

## LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D. C., once (11) de julio de dos mil veintidós (2022)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede este Tribunal Arbitral a proferir, por unanimidad, el Laudo en derecho que pone fin al proceso surtido entre la sociedad SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. - SI99 S.A., como parte convocante y, a su vez, demandada en reconvención, y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A., como parte convocada y, a su vez, demandante en reconvención.

### I. ANTECEDENTES.

#### 1.1. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES.

Las partes son personas jurídicas, plenamente capaces, regularmente constituidas y que han acreditado en legal forma su existencia y representación así:

##### 1.1.1. Parte Convocante y Demandada en Reconvención.

La parte convocante y demandada en reconvención es SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. - SI99 S.A., sociedad comercial debidamente constituida mediante escritura pública 0001042 del 13 de mayo de 1999 otorgada en la Notaría 41 de la ciudad de Bogotá, inscrita el 9 de julio de 1999 bajo el número 00687444 del Libro IX de la Cámara de Comercio de Bogotá, con matrícula mercantil 0095448, identificada con NIT No. 830.060.151-1, representada legalmente por el señor MAURICIO ARCINIEGAS JARA, como se desprende del Certificado de Existencia y Representación Legal que reposa en el expediente virtual 119770 del Centro de Arbitraje y Conciliación de Cámara de Comercio de Bogotá<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ver archivo PDF 03 en PARTE I Documentos Físicos Cuaderno Principal No. 1 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

En este trámite arbitral, SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. - SI 99 S.A. se encuentra debidamente representada por apoderado judicial de conformidad con el poder obrante en el expediente virtual 119770 del Centro de Arbitraje y Conciliación de Cámara de Comercio de Bogotá<sup>2</sup>.

El Tribunal se referirá a esta parte, indistintamente, como SI99, la parte Convocante, la Convocante, la Demandante Principal o la Demandada en Reconvención.

#### **1.1.2. Parte Convocada y Demandante en Reconvención:**

La parte convocada y demandante en reconvención es la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A., sociedad comercial debidamente constituida mediante escritura pública 001528 del 13 de octubre de 1999 otorgada en la Notaría 27 de la ciudad de Bogotá, inscrita el 20 de octubre de 1999 bajo el número 00700754 del Libro IX de la Cámara de Comercio de Bogotá, con matrícula mercantil 00974583, identificada con NIT No. 830.063.506-6, representada legalmente por el señor ÁLVARO JOSÉ RENGIFO CAMPO, como se desprende del Certificado de Existencia y Representación Legal que reposa en el expediente virtual 119770 del Centro de Arbitraje y Conciliación de Cámara de Comercio de Bogotá<sup>3</sup>.

En este trámite arbitral, EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. se encuentra debidamente representada por apoderado judicial de conformidad con el poder obrante en el expediente virtual 119770 del Centro de Arbitraje y Conciliación de Cámara de Comercio de Bogotá<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Ver archivo PDF 02 en PARTE I Documentos Físicos Cuaderno Principal No. 1 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>3</sup> Ver archivo PDF 04 en PARTE I Documentos Físicos Cuaderno Principal No. 1 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>4</sup> Ver archivo PDF 23 en PARTE I Documentos Físicos Cuaderno Principal No. 1 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

El Tribunal se referirá a esta parte, indistintamente, como TRANSMILENIO, la parte Convocada, la Convocada, la Demandante en Reconvención o la Demandada Principal.

## **1.2. EL CONTRATO ORIGEN DE LA CONTROVERSIA.**

La empresa SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. suscribieron el Contrato de Concesión No. 001 el 19 de abril de 2000<sup>5</sup>, cuyo objeto, según la cláusula segunda del mismo, corresponde a:

*“Otorgar en concesión no exclusiva al CONCESIONARIO, la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente contrato. Dicha concesión otorgará el permiso de operación al CONCESIONARIO para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Santa fe de Bogotá D.C. y su área de influencia, sobre las troncales del Sistema Transmilenio, y respecto de los grupos de servicios que se originen en las estaciones que conformen o que llegaren a conformar el Sistema Transmilenio, de acuerdo con la adjudicación hecha mediante la Licitación Pública No. 001 de 1999.*

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

El Tribunal se referirá a este negocio jurídico como el Contrato, el Contrato de Concesión o el Contrato de Concesión 001 de 2000.

---

<sup>5</sup> Ver archivo PDF 02 en Cuaderno de Pruebas No. 1 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

### 1.3. EL PACTO ARBITRAL.

Dentro de las condiciones del Contrato de Concesión 001 de 2000, materia de controversia, las partes acordaron cláusula compromisoria, según se advierte en la estipulación 131 del mismo, en los siguientes términos:

#### *“CLAÚSULA 131. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO*

*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:*

*131.1. El Tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes cuando la cuantificación de la pretensión o la valoración del conflicto sea igual o superior a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de presentación de la respectiva solicitud de citación del Tribunal. En 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.*

*131.2. La designación de (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 ésta quien los designe.*

*131.3. Los árbitros decidirán en derecho.*

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

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

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

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

#### **1.4. TRÁMITE INICIAL DEL PROCESO.**

##### **1.4.1. La demanda arbitral.**

El 19 de noviembre de 2019, SI99 presentó la demanda arbitral, junto con todos sus anexos, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>6</sup>.

##### **1.4.2. Designación de Árbitros e Instalación del Tribunal Arbitral.**

El 8 de enero de 2020 se realizó el nombramiento de árbitros, de común acuerdo entre las partes, en audiencia celebrada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la CCB, designando a los doctores MARCELA MONROY TORRES, ROBERTO AGUILAR DÍAZ y JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ como principales, y a los doctores ANA MARÍA RUAN PERDOMO, JOSÉ FELIPE NAVIA ARROYO y HENRY SANABRIA SANTOS como suplentes (Acta Designación de Árbitros)<sup>7</sup>.

Comunicada la designación a los árbitros principales, hicieron las revelaciones de ley por parte de cada uno de ellos y aceptaron su designación dentro del término legal<sup>8</sup>. Sin embargo, el apoderado de TRANSMILENIO presentó solicitud de relevo de los doctores ROBERTO AGUILAR DÍAZ y MARCELA MONROY TORRES, lo que condujo a la renuncia como árbitro del doctor AGUILAR DÍAZ, sustituido por el doctor JOSÉ FELIPE

---

<sup>6</sup> Ver archivo PDF 01 en PARTE I Documentos Físicos Carpeta Principal No. 1 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>7</sup> Ver archivo PDF 22 en PARTE I Documentos Físicos Carpeta Principal No. 1 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>8</sup> Ver archivos PDF 24, 25 y 26 en PARTE I Documentos Físicos Carpeta Principal No. 1 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A. vs.  
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.  
Expediente No. 119770**

---

NAVIA ARROYO<sup>9</sup>; y a que se negara, por parte de los dos árbitros del panel, el relevo de la doctora MONROY TORRES<sup>10</sup>.

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la CCB, igualmente, comunicó de la existencia del presente trámite a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE<sup>11</sup>, y al Ministerio Público, para cuya vocería fue designada la Procuradora 142 Judicial II, doctora CLARA CECILIA SUÁREZ VARGAS<sup>12</sup>, quien fuera sustituida posteriormente por el doctor WILLIAM CRUZ ROJAS<sup>13</sup>.

El 11 de mayo de 2020 se instaló el Tribunal Arbitral y se designó como Secretaria a la doctora JOHANNA SINNING BONILLA (quien hizo las revelaciones de ley y aceptó su designación dentro del término previsto<sup>14</sup>), se reconoció personería a los apoderados, a la representante del Ministerio Público, y se inadmitió la demanda arbitral (Acta No. 1)<sup>15</sup>.

Dentro de la oportunidad procesal, el apoderado de SI99 subsanó la demanda arbitral<sup>16</sup>, la cual fue admitida mediante Auto No. 3 del 20 de mayo 2020 (Acta No. 2), notificado el 21 de mayo de 2020 a TRANSMILENIO, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE, y corriendo el traslado correspondiente tanto de la demanda como del escrito de subsanación junto con todos sus anexos<sup>17</sup>.

El apoderado de TRANSMILENIO interpuso recurso de reposición<sup>18</sup> contra el auto admisorio de la demanda, del cual se dio el traslado correspondiente<sup>19</sup> al apoderado de

---

<sup>9</sup> Ver archivos PDF 47 en PARTE I Documentos Físicos Cuaderno Principal No. 1 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB y archivos 9 a 11 en PARTE II Documentos Físicos 1 ídem.

<sup>10</sup> Ver archivo PDF 17 en PARTE II Documentos Físicos Cuaderno Principal No. 1 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>11</sup> Ver archivo PDF 21 en PARTE I Documentos Físicos Cuaderno Principal No. 1 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>12</sup> Ver archivo PDF 18 en PARTE I Documentos Físicos Cuaderno Principal No. 1 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>13</sup> Ver archivos PDF 24 y 25 Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>14</sup> Ver archivos PDF 28 en PARTE I Documentos Físicos Cuaderno Principal No. 1 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>15</sup> Ver archivo PDF 25 en PARTE I Documentos Físicos Cuaderno Principal No. 1 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>16</sup> Ver archivo PDF 30 y 31 en PARTE II Documentos Físicos Cuaderno Principal No. 1 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>17</sup> Ver archivo PDF 01 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>18</sup> Ver archivos PDF 02 a 04 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

SI99, quien se opuso a su prosperidad<sup>20</sup>. Mediante Auto No. 4 del 3 de junio de 2020 se confirmó la admisión recurrida (Acta No. 3)<sup>21</sup>. En esa misma oportunidad, mediante Auto No. 5 del 3 de junio de 2020 (Acta No. 3)<sup>22</sup>, el Tribunal Arbitral señaló el 3 de agosto de 2020 como fecha para aportar el dictamen pericial “*técnico y financiero*” anunciado en la demanda arbitral. Ambas providencias fueron notificadas en la misma fecha<sup>23</sup>.

#### **1.4.3. Contestación de la demanda arbitral, demanda de reconvención e integración de la litis.**

El apoderado de TRANSMILENIO contestó oportunamente la demanda, propuso excepciones, solicitó pruebas y objetó el juramento estimatorio de la cuantía de la demanda<sup>24</sup>. Dentro de la misma oportunidad, presentó demanda de reconvención contra la sociedad SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.<sup>25</sup>. Mediante Auto No. 6 del 18 de agosto de 2020 se admitió la demanda de reconvención, ordenando correr traslado de la misma por el término legal, y se tuvo por contestada la demanda arbitral, ordenando el traslado de las excepciones de mérito a SI99 y al Ministerio Público (Acta No. 4)<sup>26</sup>; decisión que fue notificada en la misma fecha de su pronunciamiento<sup>27</sup>.

En la fecha ordenada por el Tribunal Arbitral, se presentó el dictamen pericial de parte<sup>28</sup> anunciado por SI99 en su escrito de demanda, el cual se puso en conocimiento, en los términos del artículo 228 del CGP, al apoderado de TRANSMILENIO<sup>29</sup>, quien al descorrer el mismo solicitó interrogatorio de contradicción al perito de parte<sup>30</sup>.

---

<sup>19</sup> Ver archivo PDF 05 del Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>20</sup> Ver archivos PDF 09 y 10 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>21</sup> Ver archivo PDF 19 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>22</sup> Ídem.

<sup>23</sup> Ver archivo PDF 20 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>24</sup> Ver archivo PDF 31 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>25</sup> Ver archivo PDF 32 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>26</sup> Ver archivo PDF 36 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>27</sup> Ver archivo PDF 37 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>28</sup> Ver archivo PDF 35 en Cuaderno Principal No. 2 y en Carpeta 09 del Cuaderno de Pruebas No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>29</sup> Ver archivo PDF 36 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>30</sup> Ver archivo PDF 42 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A. vs.  
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.  
Expediente No. 119770**

---

El apoderado de SI99 presentó oportunamente escrito mediante el cual describió el traslado de las excepciones de mérito presentadas con la contestación de la demanda, solicitó pruebas testimoniales y exhibición de documentos. En la misma oportunidad, describió el traslado de la objeción al juramento estimatorio de la demanda arbitral, solicitando un plazo no menor a 30 días, con el fin de presentar una ampliación al peritaje aportado previamente<sup>31</sup>. Mediante Auto No. 8 del 26 de agosto de 2022, el Tribunal Arbitral señaló el 5 de octubre de 2022 para la entrega de la ampliación del dictamen de parte solicitado por SI99 (Acta No. 5)<sup>32</sup>, decisión notificada en la misma fecha de su pronunciamiento<sup>33</sup>.

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado de SI99 describió el traslado para contestar la demanda de reconvenición, proponiendo excepciones y objetando la estimación de la cuantía de la demanda de reconvenición<sup>34</sup>. El traslado de las excepciones de mérito de la contestación de la demanda de reconvenición se realizó a TRANSMILENIO y al Ministerio Público en los términos del párrafo del artículo 9º del Decreto 806 de 2020<sup>35</sup>; mediante Auto No. 9 del 17 de septiembre de 2020 (Acta No. 6)<sup>36</sup>, se ordenó el traslado de la objeción al juramento estimatorio de la demanda de reconvenición a TRANSMILENIO y al Ministerio Público, conforme lo ordena el artículo 206 del CGP. En esa misma actuación procesal el Tribunal Arbitral, mediante Auto No. 10 del 17 de septiembre de 2020 (Acta No. 6)<sup>37</sup>, fijó el 6 de octubre de 2020 como fecha para celebrar la audiencia de conciliación. Estas decisiones se notificaron en la misma fecha de su pronunciamiento<sup>38</sup>.

El apoderado de TRANSMILENIO describió oportunamente el traslado de las excepciones de mérito de la contestación de la demanda de reconvenición y de la objeción al juramento estimatorio en un mismo escrito<sup>39</sup>, aportando prueba documental<sup>40</sup>.

---

<sup>31</sup> Ver archivos PDF 43 y 44 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>32</sup> Ver archivo PDF 45 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>33</sup> Ver archivo PDF 46 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>34</sup> Ver archivo PDF 51 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>35</sup> Ver archivo PDF 50 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>36</sup> Ver archivo PDF 52 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>37</sup> Ídem.

<sup>38</sup> Ver archivos PDF 53 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>39</sup> Ver archivos PDF 57, 58 y 58 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>40</sup> Ver en Carpeta 04 del Cuaderno de Pruebas No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.



**TRIBUNAL ARBITRAL DE SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A. vs.  
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.  
Expediente No. 119770**

---

Previo a la fecha decretada para celebrar la audiencia de conciliación, el apoderado de SI99 anunció<sup>41</sup> y presentó reforma a la demanda arbitral en escrito integrado<sup>42</sup>. Razón por la cual, mediante Auto No. 11 del 6 de octubre de 2020 (Acta No 7)<sup>43</sup>, el Tribunal Arbitral ordenó el aplazamiento de la audiencia programada en dicha fecha para fijarla en oportunidad posterior. Esta decisión fue notificada en la misma fecha de su pronunciamiento<sup>44</sup>.

El 9 de octubre de 2020, mediante Auto No. 12 (Acta No.8), el Tribunal inadmitió la reforma de la demanda arbitral, otorgando el término legal para proceder con su subsanación<sup>45</sup>, decisión notificada en la misma fecha de su pronunciamiento<sup>46</sup>. El apoderado de SI99 oportunamente presentó escrito de subsanación de la reforma de la demanda arbitral<sup>47</sup>, admitida a través del Auto No. 13 del 22 de octubre de 2020 (Acta No. 9), en el que igualmente ordenó correr traslado de la reforma arbitral reformada como del escrito de subsanación a TRANSMILENIO y al Ministerio Público, así como indicar que el traslado de las excepciones de mérito que se presentasen con la contestación a la reforma de la demanda arbitral se realizaría conforme al parágrafo del artículo 9º de Decreto 806 de 2020<sup>48</sup>. En la misma actuación procesal, se emitió el Auto No. 14 del 22 de octubre de 2020 (Acta No. 9), mediante el cual se ordenó a TRANSMILENIO aportar la documentación solicitada a través de la reforma de la demanda arbitral, y fijó el 15 de enero de 2021 como fecha para presentar la ampliación al dictamen pericial de parte que reitera SI99 en su escrito de reforma<sup>49</sup>. Estas decisiones fueron notificadas en la fecha de su pronunciamiento<sup>50</sup>.

---

<sup>41</sup> Ver archivo PDF 60 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>42</sup> Ver archivos PDF 61 y 62 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>43</sup> Ver archivo PDF 63 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>44</sup> Ver archivo PDF 64 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>45</sup> Ver archivo PDF 68 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>46</sup> Ver archivo PDF 69 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>47</sup> Ver archivos PDF 73 y 74 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>48</sup> Ver archivo PDF 76 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>49</sup> Ídem.

<sup>50</sup> Ver archivo PDF 77 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A. vs.  
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.  
Expediente No. 119770**

---

El apoderado de TRANSMILENIO, dentro de la oportunidad legal, presentó escrito de contestación a la reforma de la demanda arbitral, propuso excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio de la demanda arbitral<sup>51</sup>, aportando pruebas<sup>52</sup>. El traslado de las excepciones de mérito de la contestación de la demanda arbitral se realizó a SI99 y al Ministerio Público en los términos del parágrafo del artículo 9 del Decreto 806 de 2020<sup>53</sup>; mediante Auto No. 15 del 11 de noviembre de 2020 (Acta No. 10) se ordenó el traslado de la objeción al juramento estimatorio de la demanda de reconvencción a SI99 y al Ministerio Público, conforme lo ordena el artículo 206 del CGP. En la misma actuación procesal, mediante Auto No. 16 del 11 de noviembre de 2020 (Acta No. 10), el Tribunal Arbitral fijó el 30 de noviembre de 2020 como nueva fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación previamente aplazada<sup>54</sup>. Estas decisiones fueron notificadas en la fecha de su pronunciamiento<sup>55</sup>.

El apoderado de SI99 presentó oportunamente escrito mediante el cual describió el traslado a las excepciones de mérito de la contestación de la reforma de la demanda arbitral y a la objeción del juramento estimatorio, solicitando pruebas<sup>56</sup>.

La hora y fecha de la audiencia de conciliación fue modificada en varias oportunidades, a solicitud de las partes, de acuerdo con el Auto No. 17 del 17 de noviembre de 2020 (Acta No. 11), el Auto No. 18 de la misma fecha (Acta No. 12) y el Auto No. 19 del 18 de noviembre de 2020 (Acta No. 13), fijando esta última providencia el 27 de noviembre de 2020 como fecha para la celebración de esta audiencia<sup>57</sup>. Estas decisiones fueron notificadas en la fecha de su pronunciamiento<sup>58</sup>.

El apoderado de TRANSMILENIO, previo a la fecha para celebrar la audiencia de conciliación, presentó escrito de reforma de la demanda de reconvencción<sup>59</sup>. Mediante Auto

---

<sup>51</sup> Ver archivo PDF 81 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>52</sup> Ver en Carpeta 05 en Cuaderno de Pruebas No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>53</sup> Ver archivo PDF 80 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>54</sup> Ver archivo PDF 84 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>55</sup> Ver archivo PDF 85 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>56</sup> Ver archivo PDF 05 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>57</sup> Ver archivos PDF 88, 93 y 98 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>58</sup> Ver archivos PDF 89, 94 y 99 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>59</sup> Ver archivos PDF 07 y 08 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A. vs.  
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.  
Expediente No. 119770**

---

No. 20 del 27 de noviembre de 2020 (Acta No. 14)<sup>60</sup>, el Tribunal Arbitral ordenó el aplazamiento de la audiencia programada en dicha fecha para fijarla en oportunidad posterior. Esta decisión fue notificada en la misma fecha de su pronunciamiento<sup>61</sup>.

