

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

**CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN**

LAUDO ARBITRAL

**BOGOTÁ D.C. VEINTISIETE (27) MARZO DE DOS MIL
DIECINUEVE (2019)**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre **LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL S.A.S.** como Parte Convocante y **LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.** como Parte Convocada, respecto de las controversias derivadas de la ejecución del Contrato de Concesión sin número, de fecha once (11) de abril del dos mil (2000), previa referencia a los antecedentes del proceso, así:

A. ANTECEDENTES

1. El Contrato origen de las controversias.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del Contrato de Concesión celebrado el once (11) de abril del dos mil (2000), entre **LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL S.A.S. (CIUDAD MÓVIL)** y **LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. (TRANSMILENIO)**, el cual obra en fotocopia, en el Cuaderno de Pruebas N° 1, a folios 310 y siguientes.

2. El Pacto Arbitral.

En el citado Contrato de Concesión del once (11) de abril del dos mil (2000), en la cláusula 131 las partes precisaron lo relacionado con la SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS y la CLÁUSULA COMPROMISORIA, en los siguientes términos:

“Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este contrato, que no sea posible solucionar amigablemente, mediante arreglo directo o conciliación, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas:

131.1 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 encuentren por debajo de tal valor, se designará un único árbitro.

131.2 La designación del (los) árbitro (s) deberá realizarse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que se entienda agotada la etapa de conciliación. Si tal acuerdo no se lograra, las partes recurrirán a la Cámara de Comercio de Bogotá para que sea ésta quien los designe.

131.3 Los árbitros decidirán en derecho.

131.4 El tribunal se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y se regirá por lo previsto en esta cláusula y por todas las disposiciones aplicables, en particular el Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, o por las normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.

131.5 En la medida en que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral no podrán ser sometidas al arbitramento.

131.6 El Tribunal sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; o en cualquier otro lugar que designen las partes de mutuo acuerdo.

131.7 Los gastos que ocasione el tribunal de arbitramento, serán cubiertos por la parte que resulte vencida”

3. El trámite del proceso arbitral.

3.1. La demanda arbitral: El dieciocho (18) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), mediante apoderado, LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL S.A.S. presentó demanda contra LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. y solicitó la convocatoria de un tribunal arbitral para resolver las diferencias

surgidas con dicha sociedad (Folio 1 y siguientes del Cuaderno Principal No 1).

3.2. Designación de los Árbitros: Según lo previsto en la ley, los árbitros fueron designados de común acuerdo por las partes, tal como consta a folio 88 del Cuaderno Principal No 1.

3.3. Instalación y admisión de la demanda: De conformidad con el Acta No 1 que obra a Folio 144 del Cuaderno Principal No 1, el Tribunal se instaló debidamente el primero (1) de marzo de dos mil diecisiete (2017), se reconoció personería jurídica a los apoderados de las partes, se designó como Secretaria a la Doctora SANDRA RODRÍGUEZ MORA. De conformidad con el Acta No 2 se admitió la demanda presentada por LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL S.A.S. y se ordenaron las correspondientes notificaciones de ley.

3.4. Contestación de la Demanda y Demanda de Reconvención: El trece (13) de junio de dos mil diecisiete (2017) se recibió el memorial contentivo de la contestación de la demanda (folio 178 y siguientes del Cuaderno Principal No 1). En la misma fecha se presentó Demanda de Reconvención contra CIUDAD MÓVIL (folio 208 y siguientes del Cuaderno Principal No 1)

3.5. Admisión de la Demanda de Reconvención y Traslado común de las excepciones propuestas por las partes. Mediante Auto del trece (13) de junio de dos mil diecisiete (2017) el Tribunal admitió la Demanda de Reconvención y ordenó su traslado. El primero (1) de agosto de dos mil diecisiete (2017) la parte convocante presentó contestación de la demanda de reconvención (folio 225 y siguientes del Cuaderno Principal No 1).

Mediante Auto del tres (3) de agosto de dos mil diecisiete (2017) el Tribunal corrió traslado de la objeción al juramento estimatorio contra la Demanda principal y de la objeción al juramento estimatorio contra la Demanda de Reconvención. El apoderado de la parte convocante describió dicho traslado mediante memorial presentado el once (11) de agosto de dos mil diecisiete (2017). La apoderada de la parte convocada describió dicho traslado mediante memorial presentado el once (11) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

El quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017) se corrió traslado conjunto de las excepciones presentadas contra la Demanda Principal y contra la Demanda de Reconvención. El apoderado de la parte convocante describió dicho traslado mediante memorial presentado el veintitres (23) de agosto de dos mil diecisiete (2017). La apoderada de la parte convocada describió dicho traslado mediante memorial presentado el veintitres (23) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

El diecisiete (17) de octubre de dos mil diecisiete (2017) se admitió la reforma de la Demanda de Reconvención. El veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) la parte convocante presentó la contestación a la Demanda de Reconvención Reformada.

El siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) se fijó en lista traslado a la Parte Convocada de las excepciones de mérito y la objeción al juramento estimatorio presentados por la Parte Convocante contra la Reforma de la Demanda de Reconvención.

El quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) la Parte Convocada describió el traslado de las excepciones de mérito y la objeción al juramento estimatorio presentados por la Parte Convocante contra la Reforma de la Demanda de Reconvención.

3.6. Audiencia de conciliación: La audiencia de conciliación se declaró fallida después de varios intentos de las partes por lograr un acuerdo conciliatorio acorde con las exigencias legales. Así las cosas, el veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018), se llevó a cabo la audiencia de fijación de honorarios y gastos del Tribunal.

3.7. Primera audiencia de trámite: Mediante Auto del quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018) se fijó fecha y hora para llevar a cabo la primera audiencia de trámite el veintidos (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

El veintinueve (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018) se culminó la primera audiencia de trámite en la cual se decretaron las pruebas del proceso.

3.8. Instrucción del proceso:

3.8.1 Prueba documental: Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por las partes, en los respectivos momentos procesales.

3.8.2. Testimonios: Fue recibido el testimonio del señor: MAURICIO ARCINIEGAS JARA el tres (3) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), cuyo testimonio fue tachado por la parte Convocada.

3.8.3. Dictamen practicado dentro del proceso. Se decretó la práctica de un Dictamen Pericial de carácter financiero y contable solicitado en la Contestación a la Demanda Inicial y reiterado en la demanda de reconvención reformada, cuyo objeto es dictaminar sobre la determinación de cada uno de los pagos y el monto total de las sumas de dinero que TRANSMILENIO ha pagado al Concesionario, CIUDAD MÓVIL, desde el año 2000 y hasta la fecha por concepto de remuneración de la flota. La metodología aplicada para determinar la supuesta sobre remuneración pagada al Concesionario y los valores establecidos por TRANSMILENIO. Y los ajustes por IPC de los valores arriba mencionados. (folios 1 a 129 del Cuaderno de Pruebas No 3).

El cual fue realizado por la perito ANA MATILDE CEPEDA.

3.8.4. Dictámenes Periciales de Parte: Como contradictamen del dictamen rendido por la perito ANA MATILDE CEPEDA se aportó por parte de la Convocante el dictamen de parte el rendido por el señor DIEGO JARA PINZÓN.

3.8.5. Audiencia de contradicción de dictamen: Se practicó la Audiencias de Contradicción de los Dictámenes el veintinueve (29) de enero de dos mil diecinueve (2019), audiencia a la cual comparecieron los señores peritos ANA MATILDE CEPEDA y DIEGO JARA PINZÓN.

3.9. Cierre etapa Probatoria y fijación de fecha para Alegatos de Conclusión. Por haberse practicado la totalidad de las pruebas, mediante auto proferido el cinco (5) de febrero de dos mil diecinueve (2019), se decretó el

cierre de la etapa probatoria, respecto de lo cual las partes guardaron silencio y se fijó fecha para la audiencia de alegatos de conclusión.

3.10. Alegatos de Conclusión. En sesión realizada el diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019), se realizó la audiencia de alegatos en la cual los apoderados de las partes y el Ministerio Público formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron por escrito un resumen de los mismos los cuales forman parte del Expediente.

4. Término de Duración del Proceso. Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 10 de la ley 1563 de 2012.

La primera audiencia de trámite finalizó el veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), el proceso ha estado suspendido sesenta y cinco (65) días hábiles, por lo tanto, el término del Tribunal termina el treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

5. Audiencia para proferir el Laudo Arbitral. La fecha de la audiencia para proferir el laudo se fijó mediante auto proferido por el Tribunal el diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019) para el día dieciocho (18) de marzo de dos mil diecinueve (2019) a las 10:00 A.M., sin embargo, mediante auto del día dieciocho (18) de marzo de dos mil diecinueve (2019), se modificó la fecha para el día veintisiete (27) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

6. Presupuestos procesales y nulidades.

El Tribunal considera que se han cumplido los presupuestos procesales exigidos para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales, y no advierte causal alguna de nulidad. Por ello procede dictar Laudo, el cual se profiere en derecho. Lo anterior, en cuanto de conformidad con los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal, se estableció:

6.1. Demanda Inicial y Demanda de Reconvención Reformada en forma.

La Demanda presentada por la parte Convocante, luego de ser subsanada cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 82 del Código General del Proceso y normas concordantes y por ello fue admitida y se le dio trámite, así mismo ocurre con la Demanda de Reconvención Reformada.

6.2. Competencia. En los términos precisados en la providencia proferida el veintidos (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes de este proceso.

6.3. Capacidad. Las partes Convocante y Convocada son sujetos capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para disponer, de conformidad con los documentos que obran en el expediente, sin que exista restricción al respecto; las controversias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal Arbitral, son susceptibles de definirse mediante arbitraje y además, por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados debidamente constituidos y reconocidos.

7. Partes Procesales y apoderados judiciales.

7.1. Parte Convocante:

La **SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S - CIUDAD MÓVIL S.A.S.**, sociedad debidamente constituida y con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificada tributariamente con el NIT. 830070577-8, representada por **JOAQUÍN LOSADA FINA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.420.264, o por quien haga sus veces.

7.2. Parte Convocada:

La **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**- sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos domiciliada en Bogotá D.C., la cual por conformación de su capital se encuentra bajo el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, constituida

mediante Escritura Pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999 de la Notaría 27 del Círculo de Santa Fe de Bogotá, con Matrícula Mercantil No. 00974583 de la Cámara de Comercio de Bogotá; cuya representante legal es la doctora **MARÍA CONSUELO ARAUJO** o por quien haga sus veces.

7.3. Apoderados Judiciales: Las partes comparecieron al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados a quienes se les reconoció personería en los términos de los mandatos a ellos conferidos.

B. CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIAS.

1. Pretensiones de la parte Convocante. La Parte Convocante en su memorial de demanda, precisa sus pretensiones textualmente así:

- 1. Que se declare que en el Contrato de Concesión sin número celebrado entre **Ciudad Móvil** y **Transmilenio** para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio el 11 de abril de 2000 (el “Contrato”) no procede la reversión sobre vehículos de propiedad de **Ciudad Móvil** (en adelante “los Vehículos”), ni sobre los bienes, muebles y enseres destinados por **Ciudad Móvil** para la ejecución del Contrato (en adelante, conjuntamente, “los Bienes”).*
- 2. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se le prohíba a **Transmilenio** efectuar la reversión de los Vehículos y de los Bienes de **Ciudad Móvil**.*
- 3. Que se condene a **Transmilenio** al pago de las costas del proceso, incluidos los honorarios de los árbitros y del secretario, agencias en derecho y gastos de funcionamiento del tribunal.*

2. Hechos de la Demanda. Como fundamento de hecho de sus pretensiones, la parte Convocante presentó los siguientes

I. HECHOS

A. ANTECEDENTES DEL CONTRATO.

1. *Mediante Resolución No. 21 del 12 de noviembre de 1999, **Transmilenio** convocó la Licitación Pública No. 001-99 con el objeto de entregar en concesión la explotación comercial del servicio público de transporte terrestre automotor masivo urbano de pasajeros bajo la modalidad de vehículos automotores sobre las troncales del Sistema TransMilenio, así como las áreas de soporte técnico dispuestas por el Sistema TransMilenio para el mantenimiento de la flota que el concesionario incorpore a la prestación del servicio (“la Licitación”).*
2. *En los pliegos de condiciones de la Licitación, no se hizo mención alguna sobre reversión de bienes y vehículos del concesionario a **Transmilenio**.*
3. *En los pliegos de condiciones de la Licitación, tampoco se mencionó el pacto sobre reversión al que se refiere el artículo 19 de la Ley 80 de 1993.*
4. ***Ciudad Móvil** preparó y presentó su oferta con el absoluto convencimiento de que no tendría lugar una reversión de los Bienes ni de los Vehículos.*
5. *Como consecuencia de lo anterior, **Ciudad Móvil** no adoptó ninguna medida económica, financiera ni jurídica en relación con la reversión de los Bienes ni de los Vehículos.*

B. EL CONTRATO.

6. *Mediante Resolución 026 del 10 de abril de 2000, la Licitación le fue adjudicada parcialmente a **Ciudad Móvil**.*
7. ***Ciudad Móvil** y **Transmilenio** celebraron el Contrato el 11 de abril de 2000.*
8. *El objeto del Contrato, según lo estipulado en su cláusula 1ª., es el siguiente:*
 - 1.1 *“**Otorgar en concesión no exclusiva al CONCESIONARIO, la explotación económica del servicio público** de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente contrato. Dicha concesión otorgará el permiso de operación al CONCESIONARIO para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C. y su área de influencia, sobre las troncales del Sistema*

TransMilenio, y respecto de los grupos de servicios que se originen en las estaciones que conformen o que llegaren a conformar el Sistema TransMilenio, de acuerdo con la adjudicación hecha mediante la Licitación Pública No. 001 de 1.999.

- 1.2 **Otorgar en CONCESION la infraestructura constituida por las áreas de soporte técnico** que forman parte de los patios de operación asignados al tamaño de flota inicial que el CONCESIONARIO se comprometió a incorporar a la operación troncal del Sistema TransMilenio según las reglas de la licitación, de acuerdo con las condiciones que se establecen en el presente contrato, a efectos de dotarlos y prestar en sus instalaciones el soporte técnico requerido por su flota vinculada al servicio del Sistema TransMilenio” (Resalto).
9. En el Contrato no se hizo mención alguna sobre reversión de bienes y vehículos de **Ciudad Móvil a Transmilenio**.
10. En el Contrato no se acordó ni mencionó el pacto sobre reversión al que se refiere el artículo 19 de la Ley 80 de 1993.
11. La cláusula 41 del Contrato señala:

“CLÁUSULA 41. EXCLUSIÓN DE VEHÍCULOS

(...)

*En todo caso, con la firma del presente contrato y en virtud de esta cláusula, el CONCESIONARIO **asume el compromiso unilateral e irrevocable de excluir los autobuses troncales de la circulación en la ciudad de Santa Fe de Bogotá**, con posterioridad a la terminación del presente contrato de concesión, bien sea que dicha terminación ocurra por vencimiento del plazo o por causa de la terminación anticipada del mismo, cualquiera que sea la causal que dé lugar a la terminación y cualquiera que sea la edad de la flota, salvo que TRANSMILENIO S.A. convoque una nueva licitación pública en la que permita la participación de vehículos usados.*

La seriedad y cumplimiento de dicho compromiso será garantizado al momento de finalizar el contrato con una póliza que deberá extender el CONCESIONARIO, de la cual TRANSMILENIO S.A. será beneficiario, por un término mínimo de tres (3) años contados a partir de la fecha de la terminación.” (Resalto).

12. *La obligación de **Ciudad Móvil**, pactada en la cláusula 41 del Contrato, excluye la reversión de los vehículos.*
13. *Según la cláusula 97 del Contrato, la póliza de cumplimiento debe cubrir:*

“CLÁUSULA 97. COBERTURA Y CONTENIDO MINIMO DE LA GARANTIA UNICA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

EL CONCESIONARIO se obliga a extender a favor de TRANSMILENIO S.A. y a mantener vigente durante todo el término del contrato y su liquidación, una garantía única de cumplimiento, con el alcance y condiciones que resulten necesarias para amparar las obligaciones derivadas del contrato, sin perjuicio de lo cual deberá tener el contenido mínimo que se establece en la presente cláusula para ser aprobada p siguientes riesgos:

La póliza de seguros deberá incluir en su texto el contenido que a continuación se requiere, en los términos y con los alcances que se indican, mediante cláusulas adicionales, complementarias a las generales de la póliza de seguro, de manera expresa y escrita. No se admitirá en ningún caso, ni será oponible a TRANSMILENIO S.A., la inclusión de cláusulas, disposiciones o previsiones dentro del texto de la póliza o en cualquier otro documento público o privado asociado o relacionado con la misma, que afecten, modifiquen, condicionen, restrinjan o limiten el alcance y contenido de las siguientes previsiones obligatorias:

97.1 La identificación del amparo de la póliza, expresada en los siguientes términos:

“Amparo de la póliza”

(i) (...)

(iii) *La presente póliza cubrirá el riesgo de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones relacionadas con la reversión de bienes entregados en concesión, y la devolución de las áreas entregadas para administración, asumidas por el CONCESIONARIO por virtud del contrato de concesión suscrito con ocasión de la Licitación Pública*

001 de 1999 convocada por TRANSMILENIO S.A., lo que incluye entre otros los siguientes riesgos:

El incumplimiento de la obligación de revertir las áreas de soporte técnico que le hayan sido entregadas en concesión, en las condiciones de mantenimiento y características que se hayan dispuesto en el presente contrato;

El incumplimiento de la obligación de devolver al término de la concesión las áreas de parqueo de los patios de operación, las adiciones y mejoras que el CONCESIONARIO le haya hecho, incluyendo todos los inmuebles por adhesión que se hayan incorporado a los patios de operación para habilitar su funcionalidad.

- (iv) La presente póliza cubrirá **el riesgo de incumplimiento del compromiso irrevocable que contrae el CONCESIONARIO mediante el contrato de concesión suscrito con ocasión de la Licitación Pública 001 de 1999 convocada por TRANSMILENIO S.A., en el sentido de comprometerse a sacar de circulación de la ciudad de Santa fe de Bogotá, D.C. los autobuses troncales adquiridos con ocasión de la concesión, en cualquier evento de terminación anticipada del contrato o por vencimiento de su término, cualquiera que sea el kilometraje de recorrido de dichos vehículos; dicha obligación incluye la de no permitir la circulación de ninguno de sus autobuses troncales en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C. por fuera de la concesión otorgada por TRANSMILENIO S.A.**
(...) (Subrayado y negrilla fuera de texto)”

14. En cumplimiento de la cláusula 97.1 del Contrato, Ciudad Móvil tomó en favor de Transmilenio, y ha mantenido vigente, una póliza de cumplimiento que expresamente garantiza el cumplimiento de la obligación de Ciudad Móvil de sacar de circulación de la ciudad de Bogotá los vehículos adquiridos con ocasión de la concesión a la terminación del Contrato por cualquier causa.

15. Según lo estipulado en la cláusula 102 del Contrato, el plazo del Contrato será indeterminado, pero determinable según el término en el que se agoten las siguientes etapas:

“(...)

102,1 La etapa de reversión, comprendida entre la fecha en la que se verifique el vencimiento de la etapa de operación regular, conforme a lo previsto en el numeral anterior, y la fecha en que TRANSMILENIO S.A. le comunique al CONCESIONARIO la recepción a satisfacción de los bienes revertibles.”

15. En la cláusula 105 del Contrato se estipuló lo siguiente:

“CLÁUSULA 105. ETAPA DE REVERSION

Se considerará iniciada la etapa de reversión en el momento en el cual el kilometraje promedio de uso de la flota alcance 850.000 Kilómetros, durante la misma se cumplirán las obligaciones atribuidas al CONCESIONARIO establecidas en el presente contrato, surgiendo de manera inmediata la obligación de hacer entrega de los bienes que conforman el área de soporte técnico en calidad de reversión, y del área de garajes en calidad de devolución, todo lo cual debe surtirse en un término máximo de 30 días, so pena de incurrir en el incumplimiento del contrato.

Dicha etapa terminará en la fecha en la que TRANSMILENIO expida el certificado en el que conste haber recibido la totalidad de los bienes revertibles, en el estado y condiciones previstas en el presente contrato.

(...).”

15. De acuerdo con lo estipulado en las cláusulas 102 y 105 del Contrato, la etapa de reversión conduce a la obligación inmediata de hacer entrega, a título de reversión, de los bienes que conforman el área de soporte técnico y de hacer entrega, a título de devolución, del área de garajes.
16. En las cláusulas 102 y 105 del Contrato no se estipuló que los Bienes ni los Vehículos fueran revertibles.
-

17. *En la cláusula de definiciones del Contrato se estipuló lo siguiente:*

1.5 *Área de soporte técnico como la zona del patio de operación en la cual se instalarán todos los equipos e infraestructura necesarios para la prestación de los servicios de lavado, abastecimiento de combustible y mantenimiento técnico de los vehículos que conforman la flota al servicio de la operación troncal del Sistema Transmilenio.*

1.6 *Área de parqueo es la zona del patio de operación destinada al estacionamiento de los vehículos que conforman la flota al servicio de la operación troncal del Sistema Transmilenio.*

18. *En la cláusula 114 del Contrato se estipuló lo siguiente:*

“Cláusula 114. OBLIGACION DE REVERSION.

*Al finalizar el término de la concesión, el CONCESIONARIO revertirá a TRANSMILENIO S.A. los bienes entregados en concesión y los demás bienes que se determinen como revertibles, sin lugar o derecho alguno a indemnización o compensación por este concepto.
(...)”*

19. *En la cláusula 115 del Contrato se estipuló lo siguiente:*

“CLÁUSULA 115. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA REVERSION

En cualquier evento de reversión el CONCESIONARIO cumplirá con las siguientes obligaciones:

115.1 *Hacer entrega a TRANSMILENIO S.A. de las áreas de soporte técnico, bienes y equipos, de acuerdo con la lista de bienes revertibles preparada por TRANSMILENIO S.A., en buenas condiciones de uso y normal funcionamiento.*

115.2 *Suministrar actualizados los manuales que haya utilizado el CONCESIONARIO en el desarrollo y ejecución de la concesión.*

115.3 Entregar las garantías originales de los equipos que se hayan incorporado como bienes inmuebles por adhesión o como adecuación a los patios de operación, expedidas por los fabricantes, siempre que las mismas se encuentren vigentes.

115.4 Suscribir una póliza de seguro que ampare el cumplimiento de la obligación de mantener fuera de circulación los vehículos excluidos del Sistema TransMilenio, establecida en la cláusula 41 del presente contrato, cobertura que deberá permanecer vigente durante un término de tres (3) años a partir de la fecha de expedición de la póliza pertinente.”

19. *Según lo estipulado en la Cláusula 116 del Contrato, serán revertibles los siguientes bienes:*

“CLÁUSULA 116. BIENES REVERTIBLES.

