Por lo anterior, el juez se puede apartar de su propio precedente, o del fijado por el superior jerárquico, siempre que manifieste de manera amplia, expresa y suficiente las razones por las cuales se apartará del precedente. Así las cosas, al juez le corresponde la carga argumentativa de la separación del caso resuelto previamente.

En cuanto al precedente horizontal se ha dicho que la observancia de las providencias que dicta el mismo juez, o aquellos de igual jerarquía, no es tan rigurosa como la que se exige del precedente vertical. Esto se debe a que, en virtud del principio de autonomía judicial, entre jueces de la misma jerarquía existen criterios de interpretación y de decisión distintos frente a casos análogos.²¹⁰

La Corte Constitucional²¹¹ ha señalado que el juez puede apartarse válidamente del precedente vertical u horizontal cuando:

- “(i) en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ *Ibíd.*

²¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-446 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.
Vs.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

es consciente de su existencia'²¹²; y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo”.

En un caso en el que la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. – CABG – presentó un recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral alegando, entre otras cosas, la transgresión al principio de congruencia por haberse apartado de las consideraciones de otro tribunal de arbitraje, integrado por los mismos árbitros, en el cual se conocieron otras controversias sobre el mismo contrato de concesión.

En la sentencia que resolvió dicho recurso, el Consejo de Estado consideró que el antecedente horizontal entre dos tribunales de arbitraje o entre jueces de un mismo nivel o jerarquía puede constituir un criterio de interpretación jurisprudencial, pero que no necesariamente configura la existencia del precedente obligatorio.²¹³

Precisamente, la delimitación que realizó el Consejo de Estado en esta ocasión consiste en señalar que, si bien los tribunales de arbitraje obran como autoridades judiciales, y por tanto deben respetar los precedentes judiciales cuando se cumplen los supuestos para su imperativa observancia, las decisiones de los árbitros pueden variar dependiendo del contenido y alcance de los debates arbitrales y de la motivación del tribunal.²¹⁴

En este sentido, los tribunales de arbitraje no se rigen por las mismas normas de precedente judicial que la rama judicial, entre otras cosas porque: (i) los tribunales de arbitraje no tienen un superior jerárquico que tenga una función de control sobre lo resuelto en derecho, a partir del cual se pueda establecer un precedente vertical vinculante, y porque (ii) cada tribunal de arbitraje tiene autonomía para formar su criterio de interpretación y de decisión frente al caso sobre el cual las partes lo han habilitado, por lo cual el antecedente horizontal entre dos tribunales de arbitraje puede constituir un criterio de interpretación jurisprudencial, pero no necesariamente configura la existencia del precedente obligatorio.

Aplicando estos criterios la presente controversia, el Tribunal ha tenido en cuenta los laudos que se han proferido respecto de otros contratos de concesión del

²¹² Corte Constitucional, Sentencia T-688 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 1 de agosto de 2016. Expediente No. 56494. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

²¹⁴ *Ibíd.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Sistema Integrado de Transporte Público, y los ha tomado como criterio auxiliar de interpretación para efectos de proferir esta decisión. Sin embargo, por las consideraciones que se han expuesto, tales pronunciamientos arbitrales no constituyen precedente obligatorio.

Actualización de las condenas

En observancia de la jurisprudencia del Consejo de Estado, las condenas que se decretan en las consideraciones que anteceden se actualizan desde el 1º de julio de 2017 hasta la fecha del laudo con el IPC, lo cual arroja las siguientes cifras que se reflejan en la parte resolutive:

VALOR A INDEXAR	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR IPC	INDEXACION EN EL IPC	Vr. INDEXADO EN EL IPC A NOV 2018
4,549,185,852	1-Jul-17	30-Nov-18	137.80	142.67	1.0353	160,773,114	4,709,958,966

FUENTE: IPC DANE ULTIMO IPC PUBLICADO DANE OCTUBRE 2018

VALOR A INDEXAR	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR IPC	INDEXACION EN EL IPC	Vr. INDEXADO EN EL IPC A NOV 2018
7,847,199,484	1-Jul-17	30-Nov-18	137.80	142.67	1.0353	277,328,458	8,124,527,942

FUENTE: IPC DANE ULTIMO IPC PUBLICADO DANE OCTUBRE 2018

VALOR A INDEXAR	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR IPC	INDEXACION EN EL IPC	Vr. INDEXADO EN EL IPC A NOV 2018
1,683,952,903	1-Jul-17	30-Nov-18	137.80	142.67	1.0353	59,512,704	1,743,465,607

FUENTE: IPC DANE ULTIMO IPC PUBLICADO DANE OCTUBRE 2018

V. COSTAS

El Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida, que la condena respectiva debe hacerse en la sentencia y que solo habrá lugar a dicha condena cuando en el expediente aparezca que se causaron. Así mismo, “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” (artículo 365).

Dentro de este contexto legal, el Tribunal procede a pronunciarse sobre las costas del proceso, con sujeción a las reglas de los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

Para el Tribunal, la actuación de las partes y de sus apoderados en el presente proceso se ciñó a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno.