El Tribunal Arbitral, a través del Auto No. 21 del 30 de noviembre de 2020 (Acta No. 15)<sup>62</sup>, admitió la reforma de la demanda de reconvención y ordenó correr traslado de la misma a SI99 y al Ministerio Público, así como indicar que el traslado de las excepciones de mérito que se presentasen con la contestación a la reforma de la demanda de reconvención se realizaría conforme al parágrafo del artículo 9º de Decreto 806 de 2020. Esta decisión fue notificada en la fecha de su pronunciamiento<sup>63</sup>.

Dentro del término legal, el apoderado de SI99 presentó la contestación a la reforma de la demanda de reconvención, propuso excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio de la demanda de reconvención reformada y solicitó pruebas<sup>64</sup>. El traslado de las excepciones de mérito de la contestación de la demanda de reconvención se realizó a TRANSMILENIO y al Ministerio Público en los términos del parágrafo del artículo 9 del Decreto 806 de 2020; mediante Auto No. 22 del 15 de diciembre de 2020 (Acta No. 16) se ordenó el traslado de la objeción al juramento estimatorio de la demanda de reconvención a TRANSMILENIO y al Ministerio Público, conforme lo ordena el artículo 206 del CGP. En la misma actuación procesal, mediante Auto No. 23 del 15 de diciembre de 2020 (Acta No. 16), el Tribunal Arbitral fijó el 18 de enero de 2021 como nueva fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación previamente aplazada<sup>65</sup>. Esta decisión fue notificada en la fecha de su pronunciamiento<sup>66</sup>.

El apoderado de TRANSMILENIO presentó oportunamente escrito mediante el cual recorrió el traslado a las excepciones de mérito de la contestación de la reforma de la

---

<sup>60</sup> Ver archivos PDF 09 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>61</sup> Ver archivos PDF 10 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>62</sup> Ver archivos PDF 11 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>63</sup> Ver archivos PDF 12 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>64</sup> Ver archivos PDF 15 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>65</sup> Ver archivos PDF 17 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>66</sup> Ver archivos PDF 18 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB

demanda de reconvencción y a la objeción del juramento estimatorio, solicitando pruebas<sup>67</sup>. De otra parte, el apoderado de SI99 presentó solicitud de ampliación del plazo para la presentación del dictamen financiero anunciado con ocasión de la necesidad de la práctica de otras pruebas solicitadas<sup>68</sup>. El Tribunal Arbitral, mediante Auto No. 24 del 28 de diciembre de 2020 (Acta No. 17)<sup>69</sup>, decidió postergar la fecha para la entrega del dictamen pericial decretada mediante Auto No. 14 del 22 de octubre de 2020 (Acta No. 9). Esta decisión fue notificada en la fecha de su pronunciamiento<sup>70</sup>.

Mediante Auto No. 25 del 15 de enero de 2021 (Acta No.18)<sup>71</sup>, se postergó la fecha para celebrar la audiencia de conciliación para ser programada para oportunidad posterior, en atención a la incapacidad médica de uno de los integrantes del Tribunal Arbitral, doctora MARCELA MONROY TORRES. Esta decisión fue notificada en la fecha de su pronunciamiento<sup>72</sup>.

#### **1.4.4. Reintegración del Tribunal Arbitral.**

Por Secretaría, se solicitó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá se le comunicara a la doctora ANA MARÍA RUAN PERDOMO, en su condición de árbitro suplente, según el Acta de Designación de Árbitros del 8 de enero de 2020, acerca de su designación con el fin de reintegrar el Tribunal Arbitral, con ocasión del fallecimiento de la doctora MARCELA MONROY TORRES el 23 de enero de 2021. Este Centro avisó a las partes y a sus apoderados, así como al agente del Ministerio Público, acerca de la necesidad de reintegrar el Tribunal Arbitral, señalando que procedería “...a informar de su designación a la doctora ANA MARÍA RUAN PERDOMO, designada por las partes de común acuerdo el pasado 8 de enero de 2020...”. El Centro comunicó de su designación a la doctora ANA MARÍA RUAN PERDOMO, quien aceptó cumpliendo con el deber de información en el marco de lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012. Tal aceptación fue puesta en conocimiento de las partes y sus

---

<sup>67</sup> Ver archivos PDF 24 y 25 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>68</sup> Ver archivos PDF 22 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>69</sup> Ver archivos PDF 26 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>70</sup> Ver archivos PDF 27 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>71</sup> Ver archivos PDF 31 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>72</sup> Ver archivos PDF 32 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

apoderados, así como del agente del Ministerio Público. Sin embargo, el apoderado de TRANSMILENIO presentó ante el Centro solicitud de relevo de la doctora ANA MARÍA RUAN PERDOMO, solicitud frente a la cual el apoderado de SI99 manifestó su oposición. El Centro puso a disposición de la doctora ANA MARÍA RUAN PERDOMO ambas posturas, quien se ratificó en la aceptación de la designación como árbitro, decisión puesta en conocimiento de las partes, sus apoderados y del agente del Ministerio Público, y de los árbitros restantes del Panel Arbitral. A través de la “*DECISIÓN ACERCA DE LA SOLICITUD DE RELEVO DE LA DOCTORA ANA MARIA RUAN PERDOMO PRESENTADA POR TRANSMILENIO S.A.*”, de fecha 15 de marzo de 2021, adoptada por los dos árbitros restantes de la terna arbitral, se concluyó negar el relevo solicitado, por las razones expuestas en tal pronunciamiento<sup>73</sup>.

Mediante Auto No. 26 del 23 de marzo de 2021 (Acta No. 19), notificado el 24 de marzo de 2022<sup>74</sup>, se declaró legalmente reconstituido e integrado el Tribunal Arbitral, y se fijó el 12 de abril de 2021 como fecha para celebrar la audiencia de conciliación del trámite arbitral<sup>75</sup>.

#### **1.4.5. Audiencia de conciliación y fijación de honorarios.**

La Audiencia de Conciliación se celebró el 12 de abril de 2020, en la hora y fecha prevista, la cual se declaró fracasada mediante Auto No. 27 de la misma fecha (Acta No. 20). Acto seguido, el Tribunal Arbitral estableció el monto de los honorarios y gastos, conforme al Auto No. 28 (Acta No. 20)<sup>76</sup> de la misma fecha, los cuales fueron oportunamente consignados en su totalidad por las partes<sup>77</sup>.

Verificado el pago de los honorarios en los porcentajes y montos correspondientes a cargo de cada una de las partes, el Tribunal Arbitral, mediante Auto No. 21 del 3 de mayo de 2021 (Acta No. 21)<sup>78</sup>, fijó el 19 de mayo de 2021 como fecha para celebrar la Primera

---

<sup>73</sup> Ver toda la actuación en archivo PDF 35 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>74</sup> Ver en el mismo archivo PDF 36 del Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>75</sup> Ver toda la actuación en archivo PDF 36 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>76</sup> Ver toda la actuación en archivo PDF 37 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>77</sup> Ver en Cuaderno Gastos Tribunal del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>78</sup> Ver toda la actuación en archivo PDF 38 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

Audiencia de Trámite. Esta decisión se notificó en la misma fecha de su pronunciamiento<sup>79</sup>.

#### **1.4.6. Primera Audiencia de Trámite.**

El 19 de mayo de 2021 se realizó la Primera Audiencia de Trámite, en la que el Tribunal asumió competencia mediante Auto No. 30, confirmado por Auto No. 31 de la misma fecha (Acta No. 22)<sup>80</sup>, sin perjuicio de lo que se decidiera en el presente laudo para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes de que dan cuenta la reforma de la demanda arbitral integrada y su contestación, y la reforma de la demanda de reconvención y su contestación.

#### **1.4.7. Pruebas decretadas y practicadas.**

Mediante Auto No. 32 del 19 de mayo 2021 (Acta No. 22)<sup>81</sup>, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en la reforma de la demanda principal integrada y en su contestación, en la reforma de la demanda de reconvención y en su contestación, así como las solicitadas en los escritos mediante los cuales se describió el traslado de las excepciones de mérito, en cada caso, las cuales se practicaron en los siguientes términos, a saber:

##### **1.4.7.1. Documentales.**

Se ordenó tener como pruebas documentales, con el valor que la ley les asigna: (i) los documentos aportados por SI99 junto con la demanda arbitral y su reforma; (ii) los documentos aportados por TRANSMILENIO junto con la contestación de la demanda arbitral, en la demanda de reconvención y su posterior reforma, en la contestación a la reforma de la demanda arbitral, así como en los escritos mediante los cuales describió el

---

<sup>79</sup> Ver toda la actuación en archivo PDF 39 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>80</sup> Ver toda la actuación en archivo PDF 40 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>81</sup> Ver también en archivo PDF 40 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

traslado de excepciones y de objeción al juramento estimatorio respecto de la demanda de reconvención inicial y su reforma. Estos documentos se incorporaron al expediente<sup>82</sup>.

#### **1.4.7.2. Interrogatorio de parte y Declaración de propia parte.**

En audiencia celebrada el 9 de junio de 2021, se practicó interrogatorio de parte y declaración de propia parte en cabeza del Representante Legal Suplente de SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A., señor JHON FREDY PIÑEROS CARREÑO (Acta No. 23)<sup>83</sup>. La grabación y transcripción de estas declaraciones se incorporaron al expediente<sup>84</sup>.

#### **1.4.7.3. Testimonios.**

Los testimonios decretados mediante Auto No. 32 del 19 de mayo de 2021 (Acta No.22), se practicaron en el siguiente orden:

- En audiencia celebrada el 16 de junio de 2021, se recibió la declaración de la señora ANNA MARÍA KONSTANTINOVSKAYA MUÑOZ (Acta No. 24)<sup>85</sup>. En audiencia celebrada el 18 de junio del 2021, se recibió la declaración del señor EDISON JAVIER RODRÍGUEZ CHAPARRO (Acta No 25)<sup>86</sup>. En audiencia celebrada el 28 de julio de 2021, se recibió la declaración de los señores BELISARIO GACHA CAÑÓN y FRANCISCO ALEXANDER RODRÍGUEZ ALFARO (Acta No. 28)<sup>87</sup>. En audiencia celebrada el 4 de agosto de 2021 se recibió el testimonio de los señores JOSÉ JULIÁN GONZÁLEZ y WILLIAM JOSÉ MARTÍNEZ GONZÁLEZ (Acta No.29)<sup>88</sup>. En audiencia celebrada el 9 de agosto de 2021 se recibió el testimonio del señor ORLANDO ALEXIS CHICA RODRÍGUEZ (Acta No. 30)<sup>89</sup>. En audiencia celebrada el 8

---

<sup>82</sup> Ver en Carpetas 01 a 05 del Cuaderno de Pruebas No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>83</sup> Ver archivo PDF 02 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>84</sup> Ver en Carpeta de Audios y Videos del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>85</sup> Ver archivo PDF 07 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>86</sup> Ver archivo PDF 10 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>87</sup> Ver archivo PDF 22 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>88</sup> Ver archivo PDF 24 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>89</sup> Ver archivo PDF 26 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

de septiembre de 2021, se recibió el testimonio del señor ALEJANDRO JARAMILLO ROBLEDO (Acta No. 31)<sup>90</sup>. En audiencia celebrada el 15 de septiembre de 2021 se recibió el testimonio de la señora NUBIA MILENA ACERO NÚÑEZ, que fue objeto de tacha por el apoderado de SI99 en los términos del artículo 211 del CGP (Acta No. 32)<sup>91</sup>. Las grabaciones y transcripciones de estas declaraciones se incorporaron al expediente<sup>92</sup>.

- El Tribunal aceptó el desistimiento de los siguientes testimonios: JHON FREDY PIÑEROS CARREÑO, mediante Auto No. 36 del 9 de junio de 2021 (Acta No. 23); MAURICIO ARCINIEGAS JARAMILLO, mediante Auto No. 37 del 16 de junio de 2021 (Acta No. 24); RODRIGO ARMANDO RAMOS MARTÍNEZ, mediante Auto No. 38 del 18 de junio de 2021 (Acta No. 25); ANDRÉS AGUDELO RESTREPO, mediante Auto No. 42 del 4 de agosto de 2021 (Acta No. 29); CARLOS ANDRÉS URQUIJO MORENO, LUIS FERNANDO CORTÉS SUESCÚN, RAFAEL CÁCERES PINZÓN y ANDRÉS VELASCO ROJAS, mediante Auto No. 42 del 9 de agosto de 2021 (Acta No.30); LUIS GUILLERMO EHRHARDT PÉREZ, mediante Auto No. 45 del 8 de septiembre de 2021 (Acta No.31); MARIO ENRIQUE GÓMEZ FERNÁNDEZ y MARÍA ALEJANDRA GARCÍA VARGAS, desistimientos admitidos mediante Auto No. 46 del 15 de septiembre de 2021 (Acta 32).

#### **1.4.7.4. Exhibición de Documentos.**

En la audiencia celebrada el 9 de junio de 2021 (Acta No. 23), decretada mediante Auto No. 33 del 19 de mayo de 2021 (Acta No. 22), se practicó la exhibición de documentos a cargo de TRANSMILENIO en los términos ordenados mediante Auto No. 32 del 19 de mayo de 2021 (Acta No. 22). Los documentos exhibidos fueron anexados al expediente<sup>93</sup>. En la misma audiencia, se practicó la exhibición de documentos a cargo de SI99 en los términos ordenados mediante Auto No. 32 del 19 de mayo de 19 de mayo de 2021 (Acta

---

<sup>90</sup> Ver archivo PDF 30 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB

<sup>91</sup> Ver en archivo PDF 32 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>92</sup> Ver en Carpeta 08 del Cuaderno de Pruebas No.2 y en Carpeta de Audios y Videos del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>93</sup> Ver en Carpeta 07 del Cuaderno de Pruebas No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.



22), exhibición que fue complementada en los términos ordenados a través del Auto No. 35 del 9 de junio de 2021 (Acta No. 23). Los documentos exhibidos fueron anexados al expediente<sup>94</sup>.

#### **1.4.7.5. Dictamen pericial de parte.**

Mediante Auto No. 32 del 19 de mayo de 2021 (Acta No. 22), se tuvo por aportado el dictamen pericial de parte anunciado con la demanda arbitral<sup>95</sup>, para ser apreciado conforme a su valor legal; decretándose, en igual oportunidad, la ampliación del mismo conforme fue solicitado por SI99, y que presentó dentro de la oportunidad señalada por el Tribunal<sup>96</sup>, una vez practicada la exhibición de documentos a cargo de TRANSMILENIO, que permitió contar con el insumo necesario para su elaboración.

En audiencia del 4 de octubre de 2021 (Acta 33), decretada mediante Auto No. 44 del 15 de septiembre de 2021(Acta No. 32), se practicó el interrogatorio de contradicción del dictamen pericial rendido por la firma STRATEGAS CONSULTORES S.A. representada por el señor Eduardo Villota Leguizamón, en el marco del artículo 228 del CGP.

#### **1.4.7.6. Dictamen pericial de oficio.**

Mediante Auto No. 51 del 27 de octubre de 2021 (Acta No. 35)<sup>97</sup>, el Tribunal decretó prueba pericial de oficio, designando al Profesor JULIO ERNESTO VILLAREAL NAVARRO para su elaboración. Comunicada y aceptada la designación, el perito de oficio se posesionó el 8 de noviembre de 2021, se fijaron las cuestiones a ser resueltas por aquél, se decretó el valor y plazo para el pago de sus honorarios y gastos a cargo de las partes, además de establecer la fecha de la entrega del dictamen pericial encomendado y la fecha para celebrar audiencia de contradicción del mismo, mediante Auto No. 52 de esa fecha (Acta No. 36)<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> Ver en Carpeta 06 del Cuaderno de Pruebas No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>95</sup> Ver en Carpeta 09 del Cuaderno de Pruebas No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>96</sup> Ver también en Carpeta 09 del Cuaderno de Pruebas No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>97</sup> Ver archivo PDF 38 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>98</sup> Ver archivo PDF 40 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A. vs.  
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.  
Expediente No. 119770**

---

Mediante Auto No. 54 del 16 de diciembre de 2021 (Acta No. 37)<sup>99</sup> se fijó nueva fecha para la presentación del dictamen pericial de oficio atendiendo las razones del perito presentadas con su solicitud de ampliación de plazo<sup>100</sup>. Presentado el dictamen pericial de oficio<sup>101</sup>, por Secretaría se puso a disposición de las partes por el término señalado en el artículo 231 del CGP de 10 días<sup>102</sup>, término dentro del cual los apoderados de las partes presentaron solicitudes de aclaración y complementación e interrogatorio al perito de oficio<sup>103</sup>.

El 31 de enero de 2022 se dio inicio a la audiencia de contradicción del dictamen pericial de oficio, la cual fue suspendida con el fin de prestar plenas garantías procesales a las partes teniendo en cuenta el vacío que en dicho sentido ofrece la norma procesal (artículo 231 del CGP), establecido un cronograma para que sus apoderados pudiesen presentar sus cuestionarios específicos de aclaraciones y/o complementaciones y/o de otra naturaleza para ser absueltos por el perito de oficio respecto de la experticia rendida, respetando el contexto de los puntos ordenados previamente por el Tribunal, tal como quedó consignado en el Acta No. 38 de esa fecha<sup>104</sup>. Esta audiencia fue reanudada el 7 de febrero de 2022 para suspenderse nuevamente, luego de haber ordenado el Tribunal Arbitral, mediante Auto 55 de esa fecha (Acta No. 39)<sup>105</sup>, que se absolviera por parte del perito de oficio los cuestionarios presentados por los apoderados de las partes, fijando la fecha para la presentación de la complementación del dictamen pericial en tal sentido y para la reanudación de la audiencia. El 3 de marzo de 2022 se reanudó por última vez la audiencia de contradicción del dictamen pericial de oficio, llevándose a cabo los interrogatorios correspondientes al perito por parte de los apoderados de las partes, el representante del Ministerio Público y el Tribunal Arbitral. Al finalizar el interrogatorio, el Tribunal ordenó el pago de los honorarios del perito de oficio, mediante Auto No. 58 (Acta

---

<sup>99</sup> Ver en archivo PDF 42 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>100</sup> Ver archivo PDF 41 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>101</sup> Ver en archivo PDF 44 en Cuaderno Principal No. 4 y en Carpeta 10 del Cuaderno de Pruebas No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>102</sup> Ver en archivo PDF 45 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>103</sup> Ver en archivos PDF 47 y 48 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>104</sup> Ver archivo PDF 49 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>105</sup> Ver archivo PDF 52 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

No. 40)<sup>106</sup>, previamente sufragados por las partes dentro del término que en tal sentido se estableció mediante Auto No. 52 del 8 de noviembre de 2021 (Acta No. 36).