Serán revertibles:

116.1 Los bienes inmuebles entregados en concesión, aquellos que los hayan reemplazado o sustituido y los que se hayan incorporado a los mismos como inmuebles por adhesión;

116.2 Las adiciones y mejoras que el concesionario haya incorporado a los patios de operación entregados en concesión.

116.3 Documentación y manuales de los equipos que la infraestructura incluya.

20. *En el Contrato no hay más bienes revertibles que los establecidos en la Cláusula 116 del Contrato.*

21. *Los Bienes y Vehículos no son bienes revertibles.*

40. *Como consecuencia de la celebración del Contrato, **Transmilenio** solo le hizo entrega a **Ciudad Móvil** del área de soporte y el área de parqueo.*

41. ***Ciudad Móvil** adquirió el dominio o el uso de todos los Bienes y Vehículos.*

42. ***Ciudad Móvil** adquirió el dominio o el uso de los Bienes y Vehículos con el convencimiento de que no tendría que revertirlos a **Transmilenio**.*
-

43. **Ciudad Móvil** ha ejecutado el Contrato con el convencimiento de que, una vez terminado el Contrato, no habría lugar a reversión de los Bienes ni de los Vehículos.
44. **Ciudad Móvil** ha ejecutado el Contrato con el convencimiento de que, una vez terminado el Contrato, solo habría lugar a reversión y restitución de los bienes que, en el Contrato, se estipularon como revertibles.

3. Excepciones de mérito formuladas por la Parte Convocada a la Demanda Principal:

En el escrito de contestación de la demanda, la parte convocada propuso como excepciones

1. EXCEPCIÓN DE CONTRATO DE CONCESIÓN ATÍPICO
2. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL
3. EXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE REVERSIÓN DE VEHÍCULOS
4. INEXISTENCIA DE CONTROVERSIAS
5. INEPTA DEMANDA
6. BUENA FE
7. EXCEPCIÓN GENÉRICA

4. Demanda de Reconvención Reformada. Pretensiones: La Parte Convocada en su memorial de demanda de reconvención reformada, precisó sus pretensiones así:

A) SERIE PRIMERA: PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA: Que se declare que el operador **SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S- CIUDAD MÓVIL S.A.S** se enriqueció sin justa causa como consecuencia de la entrada en operación del SITP.

SEGUNDA: Que se declare que el enriquecimiento sin justa causa del operador **SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S- CIUDAD MÓVIL S.A.S.** se dio como consecuencia de una remuneración que no correspondía a la efectiva prestación del servicio a su cargo ante la entrada en operación de la fase III de **TransMilenio**.

TERCERA: *Que se declare que el operador **SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S- CIUDAD MÓVIL S.A.S** se enriqueció sin justa causa por la suma de **MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS MILLONES CUATROSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$1.622.439.388.)** cancelada a su favor con ocasión de la entrada en operación del SITP, en el período comprendido entre el 22 de junio de 2012 al 10 mayo de 2013.*

CUARTA: *Que se declare que la suma de **MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS MILLONES CUATROSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$1.622.439.388.)** cancelada a favor del operador **SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S - CIUDAD MÓVIL S.A.S** ha aumentado la suma de **TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$377.197.740)**, por concepto de la indexación correspondiente con el IPC a fecha de 31 de mayo de 2017.*

QUINTA: *Que se declare que el operador **SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S - CIUDAD MÓVIL S.A.S** adeuda a **TRANSMILENIO S.A.** la suma total de **UN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL CIENTO VEINTIOCHO PESOS (\$1.999.637.128.)** por concepto de enriquecimiento sin justa causa como consecuencia de la entrada en operación del SITP, en el período comprendido entre el 22 de junio de 2012 al 10 de mayo de 2013 y su indexación a fecha 31 de mayo de 2017.*

SEXTA: *Que se declare que **TRANSMILENIO S.A.** puede realizar la compensación de las sumas canceladas de más a la **SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S- CIUDAD MÓVIL S.A.S** a través de la aplicación de un ajuste a este concesionario, descontándole de su remuneración la sumas adeudadas y devolviéndoselas al Fondo de Estabilización Tarifaria (FET), Fondo por medio del cual el Distrito Capital compensa la diferencia entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario que se presenta en el Sistema Transmilenio.*

SÉPTIMA: *Que, como consecuencia de la declaración que se pide en la pretensión primera, se condene a la **SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S- CIUDAD MÓVIL S.A.S** a pagar a la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.**, el total de **UN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL CIENTO VEINTIOCHO PESOS (\$1.999.637.128.)** por concepto de sobre remuneración cancelada a su*

favor con ocasión de la entrada en operación del SITP, en el período comprendido entre el 22 de junio de 2012 al 10 de mayo de 2013 y su indexación a fecha 31 de mayo de 2017

OCTAVA: *Que se condene en costas a la parte demandada en reconvencción, y las mismas se liquiden por el Tribunal Arbitral con arreglo a la ley.*

B) SERIE SEGUNDA: PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

PRIMERA SUBSIDIARIA: *Que se declare que, **TRANSMILENIO S.A.**, como Ente Gestor del Sistema Transmilenio, está facultado para corregir el pago de la remuneración al operador del Sistema y a efectuar las compensaciones a que haya lugar de acuerdo a lo estipulado en el Contrato de Concesión.*

SEGUNDA SUBSIDIARIA: *Que, como consecuencia de la declaración que se pide en la pretensión subsidiaria anterior, se condene a la **SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S- CIUDAD MÓVIL S.A.S** a reconocer a la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**, por concepto de sobre remuneración entre en el período comprendido entre el 22 de julio de 2012 a mayo de 2013, la suma que determine el Tribunal Arbitra desde el momento en que se haya presentado el hecho o la circunstancia que causó la sobre remuneración y hasta la fecha del pago, o en la forma que determine el Tribunal.*

4. Hechos de la Demanda de Reconvencción:

1. *TRANSMILENIO S.A., mediante Resoluciones No. 21 de 1999, y No. 151 de 2002, convocó la apertura de las Licitaciones Públicas 001 de 1999 y 007 de 2002 y adjudicó la operación troncal del Sistema TransMilenio, en la fase I, a las sociedades SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A. CIUDAD MÓVIL S.A., SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI-99 S.A., EXPRESS DEL FUTURO S.A. y METROBUS S.A., y en la fase II a TRANSMASIVO S.A., COMPAÑÍA MULTINACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A. CONNEXIÓN MÓVIL S.A. y SI-02 S.A. (hoy SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. -SOMOS K. S.A.), respectivamente.*

2. *Mediante la Resolución No. 026 del 10 de abril del 2000, le fue adjudicado parcialmente el objeto de la Licitación Pública No. 001-99 a CIUDAD MÓVIL, la cual fue notificada personalmente el 11 de abril del año 2000.*
3. *Entre TRANSMILENIO y CIUDAD MÓVIL se celebró, el 11 de abril de 2000, el contrato de concesión sin Número “SN” de 2000 con el fin otorgar en concesión no exclusiva al CONCESIONARIO, la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente contrato.*
4. *Los contratos de operación troncal fase I del Sistema TransMilenio – como es el caso del contrato de concesión SN de 2000 suscrito entre las partes-, tienen como objeto otorgar en concesión no exclusiva al CONCESIONARIO, la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente contrato. Dicha concesión otorgará el permiso de operación al CONCESIONARIO para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C. y su área de influencia, sobre las troncales del Sistema TransMilenio, y respecto de los grupos de servicios que se originen en las estaciones que conformen o que llegaren a conformar el Sistema TransMilenio, de acuerdo con la adjudicación hecha mediante la Licitación Pública No. 001 de 1.999 y otorgar en CONCESION la infraestructura constituida por las áreas de soporte técnico que forman parte de los patios de operación asignados al tamaño de flota inicial que el CONCESIONARIO se comprometió a incorporar a la operación troncal del Sistema TransMilenio según las reglas de la licitación, de acuerdo con las condiciones que se establecen en los respectivos contratos, a efectos de dotarlos y prestar en sus instalaciones el soporte técnico requerido por su flota vinculada al servicio del Sistema TransMilenio.*
5. *TRANSMILENIO S.A., mediante Resoluciones No. 22 de 1999 y No. 221 de 2002, convocó la apertura de las Licitaciones Públicas No. 002 de 1999 y No. 008 de 2002 y adjudicó la actividad de recaudo del Sistema TransMilenio a la sociedad ANGELCOM S.A. y a la UNIÓN TEMPORAL FASE II, respectivamente.*
6. *Los contratos de operación troncal fase II del Sistema TransMilenio, tienen como objeto otorgar en concesión no exclusiva, y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre*

automotor urbano masivo del Sistema TransMilenio, al CONCESIONARIO, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en los respectivos contratos. Dicha concesión otorgará el permiso de operación al CONCESIONARIO para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá D.C. y su área de influencia, sobre las troncales del Sistema TransMilenio, y respecto de los grupos de servicios que se originen en las estaciones que conforman o llegaren a conformar el Sistema TransMilenio, de acuerdo con la Resolución No. 019 del 03 de febrero de 2003 de adjudicación de la Licitación Pública No 007 de 2002.

- 7.** *TRANSMILENIO S.A., mediante Resolución No. 064 de 2010, convocó la Licitación Pública No. TMSA-LP-004-2009 con el objeto de otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – en adelante SITP, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en los Contratos respectivos.*
- 8.** *Mediante Resoluciones de números 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456 del 2 de noviembre de 2010 y resolución No. 028 del 18 de febrero de 2011, fueron adjudicadas las trece (13) zonas del Sistema Integrado de Transporte Público SITP a los concesionarios CONSORCIO EXPRESS S.A.S., G MÓVIL S.A.S., OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES -COOBUS S.A.S., TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S.- TRANZIT S.A.S., ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S., EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBUS S.A.S., EMPRESA DE TRANSPORTE INTEGRADO DE BOGOTÁ S.A.S. ETIB S.A.S., MASIVO CAPITAL S.A.S. y CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S.*
- 9.** *TRANSMILENIO S.A., mediante Resolución No. 153 de 2011, convocó 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, -SITP, la cual mediante Resolución No. 327 de 2011 fue adjudicada a RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., sociedad con la cual suscribió el contrato de concesión 001 de 2011.*
- 10.** *De acuerdo con el artículo 19 del Decreto 309 de 2009, en desarrollo de la segunda fase de implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP, las zonas que inician la operación del*

Sistema Transmilenio SITP, deben integrarse operacionalmente entre ellas y con el actual Sistema TransMilenio.

- 11.** *De acuerdo con las diversas modalidades de integración previstas en el artículo 19 del Decreto 309 de 2009, debe garantizarse la prioridad en el pago a los operadores de las Fases I y II del Sistema TransMilenio.*
- 12.** *De conformidad con el artículo 26 del Decreto 309 de 2009, el modelo tarifario y en general el diseño del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá D.C. -SITP, deberá respetar los esquemas de remuneración y el equilibrio económico de los contratos suscritos para el desarrollo del Sistema TransMilenio hasta su culminación, de manera que cualquier ajuste que sea necesario realizar a estos contratos, para garantizar la implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá D.C. -SITP, debe respetar el principio anteriormente enunciado, así como el pago justo por el servicio prestado.*
- 13.** *Con la entrada del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá D.C. -SITP, se implementó un esquema de Tarifa al Usuario, diferenciado por tipo de servicio y cobros marginales por transbordo entre servicios validos en un lapso de tiempo determinado, tarifas diferenciales por tipo de usuario, y abierto a tarifas diferenciales y descuentos que defina la Administración Distrital.*
- 14.** *El usuario del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá D.C. -SITP puede cargar su medio de pago con unidades de transporte en todas las estaciones y portales del Sistema, puntos de venta externos, y demás canales de comercialización implementados, y emplear dichas cargas para utilizar cualquier tipo de servicio en el Sistema Integrado de Transporte Público.*
- 15.** *Por la razón anterior, se hizo necesario remunerar a los agentes del Sistema en función de la utilización efectiva del servicio y no de las cargas del sistema, puesto que éstas no se asocian con el uso exclusivo del sistema troncal.*
- 16.** *La operación troncal del Sistema Integrado de Transporte -SITP considera un volumen importante de flota troncal biarticulada, vehículos de mayor capacidad que los articulados, los cuales al momento de estructurarse el diseño operacional de las Fases I y II del Sistema TransMilenio no se consideraron, al no existir dicha opción comercial para ese momento.*

17. *La remuneración a los concesionarios de las Fases I y II se concibió inicialmente como un sistema “cerrado” donde la totalidad de los ingresos recaudados eran la base para el pago de los concesionarios, cumpliendo con la ecuación de equilibrio: Ingresos = Egresos.*
18. *Por lo anterior, la remuneración a los concesionarios de las fases I y II se definió como el disponible de la bolsa de ingresos, luego de descontar la remuneración a los concesionarios de la operación de alimentación, la remuneración a la fiducia y a Transmilenio S.A. como ente gestor.*
19. *De esta forma, con la entrada de Fase III, en mayo de 2012, la remuneración que se venía realizando a los concesionarios de las fases I y II, no contemplaba la posibilidad de discriminar el recaudo proveniente de pasajeros que se movieron en buses de las diferentes fases. Por esta razón, a partir de la entrada en operación de la Fase III, la bolsa de ingresos (con base en la cual se remuneraba a los concesionarios de las fases I y II) recogió dineros de pasajeros que se movilizaron en buses de Fase III, pero que no pudieron ser identificados uno a uno, y que pagaron sus cargas de pasajes con los recaudadores de las fases I y II. Esta situación tuvo como efecto que los recaudadores de fase I y fase II, recaudaran ingresos de la Fase III.*
20. *Por lo anterior, desde el inicio de la Fase III, los concesionarios de las fases I y II se vieron beneficiados por un recaudo por pasajeros que se movieron en buses de Fase III y no suyos, y que se mezclaron con aquellos que se movilizaron en las fases I y II. Este recaudo por pasajeros de la Fase III en las troncales de las fases I y II ocasionó una sobre-remuneración a los operadores de las fases I y II, debido a la metodología de cálculo de la remuneración que se encontraba vigente contractualmente en ese momento.*
21. *Según lo expresado en los hechos anteriores, se hizo necesario la modificación a los contratos de concesión de operación troncal Fase I y Fase II del Sistema TransMilenio, con el fin de garantizar a la ciudad la continuidad en la prestación del servicio transporte público, facilitar la integración con el Sistema Integrado de Transporte Público - SITP- respetando el equilibrio económico de los contratos de concesión de operación troncal de la Fase I y fase II.*
22. *Los aspectos fundamentales de la modificación en la vigencia de 2013, tuvieron que ver con la supresión del índice de pasajeros por*

kilómetro IPK, -concebido para una flota compuesta exclusivamente por vehículos articulados-, el ajuste de la tarifa técnica por variaciones en el Índice de Pasajeros por Kilómetro –IPK y la eliminación del factor de redistribución por efectos de la velocidad de operación comercial –Avi; así las cosas, se migró a una equivalencia de pago por kilómetro, conservando el ajuste contractual del costo por kilómetro licitado por variación en canasta de costos, con lo cual se obtuvo una equivalencia entre la tarifa técnica del Sistema TransMilenio y la tarifa técnica del Sistema Integrado de Transporte Público -SITP, manteniendo la remuneración pactada.

- 23.** *Al suscribirse los “otrosíes” a los contratos de los operadores troncales de las Fases I y II, la remuneración de los mismos se modificó y actualmente radica en el pago de los kilómetros programados y recorridos por cada concesionario multiplicado por las tarifas por kilómetro pactadas y actualizadas.*
- 24.** *La sobre-remuneración cesó cuando se armonizó la metodología de remuneración de los contratos de las fases I y II con la de la Fase III. Sin embargo, la sobre-remuneración por el período del 22 de julio de 2012 a mayo de 2013 se encuentra pendiente de descuento.*
- 25.** *Los contratos de concesión para las Fases I y II del Sistema TransMilenio prevén la coexistencia con otras concesiones y la integración del Sistema TransMilenio con otros sistemas de transporte masivo.*
- 26.** *La sobre-remuneración a los concesionarios de las fases I y II generó un mayor esfuerzo del Sistema, específicamente un mayor valor de los aportes del Distrito, que la Secretaría de Hacienda Distrital de Hacienda tuvo que girar al Fondo de Estabilización Tarifaria para compensar el diferencial tarifario (ingresos – costos) de los concesionarios de Fase III. Por esta razón, los concesionarios de las fases I y II deben devolver lo que se les remuneró por los usuarios que no transportaron, pero de los que sí se beneficiaron de su recaudo.*
- 27.** *La Contraloría de Bogotá D.C., mediante informe de auditoría de desempeño de fecha noviembre de 2016, en donde se auditó el periodo comprendido entre los años 2013 y 2015 de la entidad, puso de presente la sobre remuneración de la que se beneficiaron los operadores de las Fases I y II del Sistema TransMilenio por la entrada en operación de los concesionarios de la Fase III del Sistema TransMilenio y los ajustes en remuneración que se dieron, estimando el pasivo adeudado al ente gestor por los operadores de las Fases I y II, en la suma de VEINTIDOS MIL*

SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS VEINTINUEVE PESOS VEINTICUATRO CENTAVOS (\$22.798.713.229,24) inicialmente.

- 28.** *A continuación, se presentan los antecedentes del cálculo de la sobre – remuneración.*
- a. En Febrero de 2013 se realizó un primer estudio al interior de TRANSMILENIO S.A., denominado “Ajuste de Remuneraciones Fases I y II” cuyo alcance fue intermedio en tanto el efecto de la sobre-remuneración solo cesó hasta cuando se firmaron los otrosíes con los concesionarios de Fase I y II en Mayo y Junio de 2013, y en su momento la metodología aplicada partía de realizar un ajuste en la remuneración al discriminar los pasajeros transportados por los concesionarios de Fase I y II, de los de Fase III.*
 - b. Dada la complejidad de la metodología de este primer estudio y para efectos prácticos y por las limitantes de tiempo, en 2017 se realizó un nuevo estudio que contempló la totalidad del periodo en que duró el efecto de la sobre-remuneración, conservando la consistencia estadística y económica.*
 - c. Con los otrosíes de mayo y junio de 2013, el efecto de la sobre - remuneración cesó, pero no solucionó lo causado económicamente entre el inicio del SITP y la firma de los otrosíes.*
 - d. A la fecha no se ha realizado descuento o compensación alguna a los operadores de las Fases I y Fases II del Sistema por este concepto.*
- 29.** *En el contrato de concesión, capítulo 2 Derechos y Obligaciones del Concesionario se estableció que el concesionario tendría el derecho a la explotación económica a través de la participación del CONCESIONARIO en los recursos económicos producidos por la prestación del servicio así:*

Capítulo 2 – Derechos y Obligaciones Del Concesionario

CLAUSULA 6. DERECHOS DEL CONCESIONARIO DERIVADOS DE LA CONCESION DE LA OPERACIÓN TRONCAL DEL SISTEMA

La concesión de la explotación económica de la actividad de transporte mediante la operación troncal del Sistema TransMilenio, confiere al

CONCESIONARIO, sin que impliquen exclusividad, los siguientes derechos:

6.1 El derecho a la explotación económica de la actividad de transporte de pasajeros dentro de las rutas troncales del Sistema TransMilenio a través de la participación del CONCESIONARIO en los recursos económicos producidos por la prestación del servicio. (Destacado fuera de texto)

(...)

*CLAUSULA 8. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO
DERIVADAS DE LA CONCESION DE LA OPERACIÓN
TRONCAL DEL SISTEMA*

A través del presente contrato, y como consecuencia de la concesión no exclusiva de la explotación de la actividad de transporte mediante la operación troncal del Sistema TransMilenio, el CONCESIONARIO adquiere las siguientes obligaciones:

8.1 La obligación de garantizar la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en condiciones de libertad de acceso, calidad, estándares de servicio y seguridad de los usuarios, con la permanencia y continuidad que determine TRANSMILENIO S.A.

8.2 La obligación de suscribir todos los contratos accesorios o complementarios al contrato de concesión que se requieran para el funcionamiento del Sistema TransMilenio, tales como el contrato de fiducia para la administración centralizada de los recursos del sistema, según la minuta y el administrador fiduciario que determine TRANSMILENIO S.A.

(...)

8.14 En general, la obligación de cumplir cabalmente con las condiciones y modalidades previstas contractualmente para la ejecución y desarrollo de la presente concesión, encontrándose el CONCESIONARIO obligado a actuar razonablemente en el marco de sus obligaciones contractuales, y teniendo en cuenta particularmente el carácter público del servicio que presta.

30. De otra parte el contrato de concesión en el capítulo 3 establece los derechos y obligaciones de TRASMILENIO S.A., en el marco de tales derechos y obligaciones encontramos:

“Capítulo 3 – Derechos y Obligaciones de TransMilenio

CLAUSULA 10. DERECHOS DE TRANSMILENIO S.A.

La concesión que se otorga por medio del presente contrato, implica para TRANSMILENIO S.A., además de los derivados de las disposiciones legales, los siguientes derechos:

10.1 El derecho a realizar la planeación estructural del Sistema TransMilenio, y a determinar, una vez sea estudiada con los CONCESIONARIOS, la planeación de la operación diaria del sistema, los servicios, frecuencias e itinerarios de la actividad transportadora que desempeñará el CONCESIONARIO, así como las necesidades de operación del Sistema, en términos de frecuencias, itinerarios, servicios y tamaño de la flota requerida para el servicio del mismo.

10.2 El derecho a realizar el control de la operación del Sistema TransMilenio, y a impartir al CONCESIONARIO y a sus empleados, agentes o dependientes, las instrucciones operativas que considere necesarias para garantizar la operatividad, seguridad, calidad y funcionalidad del Sistema.

10.3 El derecho a recibir una remuneración de parte del CONCESIONARIO por la concesión que le otorga dentro del Sistema TransMilenio, conforme a lo previsto en el presente contrato.

10.4 El derecho a mantener la titularidad sobre el Sistema, y por tanto, a que dicha titularidad sea reconocida y respetada por el CONCESIONARIO.

*10.5 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.
(...).*

CLAUSULA 11. OBLIGACIONES DE TRANSMILENIO

La concesión que se otorga por medio del presente contrato, implica para TRANSMILENIO S.A. las siguientes obligaciones:

11.1 La obligación de 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.

(...)

Dentro de las definiciones del prefacio encontramos la definición de “Demanda (riesgo de)” definición relevante para el tema objeto de discusión por cuanto los concesionarios han manifestado que el riesgo de demanda incluye el incremento en la misma, confundiendo este riesgo con errores al momento del pago circunstancias totalmente diferentes como se observa en la misma definición.”

- 31.** *En el prefacio del Contrato a su vez se establece que el riesgo de la DEMANDA consiste en la posibilidad que se presente una disminución en el número de pasajeros pagos frente a los que fueron estimados por el CONCESIONARIO al momento de estructurar su propuesta.*

**“PREFACIO
DEFINICIONES**

1.23 Demanda (riesgo de): es la contingencia consistente en la posibilidad de que se presente una disminución en el número de pasajeros pagos frente a los que fueron estimados por el CONCESIONARIO al momento de estructurar su propuesta económica dentro de la licitación pública No. 001 de 1999 convocada por TRANSMILENIO S.A.”

