

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. – SOMOS K S.A.
CONTRA
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Surtidas como se encuentran la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre **SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. – SOMOS K S.A. CONTRA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, surgidas con ocasión del contrato de concesión 017 de 12 de febrero de 2003, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

1. ANTECEDENTES

1.1. PARTES PROCESALES

1.1.1. Parte Convocante

La Parte Convocante de este trámite arbitral es **SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES SOMOS K S.A. (antes SI02 S.A.)**, sociedad constituida mediante Escritura Pública No. 2434 de la Notaría 41 del Círculo de Bogotá, domiciliada en Bogotá (NIT 830.111.317-7), representada legalmente por su Gerente, **ENRIQUE WOLFF MARULANDA**, mayor, domiciliado y residente en Bogotá, según el certificado de existencia y representación legal que obra a folios 6 a 9 del Cuaderno Principal No. 1.

En este trámite arbitral está representada judicialmente por el doctor **HÉCTOR FALLA URBINA**, de conformidad con el poder que obra a folio 5 del Cuaderno Principal No. 1.

1.1.2 Parte Convocada

La parte convocada del presente trámite arbitral es la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. (NIT 830.063.506-6)**, sociedad por acciones constituida entre entidades públicas del orden distrital bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos, autorizada mediante Acuerdo No. 004 del 4 de febrero de 1999 del Concejo de Bogotá, constituida mediante escritura pública número 1528 del 13 de octubre de 1999 de la Notaría 27 de Bogotá, representada por **SERGIO PARÍS MENDOZA**, domiciliado y residente en Bogotá, en su carácter de Gerente General, según documentos obrantes a folios 10 al 13 del Cuaderno Principal No. 1.

En este trámite arbitral está representada judicialmente por el doctor **NELSON BARRERA** de conformidad con el poder que obra a folio 295 del Cuaderno Principal No. 1.

1.2. EL CONTRATO

Las controversias suscitadas entre las partes dimanaron del Contrato No. 017 de 2003 de Concesión para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el Sistema TransMilenio.

1.3. EL PACTO ARBITRAL

Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad cláusula compromisoria contenida en la cláusula 170 del contrato de concesión 017 de 12 de febrero de 2003, estableciendo que:

“Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, 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: 170.1. El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes cuando la cuantificación de la pretensión o la valoración del conflicto sea igual o superior a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de presentación de la respectiva solicitud de citación del Tribunal. En el caso en que el valor de estimación del conflicto o de las pretensiones se encuentre por debajo de tal valor, se designará un único árbitro. 170.2. La designación del (los) árbitro (s) deberá realizarse dentro de los diez (10) días hábiles 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 esta quien los designe. En este evento como mínimo uno de los árbitros debe ser especializado en derecho administrativo. 170.3. Los árbitros decidirán en derecho. 170.4. 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. 170.5. 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. 170.6. 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. 170.7. Los gastos que ocasione el tribunal de arbitramento, serán cubiertos por la parte que resulte vencida. 170.8. El tribunal tendrá un plazo de 4 meses prorrogables por un plazo igual, en caso de que así lo consideren necesario los miembros del Tribunal”.

1.4. INICIACIÓN DEL TRÁMITE

1.4.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria antes transcrita, **SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES SOMOS K S.A.** el día veintinueve (29) de mayo de dos mil quince (2015), presentó solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral contra **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**¹

1.4.2. Previa designación de común acuerdo de los árbitros, aceptación oportuna de estos y citación de los doctores **JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY, DAVID LUNA BISBAL, ADRIANA POLANIA POLANIA**², el diecinueve (19) de agosto de dos mil quince (2015), Acta No. 1, con la presencia de todos los árbitros, se instaló el Tribunal de Arbitramento, designó como Presidente al doctor **JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY** y Secretaria a **JEANNETTE NAMÉN BAQUERO**, y profirió el Auto No. 1, fijándose como lugar de funcionamiento y secretaría la sede Chapinero del Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la calle 67 No. 8-32/44, piso 5º de Bogotá. De igual forma, mediante Auto No. 2 se admitió la solicitud de convocatoria y demanda arbitral y su respectiva sustitución presentada por la parte convocante.³

1.4.3. El día diecinueve (19) de agosto de dos mil quince (2015), el apoderado de la parte convocante sustituyó la demanda arbitral y el Tribunal mediante Auto No. 2, la admitió.⁴

1.4.4. El mismo día se comunicó la designación a la Secretaria, quién el veintiuno (21) de agosto de 2015, aceptó y cumplió con el deber de información previsto en el artículo 15 de la ley 1563 de 2012.

¹ Cuaderno Principal No. 1, folios 1 a 4.

² Cuaderno Principal No. 1, folios 57 y ss.

³ Cuaderno Principal No. 1, folios 183 a 187.

⁴ Cuaderno Principal No. 1, folios 147 a 181.

1.4.5. Oportunamente, el día quince (15) de septiembre de dos mil quince (2015), la parte convocada, por conducto de su apoderado judicial, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, proponiendo excepciones de mérito y solicitando la práctica de pruebas.⁵

1.4.6. El día veintiuno (21) de septiembre de 2015 mediante fijación en lista se dio traslado de las excepciones propuestas en la contestación.⁶

1.4.7. Mediante escrito radicado el día veintiocho (28) de septiembre de 2015, el apoderado de la parte convocante recorrió el mencionado traslado, solicitando la práctica de pruebas y oponiéndose a la objeción del juramento estimatorio.⁷

1.4.8. Mediante Auto No. 4, Acta No. 2, del nueve (9) de octubre de dos mil quince (2015), el Tribunal fijó fecha y hora para la práctica de la audiencia de conciliación⁸.

1.4.9. Por Auto No. 5, Acta No. 3, de veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015), se aplazó la audiencia de conciliación.⁹

1.4.10. Por Auto No. 6 de cuatro (4) de noviembre de 2015, Acta No. 4, el Tribunal declaró fallida la audiencia de conciliación, y dispuso la continuación del trámite. El mismo día, mediante Auto No. 6, Acta 4, fijó la suma correspondiente a los gastos y honorarios del Tribunal, que fueran consignados dentro del término legal, en un cien (100) por ciento por la parte convocante.¹⁰ En la misma acta, se denegó la medida cautelar solicitada por la parte convocante.

1.4.11. Mediante el Auto No. 6, Acta 4, de cuatro (4) de noviembre de dos mil quince (2015), se fijó el día treinta (30) de noviembre de dos mil quince (2015), para llevar a cabo la primera audiencia de trámite¹¹.

1.5. TRÁMITE ARBITRAL

1.5.1. Primera audiencia de trámite

El día treinta (30) de noviembre de dos mil quince (2015), Acta No. 5, se realizó la Primera Audiencia de Trámite de conformidad con el artículo 30 de la ley 1563 de 2012.

Previo análisis de las cláusula compromisoria, la existencia y debida representación de cada una de las partes y las pretensiones formuladas por la demandante, así

⁵Cuaderno Principal No. 1, folios 196 a 240.

⁶Cuaderno Principal No. 1, folio 244.

⁷Cuaderno Principal No. 1, folios 245 a 263.

⁸Cuaderno Principal No. 1, folios 264 a 266.

⁹Cuaderno Principal No. 1, folios 269 a 270.

¹⁰Cuaderno Principal No. 1, folios 272 a 283.

¹¹Cuaderno Principal No. 1, folios 272 a 283.

como la contestación de la demandada, el Tribunal, mediante Auto No. 9 de treinta (30) de noviembre de dos mil quince (2015), se declaró competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias de contenido particular, económico y patrimonial surgidas entre las partes, en relación con el contrato celebrado entre las mismas.¹²

1.5.2. Audiencias de instrucción del proceso

Definida la competencia del Tribunal, se procedió a decretar las pruebas solicitadas por las partes mediante Auto No. 10 proferido en la audiencia treinta (30) de noviembre de dos mil quince (2015), Acta No. 5¹³.

El trámite se desarrolló en dieciocho (18) sesiones, en las cuales se asumió competencia, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas, se recibieron alegatos de conclusión y se profirió este Laudo.

1.5.3. Pruebas decretadas y solicitadas

Por Auto No. 10 proferido en audiencia del treinta (30) de noviembre de dos mil quince (2015), Acta No. 5, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

1.5.3.1. Documentales

Se tuvieron como medios de prueba, con el mérito legal probatorio que a cada cual corresponde, los documentos allegados con la solicitud de convocatoria y demanda arbitral y los documentos allegados con la contestación de la demanda arbitral.

1.5.3.2. Oficios

Se decretó oficiar a:

-Secretaría de Movilidad de la Alcaldía Mayor de Bogotá, con el fin de que remitiera informe sobre “el trámite adelantado por la sociedad SOMOS K S.A. para los efectos de la incorporación de la flota de reserva dentro del marco del contrato 017 de 2003 suscrito entre TRANSMILENIO S.A. y SOMOS K S.A. Cuáles son los requisitos de ley para la autorización, aprobación, incorporación y vinculación de vehículos como flota de reserva y si entre los mismos está el cumplimiento de obligaciones de chatarrización y su fundamento legal. Remita toda la correspondencia cruzada entre SOMOS K S.A. y la Secretaría de Movilidad de la Alcaldía Mayor de Bogotá autorización, aprobación, incorporación y vinculación de vehículos como flota de reserva dentro del marco del contrato 017 de 2003 suscrito entre TRANSMILENIO S.A. y SOMOS K S.A”.

¹² Cuaderno Principal No. 1, folios 286 a 293.

¹³ Cuaderno Principal No. 1, folios 286 a 293.

-TRIBUNAL ARBITRAL DE SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. – SOMOS K S.A. CONTRA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., para que allegara al proceso copia física y digital de los siguientes testimonios: Edgar Enrique Sandoval, Ivonne Alcalá Arévalo y Jorge Martínez. De igual forma para que enviara en medio magnético copia de los contratos con los demás operadores de fase 1 y 2 y los otrosíes y modificaciones que se dieron en el transcurso del tiempo incluyendo los del año 2009.

1.5.3.3. INFORME ESCRITO BAJO JURAMENTO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 195 del Código General del Proceso se decretó el informe escrito por parte del Representante legal de Transmilenio. Informe que fue remitido al Tribunal el día dieciséis (16) de febrero de 2016, suscrito por la doctora Alexandra Rojas Lopera, en su calidad de Gerente General de la Convocada.

1.5.3.4. Testimoniales

El Tribunal decretó y practicó los testimonios de los Señores **MERCEDES GARCÍA PÉREZ, JORGE ANDRÉS GUTIÉRREZ ARBOLEDA, AMPARO ALVIS PEDREROS** el día primero (1º) de febrero de 2016. **CARLOS ARIZA ROBAYO, RICARDO MARTÍNEZ GARCÍA, ERNESTO CADENA ROJAS**, el día dos (2) de febrero de 2016. **LUIS FERNANDO GARCÍA CERÓN**, el día quince (15) de febrero de 2016. Las transcripciones de las grabaciones de estos testimonios se pusieron a disposición de las partes y se agregaron al Cuaderno de Pruebas No. 3 del expediente.

El apoderado de la parte convocante desistió de la práctica del testimonio de **MAURICIO SANDOVAL TAMI** y el Tribunal mediante Auto No. 15 de veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016), aceptó su desistimiento.

1.5.3.5 Exhibición de documentos concurrente con Inspección judicial

De conformidad con el artículo 265 se decretó la exhibición de documentos e inspección solicitada en la sustitución de la demanda en las instalaciones de **TRANSMILENIO**.

El día veinticuatro (24) de febrero de 2016 se realizó en la sede del Tribunal la exhibición de documentos por parte de Transmilenio.

De igual forma se decretaron las siguientes exhibiciones concurrentes con inspección judicial:

Por parte de Transmilenio, Secretaría de Movilidad y el Consorcio Servicios Integrales para la Movilidad. Diligencias que se realizaron en la sede el Tribunal el día once (11) de abril de 2016.

El apoderado de la parte convocante desistió de las inspecciones judiciales solicitadas en Transmilenio, Secretaría de Movilidad Distrital y Consorcio Servicios Integrales para la Movilidad, por haberse practicado las exhibiciones de documentos y encontrarse satisfecho el objeto de las pruebas. El Tribunal mediante Auto No. 19 de veintitrés (23) de mayo de 2016, aceptó su desistimiento.

1.5.3.6. Dictámenes Periciales

- **Dictamen Pericial financiero y contable**

Se decretó la práctica del dictamen pericial solicitado en los términos indicados en el acápite de Pruebas de la demanda. El apoderado de la parte convocante desistió de su práctica y el Tribunal en Auto No. 11 de treinta (30) de noviembre de 2015, aceptó su desistimiento.

- **Dictamen Pericial financiero y contable aportado por una de las partes**

De conformidad con el artículo 227 del CGP, se tuvo como prueba el dictamen pericial aportado por la parte convocante que fue rendido por Álvaro Bedoya Cajiao.

El día cinco (5) de febrero de 2016, el apoderado de la parte convocada solicitó al Tribunal que se citara al perito Álvaro Bedoya Cajiao con el fin de interrogarlo sobre el dictamen aportado. Diligencia que tuvo lugar el día once (11) de abril de 2016.

1.5.3.7 Pruebas Trasladas

De conformidad con el artículo 174 del CGP se dispuso oficiar al Tribunal de SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. SOMOS K S.A. Y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. integrado por los doctores Andrés Fernández de Soto, Alier Hernández Henríquez y José Vicente Guzmán, para que remitiera copia física y digital de los siguientes testimonios: Edgar Enrique Sandoval, Ivonne Alcalá Arévalo y Jorge Martínez.

De igual forma para que se enviara en medio magnético copia de todo lo actuado dentro del proceso hasta la fecha de la prueba. El día catorce (14) de abril de 2016 el apoderado de la parte convocante aportó los documentos antes señalados.

1.5.4. Audiencia de alegatos de conclusión

En audiencia celebrada el día veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016), el Presidente del Tribunal manifestó que “una vez hecho un cotejo entre las pruebas decretadas y las practicadas, advierte que se han evacuado todas, conforme a la ley y se ha observado la plenitud de las formalidades propias del juicio, por lo tanto es procedente cerrar el periodo probatorio, por lo que requiere a las partes que si tienen alguna observación con relación al punto la pongan de presente, en este momento de la audiencia.

Los apoderados de las partes manifestaron no tener objeción frente a la forma en que se han practicado las pruebas decretadas en este proceso”.

Posteriormente, para los efectos indicados en el art. 132 del Código General del Proceso que dispone: “Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación”, el Presidente manifestó que no se observa causal de nulidad en lo actuado hasta el presente, y requiere a las partes, para que si observan alguna lo manifiesten.

Los apoderados de las partes, reiteraron que todas las pruebas fueron evacuadas conforme a la ley y según las observancias de las formalidades propias del juicio, que no observan causal de nulidad, por lo que están conformes y solicitan declarar cerrado el periodo probatorio”.

Mediante Auto No. 20 de la misma fecha el Tribunal declaró cerrado y concluido el periodo probatorio y fijó fecha para la audiencia de alegatos de conclusión.