#### **1.4.8. Control de Legalidad.**

El 19 de mayo de 2021, una vez finalizada la Primera Audiencia de Trámite y decretadas las pruebas solicitadas por las partes (Acta No.22)<sup>107</sup>, se realizó control de legalidad sobre las actuaciones adelantadas hasta esa fecha por el Tribunal Arbitral, sin advertir vicio alguno que pudiese acarrear una nulidad respecto de las actuaciones surtidas hasta el momento, considerando los Decretos Legislativos 491 y 806 de 2020 expedidos por el Gobierno Nacional en el marco de la Emergencia Sanitaria imperante, y bajo los cuales se rigió y se adelantó el presente trámite arbitral, en concordancia con el Estatuto Arbitral y el Código General del Proceso en lo pertinente.

En la audiencia celebrada el 3 de marzo de 2022, verificada la práctica de todas y cada una de las pruebas decretadas -salvo las desistidas-, sin advertir vicio alguno que pudiese acarrear una nulidad respecto de las actuaciones surtidas hasta el momento, mediante Auto No. 59 (Acta No. 40)<sup>108</sup>, notificado en estrados, se procedió al cierre de la etapa probatoria y se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de alegatos de conclusión para el día 5 de abril de 2022.

#### **1.4.9. Alegatos de conclusión.**

El 5 de abril de 2022 se celebró la Audiencia de Alegatos de Conclusión (Acta No. 41)<sup>109</sup>. Los apoderados de las partes formularon oralmente sus planteamientos finales, entregando sendos escritos con el resumen de sus alegatos, respectivamente, los cuales

---

<sup>106</sup> Ver en archivo PDF 53 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>107</sup> Ver en archivo PDF 40 en Cuaderno Principal No. 3 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>108</sup> Ver en archivo PDF 53 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>109</sup> Ver en archivo PDF 57 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

se anexaron al expediente<sup>110</sup>. De igual manera, el representante del Ministerio Público expuso su concepto, cuyo escrito también entregó y se anexó al expediente<sup>111</sup>.

#### **1.4.10. Audiencia para Laudo.**

Mediante Auto No. 63 del 10 de junio de 2022 (Acta No. 42), el Tribunal Arbitral fijó fecha y hora para la audiencia de emisión del presente laudo arbitral, con lectura de su parte resolutive, esto es, para el 11 de julio de 2022. Esta decisión se notificó en la fecha de su pronunciamiento<sup>112</sup>.

#### **1.5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.**

El término de duración del presente proceso es de ocho (8) meses, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 de 2020. Su cómputo inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, esto es, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, en concordancia con el artículo 10 del Decreto 491 de 2020, durante el curso del trámite se informó sobre los días transcurridos del término del proceso hasta la fecha de la presente providencia inclusive, esto es, doscientos catorce (214) días corrientes considerando las siguientes suspensiones: **(i)** de ocho (8) días hábiles del veinte (20) de mayo de dos mil veintiuno (2021) al treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021) (Auto No. 34 - Acta No. 22); **(ii)** de dieciséis (16) días hábiles contados del veinticuatro (24) de junio de dos mil veintiuno (2021) hasta el dieciséis (16) de julio de dos mil veintiuno (2021) (Auto No. 40 - Acta No. 27); **(iii)** de dieciocho (18) días hábiles contados del diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021) hasta el siete (7) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) (Auto No. 44 - Acta No. 30); **(iv)** de doce (12) días hábiles del dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) hasta el tres (3) de octubre de dos mil veintiuno (2021) (Auto 47 –

---

<sup>110</sup> Ver archivo PDF 61 a 64 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>111</sup> Ver archivo PDF 65 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>112</sup> Ver archivo PDF 66 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

Acta No. 32); **(v)** de siete (7) días hábiles del cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno (2021) hasta el trece (13) de octubre de dos mil veintiuno (2021) (Auto 49 – Acta No. 33); **(vi)** de trece (13) días hábiles, del nueve (9) hasta el veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) y de trece (13) días hábiles, del veintidós (22) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) al diez (10) de enero de dos mil veintidós (ambas en Auto No. 53 – Acta No. 36); **(vii)** de diez (10) días hábiles, del ocho (8) de febrero al veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022) (Auto No. 57 – Acta No. 39); **(viii)** de diecinueve (19) días, del cuatro (4) de marzo al treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (Auto No.60 – Acta No. 40); y **(ix)** de veintiún (21) días del seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022) al seis (6) de mayo de dos mil veintidós (2022) (Auto No. 62 - Acta No. 41).

Teniendo en cuenta que la Primera Audiencia de Trámite culminó el diecinueve (19) de mayo de dos mil veintiuno (2021), así como el término de las suspensiones referidas de ocho (8), dieciséis (16), dieciocho (18), doce (12), siete (7), trece (13), trece (13), de diez (10), de diecinueve (19), de veintiún (21) días hábiles, respectivamente, para un total de ciento treinta y siete (137) días hábiles de suspensión, que con ese mismo carácter de días hábiles se adicionan al plazo de duración del proceso, el término de ocho (8) meses del trámite se extiende hasta el once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Por lo anterior, la expedición del presente Laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

## **II. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA.**

### **2.1. HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA.**

**2.1.1.** Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda principal reformada se resumen, en lo esencial, de la siguiente manera:

El Contrato de Concesión 001 de 2000, celebrado entre la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. y la sociedad

SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A., suscrito el 19 de abril de 2000, fue modificado unilateralmente por la parte Convocada mediante la expedición de la Resolución No. 589 de 2017 y la Resolución 691 de 2017, esta última por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por SI99 contra aquélla, lo que, en criterio de la Convocante, considerando la nueva fórmula de remuneración del Concesionario y el descuento tarifario, alteró el equilibrio económico de dicho Contrato, que a su juicio debe, entonces, restablecerse; adicionalmente, reclama SI99 que TRANSMILENIO carece de cualquier fundamento legal o contractual para aplicar los desincentivos operativos impuestos a SI99, en los períodos y por los conceptos específicos que identifica para el efecto.

Adicionalmente, solicita SI99 se declare la nulidad absoluta de los numerales 83.1 y 83.2 de la cláusula 83 del Contrato de Concesión 001 de 2000 por ser contrarios a la Ley 1150 de 2007 y a la Ley 1474 de 2011. Menciona la parte Convocante que el numeral 84.5 de la cláusula 84 del Contrato en mención debe declararse nulo, como también los numerales 88.1, 88.2, 88.3 y 88.5 de la cláusula 88 ídem, debido a que contravienen lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011.

Con base en los hechos que invoca, cuyo texto integral no se transcribe -en lo pertinente se pondrá de presente cuando sea del caso, con ocasión del examen de fondo de los temas debatidos-, la Convocante estructura sus peticiones, en los términos que pasan a reseñarse.

**2.1.2.** SI99 formuló las siguientes pretensiones en la demanda principal reformada:

*“Primera. Que se declare que el Contrato de Concesión No. 001 de 2000 (en adelante el ‘Contrato’ o ‘el Contrato de Concesión’) fue suscrito por las Partes el 19 de abril de 2000 y a la fecha de presentación de la demanda se encuentra en proceso de liquidación.*

Segunda. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - modificó Unilateralmente el Contrato de Concesión No. 001 de 2000, mediante Resolución No. 589 de 2017.

Tercera. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – confirmó en su integridad la Resolución No. 589 de 2017, mediante Resolución No. 691 de 2017.

Cuarta. Que se declare que con la expedición y aplicación de las Resoluciones No. 589 de 2017 y No. 691 de 2017 se alteró el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, a cuyo restablecimiento se encuentra obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. -.

Subsidiaria de (sic) cuarta. Que se declare que la modificación unilateral e indebida aplicación de la fórmula de remuneración para determinar el descuento tarifario, aplicado en la Resolución No. 589 de 2017 y confirmado en la Resolución No. 691 de 2017, alteró el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, a cuyo restablecimiento se encuentra obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Quinta. Que se declare la nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en los numerales 83.1 y 83.2. de la cláusula 83 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, en tanto las mismas contravienen lo expresamente dispuesto en las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011.

Sexta. Que se declare la nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en el numeral 84.5 de la Cláusula 84 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, en tanto la misma contraviene lo expresamente dispuesto en las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011.

Séptima. Que se declare la nulidad absoluta de cualesquiera de las disposiciones contenidas en los numerales 88.1, 88.2.,88.3 y/o 88.5. de la Cláusula 88 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, en tanto las mismas contravienen lo expresamente dispuesto por las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011.

Octava. Que se declare que la alteración del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, generado con ocasión de la expedición y aplicación de las Resoluciones No. 589 de 2017 y No. 691 de 2017, impidió que SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. cumpliera a cabalidad con los parámetros operacionales del Contrato de Concesión.

Novena. Que se declare que la alteración del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, generó que a SISTEMA

*INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. le fueran impuestos indebidamente, por parte de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., desincentivos operativos desde el 29 de enero de 2018 y hasta el 30 de junio de 2019.*

*Subsidiaria de la Novena.* *Que se declare que los desincentivos operativos impuestos por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.- a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A., entre el 29 de enero de 2018 y el 30 de junio de 2019, fueron indebidamente impuestos y/o liquidados por el Ente Gestor, por circunstancias diferentes a la existencia de un desequilibrio económico en el Contrato de Concesión y que serán probadas en el proceso.*

*Décima.* *Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. carece de cualquier derecho legal o contractual que le permita cobrar los desincentivos operativos impuestos a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. desde el 29 de enero de 2018 y hasta el 30 de junio de 2019.*

*Décima Primera.* *Que se declare que los desincentivos operativos impuestos y comunicados por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.- a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. mediante radicado No. 2018EE4462 del 8 de marzo de 2018, con ocasión al presunto incumplimiento de los niveles de satisfacción, fueron objetados oportunamente por el Concesionario.*

*Décima Segunda.* *Que se declare que los desincentivos operativos impuestos por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.- a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A., mediante radicado No. 2018EE4462 del 8 de marzo de 2018, con ocasión al presunto incumplimiento de los niveles de satisfacción, fueron indebidamente impuestos y/o liquidados por el Ente Gestor.*

*Décima Tercera.* *Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. carece de cualquier derecho legal o contractual que le permita cobrar los desincentivos impuestos y comunicados a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. mediante radicado No. 2018EE4462 del 8 de marzo de 2018.*

*Que como consecuencia de la prosperidad de todas o algunas de las pretensiones anteriormente señaladas, prosperen, de forma total o parcial, las siguientes pretensiones:*

*Décima Cuarta.* *Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A., la suma de VEINTITRÉS MIL DOSCIENTOS*



SETENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (COP\$23.277.235.494) para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, alterado por la expedición y aplicación de las Resoluciones No. 589 de 2017 y No. 691 de 2017, o la suma que encuentre probada el Tribunal en el presente trámite arbitral.

Primera subsidiaria de la Décima Cuarta. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A., la suma de VEINTITRÉS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES 277 5 DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (COP\$23.277.235.494) para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, alterado por la modificación unilateral e indebida aplicación de la fórmula de remuneración para determinar el descuento tarifario, aplicado en la Resolución No. 589 de 2017 y confirmado en la Resolución No. 691 de 2017, o la suma que encuentre probada el Tribunal en el presente trámite arbitral.

Segunda subsidiaria de la Décima Cuarta. Que solo en subsidio de lo anterior, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. la suma de VEINTIUN MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (COP\$21.769.391.631), para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, alterado por la indebida determinación y aplicación de la variable C+G, dentro de la fórmula para calcular el descuento tarifario aplicable en la Resolución No. 589 de 2017, o la suma que encuentre probada el Tribunal en el presente trámite arbitral.

Tercera subsidiaria de la Décima Cuarta. Que solo en subsidio de lo anterior, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. la suma de SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (COP\$6.360.632.612) para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, alterado por el efecto económico sobre las variables C+G y  $\% \Delta M_{toR} + \Delta M_{toMayor}$  derivado de la utilización de un mayor número de kilómetros comerciales en la determinación del factor de descuento, previsto dentro de la fórmula para calcular el descuento tarifario aplicable en la Resolución No. 589 de 2017, o la suma que encuentre probada el Tribunal en el presente trámite arbitral.

Cuarta subsidiaria de la Décima Cuarta. Que solo en subsidio de lo anterior, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –

*TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. la suma de CUATRO MIL OCHOCHIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS VEINTISÉIS MIL SETECIENTOS VEINTISÉIS PESOS (COP\$4.841.326.726) para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, alterado por el efecto económico sobre la variable C+G derivado de la utilización de un mayor número de kilómetros comerciales en la determinación del factor de descuento, previsto dentro de la fórmula para calcular el descuento tarifario aplicable en la Resolución No. 589 de 2017, o la suma que encuentre probada el Tribunal en el presente trámite arbitral.*

*Quinta subsidiaria de la Décima Cuarta. Que solo en subsidio de lo anterior, se condene a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. la suma de MIL QUINIENTOS DIECINUEVE MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (COP\$1.519.305.887) para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, alterado por el efecto económico sobre la variable  $\% \Delta MtoR + \Delta MtoMayor$  derivado de la utilización de un mayor número de kilómetros comerciales en la determinación del factor de descuento, previsto dentro de la fórmula para calcular el 278 6 descuento tarifario aplicable en la Resolución No. 589 de 2017, o la suma que encuentre probada el Tribunal en el presente trámite arbitral.*

*Décima Quinta. Se ordene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.- a abstenerse de cobrar, reclamar y/o compensar administrativa o judicialmente a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A., las sumas correspondientes a los desincentivos operativos impuestos a este Concesionario desde el 29 de enero de 2018 y hasta el 30 de junio de 2019.*

*Décima Sexta. Se ordene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.- a abstenerse de cobrar, reclamar y/o compensar administrativa o judicialmente a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A., las sumas correspondientes a los desincentivos operativos comunicados a este Concesionario mediante radicado No. 2018EE4462 del 8 de marzo de 2018, con ocasión al presunto incumplimiento de los niveles de satisfacción.*

*Décima Séptima. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. las costas del proceso, incluyendo agencias en derecho, honorarios y gastos del Tribunal.*

*Décima Octava. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE*

*TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. intereses moratorios a la máxima tasa legal aplicable, o la que ordene el Tribunal, desde la ejecutoria del Laudo Arbitral hasta que se verifique el pago total de la obligación, o en las condiciones que determine el Tribunal” (la subraya es del texto).*

Algunas de las pretensiones de la demanda principal reformada fueron aclaradas oportunamente por SI99 manteniendo su texto, mediante memorial presentado oportunamente por su apoderado<sup>113</sup>, de acuerdo con lo ordenado por el Tribunal Arbitral mediante Auto inadmisorio No. 12 del 9 de octubre de 2020 (Acta No. 8)<sup>114</sup>.

## **2.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA: OPOSICIÓN Y EXCEPCIONES.**

Según se indicó en el capítulo de antecedentes, TRANSMILENIO dio oportuna contestación a la reforma de la demanda principal, oponiéndose a cada una de las pretensiones excepto a la primera, la segunda y la tercera, aceptando algunos hechos y negando otros. Además, formuló excepciones de mérito que presentó como: (i) *Falta de competencia del Tribunal para conocer de la presente controversia en tanto de las pretensiones Cuarta y su subsidiaria, Décimo cuarta y sus subsidiarias, así como los hechos de la demanda se demuestra la real intención de la convocante de alegar la ilegalidad de las Resoluciones 589 y 691 de 2017 que modifican unilateralmente el contrato 001 de 2000;* (ii) *Inexistencia de desequilibrio económico o afectación económica en contra de SI99 S.A. con la expedición y firmeza de las resoluciones mediante las cuales Transmilenio S.A. modifico unilateralmente el contrato;* (iii) *Inexistencia de los presupuestos para que se configure un desequilibrio económico del contrato de concesión 001 de 2000 derivado de la modificación unilateral del contrato realizado por Transmilenio;* (iv) *La demanda del concesionario SI99 S.A resulta extemporánea e improcedente en tanto hasta antes de la presentación de la presente demanda no hizo reclamaciones económicas relacionadas con las mismas pretensiones;* (v) *Inexistencia de nulidad de las cláusulas 83.1, 83.1, 83.2,84, 88.1,88.2,88.3 y 88.5 del Contrato de concesión 001 de 2000;* (vi) *Mala fe contractual del Concesionario SI99 S.A prohibición de actuar en contra*

---

<sup>113</sup> Ver en archivo PDF 73 y 74 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>114</sup> Ver en archivo PDF 68 en Cuaderno Principal No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

*de sus propios actos; (vii) Caducidad del medio de control de controversias contractuales con pretensión de nulidad de las cláusulas 83.1, 83.2,84,88.1,88.2,88.3 y 88.5 del contrato de concesión; (viii) excepción genérica.*

### **2.3. HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.**

**2.3.1.** Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda de reconvención reformada se resumen, en esencia, de la siguiente manera:

Con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión 001 de 2000, celebrado entre la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. y la sociedad SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A., TRANSMILENIO impuso a SI99 una serie de desincentivos operativos y desincentivos por incumplimiento de los niveles de satisfacción de los usuarios, por incumplimiento de este último, en su criterio, a los estándares e indicadores de la operación del sistema y mantenimiento de los vehículos. Para la aplicación de tales desincentivos, TRANSMILENIO se fundamentó, entre otras, en las cláusulas 83, 84, 88 y 129 del Contrato, cuya validez solicita se declare, pero fueron objetados por SI99 tanto por los conceptos como por el valor de los mismos. Pese a que tales desincentivos fueron ratificados por TRANSMILENIO, no los ha descontado ni compensado contra SI99, razón por la cual solicita se ordenen a través del Tribunal Arbitral.

Con base en los hechos que invoca, cuyo texto integral tampoco se transcribe - igualmente, en lo pertinente se pondrá de presente cuando sea del caso, con ocasión del examen de fondo de los temas debatidos-, la Convocada, a su vez Demandante en Reconvención, estructura sus peticiones, en los términos que pasan a reseñarse.

**2.3.2.** TRANSMILENIO formuló las siguientes pretensiones en la demanda de reconvención reformada, a saber:

**“PRIMERA:** Que se declare la existencia, validez y eficacia de la totalidad de la cláusula 83 del contrato de concesión 001 de 2000, el cual fue suscrito entre la sociedad **Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** y **Transmilenio S.A.** el día 19 de abril del año 2000.

**SEGUNDA:** Que se declare la existencia, validez y eficacia de la totalidad de la cláusula 84 del contrato de concesión 001 de 2000, el cual fue suscrito entre la sociedad **Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** y **Transmilenio S.A.** el día 19 de abril del año 2000

**TERCERA:** Que se declare la existencia, validez y eficacia de la totalidad de la cláusula 88 del contrato de concesión 001 de 2000, el cual fue suscrito entre la sociedad **Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** y **Transmilenio S.A.** el día 19 de abril del año 2000.

**CUARTA:** Que se declare la existencia, validez y eficacia de la totalidad de la cláusula 129 del contrato de concesión 001 de 2000, el cual fue suscrito entre la sociedad **Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** y **Transmilenio S.A.** el día 19 de abril del año 2000.

**QUINTA:** Que se declare que los desincentivos operativos impuestos al concesionario **Sociedad Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** entre el 29 de enero de 2018 y el 30 de Junio de 2019, en aplicación de lo pactado especialmente en las cláusulas 82, 83, 84, 85 y 88 del contrato de concesión 001 de 2000, y objetados por el concesionario, fueron impuestos de manera legal de acuerdo con lo establecido en el contrato, y en consecuencia la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**, tiene el derecho legal y contractual de cobrar dichos desincentivos junto con los respectivos intereses de mora, y a efectuar la respectiva compensación en los términos contractualmente establecidos, entre otras, en la cláusula 88.4 del contrato de concesión.