- 32.** *De otra parte en la cláusula 91 del contrato se establece:*

**“CLAUSULA 91.- RIESGOS DEL CONTRATO ATRIBUIDOS AL
CONCESIONARIO**

EL CONCESIONARIO asumirá en su totalidad los riesgos que se deriven del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de concesión, y será responsable frente a TRANSMILENIO S.A., como obligación de resultado, por la regularidad y el cumplimiento de las condiciones mínimas requeridas para la Operación Troncal dentro del Sistema TransMilenio, asumiendo, por lo tanto, los costos, gastos y medios que se requieran a dicho efecto.

Mediante el presente contrato, y en cuanto superen los mecanismos tendientes a diluir los efectos de los riesgos previstos en el contrato, el CONCESIONARIO asume expresamente los riesgos propios de la actividad económica de transporte masivo de pasajeros en el Sistema TransMilenio, y del giro ordinario del negocio, incluidos dentro de la participación en los beneficios derivados de la explotación económica del servicio público de transporte dentro del Sistema TransMilenio, entre los cuales se encuentra los riesgos financieros, de financiabilidad, de demanda, de flujo de caja, de éxito del negocio y retorno de su inversión, los asociados a la variación del precio en los insumos de operación, el impacto que en los costos y en el retorno de la inversión previstos por el CONCESIONARIO puedan tener factores internos o externos al Sistema TransMilenio, que dificulten, retrasen o dilaten el proceso de implantación o puesta en marcha del mismo, y los demás riesgos que puedan identificarse en el proyecto, como lo son, entre otros, los riesgos derivados de la posible incidencia que en la estructura económica del negocio de los concesionarios podrían llegar a tener los cambios en la regulación legal en general, y en particular aquella en materia tributaria, que expidan tanto las autoridades nacionales como las autoridades distritales, en detrimento de los costos y condiciones de la operación, o las que podrían derivarse de la situación general del país, son riesgos asumidos en su totalidad por el CONCESIONARIO, como riesgos propios del giro de los negocios que asumirá mediante la concesión.

Por la suscripción del presente contrato, el CONCESIONARIO acepta la distribución de riesgos efectuada entre las partes en el presente negocio, reconoce que los recursos que obtenga como participación en el resultado económico de la explotación de la actividad de transporte, es considerado y será considerado, para todos los efectos legales, de manera clara e irrevocable, como una remuneración suficiente y adecuada a la distribución de riesgos del contrato.

El CONCESIONARIO se compromete a asumir los riesgos que se le presenten y a mitigarlos mediante la obtención de asesoría especializada en los aspectos técnico, financiero, jurídico y

tributario, que le permitan cubrir las contingencias previsibles para estructurar un negocio viable sobre escenarios realistas que tengan en cuenta las limitaciones y condiciones aplicables a la actividad contratada, en los términos y condiciones contempladas en el presente contrato.”

Como vemos la definición y asignación de riesgos es clara al indicar que cuando se presente una disminución en el número de pasajeros pagos frente a los que fueron estimados por el concesionario al momento de estructurar su propuesta, ese riesgo lo asume el concesionario.

- 32. Dentro de la ejecución del contrato SN de 2000 se generó la sobre remuneración a favor de CIUDAD MÓVIL por cuanto al momento de estructurar este proceso, no se podía prever la entrada de nuevas concesiones con otras condiciones de operación y remuneración, motivo por el cual la forma en que se remuneraba no permitía la coexistencia armónica con estas últimas.*
- 33. El riesgo de demanda para efectos de la remuneración es diferente de la generación de sobre pago o sobre-remuneración (no incremento de demanda). El sobre pago afectó las finanzas distritales, puesto que el Distrito, a través de la Secretaría Distrital de Hacienda, tuvo que disponer de recursos adicionales con destino al Fondo de Estabilización Tarifario, para cubrir el diferencial tarifario por los pasajeros movilizados en Fase III, pero cuyos recaudados se realizaron en las estaciones de las fases I y II.*
- 34. Los concesionarios de las fases I y II se vieron beneficiados por un incremento en el recaudo de pasajeros de la Fase III que no transportaron, pero que sí incrementó la bolsa de ingresos con la cual fueron remunerados.*
- 35. La cláusula 5 del contrato establece que coexistirán con otras concesiones y si bien es cierto cada concesión se interpreta y se ejecuta de forma independiente, sí se generan relaciones de coexistencia en los cuales una concesión puede afectar a la otra al tener que distinguir los recursos con los que se generará el pago a cada concesión y TRANSMILENIO S.A. como ente gestor debe entrar a solucionar las diferencias presentadas.*

“CLAUSULA 5. COEXISTENCIA DEL PRESENTE CONTRATO CON OTRAS CONCESIONES DEL SISTEMA

Coexistirán con la concesión que se instrumenta mediante el presente contrato, otros contratos o concesiones para la operación del Sistema TransMilenio y para el desarrollo de otras actividades conexas o complementarias a la actividad de transporte de pasajeros, necesarias para la funcionalidad del Sistema TransMilenio.

Esta circunstancia se declara expresamente conocida y aceptada por el CONCESIONARIO, quien reconoce a TRANSMILENIO S.A. como gestor y titular del Sistema TransMilenio, 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 TransMilenio, aceptando así mismo de manera explícita y sin condicionamientos su coexistencia con la que se contrata por medio del presente instrumento.” (Resaltado propio)

- 36.** *En el título 6 del contrato de concesión se regula el tema de rentas del sistema en donde se establece:*

“TITULO 6 - RENTAS DEL SISTEMA Y SISTEMAS DE PAGOS

6.1 El Sistema TransMilenio ha sido diseñado como un sistema autónomo en sus flujos y por lo tanto auto sostenible, con la finalidad de que no requiera en el tiempo de ningún tipo de subsidio externo a la operación, siendo su fuente principal de ingresos las rentas provenientes de la venta del servicio de transporte público de pasajeros, a través de las cuales debe generarse el nivel de flujos requerido para remunerar a todos los agentes del Sistema (...)

- 37.** *En el Título III cláusulas 65 y siguientes del contrato de concesión, se regulan los aspectos económicos de la misma.*
- 38.** *Los reglamentos de fiducia de las fiduciarias que en su momento manejaron los recursos recaudados por el Sistema, regularon los eventos en los cuales se pueda llegar a presentar errores en la remuneración, en donde se consideraban los ajustes solicitados por los operadores o agentes del Sistema. De esta manera, se podrá confrontar la información técnica del Sistema con aquella que obtengan como resultado del desarrollo y administración de sus actividades.*
-

39. *Adicionalmente, con la Fiduciaria Servitrust GNB Sudameris se contó desde el inicio con un procedimiento para la realización de ajustes.*
40. *Mediante los otrosíes suscritos en la vigencia de 2013 se modificaron aspectos fundamentales relacionados con la remuneración con el fin de suspender los efectos generados por la entrada en operación del SITP, sin que en ese momento las partes llegaran a un acuerdo respecto los valores recibidos en el periodo indicado objeto de esta reclamación.*
41. *Las partes no se encuentran en capacidad de afirmar que con la suscripción del otrosí se hubiesen solucionado todos los aspectos relacionados con la remuneración, por cuanto lo que se corrigió con el otrosí fue el futuro de la remuneración (remuneración a partir de mayo de 2013) pero nada se dijo de lo que ya se había causado, por ello se observa con claridad que los fundamentos facticos que dieron origen al otrosí difieren de los fundamentos facticos del caso objeto de análisis (sobre remuneración) en el periodo ya indicado, los cuales no podían ser analizados en el momento de la suscripción del otrosí por las partes, por no contar con los elementos y estudios requeridos para cuantificar los valores recibidos de más por cada operador.*
42. *Por último es preciso indicar que mediante comunicación 2017EE7260 se citó el día 11 de mayo de 2017 y se puso en conocimiento al concesionario los elementos del diagnóstico, los antecedentes, la metodología y el cálculo de la sobre-remuneración, reunión en la cual el CONCESIONARIO manifestó que no estaba dispuesto a reconocer el monto sobre remunerado sin que se presentaran las pruebas del caso, para lo cual se le entregó la metodología y los cálculos, como ya se indicó anteriormente, sin haber obtenido repuesta o propuesta alguna a la fecha.*

6. Excepciones formuladas por la Parte Convocante contra la Demanda de Reconvencción Reformada:

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA
 2. INEXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA
 3. IMPROCEDENCIA DE LA ACTIO IN REM VERSO
 4. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO
 5. TRANSMILENIO ALEGA EN SU FAVOR SU PROPIA CULPA
 6. IMPOSIBILIDAD DE QUE SE COMPENSEN OBLIGACIONES
 7. EL DAÑO RESARCIBLE ES INCIERTO
-

C. PRESUPUESTOS PROCESALES Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales para que el Tribunal pueda realizar el estudio de fondo de la controversia se encuentran plenamente reunidos, toda vez que las partes, **LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL S.A.S.** y **LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**, son plenamente capaces (i), sus apoderados cuentan con poder suficiente para comparecer al proceso (ii), la competencia del Tribunal está claramente determinada por el pacto arbitral y el auto de 22 de agosto de 2018 (iii) y las demandas, tanto inicial como de reconvenición, cumplen con las exigencias legales (iv).

Así y todo, antes de entrar a analizar las pretensiones elevadas por las partes, y sus correspondientes defensas y excepciones, el Tribunal, de forma preliminar, hará unas presiones respecto de su competencia (1) y de la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, formulada por CIUDAD MÓVIL (2).

1. Competencia del Tribunal

1.1 La competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la cláusula de Reversión del Contrato:

En la oportunidad procesal pertinente, la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia para resolver las controversias surgidas entre las partes en relación con el “Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Público de Transporte Terrestre Masivo Urbano de Pasajeros en el Sistema Transmilenio”, tal como consta en el Acta No 22 de este proceso.

Lo anterior, en cumplimiento del pacto arbitral contenido en la Cláusula 131 del Contrato de Concesión y porque el Tribunal, en consideración a las pretensiones de la demanda arbitral y a los términos de la contestación de la demanda y a las excepciones propuestas por la entidad convocada, encontró que, “...sin dubitaciones la existencia de un conflicto entre las partes respecto de la que debe ser la interpretación, el entendimiento o alcance obligacional de las estipulaciones contractuales en torno a la reversión de bienes vinculados al Contrato de Concesión que ellas celebraron...” Y afirmó que “Este conflicto entre las partes versa sobre asuntos de libre disposición, que no se encuentren

puntualmente excluidos de la justicia arbitral por disposición constitucional y legal (arts. 1 y 40 num.9. L.1563/2012) ...”

Por tratarse de una excepción propuesta por la parte Convocada, que de prosperar implicaría que el Tribunal Arbitral no podría pronunciarse sobre alguna o la totalidad de las pretensiones de las partes, debe el Tribunal pronunciarse al respecto.

-Posición de la parte Convocada

TRANSMILENIO, como parte convocada, en su Contestación de la demanda, afirmó que el Tribunal no tiene competencia para resolver la demanda propuesta por la SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S CIUDAD MÓVIL S.A.S. y expuso los siguientes argumentos:

-Por cuanto la reversión es una cláusula excepcional respecto de la cual no se puede pronunciar la justicia arbitral.

-Porque aún no hay controversia sobre la reversión, toda vez que no se ha iniciado la etapa de la reversión prevista en el contrato mismo y TRANSMILENIO no ha establecido qué vehículos deben salir de circulación, ni ha precisado cuáles son los bienes que deben revertirse.

-Porque hay carencia de objeto litigioso o controversia actual y por lo mismo no existen fundamentos fácticos y jurídicos en relación con el tema de la reversión.

-Porque se pretende que el Tribunal se pronuncie sobre la legalidad de la reversión, así como sobre la legalidad de la existencia y necesaria aplicación de dicha cláusula, la cual opera por mandato legal.

-Porque dicha cláusula permite que los bienes revertibles y, de manera especial, aquellos que fueron amortizados durante la ejecución del Contrato pasen a ser de propiedad de la entidad contratante.

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

-Porque la remuneración de los concesionarios en estos contratos se realiza a través de una tarifa de kilómetro-operación Troncal y con una tarifa de pasajero-operación de Alimentación, las cuales incluyen la remuneración de la inversión en vehículos, remuneración de los costos de operación, mantenimiento, rentabilidad y demás costos del concesionario.

TRANSMILENIO se opone a la segunda pretensión de la demanda inicial para que se le prohíba ordenar la reversión de los vehículos, por tratarse de una concesión atípica y de servicios públicos en la cual hay bienes afectos al servicio, reconocida por la ley y la jurisprudencia como de la esencia del contrato de reversión y como una prerrogativa indiscutible de la administración y, por ello, el contrato mismo, dispone en su Cláusula 16 que al finalizar el término de la concesión, el Concesionario revertirá a TRANSMILENIO los bienes entregados en concesión y los demás bienes que se determinen como revertibles, sin lugar a indemnización o compensación por ese concepto.

También, al contestar la demanda, entre las excepciones que propuso, TRANSMILENIO está la de Falta de Competencia del Tribunal Arbitral, por considerar que el fondo del litigio reside en determinar si existe o no la obligación del Concesionario de revertir los bienes muebles a TRANSMILENIO.

TRANSMILENIO se refiere al artículo 19 de la Ley 80 de 1993 el cual dispone que en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna. Y es por ello que en su artículo 114, la misma ley 80 de 1993, al consagrar los medios con que cuenta la Administración para garantizar el cumplimiento del objeto contractual, determinó la inclusión obligatoria de la cláusula de reversión en dichos contratos de concesión de bienes estatales y la convirtió en una cláusula imperativa.

Por lo anterior, precisa que la misma ley determinó la naturaleza de la cláusula de reversión como un elemento de la esencia del contrato estatal de concesión, el cual está consagrado en su artículo 34 de dicha ley.

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

Y en este sentido cita la Sentencia C-250 de 1996, en la cual la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad de la cláusula de reversión, precisó que es una cláusula de la esencia del contrato de concesión.

Igualmente, se refiere a la sentencia del Consejo de Estado del 23 de noviembre de 2005, según la cual la cláusula de reversión tiene carácter de norma de orden público y por lo tanto la Administración tiene vedada la capacidad de disposición o de renuncia sobre la misma.

Considera TRANSMILENIO que, en este caso concreto, en el cual se pretende determinar si dentro de un contrato mixto de concesión de prestación de servicio y de concesión de bienes estatales es posible o no aplicar la cláusula de reversión, la justicia arbitral carece de competencia para dirimir dicha controversia por cuanto se trata de un tema respecto del cual la administración no puede disponer, puesto que las cláusulas de reversión están reglamentadas por normas de orden público y únicamente los jueces de la República tienen facultad de decidir sobre el ejercicio de estas cláusulas excepcionales.

También menciona la sentencia C-1436 de 2000 según la cual dichas cláusulas excepcionales solo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares habilitados temporalmente para administrar justicia, ello por cuanto aunque pueden existir efectos patrimoniales, siempre son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y por lo tanto el análisis de dichas atribuciones sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares.

Agrega que, en el caso concreto, el Concesionario presentó la demanda arbitral sin que TRANSMILENIO se hubiere pronunciado sobre el tema. Y concluye que en cuanto TRANSMILENIO no le ha solicitado acción alguna concerniente con la reversión de bienes, el Concesionario no tiene sustento alguno para argumentar que, a partir de la aplicación de una cláusula excepcional, se están generando consecuencias económicas para él perjudiciales y, por consiguiente, esta controversia no puede ser decidida por un tribunal arbitral, sino que es de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

-Pronunciamiento del Concesionario sobre las excepciones propuestas por TRANSMILENIO respecto de la demanda arbitral.

La parte Convocante precisa que el Contrato de Concesión celebrado no es un contrato atípico y, respecto de la competencia del Tribunal para decidir la controversia planteada en este proceso, precisa que:

-El contrato celebrado entre TRANSMILENIO y CIUDAD MÓVIL es simplemente un contrato de concesión para la explotación de un servicio público de transporte masivo de pasajeros. Y lo anterior no se modifica, aunque en su texto se precise como su objeto otorgar la concesión para la explotación económica del servicio público de transporte de pasajeros y las áreas de soporte técnico que forman parte de los patios de operación, por cuanto en relación con dichas áreas solamente recibió la tenencia de unos bienes públicos para usarlos con el único propósito de prestar el servicio público de transporte de pasajeros.

-El objeto de la controversia es precisamente establecer si en el Contrato está pactada la cláusula de reversión respecto de los vehículos para la prestación del servicio y de los muebles de oficina de propiedad del Concesionario que se han utilizado para la prestación del servicio público de transporte masivo a su cargo.

-Se refiere a la sentencia C-250 de 1993 de la Corte Constitucional y afirma que la parte Convocada desconoce que en dicha sentencia se afirma que la reversión es creada por la ley y está incluida en los contratos de concesión y explotación de los bienes estatales y, a renglón seguido, transcribe apartes del laudo arbitral de Ciudad Limpia S.A. E.S.P. contra la UAESP del 4 de septiembre de 2015, en el cual se sostiene que no existe ninguna referencia a que la reversión sea de la esencia de todo contrato de concesión independientemente de su naturaleza por cuanto ese no era tema de estudio de la revisión de constitucionalidad del artículo 19 de la ley 80 de 1993, que se juzgaba por la Corte Constitucional, y en el cual solamente se mencionan los contratos de explotación y concesión de bienes estatales.

-Trae otras citas jurisprudenciales para concluir que no es cierto que en todo contrato de concesión procede la reversión.

-Pronunciamiento del Tribunal de Arbitramento al asumir competencia en la primera audiencia de trámite.

Para resolver sobre su competencia en dicha oportunidad procesal, el Tribunal se refirió al pacto arbitral, contenido en la Cláusula 131 del Contrato; también hizo referencia a las pretensiones de la demanda principal, de la demanda de reconvenición reformada y de las excepciones de mérito de la contestación de la demanda principal y de la demanda de reconvenición reformada, e hizo énfasis en que la primera pretensión de la demanda consiste en que se declare que *“no procede la reversión sobre vehículos de propiedad de Ciudad Móvil ni sobre los bienes, muebles y enseres destinados por Ciudad Móvil para la ejecución del Contrato (en adelante, conjuntamente, “los Bienes”)*”.

Mencionó el Tribunal la Cláusula 105 del Contrato de Concesión, según la cual:

“Se considerará iniciada la etapa de reversión en el momento en el cual el kilometraje promedio de uso de la flota alcance 850.000 kilómetros, durante la misma se cumplirán las obligaciones atribuidas al CONCESIONARIO establecidas en el presente contrato, surgiendo de manera inmediata la obligación de hacer entrega de los bienes que conforman el área de soporte técnico en calidad de reversión, y del área de garajes en calidad de devolución, todo lo cual debe surtirse en un término máximo de 30 días, so pena de incurrir en el incumplimiento del contrato”

También se refirió a la Cláusula 114 del Contrato la cual dispuso que:

“Al finalizar el término de la concesión, el CONCESIONARIO revertirá a TRANSMILENIO S.A. los bienes entregados en concesión y los demás bienes que se determinen como revertibles, sin lugar o derecho a indemnización o compensación por este concepto”.

Por su parte, en la Contestación de la Demanda Inicial, la parte Convocada planteó las siguientes excepciones: Contrato de Concesión atípico, falta de competencia del Tribunal, existencia de la obligación de reversión de vehículos,

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

inexistencia de controversia, inepta demanda, buena fe y excepción genérica. Y respecto de dichas excepciones afirmó el Tribunal, que por expresa disposición legal (artículo 21 ley 1563 de 2012), y por criterios jurisprudenciales dichas excepciones en un proceso arbitral no pueden tener tratamiento diferente al de ser excepciones de fondo, motivo por el cual el Tribunal habrá de pronunciarse sobre las mismas al momento de resolver el fondo del litigio.

Y al respecto precisó el Tribunal que:

“El contenido de la señalada pretensión y el de las excepciones plantea sin dubitaciones la existencia de un conflicto¹ entre las partes respecto de la que debe ser la interpretación, el entendimiento o alcance obligacional, de las estipulaciones contractuales en torno a la reversión de bienes vinculados al Contrato de Concesión que ellas celebraron. Este conflicto entre las partes versa sobre *asuntos de libre disposición*, que no se encuentren puntualmente excluidos de la justicia arbitral por disposición constitucional ni legal (arts. 1 y 40 num. 9 L. 1563/2012), por lo cual el Tribunal se declarará competente frente a esta pretensión.

Respecto de la segunda pretensión (Que, como consecuencia de la anterior declaración, se le prohíba a Transmilenio efectuar la reversión de los Vehículos y de los Bienes de Ciudad Móvil), en la cual se solicita se establezca una prohibición, el Tribunal considera que, dada la naturaleza declarativa del Proceso arbitral, resulta del todo ajeno a su competencia

¹ “Más exactamente, la *litis* concierne a un litigio, cuestión o materia litigiosa, o sea, a una *res dubia*, dudosa, discutible e incierta caracterizada por las posiciones divergentes e incompatibles de las partes y la carencia de certeza en la razón, fundamento o sustento, esto es, por su incertidumbre y la contraposición de los sujetos en torno a una relación, situación, derecho, bien o interés susceptible de tutela por el ordenamiento jurídico. Para su configuración es menester simultaneidad de posiciones contrarias, excluyentes u opuestas (*res litigiosa*), falta de certidumbre o verdad del interés disputado (*res dubia vel incerta*), y la reclamación recíproca de la protección dispensada por la ley. La *litis* podrá versar sobre intereses disímiles del *sujeto* en la vida de relación y el tráfico jurídico y el tráfico jurídico con incidencia legal, proyectarse en el patrimonio económico de los sujetos u otra clase de derechos [...]”. Namén Vargas, William. “La función arbitral ‘héterocompositiva’”. In Herrera Mercado, Hernando y Mantilla Espinosa, Fabricio (Dir.). *El árbitro y la función arbitral. Régimen obligacional*. Colección arbitraje 360° Tomo I, vol. 1. Ed. Ibáñez/Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2017, p. 100.

en asuntos contractuales, el establecer prohibiciones extrañas al ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia.

Por su parte, las pretensiones principales de la Demanda de Reconvención reformada buscan que el Tribunal declare la ocurrencia de un enriquecimiento sin causa por parte del concesionario demandado en reconvención para que con base a dicha declaración se le condene a la prestación de obligaciones dinerarias.