Por la prosperidad de parte de las pretensiones y el reconocimiento de fundamento parcial de algunas excepciones, no se impondrá condena en costas y cada parte asumirá los costos del presente proceso en las proporciones legales que les corresponde.

Por último, de conformidad con el artículo 280 del Código General del Proceso, se considera que la conducta procesal de las partes a lo largo del proceso fue ajustada a derecho y atendió los postulados de la buena fe y probidad, por lo que no se dedujo ningún indicio de tales conductas.

VI. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir en derecho las diferencias entre TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN, parte convocante, y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. - TRANSMILENIO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y habilitación de las partes:

RESUELVE

LA DEMANDA PRINCIPAL

PRETENSIONES GENERALES

Primero.- Declarar que el “CONTRATO No. 011 DE 2010 DE CONCESIÓN PARA LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP PARA LA ZONA 13 USME SIN OPERACIÓN TRONCAL SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A. Y LA SOCIEDAD TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN” existe y se encuentra en ejecución.

Segundo.- Declarar que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. tiene posición contractual dominante dentro del Contrato al que se refiere la primera declaración.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Tercero.- Declarar que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. es el Ente Gestor y Titular del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) y su área de influencia, en los términos precisados en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- Declarar que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. en su condición de Ente Gestor y Titular del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) es la entidad encargada de otorgar en concesión la explotación del servicio público de transporte masivo en la ciudad de Bogotá y su área de influencia.

Quinto.- Declarar que con la adjudicación de la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009 se entregó en concesión la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP), en los términos precisados en las consideraciones de esta providencia.

Sexto.- Declarar que el Contrato al que se refiere la primera decisión coexiste con otros contratos conforme a la Cláusula 5 de aquel, en los términos precisados en las consideraciones de esta providencia.

Séptimo.- Declarar que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. está obligada a integrar, evaluar y hacer el seguimiento de la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 486 de 2006 y demás normas pertinentes.

Octavo.- Declarar que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. es responsable de la gestión, planeación y control de los Contratos o Concesiones actuales o futuros, para la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) y para el desarrollo de otras actividades conexas o complementarias (concesiones, publicidad, comercio, servicios, rotacionales, entre otros), a las actividades tanto de Recaudo como de transporte de pasajeros, necesarias para la funcionalidad del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP), así como con los Contratos de Concesión relacionados con el recaudo, la alimentación y la Operación Troncal de las Fases I y II del Sistema TransMilenio, y los demás que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. suscriba para el desarrollo y expansión del Sistema, en los términos y con el alcance precisado en las consideraciones de esta providencia.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Noveno.- Declarar que prospera, de manera parcial y con el alcance precisado en la parte motiva de este laudo, la pretensión novena.

PRETENSIONES PARTICULARES

Pretensiones relativas al cierre financiero

Décimo.- Declarar que prosperan las pretensiones 13, 14 y 15 de la demanda de TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN.

Pretensiones relativas a la Falta de Implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP)

Décimo primero.- Declarar que prosperan las pretensiones 18, 19, 20 en forma parcial, 21 subsidiaria y 23.

Pretensiones relativas a la Infraestructura Transitoria - Ampliación indefinida de la Etapa de Transición

Décimo segundo.- Declarar que prosperan las pretensiones 25, 26, y 27.

Pretensiones relativas a los Incumplimientos legales y contractuales de TRANSMILENIO asociados a la Gestión de los Contratos de Concesión No. 005 y 012 y 013 de 2010 suscritos con COOBÚS S.A.S. y/o EGOBÚS S.A.S., respectivamente, y los efectos que desencadenó para el Sistema y particularmente para TRANZIT S.A.S.

Décimo tercero.- Declarar que prosperan las pretensiones 29, 30 con el alcance señalado en las consideraciones de esta providencia, 31 subsidiaria, 33 y 35.

Pretensiones relativas al mantenimiento de los equipos (elevadores) para garantizar la accesibilidad para las personas con discapacidad o movilidad y/o comunicación reducida

Décimo cuarto.- Declarar que prospera parcialmente la pretensión 52.

Pretensiones relativas a la asignación de riesgos del Contrato

Décimo quinto.- Declarar que prospera la pretensión 61.

Pretensiones relativas a Desincentivos, Manual de Operaciones y Manual de Niveles de Servicio

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Décimo sexto.- Declarar que prosperan la primera pretensión subsidiaria de la pretensión 88, la 89 subsidiaria, 90 y 91.

Décimo séptimo.- Por las razones expuestas y con el alcance precisado en la parte motiva de esta providencia, anular el inciso cuarto de la cláusula 121.2 y la cláusula 131.2 en su integridad, del contrato al que se refiere el numeral primero de este capítulo.

PRETENSIONES DE CONDENA

Generales

Décimo octavo.- En los términos que más adelante se expresan y según lo solicitado en la pretensión 97, condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a restablecer el equilibrio económico del contrato al que se refiere el numeral primero de este capítulo, según lo precisado en la parte motiva.