**SEXTA:** Que se declare que los desincentivos por incumplimiento de los niveles de satisfacción, impuestos al concesionario **Sociedad Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** correspondiente a diciembre de 2017 comunicados el día 8 de marzo de 2018 mediante radicado 2018EE4462, en aplicación de lo pactado especialmente en las cláusulas 82, 83, 84, 85 y 88 del contrato de concesión 001 de 2000, fueron impuestos de manera legal de acuerdo con lo establecido en el contrato y en consecuencia la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**, tiene el derecho legal y contractual de cobrar dichos desincentivos junto con los respectivos intereses de mora, y a efectuar la respectiva compensación en los términos contractualmente establecidos, entre otras, en la cláusula 88.4 del contrato de concesión.

**SEPTIMA:** Que como consecuencia de la declaración o declaraciones anteriores, se condene a la sociedad **Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** a reconocer y pagar a favor de la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**, la suma de **CINCO MIL CIENTO CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$5.104´964.445)**, o la que resulte probada en el proceso, por concepto de desincentivos operativos impuestos al concesionario **Sociedad Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.**, **objetados por este**, entre el 29 de enero de 2018 y el 30 de Junio de 2019.

**OCTAVA:** Que como consecuencia de la declaración o declaraciones anteriores, se condene a la sociedad **Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** a reconocer y pagar a favor de la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**, la suma de **DOS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$2.237´732.963)**, o la que resulte probada en el proceso, por concepto de intereses de mora desde la imposición de los desincentivos operativos objetados y hasta la fecha de presentación de esta demanda, conforme a lo pactado por las partes en el contrato, calculados a la tasa contractual y legalmente aplicable conforme a la Ley.

**NOVENA:** Que como consecuencia de la declaración o declaraciones anteriores, se condene a la sociedad **Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** a reconocer y pagar a favor de la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**, intereses moratorios desde la fecha de presentación de esta demanda, hasta la fecha del laudo o del pago efectivo, calculados y liquidados a la tasa más alta contractual y legalmente aplicable conforme a la Ley.

**DECIMA:** Que como consecuencia de la declaración o declaraciones anteriores, se condene a la sociedad **Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** a reconocer y pagar a favor de la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.** la suma de **SETENTA Y CINCO MILLONES CIENTO DIECISIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$75´117.962)**, o la que resulte probada en el proceso, por concepto de los desincentivos por incumplimiento de los niveles de satisfacción impuestos al concesionario **Sociedad Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** correspondiente a diciembre de 2017.

**DECIMO PRIMERA:** Que como consecuencia de la declaración o declaraciones anteriores, se condene a la sociedad **Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** a reconocer y pagar a favor de la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**, la suma de **CINCUENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS**

**MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$53´452.569)**, o la que resulte probada en el proceso, por concepto de intereses de mora desde la imposición de los desincentivos por incumplimiento de los niveles de satisfacción y hasta la fecha de presentación de esta demanda, conforme a lo pactado por las partes, calculados y liquidados a la tasa contractual y legalmente aplicable conforme a la Ley.

**DECIMO SEGUNDA:** Que como consecuencia de la declaración o declaraciones anteriores, se condene a la sociedad **Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** a reconocer y pagar a favor de la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**, intereses moratorios desde la fecha de presentación de esta demanda, hasta la fecha del laudo o del pago efectivo, calculados y liquidados a la tasa más alta contractual y legalmente aplicable conforme a la Ley.

**DECIMO TERCERA:** Que las sumas de dinero objeto de las pretensiones de condena sean debidamente actualizadas o indexadas, de acuerdo con lo establecido en la Ley.

**DECIMO CUARTA:** Que se condene en costas a la sociedad **Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.**

**DECIMO QUINTA:** Que se condene a la sociedad **Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** a pagar la totalidad de los gastos que ocasione el presente Tribunal de Arbitraje” (la negrilla es del texto).

#### **2.4. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA: OPOSICIÓN Y EXCEPCIONES.**

Según se indicó en el capítulo de antecedentes, SI99 dio oportuna contestación a la reforma de la demanda de reconvencción, oponiéndose a cada una de las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. Además, formuló excepciones de mérito que presentó como: (i) *Nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en los numerales 83.1 y 83.2. de la cláusula 83 y 84.5 de la cláusula 84 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000;* (ii) *Nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en los numerales 88.1,88.2, 88.4 y 88.5 de la cláusula 88 del Contrato de Concesión No.01 de 2000;* (iii) *Existencia de desequilibrio económico en el Contrato No.001 de 2000, que afecto el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo;* (iv) *Infracción de las disposiciones previstas en los numerales 82.5 de cláusula 82 y 84.6 del contrato de Concesión 001 de 2000;* (v)

*Infracción del tope contractual previsto para la imposición de desincentivos; (vi) Ausencia de prueba de la comisión de las infracciones que dan lugar al cobro de desincentivos; (vii) Inexistencia de un término contractual para la presentación de objeciones, por parte del Concesionario; (viii) TRANSMILENIO sistemáticamente se ha abstenido de ejecutar la relación contractual de buena fe; (ix) Actuación en contravía de sus propios actos; (x) Improcedencia de Intereses moratorios; (xi) Caducidad; (xii) Excepción genérica.*

### **III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.**

#### **3.1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.**

Los presupuestos procesales para que el Tribunal pueda realizar el estudio de fondo de la controversia se encuentran plenamente reunidos, toda vez que (i) las partes, SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A., como Convocante y Demandada en Reconvención, y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., como Convocada y Demandante en Reconvención, son plenamente capaces; (ii) sus apoderados cuentan con poder suficiente para comparecer al proceso; (iii) la reforma de la demanda principal integrada y el escrito de su contestación, al igual que la reforma de la demanda de reconvención integrada y el escrito de su contestación, cumplen con las exigencias legales; (iv) la competencia del Tribunal se encuentra determinada conforme a su pronunciamiento en la Primera Audiencia de Trámite, incluido el relativo a la decisión del recurso de reposición interpuesto en ese momento por TRANSMILENIO (Autos Nos. 30 y 31 del 19 de mayo de 2022 – Acta No. 22), aspecto que se abordará nuevamente en esta etapa del trámite, al considerar y resolver sobre la excepción propuesta al respecto por el mismo TRANSMILENIO.



### **3.2. EL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2000.**

#### **3.2.1. Naturaleza jurídica y régimen legal general.**

La EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. es una sociedad por acciones, constituida por entidades públicas del orden distrital, bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos<sup>115</sup>, autorizada mediante Acuerdo N° 004 del 4 de febrero de 1999 del Concejo de Bogotá, constituida mediante Escritura Pública número 1528 del 13 de octubre de 1999 en la Notaría 27 de Bogotá. Tiene personería jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestal y patrimonio propio. Su régimen jurídico aplicable es el de las empresas industriales y comerciales del Estado<sup>116</sup> como consecuencia de su capital accionario público superior al 50%, por lo que, de conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 2 la Ley 80 de 1993, en consonancia con su artículo 13, está sujeta al Estatuto de Contratación Estatal y las disposiciones que lo modifican, reglamentan y adicionan, y en lo no previsto por estas, al Código Civil y al Código de Comercio.

En consecuencia, la actividad que realiza TRANSMILENIO para el cumplimiento de los fines del Estado, además de cumplir con los principios rectores de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, está sujeta al Estatuto de Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011 y sus decretos reglamentarios. Al respecto, ilustra el Manual de Contratación de TRANSMILENIO<sup>117</sup>:

---

<sup>115</sup> Cfr. con reseña en distintos laudos arbitrales: CONSTRUCTORA SAN DIEGO MILENIO S.A. contra INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO- IDU- Y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., 29 de octubre de 2013; PÓYRY INFRA S.A. contra INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU Y EMPRESA DE TRANSPORTES DEL TERCER MILENIO- TRANSMILENIO S.A., 3 de noviembre de 2016; SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. – SOMOS K S.A. contra EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., 15 de septiembre de 2016; EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ALIMENTADOR S.A. - ETMA S.A. contra EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., 29 de marzo de 2017; y GMÓVIL S.A.S. contra EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A., 30 de abril de 2019.

<sup>116</sup> Tribunal Arbitral de ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. contra EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., 20 de abril de 2018.

<sup>117</sup> Fuente: [https://www.transmilenio.gov.co/publicaciones/146115/manual\\_de\\_contratacion/](https://www.transmilenio.gov.co/publicaciones/146115/manual_de_contratacion/)

*“1.1.6. Naturaleza Jurídica de TRANSMILENIO S.A. En cumplimiento de la autorización conferida por el Concejo de Bogotá, D.C. mediante el Acuerdo 04 de 1999, el Alcalde Mayor del Distrito Capital junto con otras cuatro entidades de derecho público del Distrito Capital, por la Escritura Pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999 de la Notaría 27 del Círculo de Bogotá, procedieron a la constitución de la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.- acto que fue debidamente inscrito en la Cámara de Comercio de Bogotá.*

*La naturaleza jurídica de la entidad ha sido objeto pronunciamientos por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. En el Concepto No. 1.438 de 13 de septiembre de 2002, con ponencia del Consejero César Hoyos Salazar, se señaló: “La naturaleza jurídica de Transmilenio S.A. es entonces, la de una sociedad anónima constituida por cinco entidades públicas distritales, lo que significa que es una sociedad pública de las que menciona la ley referente a la organización de la administración pública, la 489 de 19982, en sus artículos 38 numeral 2° literal f) y párrafo 1°, 68 primer inciso, ley que, conviene anotar, se aplica al Distrito Capital, entre otros temas, en cuanto a las características y el régimen de las entidades descentralizadas, conforme lo disponen el párrafo del artículo 2° y el párrafo 1° del artículo 68 de la misma. Adicionalmente, se puede señalar que Transmilenio S.A. es una entidad descentralizada por servicios, pues tiene personería jurídica y está destinada a la organización del servicio de transporte público masivo de pasajeros, y es indirecta en la medida en que fue constituida por una entidad descentralizada territorialmente, el Distrito Capital, y cuatro entidades descentralizadas por servicios. (...) En síntesis, la naturaleza jurídica de Transmilenio S.A. es la de una sociedad anónima pública, esto es, constituida exclusivamente por entidades públicas, y en cuanto a su régimen jurídico aplicable, es el de las empresas industriales y comerciales del Estado, el cual corresponde al derecho privado, con determinadas excepciones legales.”*

*La EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO S.A.- es una sociedad pública por acciones, a la que en virtud de lo dispuesto por el párrafo 1° del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 se le aplican las normas propias de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. De conformidad con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados 2 Esta ley derogó (art. 121), además de los decretos leyes 1050 y 3130 de 1968, el decreto 130 de 1976, en cuyo artículo 4° se regulaba la constitución de sociedades entre entidades públicas. monopolísticos o mercados regulados,*

*caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes. Las empresas industriales y comerciales del Estado están sometidas al régimen del derecho privado, salvo las excepciones legales, como lo señala el artículo 85 de la referida ley 489 de 1998. Por su parte, el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 que modificó la Ley 1150 de 2007 establece sobre el régimen de los actos y contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado que para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado y en la celebración de contratos para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales. Sin perjuicio de lo anterior, los procesos de contratación que se adelanten por las empresas industriales y comerciales del Estado y/o las que por su naturaleza se asemejen a estas, como es el caso de TRANSMILENIO S.A., deben realizarse con observancia de los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 3º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y del régimen de inhabilidades previsto en la Constitución y la ley, tal como lo prescriben los artículos 14 y 13 de la Ley 1150 de 2007.*

*Conforme las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 que ampliaron y desarrollaron los preceptos básicos que limitan el actuar de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y/o las Sociedades Públicas a las cuales se les aplica tal régimen como es el caso de TRANSMILENIO S.A., se puede concluir que: (i) por regla general se les aplicará el Estatuto de la Contratación Pública; (ii) las actividades comerciales que se desarrollen en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados se regirán por las disposiciones legales aplicable a sus actividades económicas y comerciales; y (iii) tales entidades deberán aplicar en desarrollo de su actividad comercial y contractual los principios de función administrativa y control fiscal. Por lo tanto, a los procesos de selección y contratación que se adelanten en virtud de las actividades y negocios de explotación colateral no se les aplica el Estatuto de Contratación Estatal”.*

La Ley 80 de 1993 establece las reglas rectoras de los contratos que celebran las entidades estatales y contiene, entre otras, las concernientes a los fines y principios de la contratación, resaltando, en lo que es de interés en este proceso, el relativo a la ecuación económica del contrato estatal (artículo 27) y la ratificación de la conmutatividad del mismo, amparado en “los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (artículo 28); las

inhabilidades e incompatibilidades para ofertar y contratar; el contenido, forma e interpretación del contrato estatal, incluyendo las facultades excepcionales al derecho común (artículo 14); la nulidad de los contratos, la liquidación de los mismos, el control de la gestión contractual y la solución de las controversias contractuales. TRANSMILENIO, por tanto, está obligada al cumplimiento de los principios y deberes contenidos en la Ley 80 de 1993 -y sus normas concordantes-, así como a la incorporación en sus contratos de las cláusulas excepcionales al derecho común y a su ejercicio en los términos establecidos en la propia Ley, con parámetros de aplicación desarrollados en la jurisprudencia.

Coherente con el contexto normativo expuesto, el Contrato de Concesión 001 de 2000 dispone en su cláusula 3., alusiva a la “NATURALEZA” del vínculo, que “(...) *Dicha relación contractual estará sometida a las disposiciones, reglas y principios que rigen los contratos celebrados por entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentren expresamente regulados por la ley 80 de 1993 aplicables al contrato de concesión, y las demás normas que la sustituyan, desarrollen o reglamenten. En los demás aspectos se regirá por las normas del derecho privado*”; e incorpora en su capítulo 18, además de la cláusula de reversión, habitual en los contratos de concesión, las cláusulas denominadas como “*Decisiones Unilaterales*”, a saber, Terminación Unilateral (cláusula 122), Modificación Unilateral (cláusula 123), Interpretación Unilateral (cláusula 124) y Caducidad (cláusula 125).

No cabe duda, entonces, que el acto jurídico sobre el que versa el presente litigio corresponde a un contrato estatal, típico, definido en el ordinal 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

*“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y*

*control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.*

Más específicamente, el Contrato 001 de 2000 corresponde a una concesión de servicio público, como pacíficamente ha sido establecido en otros laudos arbitrales relativos a contratos de concesión de la misma época y similares características<sup>118</sup>, modalidad que, según ha expresado el Consejo de Estado, se concibe como una forma de gestionar el servicio de que se trate, encargando al efecto al concesionario, a través del correspondiente contrato, *“durante un cierto tiempo y asumiendo las cargas mediante el derecho de obtener la remuneración de los usuarios”*<sup>119</sup>.

### **3.2.2. Antecedentes, celebración, clausulado inicial y modificaciones relevantes.**

En tratándose de un litigio de naturaleza eminentemente contractual, tiene sentido presentar una breve reseña de los principales antecedentes, el clausulado inicial y las modificaciones más relevantes del Contrato de Concesión 001 de 2000 celebrado entre las partes, de cara a los temas concretos que son objeto de debate en el presente trámite.

En este sentido, informa el plenario que mediante la Resolución No. 21 del 12 de noviembre de 1999 TRANSMILENIO convocó a la Licitación Pública No. 001-99, con el propósito de entregar en concesión *“(…) la explotación comercial del servicio público de transporte terrestre automotor masivo urbano de pasajeros (...); así como las áreas de soporte técnico dispuestas por el Sistema TransMilenio para el mantenimiento de la flota que el concesionario incorpore a la prestación del servicio”*<sup>120</sup>; y que mediante la Resolución No. 026 de 10 de abril de 2000, le fue adjudicado parcialmente el contrato a la aquí Demandante Principal, en los términos acordados en el entonces identificado como Contrato de Concesión No. 001 de 2000, suscrito entre la sociedad EMPRESA DE

---

<sup>118</sup> Cfr. en laudos proferidos en procesos arbitrales de SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO-CIUDAD MÓVIL. S.A.S contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio-Transmilenio S.A. y CITI MÓVIL S.A. contra EMPRESA DE TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

<sup>119</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y de Servicio Civil, Concepto del 12 de octubre de 2000 - Expediente 1299.

<sup>120</sup> Contrato de Concesión, página 1 y 2.

TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A., por un lado, y la sociedad SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. - SI 99, por el otro.

El Contrato de Concesión celebrado en el mes de abril del año 2000 tuvo por objeto, según se indica en la cláusula 2, numeral 2.1., *“Otorgar en concesión no exclusiva al CONCESIONARIO, la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente contrato. Dicha concesión otorgará el permiso de operación al CONCESIONARIO para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C. y su área de influencia, sobre las troncales del Sistema TransMilenio, y respecto de los grupos de servicios que se originen en las estaciones que conformen o que llegaren a conformar el Sistema TransMilenio, de acuerdo con la adjudicación hecha mediante la Licitación Pública No. 001 de 1.999”*. Se agrega en el numeral 2.2., también incluido dentro del objeto contractual, que mediante el mismo acuerdo TRANSMILENIO había decidido *“Otorgar en CONCESIÓN la infraestructura constituida por las áreas de soporte técnico que forman parte de los patios de operación asignados al tamaño de flota inicial que el CONCESIONARIO se comprometió a incorporar a la operación troncal del Sistema TransMilenio según las reglas de la licitación, de acuerdo con las condiciones que se establecen en el presente contrato, a efectos de dotarlos y prestar en sus instalaciones el soporte técnico requerido por su flota vinculada al servicio del Sistema TransMilenio”*.

Como ya se adelantó, según advierte la cláusula 3, la *“relación contractual estará sometida a las disposiciones, reglas y principios que rigen los contratos celebrados por entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentran expresamente regulados por la Ley 80 de 1993 aplicables al contrato de concesión, y las demás normas que la sustituyan, desarrollen o reglamenten. En los demás aspectos se regirá por las normas de derecho privado”*, referencia que, en lo esencial, repite en la cláusula 140.

En cuanto al tema de la remuneración del Contrato, que ocupa en importante medida la atención en el estudio que aborda el Tribunal, resulta imperativo resaltar la cláusula 77, incluida dentro del capítulo 10 del acuerdo, relativa a los *“Ingresos ordinarios del Concesionario”*, mediante la cual se regula, de manera específica, la figura de la *“PARTICIPACIÓN DEL CONCESIONARIO”* dentro de la explotación comercial, bajo el entendido de que *“El CONCESIONARIO obtendrá a título de participación en los beneficios económicos derivados de la explotación comercial del Sistema durante el término de vigencia del presente contrato, un valor que estará determinado en función de los kilómetros recorridos efectivamente, de acuerdo con las órdenes de servicio de operación impartidas por TRANSMILENIO S.A., por cada uno de los vehículos que se encuentren vinculados a la operación del Sistema, restringido al nivel de ingresos generados por los pasajeros pagos”*. Continúa la misma cláusula 77 con la regulación de las condiciones a las que estaría sujeto el pago de la contraprestación al Concesionario, incluyendo la fórmula para su cálculo, con mención de lo que denominaron *“Factor de ajuste de costo por kilómetro”*.