Así las cosas, las pretensiones principales de la demanda de reconvención se encuentran por fuera del campo de competencia del Tribunal, habida cuenta de que el pacto arbitral se limita a “...cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato...”, mientras que aquellas se proponen con motivo de un “enriquecimiento sin causa”, figura jurídica a la que corresponde la llamada “*actio in rem verso*”, figuras que no son de naturaleza contractual, tal y como bien lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado, así:

“La autonomía de la actio de in rem verso se centra en que el enriquecimiento se produce sin una causa que lo justifique y que como quiera que no hay causa justificante se carece de la correspondiente acción que daría la justa causa si esta existiere. Emerge por consiguiente que la actio de in rem verso, más que una propia y verdadera acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento incausado, enriquecimiento éste que a no dudarlo constituye un daño para el empobrecido y que por lo tanto es equitativo que aunque no exista causa al amparo de la cual pueda exigirse la restitución esta se conceda en aplicación de la regla que prohíbe enriquecerse a expensas de otro. (...) lo que en otras palabras significa que su autonomía es más de carácter sustancial que procedimental. Así el asunto resulta claro que mediante la llamada acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo puede pretenderse el reconocimiento del enriquecimiento sin causa y la consiguiente restitución en todos aquellos casos en que resultaría procedente,

puesto que esta acción está prevista precisamente para poder demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración”².

...La autonomía de la actio de in rem verso se centra en que el enriquecimiento se produce sin una causa que lo justifique y que como quiera que no hay causa justificante se carece de la correspondiente acción que daría la justa causa si esta existiere. Emerge por consiguiente que la actio de in rem verso, más que una propia y verdadera acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento incausado, enriquecimiento éste que a no dudarlo constituye un daño para el empobrecido y que por lo tanto es equitativo que aunque no exista causa al amparo de la cual pueda exigirse la restitución esta se conceda en aplicación de la regla que prohíbe enriquecerse a expensas de otro. (...) lo que en otras palabras significa que su autonomía es más de carácter sustancial que procedimental. Así el asunto resulta claro que mediante la llamada acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo puede pretenderse el reconocimiento del enriquecimiento sin causa y la consiguiente restitución en todos aquellos casos en que resultaría procedente, puesto que esta acción está prevista precisamente para poder demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración. (...) Pero, se reitera, lo único que podrá pedir mediante esa acción es el monto del enriquecimiento y nada más y esta circunstancia en manera alguna desfigura o enerva la acción de reparación directa puesto que lo sustantivo prevalece sobre lo adjetivo o procedimental...” . Más adelante, a propósito procedimiento aplicable, en el mismo fallo se afirma: “...Si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la actio de in rem verso se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la

² C.E. Sala Plena. Secc. Terc. 19/11/2012. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897).

pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa (...) Todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad en los casos de enriquecimiento sin causa se rigen por los de la reparación directa porque esa pretensión se hace valer mediante esta acción. Así las cosas, cuando se formulen demandas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en ejercicio de la actio de in rem verso, el proceso tendrá doble instancia de acuerdo con lo establecido en los artículos 132 y 134B del C.C.A., el procedimiento aplicable será el ordinario de conformidad con el 206 ibidem y la competencia en razón del territorio se regirá por la regla de la letra f del artículo 134D de ese ordenamiento. Por consiguiente, de la actio de in rem verso, cuya cuantía no exceda de 500 salarios mínimos legales mensuales, conocerán en primera instancia los jueces administrativos y en la segunda instancia los Tribunales Administrativos. Ahora, de aquella cuya cuantía exceda los 500 SLMLM conocerán en primera instancia los Tribunales Administrativos y en segunda instancia la Sección Tercera del Consejo de Estado, con la salvedad que las decisiones serán adoptadas por las respectivas subsecciones...”³

Las pretensiones subsidiarias de la Demanda de Reconvención, por su parte, se limitan a solicitarle al Tribunal que “*TRANSMILENIO como ente gestor del sistema Transmilenio y en virtud del Contrato de Concesión suscrito entre las partes, se encuentra facultado para corregir en cualquier momento la sobre remuneración recibida por el operador SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S. CIUDAD MÓVIL S.A.S. con ocasión de la entrada en operación del SITP...*” y, como consecuencia de esta declaración, se piden ciertas condenas. Así las cosas, declarar la existencia o no de esta facultad contractual de la Convocada con las consecuencias que de ello se desprenderían, entra claramente en el campo de aplicación del pacto arbitral”.

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA PLENA SECCION TERCERA Bogotá D.C, diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897)

Y con fundamento en las anteriores consideraciones, que ahora se reiteran, el Tribunal asumió competencia para resolver las controversias surgidas entre SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S. - CIUDAD MÓVIL S.A.S. y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A., respecto de las pretensiones primera y tercera formuladas en la Demanda Inicial, decidió no asumir competencia respecto de la pretensión segunda principal de la Demanda Inicial, asumir competencia para resolver las controversias respecto de las pretensiones subsidiarias de la Demanda de Reconvención, y no asumir competencia respecto de las pretensiones principales de la Demanda de Reconvención, por las razones expuestas en las consideraciones del auto a que se viene haciendo referencia.

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, observa el Tribunal que solamente dos de los argumentos expuestos por la parte Convocada, podrían eventualmente determinar la incompetencia del Tribunal para pronunciarse sobre las pretensiones de la Demanda Inicial, razón por la cual serán abordadas en este acápite, y son la inclusión en el contrato de la cláusula de reversión y la inexistencia de objeto litigioso.

-La cláusula de Reversión:

El artículo 19 de la ley 80 dispone:

Artículo 19- De la Reversión. *En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.*

A su turno, el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone:

“Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. *Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

“2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes

nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

“Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

Una conclusión importante se deduce de las normas anteriormente transcritas, la ley consideró la reversión como una de las cláusulas excepcionales al derecho común para los contratos de *explotación y concesión de bienes del Estado*, por lo cual se pactará obligatoriamente en los contratos de concesión de bienes del Estado, lo que no excluye la posibilidad de que las partes la pacten voluntariamente en las demás modalidades de contratos.

A este respecto la Corte Constitucional en la Sentencia C-250/96 manifestó:

En el caso de los contratos de explotación y concesión minera, la obligación de reversión en favor del Estado no surge solamente de un acuerdo de voluntades entre el Gobierno Nacional y el contratista, sino que surge de la ley que rige el contrato, la cual dispone la reversión -a título gratuito- del campo concesionado con todas sus anexidades, como obligación a cargo del contratista, -una vez extinguida la concesión-. Esta obligación tiene por objeto permitir que la explotación del yacimiento pueda continuarse cuando el contrato de concesión se extinga, y se fundamenta en razones de utilidad pública, lo que está representado en el hecho de que el beneficiario ya ha obtenido tal cúmulo de utilidades que esos bienes ya se han pagado y que la sociedad tiene derecho a seguir beneficiándose del producto de los minerales. El valor económico y pecuniario de los equipos y bienes que en razón de la cláusula de reversión se traspasan a la Administración, se encuentra plenamente compensado desde el momento de la firma del contrato, situación que no sucede con la expropiación, por cuanto en ésta, al decretarse por razones de equidad, el legislador previo el lleno de los requisitos constitucionales, adopta la decisión de expropiar el bien del cual es titular un particular, sin reconocer en beneficio de éste, indemnización ni compensación alguna.

De conformidad con el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de concesión revisten tres modalidades, a saber:

1. Los que se celebran para la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público.
2. Los que se celebran para la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinado al servicio o uso público.
3. Los que se celebran para la concesión de un bien público para su explotación o conservación total o parcial.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos frente a la primera categoría de contratos de concesión, de un servicio público.

Observa el Tribunal que, en el presente caso, las partes de mutuo acuerdo decidieron pactar la cláusula de reversión, puesto que la ley no la considera obligatoria para esta modalidad de concesión, así mismo pactaron acudir a la justicia arbitral para resolver los conflictos derivados del Contrato, lo cual permite afirmar que las controversias relacionadas con la reversión tal como lo establece el Contrato si pueden ser objeto de pronunciamiento por la justicia arbitral.

Respecto de la competencia de la justicia arbitral para pronunciarse sobre la reversión la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 22 de febrero de 2017 (Radicación: 110010322600020160015200 (58068), al pronunciarse sobre un recurso de anulación contra un laudo arbitral que se había pronunciado sobre una reversión, expresó:

“Se advierte que carece de apoyo la tesis de que la reversión de los inmuebles afectos a la concesión estuviera por fuera del debate arbitral, teniendo en cuenta que la figura de la reversión fue expresamente invocada en el acuerdo de terminación y liquidación de los contratos y que las partes acudieron a la justicia arbitral con el objeto de dirimir sus diferencias de cara a la liquidación de los referidos contratos, como

consecuencia del acuerdo de terminación y liquidación que no habían podido finiquitar.”

1.2 La inexistencia objeto litigioso o controversia actual:

En cuanto a los argumentos sobre la ausencia de objeto litigioso o controversia actual y de fundamentos fácticos y jurídicos, de que aún no hay controversia, de que se pretende una decisión en relación con la legalidad de la reversión, así como sobre la necesaria aplicación de dicha cláusula la cual opera por mandato legal, el Tribunal considera que, de un lado, sí existe objeto litigioso, puesto que las partes están discutiendo el alcance y la forma en la cual se dará cumplimiento por parte del Concesionario a lo dispuesto en las cláusulas 105 y 114 del Contrato de Concesión, entre otras.

De otro lado, es importante aclarar que la Convocante no está cuestionando la legalidad de las cláusulas del contrato referentes a la reversión, sino el procedimiento para darles cumplimiento en los términos del Contrato, y la definición sobre cuáles son los bienes que serán objeto de reversión a TRANSMILENIO.

-La conclusión del Tribunal:

Por lo anteriormente expuesto, la excepción de falta de competencia propuesta por la parte convocada no puede prosperar y por el contrario, el Tribunal, de conformidad con la voluntad de las partes al acordar que es un Tribunal de Arbitramento el que debe resolver las divergencias entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación del contrato celebrado entre ellas, procederá a pronunciarse respecto de las controversias planteadas por la parte Convocante en cuanto a la reversión de bienes y respecto de las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvencción, tal como se precisó al asumir competencia, aspectos regulados en algunas cláusulas del Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Público de Transporte Terrestre Masivo Urbano de Pasajeros en el Sistema Transmilenio, como las partes mismas lo denominaron.

1.3 La falta de legitimación en la causa por activa alegada por CIUDAD MÓVIL

CIUDAD MÓVIL S.A.S. y TRANSMILENIO S.A., el 11 de abril de 2000 celebraron el CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO (el Contrato). Así las cosas, en principio, sólo aquellos sujetos cumplen con las condiciones para ser considerados *partes contractuales*: (i) prestaron su voluntad en la celebración del contrato y (ii) como consecuencia de ello, derivaron derechos y obligaciones de naturaleza contractual⁴.

“Tercero” es todo aquél que no tiene la calidad de parte en un contrato. Pero, los términos “partes” y “terceros”, en el lenguaje de los contratos, sólo resultan inteligibles a la luz de la regla conocida como el “efecto relativo de los contratos”, en virtud de la cual los contratantes carecen de poder –no tienen competencia- para crear relaciones jurídicas en cabeza de terceros, quienes serían inmunes, en el sentido de que los acuerdos de los contratantes no podrían vincularlos jurídicamente.

Las obligaciones -en este caso, de naturaleza contractual- son conceptos relacionales: “En realidad, toda obligación no es sólo ‘de alguien’, sino también ‘hacia alguien’ y ‘a algo’. En otras palabras, en el lenguaje jurídico no hay obligación sin deudor, acreedor y objeto”⁵. El primer sujeto se denomina “deudor” y el segundo “acreedor”; si examinamos la relación desde la perspectiva del primero, la llamamos “obligación” y desde la óptica del segundo, “derecho”.

Ahora bien, en virtud del Contrato, nacieron múltiples obligaciones recíprocas para las partes (art. 1496 C.C.), quienes asumieron, respectivamente, la posición ora de acreedor ora de deudor.

⁴ Véase al respecto: Aubert, Jean-Luc. A propos d’une distinction renouvelée des parties et des tiers. *RTD civ.*, 1993, pp. 263-278.

⁵ Guibourg, Ricardo. *El fenómeno normativo*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 91.

La cláusula 11, Obligaciones de Transmilenio (11.1), establece: “*La obligación de 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*”.

CIUDAD MÓVIL, por su parte, tiene “*El derecho a recibir y disponer libremente de los ingresos y participaciones que obtenga como resultado de la operación troncal en los términos y condiciones previstos en el presente contrato de concesión*” (La cláusula 6, Derechos del concesionario derivados de la concesión de la operación troncal del sistema, 6.5):

“*Como remuneración por las obligaciones que impone la presente concesión al CONCESIONARIO, se le otorgará al mismo el derecho a una participación en los ingresos generados por la explotación comercial del Sistema TransMilenio, lo cual se instrumentará mediante el pago periódico de un valor que para los efectos del presente contrato se denominará ‘participación’...*” (Cláusula 76).

El objeto de esta relación obligacional es un bien fungible, una suma de dinero cuyo monto se determina de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 77 del Contrato: la *Participación* del Concesionario.

El régimen general de las obligaciones establece que el deudor puede cumplir, pagar⁶, directamente, o, incluso, puede un tercero cumplir por él: “*Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor*” (art. 1630 inc. 1 C.C.).

En este caso, el objeto de la obligación es de género, dinero (arts. 1565-1567 C.C.), y, además, las partes mismas determinaron, expresamente en el Contrato, que un tercero se encargaría de cumplir con dicha obligación: una sociedad fiduciaria que, a través de un contrato de fiducia mercantil, “*... actuará fundamentalmente como pagador, y tendrá funciones de administración e inversión...*” (Título 6. Rentas del sistema y sistemas de pagos, 6.6).

⁶ Art. 1626 C.C. *El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.*

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

No sobra recordar que el Contrato de Concesión entre TRANSMILENIO y CIUDAD MÓVIL no crea obligaciones en cabeza de la sociedad fiduciaria -tercero- y que ésta sólo se obliga para con el Concesionario a pagar las deudas de TRANSMILENIO en virtud de lo dispuesto en el respectivo contrato de fiducia -único en el cual la fiduciaria tiene la calidad de “parte”-⁷.

También es importante traer a colación que el hecho de que sea un tercero -la sociedad fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo- quien realice el pago al Concesionario no hace que TRANSMILENIO pierda su calidad de deudor contractual, y es por esta razón, precisamente, que el Contrato, en múltiples ocasiones, reitera la posibilidad que tiene TRANSMILENIO de compensar su deuda con eventuales deudas de CIUDAD MÓVIL, con ocasión de la aplicación de sanciones contractuales (Cláusula 77 *in fine*, Cláusula 88.4, Cláusula 109).

Finalmente, es preciso aclarar que, en este proceso, sólo tienen la calidad de “partes procesales” TRANSMILENIO y CIUDAD MÓVIL, sujetos activos y pasivos de las pretensiones de las demandas inicial y de reconvención⁸. La sociedad fiduciaria no es ni demandante ni demandada, ni tampoco ha intervenido posteriormente como interviniente excluyente (art. 63 C.G.P.), ni litisconsorte necesario (art. 61 C.G.P.), ni cuasinecesario (art. 62 C.G.P.), ni facultativo (art. 60 C.G.P.). Por tales razones, el laudo no puede tener para ella ningún efecto, ni constituir cosa juzgada (arts. 302-303 C.G.P.).

La fiduciaria es, entonces, un tercero respecto del contrato de concesión y un tercero respecto del proceso, tercero que no intervino ni como coadyuvante (art. 71 C.G.P.), ni como llamado de oficio (art. 72 C.G.P.).

Así las cosas, el laudo sólo generará efectos de cosa juzgada para quienes celebraron el Contrato de Concesión, suscribieron el pacto arbitral e intervinieron en el proceso como partes, a saber: TRANSMILENIO y CIUDAD

⁷ Que fue aportado con la Contestación de la Reforma de la Demanda de Reconvención.

⁸ En principio, el vocablo “parte” designa al sujeto, tanto activo como pasivo, de la pretensión, demandante –o demandantes- y demandado –o demandados-. Así, “parte procesal” hace referencia a una situación eminentemente procesal, independiente de las relaciones de índole sustancial. Véase: Azula Camacho, Jaime. *Manual de derecho procesal. Tomo I. Teoría general del proceso*. Ed. Temis, Bogotá, 2016, pp. 242-245, 320-325., y Rojas Gómez, Miguel Enrique. *Lecciones de derecho procesal. Tomo II. Procedimiento civil*. Ed. Esaju, Bogotá, 2013, pp. 61-62.

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

MÓVIL. La relación jurídico-sustantiva se fundamenta en concretas relaciones jurídicas unitarias e indivisibles contenidas en el contrato a propósito del cual se ejerce la acción, en este caso los sujetos suscriptores del contrato de concesión, el cual fue únicamente suscrito entre la concesionaria convocante y la convocada y demandante en reconvención, únicos sujetos que determinaron la existencia de la cláusula compromisoria con base a la cual hoy se tienen por legitimados para actuar en el proceso.

Si bien es cierto que, para cumplir algunas de las obligaciones nacidas del Contrato de Concesión, se ha celebrado un contrato de fiducia, éste es meramente instrumental para el cumplimiento de algunas finalidades relacionadas con el negocio u operación patrimonial que subyace al Contrato de Concesión, y, por consiguiente, de esta mera situación no se desprende que la sociedad fiduciaria adquiera la calidad de *parte en el Contrato de Concesión*, ni tampoco de *parte en el proceso arbitral*.

Ahora, el Tribunal, mediante auto de 22 de agosto de 2018, precisó que su competencia se limitaba las divergencias de naturaleza contractual objeto de las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvención. Estas desavenencias están, entonces, relacionadas con las facultades que reclama TRANSMILENIO para “*corregir el pago de la remuneración*” a CIUDAD MÓVIL y “*efectuar compensaciones*”; pretensiones que presuponen la calidad de deudor de TRANSMILENIO respecto de la mencionada *participación* que corresponde contractualmente al Concesionario.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado que “... la legitimación en la causa activa o pasiva, entendidos estos conceptos por la Corte, siguiendo a Chiovenda como ‘*la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)*’. (Instituciones de Derecho Procesal Civil, 1, 185) (G.J. CCXXXVII, v1, n.º 2476, pág. 486. En igual sentido, G.J. LXXXI, n.º 2157-2158, pág. 48, entre otras)”⁹.

Como bien lo precisa el profesor Azula Camacho:

⁹ C.S.J. Cas. Civ. 10/03/2015. M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz. Rad: 11001-31-03-030-1993-05281-01.

“Nuestra jurisprudencia, que se apoya en la tesis de Chioventa, considera que la legitimación en la causa hace referencia a la titularidad del derecho en las dos partes y que su ausencia determina una decisión de fondo y no inhibitoria.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia define la legitimación en la causa como ‘un fenómeno sustancial que consiste en la identidad del demandante con la persona a quien la ley concede el derecho que reclama y en la identidad del demandado con la persona frente a la cual se le puede exigir la obligación correlativa (sent. 4 diciembre 1981, G.J., t. CLCVI, núm. 2407, pág. 640)”¹⁰.

Así las cosas, como en virtud del contrato, es TRANSMILENIO el deudor, frente CIUDAD MÓVIL, de la obligación de pagar la *participación* y, según la demandante en reconvención, las facultades de “*corregir el pago de la remuneración*” y de “*efectuar compensaciones*” conciernen estos pagos realizados en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, encuentra el Tribunal que TRANSMILENIO tiene legitimación en la causa respecto de las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvención, con total independencia del hecho de que los pagos se realicen a través de un tercero, sociedad fiduciaria, y del origen de los fondos utilizados para los pagos respectivos.

Después de haber hecho las precisiones anteriores respecto de los presupuestos para abordar el fondo de las desavenencias entre las partes, el Tribunal analizará lo concerniente a la cláusula de reversión del Contrato (1), para luego estudiar lo relativo a la supuesta sobre remuneración pagada al Concesionario (2).

D. PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL

1. La cláusula de reversión y el Contrato de Concesión celebrado por TRANSMILENIO y CIUDAD MÓVIL

¹⁰ Azula Camacho, Jaime. *Op. cit.*, p. 320.

Como se ha precisado en apartes anteriores de este Laudo, una de las controversias que se han planteado en el proceso, que debe resolver el Tribunal se refiere a establecer si los vehículos y otros bienes muebles que el Concesionario, de acuerdo con sus obligaciones contractuales, adquirió para prestar el servicio de transporte masivo automotor urbano, no exclusivo, al terminar el contrato en fecha próxima deben ser entregados en reversión a TRANSMILENIO. Lo anterior, por cuanto mientras el Concesionario, como parte convocante, considera que no tiene dicha obligación, TRANSMILENIO, como parte convocada, afirma que sí deben ser revertidos sin lugar a indemnización. Esta discusión gira en torno a la Primera Pretensión de la demanda inicial.

Para abordar la anterior controversia, el Tribunal se referirá a los siguientes tres aspectos sobre el tema: 1) La calificación del contrato de concesión celebrado entre TRANSMILENIO y CIUDAD MÓVIL, 2) La cláusula de reversión incluida por las partes en el citado Contrato y 3) Los términos contractuales con relación a la reversión de bienes utilizados para la atención del servicio público a cargo del Concesionario.

1.1. La calificación del contrato de concesión celebrado entre TRANSMILENIO y CIUDAD MÓVIL

En la Cláusula 2 del Contrato, las partes precisaron su objeto, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA 2. OBJETO DEL CONTRATO. El presente contrato tiene por objeto:

2.1 Otorgar en concesión no exclusiva al CONCESIONARIO, la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente contrato. Dicha concesión otorgará el permiso de operación al CONCESIONARIO para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Santa Fe de Bogotá. D.C. y su área de influencia, sobre las troncales del Sistema TransMilenio, y respecto de los grupos de servicios que se originen en las estaciones que conformen o que llegaren a conformar el Sistema TransMilenio, de

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO - CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

acuerdo con la adjudicación hecha mediante la Licitación Pública No. 001 de 1.999.

2.2 Otorgar en CONCESION la infraestructura constituida por las áreas de soporte técnico que forman parte de los patios de operación asignados al tamaño de flota inicial que el CONCESIONARIO se comprometió a incorporar a la operación troncal del Sistema de TransMilenio según las reglas de la licitación, de acuerdo con las condiciones que se establecen en el presente contrato, a efectos de dotarlos y prestar en sus instalaciones el soporte técnico requerido por su flota vinculada al servicio del Sistema TransMilenio”.

De conformidad con los términos anteriores, es claro que el contrato en cuestión otorga al Concesionario la concesión, no exclusiva, de la explotación económica de un servicio público, el de transporte automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá, D.C. y, de acuerdo con dicho objeto contractual, las partes acordaron, en la Cláusula 6 del Contrato, que, sin exclusividad, el Concesionario tendría derecho, por una parte, a la explotación económica de la actividad de transporte de pasajeros dentro de las rutas troncales del Sistema Transmilenio, a través de la participación del Concesionario en los recursos económicos producidos por la prestación del servicio y, por otra parte, a la utilización de la infraestructura de transporte del Sistema Transmilenio para transitar a través de la misma, dentro de los límites que impusieran las condiciones de operación establecidas por TRANSMILENIO.