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes en audiencia celebrada el día cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016), expusieron sus alegatos de manera oral.

1.5.5. Concepto del Procurador 51 Judicial II Administrativo

El día diecinueve (19) de agosto de 2016, el Procurador **RODRIGO BUSTOS BRASBI** rindió concepto legal sobre el asunto sometido al conocimiento del Tribunal, entregando el escrito contentivo del mismo, del cual se transcribe textualmente sus apartes más importantes:

“Lo previsto en la citada cláusula, que es una obligación del concesionario, no es otra cosa que una medida preventiva de TransMilenio para garantizar que ante cualquier eventualidad (accidente o falla mecánica o mantenimiento preventivo de un bus de la flota de referencia), se preste el servicio con esa denominada flota de reserva, que solo entrará en funcionamiento cuando se deba reemplazar a un bus de los de la operación regular, para que haga o preste el servicio que le corresponde a éste”.

“Por lo anterior, podemos decir a manera de conclusión que los kilómetros que recorre un bus de la flota de reserva si se contabilizan o computan pero no como adicionales o nuevos, sino que son en reemplazo del bus que ha sufrido el percance o la eventualidad que le impide cumplir con el o los recorridos asignados,

de tal manera que entran a hacer parte de los kilómetros asignados a la flota de operación o de referencia”.

“En segundo lugar, en mi opinión de manera coherente con lo anterior, en la cláusula 147 del mismo contrato, al establecer su duración, señala que la etapa de operación regular tendrá una duración máxima de 15 años o hasta el momento en que la flota complete un promedio de 850.000 kilómetros, lo que suceda primero, y establece una fórmula para calcular el promedio del recorrido, en la cual **al definir el tamaño de la flota vinculada excluye de manera expresa la flota de reserva”.**

“Así mismo, la Ley 688 del 2001, “Por medio de la cual se crea el Fondo Nacional para la Reposición del Parque Automotor del Servicio Público de Transporte Terrestre y se dictan otras disposiciones”, en su artículo segundo “Renovación y reposición” establece la renovación, como venta de un vehículo de transporte público para la adquisición de un vehículo de modelo posterior, dentro de la vida útil determinada por ley; y la reposición, como sustitución de un vehículo que ha alcanzado el término de su vida útil por otro nuevo o de menor edad, dentro de la vida útil determinada por la Ley; y en su párrafo señala que el proceso de renovación y reposición del parque automotor, **en ningún caso implica un incremento de la capacidad transportadora de la empresa”.**

“En nuestra opinión es claro que estos numerales del pliego de condiciones y las proformas relacionadas con la propuesta económica y el tamaño de la flota hacer relación a la denominada flota de referencia, y no se puede entender que es respecto a la flota de reserva”.

“Así mismo, **no se establece una contradicción entre las cláusulas del contrato y los pliegos de condiciones, los adendos y la propuesta del concesionario, de tal manera que lo que corresponde es hacer un análisis e interpretación integral del contrato y los documentos que hacen parte del mismo, que sirven de complementa, adición o aclaración del mismo”.**

“Podemos decir entonces, que la idea o la finalidad de la reposición de los vehículos, que implica la chatarrización o desintegración física de los buses que están prestando el servicio, es la de garantizar que no se presente una sobreoferta del servicio, de tal manera que si el mercado indica que el número de sillas o buses que se necesitan para garantizar la adecuada prestación del servicio son 300.000, para poder ingresar buses nuevos, pues se deben retirar del servicios, los buses, busetas o colectivos “viejos” que vienen prestando el servicio, esto, en una hipótesis de uno por uno”.

“Ahora, si los buses de la flota de reserva tienen el propósito de reemplazar o sustituir a los buses de la flota de referencia que estando en operación no pueden prestar el servicio en un momento determinado por razones mecánicas, de mantenimiento o cualquier otra eventualidad, no parece razonable, desde el punto de vista de la lógica, del sentido común y de la interpretación contractual, que se exija como requisito para la vinculación de estos buses, la chatarrización, ya que no van a reemplazar los buses que estén prestando el servicio colectivo, sino, como se ha repetido, reemplazan a un bus de la flota de referencia”.

“2.9.4.- En la ejecución del contrato se encuentran opiniones o interpretaciones disímiles de las cláusulas contractuales respecto del caso que nos ocupa; verbi gracia, la señora Mercedes García Pérez, Directora del Servicio al Ciudadano de la Secretaría Distrital de Movilidad hasta el 24 de enero del 2016 y el señor Ernesto Cadena Rojas, Subgerente Jurídico de TRANSMILENIO, en las respectivas diligencias de recepción de sus testimonios señalan que es obligatoria la desintegración física de buses, busetas o colectivos que vienen prestando el servicio público de transporte masivo de pasajeros, sea que se trate de vincular buses al sistema Transmilenio a la denominada flota de referencia, regular o de operación, o que se trate de la flota de reserva, mientras que el señor Jorge Andrés Gutiérrez Arboleda, Director de Programación de SOMOS K, y el señor Carlos Ernesto Ariza Robayo, Asesor Jurídico del mismo concesionario, en sus testimonios coinciden al asegurar que la reposición es un requisito para la flota referente o de operación regular, pero no para la vinculación de la flota de reserva.

*Igual diferencia se observa en otras piezas procesales referenciadas arriba, por ejemplo, de una parte, en el oficio del 26 de mayo del 2014, dirigido al Doctor Luis Carlos Guarín López, Director de Servicio al Ciudadano de la Secretaria Distrital de Movilidad, el Gerente General del consorcio Servicios Integrales- SIM, señala que no existe una norma jurídica que especifique si tratándose de los vehículos que ingresan como flota de reserva de los concesionarios de TRANSMILENIO debe exigirse reposición, y **concluye que no se aplica la figura de la reposición frente a aquellos vehículos cuyo ingreso obedece a la flota de reserva;** y de otra parte, en el concepto suscrito por el Doctor Ernesto Cadena Rojas, Subgerente Jurídico de Transmilenio, del 9 de junio del 2014, enviado al Doctor Mauricio Sandoval Tami, Director de BRT, en respuesta a una solicitud de pronunciamiento respecto a la procedencia de la desvinculación del servicio de los vehículos K159, K160 y K161 por no haber cumplido con la cuota de chatarrización, luego de hacer referencia a varias normas y a las cláusulas 71, 73 y 75 del contrato de concesión, **considera que siempre que se vincule un vehículo***

nuevo al sistema deberá acreditarse la cuota de chatarrización, independientemente que se trate de flota regular o de reserva, ya que el contrato de concesión no hace ninguna distinción”.

“2.9.6.- En las cláusulas 71, 72, 73 y 74 del contrato No. 17 de 2003, celebrado entre las partes encontramos que se hace relación a la “flota”, se estableció que sólo se pueden incorporar al Sistema de Transporte los vehículos que obtengan el Certificado de vinculación al Servicio, que expide TRANSMILENIO una vez se haya cumplido con los requisitos establecidos, dentro de los que se encuentra el de acreditar la “reposición de flota”, que el concesionario debe vincular una flota conformada por el número de vehículos que le fue asignada en la licitación pública y dicha vinculación se hará al par y paso que TRANSMILENIO señale, y el proceso de desintegración física total como cumplimiento de la reposición; encontramos también, que si bien en las anteriores cláusulas no se hace distinción alguna entre flota de referencia y flota de reserva, en una posterior (cláusula 75) se consagra o se prevé la exigencia contractual relacionada con la flota de reserva, describiéndola como una flota adicional a la flota de operación, como reserva técnica para “que le asegure al sistema la cobertura y disponibilidad permanente de la flota adjudicada y que permita cubrir las contingencias del Sistema TransMilenio en su operación y las necesidades de mantenimiento de la flota”.

“Ha quedado claro que uno de los requisitos para la vinculación de los buses al Sistema, es la reposición, chatarrización o desintegración física de buses, busetas o colectivos que vengán o se encuentren prestando el servicio de transporte público masivo de pasajeros en la Ciudad, con el fin de controlar la sobreoferta en el servicio; entonces, si los vehículos que van a reemplazar los buses, busetas o colectivos, que han venido prestando el servicio, son los buses articulados o biarticulados de TRANSMILENIO, se encuentra no solamente razonable, sino con respaldo legal y contractual la exigencia de éste requisito para la vinculación de buses pertenecientes a la flota de referencia.

Ahora, si los buses de la flota de reserva tienen el propósito de reemplazar o sustituir a los buses de la flota de referencia que estando en operación no pueden prestar el servicio en un momento determinado por razones mecánicas, de mantenimiento o cualquier otra eventualidad, no parece razonable, desde el punto de vista de la lógica, del sentido común y de la interpretación contractual, que se exija como requisito para la vinculación de estos buses, la chatarrización, ya que no van a reemplazar los buses que estén prestando el servicio colectivo, sino, como se ha repetido, reemplazan a un bus de la flota de referencia”.

1.6. AUDIENCIA DE FALLO

Mediante Auto No. 24, Acta No. 17, de cuatro (4) de agosto de 2016, el Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo que se realiza.

1.7. TÉRMINO PARA FALLAR

De conformidad con el artículo 10 de la ley 1563 de 2012, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, éste será de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite; *“Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales”*. (Artículo 11 ley 1563 de 2012)

El Tribunal se encuentra en término para fallar, conforme a las siguientes circunstancias:

a. El día treinta (30) de noviembre de dos mil quince (2015), se efectuó la primera audiencia de trámite, y mediante providencias números 9 y 10, proferidas en la misma audiencia y fecha (Acta No. 15), se asumió competencia y decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

b. El proceso se suspendió a petición conjunta de las partes en las siguientes oportunidades: del día primero (1º) de diciembre de 2015 hasta el día quince (15) de enero de 2016, ambas fechas inclusive (Auto No. 11); del seis (6) de febrero de 2016 hasta el día catorce (14) de febrero de 2016, ambas fechas inclusive (Auto No. 13); el dieciséis (16) de febrero de 2016 hasta el día veintitrés (23) de febrero de 2016, ambas fechas inclusive (Auto No. 14); del día veinticuatro (24) de mayo de 2016 hasta el día cinco (5) de julio de 2016, ambas fechas inclusive. (Auto No. 15); el día cinco (5) de agosto de 2016 hasta el día catorce (14) de septiembre de 2016, ambas fechas inclusive (Auto No. 24).

Fueron en total noventa y ocho (98) días hábiles de suspensión.

Culminada la primera audiencia de trámite el treinta (30) de noviembre de dos mil quince (2015), el término de los seis meses calendario vencería el treinta (30) de mayo de dos mil dieciséis (2016) y sumándole las suspensiones solicitadas, el término vence el día diecinueve (19) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Por consiguiente, el Tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

1.8. La Demanda y su Contestación

1.8.1. Pretensiones

En la sustitución a la demanda arbitral, la parte convocante, **SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES SOMOS K S.A.**, formuló las siguientes:

IV. “PRETENSIONES (CGP, Art. 82, Núm. 4º y en lo aplicable, CPACA, Art. 162, Núm. 2º)

Declarativas

Primera: Que se declare que el CONTRATO No. 017 de 2003, DE CONCESION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO, SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. “TRANSMILENIO S.A. Y SOMOS K S.A. (antes SI 02 S.A.) existe legalmente y se encuentra en ejecución a la fecha de presentación de la demanda arbitral.

Segunda: Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas No. 74 y 75 del CONTRATO No. 017 de 2003, DE CONCESION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO, SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. “TRANSMILENIO S.A. Y SOMOS K S.A. (antes SI 02 S.A.) y demás disposiciones legales y contractuales aplicables, la Flota de Reserva es adicional a la Flota de Operación Regular.

Tercera: Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula No. 75 del CONTRATO No. 017 de 2003, DE CONCESION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO, SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. “TRANSMILENIO S.A. Y SOMOS K S.A. (antes SI 02 S.A.) y demás disposiciones legales y contractuales aplicables, *“el tamaño de la flota de reserva será determinado autónomamente por el CONCESIONARIO”*.

Cuarta: Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula No. 147 del CONTRATO No. 017 de 2003, DE CONCESION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO, SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. “TRANSMILENIO S.A. Y SOMOS K S.A. (antes SI 02 S.A.) y del otro si modificatorio de fecha 6 de mayo de 2.013 así como demás disposiciones legales y contractuales aplicables, la Flota de Reserva no hace parte del cómputo de los kilómetros comerciales.

Quinta: Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula No. 147 del CONTRATO No. 017 de 2003, DE CONCESION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE MASIVO URBANO DE PASAJEROS

EN EL SISTEMA TRANSMILENIO, SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. “TRANSMILENIO S.A. Y SOMOS K S.A. (antes SI 02 S.A.) y del otro si modificatorio de fecha 6 de mayo de 2.013 así como demás disposiciones legales y contractuales aplicables, los kilómetros recorridos por Flota de Reserva no son tomados en cuenta para controlar el término de duración de la Etapa de Operación Regular, sino en cuanto reemplacen a la Flota de Operación Regular.

Sexta: Que se declare que, en consecuencia de lo anterior, el procedimiento contractual de Reposición de Flota, no es aplicable a la Flota de Reserva.

Séptima: Que la adopción de la interpretación sobre las cláusulas 71, 73, 74 y 75 del CONTRATO No. 017 de 2003, DE CONCESION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO, SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. “TRANSMILENIO S.A. Y SOMOS K S.A. (antes SI 02 S.A.) y demás disposiciones legales y contractuales aplicables, por la cual TRANSMILENIO S.A. considera que la vinculación de la Flota de Reserva requiere el agotamiento previo del procedimiento de Reposición de Flota, no cumple con las condiciones para la modificación ni para la interpretación unilateral previstas en las Cláusulas 165 y 166 del Contrato de Concesión antes nombrado.

Octava: Que se declare que TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al exigir requisitos extralegales para mantener la vinculación de los vehículos K-159 y K-160 y para vincular el K-161, todos ellos, pertenecientes a la Flota de Reserva de SOMOS K S.A.

Subsidiaria a la pretensión Octava anterior: Que se declare que TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales.

Novena: Condenar a TRANSMILENIO S.A. a indemnizar a SOMOS K S.A. los perjuicios generados como consecuencia de sus incumplimientos legales y contractuales, de todo orden, así como el pago de las demás compensaciones legales aplicables.

De condena

Décima: Que se condene a TRANSMILENIO S.A. a pagar a SOMOS K S.A. los perjuicios causados como consecuencia de sus incumplimientos legales y contractuales, a título de daño emergente y

lucro cesante, dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la ejecutoria del laudo.

Undécima: Que se condene a TRANSMILENIO S.A. a pagar a SOMOS K S.A. las costas del proceso, incluyendo agencias en derecho, honorarios y gastos del Tribunal.

Duodécima: Que se condene a TRANSMILENIO S.A. a pagar intereses a SOMOS K S.A. por los valores objeto de las condenas que se produzcan por parte de este Tribunal Arbitral desde la ejecutoria del Laudo Arbitral hasta la fecha de pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio, o a la tasa y condiciones que determine el Tribunal”.