Ahora bien, la cláusula décimo octava del Otrosí de 21 de junio de 2013 modificó la recién citada cláusula 77 del Contrato de Concesión, fijando una nueva fórmula para calcular la *“PARTICIPACIÓN DEL CONCESIONARIO”* en el esquema contractual, consistente en *“un valor que estará determinado en función de los kilómetros en servicio, de acuerdo con las órdenes de servicio de operación impartidas por TRANSMILENIO S.A. por cada uno de los vehículos que se encuentren vinculados a la operación del Sistema”*, así como *“La fórmula de descuento del Costo por Kilómetro Licitado por el Concesionario”*, la cual enuncia y describe detalladamente.

Más adelante, a partir de la cláusula 81 del Contrato de Concesión aparecen reguladas las multas -después consideradas *“desincentivos operativos”*-, así como sus diferentes modalidades y el procedimiento para su liquidación y pago. Por ser otro de los temas de interés dentro del trámite, resulta pertinente destacar que en la cláusula primera del Otrosí de 21 de junio de 2013, las partes resolvieron *“Adicionar los siguientes numerales al prefacio – Definiciones del Contrato de Concesión 001 de abril 19 de 2000, así: (...)”*

*Desincentivos Operativos: Para los efectos de las modificaciones de la Ley 1150 de 2007, son las sanciones que se imponen al CONCESIONARIO y que no corresponden a las facultades excepcionales de la administración. Por lo tanto, en adelante, las multas contenidas en el capítulo 11 del presente contrato cuya tasación se encuentra expresada en kilómetros, serán consideradas desincentivos operativos”; así las cosas, las multas cambiaban de denominación y serían entendidas desde entonces, para efectos prácticos, como “desincentivos operativos”.*

En este sentido, a partir de la vigencia del Otrosí de 2013 se entendieron como desincentivos operativos los regulados en el Contrato de Concesión a partir de la cláusula 81, denominada “MULTAS DEL CONTRATO”, y la cláusula 82, relativa a las “MULTAS POR DEFICIENCIAS RELACIONADAS CON EL ESTADO DE LOS VEHÍCULOS”.

En la misma línea temática, la cláusula 83 describe las “MULTAS POR DEFICIENCIAS RELACIONADAS CON EL SERVICIO AL USUARIO”, estipulación que se refiere a las condiciones a las que está sometida la exigibilidad de las “multas” por deficiencias relacionadas con la prestación del servicio. El texto de los numerales de la mencionada cláusula 83 que por su relevancia resultan de especial interés, se transcribe a continuación:

*“CLAUSULA 83.- MULTAS POR DEFICIENCIAS RELACIONADAS CON EL SERVICIO AL USUARIO. La exigibilidad de multas por deficiencias relacionadas con el servicio que el CONCESIONARIO preste a los usuarios del Sistema TransMilenio, se encontrará sometida a las siguientes condiciones:*

*83.1 Si el CONCESIONARIO no cumpliera con cualquiera de los parámetros, requisitos, obligaciones y responsabilidades previstos en el presente contrato relacionadas con el servicio al usuario, salvo que TRANSMILENIO S.A. lo autorice, y que vayan en detrimento de manera directa o indirecta, del derecho de los usuarios del Sistema TransMilenio a un servicio seguro, y en especial cuando con la conducta del CONCESIONARIO o de sus empleados, contratistas, agentes o dependientes se desconozcan los principios de igualdad de acceso, respeto y dignidad de los usuarios, se harán exigibles multas diarias, por cada parámetro, requisito, obligación, o responsabilidad incumplida, por un valor entre uno (1) y veinte (20) salarios mínimos*



*mensuales, mientras subsista el incumplimiento; TRANSMILENIO S.A., en su calidad de gestor del Sistema, graduará a su juicio el monto de la sanción causada, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, su incidencia en la adecuada prestación del servicio público de transporte del Sistema TransMilenio, y el grado de compromiso en que se encuentre o se haya encontrado la seguridad de la operación y el nivel de satisfacción de los usuarios por el incumplimiento respectivo.*

*83.2 TRANSMILENIO S.A. podrá identificar e individualizar las conductas generadoras de multas por concepto de servicio al usuario mediante la preparación de un manual o reglamento de servicio y calidad al usuario, teniendo en cuenta las quejas y reclamos que reciba por parte de los usuarios, y las conductas que observe en el CONCESIONARIO o sus empleados, representantes y dependientes, que puedan afectar el grado de satisfacción de los usuarios con el Sistema TransMilenio”.*

Entre tanto, la cláusula 84 del Contrato se refiere a las “**MULTAS POR DEFICIENCIAS RELACIONADAS CON LA OPERACIÓN**”, de la que se destacan principalmente los siguientes apartes:

*“CLAUSULA 84.- MULTAS POR DEFICIENCIAS RELACIONADAS CON LA OPERACIÓN. La exigibilidad de multas por deficiencias relacionadas con la operación de los vehículos se encontrará sometida a las siguientes condiciones:*

*(...)*

*84.5 Satisfacción: Como base, se tomará mensualmente al operador que presente el mejor de los índices de satisfacción, multándose así a aquellos operadores que presenten un desfase en su índice, superior al 10% con respecto al operador con mayor puntaje, de acuerdo a la siguiente tabla:*

<b>SATISFACCION – Desfase con respecto al mejor operador</b>	<b>Multa mensual</b>
Menor a 10%	-
10%-20%	40 kms x vehículo
20%-30%	85 kms x vehículo
Mayor a 30%	125 kms x vehículo

Por su parte, las condiciones y el procedimiento para la liquidación y el pago de las multas -desincentivos operativos, según lo dicho- quedaron establecidos en la cláusula 88 del Contrato, a cuyo tenor:

*“CLAUSULA 88.- LIQUIDACION Y PAGO DE LAS MULTAS. La liquidación y pago de las multas que se hagan exigibles por infracciones al presente contrato se sujetará a las siguientes condiciones:*

*88.1 TRANSMILENIO S.A. elaborará y remitirá al CONCESIONARIO un reporte detallado de los incumplimientos identificados mediante cualquiera de los mecanismos previstos en el numeral anterior para su verificación, indicando los hechos que configuran el incumplimiento, la condición o previsión contractual incumplida, los mecanismos de verificación que dan cuenta de la infracción identificando las circunstancias de condición, tiempo y lugar que la determinaron, y detallando la tasación o cuantificación de la multa que se ha hecho exigible conforme a las previsiones contempladas al efecto en el presente contrato.*

*88.2 Si hubiere alguna objeción por parte del CONCESIONARIO, deberá acudir directamente a los mecanismos de solución de conflictos del contrato. En este caso TRANSMILENIO S.A. no podrá ordenar al administrador de los recursos del Sistema TransMilenio que se efectúe descuento alguno, pero se entenderá que de resultar vencido el CONCESIONARIO, éste quedará obligado a cancelar el valor de la multa más el valor de los intereses moratorios sobre la suma correspondiente, a la tasa más alta admisible por la ley para el cobro de intereses moratorios, los que se causarán desde el momento en que se haya presentado el hecho o la circunstancia que causó la multa hasta la fecha de su pago efectivo.*

*88.3 Si el CONCESIONARIO se allanare a la cancelación, descuento o compensación de la multa, deberá manifestarlo así a TRANSMILENIO S.A. de manera expresa y por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que haya recibido la comunicación que de cuenta sobre la infracción y la cuantificación de la multa que se hace exigible con el hecho infractor, caso en el cual podrá beneficiarse de un descuento equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor de la correspondiente sanción, siempre y cuando renuncie por escrito al uso de cualquier recurso o acción contra los informes o comunicaciones que den cuenta de la tasación de la sanción. En todo caso, si el CONCESIONARIO se allanase a la cancelación o descuento de la multa acogiéndose al beneficio previsto en el presente numeral, y posteriormente recurre o interpone acción alguna para debatir el informe o comunicaciones que hayan cuantificado o tasado la multa, se entenderá que el pago o el descuento efectuado tiene el carácter de parcial, estando obligado el CONCESIONARIO a cancelar la diferencia.*

(...)

*88.5 TRANSMILENIO S.A. tendrá la obligación de comunicar al administrador de los recursos del Sistema TransMilenio la circunstancia de haberse hecho exigible una multa al CONCESIONARIO así como su cuantificación y ordenar su descuento, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al día en que se le haya remitido al CONCESIONARIO el informe a que hace referencia el numeral anterior. En todo caso y para todos los efectos legales, las partes pactan que este contrato conjuntamente con la comunicación que incorpora la tasación de la multa, prestará mérito ejecutivo”.*

El capítulo 12 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000 consagra lo que las partes denominaron la “Asignación de Riesgos del Contrato”. Así, la cláusula 90 se refiere a la “DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO” y hace claridad en que “Para todos los efectos legales, se entenderán incluidos dentro de los riesgos propios del negocio del operador todos aquellos que no sean atribuidos expresamente a TRANSMILENIO S.A., así como los demás que no sean explícitamente excluidos de la órbita de responsabilidad del CONCESIONARIO según las cláusulas del presente contrato”.

Ya en las cláusulas 91 y 93 quedaron establecidos los “RIESGOS DEL CONTRATO ATRIBUIDOS AL CONCESIONARIO” y los “RIESGOS DEL CONTRATO ATRIBUIDOS A TRANSMILENIO”, respectivamente; mientras que en la cláusula 92 quedó plasmado lo relacionado con los eventos de “FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO”.

En cuanto al tema de la ecuación económica del Contrato, la revisión del clausulado lleva a hacer mención específica, en primer lugar, de la estipulación 65, consagrada bajo el rótulo de “PRINCIPIOS BÁSICOS DEL MARCO ECONÓMICO DEL CONTRATO”, la cual advierte que “El marco económico del presente contrato, la interpretación de las cláusulas que lo regulan, y el ejercicio de las facultades, obligaciones y derechos que se confiere a cada una de las partes, se orientará al cumplimiento de los siguientes principios: (...) 65.1. Tarifa técnica (...), 65.2. Autosostenibilidad del sistema en el tiempo (...) y 65.3. Costeabilidad de la tarifa para el usuario”. Debe indicarse que mediante el Otrosí de 21 de junio de 2013 se adicionaron y/o modificaron los principios mencionados en la cláusula 65

del Contrato, para hacer referencia, entonces, a los siguientes: *“Costeabilidad”, “Equilibrio”, “Sostenibilidad”, “Integración”, y “Tarifas para poblaciones específicas”*.

La cláusula 94 se refiere de manera particular y expresa al tema del *“EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO”*, donde quedó plasmada la voluntad de los contratantes en el sentido de que *“Las partes aceptan de manera expresa la distribución de riesgos que entre ellas ha efectuado el presente contrato, y por lo tanto cualquier costo, sobrecosto, indemnización o reconocimiento a cualquier título que pudiera llegar a generar por la realización de los mismos, lo entienden plenamente recompensado a través de la participación en los beneficios derivados de la explotación económica del Sistema (...)”*.

Vale la pena destacar que aunque las partes hicieron varias modificaciones al Contrato mediante el Otrosí firmado en el mes de junio de 2013, también manifestaron, en la cláusula vigésimo tercera de dicho acuerdo modificatorio, que *“Con la suscripción de la presente modificación las partes declaran que las nuevas condiciones no afectan el equilibrio financiero del contrato”*.

Ahora bien, frente al tema de la vigencia inicial del Contrato de Concesión, se advierte que la misma quedó regulada en la cláusula 102, en la que se señala que el plazo del Contrato es, en principio, *“indeterminado, pero determinable”*, según el agotamiento de tres etapas a saber: la preoperativa, la de operación regular y la de reversión, las cuales fueron descritas de manera detallada en las cláusulas 103 a 105 respectivamente. Inicialmente, según la cláusula 104, relativa a la *“ETAPA DE OPERACIÓN REGULAR”*, para la duración del Contrato se debería tener en cuenta *“(...) el nivel de uso promedio mínimo de la flota”*, que para el caso no podría superar los 850.000 kilómetros en promedio.

Sin embargo, mediante las cláusulas décimo novena y vigésima del mismo Otrosí del año 2013 se introdujo una variación en la descrita cláusula 102 del Contrato de Concesión en cuanto a su plazo de vigencia, modificando de manera específica lo relativo a la etapa de

operación regular, al advertir ahora que la misma estaría comprendida “(...) *entre la fecha determinada por TRANSMILENIO S.A. para el inicio de la operación regular, y el momento en el cual el kilometraje en servicio promedio de uso de la flota alcance un millón noventa mil kilómetros (1.090.000) Kms*”, aumentando así el plazo del Contrato hasta que la flota promediara los 1.090.000 kms, y no, como estaba contemplado inicialmente en el Contrato, los 850.000 kms.

El marco contractual así rememorado, que se complementará cuando sea necesario en función del estudio individual de los temas debatidos, sirve de referente para contextualizar, en los tópicos que interesan a este proceso, la ejecución del negocio jurídico hasta el año 2017, en el que se produciría la extinción de su vigencia y sobreviene la modificación unilateral de extensión del plazo de duración, la que posteriormente se reseñará en sus aspectos principales y sobre la cual se centra la atención del Tribunal desde la perspectiva de las pretensiones recíprocamente formuladas en las demandas de SI99 y TRANSMILENIO, principal y de reconvencción, respectivamente.

### **3.3. LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y LA MODIFICACIÓN UNILATERAL IMPLEMENTADA RESPECTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 de 2000.**

#### **3.3.1. Referencia conceptual sobre las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal, en general y en relación con la potestad de modificación unilateral.**

En el campo del derecho privado, al estar en presencia de relaciones de naturaleza eminentemente contractual, es indiscutible la preponderante aplicación que tiene en ellas el conocido postulado de la *autonomía de la voluntad*, como clara expresión del también reconocido principio de la *libertad contractual*. En dicho terreno es evidente, a la vez que indiscutida, la posibilidad con la que cuentan los sujetos de derecho para autorregular con amplitud considerable sus intereses y determinar así el contenido de sus relaciones patrimoniales, pues, como es sabido, de conformidad con lo previsto en el artículo 1602

del Código Civil, *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Esta autonomía de la voluntad tiene también aplicación en el ámbito del derecho público y, de manera particular, en la esfera de la contratación estatal. Incluso, desde el punto de vista de lo normativo, el mencionado postulado tiene reconocimiento legal expreso en los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993<sup>121</sup>, los cuales permiten su aplicación en todos los actos jurídicos generadores de obligaciones en los que sea parte la Administración, con la finalidad de que sean las mismas partes contratantes quienes puedan determinar y establecer las reglas de juego que van a regir su relación patrimonial.

No obstante su evidente consagración legal y la aplicación que en efecto tiene el postulado de la autonomía de la voluntad en el terreno de la contratación estatal, también se ha reconocido que en este ámbito en particular, la amplitud o el alcance, en cuanto a su aplicación se refiere, puede verse limitada, en la medida en que el contrato estatal se encuentra también cimentado en el principio de *mutabilidad*, en virtud del cual el negocio jurídico puede sufrir cambios dadas las exigencias del orden público y el interés general, además de estar sujeto al ejercicio del poder de dirección, control y vigilancia de la Administración para su cabal cumplimiento, bajo el entendido de que el contratista es un colaborador suyo en el logro del cometido estatal<sup>122</sup>.

De ahí que la Administración, como parte del negocio jurídico estatal, se encuentre en una especial posición que justifica el reconocimiento de poderes exorbitantes, que pueden materializarse a través de distintas manifestaciones, como las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común que pueden ser incorporadas por aquella en los

---

<sup>121</sup> Artículo 32. *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)”*. Artículo 40. *“Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”*.

<sup>122</sup> Por supuesto, se trata límites adicionales a los que al postulado mismo son inherentes aún en campo del derecho privado, como los tradicionalmente enunciados por la vía de la ley imperativa, el orden público y las buenas costumbres.

contratos en los que la misma funge como parte. Tradicionalmente, las mencionadas cláusulas excepcionales han sido concebidas como prerrogativas o potestades especiales que ostenta la Administración Pública dentro de una relación jurídica contractual, con el fin de, en ejercicio de su función administrativa, salvaguardar el interés general y garantizar el cumplimiento de las finalidades del Estado. Al decir de la doctrina, “(...) *las cláusulas exorbitantes son estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles y comerciales (...)*”<sup>123</sup>.

Desde la perspectiva de su consagración legal, las cláusulas excepcionales encuentran sustento en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en cuyo numeral 1º se establece la potestad de las entidades estatales para interpretar, modificar o terminar unilateralmente los contratos estatales, mediante actos administrativos debidamente motivados, así: “*Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado (...)*”.

Sobre el objeto y finalidad de estas potestades, el Consejo de Estado ha indicado que “*En el marco de la actividad contractual de la administración existen, por previsión del legislador, algunas facultades que resultan extrañas al derecho común y que rompen el plano de igualdad entre los contratistas particulares y los contratantes públicos. Estas son prerrogativas que ofrecen al Estado una herramienta para controlar de manera más*

---

<sup>123</sup> VEDEL, George. “Derecho Administrativo”, Edición Española, Aguilar, 1980, págs. 191 y 205.

*efectiva el desarrollo y ejecución de los contratos que celebra con el objeto de adquirir los bienes y servicios que le permiten cumplir con sus fines de manera eficaz (...)*<sup>124</sup>.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha avalado su aplicación, bajo el entendido de que *“El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general”*<sup>125</sup>.

En ese orden de ideas, se le atribuyen a estas cláusulas excepcionales algunos efectos que son inherentes a la naturaleza misma de la figura, a saber: *“i) la derogatoria de ciertas normas del derecho privado, en tanto en este régimen el nacimiento, la ejecución y la extinción de las obligaciones contractuales son aceptadas de consuno por las partes del negocio jurídico, lo que no ocurre en el ejercicio de aquélla que se impone al particular contratista, aún contra su voluntad; ii) el privilegio exclusivo a favor de la Administración para su ejercicio; iii) la facultad de aplicarla en forma unilateral por la Administración; iv) la ejecutoriedad de la decisión que se adopta a través de su ejercicio, y cuyos efectos puede hacer valer la Administración sin necesidad de acudir previamente al juez del contrato; y v) la posibilidad de ejercer el control y vigilancia del objeto contractual a través de ella”*<sup>126</sup>.

No obstante lo anterior, y considerando la afectación o alteración del plano de igualdad que en general es predicable de este tipo de relaciones contractuales, las cláusulas

---

<sup>124</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de septiembre de 2015 (28915), C.P. Danilo Rojas.

<sup>125</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>126</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de noviembre de 2008 (17031), C.P. Ruth Stella Correa.



excepcionales no implican una discrecionalidad absoluta de la Administración, toda vez que están sujetas a precisos límites, tanto materiales como temporales, y sin perder de vista que, en todo caso, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad. Así, como se puede observar en el citado artículo 14 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las materias en las que está permitido a las entidades estatales contratantes tomar decisiones de manera unilateral están expresamente previstas, incluso con indicación del marco dentro del cual procede su pacto y su ejercicio.