Lo pactado en este aspecto por las partes permite afirmar que el Contrato es una de las posibilidades que la ley regula¹¹ y la doctrina y la jurisprudencia¹² han precisado como una de las clases de concesión, además de la concesión para la explotación de bienes del Estado, en este caso un contrato de concesión de la explotación económica del servicio público de transporte masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá, sin que el hecho de que se hubiere pactado, a favor del Concesionario, el derecho a la utilización de la infraestructura del Sistema de Transmilenio pueda convertirlo en un contrato mixto o en un contrato de concesión de bienes públicos, toda vez que la concesión para la prestación del mencionado servicio público, necesariamente, implica el uso de la infraestructura existente, con la que ya cuenta el Sistema Transmilenio para

¹¹ Artículo 32. Numeral 4° Ley 80 de 1993

¹² Corte Constitucional Sentencia C-250 de 1993

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

garantizar dicha prestación, y por ello no es exclusiva para ninguno de los concesionarios, sino que, por el contrario, todos ellos tienen derecho a la utilización de dicha infraestructura. Y en la Cláusula 6 del Contrato, al regular los derechos del Concesionario, se reconoce el derecho a la utilización de la infraestructura con que cuenta el Sistema Transmilenio¹³.

Adicionalmente, debe mencionarse que, tal como ya se precisó, la Cláusula 2, numeral 2.2. en la cual se define el objeto del Contrato se establece, además, que se otorga *“la concesión de la infraestructura constituida por las áreas de soporte técnico que forman parte de los patios de operación, a efectos de dotarlos y prestar en sus instalaciones el soporte técnico requerido por su flota vinculada al servicio del Sistema TransMilenio”*. (Se subraya)

El aparte subrayado indica que la concesión de la infraestructura de las áreas de soporte técnico, como parte del objeto contractual, se otorga al

¹³ “Al respecto debe señalarse que es conocido que el proceso interpretativo, entendido en un sentido *lato*, comprende las labores de interpretación, calificación e integración del contenido contractual. Es la interpretación una labor de hecho enderezada a establecer el *significado efectivo* o de *fijación del contenido* del negocio jurídico teniendo en cuenta los intereses de los contratantes; la calificación es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos; y la integración es aquél momento del proceso que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley imperativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al contrato en materia de deberes secundarios de conducta, atendiendo su carácter de regla de conducta -lealtad, corrección o probidad-.

Específicamente, la *calificación* del contrato alude a aquel procedimiento desarrollado para efectos de determinar la naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a sus elementos estructurales, labor que resulta trascendental para establecer el contenido obligacional que de él se deriva. Allí será necesario, por tanto, distinguir los elementos esenciales del contrato de aquellos que sean de su naturaleza o simplemente accidentales. Para llevar a cabo la labor de calificación, el juez debe determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, establecer la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, determinar si el acto es atípico y proceder a determinar la regulación que a él sea aplicable.

Por tanto, la calificación es una labor de *subsunción* del negocio jurídico en un entorno normativo, fruto de lo cual se podrá definir la disciplina legal que habrá de determinar sus efectos jurídicos.

Es evidente, claro está, que en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (*contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur*), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica”. C.S.J. Cas. Civ. 19/12/2011. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 11001-3103-005-2000-01474-01.

Concesionario, para que éste cumpla adecuadamente con la prestación del servicio público de transporte automotor urbano de pasajeros en Bogotá D.C., de conformidad con sus obligaciones contractuales, y no para su explotación económica.

De acuerdo con lo anterior, en el Contrato, la infraestructura que es objeto de la concesión se refiere a *“las áreas de soporte técnico”* determinadas por las partes en el PREFACIO, DEFINICIONES DEL CONTRATO, en los siguientes términos *“1.5. ...es la zona del patio de operación en la cual se instalarán todos los equipos e infraestructura necesarios para la prestación de los servicios de lavado, abastecimiento de combustibles y mantenimiento técnico de los vehículos que conforman la flota al servicio de la operación troncal del Sistema Transmilenio”*, lo cual significa que dichos bienes se entregan en concesión con la finalidad clara y única de asegurar la prestación del servicio a cargo del Concesionario, mediante un eficiente mantenimiento de los vehículos para cumplir con la adecuada prestación del servicio público por parte del Concesionario, pero, de ninguna manera, puede entenderse que se trata de bienes dados en concesión para su explotación por un particular y, precisamente por ello, no se prevé dicha posibilidad en el Contrato y tampoco se establece pago de remuneración alguna por *“explotación”* o *“conservación”* de dichas áreas.

Lo hasta aquí expuesto, a juicio del Tribunal, es suficiente para afirmar que el Contrato Concesión objeto de controversia es un contrato de los que la ley 80 de 1993 en su artículo 32 numeral 4, al regular las clases de concesión, de manera expresa, afirma que otorga la concesión para la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, y el hecho de que se mencione en alguna de sus cláusulas que hay la obligación de reversión respecto de la infraestructura, en referencia a las áreas de servicio técnico, no implica que se trate de un contrato atípico o mixto, por lo tanto no resulta válida la afirmación de la parte Convocada, al contestar la demanda, de que se trata de un contrato atípico o mixto, sino que es el típico contrato de concesión de un servicio público en los términos ya precisados.

1.2. La cláusula de reversión

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

Según los términos de la demanda que ha dado lugar a este proceso arbitral, la parte Convocante precisa como una de sus pretensiones principales que el Tribunal declare que en el contrato celebrado entre las partes no procede la reversión de los buses y otros bienes que el Concesionario puso al servicio de la concesión que se le otorgó para asumir la prestación del servicio público no exclusivo de transporte masivo automotor en la ciudad de Bogotá D.C.¹⁴.

Y por esta razón procede el Tribunal a analizar lo relacionado con la cláusula de reversión y los contratos de concesión para la prestación de un servicio público, de conformidad con lo establecido en la legislación positiva colombiana, así como los criterios jurisprudenciales sobre el tema, en especial, sobre si puede considerarse como una cláusula obligatoria y que ello implica que, aunque no se pacte por las partes, resulta aplicable en dichos contratos.

Es el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, la norma que regula la figura de la reversión en relación con los contratos del Estado, cuando dispone que: “**En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello esta deba efectuar compensación alguna** (negritas y resaltado por fuera del texto original)”.

Por su parte, la Corte Constitucional¹⁵ describe la reversión como aquella que se: “*constituye una prerrogativa exorbitante de obligatoria inclusión en **los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado**, en cuya virtud los bienes y demás elementos directamente afectados a la concesión o explotación de los bienes estatales pasan a ser de propiedad de la entidad contratante, una vez terminado el plazo contractual -que es el término o periodo que las partes estiman suficiente para recuperar los costos del proyecto,*

¹⁴ La pretensión primera principal de la demanda dice textualmente: 1. Que se declare que en el Contrato de Concesión sin número celebrado entre **Ciudad Móvil** y **Transmilenio** para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio el 11 de abril de 2000 (el ‘Contrato’) no procede la reversión sobre vehículos de propiedad de **Ciudad Móvil** (en adelante ‘los Vehículos’), ni sobre los bienes, muebles y enseres destinados por **Ciudad Móvil** para la ejecución del Contrato (en adelante, conjuntamente, ‘los Bienes’)”

¹⁵ Sentencia C-250 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara y C-555 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

intereses de capital empleado y demás gastos financieros y operativos -, sin compensación alguna.”

La misma Ley 80 de 1993, en su artículo 14 numeral 2°, prescribe que las partes de los contratos estatales pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.

Agrega dicha norma que *“En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá **la cláusula de reversión**”* (Se resalta). Y, termina la norma disponiendo que *“En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente”*.

La finalidad de dichas previsiones normativas, consagradas siguiendo las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales sobre la materia, es asegurar la continuidad en el cumplimiento de la actividad que hubiere sido otorgada en concesión y por lo tanto debe ser objeto de acuerdo entre las partes.

El análisis de las normas comentadas indica que, en el derecho colombiano, es obligatoria la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, de prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado y los contratos de obra y, si no se pactan de manera expresa por las partes, se entienden pactadas. Y por expreso mandato de la norma citada, la misma regulación es aplicable para la cláusula de reversión en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, pero no en los demás contratos estatales.

Por otra parte, en cuanto para los contratos de concesión de servicios públicos, como no es obligatoria la inclusión de la cláusula de reversión, ésta deberá ser expresamente estipulada por las partes.

Así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-250 de 1993, al pronunciarse respecto de la constitucionalidad del citado artículo 19 de la Ley 80 de 1993, cuando afirma que:

“Como se dejó expuesto en el acápite anterior, la naturaleza de estas dos figuras es radicalmente distinta, lo que no permite su asimilación, ya que en síntesis, la reversión es creada por la ley y está incluida en los contratos de concesión y explotación de bienes estatales, de manera que quien acepta participar en la licitación para la adjudicación de estos contratos conoce las condiciones de los mismos, una de las cuales es que la reversión está incluida como cláusula obligatoria en el contrato. Así entonces, al Concesionario no se le impone forzosamente la cláusula, por cuanto al momento de la firma del contrato acepta libre y voluntariamente someterse a las condiciones pactadas en él, una de las cuales es que a la terminación de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser de propiedad de la entidad contratante, como consecuencia de lo dispuesto por la ley que obliga a incluir dicha cláusula como parte esencial en esta clase de contratos.”

Sobre la reversión, la doctrina¹⁶, ha dicho:

“Procede, pues, hablar de cláusula de reversión introducida por acuerdo de las partes. En el marco del entramado contractual esta cláusula tiene ciertamente una operatividad económica vinculada especialmente al problema de la amortización de las inversiones, pero desde una perspectiva teleológica, remontando las específicas previsiones contractuales y su inmediato juego de efectos, la cláusula de reversión sirve a otro fin que trasciende al contrato, **como es el de garantizar la continuidad del servicio ofreciendo los medios necesarios para ello** (...). Ciertamente el juego de la cláusula conlleva que determinados bienes pasen a ser propiedad de la administración, y es este un efecto inmediato al cumplirse el contrato, pero la finalidad de esta operación no

¹⁶ Pardo, Esteve. Cita de la obra, Ruiz Ojeda, Alberto. *La Concesión de Obra Pública*, Primera Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2006, p. 639.

es engrosar el patrimonio de la administración, sino mantener un soporte material para no interrumpir la prestación del servicio.

En cualquier caso, **los bienes revertidos vendrán determinados en el propio contrato o en documentos a los que este se remite.** Por su parte, bienes afectos son los necesarios y efectivamente utilizados para la prestación del servicio en un momento dado (...)” (se resalta y subraya).

El fundamento de la reversión es, sin duda, garantizar la continuidad del servicio cuando los bienes afectados a éste resultan indispensables para mantener esa permanencia. También, los bienes sujetos a reversión, serán aquellos que aparezcan descritos en el contrato estatal y sus correspondientes anexos¹⁷ y cuyo valor deberá ser amortizado por el Concesionario, y así se debe establecer por las partes en el contrato.

Por otra parte, se menciona en la propia Exposición de Motivos de la Ley 80 de 1993, que *“Se justifica la gratuidad de la reversión en el hecho de que el contratista **calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia,** de forma tal que a su vencimiento los bienes se encuentren totalmente amortizados. Por ello, se establece que la administración estará obligada a la indemnización, cuando al finalizar el contrato la amortización no ha sido alcanzada por hechos no imputables al contratista”.*

Igualmente, en la citada exposición de motivos, argumentó el Gobierno que:

“También se incluye como cláusula excepcional la conocida como reversión (art. 19). Por virtud de ella, **a la terminación de los contratos de explotación de bienes estatales,** todos los bienes y elementos colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieren al Estado, sin compensación alguna, salvo que la inversión no se haya amortizado.

(...)

En tratándose de la reversión sin compensación la aplicación de la cláusula debe estar antecedida por una interpretación que armonice

¹⁷ En materia de APP, así lo dispone, expresamente, la Ley 1508 de 2012.

tanto el interés público como el derecho de dominio del particular. **Por tanto, se considera que la reversión “comprenderá, exclusivamente los bienes necesarios’ para la prestación del servicio público, en tanto esa ejecución lo exija, y, en caso de duda sobre ese extremo concreto, sobre esa determinada situación de hecho, la interpretación deberá ser siempre en favor del concesionario, es decir, en favor de su derecho de propiedad, que no habrá de perder, sin ser adecuadamente indemnizado** (negrillas y resaltado por fuera del texto original)”

De todo lo anteriormente expuesto, respecto de la reversión y su regulación en el derecho positivo colombiano, puede concluirse que: i) la reversión opera en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales, es decir, está asociada obligatoriamente a un objeto contractual especial relacionado con la explotación o concesión de bienes estatales¹⁸ y no frente a las otras modalidades de concesión reguladas en los términos ya precisados en la ley de los contratos estatales; ii) que, para contratos de explotación o concesión de bienes estatales, la reversión debe ser pactada expresamente por las partes y iii) en caso de dudas respecto de los bienes que deben revertirse al Estado, cualquier duda en torno a la interpretación de las previsiones contractuales, deberá inclinarse por aquella dirigida a proteger el derecho de propiedad del contratista.

Precisados así los aspectos generales de la cláusula de reversión en el derecho positivo colombiano, procede el análisis de los términos acordados por las partes en las cláusulas del contrato celebrado entre TRANSMILENIO y el Concesionario, respecto de la reversión de los bienes que el Concesionario utilizó para la prestación del servicio público de transporte automotor, urbano de pasajeros, no exclusivo.

¹⁸ La Corte Constitucional en la Sentencia C-555 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, afirmó: “*Observa pues en este punto la Corte que, la cláusula de reversión se incorpora por mandato legal en aquellos contratos de concesión de bienes estatales, regla a partir de la cual se entiende que el contrato de telefonía móvil, el cual implica la concesión del espectro magnético, se ajusta a este tipo de acuerdos y, en consecuencia le resultaba aplicable el precepto legal transcrito*”.

1.3. La reversión en el contrato de concesión celebrado entre TRANSMILENIO y CIUDAD MÓVIL

De la revisión cuidadosa de las cláusulas del Contrato, puede precisarse que dentro de sus cláusulas se encuentra regulada por las partes, de mutuo acuerdo, la reversión a que se obliga el Concesionario con motivo de la terminación del Contrato de Concesión de la prestación del servicio público de transporte masivo automotor en Bogotá D.C. en los términos contractuales.

En efecto, en la Cláusula 9 se regulan las "*Obligaciones del concesionario derivadas de la adjudicación de las áreas de soporte técnico*" y en el punto 9.12 se establece expresamente su obligación de revertir los patios de operación a TRANSMILENIO con sus adiciones y mejoras, incluidos entre ellas los inmuebles por adhesión que se hayan incorporado al terreno o a la infraestructura en él construida, en las condiciones y términos que se prevén en el contrato.

Y la Cláusula 10 que se refiere a los derechos de TRANSMILENIO, en el punto 10.7 precisa que TRANSMILENIO tiene derecho a la reversión de las áreas de soporte técnico de los patios de operación, junto con todas sus adiciones y mejoras, en los términos y condiciones previstos en el Contrato.

El Contrato, en su Cláusula 105, prevé una "ETAPA DE REVERSIÓN" que comienza en el momento en el cual el kilometraje promedio de uso de la flota alcance 850.000 kilómetros y durante la cual se cumplirán las obligaciones atribuidas al Concesionario, según el Contrato, nace de manera inmediata la obligación de hacer entrega de los bienes que conforman el área de soporte técnico en calidad de reversión y del área de garajes en calidad de devolución, todo lo cual debe realizarse en un plazo máximo de 30 días, so pena de incurrir en el incumplimiento del Contrato. Y termina en la fecha en que Transmilenio S.A. le comunique al Concesionario la recepción a satisfacción de los bienes revertibles, según lo dispone la Cláusula 102 en su numeral 102.3.

En la Cláusula 114 del Contrato, las partes, de manera concreta, precisaron que, al finalizar el término de la concesión, los bienes que revertirán a TRANSMILENIO son los bienes entregados en concesión y "*los demás bienes*"

que se determinen como revertibles”. Y agrega que dicha reversión será “sin lugar o derecho alguno a indemnización o compensación por este concepto”.

Y en las Clausulas siguientes desarrolla lo anterior, en los siguientes términos:

“CLAUSULA 115. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA REVERSIÓN.

En cualquier evento de reversión el Concesionario cumplirá con las siguientes obligaciones:

115.1 Hacer entrega a TRANSMILENIO S.A. de las áreas de soporte técnico, bienes y equipos, de acuerdo con la lista de bienes revertibles preparada por TRANSMILENIO S.A., en buenas condiciones de uso y normal funcionamiento.

115.2 Suministrar actualizados los manuales que haya utilizado el CONCESIONARIO en el desarrollo y ejecución de la concesión.

115.3 Entregar las garantías originales de los equipos que se hayan incorporado como bienes inmuebles por adhesión o como adecuación a los patios de operación, expedidas por los fabricantes, siempre que las mismas se encuentren vigentes.

Los anteriores son los bienes entregados en concesión al Concesionario para el cumplimiento de la prestación del servicio de transporte en los términos del contrato de concesión celebrado con TRANSMILENIO, y cuya propiedad siguió siendo de TRANSMILENIO, toda vez que dichos bienes ni se transfirieron al contratista ni se entregaron en concesión para la explotación económica del Concesionario, sino, tal como ya se precisó, al referirse el Tribunal al objeto del contrato, dichos bienes se entregaron para la adecuada prestación del servicio público de transporte que por la concesión asumió el Concesionario y por ello tampoco se pactó ninguna contraprestación respecto de ello.

En relación con los mencionados bienes, es claro que no se trata propiamente de la reversión de bienes, toda vez que éstos son de propiedad de TRANSMILENIO y por ello la figura que surge desde el punto de vista jurídico es una devolución o restitución, antes que una verdadera reversión.

En este orden de ideas, cabe preguntarse, ¿cuáles son los demás bienes que debe el Concesionario revertir a TRANSMILENIO? La respuesta está en la Cláusula 114 del Contrato son “*los demás bienes que se determinen como revertibles*”.

Y fueron las mismas partes, las que en la Cláusula 116 del Contrato de Concesión, precisaron:

“CLAUSULA 116. BIENES REVERTIBLES

Serán revertibles los siguientes bienes:

116.1 Los bienes inmuebles entregados en concesión, y aquellos que lo hallan remplazado o sustituido, y los que se hayan incorporado a los mismos como inmuebles por adhesión;

116.2 Las adiciones y mejoras que el concesionario haya incorporado a los patios de operación entregados en concesión.

116.3 Documentación y manuales de los equipos que la infraestructura incluya”.

De conformidad con lo expuesto en los párrafos que anteceden, el Tribunal considera que esa fue la voluntad de las partes que esos y sólo esos bienes serían objeto de reversión, pues, de lo contrario, los debían haber incluido en el acuerdo contenido en la Cláusula 116 dentro de la enumeración de los bienes revertibles.

Así las cosas, en cuanto no existe la previsión contractual de considerar como bienes revertibles los vehículos con los cuales se cumple la obligación del Concesionario de la prestación del servicio público de transporte automotor masivo, no es posible, a juicio del Tribunal, afirmar que dichos bienes de propiedad del Concesionario deben revertirse a TRANSMILENIO sin indemnización alguna, por cuanto ésa no fue la voluntad de las partes.

En efecto, en la Cláusula 41 del contrato, la cual se refiere a la EXCLUSION DE VEHÍCULOS, y en ella se acuerda que deberán mantenerse vinculados al servicio si se conservan en perfectas condiciones para la prestación del

servicio, y se consagran algunas causales de exclusión, en su Inciso 3° dicha Cláusula dispone que:

“En todo caso , con la firma del Concesionario del presente contrato y en virtud de esta cláusula, el CONCESIONARIO asume el compromiso unilateral e irrevocable de excluir los autobuses troncales de la circulación en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, con posterioridad a la terminación del presente contrato de concesión, bien sea que dicha terminación ocurra por vencimiento del plazo o por causa de la terminación anticipada del mismo, cualquiera que sea la causal que dé lugar a la terminación y cualquiera que se la edad de la flota., salvo que Transmilenio S.A. convoque una nueva licitación pública en la que permita la participación de vehículos usados”

Lo anterior es contradictorio con la pretendida reversión, pues la obligación del Concesionario en relación con los vehículos, es retirarlos de circulación de la ciudad de Bogotá D.C. al terminar el contrato, lo cual sería imposible de cumplir si los vehículos fueran bienes revertibles, que por lo demás no lo son en los términos ya comentados del Contrato. En los alegatos de conclusión, TRANSMILENIO afirma que los vehículos deben ser revertidos para garantizar la continuidad del servicio, sin embargo, observa el Tribunal que, en los términos del Contrato, las partes no consideraron que los vehículos fueran requeridos para la continuidad del servicio y, muy por el contrario, las partes estipularon que el Concesionario está obligado a retirar los vehículos a la terminación del contrato. Sin entrar el Tribunal a dar estudio a la legalidad del argumento, el Tribunal observa que en el expediente no obra prueba alguna de que los vehículos que fueron vinculados a la prestación del servicio terminado el contrato resulten necesarios para garantizar la continuidad en la prestación del servicio, por el contrario, en desarrollo del trámite, en mas de una oportunidad se afirmó lo contrario.

Respecto de lo anterior, el Tribunal precisa que, de conformidad con los términos de la mencionada cláusula contractual, las partes establecieron, de manera expresa taxativa, cuáles serían los bienes que, al terminar el Contrato, deben ser devueltos a TRANSMILENIO. Y éstos son los términos en los cuales las partes pactaron la cláusula de reversión que debe aplicarse al terminar el Contrato, términos que determinan que la obligación de reversión para el

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

Concesionario recae en las áreas de soporte técnico, con las adiciones y mejoras que le hubiere hecho a lo largo del contrato y la documentación correspondiente.

Por último, en este análisis debe referirse el Tribunal a lo dispuesto por la Cláusula 117 del contrato, titulada “*ESPECIFICACIONES DE LOS EQUIPOS Y DE LOS VEHÍCULOS PARA LA REVERSIÓN*”, según la cual “*el Concesionario, a la terminación del contrato, deberá hacer entrega de los bienes revertibles a Transmilenio S.A. o a quién este disponga, en adecuadas condiciones de funcionamiento para la producción de los servicios de transporte. Se entenderá que la infraestructura y los equipos de la concesión se encuentran en adecuadas condiciones para la producción de los servicios de transporte público, siempre que cumpla con las especificaciones mínimas que tales bienes debieron mantener durante la concesión, de acuerdo con lo previsto en el presente contrato y sus anexos*”.

A la anterior cláusula ha de darse cuidadosa lectura dado que de su mero enunciado podría pensarse, sin adentrarse en su contenido obligacional, que los vehículos serían determinados por el mandato contractual como bienes revertibles lo cual no tiene ocurrencia en esta ni con el contenido de las otras cláusulas contractuales que el Tribunal viene analizado¹⁹ y que llevan a la conclusión clara y precisa de que las partes no pactaron la reversión de los vehículos que debía adquirir el Concesionario para la prestación del servicio que asumió en virtud del Contrato²⁰.