1.8.2 Los hechos de la demanda, y su respectiva contestación

Las pretensiones formuladas por la parte convocante están fundamentadas en los hechos que se resumen a continuación:

Según la demanda, las partes suscribieron el 12 de febrero de 2003, el Contrato No. 017 de 2003 de Concesión para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el Sistema TransMilenio.

Dentro de las obligaciones fundamentales del Concesionario se encontraba la adquisición de vehículos con tipologías y condiciones técnicas, operativas y ambientales, con capacidad para ciento sesenta pasajeros (160) pasajeros (Contrato, Cláusulas 58 a 59).

Expresa que existe un procedimiento que se le conoce como “Reposición de Flota” y, consiste en que los asientos que se eliminan dentro del Transporte Público Colectivo (TPC), sean sustituidos por asientos equivalentes dentro del transporte masivo para que la demanda migre al nuevo servicio y evitar coexistencia o paralelismo de servicios. Dicho procedimiento se encuentra regulado por la Ley 688 de 2001, estableciendo que se debe efectuarse mediante reemplazo de un vehículo que alcanzó la vida útil por uno nuevo o de menor edad.

Manifiesta que TRANSMILENIO estableció un Procedimiento de Reposición de Flota, que consistía en el ingreso de un vehículo nuevo en reemplazo de un número plural de vehículos a convenir contractualmente, que salen del servicio para desintegración física total y cancelación de matrícula, con base en “Equivalencias” que contienen el número de buses a desintegrar por cada tipología de vehículo.

TRANSMILENIO incluyó topes superiores de intercambio en el Pliego en función de la tipología de los buses. La demanda hace unas precisiones sobre lo establecido en el pliego.

De igual forma, explica que en el contrato se incluyeron las obligaciones de vinculación y de reposición de flota y transcribe varias cláusulas del contrato.

Posteriormente, manifiesta que la remuneración del Concesionario está dada en función de los kilómetros comerciales recorridos y la tarifa ofertada; el Concesionario ofreció un Valor Unitario Por Kilómetro de \$3.774/Km.

Explica que la flota a vincular, puede ser de dos tipos: Flota de operación regular, también conocida como Referente, o; de Reserva.

De conformidad con la cláusula 74 del Contrato, la Flota regular o referente es aquella necesaria para la prestación oportuna del servicio y por lo tanto, los ciento cinco (105) buses iniciales que entrarían a sustituir los vehículos del Transporte Público Colectivo (TPC) mediante el procedimiento de reposición de flota, descrito en la mencionada cláusula. Por lo anterior, el Concesionario se comprometió a cumplir con las obligaciones, dentro del cual se encuentra la relativa a obtener el Certificado de Vinculación de los vehículos ofrecidos para la prestación del servicio de transporte, expedido por TRANSMILENIO, para lo cual adelantó el procedimiento de “Reducción de la Oferta” de los vehículos inventariados dentro del Pliego.

Posteriormente, transcribe la cláusula 75 relativa a la flota de reserva y la 145 sobre la duración de la etapa de operación regular.

Teniendo en cuenta lo anterior, TRANSMILENIO, emite de manera semanal un plan de servicios operativos por el número de buses de la flota de operación regular de SOMOS K, sin que jamás haya existido programación para la flota de Reserva.

Expresa que la flota de Reserva, solo entra en funcionamiento para reemplazar la operación de un articulado de la flota regular que por algún motivo mecánico o de siniestro no puede operar, y los kilómetros recorridos se abonan al bus regular que no operó normalmente pero no implican computo de kilómetros o remuneración alguna para el articulado de reserva que los recorrió.

Manifiesta la demanda que la convocante, tiene vinculados dos (2) Buses de Reserva al Sistema TRANSMILENIO, los K-159 y K-160, e intenta vincular uno adicional, el K- 161. Los dos (2) primeros vehículos, los K-159 y K-160, fueron vinculados al Sistema teniendo en cuenta el procedimiento básico que relata en la demanda. Con lo anterior, los vehículos K-159 y K-160 quedaron vinculados formalmente al Sistema y llevan operando como flota de reserva por espacio de más de dos años y medio.

Resalta la demanda que la convocante no fue requerida por TRANSMILENIO para que realizara el procedimiento de Reposición de Flota, por los motivos expresados en la misma.

Manifiesta que la convocante inició el procedimiento de vinculación de un tercer vehículo de la Flota de Reserva, el K-161, para lo cual el 3 de diciembre de 2013,

remitió a TRANSMILENIO la comunicación 23473 con la que entregó los mismos documentos remitidos para la vinculación de los vehículos K-159 y K-160, esto es, las placas, tarjeta de propiedad y de operación así como todo el procedimiento indicado en la demanda.

Sin embargo, el 10 de enero de 2014 la convocada exigió el agotamiento del procedimiento de Reposición de Flota como requisito para la vinculación de Flota de Reserva para vincular el K.161.

De lo anterior, concluye el apoderado de la convocante, que las autoridades de tránsito y registro consideraron cumplidas las obligaciones de la convocante y que fue la convocada quien las llevó una interpretación contraria, sin que se les exigiera chatarrización alguna.

Manifiesta que el 20 de junio de 2014, SOMOS K mediante comunicación 16257 se opuso a los señalamientos de incumplimientos de cuotas de desintegración para los vehículos K 159 y K 160.

Expresa que la etapa de arreglo directo fue iniciada el 8 de agosto de 2014 mediante comunicación 21036 dirigida por SOMOS K a TRANSMILENIO. El 27 de agosto de 2014, TRANSMILENIO remitió la comunicación 2014EE10480 a SOMOS K con la que mantuvo su posición y citó a reunión de arreglo directo para el 8 de septiembre de 2014.

El apoderado en su demanda, hace relación a un cruce de comunicaciones entre las partes, sobre el tema reseñado. Expresa que la etapa de arreglo directo concluyó sin éxito el 17 de abril de 2015 después de seis (6) reuniones en las que participaron funcionarios de ambas partes.

Después de un cruce de varias comunicaciones entre las partes, expresa la demanda que el 17 de Junio de 2015, el director de operaciones de TRANSMILENIO, informa que procederá a desvincular los vehículos K 159 y K 160, debido al incumplimiento de las cuotas de desintegración y le solicita a SOMOS K, vincular lo antes posible el articulado K 161 para no constituir un incumplimiento del contrato por quedarse sin flota de reserva.

Concluye manifestando que con la finalidad de mitigar los perjuicios a causar por la convocada, la convocante promovió la desvinculación de flota del Transporte Público Colectivo (TPC) del articulado K-161, articulado que no ha sido vinculado por cuanto el SIM, solicitó una certificación que no había sido pedida con anterioridad.

La **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones y frente a los hechos aceptó algunos, negó varios y solicitó la práctica de pruebas.

Propuso como excepciones:

1. ACTUACIÓN DE TRANSMILENIO DENTRO DEL MARCO DE SUS COMPETENCIAS – CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS QUE LE DA EL CONTRATO Y LA LEY A TRANSMILENIO S.A.

Sustenta su excepción manifestando que la convocada para la incorporación de Flota de Reserva está facultada, llamada y obligada a exigir el cumplimiento de los requisitos que establece el contrato y la ley misma, y velar por que ello tenga lugar.

Expresa que el cumplimiento de las cuotas de chatarrización de la flota de reserva por parte del concesionario, sí está previsto en el contrato y en la Ley. Por lo anterior la convocada en sus actuaciones como ente gestor y dentro del control de la ejecución contractual y de las obligaciones, procede a verificar y a solicitar que tal obligación tenga cumplimiento.

2. EXISTENCIA DE ERROR – ERROR DE TRANSMILENIO S.A. – ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Sustenta esta excepción expresando que cualquier trámite que se hubiere adelantado dentro de la ejecución del contrato 017 de 2003 relacionada con la incorporación inicial de flota de reserva o decisión de la administración que se hubiere tomado por parte de TRANSMILENIO S.A. sobre el mismo particular, que se encuentre inmersa en los hechos de la demanda y de manera especial más no exclusiva, frente al trámite de la vinculación inicial de los vehículos K-159 y K-160.

Frente al tema del otorgamiento de las matrículas iniciales de los vehículos incorporados al servicio como flota de reserva tanto la Secretaría de Movilidad como el SIM han considerado que no se dio cumplimiento a los requisitos contractuales y legales para el efecto, en especial frente al tema de la chatarrización

3. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE TRANSMILENIO S.A.

Manifiesta que la convocada, no ha incurrido en ningún sentido en incumplimiento del contrato, por el contrario, ha velado por el cabal cumplimiento del objeto contractual exigiéndole al contratista el cumplimiento de sus obligaciones, de manera puntual aquellas que guardan relación con sus obligaciones de resultado, como en el caso de la desintegración de buses, reposición, chatarrización e incorporación de la flota.

4. INEPTA DEMANDA

Expresa que la excepción se plantea frente a cualquier hecho que resulte demostrado dentro del proceso que dé lugar a su existencia ya sea cumplimiento de requisito legal, acto administrativo a demandar, partes por demandar, o indebida integración del contradictorio, entre otros aspectos.

5. FALTA DE CAUSA PARA PEDIR

Manifiesta que no existe causa para pedir por cuanto no existe acción, omisión, extralimitación, hecho administrativo, vía de hecho o elemento alguno que provenga de la convocada y que sirva de causa generadora de responsabilidad para la misma.

Expresa que no se han vulnerado los principios rectores de la contratación estatal contenidos en la Ley 80 de 1993 y no se ha actuado en contravía del principio de planeación.

6. HECHO DE TERCERO O CULPA DE TERCERO

Sustenta su excepción manifestando que cualquier actuación de un tercero que hubiere afectado la ejecución del contrato y el cumplimiento de las obligaciones por parte del Concesionario, o sea determinante en la ocurrencia de los hechos alegados en la demanda, es causal eximente de la responsabilidad de la convocada.

Expresa que la causal es aplicable en relación con a las actuaciones de la Secretaría de Movilidad, el SIM (Servicios Integrales de Movilidad) o cualquier tercero que hubiere tenido injerencia en relación con los hechos de la demanda.

7. BUENA FE

Manifiesta que La EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. ha actuado de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones que adquirió con Somos K, desde la celebración y ejecución del contrato de concesión No. 017 del año 2003, actuando dentro de los criterios de buena administración pública y la gestión del sistema TransMilenio dentro del marco que se obligó según el contrato para el logro de los fines y cometidos estatales.

8. EXCEPCIÓN GENÉRICA

Por último solicita al Tribunal declare a favor de los argumentos de la parte demandada y en contra de las pretensiones de la demanda, cualquier otra excepción de mérito nominada o innominada que aparezca probada.

2.- CONSIDERACIONES

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

La totalidad de los denominados “presupuestos procesales”¹⁴ concurren en este proceso, así:

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de agosto de 1954.

DEMANDA EN FORMA

1. La demanda se ajusta, en lo formal, a la plenitud de las exigencias normativas consagradas por el artículo 82 del Código General del Proceso. En su oportunidad fue admitida por el Tribunal, sin reparo de la parte demandada.

COMPETENCIA

2. El Tribunal, según analizó detenidamente en la providencia proferida el treinta (30) de noviembre de dos mil quince (2015), como consta en el Acta No. 5, es competente para el juzgamiento y decisión de la controversia planteada en las pretensiones de la demanda, todas de contenido particular, específico y concreto, de naturaleza patrimonial, económica y susceptibles de transacción y disposición entre sujetos plenamente capaces y, por ende, de “pacto arbitral”.

3. Las partes de este proceso, en ejercicio del derecho constitucional fundamental de acceso a la Administración de Justicia, al tenor de los artículos 116 de la Constitución Política¹⁵, y las normas previstas en la ley 1563 de 2012, están facultadas para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de las controversias, y ante la imposibilidad de solucionarlas por la vía del arreglo directo, en efecto han promovido el presente arbitramento y comparecido por conducto de sus representantes legales y apoderados judiciales, con concurrencia de la plenitud de las exigencias normativas para tal efecto, para efectos de someter el conflicto al conocimiento y juzgamiento de árbitros.

4. Es sabido que la justicia arbitral, como expresión de la jurisdicción del Estado, encuentra reconocimiento y legitimidad constitucional, y por su virtud se confiere transitoriamente la función pública de administrar justicia a sujetos habilitados por las partes y el ordenamiento jurídico, según el artículo 116 de la Constitución Política a cuyo tenor:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

5. Los árbitros investidos de la función de administrar justicia, por mandato constitucional, en el ejercicio de su actividad integran la jurisdicción del Estado, ostentan para el caso concreto el carácter de juzgadores, están sujetos a idénticos deberes y responsabilidades y como verdaderos jueces con *iurisdictio*, profieren providencias judiciales¹⁶, autos de trámite, interlocutorios y una sentencia denominada laudo arbitral.

¹⁵ El Artículo 116, inciso 4º, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo Número 003 de 2002, establece: *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.*

¹⁶ Concepto de 24 de septiembre de 1975, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Ponente, Samuel Arango Reyes; J. BENETTI S., *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2001,

CAPACIDAD DE PARTE

6. **SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. – SOMOS K S.A.** y la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, son sujetos plenamente capaces y, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, abogados titulados, debidamente constituidos y, por ende, con “capacidad procesal” o “para comparecer a proceso”.

7. Conviene señalar, por último, que el Laudo que pone fin al litigio, conforme a lo pactado, se profiere en derecho, y dentro del término para su pronunciamiento.

II. EL ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

8. Con fecha 12 de febrero de 2003, **SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A. – SOMOS K S.A.** y **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.** suscribieron el Contrato No. 017 de 2003 de Concesión para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el Sistema TRANSMILENIO, previos los trámites correspondientes originados en la Licitación Pública 007 de 2002.

9. Por medio del Contrato No. 017 de 2003 se otorga 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 previstos en el mismo contrato. (Cláusula 1). Se señala en las Cláusulas 58 y 59 del contrato, como obligación fundamental del Concesionario, la adquisición de vehículos con tipologías y condiciones técnicas, operativas y ambientales, con capacidad para ciento sesenta pasajeros (160) pasajeros:

“4.1.4. MODIFICADO MEDIANTE ADENDO 2 AL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACION 007 DE 2002. (...) Los vehículos que se utilizan en los servicios troncales de TRANSMILENIO son buses articulados con capacidad de 160 pasajeros y características mecánicas avanzadas. (...)”.

10. La flota a vincular, es de dos tipos: Flota de Operación Regular, también conocida como Referente, y la de Reserva.

11. Como lo señala la cláusula 74 del Contrato, la Flota Regular o Referente es aquella necesaria para la prestación oportuna del servicio y por lo tanto, los ciento

pp.129 ss; R. BEJARANO G, *Los procesos declarativos*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 355 ss.

cinco (105) buses iniciales que entrarían a sustituir los vehículos del Transporte Público Colectivo (TPC) mediante el procedimiento de reposición de flota.