En ese orden de ideas, se indica en la mencionada norma que las facultades excepcionales no pueden pactarse en favor de las entidades estatales en todos los tipos de contratos; existen algunos en los que pueden pactarse a discreción de la entidad contratante, por contar con expresa autorización legal -contratos de suministro y prestación de servicios-, otros en los que se encuentra prohibido hacerlo -contratos que se celebran con personas públicas internacionales, los de cooperación, los de donación, los de arrendamiento, los que comprendan la realización de actividades científicas o tecnológicas, los de seguros tomados por las entidades estatales y aquellos cuyo objeto sea la ejecución de actividades comerciales o industriales de las entidades que no correspondan a las indicadas en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993-, y unos más en los que dichas potestades se entienden incorporadas aun cuando no hayan sido expresamente incluidas en el texto negocial -contratos relacionados con el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación o concesión de bienes del Estado y en los de obra-.

Sobre el alcance y ejercicio de estos instrumentos por parte de la Administración Pública, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha señalado que *“En lo relacionado con las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, el numeral 2 del mencionado artículo 14 regula su ejercicio en atención al tipo de contrato de que se trate. Así, el legislador exigió su imposición en aquellos contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituye monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y*

*concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. De igual forma, la normativa facultó a la administración para pactar dichas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. Así mismo, la norma establece que las entidades podrán prescindir de la utilización de estipulaciones excepcionales en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda o asistencia y en los contratos interadministrativos, de empréstito, de donación, de arrendamiento y de aquellos que tengan por objeto actividades comerciales, industriales, científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales*<sup>127</sup>.

Además de las limitaciones anteriores asociadas con el tipo de contrato y su objeto, las cláusulas excepcionales también cuentan con restricción desde el punto de vista temporal, en la medida en que sólo pueden hacerse efectivas unilateralmente antes del vencimiento del término que se hubiese establecido para la ejecución del contrato.

En ese orden de ideas, a la manera de apreciación panorámica de la figura que se reseña, *“el ejercicio de un poder excepcional en un contrato celebrado por la Administración requiere de una consagración y determinación legal en relación con su modalidad, competencia, contenido, requisitos y condiciones de viabilidad, so pena de ilegalidad del acto en el que ella aplique un poder no conferido por la legislación que pueda afectar a su colaborador cocontratante*<sup>128</sup>.

En este marco general debe ubicarse, entonces, la figura de la *modificación unilateral* de los contratos, una de las expresiones de los poderes excepcionales consagrados en favor de las entidades públicas que los celebran.

En efecto, el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 autoriza a la Administración a *“introducir variaciones”* en el contrato estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado,

---

<sup>127</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 6 de abril de 2011 (19483), C.P. Stella Conto Díaz.

<sup>128</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 20 de noviembre de 2008 (17031), C.P. Ruth Stella Correa.

*“para evitar la paralización o afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él”.*

Al adelantar el estudio de exequibilidad de la norma en mención, la Corte Constitucional consideró que se trata de *“(…) una prerrogativa que se deriva de la responsabilidad de garantizar la continuidad del servicio contratado, adquiriendo la administración las facultades necesarias para tomar las medidas que aseguren la continuidad en la ejecución del mismo”*<sup>129</sup>.

En el mismo sentido, desde la visión de la doctrina, *“La ‘potestas variandi’ es inherente al poder que a la Administración le incumbe de asumir la dirección, control, y vigilancia de la ejecución del contrato; y en especial, de la competencia para organizar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos. Por consiguiente, si durante la construcción de una obra o la prestación de un servicio público, surge la necesidad de modificar los términos y especificaciones inicialmente previstas del contrato, es imperativo que se proceda a ello, por cuanto el interés público de la comunidad no puede afectarse por el cumplimiento rígido del proyecto acordado por las partes”*<sup>130</sup>.

Mediante la mencionada facultad, se otorgan a la Administración herramientas tendientes a enfrentar aquellas situaciones en las que durante la ejecución del contrato se presentan variaciones con respecto a las condiciones que existían al momento de su celebración que hagan inconveniente continuar con su ejecución en los estrictos términos originalmente pactados, o que de cualquier manera exijan o aconsejen la incorporación de cambios en la regulación contractual, por supuesto dentro de los límites y parámetros que imperan para el cabal ejercicio de la potestad concedida.

Ahora bien, esta prerrogativa de modificación unilateral que tiene la Administración es de naturaleza reglada, en la medida en que para que resulte válido y legítimo su ejercicio es necesario (i) que las causas que justifican su aplicación sean posteriores a la celebración

---

<sup>129</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas.

<sup>130</sup> ESCOBAR GIL, Rodrigo. “Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”, Editorial LEGIS, Bogotá, 1999, pág. 324.

del contrato, imprevistas e imprevisibles, (ii) constatar la existencia de los supuestos fácticos previstos en el citado artículo 16 de la Ley 80 de 1993, esto es, que deben adoptarse *“solamente cuando dentro de la ejecución de un contrato se presenten circunstancias que puedan paralizar o afectar la prestación de un servicio público que se deba satisfacer con este instrumento”*<sup>131</sup>, (iii) que las modificaciones que se van a introducir no cambien el objeto del contrato ni alteren su esencia, (iv) introducir las modificaciones que resulten necesarias, de ser posible, de común acuerdo con el contratista y de lo contrario, de manera unilateral mediante acto administrativo debidamente motivado, y (v) que su aplicación no afecte los derechos del contratista que la ley protege, incluidos los consistentes en su remuneración y el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, el cual habrá entonces que restablecer cuando las modificaciones produzcan la ruptura, en su contra, de ese equilibrio, o efectuarse los reajustes que correspondan para evitar que obtenga indebidos beneficios, cuando esa es la situación que se presenta.

Es claro entonces, como lo reconoce la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que la facultad de modificación unilateral *“no es ilimitada ni omnímoda, ni implica que la administración pueda introducir unilateralmente variaciones al contrato que no estén orientadas a adecuarlo a las situaciones nuevas e imprevistas que lo hagan necesario, de cara al cumplimiento de su finalidad como herramienta de administración, mediante la obtención de un objeto contractual que resulte útil para la satisfacción del interés general”*<sup>132</sup>.

Coincide también con dicha apreciación el pensamiento de la doctrina al señalar que *“la mutabilidad del contrato es limitada y debe estar sujeta a los principios de razonabilidad que la constriñan a extremos que sean aceptables, dentro de las motivaciones que justifican su existencia”*<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas.

<sup>132</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 12 de octubre de 2017 (37322), C.P. Danilo Rojas.

<sup>133</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”, Volumen I, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 396.

**3.3.2. La modificación unilateral del Contrato de Concesión No. 001 de 2000:  
reseña de las Resoluciones Nos. 589 de 2017 y 691 de 2017.**

**3.3.2.1. La Resolución 589 de 2017.**

La Gerencia General de TRANSMILENIO, con fecha 17 de noviembre de 2017, emitió la Resolución 589, *“Por medio de la cual se modifica unilateralmente el Contrato de Concesión 001 de abril de 2000 adjudicado al Contratista Sistema Integrado de Transporte Masivo ‘SI99 S.A.’”,* de cuyo contenido vale la pena reseñar algunos apartes, extractados en función de la información que se estima útil para contextualizar el examen de uno de los temas centrales de fondo debatidos en este proceso.

En acápite destinado a los “CONSIDERANDOS”, se destaca:

- Comienza la Resolución haciendo una referencia normativa -constitucional<sup>134</sup> y legal- que pone de presente la importancia de los servicios públicos y su adecuada prestación. En ese sentido, señala:

*“1. Que el inciso primero del artículo 365 de la Constitución Política consagra: ‘Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional’.*

*(...)*

*3. Que de conformidad con el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, es deber de las entidades estatales asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*

*4. Que en el mismo sentido el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 establece que los servidores públicos están obligados a cumplir los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto contractual y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados en la ejecución del Contrato”.*

---

<sup>134</sup> Incluye, además (en el numeral 2), la transcripción de un aparte de la Sentencia C-636 de 2000 de la Corte Constitucional.

- A continuación, se menciona el origen y la celebración del Contrato de Concesión No. 001, precedido de la correspondiente licitación pública y consecuente adjudicación, con reseña -en el numeral 7.- de las Modificaciones y Otrosíes introducidos durante su vigencia. Se lee al respecto:

*“5. Que mediante la Resolución No. 21 dc 12 dc noviembre dc 1999, TRANSMILENIO S.A. convocó a la Licitación Pública No. 001 dc 1999, con el objeto de entregar en concesión: la explotación comercial del servicio público de transporte terrestre automotor masivo urbano dc pasajeros bajo la modalidad de vehículos automotores sobre las troncales dcl Sistema TransMilenio y, así como las áreas de soporte técnico dispuestas por el Sistema TransMilenio para el mantenimiento de la flota que el Concesionario incorpore a la prestación dcl servicio.*

*6. Que mediante la Resolución No. 026 dc 10 de abril de 2000, le fue adjudicado parcialmente el objeto de la Licitación Pública No. 001-99 al Sistema Integrado de Transporte Masivo “S199 SA. (en adelante el “Concesionario”), quien fue notificada personalmente el 11 de abril dcl año 2000.*

*7. Que el Contrato de Concesión No. 001 de 2000 fue modificado en los siguientes aspectos: (Sigue tabla)”.*

- Después de transcribir la cláusula 102 del Contrato, relativa al plazo del mismo, que fue modificada en Otrosí de 21 de junio de 2013, se refiere al estado concreto de su vigencia al momento de la expedición de la Resolución indicando *“9. Que se estima que el 12 de diciembre de 2017 el kilometraje en servicio promedio de uso de la flota alcanzará un millón noventa mil kilómetros (1.090.000) recorridos, implicando esto la finalización de la etapa de operación regular a la que se hizo referencia anteriormente”.*

En ese contexto, la Resolución muestra la situación afrontada en ese momento en razón del vencimiento de la vigencia del Contrato de Concesión No. 001 de 2000 que entonces se aproximaba, sin estar suficientemente adelantados los trámites de la nueva licitación pública que habría de realizarse para la adjudicación de nuevos contratos llamados a garantizar la continuidad en la prestación del servicio, incluso

con invocación de jurisprudencia del Consejo Estado y mención de la posibilidad de TRANSMILENIO de ejercer la potestad de modificación unilateral del Contrato ampliando su plazo de duración (numerales 10 a 17), para desembocar en la justificación concreta y específica de la modificación unilateral sobre cuyos efectos económicos se debate en este proceso, en los siguientes términos:

*“18. Que la terminación del Contrato sin haberse surtido el proceso de contratación y sin que el nuevo operador esté listo para iniciar la operación, implicaría la paralización o afectación grave del servicio público de transporte, por lo cual es necesario garantizar la continuidad del servicio y así cumplir con los fines públicos que debe salvaguardar la Administración.*

*19. Que de acuerdo con lo anterior, existe una causa cierta (terminación del Contrato) y un efecto adverso directo sobre la prestación del servicio público de transporte que obliga a la Administración a tomar las medidas necesarias para la garantía del servicio”.*

- Previa referencia a pronunciamientos del Consejo de Estado<sup>135</sup> y la Corte Constitucional<sup>136</sup> sobre la modulación o parametrización que debe acompañar el ejercicio de la potestad de modificación unilateral con previo agotamiento del intento de concertación con el contratista respectivo (numerales 22 y 23), hace explícito lo que en ese sentido ocurrió en el caso particular de SI99, afirmando que *“24. Que durante los meses de octubre y noviembre del año 2017, se adelantaron negociaciones con el Concesionario para lograr de común acuerdo la ampliación del plazo de ejecución del Contrato y las condiciones económicas para este plazo adicional; se deja constancia que no se logró acuerdo respecto de las condiciones básicas como son el plazo, el cual obedece a la necesidad de TRANSMILENIO S.A y como segundo aspecto la tarifa objeto de remuneración por no haber podido superar en tales discusiones la determinación de necesidad de TRANSMILENIO S.A.”.*

---

<sup>135</sup> Sentencia de 14 de diciembre de 2000.

<sup>136</sup> Sentencia C-949 de 2001.

- Menciona el artículo 14 de la Ley 80 de 1993<sup>137</sup> y una sentencia del Consejo de Estado<sup>138</sup>, para referirse a los efectos económicos de la modificación unilateral de extensión del plazo que se formalizaba. En esta línea, afirma la Resolución:

*“29. Que como consecuencia de la ampliación al plazo del Contrato, se requiere un reajuste al equilibrio económico del mismo, en los términos de la Sentencia de 31 de agosto de 2011 del Consejo de Estado, CP. Ruth Stella Correa Palacio, pues se debe llevar a cabo un ajuste que no solamente equilibre las prestaciones de las partes sino que a su vez, evite que se obtengan indebidos beneficios por el Concesionario.*

*30. Que con el objetivo de reestablecer el equilibrio económico del Contrato y evitar que se obtengan indebidos beneficios por el Concesionario, se debe adaptar la tarifa inicialmente pactada, a las nuevas condiciones del servicio que deberá ser prestado por SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S199 S.A. y que recojan el momento en que se encuentra el Contrato”.*

- A partir de la referenciación de un pronunciamiento de la Corte Constitucional<sup>139</sup> que alude al concepto -teórico o abstracto- según el cual las inversiones de un concesionario se amortizan completamente durante vigencia del respectivo contrato de concesión (numerales 31 y 32), la Resolución señala la aplicación de tal entendimiento en el caso concreto de SI99, lo que, según los análisis de TRANSMILENIO, justifica el ajuste de la tarifa pactada. Al decir del acto administrativo en cuestión:

*“33. El cumplimiento del promedio de kilometraje de la flota para el vencimiento de la etapa de operación regular se estima se cumplirá el 12 de diciembre de 2017, el Concesionario ya debe haber terminado de amortizar su inversión, lo que implica en los términos del Consejo de Estado, que el continuo reconocimiento del valor por este concepto corresponde a un beneficio indebido del Concesionario.*

*34. Que lo anterior hace necesario un ajuste a la tarifa pactada”.*

---

<sup>137</sup> “En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”.

<sup>138</sup> Sentencia de 31 de agosto de 2011.

<sup>139</sup> Sentencia C-250 de 1996.



- Luego de transcribir la cláusula 104, en la versión modificada por la cláusula vigésima del Otrosí de 21 de junio de 2013, que regula lo relativo a la “ETAPA DE OPERACIÓN REGULAR” del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, alude la Resolución, expresamente, a la intención de tener en cuenta, en el ajuste de la tarifa, los mayores costos de mantenimiento del concesionario por la avanzada edad de la flota utilizada para la prestación del servicio; en este sentido, se expresa “36. *Que en razón de su edad, la flota del concesionario tiene un costo mayor de mantenimiento de acuerdo con la doctrina autorizada sobre la materia, la nueva tarifa debe reconocer dicho efecto*”.

Ya en el aparte del “RESUELVE” de la Resolución 589, conviene igualmente destacar:

- Después de referenciar el nuevo texto de la cláusula 70 del Contrato -que trata sobre el ajuste de la tarifa técnica-, que había sido modificada por la cláusula novena del Otrosí de 21 de junio de 2013 (ordinal PRIMERO), introduce la modificación a la cláusula 77, sobre “PARTICIPACIÓN DEL CONCESIONARIO”, también objeto de anterior modificación mediante la cláusula décima octava del mismo Otrosí. El nuevo texto de la cláusula 77 queda del siguiente tenor:

**“SEGUNDO: PARTICIPACIÓN DEL CONCESIONARIO.** *La cláusula 77 del Contrato de Concesión, modificada por la cláusula décima octava del Otrosí de 21 de junio de 2013 quedará así:*

*El **CONCESIONARIO** obtendrá a título de participación en los beneficios económicos derivados de la explotación comercial del Sistema durante el término de vigencia del presente acto administrativo, un valor que estará determinado en función de los kilómetros en servicio, de acuerdo con las órdenes de servicio de operación impartidas por TRANSMILENIO S.A., por cada uno de los vehículos que se encuentren vinculados a la operación del Sistema.*

*El valor de la participación (ROT) que tendrá derecho a recibir el CONCESIONARIO “K” será determinado por la siguiente expresión:*

$$ROT_K = (1 - DctoC_F) \times C_K \times Km_K$$

*Dónde:*

*C<sub>k</sub> = costo por kilómetro licitado ajustado por ACT del operador K.*

$Km_k$  = kilómetros en servicio netos de desincentivos por el operador K.  
 $DctoC_{FI}$  = Valor de descuento sobre  $C_k$ , el cual será del 19%.

*El valor del kilómetro que aplicará para hacer efectivos los desincentivos será el mismo valor de kilómetro con que se remunere al **CONCESIONARIO** ( $C_k$ ), según lo previsto en la presente cláusula. Los recursos resultantes de la aplicación de las sanciones o desincentivos previstos en el capítulo 11 del contrato se destinarán al Fondo de sanciones o desincentivos, denominado ‘Fondo de Multas y Bonificaciones’” (las negrillas son del texto).*

Alrededor de esta estipulación se ubica el eje central del debate arbitral que en esta providencia se decide, pues su estructuración y aplicación durante el período de vigencia extendido en la misma Resolución 589 es la que genera, según SI99, el rompimiento del equilibrio del Contrato de Concesión cuyo restablecimiento constituye la esencia de la reclamación económica formulada por la Convocante en la demanda arbitral.

- Modifica la cláusula 102 del Contrato, relativa al “PLAZO” del mismo, cuyo texto inicial igualmente había sido a su vez modificado por la cláusula décima novena del plublicado Otrosí de 21 de junio de 2013; y también modifica las cláusulas 104 y 105, antecedidas de la modificación efectuada, una vez más, por las cláusulas vigésima y vigésima primera del mismo Otrosí, alusivas a la “ETAPA DE OPERACIÓN REGULAR” y la “ETAPA DE REVERSIÓN” del Contrato, previstas en la estipulación reguladora de su vigencia. Los textos objeto de la nueva modificación quedan así:

**“TERCERO.- PLAZO DEL CONTRATO.** *La cláusula 102 del Contrato de Concesión, modificada por la cláusula décimo novena del otrosí de 21 de junio de 2013, quedará así:*

*El plazo del Contrato de Concesión será indeterminado pero determinable, según se agoten las siguientes etapas:*

**102.1.** *La etapa pre operativa, comprendida entre la fecha de iniciación de la vigencia del contrato y la iniciación de la operación regular.*

**102.2.** *La etapa de operación regular, comprendida entre la fecha determinada por TRANSMILENIO S.A. para el inicio de la operación regular y el día 30 de junio de 2019. Por decisión exclusiva de TRANSMILENIO S.A., se podrá*

*prorrogar el día de vencimiento pactado para la finalización de la operación regular, de acuerdo con las necesidades del servicio, hasta por un (1) periodo de máximo tres (3) meses, debiendo notificar TRANSMILENIO S.A. por escrito al CONCESIONARIO de dicha decisión con al menos tres (3) meses de anticipación.*

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

**CUARTO.- ETAPA DE OPERACIÓN REGULAR.** *La cláusula 104 del Contrato de concesión, modificada por la cláusula vigésima del Otrosí de 21 de junio de 2013, quedará así:*

*Se considerará iniciada la etapa de operación regular, a partir de la fecha que haya sido determinada por TRANSMILENIO S.A. para que el concesionario inicie la operación de su flota en el sistema TransMilenio, bajo las condiciones técnicas, económicas y operacionales previstas en el presente contrato.*

*La etapa de operación regular vencerá el día treinta (30) de junio de 2019, salvo que haya sido prorrogada por decisión exclusiva de TRANSMILENIO S.A., de acuerdo con lo previsto en el numeral 102.2.*

**QUINTO.- ETAPA DE REVERSIÓN.** *La cláusula 105 del Contrato de Concesión, modificada por la cláusula vigésimo primera del Otrosí de 21 de junio de 2013, quedará así:*

*Se considerará iniciada la etapa de reversión en el momento que se haya dado por terminada la etapa de operación regular de acuerdo con lo establecido en la cláusula anterior, durante la misma se cumplirán las obligaciones atribuidas al CONCESIONARIO establecidas en el presente contrato, surgiendo de manera inmediata la obligación de hacer entrega de los bienes que conforman el área de soporte técnico en calidad de reversión, y del área de garajes en calidad de devolución, todo lo cual debe surtirse en un término máximo de 30 días, so pena de incurrir en el incumplimiento del contrato.*

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

*Solo a partir de la fecha de la certificación antes mencionada, se entenderá vencido el término del presente contrato generando los efectos de ley, y surgiendo para las partes la obligación de proceder a la liquidación del*

*contrato en los términos del artículo 66 de la Ley 80 de 1993” (las negrillas son del texto).*

- Por lo demás, involucrando manifestaciones de diversa índole, la Resolución expresa que *“Todas las cláusulas y estipulaciones contractuales del Contrato, que no son modificadas por el presente acto administrativo permanecen vigentes sin ajuste alguno”* (ordinal noveno); que *“Las nuevas condiciones establecidas mediante el presente acto administrativo no afectan el equilibrio financiero del Contrato, ni modifican su esquema de asignación de riesgos”* (ordinal décimo); y que *“Los efectos del presente acto administrativo empezarán a regir al día siguiente de cuando el kilometraje en servicio promedio de la flota alcance 1.090.000 kilómetros en los términos establecidos en el Otrosí de fecha 21 de junio de 2013”* (ordinal décimo primero).