De lo anteriormente expuesto se concluye necesariamente que:

¹⁹ “[S]e llama sistemática a toda interpretación que pretenda obtener el significado de una disposición a partir de su ubicación en el ‘sistema’ del derecho. [...] En la práctica, se realiza una interpretación sistemática cada vez que, para decidir el significado de una disposición, no se observa la disposición de forma aislada sino el contexto en el que está ubicada”. Guastini, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Ed. Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 227-228.

²⁰ Art. 1622 C.C. *Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.*

(...)

Art. 1624 C.C. *No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.*

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

1. Mediante el Contrato de Concesión celebrado entre las partes se confirió a la Convocante la concesión, no exclusiva, de la explotación económica del servicio público de transporte automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá, no se trata entonces de un contrato mixto ni de un contrato de concesión de bienes públicos.
2. En el derecho colombiano, es obligatoria la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, de prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del estado y los contratos de obra y, si no se pactan de manera expresa por las partes, se entienden pactadas.
3. La misma regulación es aplicable para la cláusula de reversión en los contratos de explotación y concesión de bienes del estado, pero no en los demás contratos de concesión estatales.
4. Para los contratos de concesión de servicios públicos no es obligatoria la inclusión de la cláusula de reversión, dicha cláusula deberá ser expresamente estipulada por las partes, tal como lo plantea el agente del Ministerio Público a lo largo de su concepto.
5. De la cláusula de reversión y su regulación en el derecho positivo colombiano, puede concluirse que: i) la reversión opera en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales, ii) que, para contratos distintos de los de explotación o concesión de bienes estatales, la reversión debe ser pactada expresamente por las partes y iii) en caso de dudas respecto de los bienes que deben revertirse al Estado, deberá inclinarse por aquella dirigida a proteger el derecho de propiedad del contratista.
6. De las cláusulas del Contrato celebrado entre las partes, puede precisarse que se encuentra regulada, de mutuo acuerdo, la reversión a que se obliga el Concesionario con ocasión de la terminación del contrato de concesión.

7. Las partes establecieron en el Contrato, de manera taxativa, cuáles serían los bienes que a su terminación deberán ser devueltos a TRANSMILENIO.
8. En la Cláusula 114 del Contrato, las partes, de manera concreta, precisaron que, al finalizar el término de la concesión, los bienes que revertirán a TRANSMILENIO son los bienes entregados en concesión y “*los demás bienes que se determinen como revertibles*”, los cuales están determinados taxativamente en la Cláusula 116.
9. Analizado por el Tribunal el Contrato celebrado por las partes, no observa que dentro de los bienes que se deban restituir a TRANSMILENIO se encuentren los vehículos.

Por las anteriores razones, en la parte resolutive de esta providencia, el Tribunal declarará que no prosperan las excepciones interpuestas por TRANSMILENIO a las pretensiones de la Demanda Inicial.

E. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

1. La supuesta sobre remuneración pagada por TRANSMILENIO a CIUDAD MÓVIL

Consideraciones respecto de la Pretensión Primera Subsidiaria:

TRANSMILENIO solicita que se declare que, como Ente Gestor del Sistema Transmilenio y conforme al Contrato de Concesión, está facultado para corregir en cualquier momento una supuesta sobre remuneración que habría percibido el Concesionario en el periodo comprendido entre el 22 de junio de 2012 y el 10 de mayo de 2013, y para hacer las compensaciones a que haya lugar.

Como se observa, la mencionada pretensión presupone que el Tribunal responda a dos interrogantes principales: 1. ¿Percibió el Concesionario una sobre remuneración respecto de su participación en los beneficios económicos por explotación del Sistema, como resultado de la Integración del Sistema de Transporte Público de Bogotá? 2. ¿Tiene TRANSMILENIO la facultad Legal,

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO - CIUDAD MÓVIL, S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

reglamentaria o contractual de corregir, en cualquier momento, la remuneración del Concesionario?

Los argumentos fundamentales de la Demanda de Reconvención instaurada por TRANSMILENIO encuentran asidero en el contenido del otrosí modificatorio de 6 de mayo de 2013, bajo el entendido de que con las disposiciones del mismo se cambiaron las condiciones de remuneración al Concesionario.

En las consideraciones del otrosí de 6 de mayo de 2013, se señaló que, con el fin de integrar el Sistema de Transporte Público de Bogotá, era necesario remunerar a los agentes del sistema en función de la utilización efectiva del servicio, y no de las cargas del sistema, puesto que éstas no se asocian al uso exclusivo del sistema troncal, es decir, la razón de ser de la modificación obedeció a una compatibilización de las fases I y II con la fase III, para así integrar todo el sistema de transporte público, pero no a la existencia de una sobre remuneración del Concesionario. Entre otras, las razones que se presentan en el escrito en comento para su suscripción son:

“Que con la entrada del sistema integrado de Transporte Público de Bogotá D.C – SITP, se implementa un esquema de tarifa al usuario diferenciado por tipo de servicio y cobros marginales por transbordo entre servicios, valido en un lapso de tiempo determinado, tarifas diferenciales por tipo de usuario, y abierto a tarifas diferenciales y descuentos que defina la Administración Distrital.

Que por lo tanto, el usuario podrá cargar su medio de pago con unidades de transporte en todas las estaciones y portales del Sistema, punto de ventas externos, y demás canales de comercialización que se implementen, y emplear dichas cargas para utilizar cualquier tipo de servicio en el Sistema Integrado de Transporte Público.

Que por esa razón, se hace necesario remunerar a los agentes del Sistema en función de la utilización efectiva del servicio y no de las cargas del sistema, puesto que estas no se asocian con el uso exclusivo del sistema troncal.

Que la operación troncal de Sistema Integrado de Transporte –SITP considerará un volumen importante de flota troncal biarticulada, vehículos de mayor capacidad que los articulados, los cuales al momento de

estructurarse el diseño operacional de las Fases I Y II del Sistema Transmilenio no se consideraron, al no existir dicha opción comercial para este momento.

Que Según lo expresado en los considerandos anteriores, se hace necesaria la presente modificación a los contratos de concesión de operación troncal fase I y fase II del Sistema Transmilenio, con el fin de garantizar a la ciudad la continuidad en la prestación del servicio transporte público, facilitar la integración con el Sistema Integrado de Transporte Público – SITP- respetando el equilibrio económico de los contratos de concesión de operación troncal de la fase I y fase II.

Que los aspectos fundamentales de la presente modificación tienen que ver con la suspensión del índice de pasajeros por kilómetro IPK, -concebido para una flota compuesta exclusivamente por vehículos articulados-, el ajuste de la tarifa técnica por variación en el índice de pasajeros por kilómetros –IPK y la eliminación del factor de redistribución por efectos de la velocidad de operación comercial –Avi; en su lugar se migrará a una equivalencia de pago por kilómetro, conservando ajuste contractual del costo por kilómetro licitado por variación en canasta de costos, con el cual se obtiene una equivalencia entre la tarifa técnica del Sistema TransMilenio y la tarifa técnica del Sistema Integrado de Transporte Público –SITP, eliminando los índices que hoy la afectan, manteniendo la remuneración pactada.

Que a través del presente otrosí modificatorio al contrato de concesión sin número de abril 11 de 2000, se instrumenta la integración operacional y tarifaria del Sistema TransMilenio con el Sistema Integrado de Transporte Público –SITP, con el fin de garantizar la operación de este último, en un marco de sostenibilidad financiera, y en un nivel de tarifa técnica que refleje los costos de operación y eficiencias del Sistema Integrado de Transporte Público –SITP, preservando las condiciones de equilibrio económico del contrato sin número de abril 11 de 2000.

Que en este sentido, las estipulaciones contractuales que se modifican, están encaminadas al logro de los siguientes objetivos:

- 1. Garantizar que la formula tarifaria sea estable, sostenible y equilibrada con la entrada del Sistema Integrado de Transporte Público –SITP.*
- 2. Garantizar el equilibrio financiero, sin afectar la distribución de riesgos del contrato sin número de abril 11 de 2000, con la*

integración del Sistema TransMilenio al Sistema Integrado de Transporte Público –SITP. “

De los anteriores apartes resulta claro que las partes modificaron el Contrato para, desde ese preciso momento, cambiar los índices que determinaban la tarifa técnica del Sistema Integrado de Transporte Público y, de esta manera, garantizar que (i) la fórmula fuera sostenible, equilibrada y estable con la entrada en operación del sistema SITP y (ii) el equilibrio financiero de la operación sin modificar la redistribución contractual de los riesgos, con ocasión de la integración de los sistemas TRANSMILENIO y SITP. Dentro de esta óptica, se eliminaron los indicadores IPK y AVI, para migrar hacia el pago por kilómetro en servicio.

No obstante lo anterior, también es evidente que las partes acordaron expresamente, en el referido otrosí de mayo de 2013, que las cláusulas objeto de modificación, que no hubieran contemplado un párrafo transitorio, empezarían a regir desde la suscripción de este documento (otrosí), lo cual significa, que no se contempló la retroactividad de las modificaciones al clausulado inicial del contrato, y que aquellas modificaciones que tuvieran un periodo de transitoriedad²¹, se aplicarían hacia el futuro de la ejecución contractual, en un periodo determinado. Por tal razón, aunque conforme a las disposiciones legales contenidas en la Ley 80 de 1993, así como a las establecidas en el Contrato de Concesión, TRANSMILENIO tiene unas funciones de dirección del Sistema Integrado de Transporte Público y el deber de adoptar las medidas o modificaciones necesarias para mantener las condiciones técnicas y económicas del Contrato, pero estas facultades no se extendieron, ni extienden, a corregir, de manera retroactiva, situaciones pasadas ya consolidada. Muy por el contrario, las mencionadas facultades buscaron y buscan conjurar dichas situaciones hacia el futuro, para así garantizar la economía contractual.

²¹ La transitoriedad sólo se contempló como el periodo comprendido entre la suscripción del otrosí y el momento en que se produjera la unificación del medio de pago del sistema. Esta Transitoriedad también se contempló para el periodo entre la suscripción del otrosí y el momento en que el concesionario se vinculara al contrato de administración fiduciaria del Sistema Integrado de Transporte Público.

Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que las partes, incluida TRANSMILENIO, acordaron expresamente en el otrosí de 6 de mayo que la vigencia, modificación del clausulado y la producción de sus efectos, se aplicarían a partir del día 10 de mayo de 2013²², y en su cláusula 18 ibídem, regularon lo concerniente a la participación del Concesionario contenida en la cláusula 77 inicial del Contrato de Concesión, sin que contemplaran la posibilidad de solucionar hechos acaecidos con anterioridad a su suscripción.

Las partes sólo se centraron en modificar las condiciones que permitieran superar las afectaciones que se presentaran durante el periodo de transición al medio único de pago del sistema y hacia el futuro de la ejecución contractual con relación al tema, lo cual lleva a concluir, forzosamente, que el acuerdo de las partes sólo modificó la forma de la participación del Concesionario en los beneficios económicos por explotación del sistema a partir del 10 de mayo de 2013 y no introdujo ningún cambio respecto de situaciones ya consolidadas en el pasado en relación con el Concesionario, como resultado de la afectación de las tarifas de Transmilenio a partir de la implementación del Sistema Integrado de Transporte Público.

De igual forma, es importante señalar que la cláusula 77 del Contrato de Concesión (ver folio 424 del cuaderno de pruebas 1) estableció la siguiente fórmula y condiciones de participación del Concesionario dentro del beneficio económico obtenido a partir de la explotación comercial del Sistema Transmilenio:

“CLAUSULA 77.- PARTICIPACION DEL CONCESIONARIO

El CONCESIONARIO obtendrá a título de participación en los beneficios económicos derivados de la explotación comercial del Sistema durante el

²² Expresamente señaló el contrato de concesión: “Que aquellas cláusulas que se modifican en el presente OTROSÍ, y en relación con las cuales no se incluya un párrafo transitorio, empezarán a regir desde la suscripción de este documento.

Que de acuerdo con lo anteriormente expuesto, las partes de común acuerdo han decidido suscribir el presente OTROSÍ, en los siguientes términos:

El presente documento se perfecciona con la firma de las partes. Sin embargo sus efectos empezarán a regir a partir del diez (10) de mayo de dos mil trece (2013), fecha en la cual se realiza la actualización de la tarifa técnica del Sistema TransMilenio.”

Ver cuaderno de pruebas 2 CD Folio 221.

término de vigencia del presente contrato, un valor que estará determinado en función de los kilómetros recorridos efectivamente, de acuerdo con las órdenes de servicio de operación impartidas por TRANSMILENIO S.A., por cada uno de los vehículos que se encuentran vinculados a la operación del Sistema, restringido al nivel de ingresos generado por los pasajeros pagos.

El pago de la participación del concesionario se sujetara a las siguientes condiciones:

77.1. Valor de la participación (ROT_k). El valor de la participación que tendrá derecho a recibir el CONCESIONARIO K será determinado por la siguiente expresión:

$$ROT_i = \frac{C \times Km \times Av}{\sum C, \times Km, \times AV} \times (\text{IngresosOperadoresTroncal} + C)$$

Slenco

$$\text{IngresosOperadoresTroncal} = PP \times T - RA - RT - RG - RF$$

Donde:

C = costo kilómetros licitado del operador i.

Km = Kilómetros programados efectivamente recorridos y netos de sanciones por el operador

RA = remuneración al alimentador, sin que en ningún caso supere el veinte por ciento (20%) de los ingresos totales

RT = remuneración al operador de recaudo, sin que en ningún caso supere el doce por ciento (12%) de los ingresos totales

RG = remuneración al gestor, sin que en ningún caso supere el TRES POR CIENTO (3%) de los ingresos totales

RF = remuneración al gestor, sin que en ningún caso supere el medio por ciento (0.5%) de los ingresos totales

PP = es el número de pasajeros pagos del sistema durante el periodo de pago

Av = Factor de ajuste del costo en función de la velocidad promedio real de operación para el operador i.

C = Ingresos provenientes del fondo de contingencias de los que sea posible disponer en los términos y condiciones previstos en el presente contrato.

Como se observa en la fórmula y en la explicación de las variables que la conforman, en el Contrato de Concesión se estipuló que la participación del Concesionario en los beneficios económicos de la explotación del sistema se determinaba en función de los kilómetros recorridos efectivamente, de acuerdo

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

a las órdenes de servicio expedidas por TRANSMILENIO, restringidos al nivel de ingreso generado por los operadores de la troncal, esto es, de los pasajeros pagos (PP), y no los pasajeros transportados, pero aplicando previamente a esta variable la multiplicación de la tarifa técnica ajustada (TT ajustada) y la resta de los pagos efectuados por concepto de Remuneración al Alimentador (RA), Remuneración al Operador de Recaudo (RT), Remuneración al Fiduciario (RF), lo cual permite entender que el Concesionario no recibía una participación en función exclusivamente de los pasajeros pagos, porque a esta variable siempre se le efectuaron las deducciones antes indicadas. Por consiguiente: el beneficio en favor del contratista se calculaba con base en un remanente de la totalidad de la bolsa de ingresos del sistema Transmilenio, sin que en el Contrato de Concesión se establecieran topes o mínimos y máximos que afectaran el beneficio pactado.

Ahora bien, como fundamento de lo anterior, el Tribunal pone de presente la prueba testimonial rendida por el Ingeniero Mauricio Arciniegas Jara, Director Financiero de TRANSMILENIO en el año 2001, quien al referirse a la estructuración de la bolsa de ingresos y de la importancia o incidencia que tenía en aquélla el número de pasajeros transportados, así como al estudio de la Empresa Valora sobre la existencia de una sobre remuneración, en los folios 5, 6, 8, 13 y 14 de su testimonio, señaló:

“DR. SANABRIA: Para mayor claridad qué es la bolsa de ingresos?”

SR. ARCINIEGAS: Voy a aclarar una cosa que yo creo que es muy importante, en el sistema se manejaban dos tarifas, se manejaban ya no creo que ahora se manejen, una tarifa técnica y una tarifa al usuario, la tarifa al usuario de alguna manera era una responsabilidad del Alcalde y el Alcalde tenía un compromiso de poner una tarifa técnica que estuviera por encima, pero si estuviera por debajo y hubiera un problema frente a la cantidad de ingreso que debería haber en el fondo principal pues se cubría, había un fondo de contingencias y también había una carta de garantía del Alcalde si sucedía que el fondo de contingencia se quedaba sin dinero.

Pero era muy sencillo, era la multiplicación de la tarifa técnica por el número de pasajes pagos, en cada semana ahí se hacía una distribución como ya mencioné para el ente gestor un porcentaje, otro

porcentaje para el recaudador, bueno ahí me faltó la fiducia, había una fiducia que era una fiducia de administración y fuente de pago, estaban los alimentadores, los alimentadores participaban de la bolsa principal por una tarifa por pasajero transportado ese sí era pasajero transportado en el caso de alimentadores y finalmente se distribuía de acuerdo al número de kilómetros que fueran ejecutados por parte de los operadores, la tarifa técnica actualizada y el ajuste por velocidad, esa era la forma como se pagaba.

Entonces el fondo principal se nutría de los pasajeros pagos, es decir, los pasajeros que se vendían en la semana, multiplicado por la tarifa técnica, que es distinta a la tarifa al usuario, la tarifa al usuario podía ser mayor o menor, y entonces si era menor había que completar lo que faltara para el fondo principal, pero si era mayor se descontaba esa porción, eso iba al fondo de contingencias.

DR. CALDERON: Esa es la misma bolsa de ingreso?

SR. ARCINIEGAS: La bolsa de ingreso sí era la tarifa técnica por el número de pasajes vendidos.

DR. SANABRIA: Qué importancia o qué incidencia tiene en la conformación de esa bolsa de ingresos el número de pasajeros efectivamente transportados?

SR. ARCINIEGAS: No ninguno, uno podría transportar un número de pasajeros distintos y lo que le ingresaba al fondo era los pasajeros pagos, porque esa fue la estructuración que se hizo en el contrato, era muy difícil establecer cómo se podían comportar los pasajeros transportados y la decisión que se tomó en el momento de la estructuración fue incluir solamente los pasajeros pagos y no los pasajeros transportados como fuente de pago para los operadores troncales, no así en el caso de alimentación, en la alimentación era un tema mucho más controlado y esa fue la razón por la cual en el caso de alimentación se tomó la decisión de sí incluir los pasajeros transportados por alimentación no en el sistema, pero no para efectos del cálculo de los ingresos los pasajeros transportados no tenían ninguna relevancia.

DR. SANABRIA: Qué era lo relevante entonces para el cálculo de la... (Interpelado)

SR. ARCINIEGAS: Pasajeros pagos.

(...)

DR. SANABRIA: Según lo que usted nos acaba de decir se me ocurre la siguiente pregunta: qué pasa si una persona paga en ese momento al que usted se refiere, paga con su tarjeta o carga su tarjeta bien cargada para el resto del año o para un año, pero por alguna razón nunca utiliza el servicio?

SR. ARCINIEGAS: pues que el pago se da a los operadores y la persona no necesariamente usa el servicio, esa era la consideración siempre fue así, incluso cuando yo fui director financiero pasaban cosas como que nos sobraba dinero de las conciliaciones, es decir, el recaudador recaudaba más dinero, normalmente eso se da, los cajeros se cuidan mucho de que no les falte dinero, de que tengan que poner y a veces no daban las vueltas, pero lo metían en la consignación, pero nos aparecía más dinero del que se había recaudado del número de pasajes vendidos, eso al final terminaba yéndose al fondo de contingencias también porque no nos importaba, pues no había que pagárselo a los operadores, pero al final no se utilizaban los pasajes o se pagana de más o menos, no importaba lo que importaba eran los pasajes vendidos.

(...)

DR. SANABRIA: No se preocupe, conoce usted de casualidad el estudio de valora, respecto de la sobre remuneración?

SR. ARCINIEGAS: Sí lo conozco, no sé qué versión porque hubo también varios documentos de esos, pero eso los estuvimos mirando porque nos llamó la atención que argumentara Transmilenio que había una sobre remuneración cuando desde nuestro punto de vista el contrato era claro y digamos que los pasajeros eran pasajeros pagos y siempre les dijimos mire es que el tema es de pasajeros pagos, no es de pasajeros transportados, esa no fue la concepción del negocio del negocio del comienzo, desde el comienzo fue mire es pasajeros pagos por tarifa y eso fue lo que se aplicó ahí no hay ninguna, es más la sobre remuneración un dinero adicional era perfectamente viable que se presentara en el transcurso de la ejecución del contrato, eso no extraño, es más nunca fue extraño, ni al comienzo del contrato y nosotros entendíamos tampoco que al final del contrato existiera alguna cosa que uno dijera esto es una sobre remuneración.

Es decir, sobre remuneración desde el punto de vista de lo que estaba establecido en el contrato no existe, eso era unas reglas en las cuales

si había suficiente dinero y usted hacia un buen negocio usted se llevaba eso y si no había suficiente dinero usted perdía, pero no había ninguna consideración distinta a que hubiera una sobre remuneración, eso nunca lo entendimos y por supuesto la gente de valora hizo un estudio que es un estudio más un tema considero yo estadístico que podrá tener todos los supuestos y todos los problemas del mundo, porque todo depende del periodo que uno analice, entonces si uno se va una semana más o se queda semanas el valor puede ser completamente distinto, ellos estaban analizando digamos un periodo de vida del contrato contra otro periodo de vida del contrato y eso era para nosotros bastante extraño (...) (Subrayado fuera de texto original).

Como se observa, el aparte de la prueba testimonial transcrita aporta una claridad adicional al objeto del problema jurídico en cuestión, y es que la estructuración del contrato contempló que la participación del Concesionario en la explotación económica del sistema Transmilenio se calculaba o pagaba a partir de pasajeros pagos, y no de pasajeros transportados como ahora lo pretende TRANSMILENIO en su demanda de reconvención. Resulta evidente que estos dos conceptos son muy diferentes y que como lo aclaró el interrogado, ésta fue la decisión a la que se llegó desde el principio del Contrato, porque era muy difícil establecer el comportamiento de los pasajeros transportados.

Así las cosas, resulta claro que éste no fue un tema extraño o sorprendente o que se iniciara con la implementación de la Fase III de Transmilenio y, en ese sentido, no encuentra el Tribunal que se haya producido una sobre remuneración en los términos expuestos en la demanda de reconvención, toda vez que el Concesionario recibió los beneficios de la cláusula 77 del Contrato de Concesión, con base en el cálculo de pasajeros pagados, es decir, los que compraron un tiquete para ingresar al sistema, y no conforme a pasajeros transportados, que fue una variable que solamente se planteó y manejó dentro de los contratos de los operadores de los alimentadores y no en los de las troncales, como el que nos ocupa.

En este mismo orden de ideas, la prueba pericial rendida por la doctora Ana Matilde Cepeda precisó:

(...)