Pretensiones relativas a la Falta de Implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP)

Décimo noveno.- Acceder a la pretensión 99 primera subsidiaria y en consecuencia condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a favor de TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN a la ejecutoria del presente laudo, la suma de UN MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SIETE PESOS (\$ 1.743.465.607).

Pretensiones relativas a la Infraestructura Transitoria - Ampliación Indefinida de la Etapa de Transición

Vigésimo.- Acceder a la pretensión 103 y en consecuencia condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a favor de TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN a la ejecutoria del presente laudo, la suma de CUATRO MIL SETECIENTOS NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$ 4.709.958.966).

Pretensiones relativas a los Incumplimientos legales y contractuales de TRANSMILENIO asociados a la Gestión de los Contratos de Concesión No. 005 y 012 y 013 de 2010 suscritos con COOBÚS S.A.S. y/o EGOBÚS S.A.S.,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

respectivamente, y los efectos que desencadenó para el Sistema y particularmente para TRANZIT S.A.S.

Vigésimo primero.- Según las motivaciones contenidas en las consideraciones de esta providencia, acceder parcialmente a la pretensión 106 y en consecuencia condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a favor de TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, a la ejecutoria del presente laudo, la suma de OCHO MIL CIENTO VEINTICUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTISIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$ 8.124.527.942)

Pretensiones relativas a Desincentivos, Manual de Operaciones y Manual de Niveles de Servicio

Vigésimo segundo.- Según las motivaciones contenidas en las consideraciones de esta providencia, acceder a la pretensión 134 y en consecuencia ordenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. abstenerse de descontar u ordenar el descuento de suma alguna por concepto de desincentivos operativos impuestos hasta la fecha de expedición del laudo.

Vigésimo tercero.- Según las motivaciones contenidas en las consideraciones de esta providencia, acceder a la pretensión 135 y en consecuencia ordenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar en su totalidad cualquier suma que hubiera descontado a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN por concepto de desincentivos operativos hasta la fecha de expedición de este laudo.

Vigésimo cuarto.- Declarar probadas las excepciones propuestas por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., cuya prosperidad fue decidida en las consideraciones de este laudo.

Vigésimo quinto.- Por las razones y en los términos expuestos en la parte motiva de la presente providencia, negar las restantes pretensiones de la demanda principal reformada de TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN.

LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Vigésimo sexto.- Con el alcance precisado en la parte motiva del presente laudo, declarar prósperas las pretensiones 5, 6, 14, 16, 17, 18, 20 y 21 de la demanda de reconvencción de la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Vigésimo séptimo.- Declarar probadas las excepciones propuestas por TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, cuya prosperidad fue decidida en las consideraciones de este laudo.

Vigésimo octavo.- Por las razones y en los términos expuestos en la parte motiva de la presente providencia, negar las restantes pretensiones de la demanda de reconvención de la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

COSTAS

Vigésimo noveno.- Por las razones expuestas en las consideraciones del presente laudo, abstenerse de imponer condena en costas.

OTRAS DECISIONES

Trigésimo.- Por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, declarar no probadas las tachas por sospecha formuladas por TRANSMILENIO en relación con los testigos Sugey Rodríguez, Carlos Eduardo Vergara Emiliani, Jhon Fredy González, Wilmer Alexis González y Joan Camilo Florián.

Trigésimo primero.- Por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, declarar no probada la objeción por error grave promovida por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. en relación con el dictamen pericial de la firma CAL y MAYOR ASOCIADOS, aportado al proceso por SOCIEDAD TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN.

Trigésimo segundo.- En mérito de las consideraciones expuestas en el aparte pertinente de la parte motiva del presente laudo, declarar que a ninguna de las partes le será impuesta la sanción de que trata el artículo 206 del Código General del Proceso.

Trigésimo tercero.- Disponer que a la ejecutoria del presente laudo se levante la medida cautelar de suspensión de los procedimientos sancionatorios Nos. 15 de 2015 y 3 de 2018.

Trigésimo cuarto.- Declarar causado el saldo de los honorarios de los integrantes del Tribunal.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO –
TRANZIT S.A.S.**

Vs.

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

Trigésimo quinto.- Expedir con destino a las partes y al Ministerio Público copias auténticas de la presente providencia con las constancias de ley.

Trigésimo sexto.- Ordenar la devolución del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

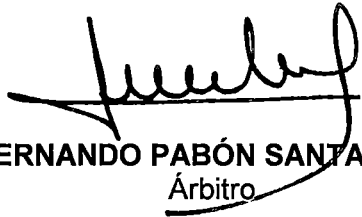
Esta providencia quedó notificada en estrados.



JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR
Presidente



ANNE MARIE MÜRLE ROJAS
Árbitro



FERNANDO PABÓN SANTANDER
Árbitro



JUAN PABLO RIVEROS LARA
Secretario