### **3.3.2.2. La Resolución 691 de 2017.**

De nuevo la Gerencia General de TRANSMILENIO, esta vez con fecha 19 de diciembre de 2017, emitió la Resolución 691, *“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Sistema Integrado de Transporte Masivo SI99 S.A., contra la Resolución No. 589 del 17 de Noviembre de 2017, mediante la cual TRANSMILENIO S.A., modifica unilateralmente el Contrato de Concesión No. 001 de 2000”*, de cuyo contenido también se estima útil reseñar algunos apartes, con la misma finalidad de contextualizar el examen de uno de los temas centrales de fondo debatidos en este proceso.

En su encabezado se menciona la interposición, por SI99, de un recurso de reposición contra la Resolución 589, del que sintetiza los fundamentos esgrimidos y las solicitudes efectuadas, incluyendo entre los primeros, el reparo consistente en *“Falsa motivación por negar la existencia de un desequilibrio económico en favor del contratista”*.

Del capítulo de los “CONSIDERANDOS” de la Resolución 691, cabe destacar:

- Refiriéndose al argumento que involucra la presunta violación de los artículos 14 y 16 de Ley 80 de 1993, los cuales transcribe, destaca que “(...) *las entidades públicas cuentan con la facultad para modificar unilateralmente el contrato cuando su finalidad busca evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, teniendo claro que la Ley 336 de 996 (sic), establece que el servicio de transporte público es un servicio público esencial*”.
- Incluye la justificación de los ajustes efectuados en la Resolución 589 en punto al contenido económico de la remuneración del Concesionario, para el escenario de extensión del término de vigencia del Contrato, eje de la modificación unilateral introducida mediante el acto administrativo referido. Al respecto, expresa:

*“De otra parte, frente a lo indicado en su escrito relacionado con el alcance de la modificación unilateral, se anota que la finalidad de las modificaciones a introducir, con el ánimo de evitar la parálisis o la afectación grave del servicio público, es además, la de **asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación del mismo**, por lo cual se considera improcedente lo alegado, toda vez que una cosa son los motivos para realizar la modificación unilateral y otra distinta es el contenido de la misma en sí. Esto es, que la modificación unilateral no podría desconocer la necesidad de adecuar las demás condiciones contractuales a las cuales debe darse estricto cumplimiento de los principios de la contratación estatal, por lo tanto, si bien se debe garantizar la prestación del servicio, este hecho no debe conllevar a que contractualmente se mantengan condiciones que favorezcan económicamente al concesionario, ni tampoco que no sean exigidas aquellas con las cuales se garantice una adecuada prestación del servicio.*”

*En este sentido, se hizo necesario modificar todas las condiciones que se requerían para mantener el equilibrio económico del contrato, y las que se relacionan con los niveles de seguridad, disponibilidad y confiabilidad de la flota, para asegurar una apropiada atención del servicio. Tan es así, que por ello se intentó una negociación en la cual se buscó lograr un acuerdo frente a las condiciones adecuadas para la correcta prestación de este servicio, sin lograrse convenio alguno, haciendo necesario establecer los ajustes requeridos de conformidad con los estudios y análisis realizados para este evento” (lo destacado es del texto).*

- Después de recordar el numeral 36 de los considerandos de la Resolución 589 sobre la edad de la flota y su repercusión en mayores costos de mantenimiento, y

hacer algún recuento sobre la etapa de concertación previa agotada con SI99, se refiere explícitamente a la *“Falsa motivación por negar la existencia de un desequilibrio económico en favor del contratista”* esgrimida en el recurso sobre el que decide, tema respecto del cual manifiesta que *“es preciso aclarar los conceptos y usos que se le da a la tarifa de remuneración por kilómetro (costo por kilómetro) y a la canasta de costos”*, por manera que suministra las explicaciones que a juicio de TRANSMILENIO defienden la modificación introducida en esa materia. Señala la Resolución 691: *“En conclusión, el argumento esbozado por el Concesionario SI99 S.A. (...) es incorrecto. Por el contrario, la nueva tarifa sí mantiene el equilibrio económico, teniendo en cuenta que ya no contempla la remuneración de la inversión en compra de flota, puesto que esta terminó de remunerarse al finalizar el otrosí de 2013, y que considera los gastos adicionales de mantenimiento requeridos, debido a la edad de la misma”*.

En su “RESUELVE”, como consecuencia de lo expuesto, la Resolución 691 de 2017 niega las solicitudes de revocación impetradas, y confirma en su integridad la Resolución 589 del mismo año.

El Tribunal estima oportuno señalar, a manera de conclusión panorámica de la reseña efectuada respecto de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, que TRANSMILENIO ejerció la prerrogativa -normativamente autorizada, y en ese sentido no cuestionada en el presente trámite- de modificación unilateral del Contrato de Concesión 001 de 2000, extendiendo el plazo de vigencia del mismo bajo la justificación de evitar la afectación del servicio público de transporte, con conciencia de la necesidad de mantener el equilibrio económico de la relación convencional y con la intención de lograrlo con los ajustes que introdujo en punto a la remuneración del Concesionario. Por supuesto, cosa diferente es que, ya en el terreno de los hechos resultantes de la aplicación de la fórmula adoptada para retribuir el servicio prestado por SI99, se hubiere logrado o no el pretendido mantenimiento del equilibrio económico del Contrato, cuestión esencial sobre la cual, por tener las partes posiciones encontradas, se debate en el presente proceso.

### 3.4. LA RECLAMACIÓN DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO FORMULADA EN LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA.

#### 3.4.1. Posición de las Partes y del Ministerio Público.

En tres pretensiones principales<sup>140</sup> y seis subsidiarias<sup>141</sup> de la reforma a la demanda principal, la Convocante solicita se declare la alteración de la ecuación económica del Contrato de Concesión 001 de 2000, por razón de las Resoluciones Nos. 589 y 691 de 2017 -de modificación unilateral- expedidas por TRANSMILENIO, y se condene a la Convocada al restablecimiento del equilibrio económico en la suma que se encuentre probada en el proceso, pretensiones que fundamentó en los que rotuló como **“Hechos relativos a la modificación Unilateral efectuada”**, numerados del 4.35 a 4.73. (la negrilla y la subraya son del texto).

Expone SI99 en los hechos que desde el año 2016 -y en varias ocasiones- solicitó a TRANSMILENIO claridad sobre la terminación o la adición del plazo del Contrato, pero que la entidad nunca contestó a sus peticiones; que en octubre del año 2017, TRANSMILENIO informó a la Convocante que estaba interesada en iniciar y programar unas mesas de negociación para buscar la ampliación del plazo de vigencia del Contrato, próximo a vencer, negociaciones que se iniciaron a finales de octubre de 2017 y se extendieron hasta el 17 de noviembre de 2017, fecha en la que, expone, SI99 manifestó que le era imposible aceptar las condiciones propuestas por TRANSMILENIO y solicitó que se le permitiera presentar una contrapropuesta<sup>142</sup>. Manifestó que a la hora de plasmar las variables Costos y Gastos y número de kilómetros en la fórmula propuesta, no se realizó un ejercicio correcto por cuanto no correspondía a los costos y gastos reales del Concesionario, y que dicha variable fue tasada indebidamente. Dice que el mismo 17 de noviembre, TRANSMILENIO expidió la Resolución 589 de 2017, que modificaba unilateralmente el Contrato de Concesión 001 de 2000, posteriormente recurrida por SI99

---

<sup>140</sup> Ver pretensiones: Cuarta, Novena, Décima Cuarta. Página 3. Cuadernillo principal #2-folio 277.

<sup>141</sup> Ver pretensiones subsidiarias: Cuarta, Primera subsidiaria de la Décima Cuarta, Segunda subsidiaria de la Décima Cuarta, Tercera subsidiaria de la Décima Cuarta, Cuarta subsidiaria de la Décima Cuarta, Quinta subsidiaria de la Décima Cuarta. Página 3. Cuadernillo Principal #2-folio 277.

<sup>142</sup> Reforma de la demanda inicial. Página 17. Cuadernillo Principal #2-folio 290.

y confirmada mediante la Resolución No. 691 de 2017, que mantuvo en su integridad el acto administrativo de modificación unilateral. Finalmente, expone la Convocante que los actos administrativos han causado un rompimiento del equilibrio del Contrato de Concesión, perjudicando sustancialmente los intereses patrimoniales de SI99<sup>143</sup>.

En la contestación de la reforma a la demanda principal, la Convocada se opone, entre otras, a dichas pretensiones, por considerar que carecen de fundamento fáctico, contractual, legal y constitucional; acepta algunos hechos, niega otros y sobre unos adicionales manifiesta que no son ciertos como se presentan. Considera que no es cierto que la información incluida en las proyecciones de TRANSMILENIO fuera incorrecta puesto que fue tomada directamente de los estados financieros reportados por el Concesionario y que es incorrecto afirmar que la variable #km hace parte de los supuestos macroeconómicos, operativos y financieros asociados a la operación, y que el mantenimiento de dicha variable no corresponde a una obligación de su representada<sup>144</sup>. Además de la excepción de “FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL (...)” que se analiza en aparte posterior de este Laudo, TRANSMILENIO presenta como excepciones de mérito, en lo que concierne a las pretensiones sobre alteración de la ecuación económica del Contrato, las excepciones que titula como “INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONOMICO O AFECTACION ECONOMICA EN CONTRA DE SI 99 S.A. CON LA EXPEDICION Y FIRMEZA DE LAS RESOLUCIONES MEDIANTE LAS CUALES TRANSMILENIO S.A. MODIFICO UNILATERALMENTE EL CONTRATO” e “INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PARA QUE SE CONFIGURE UN DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO DE CONCESION 001 DE 2000 DERIVADA DE LA MODIFICACION UNILATERAL DEL CONTRATO REALIZADA POR TRANSMILENIO”<sup>145</sup>.

En la primera de ellas, “2. INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO (...)”, aduce la Convocada que planeó la modificación unilateral teniendo en cuenta los derechos de las partes contratantes relativos a mantener el mutuo equilibrio financiero del

---

<sup>143</sup> Reforma de la demanda inicial. Página 19. Cuadernillo Principal #2-folio 292.

<sup>144</sup> Contestación a la reforma de la demanda. Página 31. Cuadernillo Principal #2-folio 378

<sup>145</sup> Contestación a la reforme de la demanda. Página 36. Cuadernillo Principal #2-folio 383.



Contrato a diciembre de 2017, por lo que solicitó a una banca de inversión, Valora Consultoría S.A., la realización del análisis de los términos financieros que habrían de regir durante el período de extensión de la etapa de operación del Contrato, en donde se dejó explicada la metodología a utilizar para el mantenimiento de los derechos económicos de las partes, por lo que -concluye- las Resoluciones de modificación unilateral no generan afectación económica alguna a SI99. Resalta TRANSMILENIO que durante la ejecución del Contrato, incluyendo el plazo adicional establecido con ocasión de la modificación unilateral, la Convocante obtuvo resultados financieros positivos, logrando una utilidad significativamente alta, y que cualquier dificultad financiera que hubiera experimentado el Concesionario en los últimos años de concesión, no fueron *“necesariamente derivadas de la modificación unilateral”*<sup>146</sup>.

En la excepción de “3. INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PARA QUE SE CONFIGURE UN DESEQUILIBRIO ECONÓMICO (...)”, aduce la Convocada que no se dan los presupuestos establecidos en la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado para que se configure la pretendida ruptura del equilibrio inicial del Contrato de Concesión 001 de 2000 por cuanto los hechos y algunas de las pretensiones de la demanda suponen la inexistencia de un acto administrativo legal expedido por TRANSMILENIO en ejercicio de sus facultades de *ius variandi*, cuando la doctrina exige que dentro de las condiciones que deben concurrir en dicho evento está que *“consista en el ejercicio legal de una potestad contractual por parte de la administración contratante”*, y por cuanto no se evidencia del *“comportamiento financiero del concesionario desequilibrio económico alguno y menos un escenario de desequilibrio prestacional, cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme o significativo, en los términos de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria del 21 de febrero de 2012 (M.P. William Namén Vargas)”*<sup>147</sup>.

En sus alegatos de conclusión, SI99 realiza un análisis sobre el equilibrio económico de la ecuación negocial y la modificación unilateral del contrato como causa de su

---

<sup>146</sup> Contestación a la reforma a la demanda. Páginas 41 y 42. Cuadernillo Principal #2-folios 388 y 389.

<sup>147</sup> Contestación a la reforma a la demanda. Página 44. Cuadernillo Principal #2-folio 391.

rompimiento<sup>148</sup>; expone los antecedentes legales y jurisprudenciales sobre la obligación de mantenimiento de la referida ecuación contractual y los tres eventos que, según ha dicho el Consejo de Estado, dan lugar a su rompimiento, haciendo énfasis en el *ius variandi*, sus requisitos<sup>149</sup> y el alcance del reconocimiento<sup>150</sup>. La Convocante hace un análisis de las pruebas aportadas al proceso y concluye que resultó demostrada la indebida determinación de las variables de la fórmula Costo Plus con Margen en las Resoluciones de modificación unilateral expedidas por TRANSMILENIO, origen de la afectación grave de los intereses económicos del Concesionario<sup>151</sup>.

Por su lado TRANSMILENIO, en sus alegatos de conclusión, se opone a la pretensión cuarta y su subsidiaria, a la décima cuarta y sus subsidiarias, así como a las consecuenciales de la primera, por cuanto, en su opinión, de las pruebas practicadas durante el trámite arbitral no se deduce una alteración en el equilibrio económico del Contrato de Concesión 001 de 2000, sino, al contrario, que la Convocante obtuvo una rentabilidad positiva a partir de la expedición de las Resoluciones de modificación unilateral; desarrolla las consideraciones jurídicas que, en su parecer, demuestran la improcedencia de las pretensiones de la demanda, considerando que ha acreditado los fundamentos de hecho que prueban sus excepciones de mérito<sup>152</sup>.

Expone la Convocada que si bien el ejercicio del *ius variandi* puede ser causa de desequilibrio económico de los contratos estatales, el Consejo de Estado exige unos requisitos para su cabal configuración, de modo que “(...) *no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él*”<sup>153</sup>; aduce que la prueba de la existencia de un desequilibrio

---

<sup>148</sup> Alegatos de Conclusión de la convocante. Página 6. Cuadernillo Principal #4.

<sup>149</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2011 – Rad. 18.080 – M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>150</sup> Alegatos de Conclusión de la Convocante. Página 13. Cuadernillo Principal #4. Se citan Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: del 13 de agosto de 2020, Rad. 46.057, M.P. María Adriana Marín; y del 6 de mayo de 2015, Rad. 31.837, M.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

<sup>151</sup> Alegatos de Conclusión de la Convocante. Página 42. Cuadernillo Principal #4.

<sup>152</sup> Alegatos de conclusión de la Convocada. Página 14. Cuadernillo Principal #4.

<sup>153</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 6 de mayo de 2015. Rad. 31837. MP. Olga Mérida Valle de la Hoz.

económico no sólo consiste en probar una mayor onerosidad en la ejecución del contrato<sup>154</sup>, sino que también impone, en palabras de la Alta Corporación, “(...) **el análisis macroscópico o consolidado del resultado económico, concepto que cobija el precio total reconocido y pagado del contrato, no solo el de la cuenta o del respectivo ítem que se alega como causa o fuente del desequilibrio**” (lo destacado es del texto). En opinión de TRANSMILENIO, no existe prueba técnica alguna que acredite la configuración de un desequilibrio económico cierto, claro y evidente del Contrato de Concesión 001 de 2000 como consecuencia de la expedición de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, por cuanto los dictámenes periciales que obran en el proceso son meras aproximaciones financieras que no acreditan los supuestos costos adicionales asumidos por el Concesionario como consecuencia de la definición y aplicación de la fórmula adoptada, y tampoco que no resultaron compensados<sup>155</sup>; alega que se puede corroborar con el acervo probatorio que el Concesionario no sufrió pérdidas ni daño alguno ocasionado por la fórmula de remuneración incorporada al Contrato con ocasión de la modificación unilateral plasmada en la citada Resolución 589, tal y como se demuestra con el testimonio de ÉDISON JAVIER RODRÍGUEZ, quien expuso que el Concesionario siempre mantuvo una utilidad operacional y unos márgenes operacionales significativos, su utilidad bruta y su EBITDA operacional siempre fueron positivos, lo que permitió al Concesionario realizar inversiones en otras sociedades<sup>156</sup>.

Realiza TRANSMILENIO, adicionalmente, un análisis sobre la legalidad de la fórmula y la razonabilidad de los valores asignados a cada una de las variables utilizadas en ella, para establecer que el estudio realizado por “*la firma VALORA*”, como asesora de la Convocada en lo relativo al cambio de la tarifa, se basó en los supuestos macroeconómicos y financieros asociados a la operación del Concesionario, y que la Convocante no llegó a probar en este proceso arbitral que se alteraron los principios básicos del marco económico del Contrato de Concesión, incluido el referente a que “*La Tarifa del Sistema Integrado de Transporte Público - SITP reflejará permanentemente el*

---

<sup>154</sup> Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - Sección Tercera, Sentencia n° 25000-23-36-000-2011-00143-01 de 24 de Abril de 2017.

<sup>155</sup> Alegatos de conclusión de la convocada. Página 49. Cuadernillo Principal #4.

<sup>156</sup> Alegatos de conclusión de la convocada. Página 70. Cuadernillo Principal #4.

monto necesario para remunerar los costos de operación y garantizará la eficiencia del Sistema”<sup>157</sup>. Solicitó declarar la procedencia de las excepciones “3” y “4”<sup>158</sup> propuestas en la contestación de la demanda principal reformada y, en consecuencia, denegar las pretensiones de la misma<sup>159</sup>.