Pregunta No 5:

“Indicar si la metodología aplicada para determinar la sobre remuneración pagada al concesionario corresponde con los valores establecidos por Transmilenio S.A., con base en la fórmula de remuneración pactada en el contrato y sus documentos anexos, así como el material probatorio que ha sido aportado por la partes.”

Respuesta:

*Antes de atender la pregunta me permito hacer referencia a los ingresos y egresos del sistema Transmilenio, considerados en la fórmula de **REMUNERACIÓN** como en la de **TARIFA TÉCNICA DE OPERACIÓN**, utilizada en las liquidaciones diarias para los pagos semanales al concesionario Ciudad Móvil S.A.S. (Ante SÍTMA), así:*

Ingresos del sistema Transmilenio: *La fuente corresponde al recaudo diario de la venta de pasajes de transporte en el sistema Transmilenio, correspondiendo al producto de la Tarifa Técnica de Operación ajustada (TTajustada) vigente o aplicable al usuario en la fecha multiplicada por el número de pasajeros pagos del sistema (PP).*

Egresos del sistema Transmilenio: *Se originan en el pago que se realiza semanalmente a cada uno de los agentes del sistema como remuneración (participación) por los servicios prestados, una vez validados los parámetros técnicos realmente prestados (Kilómetros efectivamente recorridos, pasajeros alimentados, pasajes vendidos), etc.*

[1] Fórmula para la remuneración al operador troncal ciudad móvil S.A.S. (ROTk): De la información de remuneración contenida en los soportes de los registros contables facilitados por Ciudad Móvil S.A.S. -, en donde detalla el cálculo diario y semanal de cada uno de los componentes del Sistema Transmilenio, se observa la aplicación de la siguiente fórmula y elementos descritos, así:

$$\text{ROTk} = \frac{\text{Ck} \times \text{Kmk} \times \text{Avk}}{\sum \text{Ci} \times \text{Km} \times \text{Avi}} \times (\text{Ingresos Operadores Troncal} + \text{C})$$

(...)

Tercero:

*En conclusión, la sobre remuneración estimada como pagada de más al concesionario Ciudad Móvil S.A., conforme la metodología señalada en el estudio realizado por Valora Consultores del 3 de marzo de 2017, corresponde al diferencial obtenido entre la remuneración real pagada y establecidas con las fórmulas del contrato frente a la remuneración estimada en el estudio citado, por un valor total que asciende **a:** un mil*

seiscientos veintidós millones cuatrocientos treinta y nueve mil trescientos ochenta y ocho pesos = \$1.622'439.388= en pesos corrientes de cada día de pago²³.

El contenido de la referida experticia, folios 32 a 109 del cuaderno de pruebas 3, presenta los cálculos y soportes técnicos realizados por la perito para llegar a la conclusión de que la diferencia de cifras que dio origen a la idea de una sobre remuneración al Concesionario por un monto de \$1.622.439.388, obedeció a la aplicación de una metodología personal de Valora que no es la establecida en las fórmulas del Contrato de Concesión y que, por tanto, no se compadece con las sumas que fueron efectivamente pagadas. Adicionalmente, de manera clara y detallada en la audiencia de sustentación del peritaje, confirmó esta conclusión así:

“DR. SANABRIA: Le pregunto: ¿la remuneración que Transmilenio le pagó a Ciudad Móvil, y le ha venido pagando, fue y ha sido liquidada y pagada conforme al contrato de concesión?”

SRA. CEPEDA: la remuneración al operador de la troncal adjudicada al concesionario que usted representa, esa remuneración se constató que corresponde a la fórmula establecida en una de las cláusulas del contrato y sus adicionales. Esa fórmula está en mi dictamen pericial desagregada, concepto por concepto, valor por valor, día por día, (...) está toda la información despejada para poder aseverar que lo que le pagó TRANSMILENIO a su cliente corresponde a lo dicho en el contrato (...). Entonces todo eso está soportado y la respuesta es sí, corresponde a la fórmula definida como ROT, remuneración operador transversal...

DR. SANABRIA: (...) Con base en su respuesta anterior, le pregunto: ¿El pago hecho por Transmilenio a Ciudad Móvil contiene algún error?”

*SRA. CEPEDA: “En mi concepto, no advertí imprecisión al respecto...
(...)”*

²³ Ver páginas 31 y 106 del cuaderno de pruebas No. 3.

“En cambio, cuando nos dirigimos al estudio de Valora, Valora toma los mismos elementos, toma la misma participación de los costos de Ciudad Móvil frente a los costos totales, pero ya no lo multiplica por los costos como está definido en la fórmula contractual, sino que ese porcentaje semanal lo multiplica por algo que ellos toman y es los costos pero sin el indicador hábil, Transmilenio sí toma en cuenta ese indicador, la banca de inversión no lo toma en cuenta por algunas razones, y entonces el importe que toma Valora es mucho mayor o mucho menor que lo que toma Transmilenio. De ahí que surgen las diferencias semana a semana, unas dan positivas otras dan negativas, entonces al final hay un diferencial de mil seiscientos veintidós millones correspondiente a esa práctica diferente, a ese ejercicio, a ese despeje diferente pero tiene la misma fundamentación, el mismo insumo, los mismos... las cifras, lo único es que el uno toma una información sin el factor de ajuste hábil, el factor de ajuste de velocidad, y el otro (...) ¿En qué se diferencian los dos ejercicios? El uno que es contractual, el otro que es un estimado (...).”

En igual sentido, el perito de parte Diego Jara, folios 125 a 127 del cuaderno de pruebas 3, presenta los principales hallazgos de su experticia:

1. **Pregunta.** *Indicar si la metodología aplicada para determinar la sobre remuneración pagada al concesionario corresponde con los valores establecidos por Transmilenio S.A., con base en la fórmula de remuneración pactada en el contrato y sus documentos anexos, así como por el material probatorios que ha sido aportado por las partes.*

RESPUESTA.

Con el fin de dar respuesta a la pregunta y comprobar si la metodología aplicada para determinar sobre la remuneración es correcta, como primer paso es necesario esclarecer la definición de “sobre remuneración”. Como consideración inicial, es de notar que en el “contrato de concesión para la prestación del Servicio Público de Transporte Terrestre Masivo Urbano de Pasajeros en el Sistema Transmilenio” (en adelante contrato Inicial) no se define el término “sobre remuneración” es el pago por encima de lo establecido en el contrato; es decir, por encima del Valor de la participación, definido en el Artículo 77. 1 (página 113) del Contrato Inicial. Se entiende que cualquier definición que no siga fórmula o

concepto alguno que pueda sustentarse con el Contrato inicial es subjetiva, arbitraria y por fuera del ámbito contractual.

A partir de la evidencia numérica de los pagos, y los cálculos de los insumos para la repartición de pagos, se pueden determinar que la remuneración a los pagos Operadores de Transmilenio siguió lo establecido en el Contrato Inicial, por lo que no puede considerarse que exista remuneración alguna de acuerdo con los términos del Contrato Inicial. Por lo tanto, con el fin de dar respuesta a la pregunta, el presente estudio evaluará la metodología del Estudio de Valora como mecanismo válido para determinar la existencia de una sobre remuneración.

1. **Hallazgo relevante:** *La ecuación (1) es incorrecta y no se puede deducir de la cláusula 77 “Participación del Concesionario” del Contrato Inicial. En general, en el Contrato Inicial no se estipula en ninguna de sus cláusulas dicha Ecuación. De ser así, se estaría suponiendo que $ROT = \Sigma = Ci + Kmi$, y esto no fue lo que se estipulo en el Contrato Inicial.*

*Específicamente, no es claro el origen de esta ecuación. El primer término del lado derecho no corresponde con lo definido en el Contrato Inicial: en efecto, en la cláusula 77. 1 del mismo, se define IngresosOperadoresTroncal como $PV * TT$ menos los cuatro términos de la derecha de la ecuación (1). Luego el Estudio de Valora Parece Suponer que*

$$\text{IngresosOperadoresTroncal} = \Sigma Ci * Kmi$$

Que no está justificado ni expresado así en el Contrato Inicial. De esta forma, dado que el resto del Estudio de Valora se sustenta a partir de esta igualdad, cualquier conclusión y planeación matemático dentro del análisis pierde sustento teórico y, por lo tanto, validez. Por tal motivo, validar la correcta aplicación de una metodología que no tiene fundamento matemático ni teórico, no tiene sentido alguno.

11. *La ecuación (8) planteada en la página 13 del Estudio de Valora no define los subíndices, por lo que matemáticamente presenta confusión. De igual forma, en la página 12 del Estudio de Valora, Cuando se define.*

$$DIF = \Sigma (ROT - ROT).$$

Arbitrariamente sobre remuneración como la Ecuación (8), se toma como un sustento la firma del Otrosí modificatorio de mayo 6 de 2013 (posterior al Periodo de Coexistencia, sobre el cual se hace el análisis),

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO - CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

en el cual se modifica la remuneración a los Operadores de Fase I y Fase II y se la iguala a una tarifa licitada multiplicada por lo kilómetros recorridos. Esta es una premisa arbitraria sin sustento técnico, que claramente sesga el análisis y las conclusiones exhibidas.

Asimismo, en este punto es importante señalar que el estudio efectuado por Valora y sobre el cual se fundamenta TRANSMILENIO para el reclamo de la supuesta sobre remuneración, fue evaluado por el Tribunal como una prueba documental, a la que no puede otorgársele el valor de un peritaje técnico de parte no sólo porque no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 226 del C.G.P., sino porque las fórmulas utilizadas en él fueron abiertamente descalificadas por la perito Ana Matilde Cepeda. En efecto, tal como lo demostró la perito, las fórmulas utilizadas por Valora no corresponden a las fórmulas estipuladas en el Contrato de Concesión, lo cual hace que la prueba documental sea inconducente a la hora de demostrar los aspectos técnicos propios de esta pretensión de la demanda de reconvención, pues los cálculos allí contenidos, debían basarse en las fórmulas contenidas en el acuerdo de voluntades.

Así las cosas, encuentra el Tribunal que no existió una sobre remuneración pagada al Concesionario, toda vez que se acreditó técnicamente que los valores pagados a título de participación en la explotación económica del Sistema Transmilenio, en el periodo comprendido entre el 22 de julio de 2012 y el 10 de mayo de 2013, correspondieron a lo pactado en la cláusula 77 del Contrato de Concesión.

En lo que respecta al argumento de la demandante en reconvención sobre el desconocimiento que tenía TRANSMILENIO respecto de la posibilidad de que a futuro se incorporaran nuevos concesionarios, así como lo correspondiente al sistema SITP - Fase III, y, por ende, la existencia de rutas alimentadoras, lo cual permite determinar si este era un riesgo previsible o no y si podría traducirse en un desequilibrio contractual que, supuestamente, debería corregir la entidad contratante, el Tribunal encuentra que desde la Adenda No. 1 al pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 1999, TRANSMILENIO tenía prevista la incorporación de nuevos concesionarios en aras de habilitar la funcionalidad del sistema, en la medida que identificó la posibilidad de integración del Sistema Transmilenio a otros sistemas de transporte masivo y

acclaró que la calidad de fideicomitentes y la de beneficiarios dentro del contrato de fiducia mercantil que se suscribiría para la administración de los recursos asociados a la prestación del servicio público de transporte público masivo terrestre, la tendrían no sólo los concesionarios de recaudo y los que operaran la troncal, sino también los concesionarios de “operación alimentadora”²⁴.

CLAUSULA 64. INTEGRACIÓN DEL SISTEMA TRANSMILENIO CON OTROS SISTEMAS DE TRANSPORTE MASIVO.

“Las autoridades competentes podrán incorporar al transporte y movilización de pasajeros dentro de la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.D. y/o entre esta y sus municipios circunvecinos, otros sistemas de transporte adicionales al Sistema Transmilenio, así como determinar la integración entre el Sistema Transmilenio, y el sistema de transporte colectivo, casos en los cuales TRANSMILENIO S.A., previa aceptación del comité de operadores, y las autoridades competentes, podrán determinar la integración tarifaria y operacional del Sistema Transmilenio con los Sistemas de Transporte adicionales que se desarrollen. “

Así, desde los pliegos de la licitación se previó la integración con otros sistemas de transporte masivo²⁵.

CLAUSULA 24. FIDEICOMITENTES

Serán fideicomitentes iniciales los concesionarios de las diferentes actividades que habilitan la funcionalidad del sistema, a saber:

- 24.1 Los concesionarios de la operación troncal;*
- 24.2 Los concesionarios de la operación alimentadora; y*
- 24.3 Los concesionarios del recaudo.*

En igual sentido, la previsión sobre la futura existencia de rutas de alimentación fue regulada y expresamente prevista en el Título 8, “operadores de alimentación”, del Contrato de Concesión, el cual obra en los folios 327 y 328 del Cuaderno de Pruebas 1.

CLASUSULA 25. BENEFICIARIOS

²⁴ Ver folio 58 del cuaderno de pruebas 1.

²⁵ Ver folios 71 y 72 del Cuaderno de Pruebas 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO - CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

Los beneficiarios de la fiducia serán las personas que en razón de las previsiones contractuales tengan el derecho a ser remunerados de manera permanente y continua por el patrimonio autónomo, con cargo a los flujos realizados como resultado de los diferentes recursos que obtendrán el sistema.

Serán beneficiarios de la fiducia:

25.1 Los concesionarios del sistema troncal.

25.3 Los concesionarios del sistema alimentador

25.3 Los concesionarios del sistema de recaudo

25.4 La entidad gestora del sistema

25.5 Los acreedores con garantía fiduciaria con los que el deudor convenga el servicio y/o la amortización de la deuda con cargo directo a los flujos propios realizados.

En este estado de cosas, para el Tribunal es claro que una posible alteración de la ecuación contractual debido al supuesto desconocimiento de TRANSMILENIO respecto de la entrada en operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, no es de recibo en consideración a que quedó demostrado, con los documentos elaborados en la etapa precontractual por la Concedente y las precisiones consignadas en el Contrato de Concesión, que TRANSMILENIO conocía desde la etapa de formación del contrato de concesión que la integración del sistema de transporte se haría en un futuro y que implicaría la incorporación de rutas alimentadoras.

Para el Tribunal no es de recibo que la falta de *planeación contractual* por parte de la entidad estatal, pretenda “subsanarse”, en este momento de la ejecución, bajo el ropaje de un posible desequilibrio contractual -cuya declaración, por demás, no fue solicitada al Tribunal-, toda vez que resulta evidente que, conforme a los considerandos del otrosí del 6 de mayo de 2013, TRANSMILENIO, al retirar de la fórmula de remuneración del Concesionario el IPK, buscaba no sólo hacer la integración del SITP de Bogotá, sino, además, corregir el desfase financiero que se estaba presentando por la falta de integración de las tarifas que regulaban las formas de remuneración de los Sistemas Transmilenio y SITP, antes de que los buses de este último entraran a operar. Por consiguiente, el Tribunal declarará que prospera la excepción “Cumplimiento del Contrato”, interpuesta por CIUDAD MÓVIL.

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

Sumado a lo anterior, es importante señalar que, conforme a la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, entre las que se destaca el reciente pronunciamiento de la Sección Tercera, contenido en la sentencia con radicado 680012333000201300118 01 (52.666) de 29 de enero de 2018, M.P. Jaime Orlando Santofimio, en virtud del principio de buena fe contractual, la solicitud de reclamación de desequilibrio económico debe hacerse de manera oportuna, esto es, una vez conocidas las circunstancias que afectan la ecuación contractual, si se establecen entre las partes acuerdos como suspensiones, adiciones, prórrogas y otrosíes, es al tiempo de suscribir tales documentos que se deben presentar las reclamaciones, solicitudes, salvedades relacionadas con aquellas circunstancias imprevistas, sobrevinientes y no imputables a ninguna de las partes, y no con posterioridad a la firma de tales acuerdos, so pena de considerarse que la petición de restablecimiento del equilibrio contractual ulterior es extemporánea, improcedente y no tendrá vocación de prosperidad en razón a la violación del principio de buena fe contractual.

Ahora bien, considerando que el otrosí suscrito entre las partes de este litigio el 6 de mayo de 2013 quiso integrar de manera tarifaria y operacional los Sistemas Transmilenio y SITP y que en el texto de dicho acuerdo modificatorio no se indicó nada respecto a la supuesta sobre remuneración otorgada a CIUDAD MÓVIL, e, incluso, se señaló expresamente que las disposiciones de este otrosí regirían hacia el futuro, a partir del 10 de mayo de 2013. Por consiguiente, no encuentra de recibo el Tribunal que TRANSMILENIO, en contra de sus propios actos y vulnerando el principio de buena fe, haga las solicitudes contenidas en la pretensión de la demanda de reconvención encaminada en este sentido, la cual no puede tener vocación de prosperidad.

Sobre la Teoría de los actos propios, la Corte Constitucional, en la Sentencia T 295 de 1999, precisó:

Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.

La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “Venire contra pactum proprium nellí conceditur” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díez Picazo enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice “no se puede ir contra los actos propios”.

Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.

El respeto del acto propio requiere entonces de tres condiciones para que pueda ser aplicado:

a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz

Se debe entender como conducta, el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercuten en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica.

La conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses y en donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe son los mismos. Pero además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando, por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.

b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.

La expresión pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro lado, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibile por ser contradictoria con la primera. Pretensión, que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que está dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de la primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria, es el objeto perseguido.

c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

Es necesario entonces que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas –como emisor o como receptor- sean los mismos. Esto es que tratándose de sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior.

En la doctrina y en la jurisprudencia colombiana no ha sido extraño el tema del **acto propio**, es así como la Corte Constitucional en la T-475/92- dijo:

“La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. En las gestiones ante la administración, la buena fe se presume del particular y constituye guía insustituible y parámetro de acción de la autoridad. La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la negación de los propios actos (**venire contra factum proprium**), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias. No es posible reducir la infracción de la buena fe a casos tipificados legalmente. De ahí que la aplicación de este principio suponga incorporar elementos ético-jurídicos que trascienden la ley y le dan su real significado, suscitando en muchas ocasiones la intervención

judicial para calificar la actuación pública según las circunstancias jurídicas y fácticas del caso.

12. La administración y el administrado deben adoptar un comportamiento leal en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas. Este imperativo constitucional no sólo se aplica a los contratos administrativos, sino también a aquellas actuaciones unilaterales de la administración generadoras de situaciones jurídicas subjetivas o concretas para una persona. El ámbito de aplicación de la buena fe no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción.

13. El principio de la buena fe incorpora la doctrina que proscribe el "venire contra factum proprium", según la cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos. La buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento administrativo, la credibilidad del Estado y el efecto vinculante de sus actos para los particulares. La revocatoria directa irregular que se manifieste en la suspensión o modificación de un acto administrativo constitutivo de situaciones jurídicas subjetivas, puede hacer patente una contradicción con el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios, si la posterior decisión de la autoridad es contradictoria, irrazonable, desproporcionada y extemporánea o está basada en razones similares. Este es el caso, cuando la administración, luego de conceder una licencia de funcionamiento a una persona para el ejercicio de una determinada actividad, luego, sin justificación objetiva y razonable, procede a suspender o revocar dicha autorización, con el quebrantamiento consecuente de la confianza legítima y la prohibición de "venir contra los propios actos".

Y, por la misma época, el 13 de agosto de 1992, el Consejo de Estado, Sección Tercera, reiteró la filosofía contractual que en casos similares había expuesto la Corporación, en los siguientes términos:

"Cuando las partes se suscitan confianza con la firma de acuerdos, documentos, actas, deben hacer homenaje a la misma. Ese es un MANDAMIENTO MORAL y un PRINCIPIO DEL DERECHO JUSTO. Por ello el profesor KARL LORENZ, enseña:

'El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque

PODER CONFIAR, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho - con independencia de cualquier mandamiento moral - tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el Derecho positivo se concreta de diferente manera...’ (Derecho justo. Editorial Civitas, pág. 91).

“La Corporación encuentra que con inusitada frecuencia las partes vinculadas a través de la relación comercial resuelven sus problemas, en plena ejecución del contrato, y firman los acuerdos respectivos. Transitando por esa vía amplían los plazos, reciben parte de la obra, se hacen reconocimientos recíprocos, pero instantes después vuelven sobre el pasado para destejer, como Penélope, lo que antes habían tejido, sembrando el camino de dificultades desleales, que no son de recibo para el Derecho, como tampoco lo es la filosofía del INSTANTANEISMO, que lleva a predicar que la persona no se obliga sino para el momento en que expresa su declaración de voluntad, pero que en el instante siguiente queda liberado de sus deberes. Quienes así proceden dejan la desagradable impresión de que con su conducta sólo han buscado sorprender a la contraparte, sacando ventajas de los acuerdos que luego buscan modificar o dejar sin plenos efectos. Olvidan quienes así actúan que cuando las personas SE VINCULAN generan la imposibilidad de ROMPER o DESTRUIR lo pactado. Solo el juez, por razones de ley, puede desatar el vínculo contractual”.

Para luego continuar diciendo la misma sentencia del Consejo de Estado:

“Transitando por esta vía se atenta contra los ACTOS PROPIOS. La buena fe, se enseña, implica un deber de comportamiento, ‘... que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever’. (Subrayado fuera de texto original).

En lo que respecta a la declaratoria de la facultad de TRANSMILENIO de corregir, en cualquier momento, la remuneración del Concesionario, bajo el

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

supuesto del restablecimiento de la ecuación económica contractual, el Tribunal se remite a los argumentos expuestos en precedencia sobre la buena fe contractual y la prohibición de ir en contra de los actos propios y, además, expone los siguientes argumentos jurídicos que denotan la imposibilidad de declarar la existencia de dicha facultad:

Sea lo primero señalar que, de acuerdo a las disposiciones establecidas en el Contrato de Concesión, específicamente los derechos de TRANSMILENIO contenidos en la cláusula 10, dicha empresa tiene las siguientes atribuciones:

- Derecho de realizar la planeación estructural del Sistema.
- Derecho de realizar el control de la operación del Sistema e impartir al Concesionario y a sus empleados, agentes o dependientes, las instrucciones operativas que considere necesarias para la operatividad, seguridad, calidad y funcionalidad del Sistema.
- Recibir remuneración de parte del Concesionario por la concesión del Sistema, de acuerdo a lo estipulado en el Contrato de Concesión.
- Derecho de mantener la titularidad sobre el Sistema, y que esta sea reconocida y respetada por el Concesionario.
- Derecho de supervisar el desarrollo y ejecución del Contrato y de acceder a los documentos que dan cuenta de la actividad del Concesionario.
- El Derecho de determinar, conforme a la conveniencia del servicio, los futuros desarrollos de la infraestructura del Sistema Transmilenio.
- El derecho denominado de “reversión” de las áreas de soporte técnico de los patios de operación, junto con todas sus adiciones y mejoras, en los términos y condiciones previstos en el Contrato²⁶.