12. SOMOS K vinculó dos (2) Buses de Reserva al Sistema TRANSMILENIO, los K-159 y K-160, e intentó vincular uno adicional, el K-161. Para los dos primeros, SOMOS K radicó los documentos en el SIM, y esta entidad expidió la Licencia de Transito y Tarjeta de Operación de ambos vehículos, sin que se exigiera acreditar otro requisito adicional. TRANSMILENIO expidió los Certificados de Vinculación No. 2131 y 2132. Respecto del vehículo K-161, el SIM otorga la matrícula correspondiente, y con posterioridad se exige al Concesionario acreditar el cumplimiento de reposición de la flota:

“En atención al oficio de la referencia, me permito informarle que se autoriza el ingreso de un (1) vehículo nuevo tipo bus articulado de 150 pasajeros, para empezar a operar dentro de la implementación de la troncal NQS a Soacha.

No obstante lo anterior, el concesionario debe tener en cuenta que la matrícula de este vehículo debe cumplir con los compromisos contractuales pactados, incluyendo la acreditación de los vehículos a chatarrizar”. (Comunicación de fecha 10 de enero de 2014 remitida a SOMOS K por parte de TRANSMILENIO)

13. Al sentir del convocante dicha reposición de vehículos procede exclusivamente para la Flota de Operación Regular, mientras que el Convocado sostiene la aplicación de la misma norma también para la Flota de Reserva. Afirma TRANSMILENIO que en la aprobación de la vinculación de los dos vehículos anteriores de la Flota de Reserva, se incurrió en un error de hecho al no exigir la mencionada reposición.

14. Así, *“la Subgerencia Jurídica de TRANSMILENIO, informó a la Secretaría Distrital de Movilidad que en el contrato de concesión de operación troncal, cuando se vincule un vehículo nuevo al sistema, deberá acreditarse la cuota de chatarrización prevista en la cláusula 73 del contrato de concesión 017 de 2003 independientemente que se trate de flota regular o flota de reserva, toda vez que el contrato de concesión no hace ninguna distinción respecto al cumplimiento de las equivalencias de chatarrización entre una flota y otra, pues por el contrario es claro señalar que deberá acreditarse las equivalencias de reposición para todos los vehículos que se vinculen al servicio.”*

“Por tal motivo, el concesionario SOMOS K, sin ninguna distinción, ha debido acreditar ante el SIM el cumplimiento de la cuota de chatarrización al momento de radicar los trámites de la matrícula inicial y así exigirlo el SIM, ya que las equivalencias de chatarrización hacen parte del contrato de concesión y en el evento de no cumplirse, es un incumplimiento contractual que además acarrea la inmovilización del vehículo y su desvinculación del Sistema” (Comunicación de la Dirección Técnica de TRANSMILENIO dirigida a Somos K, de fecha 13 de Junio de 2014).

15. Somos K, en comunicación 16257 del 20 de Junio, manifiesta que no hay incumplimiento de su parte al no efectuar la reposición, toda vez que la determinación de la Flota de Reserva se determina en forma autónoma por el concesionario para *“atender las contingencias de la operación pero que no se encuentran vinculados al sistema y por ende no implican la salida de operación de otros vehículos para cumplir con las cuotas de chatarrización, es ilógico que un vehículo no vinculado formalmente y que no “existe para el sistema” genere una obligación de chatarrización.”*

16. Teniendo en cuenta estas diferencias, se inició entre las partes una etapa de arreglo directo. En este interregno la Secretaria de Movilidad solicita a SOMOS K que adelante el proceso de Reposición de Flota para los tres vehículos de la Flota de Reserva (oficios SDM-DSC-152409-2014 y SDM-DSC-159569-14 del 7 y 28 de noviembre de 2014).

17. De lo anterior, y teniendo en cuenta que no existe controversia en relación con la existencia y validez del contrato entre las partes, giran las controversias en torno a la interpretación del mismo, y más específicamente respecto al sistema de provisión de vehículos, cláusulas de reposición respecto a la flota de operación regular y a la flota de reserva. En consecuencia corresponde a este Tribunal determinar si la Reposición mencionada procede para la flota de operación regular en forma exclusiva, o por el contrario si procede tanto para ésta como para la flota de reserva.

III. MARCO JURÍDICO DEL CONTRATO

A. DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DEL CONTRATO

18. SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A. – SOMOS K S.A. y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. suscribieron el Contrato No. 017 de 2003, de CONCESION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO, cuyo objeto era el otorgamiento *“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 el presente contrato. (...)”* (Cláusula 1- Objeto del Contrato. Contrato No. 017 de 2003).

19. La cláusula tercera del contrato de Concesión citado, establece la Interpretación que debe darse al mismo así:

“El presente contrato de concesión, sus cláusulas y los demás documentos que hagan parte de él, deberán interpretarse conforme a la naturaleza y alcance del mismo. En todo caso, los términos que se incluyan en las Cláusulas y ANEXOS del presente contrato, se entenderán según su sentido natural y obvio, salvo el caso de las palabras que se definen en el presente contrato o en el

pliego de condiciones al que se encontró sometido el proceso de selección que dio origen al contrato, las que para todos los efectos legales se entenderán según el alcance y significado que allí se les otorga. Harán parte del presente contrato y de sus PROFORMAS, para efectos de interpretación y alcance de derechos y obligaciones, el pliego de condiciones y la oferta presentada por el CONCESIONARIO.

(...)”

B. Cláusulas relativas a los vehículos

20. Contiene el Capítulo 8 del contrato las disposiciones relacionadas con los vehículos que comprende la regulación integral de los aspectos relacionados con ellos, incluyendo la provisión, tipología, características de diseño específicas, características de la carrocería, peso, dimensiones externas, sistemas de seguridad y emergencia, desempeño ambiental de los vehículos, complementada con aspectos jurídicos como su vinculación al servicio, reposición de la flota modificada, tamaño de la flota de operación regular y sus modificaciones, flota de reserva, transferencia, exclusión y mantenimiento de los vehículos entre otros.

21. De esta manera el capítulo es encabezado con el señalamiento de la obligación del CONCESIONARIO de:

“proveer los vehículos con las características de dotación y tipología que TRANSMILENIO S.A. establezca, según las condiciones en las que se le haya adjudicado la licitación No. 007 de 2002 convocada por TRANSMILENIO S.A., y de acuerdo con las normas legales vigentes y aplicables.

Solo se entenderá cumplida la obligación relacionada con el aporte de vehículos a la operación, cuando los mismos respondan de manera precisa a la tipología establecida para su operación dentro del Sistema TransMilenio a través de la Licitación Pública 007 de 2002, y siempre y cuando se haya acreditado el cumplimiento de la obligación relativa a la reposición de flota prevista en el presente contrato.¹⁷”

22. Esta norma además de señalar la carga contractual en cabeza del CONCESIONARIO, establece como fuente de interpretación de las obligaciones aquí comprendidas la licitación pública 007 de 2002 y lo previsto en el mismo contrato.¹⁸

23. La remisión a lo previsto por el mismo contrato se encuentra a lo largo del mencionado capítulo, así:

¹⁷ Artículo 58 Contrato 017 de 2003, De CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO

¹⁸ Ídem 1 *TransMilenio a través de la Licitación Pública 007 de 2002, y siempre y cuando se haya acreditado el cumplimiento de la obligación relativa a la reposición de flota prevista en el presente contrato.¹⁸”*

Al referirse a LA VINCULACIÓN DE VEHÍCULOS AL SERVICIO afirma: *“Acreditar a satisfacción de Transmilenio .S.A..., que ha cumplido con las condiciones previstas en el presente contrato para la incorporación del vehículo al tránsito de la ciudad, mediante la reposición de la flota equivalente¹⁹.”*

24. En relación con la obligación de vinculación de la flota requerida al sistema, *“El CONCESIONARIO se obliga a vincular una flota conformada por el número de vehículos conforme al cual le fue adjudicada la licitación pública que da origen al presente contrato, los cuales deberán cumplir con todos los requisitos para su vinculación a la operación...²⁰”*

25. Específicamente sobre la reposición de la flota el artículo 73 señala expresamente: *“De acuerdo a lo ofrecido por el CONCESIONARIO en su oferta. El cumplimiento de la obligación de reposición, en los términos previstos en el punto anterior deberá acreditarse al momento de solicitar ante TRANSMILENIO S.A., el certificado de vinculación al servicio al que hace referencia la cláusula 71 del presente contrato de concesión, para cada vehículo.”*

26. Las Cláusulas anteriormente señaladas corresponden a lo previsto en la CLÁUSULA 177- DOCUMENTOS DEL CONTRATO, según la cual,

“Formaran parte de este contrato, los siguientes documentos: (...)”

...”Sujeto a lo anterior, los demás documentos deben entenderse como explicativos, pero en caso de discrepancias en su contenido, prevalecerá el contrato.”

27. Ahora bien, como se mencionó anteriormente para las dos partes es clara a la luz del contrato la existencia de una flota genérica definida contractualmente²¹ que se compone a su vez de dos modalidades diferentes, la denominada flota de operación regular cuya principal referencia está contenida en la cláusula 74 bajo el título TAMAÑO DE LA FLOTA DE OPERACIÓN REGULAR²² y la denominada flota de reserva definida en la cláusula 75.

¹⁹ Cláusula 71.4. Contrato 017 de 2003, DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO

²⁰ Cláusula 72- Contrato 017 de 2003, DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO

²¹ *“...1.42. Flota: Es el conjunto de vehículos con las características, especificaciones y tipología previstas en el contrato de concesión y **requeridos** por el Sistema TransMilenio, para la prestación del servicio público de transporte masivo urbano de pasajeros. ...”*

²² CLÁUSULA 74- TAMAÑO DE LA FLOTA DE OPERACIÓN REGULAR

Será responsabilidad del operador mantener un tamaño de flota adecuado a las necesidades de la operación del Sistema, conforme a los servicios que se programen, según las condiciones de tiempo, frecuencia y lugar de los mismos, que le permita cumplir adecuadamente los estándares de operación establecidos en el presente contrato. La flota inicial de conformidad con la resolución 019 del 03 de febrero de 2003, de adjudicación de la Licitación Pública 007 de 2002, es de 105 vehículos”

28. Al rompe de la lectura de las cláusulas anteriormente señaladas surge la primera gran diferencia entre las dos modalidades de flotas, y es la relacionada con el tamaño, regulado expresamente en el mismo contrato como de ciento cinco (105) para la flota de operación regular y en el caso de la flota de reserva, esta queda a la autónoma determinación del CONCESIONARIO.

29. La otra diferencia es la señalada en la cláusula 15.3 del contrato²³ que expresamente excluye la flota de reserva del cálculo del kilometraje de la flota²⁴ al señalar la fórmula de cálculo como uno de los factores “*Fn = tamaño de la flota vinculada el servicio del operador durante el mes n* (no incluye la flota de reserva).” Disposición que proviene del texto mismo de la Proforma 12 del pliego, contentiva del proyecto de contrato.

30. Frente a las responsabilidades del CONCESIONARIO en relación con los vehículos hay que empezar con la ya citada cláusula 58 que regula la provisión de vehículos.

31. La siguiente referencia que se encuentra en el contrato al tema de la reposición de flota corresponde a la CLÁUSULA 71- VINCULACIÓN DE VEHÍCULOS AL SERVICIO, la cual dispone:

“Sólo podrán vincularse al servicio los vehículos que obtengan el Certificado de Vinculación al Servicio expedido por TRANSMILENIO S.A., el cual será otorgado a cada vehículo de manera individual, únicamente cuando se haya cumplido con los siguientes requisitos:” (el subrayado es nuestro).

32. El requisito del numeral 71.4 remite al contrato, en lo concerniente a: *“Acreditar a satisfacción de TRANSMILENIO S.A., que ha cumplido con las condiciones previstas en el presente contrato para la incorporación del vehículo al tránsito de la ciudad, mediante la reposición de la flota equivalente.”*

33. Después de establecer el proceso de vinculación de los vehículos al servicio con las características antes señaladas, el contrato, en su cláusula 72 limita el alcance de la vinculación al indicar bajo el título *VINCULACIÓN REQUERIDA PARA LA OPERACIÓN DEL SISTEMA:*

“El CONCESIONARIO se obliga a vincular una flota conformada por el número de vehículos conforme al cual le fue adjudicada la licitación pública que da origen al presente contrato, los cuales deberán cumplir con todos los requisitos para su vinculación a la operación. La vinculación de los vehículos se desarrollará con

²³ En el numeral 15.3. contentivo de la fórmula de etapa de operación regular, expresamente señala: “*Fn = tamaño de la flota vinculada el servicio del operador durante el mes n* (no incluye la flota de reserva).”

²⁴ 15.2. “*MODIFICADO MEDIANTE ADENDO 1 AL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACION 007 DE 2002. El kilometraje promedio de la flota se calculará de acuerdo a los Kilómetros planeados efectivamente recorrido por el CONCESIONARIO, el cual debe incluir las adiciones de flota que pudiese tener el operador durante los diez primeros años de la concesión contrato.*”

observancia al par y paso que TRANSMILENIO S.A., señale para el efecto debidamente comunicado al CONCESIONARIO.”

34. Este artículo inicia una secuencia de normas contractuales dirigidas a la flota de operación del sistema, definida y demarcada en esta misma cláusula al “*número de vehículos conforme al cual le fue adjudicada la licitación pública*²⁵”, en contraste con la flota de reserva que según resaltamos anteriormente “*será determinada autónomamente por el CONCESIONARIO*”. Esta flota según se indica posteriormente en la cláusula 74 está compuesta por 105 vehículos, que desde luego no comprende la denominada flota de reserva.

35. Es así como la cláusula 74 contiene la base del tamaño de la “flota de operación regular”, que como ya fue expresado es señalada contractualmente en ciento cinco vehículos (105) en contraste con la siguiente cláusula que al hablar de la “flota de reserva” advierte que su tamaño será determinado autónomamente por el CONCESIONARIO. Esta cláusula coincide con la previsión del artículo 105.1.²⁶ obligación cumplida el 12 de Febrero de 2003 (mismo día de la firma del contrato) en que Transmilenio envía el cronograma²⁷ tentativo de Implantación y señala al Operador 2 los mismos 105 vehículos contemplados en la cláusula 74 antes señalada.

36. En el mismo orden de ideas reglando nuevamente de manera expresa el tamaño mismo de la “flota de operación” la cláusula 77²⁸ regula las MODIFICACIONES EN EL TAMAÑO DE LA FLOTA DE OPERACIÓN REGULAR DURANTE LA FASE POSTERIOR A LA IMPLANTACIÓN DE LA OPERACIÓN REGULAR.

C. De la reposición de vehículos

37. La cláusula 73- regula los aspectos de REPOSICIÓN DE LA FLOTA MODIFICADA MEDIANTE ADENDOS 1 Y 4 AL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN 007 DE 2002, desarrollando de esta manera la remisión realizada por la cláusula 71.4 de

²⁵ Proforma 9, Oferta de la Flota

²⁶ “TRANSMILENIO le entregará al CONCESIONARIO, el día de la suscripción del contrato, el cronograma tentativo de vinculación gradual al servicio de su flota, donde se establecen las fechas tentativas en que deben estar a disposición de TRANSMILENIO S.A. los diferentes volúmenes de flota necesarios conforme a lo adjudicado.

105.2. De acuerdo con este cronograma, el CONCESIONARIO debe entregar 10 días hábiles siguientes a la firma del contrato un plan que establezca claramente los pasos requeridos para la fabricación y vinculación de los vehículos al servicio, con los tiempos requeridos para cada paso.

105.3. Este plan será consultado por TRANSMILENIO SA. Para elaborar un esquema de PAR Y PASO para la vinculación efectiva de la flota al Sistema.

105.4. TRANSMILENIO SA confirmará con una anterioridad de 6 meses, la fecha de vinculación de la primera parte de la flota del contrato, y con una anterioridad mínima de 4 meses, la fecha de vinculación de la flota restante la cual, deberá implantarse durante los tres años siguientes a la fecha de implantación de la primera parte.”

²⁷ Folio 2 cuaderno de pruebas 1

²⁸ “CLÁUSULA 77- MODIFICACIONES EN EL TAMAÑO DE LA FLOTA DE OPERACIÓN REGULAR DURANTE LA FASE POSTERIOR A LA IMPLANTACIÓN DE LA OPERACIÓN REGULAR

El CONCESIONARIO deberá modificar el tamaño de la flota vinculada a la operación regular cuando TRANSMILENIO S.A. lo considere necesario o conveniente. Esta exigencia se realizarán mediante comunicación escrita dirigida al concesionario.”

“Acreditar a satisfacción de TRANSMILENIO S.A., que ha cumplido con las condiciones previstas en el presente contrato para la incorporación...”

38. Pues bien, lo primero que se debe resaltar es la expresa remisión de la cláusula 73 que regula la REPOSICIÓN DE LA FLOTA:

“a lo ofrecido por el CONCESIONARIO en su oferta²⁹.”

39. Oferta que contiene las condiciones de: *“una flota conformada por el número de vehículos conforme al cual le fue adjudicada la licitación pública que da origen al presente contrato”, “flota de operación”, en los términos de la licitación 007 de 2002, que no incluye los términos de la ya definida “flota de reserva”, regulada en un artículo posterior (75) y “determinada autónomamente por el CONCESIONARIO”.*

D. De la Interpretación del Contrato

40. Una vez expuestos los antecedentes, procede el Tribunal a definir las controversias originadas entre la convocante Sistemas Operativos Móviles Somos K S.A., y la convocada, Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A., y con respecto al contrato de concesión 017 de 2003, de febrero 12; controversias que giran, básicamente, en torno a la interpretación del contrato, por lo que no existe discusión alguna entre las partes en relación a la validez, existencia o naturaleza del convenio objeto de decisión.

41. Se itera, el asunto principal de controversia se contrae a definir si la flota de reserva suministrada por SOMOS K, debía cumplir o no con el requisito previo de la reposición o chatarrización, como condición necesaria para obtener la habilitación de operar en el sistema TransMilenio. Para tal efecto, la demandante alega que obtuvo la habilitación de los vehículos K-159 y K-160 de la flota de reserva sin que se hubiera exigido cumplir con la chatarrización, pero que al finalizar el trámite de la vinculación del bus K-161, que integra igualmente la flota de reserva, sí se le exigió cumplir previamente con la reposición de vehículos.

42. En síntesis, la diferencia principal que debe resolver este tribunal, consiste en determinar si de conformidad con la interpretación del contrato de concesión 017 de 2003, los vehículos vinculados a la flota de reserva, deben o no cumplir con el requerimiento previo de la reposición o chatarrización, como condición para obtener la tarjeta de vinculación al sistema operativo TransMilenio.

43. Con respecto a la reposición de los vehículos que operan en el sistema TransMilenio, la ley no fijó unos parámetros específicos sino que resolvió permitir que TransMilenio dispusiera lo que al respecto considerara prudente, en los contratos de concesión. Por tanto, la obligación de reposición de la flota, si bien surge por disposición legal, el legislador delegó en TransMilenio la facultad de disponer lo que a bien tenga sobre el asunto, en los contratos suscritos con el

²⁹ Cláusula 73

concesionario, tal como se dispone en la resolución 414 de 2003 y en el decreto 309 de 2009, artículo 12, parágrafo 2º, en los siguientes términos:

“Artículo 4. Procedimiento para el registro inicial de un vehículo de transporte masivo. Una vez desintegrados físicamente los vehículos que correspondan a la proporción de desintegración física pactada en el contrato de concesión, se seguirá el siguiente procedimiento: (...).

4. El número de vehículos equivalentes que la empresa operador deberá acreditar para el registro inicial de vehículos del sistema TransMilenio será el que establezca en el contrato de concesión celebrado entre TransMilenio S.A. y la empresa operadora”.

“Artículo 12º.-...Parágrafo 2º.- La reposición de vehículos de transporte público colectivo para el transporte masivo actual, continuará rigiéndose por lo establecido en los contratos de concesión vigentes del sistema Transmilenio y en las disposiciones que sobre el particular expida la Secretaría Distrital de Movilidad”.

44. Para el Tribunal, no queda ninguna duda que de conformidad con los preceptos anteriores, la obligación de reposición de vehículos por cuenta de los concesionarios que operan las troncales de TransMilenio, según la normatividad vigente al momento de la celebración del contrato de concesión 017 de 2003, y especialmente en virtud al régimen aplicable al momento en que surgieron las diferencias entre las partes (Decreto 309 de 2009), con respecto a los articulados K-159 a K-161, se regía por lo consignado en el mencionado contrato de concesión 017.

45. Ahora bien, como entre las partes han surgido posiciones diametralmente opuestas con respecto a la interpretación del contrato y específicamente relacionadas con la obligación o no de reponer la flota de reserva, procede el tribunal a ocuparse del asunto, previas las siguientes consideraciones. La cláusula 3º del contrato de concesión que es de contenido general, determina la forma de interpretar el contrato, en los siguientes términos:

*“Cláusula 3. **Interpretación del contrato**, El presente contrato de concesión, sus cláusulas y los demás documentos que hagan parte de él, deberán interpretarse conforme a la naturaleza y el alcance del mismo. En todo caso, los términos que se incluyan en las cláusulas y Anexos del presente contrato, se entenderán según su sentido natural y obvio, salvo el caso de las palabras que se definen en el presente contrato o en el pliego de condiciones al que se encontró sometido el proceso de selección que dio origen al contrato, las que para todos los efectos legales se entenderán según el alcance y significado que allí se les otorga. **Harán parte del presente contrato y de su PROFORMAS, para efectos de interpretación y alcance de derechos y obligaciones, el pliego de condiciones y la oferta presentada por el CONCESIONARIO**”.*

46. Según el texto anterior, las cláusulas del contrato 017, y los demás documentos que hacen parte de él, **deberán interpretarse integralmente, sin que se infiera que el contrato prevalece frente al contenido de sus anexos.** Por lo tanto se tendrán en cuenta todos los documentos precontractuales, especialmente la oferta y el pliego de condiciones. Es decir, **el referido artículo 3° no contiene una Cláusula de “preeminencia” del contrato, sino de integración o “complementación” contractual con la oferta y el pliego de condiciones, para efectos de la interpretación.** Esta apreciación cobra fuerza al interpretar la parte final del artículo 3°, que por su importancia, se reitera:

“Harán parte del presente contrato y de su PROFORMAS, para efectos de interpretación y alcance de derechos y obligaciones, el pliego de condiciones y la oferta presentada por el CONCESIONARIO”.

47. El asunto no resulta pacífico, pues como lo resaltó la convocada, el artículo 177.8 sí contiene una cláusula general de preeminencia del contrato con respecto a la oferta y el pliego de condiciones, al disponer:

“Cláusula 177.8. Las condiciones expresadas en el presente contrato prevalecen sobre aquellas de cualquier otro documento que forme parte del mismo. Sujeto a lo anterior, los demás documentos deben entenderse como explicativos, pero en caso de discrepancias en su contenido, prevalecerá el contrato”.

48. Sin embargo, la contradicción entre el contenido de la cláusula 3° y la cláusula 177.8, del contrato de concesión, debe superarse teniendo en cuenta que **el artículo 3° se refiere, exclusivamente, a la interpretación del contrato** y corresponde a una cláusula de tipo especial y por el contrario el artículo 177.8, corresponde a un pacto de carácter general. Por lo tanto, será la cláusula 3° la que se debe considerar en este asunto, debido a que el problema sustancial de la litis consiste, precisamente, en la interpretación del contrato, según la regla establecida en el artículo 5° numeral 1° de la ley 57 de 1987, y que consagra el principio de que la previsión especial prefiere a la general, precepto aplicable a la hermenéutica contractual. Esta es por demás, la consecuencia natural de aplicar la regla de la interpretación sistemática del contrato:

“... las diversas estipulaciones de un negocio jurídico no pueden considerarse como expresiones aisladas o insulares para efectos de determinar la intención común de los contratantes, pues el contrato todo es un conjunto de disposiciones que tiene como propósito la realización de la finalidad práctica querida por ellos y es claro que tal finalidad o propósito no se realiza con una sola disposición convencional”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2008).

“Para la Sala es claro que una interpretación que pretende encontrar la común intención de los contratantes debe apreciar con detenimiento, de manera sistemática y coherente, todas las palabras que conforman una cláusula y todas las cláusulas que conforman un contrato para obtener el significado jurídicamente relevante, de acuerdo con lo prescrito por el criterio correspondiente, comprendido

en el inciso 1 del artículo 1622 del Código Civil – “[L]as cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de junio 30 de 2011, Rad. 11001-03-26-000-2010-00024-00(38619).

49. De suerte que, para la debida interpretación del contrato y según lo previsto en su cláusula 3°, habrá de tenerse en cuenta la oferta o propuesta presentada por Somos K a Transmilenio, tomando en cuenta el contenido del pliego de condiciones.

50. Como se dejó en claro, la ley remitió a lo previsto en el contrato, en relación a la reposición o chatarrización de vehículos. Pero a su vez, el mismo contrato de Concesión 017 de 2003, cláusula 73, dispuso que el número de vehículos a reponer, se determina de conformidad con lo previsto en la oferta, pues estableció que se efectuaría: “De acuerdo a lo ofrecido por el Concesionario en su oferta.”

51. La propuesta incluida en el contrato corresponde a la Oferta presentada por el CONCESIONARIO y no fue equivalente a los porcentajes mínimos previstos por la ley, al contrario, los excede lo que explica, desde el punto de vista económico y operativo, las diferentes remisiones. O sea que al decir de la misma cláusula 73, debe primar el contrato y la oferta sobre los términos establecidos en la legislación vigente. Esta posibilidad de apartarse de los mínimos de la ley fue expresamente motivada en los términos del pliego de condiciones en la Proforma 8³⁰, por lo que no encuentra este tribunal ninguna objeción legal a la priorización del contrato sobre la ley realizada desde los mismos pliegos de la licitación pública y el contrato 017 de 2003. No sobra advertir que esta prevalencia está consagrada en el parágrafo del Artículo 12° del Decreto 309 de 2009.

52. Entonces y en toda su extensión las equivalencias de la reposición deben regirse por lo dicho en el mismo contrato y la oferta – al decir del mismo contrato- que priman sobre la legislación vigente en la materia, como expresamente lo autoriza la misma ley. Para el tribunal es claro que en el punto de las equivalencias prima el contrato sobre la legislación y con este espíritu ha de interpretar el tribunal el contrato suscrito por las partes; mal podría el tribunal tomar elementos de la ley y acumularlos con elementos del contrato.

53. El pliego de condiciones, en su aparte 4.5.3.2 dispone que en la Proforma No. 08, se indicará el número de vehículos equivalentes que el proponente ofrece desintegrar, vehículos que de conformidad con la proforma Nro. 09 y aplicando la fórmula de 7.5 vehículos a chatarrizar por cada articulado ofrecido, corresponde a los 130 articulados ofrecidos, como flota de referente. En efecto, en el caso de Somos K y acorde con la proforma Nro. 09, aparte 4.8.1.1. del pliego de condiciones, se debía indicar el número de buses relativo al tamaño de la flota ofrecida y que correspondió a 130 vehículos. (CD en cuaderno de pruebas Nro. 02, folio 01). Sin incluir la flota de reserva.

³⁰PROFORMA 8- OFERTA A LA CIUDAD

INSTRUCCIONES PARA EL DILIGENCIAMIENTO

2. Cantidad de vehículos equivalentes de transporte público colectivo con radio de acción urbano en la ciudad de Bogotá y tarjeta de operación vigente, que el proponente ofrece desintegrar por cada vehículo que vincule al sistema. El proponente deberá ofrecer mínimo 6 vehículos

54. Ahora bien, en cuanto al negocio jurídico objeto de debate, el Tribunal debe resaltar **que para la debida interpretación del contrato, lo sustancial es la ejecución efectiva que al mismo, le dieron las partes, de común acuerdo**, sin que sea relevante lo expresado por los múltiples testigos que testimoniaron en el proceso, entre otras razones, porque su interpretación personal, ni le quita ni le pone a lo probado documentalmente en relación a la ejecución del contrato. En todo caso, como es usual, los testigos presentados por la convocante, simplemente apoyaron la interpretación de la demanda, y los presentados por la convocada, apoyaron las excepciones formulada por la convocada.

55. En relación al contenido y ejecución de los contratos celebrados con Conexión Móvil, TransMasivo, Metrobus, S199, Ciudad Móvil y Express del Futuro, (folios 72 y 55 del cuaderno de pruebas Nro. 4), es de advertir que por tratarse de la interpretación del contrato suscrito con Somos K, de ninguna forma el Tribunal puede tener en cuenta lo ocurrido en la ejecución de dichos contratos, puesto que el artículo 1622 del Código Civil, para efectos de desentrañar el sentido del negocio jurídico objeto de debate, autoriza a tener en cuenta otros contratos, sobre la misma materia, como soporte para aclarar la interpretación de uno en específico, **pero siempre y cuando hayan sido suscritos entre las mismas partes, no con terceros**.

56. En este orden de ideas, y con respecto a los diversos y contradictorios conceptos emitidos por diferentes funcionarios, esta situación simplemente acredita que en relación a la interpretación del contrato, en cuanto a la reposición de vehículos, cuando se trata de flota de reserva, el asunto tampoco fue claro. En efecto, en el concepto emitido por Clara Elena Zabaraín (folio 163 a 165, cuaderno de pruebas Nro. 04), quien ocupaba el cargo de subgerente jurídica de Transmilenio, dicha funcionaria manifestó que respecto a la fase II de Transmilenio, la obligación de reposición de vehículos, se puede disponer libremente, en el contrato de concesión. Pero en el concepto emitido por Mercedes García Pérez, de la secretaría de movilidad, (cuaderno de pruebas Nro. 04, folios 41 a 42) dice todo lo contrario.