Conforme a lo observado, las facultades contractuales de TRANSMILENIO se encaminan a la organización y buen funcionamiento de la prestación del Servicio Público de Transporte Masivo, sin que, en el texto del Contrato ni en sus otrosíes, se encuentre estipulación alguna que permita al Concedente hacer unilateralmente la corrección de la remuneración del contratista operador de la Troncal.

²⁶ Ver folio 339 Cuaderno de Pruebas No.1.

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

Por otra parte, si bien es cierto que el numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993 confiere a las entidades estatales el derecho de *adoptar “...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. (...)”*, también lo es que dicho derecho se encuentra limitado entre otros, por el deber de oportunidad en su reclamación, el principio de buena fe y la prohibición de ir en contra de los actos propios, tal y como se explicó en precedencia.

En igual sentido, en virtud de la función de dirección del contrato que se confiere a las entidades estatales, el numeral 1 del artículo 14 de la norma antes indicada, confiere las potestades de interpretación, modificación y terminación unilaterales, las cuales deben ejercerse no de manera caprichosa por la Administración, sino mediante la expedición del correspondiente acto administrativo, precedido de un procedimiento en el que se garantice el debido proceso al contratista. Luego las facultades de interpretar y modificar las condiciones establecidas en un contrato estatal, a la luz del estatuto general de contratación, son extraordinarias y, por ende, no pueden ejercerse de cualquier manera o en cualquier momento, ni tampoco pueden ser declaradas judicialmente de manera desarticulada con las disposiciones legales y contractuales que informan el caso, sobre todo si con su ejercicio se busca pretermitir los procedimientos establecidos que procuran garantizar el derecho de defensa del contratista.

Asimismo, el marco normativo que establece las facultades de TRANSMILENIO, como Ente Gestor del Sistema, el cual se encuentra conformado, principalmente, por el Acuerdo 004 de 1999, el Decreto 831 de 1999, el Decreto 319 de 2006, el Decreto 486 de 2006, el Acuerdo 004 de 2007 y el Decreto 309 de 2009, confiere a dicha entidad estatal las facultades de planear, organizar, estructurar, vigilar, controlar, hacer seguimiento, coordinar y gestionar el servicio público de Transporte Masivo en el Distrito Capital, pero no regulan ni mucho menos otorgan facultades exorbitantes contractuales o derechos sancionatorios expresamente reglamentados por normas especiales superiores como son la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011, y disposiciones sobre la buena fe contenidas en la Constitución Política.

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO - CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

Por tanto, por su calidad de Ente Gestor del Sistema de Transporte Público, TRANSMILENIO tiene unas facultades diferentes de las contractuales relacionadas con el equilibrio económico del contrato y las facultades exorbitantes y, por ende, a partir de sus atribuciones como Gestor del Sistema no puede efectuar correcciones de manera unilateral o en cualquier tiempo, respecto de la remuneración del Concesionario. En ese entendido, y conforme a lo aquí expuesto, tampoco tiene vocación de prosperidad la pretensión de TRANSMILENIO basada en el argumento analizado.

Finalmente, resta señalar que, desde la óptica de la asignación de riesgos del Contrato, el evento que habría causado el riesgo económico que, según la demandante en reconvencción, habría generado la supuesta sobre remuneración al Concesionario, esto es, el aumento de pasajeros transportados no fue asignado al contratista y, por ende, no puede entenderse, a la luz del contrato, que deba asumirlo.

Sobre la asignación del riesgo de demanda del sistema, desde las definiciones del Contrato de Concesión, se encuentra claro que el riesgo de demanda sólo se contempló y asignó respecto de una disminución de pasajeros pagos, frente a los que hubiera estimado el Concesionario en el momento de formular su propuesta económica, pero no se contempló cómo se trataría el riesgo económico causado por un eventual aumento de los ingresos operativos debido a la extensión de la demanda de pasajeros inicialmente proyectada, es decir, el riesgo del aumento de pasajeros transportados y su impacto en el beneficio contenido en la cláusula 77 contractual.

Al respecto, en las definiciones del contrato de concesión se indicó²⁷:

1.23 *Demanda (riesgo de): es la contingencia consistente en la posibilidad de que se presente una disminución en el número de pasajeros pagos frente a los que fueron estimados por el CONCESIONARIO al momento de estructurar su propuesta económica dentro de la licitación pública No. 001 de 1999 convocada por TRANSMILENIO S.A.*

²⁷ Ver folio 314 del Cuaderno de pruebas No.1.

Ahora bien, como se denota en los folios 442 y 443 del Cuaderno de Pruebas 1, la asignación de riesgos del contrato fue la siguiente:

CLAUSULA 90.- DISTRIBUCION DE RIESGOS DEL CONTRATO

Para todos los efectos legales, se entenderán incluidos dentro de los riesgos propios del negocio del operador todos aquellos que no sean atribuidos expresamente a TRANSMILENIO S.A., así como los demás que no sean explícitamente excluidos de la órbita de responsabilidad del CONCESIONARIO según las cláusulas del presente contrato.

CLAUSULA 91. - RIESGOS DEL CONTRATO ATRIBUIDOS AL CONCESIONARIO

El concesionario a sumirá en su totalidad los riesgos que se deriven del cumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión, y será responsable frente a TRANSMILENIO S.A., como obligación de resultado, por la regularidad y el cumplimiento de las condiciones mínimas requeridas para la Operación Troncal dentro del Sistema Transmilenio, asumiendo, por lo tanto, los costos, gastos y medios que se requieran a dicho efecto.

Mediante el presente contrato, y en cuanto superen los mecanismos tendientes a diluir los efectos de los riesgos previstos en el contrato, el CONCESIONARIO asume expresamente los riesgos propios de la actividad económica de transporte masivo de pasajeros en Sistema Transmilenio, y del giro ordinario del negocio, incluidos dentro de la participación en los beneficios derivados de la explotación económica del servicio público de transporte dentro del Sistema Transmilenio, entre los cuales se encuentran los riesgos financieros, de financiabilidad, de demanda, de flujo de caja, de éxito del negocio y retorno de su inversión, los asociados a la variación del precio en los insumos de operación, el impacto que en los costos y en el retorno de la inversión previstos por el CONCESIONARIO puedan tener factores internos o externos al Sistema Transmilenio, que dificulten, retrasen o dilaten el proceso de implantación o puesta en marcha del mismo, y los demás riesgos que puedan identificarse en el proyecto, como lo son, entre otros, los riesgos derivados de la posible incidencia que la estructura económica del negocio de los concesionarios podrían llegar a tener los cambios en la regulación legal en general, y en particular aquella en materia tributaria, que expidas tanto la autoridades nacionales como las autoridades distritales, en detrimento de los costos y condiciones de la operación, o las que podrían derivarse de la situación general del país, son

riesgos asumidos en su totalidad por el CONCESIONARIO, como riesgos propios del giro de los negocios que asumirá mediante la concesión.

Así las cosas, resulta claro que las partes no pusieron ese riesgo en cabeza de CIUDAD MÓVIL y ésta no tiene, entonces, que asumirlo.

“Si las partes quieren correr con los riesgos, incluso porque cada una de ellas los percibe de forma diferente, deberán abstenerse de regularlos en su contrato. Su silencio no es indiferencia sino especulación. No prever un riesgo no lo suprime en lo absoluto, ni evita que uno de los contratantes soporte su peso”²⁸.

Consideraciones respecto de la Segunda Pretensión Subsidiaria.

A través de esta pretensión, la Demandante en reconvención busca que, en virtud del reconocimiento de la existencia de una sobre remuneración pagada al Concesionario, se declare que TRANSMILENIO está facultado para realizar la compensación de la suma correspondiente a este sobre pago, mediante el descuento de tal emolumento, de los valores correspondientes a su remuneración y proceder a su reintegro al Fondo de Estabilización Tarifaria.

Resulta claro para el Tribunal que esta pretensión no está llamada a prosperar en razón a que como se señaló en los argumentos jurídicos expuestos respecto de la Pretensión Primera Subsidiaria, íntimamente relacionada con la Pretensión abordada en este acápite, no se demostró la existencia de una sobre remuneración pagada a CIUDAD MÓVIL y, por tanto, el Tribunal se remite a las consideraciones expuestas en esa parte de este Laudo Arbitral.

En lo que respecta a la compensación, como medio de extinción de las obligaciones, sus requisitos están expresamente señalados en los artículos 1714 y 1715 del Código Civil, así.

Artículo 1714. Cuando dos personas son deudoras, una de la otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas.

²⁸ Mousseron, Jean-Marc, La gestion des risques par le contrat, *RTD. civ.*, París, 1988, p. 490.

Artículo 1715. *La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnan las calidades siguientes:*

1. Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
2. Que ambas deudas sean líquidas.
3. Que ambas sean actualmente exigibles". (Subrayado fuera de texto).

Lo primero que observa el Tribunal es que los presupuestos contenidos en la legislación civil como requisitos indispensables para que opere la compensación no se cumplen en el caso objeto de debate, toda vez que, al no existir la obligación de devolución de una supuesta sobre remuneración a cargo del Concesionario dada la inexistencia de misma, el operador CIUDAD MÓVIL no tiene la calidad de deudor frente a Transmilenio S.A y la obligación no reviste el carácter de exigible.

En lo que atañe a las precisiones efectuadas por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, respecto de la figura de la compensación, en sentencia del 31 de agosto de 2006, la Sección Tercera del Concejo de Estado, indicó:

“La compensación se sitúa como un modo de extinguir las obligaciones al tenor de lo prescrito por el artículo 1625 del Código Civil; a su vez, el artículo 1714 ibídem dispone que ‘Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas es decir que la compensación tiene cabida cuando cada una de las personas tiene, a la vez, la doble condición de acreedora y deudora. La doctrina ha señalado que la compensación evita un doble pago, una doble entrega de capitales simplificando de este modo las relaciones del deudor y del acreedor; cada uno cobra lo que debe; igualmente ha señalado que la compensación asegura la igualdad

jurídica entre las partes al evitar que la que primero pague quede expuesta al incumplimiento y aún a la insolvencia de la otra...”.

En igual sentido la Corte Suprema de Justicia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia con radicado C-1100131030321998-13220-01 del 16 de septiembre de 2005, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, señaló que un requisito *sine qua non* exigido para que opere la compensación es que las partes sean recíprocamente deudoras de créditos de una misma especie, tal y como lo prescriben los artículos 1714 y 1715 del C.C., lo cual se traduce en que ningún deudor puede oponer a su acreedor las deudas que éste tiene con terceros como resultado de la regla consistente en que nadie puede disponer de los derechos de los demás.

Por las razones expuestas, el Tribunal declarará que prosperan las excepciones de “Cumplimiento del Contrato” e “Imposibilidad de que se Compensen Obligaciones”, interpuestas por CIUDAD MÓVIL.

Finalmente, después de haber analizado los temas principales sobre los cuales versan las pretensiones y excepciones, tanto de la Demanda Inicial como de la Demanda de Reconvención, el Tribunal procederá a estudiar lo concerniente a la tacha de sospecha del testigo (1), el juramento estimatorio (2) y las costas del proceso (3).

F. Tacha de sospecha del testimonio del señor MAURICIO ARCINIEGAS JARA

En el curso de la declaración rendida por el señor MAURICIO ARCINIEGAS JARA, en audiencia de 3 de septiembre de 2019, fue tachado como sospechoso por la apoderada de TRANSMILENIO, quien expresó:

“DRA. REY: en este estado de la diligencia procedo en los términos del artículo 2011 del Código General del Proceso, a tachar al testigo Mauricio Arciniégas por cuanto considero que su imparcialidad como testigo está comprometida, porque como bien él señaló es el representante legal suplente de SI99 que otro de los concesionario de la fase I de Transmilenio a este concesionario Transmilenio también le ha hecho la misma reclamación que es objeto de la demanda de reconvención sobre el

concepto de sobre remuneración a SI99 igualmente se le ha requerido para el pago de esas sumas de dinero y en ese sentido considero que las resultas de este proceso lo afectan directamente y en ese sentido no se le puede considerar imparcial de cara a lo que ha sido objeto de su testimonio, muchas gracias”.

En su declaración, el señor Arciniegas expresó: “Soy asesor y soy el representante legal en este momento de un operador troncal de fase I SI99, Sistema Integrado de Transporte SI99, soy el representante legal suplente y pues hago asesoría”.

El 7 de septiembre de 2019, la Convocada remitió por correo electrónico los siguientes documentos:

- Comunicación No 17-07-2017 de la Subgerencia Jurídica de Transmilenio dirigida al señor VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ representante legal de SI 99
- Comunicación del 10 de mayo de 2017 del señor VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ, representante legal de SI 99 dirigida al Gerente General de TRANSMILENIO.
- Comunicación No 19-09-2017 de la Subgerencia Jurídica de Transmilenio dirigida al señor VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ representante legal de SI 99.
- Comunicación No 04-05-2017 de la Subgerencia Jurídica de Transmilenio dirigida al señor VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ representante legal de SI 99.

De esta manera está acreditado en el expediente el hecho en el que se funda la tacha de la apoderada de la demandada. Ahora bien, sobre la forma como debe procederse en caso de tacha y sus consecuencias es necesario analizar el régimen legal sobre la materia, el artículo 211 del Código General del Proceso:

Artículo 211. Imparcialidad del testigo. *Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias,*

sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Esta norma sólo exige que se expresen las razones pertinentes al formular la tacha y lo que procede es que el Tribunal, en razón de la tacha formulada, examine el dicho del señor ARCINIEGAS con especial cuidado y lo confronte con las otras pruebas que obran en el expediente, tal como de manera antecedente lo ha presentado el tribunal. (O, colocar este aparte con anterioridad a los redactados por la doctora Consuelo)

G. El juramento estimatorio

Atendidas las pretensiones planteadas por CIUDAD MÓVIL en su demanda y aquellas formuladas por TRANSMILENIO en su demanda de reconvención, junto con las excepciones de mérito presentadas por las partes para enervar las pretensiones antes mencionadas, es menester que el Tribunal se pronuncie sobre el juramento estimatorio presentado por CIUDAD MÓVIL y objetado por TRANSMILENIO y sobre aquél presentado por TRANSMILENIO, en su demanda de reconvención, que a su vez fue objetado por CIUDAD MÓVIL. Para tal fin, se tiene el artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por la ley 1743 de 2014, señala:

Artículo 206. Juramento estimatorio. *Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.

Al pronunciarse sobre el artículo 206 antes transcrito, la Corte Constitucional, precisó:

“Al aplicar los parámetros dados en la Sentencia C-662 de 2004, empleados también en la Sentencia C-227 de 2009, para establecer si la norma demandada preveía una sanción excesiva o desproporcionada, la Corte pudo establecer que la finalidad de desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias es acorde con el ordenamiento constitucional; que esta norma es potencialmente adecuada para cumplir dicha finalidad; y que sólo en uno de los escenarios hipotéticos planteados -en el de que la causa de no satisfacer la carga de la prueba sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado-, la sanción resulta excesiva o desproporcionada frente al principio de la buena fe y a los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso.

(...)

Si bien el legislador goza de una amplia libertad para configurar los procedimientos, no puede prever sanciones para una persona, a partir de un resultado, como el de que se nieguen las pretensiones por no haber demostrado los perjuicios, cuya causa sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”. (Subraya el Tribunal)

De esta manera, el Tribunal encuentra que únicamente podrá imponerse la citada sanción cuando la parte que presta el juramento hubiere desplegado un comportamiento negligente en el transcurso del proceso.

En lo que respecta a CIUDAD MÓVIL, presentó sus argumentos con convicción plena, se esforzó por allegar las pruebas que consideró pertinentes para la toma de la decisión por parte del Tribunal y, adicionalmente, facilitó el desarrollo del trámite presentando argumentos jurídicos debidamente fundamentados, lo cual condujo al Tribunal a decretar que prosperaran las pretensiones de su demanda. De esta manera, no se encuentra que la Convocante se halle inmersa en las hipótesis del artículo antes citado.

Revisada la actuación del demandante en reconvenición, el contenido de su demanda y la estimación del valor del perjuicio reclamados, es claro que las pretensiones de condena fueron negadas porque su reclamación carecía de todo fundamento contractual y fáctico, además de que las pruebas allegadas por TRANSMILENIO para tal efecto eran inconducentes, hechos que, de

acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional, lleva a que su reclamación se califique como inconsiderada. Por consiguiente, no sólo el valor estimado del perjuicio reclamado resulta totalmente injustificado, sino que, además, la carga probatoria que tenía la demandante en reconvención fue desatendida .

Con fundamento en lo expuesto, y en aplicación al párrafo del artículo 206 del C.G.P., el Tribunal impondrá la multa correspondiente, a favor del Consejo Superior de la Judicatura, por la suma de \$99.981.856, que corresponde al 5% del valor del perjuicio reclamado por valor de \$1.999.637.128.

H. Las costas del proceso

El Código General del Proceso, aplicable a este trámite, dispone en su artículo 365 lo siguiente:

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, nulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. *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.*
6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.*

El Tribunal considera que, en el contexto general del contencioso, la conducta de las partes, canalizada a través de la actuación de sus apoderados, fue adecuada, por lo cual considera que no hay lugar a la imposición de costas.

I. Parte Resolutiva

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre **LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL S.A.S.** como Parte Convocante y **LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**, como parte Convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por la habilitación de las partes y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que no prospera la tacha del testigo MAURICIO ARCINIEGAS JARA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

SEGUNDO: Declarar que prospera la primera pretensión de la Demanda Inicial, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Declarar que no prosperan las excepciones propuestas por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Declarar que no prospera la Pretensión Primera Subsidiaria de la Demanda de Reconvención Reformada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Declarar que no prospera la Pretensión Segunda Subsidiaria de la Demanda de Reconvención Reformada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Declarar que prosperan las excepciones de “Cumplimiento del Contrato” e “Imposibilidad de que se Compensen Obligaciones”, interpuestas por SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL S.A.S., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y en aplicación al parágrafo del artículo 206 del C.G.P., condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. a pagar la suma de pesos NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$99.981.856); a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración.

El pago de la anterior sanción deberá realizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente Laudo, y dentro del mismo término, deberá radicarse ante la secretaria del Tribunal, la copia de la consignación respectiva.

OCTAVO: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, no imponer condena en costas a las partes.

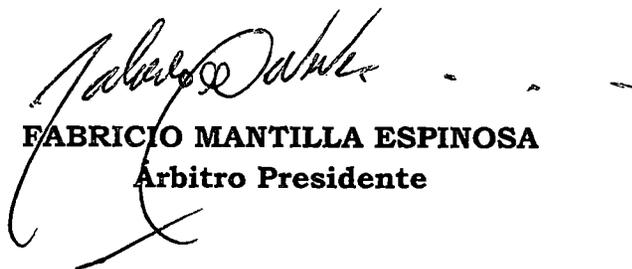
TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

NOVENO: En firme el presente laudo arbitral, se causa el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, más el IVA correspondiente, de conformidad con las normas tributarias vigentes en el momento de su causación. El Presidente procederá a pagarlos a la ejecutoria del laudo o de la providencia que lo aclare, corrija o complemente, a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal y a devolver a las partes el remanente que no hubiere sido utilizado. De conformidad con lo dispuesto en la ley 1743 de 2014, descontar del pago final de los honorarios de los árbitros y de la secretaria el valor correspondiente a la contribución especial arbitral y consignarla a la orden del Consejo Superior de la Judicatura.

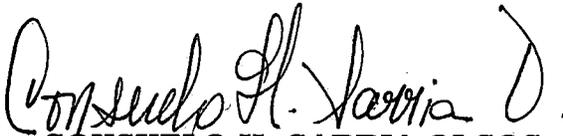
DÉCIMO: Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas que presten mérito ejecutivo de este laudo con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes.

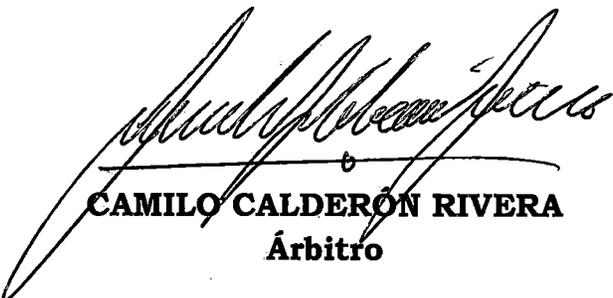
UNDÉCIMO: Ordenar que, en los términos del artículo 47 de la Ley 1563 de 2012, se haga entrega, por Secretaría, del expediente completo del trámite arbitral, incluyendo el original del Laudo Arbitral, para su archivo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOTIFÍQUESE


FABRICIO MANTILLA ESPINOSA
Arbitro Presidente

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO - CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.


CONSUELO H. SARRIA OLCOS
Arbitro


CAMILO CALDERÓN RIVERA
Árbitro


LAURA MARCELA RUEDA ORDÓÑEZ
Secretaria Ad Hoc

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| A. ANTECEDENTES | 2 |
| 1. El Contrato origen de las controversias. | 2 |
| 2. El Pacto Arbitral | 2 |
| 3. El trámite del proceso arbitral | 3 |
| 4. Término de Duración del Proceso | 7 |
| 5. Audiencia para proferir el Laudo Arbitral | 7 |
| 6. Presupuestos procesales y nulidades | 7 |
| 7. Partes Procesales y apoderados judiciales. | 8 |
| B. CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA | 9 |
| 1. Pretensiones de la parte Convocante. | 9 |
| 2. Hechos de la Demanda | 9 |
| 3. Excepciones de mérito formuladas por la Parte Convocada a la Demanda Principal: | 17 |
| 4. Demanda de Reconvención Reformada. Pretensiones: La Parte Convocada en su memorial de demanda de reconvención reformada, precisa sus pretensiones así: | 17 |
| 4. Hechos de la Demanda de Reconvención: | 19 |
| 6. Excepciones formuladas por la Parte Convocante contra la Demanda de Reconvención Reformada: | 32 |
| C. PRESUPUESTOS PROCESALES Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL | 33 |
| 1. Competencia del Tribunal | 33 |
| 1.1 La competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la cláusula de Reversión del Contrato: | 33 |
| 1.2 La inexistencia objeto litigioso o controversia actual: | 46 |
| 1.3 La falta de legitimación en la causa por activa alegada por CIUDAD MÓVIL | 47 |
| D. PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPIAL | 51 |
| 1. La cláusula de reversión y el Contrato de Concesión celebrado por TRANSMILENIO y CIUDAD MÓVIL | 51 |
| 1.2. La cláusula de reversión | 55 |
| E. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA | 67 |

TRIBUNAL ARBITRAL
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO – CIUDAD MÓVIL. S.A.S
VS.
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

| | |
|--|------------|
| 1. La supuesta sobre remuneración pagada por TRANSMILENIO a CIUDAD MÓVIL..... | 67 |
| F. Tacha de sospecha del testimonio del señor MAURICIO ARCINIEGAS JARA | 95 |
| G. El juramento estimatorio | 97 |
| H. Las costas del proceso | 100 |
| I. Parte Resolutiva..... | 101 |