57. La interpretación de Somos K, reiterada en sus alegatos, igualmente resulta coincidente con lo expresado por el director del SIM en el radicado 2.0380.14 del 29 de abril de 2014, dirigido a Transmilenio, concepto que expresa lo siguiente, con respecto a los articulados K-159 y K-160:

*“...se hace alusión a la cláusula 75 del contrato de concesión 017 de 2003, la cual habla de la flota de reserva y **no indica que para esta deba incluirse cuota de chatarrización**”. (Folio 18, cuaderno de pruebas Nro. 04).*

58. La posición anterior fue reiterada por el SIM, en oficio 20478.14 del 27 de mayo de 2014 (folio 19, cuaderno de pruebas Nro. 04) en la siguiente forma:

*“Por tanto, **se estima que no aplica la figura de reposición frente aquellos vehículos cuyo ingreso obedece a la flota de reserva, vista precisamente la***

finalidad que se persigue con la existencia de un equipo de reemplazo a favor de automotores titulares de la operación”.

59. Sin embargo, para el tribunal los conceptos anotados tampoco resultan sustanciales para definir el debate, estando plenamente acreditada la conducta de las partes durante la ejecución contractual previa al surgimiento de la diferencia.

60. Ahora bien, del examen del contrato 017, especialmente las cláusulas 71 a 75, bien puede afirmarse que aunque en sus textos se hace referencia a la flota de operación regular o flota referente, indicando que ésta se integra con los vehículos que obligatoriamente deben prestar el servicio de operación en las troncales de Transmilenio asignadas, e igualmente se contempla a la flota de reserva, la cual se integra con aquellos buses adicionales que debe tener el operador para suplir los vehículos de la flota de operación regular que se averíen o se encuentren en mantenimiento, en el punto específico de la reposición de vehículos, no se hace distinción alguna entre ambas flotas.

61. Por tanto, acudiendo al simple tenor literal del contrato, especialmente las cláusulas referidas, al consagrarse el requisito de la reposición y no hacerse distinción entre la flota de operación regular y la flota de reserva, para efectos de la chatarrización, bien podría inferirse que la flota de reserva, si requería cumplir con dicha obligación. **Sin embargo, del tenor literal de otras cláusulas y del comportamiento de las partes, el tribunal ha de llegar a otra conclusión diferente.** En efecto, el artículo 58 dispone:

“Sólo se entenderá cumplida la obligación relacionada con el aporte de vehículos a la operación, cuando los mismos respondan de manera precisa a la tipología establecida para su operación dentro del Sistema Transmilenio a través de la Licitación Pública 007 de 2002, y siempre y cuando se haya acreditado el cumplimiento de la obligación relativa a la reposición de flota prevista en el presente contrato”. (Cláusula 58: PROVISIÓN DE VEHÍCULOS)

62. De la lectura de la referida cláusula 58, inciso segundo del contrato, igualmente se puede deducir que la obligación relativa a la reposición de flota se debe cumplir con respecto a los vehículos destinados a la operación de los servicios programados por el sistema TransMilenio, es decir, solamente los que integran la flota referente, **y no se extiende a la flota de reserva, cuya finalidad no es cumplir con la operación del servicio, sino conformar una reserva técnica para suplir las fallas de los vehículos en operación,** tal como se aceptó en diferentes conceptos.

63. De igual forma, en la cláusula 7.1.9, con respecto a las obligaciones de Somos K, se dispone:

“7.1.9. Obtener el certificado de vinculación al servicio para los vehículos que se destinen a la operación troncal que es objeto del presente contrato de concesión”.

64. Como se observa, antes de que un vehículo entre en operación, Somos K debía obtener, por parte de TransMilenio, el certificado de vinculación. Sin embargo, bien puede afirmarse que dicho certificado se relaciona con los vehículos destinados a la operación normal y no a los de reserva, los cuales no tienen como finalidad primordial, la operación de la troncal, sino suplir las deficiencias de la flota referente.

65. En este punto vale la pena resaltar que con respecto a la flota de reserva, el artículo 7.5 del contrato, dispone:

*“Cláusula 7.5: Flota de reserva. El concesionario deberá mantener una flota adicional al tamaño de la flota de operación, **como reserva técnica**, que le asegure al sistema la cobertura y disponibilidad permanente de la flota adjudicada y que **permita cubrir las contingencias del sistema Transmilenio en su operación y las necesidades de mantenimiento de la flota**”.*

66. Es decir, los vehículos que conforman la flota de reserva, no tienen como finalidad la operación de las troncales, sino servir como una reserva técnica. Complementando lo anterior, en la cláusula 71 se dispone:

*“Cláusula 71. **VINCULACIÓN DE VEHÍCULOS AL SERVICIO**: Sólo podrán vincularse al servicio los vehículos que obtengan el certificado de vinculación al servicio expedido por **TRANSMILENIO S.A.**, el cual será otorgado a cada vehículo de manera individual, únicamente cuando se hayan cumplido los siguientes requisitos”.*

*“71.4. **Acreditar a satisfacción de TRANSMILENIO S.A.**, que ha cumplido con las condiciones previstas en el presente contrato para la incorporación del vehículo al tránsito de la ciudad, **mediante la reposición de la flota equivalente**”.*

67. De la simple lectura de las cláusulas anteriores, se evidencia que para **la operación de un vehículo de propiedad de Somos K, previamente se debía obtener la tarjeta o certificado de vinculación** del vehículo, el cual es expedido por Transmilenio, una vez dicha entidad verificara que se cumplieron con todos los requisitos contractuales.

68. En el presente caso, está plenamente acreditado que TransMilenio expidió en favor de Somos k, los certificados de vinculación 2131 y 2132, para autorizar la operación de los buses de reserva K-159 y K-160 (ver folios 484 y 509 del cuaderno de pruebas 1) **lo que hace presumir que para la convocada, se cumplieron con todos los requisitos legales**. Es que precisamente, la vinculación efectiva de vehículos de transporte público al sistema de transporte masivo, se perfecciona de conformidad con lo previsto en el contrato suscrito entre la empresa de transporte y el propietario del vehículo, contrato que se rige por el derecho privado:

“Mediante los decretos 171, 172, 173 y 174 de 2001 el gobierno determinó las características de las empresas de transporte terrestre automotor por carretera, en vehículos taxi, de carga y especial, respectivamente, y reglamentó la condiciones

de su creación y funcionamiento. En el caso que se revisa, la empresa demandada ofrece servicio de transporte terrestre automotor especial, regulado por el Decreto 174 de 2001.

Según el artículo 37 de ese decreto, la vinculación de un vehículo a la empresa de transporte público significa la incorporación del bien a su parque automotor. Se formaliza con la celebración del respectivo contrato entre el propietario del vehículo y la empresa y se oficializa con la expedición de la tarjeta de operación por parte del Ministerio de Transporte. Al tenor del artículo siguiente, ese contrato de “vinculación”, que da lugar a la afiliación del automotor a la empresa, se rige por las reglas del derecho privado y debe contener como mínimo las obligaciones, derechos y prohibiciones de cada una de las partes, su término, causales de terminación y preavisos requeridos para ello, así como aquellas condiciones especiales que permitan definir la existencia de prórrogas automáticas y los mecanismos alternativos de solución de conflictos al que se sujetarán las partes”. (Sentencia T-680 de noviembre 03 de 2015).

69. De manera que, si TransMilenio, en virtud de lo previsto en los artículo 71 y 71.4 del contrato, procedió a expedir los certificados de vinculación de los vehículos de reserva K-160 y K-161, sin exigir que previamente se cumpliera con el requisito de chatarrización, **resulta patente que en estos dos casos específicos, la convocada consideró que por corresponder a flota de reserva, no se requería cumplir la mencionada condición.**

70. Por lo tanto, no pudiéndose resolver en debida forma el dilema o penumbra contractual con la simple aplicación de los artículos 3° y 71 a 75 del contrato 017, así como con el contenido de la oferta, el Tribunal acudirá a la regla de oro establecida en el artículo 1618 del Código Civil, precepto que enseña que **la intención de las partes, prevalece sobre lo literal de las palabras.** Tal como lo reitera la jurisprudencia, las demás reglas de interpretación, resultan meramente subsidiarias:

*“...cuando por disentimiento de las partes en el punto se discute jurídicamente la naturaleza jurídica del contrato, y, por ende, la de las obligaciones que por emanar de él han de asegurarse en su cumplimiento, corresponde al juzgador, a fin de determinar el alcance de las prestaciones debidas, interpretar el contrato, o sea investigar el significado efectivo del negocio jurídico. En dicha labor de hermenéutica la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según lo preceptúa el artículo 1618 del código Civil, la de **que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario**”.* (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 5 de julio de 1983).

“Al respecto debe reiterarse también, como está suficientemente decantado, que en el derecho privado nacional en materia de interpretación contractual rige el principio básico según el cual “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”

(C.C., art. 1618). Desde antiguo, la jurisprudencia y la doctrina han señalado que este principio es el fundamental dentro de la labor interpretativa, al lado del cual los demás criterios y reglas establecidos en el Código Civil toman un carácter subsidiario...”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 2000-00075 de diciembre 19 de 2008).

71. En aplicación de esta regla sustancial en materia de hermenéutica mercantil, doctrina y jurisprudencia, al unísono, expresan que la mejor forma de constatar la intención de las partes, es verificando la ejecución de común acuerdo y efectiva del contrato, con respecto a la cláusula objeto de debate:

“Y abandonando esa línea interpretativa, implementando otro mecanismo para enriquecer la conclusión sobre el verdadero querer de los interesados; tratando de encontrar luces sobre el tema a partir de lo que las partes ejecutaron luego de perfeccionado el contrato, como refrendación de lo concertado, aparece la carta que la distribuidora envió a la proveedora con fecha 21 de mayo de 2002”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de mayo 13 de 2014, Exp. 11001 31 03 039 2007 00299 01).

“Ahora bien, el criterio basilar en esta materia –más no el único, útil es memorarlo- es, pues, el señalado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, en cuya puesta en práctica sirve de fundamento, entre otras pautas o reglas, la prevista en el inciso final del artículo 1622 ib., a cuyo tenor las cláusulas de un contrato se interpretarán “por la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”.

“Esa búsqueda –o rastreo ex post- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborío hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, “la letra mata, y el espíritu vivifica”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 28 de febrero 2005, Exp. No. 7504).

*“(…) No puede perderse de vista, así mismo, por las repercusiones que tiene en este litigio, que en la interpretación de las cláusulas contractuales, **es significativa la aplicación práctica que de ellas hubieren hecho ambas partes**, o una de éstas con aprobación de la otra, pues es palmario que su proceder contribuye vigorosamente a esclarecer su sentido, como atinadamente lo ponen de presente las prescripciones del artículo 1622 Ibídem”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 30 de noviembre de 2005, Exp. 3219).*

“La Sala considera que si bien es cierto que en los términos del artículo 1618 del Código Civil la “intención de los contratantes” debe prevalecer sobre “lo literal de las palabras”, también lo es que la búsqueda de esa común intención se sujeta, en primer término, a lo que se puede deducir del texto

correspondiente y del comportamiento relevante de las partes, en atención a lo dicho, entre otras normas, en el inciso primero del artículo 1622 del mismo cuerpo legal, según el cual: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 18 de 2012, Exp. 15.596).

72. El tribunal acoge la reiterada jurisprudencia al respecto y considera que al tenor del artículo 1618 del Código Civil, la forma más adecuada para determinar la intención de los contratantes consiste en la ejecución que de común acuerdo se haya realizado, pese a que dicho auxilio aparezca, de manera expresa en el artículo 1621 del Código Civil y no el 1618 del Código Civil, como se resalta en las jurisprudencias anteriores.

73. Ahora bien, con respecto a la cláusula 174.5 que regula las principales relaciones entre las partes, y bajo cuyo amparo la convocada en sus alegatos expresa que fue un simple error el cometido al expedir los certificados de vinculación de los vehículos K-159 y K-160, sin exigir previamente el cumplimiento de la reposición o chatarrización, error que no implica renuncia a exigir, en cualquier momento, la reposición correspondiente, dicha argumentación, por su pertinencia, merece un estudio especial. Al efecto, la mencionada cláusula 174.5 expresa:

“174.5. La falta o demora de cualquiera de las partes en ejercer cualquiera de las facultades o derechos consagrados en este contrato, o a exigir su cumplimiento, no se interpreta como una renuncia a dichos derechos o facultades, ni afectará la validez total o parcial del contrato, ni el derecho de las respectivas partes de ejercer posteriormente tales facultades o derechos, salvo en el caso de términos preclusivos establecidos en el contrato dentro de los procedimientos que rigen las diferentes actuaciones de las partes”.

74. Sea lo primero anotar que este tipo de cláusulas de cajón o de estilo, que en derecho comparado se conocen como cláusulas de “inmutabilidad”, son usualmente incorporadas en los contratos en los cuales existe una parte fuerte que tiene amplias facultades para dirigir el contrato, como efectivamente acontece en el caso de autos, siendo Transmilenio la empresa que diseñó las cláusulas del contrato y por lo tanto, el contenido del artículo 174.5, circunstancia que aparece de manifiesto puesto que fue reproducida, igualmente, en los siguientes contratos celebrados por Transmilenio y que reposan como prueba: Conexión Móvil, TransMasivo, Metrobus, S199, Ciudad Móvil y Express del Futuro.

75. El Tribunal, sin entrar a discutir la validez o eficacia que estas cláusulas de salvaguarda, o inmutabilidad, y sabiendo que ellas tienen como fin que el silencio o inactividad de una parte con respecto al comportamiento de la otra, no se pueda considerar como una renuncia a sus derechos, considera que el reclamo tardío de Transmilenio, en el sentido de exigir que previamente a la vinculación definitiva del articulado K-161 se debía proceder a cumplir con el requisito de chatarrización, e

igualmente , exigir que dicha obligación también debía extenderse a los articulados K-159 y K-160, ya vinculados al sistema, considera que su actuación previa no queda subsanada por el efecto de la mencionada cláusula 174.5.

76. En verdad, **el juzgador no puede pasar por alto el comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato por virtud de lo previsto en el artículo 781 del Código de Comercio**, precepto de orden público que enseña que la buena fe debe reinar durante toda la etapa de ejecución contractual. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia y doctrina han venido decantando, de manera sólida, la teoría de los actos propios. Aún más, resulta tan esencial y vinculante el respeto a los actos propios que la Corte Constitucional lo ha considerado como un derecho constitucional fundamental de la otra parte, que abre las puertas a la acción de tutela. (Ver sentencias: T 291 de 2003, T-204 de 2004, T-689 de 2005, T-1322 de 2005, T-042 de 2007, T-321 de 2007, T-537 de 2009 Y T-210 de 2010, entre otras muchas).

77. Efectivamente, el principio de la buena fe, que tiene pleno respaldo constitucional en su artículo 87, no permite que la aplicación de cláusulas de estilo como la consignada en el artículo 174.5 del contrato de concesión 017, tengan pleno efecto, pues **siempre que el comportamiento de una parte haga presumir a la otra que un derecho se ejerce en determinadas formas, o que ha renunciado a una reclamación contractual**, queda atado a su propia conducta y con posterioridad no puede alegar que su silencio o inactividad, no implicó aceptación alguna, a la conducta de su cocontratante.

78. Se insiste, si bien la cláusula 73 del contrato de concesión establece la obligación del concesionario de proceder a la reposición de flota, sin hacer distinción entre la flota referente y la flota de reserva, también es cierto que el artículo 71 dispone que la vinculación de vehículos solamente podrá autorizarla TransMilenio, cuando se hayan cumplido todos los requisitos previstos en el contrato.

79. Por lo tanto, cuando el artículo o cláusula 71 del contrato, que trata sobre la vinculación de los vehículos del concesionario, requiere que TransMilenio expida el respectivo certificado de vinculación, como condición previa a su operación, y previamente a su vinculación efectiva se exige que se acredite **“A SATISFACCIÓN DE TRANSMILENIO”**, que el vehículo cumplió con la reposición de flota equivalente (71.4), el expedirse los respectivos certificados de vinculación se entiende que la convocada aceptó que se habían cumplido todos los requisitos contractuales con respecto a los articulados K-159 y K-160. Se reitera, por la conducta de Transmilenio bien se puede concluir que la convocada, que era la entidad quien tenía a su cargo verificar a satisfacción que se cumplían todos los requisitos contractuales para expedir el certificado de vinculación de los vehículos, efectivamente consideró que los articulados K-159 y K-160, no requerían acreditar el cumplimiento del requisito previo de la reposición, como anteriormente lo había manifestado la subgerente jurídica de la misma entidad.

80. Para redundar en razones, la secretaria de movilidad, en el caso específico de los articulados K-159, K-160 y K-161, objeto de discusión, también consideró que no se requería cumplir con el prerequisite de la reposición.

81. En cuanto al articulado K-161, está comprobado que mediante carta del 3 de diciembre de 2013, Somos K solicitó a Transmilenio la vinculación de este articulado, como flota de reserva (folio 51 y 55, cuaderno de pruebas Nro. 01), y que el subgerente de servicios técnicos de Transmilenio remitió la documentación correspondiente, sin haber solicitado la reposición previa de vehículos, tal como se había realizado el trámite de los articulados K-159 y K-160 (ver folio 617 cuaderno de pruebas Nro. 01). Solamente, mediante comunicación de junio 13 de 2014, el director técnico del BRT (folio 623 a 624, cuaderno de pruebas Nro. 01), expresa lo siguiente:

“Por tal motivo, el concesionario SOMOS K, sin ninguna distinción, ha debido acreditar ante el SIM el cumplimiento de la cuota de chatarrización al momento de radicar los trámites de la matrícula inicial y así exigirlo el SIM, ya que las equivalencias de chatarrización hacen parte del contrato de concesión y en el evento de no cumplirse, es un incumplimiento contractual que además acarrea la inmovilización del vehículo y su desvinculación del Sistema”.

82. En todo caso, los conceptos ya transcritos anteriormente, simplemente corroboran que el asunto ha sido controversial, pero no se requieren como fundamento para la decisión tomada por el tribunal, la cual se itera, **se basa en el comportamiento común y reiterado de las partes**, comportamiento que permite, razonablemente, desentrañar la intención de las partes con respecto al contenido del contrato; comportamiento, que en todo caso, da lugar a la aplicación de la teoría de los actos propios, principio que igualmente conduce a la misma conclusión.

83. Por tanto, la interpretación tardía y en clara contravía a su conducta anterior, reiterada y prolongada en el tiempo, desde septiembre 20 de 2012, fecha en que se solicitó la vinculación de los articulados K-159 y K-160 (ver folio 495 y 496, cuaderno de pruebas Nro. 01), determina que tal conducta generó una legítima confianza en Somos K, en relación a que la flota de reserva, efectivamente, no requería cumplir con la reposición, tal como lo considera la jurisprudencia:

“La confianza legítima se traduce en la protección de las expectativas de estabilidad generadas con las actuaciones previas ante la fundada creencia de su proyección en condiciones relativas de permanencia, coherencia y plenitud, partiendo de la premisa según la cual todo ciudadano tiene derecho a prever, disciplinar u ordenar su conducta con sujeción a las directrices normativas entonces vigentes, a su aplicación e interpretación por las autoridades, confiando razonablemente en que procederán de manera idéntica o similar en el futuro.

Se protege, la convicción íntima del ciudadano en la estabilidad normativa y las actuaciones del Estado, sin llegar al extremo de la petrificación del ordenamiento

jurídico, ni a su preservación indefinida por cuanto el derecho se construye diariamente, vive en su interpretación y aplicación por los jueces como garantes primarios de los derechos, libertades y garantías ciudadanas”. (F. Castillo Blanco, La protección de confianza en el derecho administrativo, Marcial Pons, Madrid, 1998, p.108; Eduardo García De Enterría, “El principio de protección de la confianza legítima como supuesta tutela justificativa de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador”, en Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Profesor Sebastián Martín Retortillo, Civitas, Madrid, 2003, págs. 33 y ss).

“En este contexto, el principio no solo es deseable, sino que se presenta como una exigencia social ineludible para garantizar la buena fe y las legítimas expectativas por situaciones derivadas del comportamiento anterior.

El principio aplica en cada situación concreta, se aprecia por el juzgador in casu, conforme al marco de circunstancias singular, considerando los distintos factores incidentes, la actuación de la autoridad, la confianza generada, las expectativas legítimas creadas, la buena fe de los particulares, sin existir un criterio absoluto, inflexible e inmediato. Es además, menester, ponderar los diferentes intereses eventualmente contrapuestos”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 25 de junio de 2009).

“A partir del principio de la buena fe contractual, consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, se desprenden varios deberes de conducta, entre los cuales se encuentra el que consagra **que nadie puede ir en contra de sus propios actos; circunstancia que no solamente se contrae al nacimiento de la obligación, sino que sus efectos se despliegan en el tiempo hasta la extinción de la misma.**

En observancia de este postulado, **no resulta admisible que el acreedor financiero reverse a su capricho el alivio que haya concedido al deudor en virtud de la aplicación de la Ley 546 de 1999,** pues en razón de la posición dominante en la que se encuentran esas entidades frente a los deudores hipotecarios, tienen el deber de informarles previamente y de manera clara, precisa y comprensible sobre cualquier tipo de cambio a realizarse en desarrollo del crédito de vivienda, a fin de que el deudor cuente con la oportunidad de ejercer sus derechos frente a la eventual modificación.

En consecuencia, era de esperarse que la entidad demandada respetara las condiciones del crédito, del alivio que había aplicado y del estado de la deuda que para ese momento se había extinguido por pago total.

De manera que quien tiene el deber contractual o legal de brindar información veraz, incurre en responsabilidad civil y está obligado a resarcir los perjuicios que ocasiona, si el buen nombre de las personas que aparecen en las bases de datos sufre un menoscabo injustificado por causa de su incumplimiento o culpa”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, SentenciaSC10297-2014 del 05 de agosto de 2014).

84. Considera el tribunal en consecuencia que se cumplen los requisitos doctrinales y jurisprudenciales para configurar la legítima confianza³¹ así:

85. En efecto, primero se suscitan expectativas legítimas o de actuaciones suyas que generan estados de confianza en los sujetos, en el momento en que TRANSMILENIO, efectivamente consideró que los articulados K-159 y K-160, no requerían acreditar el cumplimiento del requisito previo de la reposición como anteriormente lo había manifestado la subgerente jurídica de la misma entidad, al momento de expedir el certificado de vinculación.

86. El segundo supuesto, o sea la conducta uniforme e inalterada de la administración articulado como ya está dicho se da cuando mediante carta del 03 de diciembre de 2013, Somos K solicitó a Transmilenio la vinculación de este

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia del 31 de agosto de 2015, exp: 22 637, actor: TV 13 Ltda. y otros, C.P. Ramiro de Jesús Pasos Guerrero.

"Según la jurisprudencia de esta Corporación y la doctrina, las expectativas legítimas y estados de confianza se consolidan y se defraudan cuando se originan las siguientes condiciones³¹:

10.2.15.1. **Primero.** *La existencia de una disposición estatal frente a la que se suscitan expectativas legítimas o de actuaciones suyas que generan estados de confianza en los sujetos.* Se constituyen las primeras por la puesta en marcha de los supuestos de hecho que las disposiciones estatales dejan al arbitrio de la autonomía de la voluntad para la constitución de los derechos, mientras los segundos emanan de actos, omisiones o hechos externos del Estado que revisten el carácter de concluyentes, ciertos, inequívocos, verificables y objetivados frente a una situación jurídica particular en virtud de los cuales se crean estados de confianza, plausibles y razonables en la conciencia de los asociados³¹.

10.2.15.2. **Segundo.** *La existencia de un comportamiento estatal homogéneo y constante que conlleve a consolidar expectativas legítimas y estados de confianza.* Se configura cuando existe un proceder continuo, ininterrumpido y repetido por parte del ente estatal que suscita en los asociados una expectativa legítima o un estado de confianza, en el sentido de que el Estado permitirá la consolidación de los derechos en vía de serlo previstos en las leyes o que actuará en el futuro de la misma manera como lo viene haciendo.

10.2.15.3. **Tercero.** *El asociado realiza actos que impactan su ámbito patrimonial o extrapatrimonial.* Una vez comprobados los actos, disposiciones, omisiones o hechos externos, concluyentes y objetivados del ente estatal, el asociado asumió determinadas decisiones y acciones que permitan inferir la materialización de los derechos en vía de serlo o de los estados de confianza creados o tolerados, con impacto en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial.

10.2.15.4. **Cuarto.** *La actuación impredecible e intempestiva genera defraudación de las expectativas legítimas y de los estados de confianza de los asociados.* Debe haber un cambio brusco e intempestivo de la actuación estatal que vulnera de manera cierta y razonable las expectativas legítimas frente a la ley de consolidar el derecho en vía de serlo y estados de confianza de los asociados nacidos en virtud de la confianza generada y tolerada por el Estado.

10.2.15.5. **Quinto.** *La violación de las obligaciones de adaptación y adecuación.* El Estado debe haber omitido cuatro deberes que se imponen cuando se suscitan cambios normativos intempestivos, como los atinentes a: El Estado debe haber omitido deberes que se imponen cuando se suscitan cambios normativos intempestivos, como los atinentes a: *i)* fijar un plazo razonable para que los afectados puedan adecuarse y adaptarse a las nuevas situaciones jurídicas; *ii)* crear mecanismos idóneos para que los afectados puedan acoplarse a las nuevas medidas y *iii)* adoptar mecanismos de compensación.

articulado, como flota de reserva, y que el subgerente de servicios técnicos de Transmilenio respondió, sin solicitar la reposición previa de vehículos, tal como se había realizado el trámite de los articulados K-159 y K-160 hecho que probablemente fundó en la parte actora el estado de confianza.

87. Finalmente, *el impacto del aspecto patrimonial del defraudado*, en el evento de no cumplirse, se refleja claramente en las manifestaciones de Transmilenio sobre el incumplimiento contractual, la inmovilización del vehículo y su desvinculación del Sistema, manifestaciones que claramente tienen un efecto patrimonial.

88. En resumidas, sea en apoyo en el artículo 1618 del Código Civil sobre interpretación de los contratos, o en apoyo en la teoría de la buena fe que dimana del artículo 871 del Código Civil, especialmente en su modalidad conocida como los actos propios, se tiene que de conformidad con el contrato de concesión 017 de 2003, Somos K no tiene la obligación de proceder a la chatarrización de los vehículos que conforman la flota de reserva.

89. Igualmente, advierte el tribunal que, las consideraciones del laudo tienen plena aplicación en la medida que los articulados K-159, K-160 y K-161 forman parte de la flota de reserva; si por alguna razón estos vehículos entran a formar parte de la flota referente, no aplica lo especificado en éste fallo.

90. Pese a todo lo expuesto, considera el Tribunal que debe dejar en claro que las conclusiones vertidas en este laudo solamente producen efecto y se refieren exclusivamente al contrato de concesión 017 de 2003, suscrito entre Transmilenio y Somos K, debido a que tales consideraciones se han hecho en virtud al comportamiento contractual de las partes, en ejecución del mencionado contrato 017. Por tal virtud, el Tribunal se ha abstenido de entrar en el estudio y consideración del comportamiento de Transmilenio con respecto a los otros contratos de concesión anexados al proceso, salvo el análisis de la cláusula 174.5, cuya verificación se efectuó con el fin de determinar si correspondía una cláusula usual y predispuesta por Transmilenio.

91. Así además lo dispone expresamente la cláusula 112.: *“...Adicionalmente, el CONCESIONARIO reconoce que este contrato es único y autónomo en consecuencia no se complementa ni interpreta con otros contratos de concesión y operación del Sistema Transmilenio como fuente de limitación y aumento de obligaciones o derechos.” Folio 96 Cuaderno de pruebas 1.*

92. En cuanto a los perjuicios solicitados, está plenamente acreditado que somos K procedió a cumplir con la obligación de chatarrización del vehículo K-161, solamente para mitigar los daños y que en todo caso, dejó dicha constancia a Transmilenio en la reunión realizada en marzo 10 de 2015, así como en la comunicación de junio 30 de 2015 (folio 692, cuaderno de pruebas Nro. 01), por lo que tal conducta no desdice su actuación precedente y por el contrario, habilita la condena en perjuicios por razón de dicha chatarrización, para lo cual el Tribunal acoge el peritaje rendido por el perito Álvaro Bedoya Cajiao quien constató que Somos K pagó \$291.000.000 (respuesta a pregunta Nro. 02 del cuestionario), por

chatarrización referida al articulado K-161, suma actualizada hasta el 26 de enero de 2016 y que corresponde a \$326.000.000.00, por lo que el tribunal oficiosamente procederá a actualizarla a la fecha del laudo.

IV. LA EVALUACIÓN DE LAS PRETENSIONES

93. Una vez resuelto el punto central de la controversia relacionada con la interpretación del contrato, consistente en determinar la obligación de chatarrización o no de la flota de reserva, pasa el tribunal a ocuparse de las otras pretensiones.

94. Con respecto a las pretensiones declarativas, ha de prosperar la primera y consiste en la existencia del contrato de concesión 017 de 2003. Igualmente prospera la pretensión segunda, pues como se ha dejado claro, la flota de reserva, es adicional a la flota de operación regular.

95. De igual forman prospera la pretensión tercera, por cuanto de la simple lectura de la cláusula 75 del contrato, se desprende la consideración consistente en que el concesionario es totalmente autónomo para disponer el tamaño de la flota de reserva.

96. En cuanto a la pretensión cuarta, efectivamente, del tenor literal de la cláusula 147 del contrato de concesión 017 de 2003 y en virtud de lo convenido en el otrosí de mayo 06 de 2013 suscrito por las partes, se evidencia que para efectos el cómputo de los kilómetros comerciales, no se tendrá en cuenta la operación realizada por la flota de reserva, por lo que igualmente prospera esta pretensión.

97. En relación a la pretensión quinta y de conformidad con lo expresado anteriormente, la operación que se realice por medio de los articulados que forman parte de la flota de reserva, tampoco influyen en el término de duración de la etapa de operación, razón por la cual también prospera esta pretensión. Es de resaltar que los cálculos efectuados por la DTB para determinar el denominado kilometraje odómetro o de recorrido en vacío, que para efectos de Somos K se ha estimado en un 6% (según alegatos de TransMilenio), **dicho cálculo se realiza teniendo en cuenta el número de vehículos de la flota referente y sus recorridos asignados**, por lo que no influye la flota de reserva.

98. La pretensión sexta, objeto central del proceso, por todo lo expuesto anteriormente, también sale adelante.

99. En cuanto a la pretensión séptima, esta igualmente prospera por cuanto los conceptos y cartas emitidas por varios funcionarios de TransMilenio con respecto a la aplicación de las Cláusula 71, 73, 74 y 75 del contrato 017 de 2003 y mediante los cuales se consideró que los vehículos que forman parte de la flota de reserva deben cumplir con el procedimiento de la chatarrización, no corresponden a la figura de la interpretación unilateral, en los términos de los artículos 14 y 15 de la Ley 80 de 1993, puesto que equivalen a simples comunicaciones expedidas como consecuencia de la ejecución del contrato, y **lejos están de configurar un acto administrativo excepcional de interpretación unilateral**. Por lo tanto, al no

haberse expedido ningún acto administrativo de interpretación unilateral, prospera la pretensión séptima.

100. En resumen, para el tribunal está claro que Transmilenio nunca hizo uso de su facultad excepcional de proceder a la interpretación unilateral del contrato, tal como se reitera en los alegatos de dicha entidad; otra cosa es que haya pretendido la ejecución y cumplimiento del contrato, conforme a su criterio.

101. En relación a la pretensión octava, teniendo en cuenta que TransMilenio exigió que se cumpliera con la chatarrización de los vehículos de reserva K-159, K-160 y K-161, y en criterio del tribunal dicho trámite no es obligatorio, prospera dicha pretensión.

102. Finalmente, prospera la pretensión novena, pero en la cuantía determinada por el tribunal, esto es la suma de \$326.000.000.00, suma que fue calculada por el perito a enero 29 de 2016 y una vez actualizada con el IPC, a la fecha del laudo, septiembre 15 de 2016, arroja un valor de \$340.690.182.00

V. EXCEPCIONES

103. Teniendo en cuenta la prosperidad de las pretensiones de la demanda, se negarán todas las excepciones de fondo formuladas en la contestación de la demanda.

VI. JURAMENTO ESTIMATORIO

104. Corresponde ahora al tribunal definir los aspectos relacionados con el juramento estimatorio y si es procedente la aplicación de la sanción prevista en el Parágrafo del artículo 206 del CGP.

105. Para el análisis del juramento estimatorio debe el tribunal considerar en primer término el origen y la función misma de la norma, que al decir de la Corte Constitucional *“Asume que la sanción prevista en la norma demandada es necesaria para fortalecer la efectividad del juramento estimatorio, en la medida en que contribuye a desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias, lo cual encuentra apoyo en los derechos constitucionales a acceder a la justicia, a un debido proceso y a la igualdad de las partes en el proceso³²”*.

106. Consta en el escrito de demanda que la fijación de la cuantía de los perjuicios está compuesta por 3 rubros, correspondiendo cada uno de ellos a cada uno de los tres vehículos involucrados en el debate de la interpretación del contrato 017 de 2003 a saber el K-159, K-160 y el K- 161.

107. Como el proceso arbitral se desarrolló durante la ejecución del contrato hay un permanente contacto de las partes en reuniones o por medio de oficios que tratan el tema de la vinculación de los articulados; normalmente TRANSMILENIO solicita y/o anuncia la desvinculación de los vehículos K-159 y K-160, frente a la posición

³² Sentencia C-157/13, (Bogotá DC., marzo 21 de 2013), Corte Constitucional

contraria de Somos K, de negarse a retirarlos de servicio, por considerar que su actuación se ajusta a lo previsto en el contrato.

108. La no chatarrización de los vehículos K-159 y K-160 fue calificada por Transmilenio como un *“incumplimiento contractual que además acarrea la inmovilización del vehículo y su desvinculación del Sistema”*. (Comunicación 13 de junio de 2014 de TransMilenio a Somos K) La indefinición respecto de la desvinculación o no de los buses se mantuvo durante la etapa de arreglo directo que se inició el 8 de agosto de 2014 y culminó el 17 de abril de 2015. El 28 de Mayo TransMilenio anunció a la Secretaria de Movilidad *“que desvincularía los vehículos K-159 y K-160”*. El 17 de Junio de 2015 el director de Operaciones de Transmilenio, informa *“que procederá a desvincular los vehículos K 159 y K 160”*. Igual anuncio se encuentra en comunicaciones del 19 de junio de 2015 y el 10 de agosto de 2015.

109. El 19 de agosto de 2015, el apoderado de la parte actora presentó un escrito de solicitud de medidas cautelares que fundamentó durante la audiencia de instalación así:

“El objeto del litigio es que ustedes interpreten si Transmilenio puede ir en contravía de sus actos propios y un año y medio después desdecirse, de los actos que había hecho, era haber vinculado y haber aceptado que no se necesitaba chatarrización, o por el contrario tiene unas facultades contractuales que es un año y medio después decir: no reconozco los actos que hice y venir a interpretar el contrato cuando las cláusulas son claras y el pacto arbitral es claro, los que tienen competencia para interpretar el contrato son ustedes señores Árbitros y no Transmilenio.

Les pediría que con fundamento en lo que nos hemos manifestado, en las pruebas que hay en el proceso sobre las vinculaciones y sobre los actos que han ocurrido proceda a reconsiderar y esta sea la oportunidad con el objeto de evitar que se proceda a ordenarle a Transmilenio que se abstenga de desvincular los articulados K159 y K160.” (AUDIENCIA DEL 19.08.15, página 6)

110. No puede el tribunal calificar de temeraria o desproporcionada la suma contenida en el juramento estimatorio, al momento de presentar la demanda pues todo parecía indicar que el día 19 de agosto de 2015, el proceso incluiría la desvinculación de los articulados mencionados. A contrario sensu su no inclusión si impondría limitaciones procesales en la obtención de una eventual condena a favor de la parte actora, y por cuenta de perjuicios futuros. Pese a que finalmente por razones no sometidas a nuestro conocimiento, no se dio la mencionada desvinculación de los articulados.

111. Esta circunstancia permite afirmar que estamos ante la hipótesis advertida por la Corte Constitucional de:

“En el segundo evento, es evidente que se está ante la fatalidad de los hechos, valga decir, ante un fenómeno que escapa al control de la parte o a su voluntad, y que puede ocurrir a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado. En este escenario hipotético la sanción prevista en la norma demandada sí resulta

desproporcionada y, por tanto, vulnera el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte. Dado que esta interpretación de la norma es posible, la Corte emitirá una sentencia condicionada.” (Sentencia C-157/13, marzo 21 de 2013, Corte Constitucional)

112. Por consiguiente, dado que el Tribunal no considera que la diferencia entre el juramento estimatorio y lo efectivamente reclamado en este Proceso haya obedecido al obrar negligente o temerario de la Parte actora, como aquí se analizó, se abstendrá de imponerle sanción alguna a la luz del tantas veces referido artículo 206 del C.G.P., circunstancia de la que se dará cuenta en la parte resolutive del Laudo.

3. COSTAS

113. Habiendo prosperado la totalidad de las pretensiones de la sociedad convocante y fracasado las excepciones formuladas por la entidad convocada, el Tribunal dispone con fundamento en lo previsto en el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, condenar en costas a la entidad convocada **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, en un 100%. Con base en lo anterior, las costas son las que a continuación se liquidan:

Honorarios de los Árbitros, el Secretario, Gastos del Tribunal y otros Gastos:

Gastos de presentación de la demanda	\$1.463.960
Honorarios de los Árbitros (incluido IVA)	\$78.800.842
Secretario (incluido IVA)	\$13.133.473
Gastos Administrativos (incluido IVA)	\$13.133.473
Protocolización y otros cargos	\$2.000.000
Total	\$108.531.748

Agencias en Derecho:

El Tribunal fija como valor de las agencias en derecho, tomando como parámetro la tarifa señalada para un árbitro, la suma de \$22.643.920 mas IVA, obrando dentro los límites determinados por el Acuerdo Número 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme lo establece el numeral 4º del artículo 366 del Código General del Proceso.

Total costas y agencias en derecho: \$131.175.668

Aplicado el porcentaje del 100% a las anteriores sumas, tenemos lo que será objeto de condena en los siguientes términos:

Por honorarios y gastos del Tribunal: \$108.531.748
Por agencias en derecho: \$26.266.946

Total de costas y agencias en derecho, la suma de: \$134.798.694

Por lo tanto, la entidad convocada deberá pagarle a la sociedad convocante, por concepto de costas, la suma de \$134.798.694 y así se dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Otros Gastos”, se ordenará su devolución si a ello hubiere lugar.

4. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado por **SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. – SOMOS K S.A.** contra **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que el CONTRATO No. 017 de 2003, de concesión para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el sistema TransMilenio, suscrito entre **LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. “TRANSMILENIO S.A. Y SOMOS K S.A.** (antes SI 02 S.A.) existe legalmente y se encuentra en ejecución a la fecha de presentación de la demanda arbitral.

SEGUNDO: Declarar que de conformidad con lo dispuesto en las Cláusulas N° 74 y 75 del CONTRATO No. 017 de 2003, de concesión para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el sistema TransMilenio, suscrito entre **LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. “TRANSMILENIO S.A. Y SOMOS K S.A.** (antes SI 02 S.A.) y demás disposiciones legales y contractuales aplicables, la Flota de Reserva es Adicional a la Flota de Operación Regular.

TERCERO: Declarar que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula No. 75 del CONTRATO No. 017 de 2003, de concesión para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el sistema TransMilenio, suscrito entre **LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. “TRANSMILENIO S.A. Y SOMOS K S.A.** (antes SI 02 S.A.) y demás disposiciones legales y contractuales aplicables, ‘el tamaño de la flota de reserva será determinado autónomamente por el CONCESIONARIO.

CUARTO: Declarar que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula No. 147 del CONTRATO No. 017 de 2003, de concesión para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el sistema TransMilenio, suscrito entre **LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A.**

“**TRANSMILENIO S.A. Y SOMOS K S.A.** (antes SI 02 S.A.) y del Otrosí modificatorio de fecha de 6 de mayo de 2.013 así como demás disposiciones legales y contractuales aplicables, la Flota de Reserva no hace parte del cómputo de los kilómetros comerciales.

QUINTO: Declarar que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula No. 147 del CONTRATO No. 017 de 2003, de concesión para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el sistema TransMilenio, suscrito entre **LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A.** “**TRANSMILENIO S.A. Y SOMOS K S.A.** (antes SI 02 S.A.) y del Otrosí modificatorio de fecha de 6 de mayo de 2013 así como demás disposiciones legales y contractuales aplicables, los kilómetros recorridos por Flota de Reserva no son tomados en cuenta para controlar el termino de duración de la Etapa de Operación Regular, sino en cuanto reemplace a la Flota de Operación Regular.

SEXTO: Declarar que el procedimiento contractual de Reposición de Flota, no es aplicable a la Flota de Reserva.

SÉPTIMO: Declarar que la adopción de la interpretación sobre las cláusulas 71, 73, 74 y 75 del CONTRATO No. 017 de 2003, DE CONCESION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE MASIVO URBANO DE PASAJEROS EN EL SISTEMA TRANSMILENIO, SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. "TRANSMILENIO S.A. Y SOMOS K S.A. (antes SI 02 S.A.) y demás disposiciones legales y contractuales aplicables, por la cual TRANSMILENIO S.A. considera que la vinculación de la Flota de Reserva requiere el agotamiento previo del procedimiento de Reposición de Flota, no cumple con las condiciones para la modificación ni para Interpretación unilateral previstas en las Cláusulas 165 y 166 del Contrato de Concesión antes nombrado.

OCTAVO: Declarar que **TRANSMILENIO S.A.** incumplió sus obligaciones legales y contractuales al exigir requisitos extralegales para mantener la vinculación de los vehículos K-159 y K-160 y para vincular el K-161, todos ellos, pertenecientes a la Flota de Reserva de **SOMOS K S.A.**

NOVENO: Condenar a **TRANSMILENIO S.A.** a indemnizar a **SOMOS K S.A.** los perjuicios generados como consecuencia de sus incumplimientos legales y contractuales, de todo orden, así como el pago de las demás compensaciones legales aplicables.

DÉCIMO: Condenar a **TRANSMILENIO S.A.** a pagar la suma de TRESCIENTOS CUARENTA MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA MIL CIENTO OCHENTA Y DOS PESOS (\$340.690.182) a **SOMOS K S.A.** por concepto de los perjuicios causados como consecuencia de sus incumplimientos legales y contractuales, a título de daño emergente y lucro cesante, dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la ejecutoria del laudo.

UNDÉCIMO: Condenar a **TRANSMILENIO S.A.** a pagar a **SOMOS K S.A.** la suma

de CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$134.798.694) por concepto de costas del proceso, incluyendo agencias en derecho, honorarios y gastos del Tribunal.

DUODÉCIMO: Condenar a **TRANSMILENIO S.A.** a pagar intereses a **SOMOS K S.A.** por los valores objeto de las condenas que se produzcan por parte de este Tribunal Arbitral desde la ejecutoria del Laudo Arbitral hasta la fecha de pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio.

DÉCIMO TERCERO: Negar las excepciones de fondo formuladas por **TRANSMILENIO S.A.**, teniendo en cuenta la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

DÉCIMO CUARTO: Estar a lo consignado en este Laudo y, por consiguiente, abstenerse de la imposición de cualquier sanción a **SOMOS K S.A** con motivo del Juramento Estimatorio formulado en la Demanda.

DÉCIMO QUINTO: Declarar causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y de la secretaria del Tribunal, y ordenar su pago.

DÉCIMO SEXTO: Disponer que el Presidente del Tribunal rinda cuentas a las partes de las sumas que estuvieron bajo su cuidado y haga los reembolsos que correspondan de la partida de “Otros” que no sea utilizada, y por lo tanto, ordenar la liquidación final de las cuentas del Proceso.

DÉCIMO SÉPTIMO: Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo con las constancias de ley para cada una de las partes, y copia simple para el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

DÉCIMO OCTAVO: Remitir el expediente de este Proceso al Centro de Arbitraje, para que proceda al archivo del mismo de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY
Presidente

DAVID LUNA BISBAL
Árbitro

ADRIANA POLANIA POLANIA
Árbitro

JEANNETTE NAMÉN BAQUERO
Secretaria

**LA SUSCRITA SECRETARIA HACE CONSTAR QUE EL PRESENTE LAUDO ES
COPIA AUTENTICA DEL ORIGINAL QUE REPOSA EN EL EXPEDIENTE**

JEANNETTE NAMÉN BAQUERO
Secretaria

**LA SUSCRITA SECRETARIA HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA ES
LA PRIMERA COPIA QUE PRESTA MÉRITO EJECUTIVO Y SE EXPIDE A
FAVOR DE SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. – SOMOS K S.A.**

JEANNETTE NAMÉN BAQUERO
Secretaria