Por su parte, el representante del Ministerio Público realiza un detallado estudio sobre la naturaleza del contrato de concesión, el Contrato 001 de 2000, el principio del desequilibrio económico de los contratos estatales, los requisitos exigidos por la jurisprudencia para su restablecimiento y el Otrosí del año 2013; advierte inicialmente que TRANSMILENIO modificó unilateralmente el Contrato de Concesión 001 de 2000, actuación que se enmarca dentro de las causales que pueden dar origen al rompimiento del equilibrio económico contractual por el ejercicio del *ius variandi*, resultando indispensable establecer mediante el análisis de las pruebas, si las Resoluciones contentivas de la modificación unilateral generaron mayores costos para el Concesionario o si se le disminuyeron las utilidades<sup>160</sup>; procede a realizar un análisis de la pericia de parte presentada por la Convocante y la pericia de oficio elaborada a instancias del Tribunal, para concluir que los argumentos expuestos por el auxiliar de justicia en “el escenario J” presentado en su dictamen le resultan convincentes por cuanto se sustentan en cifras reales y verificables, estableciendo en cero aquellos valores sobre los cuales el perito no obtuvo información.

Concluye el Ministerio Público que el equilibrio económico del Contrato de Concesión 001 de 2000 se afectó por la Resolución 589 de 2017 y que se cumplen los parámetros exigidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado para su restablecimiento, por lo que, en su concepto, las pretensiones cuarta y décima cuarta de la demanda principal deben prosperar<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> Cláusula QUINTA. Otrosí del 21 de junio de 2013.

<sup>158</sup> Corresponden a las rotuladas como “3. INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PARA QUE SE CONFIGURE UN DESEQUILIBRIO ECONÓMICO (...)” y “4. LA DEMANDA DEL CONCESIONARIO SI99 S.A. RESULTA EXTEMPORÁNEA E IMPROCEDENTE (...)”.

<sup>159</sup> Alegatos de conclusión de la convocada. Página 77. Cuadernillo Principal #4

<sup>160</sup> Concepto del Ministerio Público. Página 36. Cuadernillo principal #4

<sup>161</sup> Concepto del Ministerio Público. Página 54. Cuadernillo principal #4

Conviene señalar que el Tribunal, al acometer el estudio de fondo del punto en cuestión, se referirá a los planteamientos adicionales de las partes que estime pertinentes y relevantes, en especial en lo atinente a la valoración que cada una de ellas hace, al presentar sus alegatos de conclusión, en relación con los dictámenes periciales regularmente allegados al trámite y los desarrollos complementarios acopiados con ocasión de los interrogatorios absueltos por los expertos que los rindieron.

### **3.4.2. Consideraciones y conclusiones del Tribunal.**

#### **3.4.2.1. La excepción de “FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA PRESENTE CONTROVERSIA EN TANTO DE LAS PRETENSIONES CUARTA Y SU SUBSIDIARIA, DÉCIMO CUARTA Y SUS SUBSIDIARIAS, ASÍ COMO DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA SE DEMUESTRA LA REAL INTENCIÓN DE LA CONVOCANTE DE ALEGAR LA ILEGALIDAD DE LAS RESOLUCIONES 589 Y 691 DE 2017 QUE MODIFICAN UNILATERALMENTE EL CONTRATO 001 DE 2000”.**

Aunque ninguna de las pretensiones de la demanda arbitral busca que se declare la ilegalidad de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, la Convocada afirma que el hecho de avocar el conocimiento de la misma conduce “*necesariamente*” al estudio de la legalidad de la fórmula establecida por TRANSMILENIO para fijar la tarifa que habría de aplicarse durante la extensión de la vigencia del Contrato de Concesión 001 de 2000.

En efecto, de acuerdo con la línea argumentativa de TRANSMILENIO, la circunstancia de que para demostrar el desequilibrio económico a que condujo la “*aplicación*” o “*la indebida aplicación*” de la fórmula de Costo Plus con Margen adoptada con ocasión de la modificación unilateral, lleva a efectuar, según lo sostiene tanto en el escrito de contestación a la demanda como en sus alegatos de conclusión, un juicio sobre la legalidad de las mismas, en la medida en que “*la inconformidad de LA CONVOCANTE en virtud de la cual solicita la alteración del equilibrio económico del Contrato de Concesión, radica en los valores asignados por la Entidad a cada una de las variables de la*

*fórmula*<sup>162</sup> (destaca el Tribunal). Y en otro aparte de sus alegatos de conclusión, a modo de corolario, dice el apoderado de la Convocada lo siguiente: *“Tal y como se analiza de los cuestionamientos efectuados por el apoderado de la parte CONVOCANTE en las diferentes diligencias, los mismos estuvieron direccionadas (sic) a cuestionar los valores asignados por TRANSMILENIO a cada una de las variables de la Fórmula y la metodología implementada por VALORA para sugerir el rango de descuento a TRANSMILENIO; cuestión que lejos de traducirse en un análisis sobre un equilibrio económico del contrato se traduce en un análisis sobre la legalidad de la Fórmula adoptada por TRANSMILENIO con base en la recomendación de rangos definida por VALORA*<sup>163</sup>.

A juicio del Tribunal, en la defensa planteada por la Convocada se incurre en una petición de principio, vicio de razonamiento que, como se sabe, consiste en dar por demostrado lo que se quiere demostrar o, como lo define el Diccionario de la Real Academia, en poner por antecedente lo mismo que se quiere probar. Dicho de otra manera, el hecho de que durante el proceso se hayan cuestionado, desde la perspectiva de lo técnico, los valores con los que se alimentó a la fórmula Costo Plus con Margen, no significa que se cuestione la legalidad de la misma. Por el contrario, se parte de la plena validez de la fórmula, la cual, dicho sea de paso, no ha sido puesta en tela de juicio por la Convocante en esta sede arbitral. Cosa diferente es que, sin tocar la validez jurídica de la Resolución que incorpora la fórmula que sirve de base para determinar la remuneración del Concesionario, adoptada por TRANSMILENIO, los efectos económicos de la misma puedan trastornar el equilibrio financiero del Contrato, dependiendo de los valores que se les asignen a las distintas variables que aparecen en ella. De lo que se trata en la reclamación arbitral propuesta por SI99, sin entrar a cuestionar la legalidad de la Resolución mencionada, es demostrar que ello produjo en el Contrato un desequilibrio económico que no tiene por qué soportar el Concesionario.

---

<sup>162</sup> Alegatos de Conclusión de la parte convocada, p. 53.

<sup>163</sup> Alegatos de Conclusión de la parte convocada, p. 63.

Es en este sentido que han de entenderse formuladas la pretensión cuarta y su subsidiaria y la décima cuarta y sus subsidiarias de la demanda principal reformada, en cuanto hablan de la aplicación de las Resoluciones Nos. 589 y 691 de 2017 y de la indebida aplicación de la fórmula de remuneración para determinar el descuento tarifario.

El Tribunal tampoco encuentra determinante, en orden a la definición de su propia competencia, la circunstancia de que en varios de los hechos de la demanda principal reformada, en particular el identificado con el número 4.70, se mencione que la Resolución 589 de 2017 fue objeto de un recurso de reposición interpuesto por la Convocante en el que se presentaron cargos por ilegalidad contra dicho acto administrativo, tales como infringir disposiciones de la Ley 80 de 1993; de la Constitución Política y normas relativas al respeto del principio de igualdad; falta de motivación al modificar la manera de determinar el plazo contractual, pasándolo de kilómetros a meses; y falsa motivación por suponer que hubo negociación previa y al negar el evidente desequilibrio económico que el aumento del descuento en la tarifa le genera al concesionario. Es claro para el Tribunal que se trata, apenas, de una relación de los antecedentes de la controversia arbitral, que ocurrieron durante la actuación que materializó la modificación unilateral del Contrato de Concesión 001 de 2000. El hecho de que durante esa actuación se hubiese planteado, legítimamente desde la óptica del Concesionario que estimaba afectados sus derechos, la ilegalidad de la Resolución 589 de 2017, para agotar la vía administrativa, no significa que en esta instancia arbitral se pretenda lo mismo. Es más, como ya se señaló, proferida la Resolución 691 de 2017, confirmatoria de aquélla, el Concesionario no sólo acató lo resuelto por TRANSMILENIO, sino que se abstuvo de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para un control de legalidad de dichos actos administrativos, y optó por reclamar, ante el Juez del Contrato, el restablecimiento del equilibrio económico que, en su parecer, resultó alterado por la aplicación de la fórmula de remuneración adoptada en tales actos.

El objeto principal de la controversia puesta a consideración del Tribunal, se reitera, no es otro que el de determinar si la expedición, en ejercicio de la *potestas variandi*, del acto administrativo de modificación unilateral del Contrato de Concesión 001 de 2000 alteró -o

no- la ecuación económica del mismo y, en caso afirmativo, de qué forma lo hizo, en orden a definir si hay lugar a la aplicación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado que señala, sin perjuicio de lo que sobre este tópico del debate luego se dirá, que *“si el desequilibrio se produce por circunstancias imputables o atribuibles a la administración pública contratante en ejercicio de una cláusula excepcional o en ejercicio de su imperium, será procedente no solo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado la prestación, sino también indemnizar al contratista”*<sup>164</sup>; es evidente e incuestionable que el alcance del Laudo, en la materia específica a la que se refiere el reparo de TRANSMILENIO, se contrae a las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, como lo dispone el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, de modo que el Tribunal es competente para pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a su consideración.

Habrà de insistir el Tribunal, entonces, en las razones que lo llevaron a declarar, en el marco de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, su competencia en la Primera Audiencia de Trámite, llevada a cabo el día 19 de mayo de 2021<sup>165</sup>. En dicha oportunidad dijo lo siguiente: *“(...) el Tribunal no comparte la posición de la convocada según la cual la convocante, en su escrito de reforma de la demanda, pretende obtener un pronunciamiento del panel frente a la legalidad de los actos administrativos antes mencionados. Por el contrario, estima el Tribunal que, en los términos en que está estructurado el petitum, se encuentra acreditada la intención de SI 99 S.A. de solicitar la declaración del desequilibrio económico del Contrato de Concesión 001 de 2000, mediante la formulación de sus pretensiones tanto en la demanda inicial como en la reforma de la demanda. [...] Así las cosas, teniendo en cuenta que lo que en esencia se reclama es, precisamente, el desequilibrio económico del Contrato en cita, la formulación de las pretensiones que aquí se comentan se encuadran, prima facie, en el postulado del último inciso del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012”*.

---

<sup>164</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1º de agosto de 2016, citada por RODRÍGUEZ R., Libardo, en el Equilibrio Económico en los Contratos Públicos, Ed. Temis, 2021, p.80.

<sup>165</sup> Cfr. Acta No.22, Auto No.30.



Contra esta decisión, la Convocada interpuso recurso de reposición solicitando su revocatoria con base en los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda principal reformada, analizados y despachados desfavorablemente en la providencia recurrida, razón por la cual, el Tribunal la confirmó, reforzando su posición con un argumento expuesto por el representante del Ministerio Público, que acogió en los siguientes términos: “(...) *no se puede dejar de lado, como lo pone de presente el señor agente del Ministerio Público, lo expresamente señalado en el artículo 163 del CPACA, que como requisito de procedibilidad establece que ‘**Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. (...) en el presente caso, no se advierte pretensión alguna de ese talante en el escrito de la reforma de la demanda, que ahí si haría indiscutible la ausencia de competencia del Tribunal para conocer sobre ésta**’*” (destaca el Tribunal).

Y así mismo, el Tribunal insiste y reitera su competencia para conocer de la controversia sometida a su consideración en materia de desequilibrio económico del Contrato, porque el carácter eminentemente patrimonial de la misma lo habilita para ello, como quiera que, conforme a lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia C-1436 de 2000, “*cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de los actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad, sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política*”, línea jurisprudencial que ha sido acogida y reiterada por el Consejo de Estado; y es que como el objeto del presente litigio, según se advierte claramente en las pretensiones de la demanda principal reformada y se ha señalado antes con insistencia, está exclusivamente

asociado a la aspiración de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato que se estima alterado como consecuencia del ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral invocada por TRANSMILENIO, sin formulación de pretensiones contra la legalidad misma de las Resoluciones contentivas de tal ejercicio, el Tribunal es competente para conocer del asunto y pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda principal reformada.

En esta línea argumentativa hay que decir que los cuestionamientos de SI99, aún en el proceso arbitral -en el dictamen de parte, por ejemplo-, a la metodología y valores considerados por TRANSMILENIO para la estructuración de la fórmula y su aplicación en punto a determinar el monto de la remuneración del Concesionario, apuntan a mostrar razones que contribuyen a generar el desequilibrio que reclama la Convocante, sin atacar la legalidad misma de la Resolución 589, ni la de su confirmatoria.

Por lo expuesto, esta excepción de “*FALTA DE COMPETENCIA (...)*” no prosperará.

**3.4.2.2. La excepción según la cual “*LA DEMANDA DEL CONCESIONARIO SI99 RESULTA EXTEMPORÁNEA E IMPROCEDENTE EN TANTO HASTA ANTES DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA NO HIZO RECLAMACIONES ECONÓMICAS RELACIONADAS CON LAS MISMAS PRETENSIONES*”.**

A juicio de TRANSMILENIO, resulta improcedente la demanda de la Convocante por varias razones que podrían sintetizarse, según se recapitula en el alegato de conclusión<sup>166</sup>, de la siguiente manera: a) en primer lugar, porque durante las mesas de negociación el Concesionario, conociéndolos, no puso de presente los mayores costos en que supuestamente tenía que incurrir, asociados con el proceso de *overhaul* efectuado a los buses desde el año 2013, y con el mal estado de la malla vial; y b) en segundo lugar, por haber esperado a que terminara el plazo contractual para solicitar el restablecimiento de la ecuación económica del Contrato, contrariando la línea jurisprudencial que, sobre

---

<sup>166</sup> Archivo PDF 62. Página 93 y siguientes. En Cuaderno Principal No. 4. Expediente Digital 119770 del CAC de la CCB.

este punto, tiene establecida el Consejo de Estado desde hace varias décadas y, de paso, faltando al principio de la buena fe con que deben portarse las partes durante la ejecución contractual.

Como es sabido, y luego se rememoraré, incontrovertible resulta a la luz de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, por un lado, el derecho de las partes al mantenimiento del equilibrio económico del contrato; y por otro lado, imperativa aplicación tiene el deber de comportamiento de los contratantes con arreglo al principio de la buena fe objetiva, es decir, que las partes deben actuar de modo correcto y leal, les corresponde recíprocamente facilitar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la otra parte y perseverar en la ejecución de lo acordado en orden a la obtención de la finalidad que buscan los contratantes, cuestión tanto más relevante cuando se trata de negocios que buscan la satisfacción de intereses generales, en especial cuando de la prestación de servicios públicos se trata.

Respecto de lo primero -el mantenimiento del equilibrio económico del contrato-, son varias las disposiciones explícitas y relevantes de la Ley 80 de 1993 (en especial los artículos 4, 5 -en concordancia con el 3-, 14, 25, 27 y 28), a las que en momento posterior se referirá a espacio el Tribunal cuando se ocupe de reseñar el marco normativo, doctrinal y jurisprudencial aplicable en la materia.

Y en relación con lo segundo -el principio de la buena fe negocial-, conocida es su vigencia y permanente aplicación -teórica y práctica- en las relaciones jurídicas en general, incluidas las índole convencional, con expresa evocación en la regulación de la contratación estatal al señalarse entre los derechos y deberes de los contratistas, que *“Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, **obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales**, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse”* (artículo 5, ordinal 2º, de la Ley 80 de 1993; la negrilla es del Tribunal), además de la que tiene registro en las normas civiles y

mercantiles en general<sup>167</sup>, a las que también remite el Estatuto de la Contratación Pública cuando inequívocamente consagra que *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”* (artículo 13 *ibídem*). En la misma línea, el artículo 23 del Estatuto de Contratación remite expresamente a la aplicación de *“los principios generales del derecho”*, entre los criterios que deben regir las actuaciones contractuales de las entidades estatales.

A lo dicho hay que agregar, por la afinidad temática que en este momento interesa, la mención del artículo 16 de la misma Ley 80 de 1993, a la luz del cual, *“si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuese necesario introducir variaciones en el contrato **y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo**, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”* (la negrilla es del Tribunal).

A partir del contexto normativo descrito, puede inferirse de modo natural lo siguiente:

- Cuando por causas no imputables al contratista, sea porque la Administración hizo uso de alguna de las cláusulas excepcionales al derecho común, sea porque las circunstancias económicas tenidas en cuenta al momento de la celebración del contrato se han alterado, la ecuación económica del mismo se altera en forma significativa o grave, debe restablecerse el equilibrio económico del mismo, o sea, la equivalencia o igualdad entre las prestaciones recíprocas a cargo de cada una de las partes.

---

<sup>167</sup> Los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de comercio prevén, en su orden, que *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”* y que *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de lo mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.

- Para ello, lo deseable -y normal desde ese punto de vista- es que las partes suscriban los acuerdos necesarios, de modo que se hagan los ajustes pertinentes en orden a restablecer el equilibrio económico alterado.
- Cuando esto ocurre, lo lógico es suponer que el restablecimiento voluntario y consensuado de la ecuación económica del contrato impide que con posterioridad se acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para suplicar, sobre las mismas bases que dieron lugar al inicial rompimiento del equilibrio, un nuevo reajuste de las cargas prestacionales.
- Puede suceder, sin embargo, que por razones de diferente estirpe, las partes no logren obtener un acuerdo sobre los términos y condiciones necesarios para estructurar el restablecimiento de la economía contractual. Frente a esta situación, en aras de la continuidad de la prestación del servicio público o para asegurar la ejecución de la obra, la Administración podrá valerse de las facultades excepcionales que le otorga la ley, como lo son las ya mencionadas de interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato.
- Por supuesto, frente a la actuación unilateral de la Administración, el contratista que se considere de alguna manera lesionado o afectado goza de las acciones correspondientes, las cuales, obviamente, deben instaurarse antes de que opere la caducidad de las mismas.
- En cuanto al derecho que tiene el contratista para que se ordene el restablecimiento de la ecuación económica, la ley no ha establecido requisitos de procedibilidad, ni exigido que la reclamación necesariamente se haga de manera inmediata, o en fecha inexorablemente próxima, al hecho que dio lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato, so pena de extemporaneidad de la misma. Se repite, como línea de principio el contratista cuenta con el tiempo previsto para que opere la caducidad de la acción contractual para instaurar la correspondiente demanda.

Ciertamente, no desconoce el Tribunal que el Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades sobre este punto de la improcedencia, por el espectro temporal de la reclamación, de la acción de restablecimiento de la ecuación económica del contrato, pero sin que ello signifique que pueda prescindirse del contexto circunstancial propio de cada caso, pues la exigencia se orienta en el sentido de proscribir eventuales comportamientos del contratista alejados de la buena fe, tal como se evidencia en el caso analizado por la Alta Corporación cuando expresó:

*“3.- Oportunidad de las reclamaciones en materia contractual - Salvedades. Pero además de la prueba de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que puedan dar lugar a la alteración, que el factor oportunidad no la hagan improcedente.*

*En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo ‘los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...’.*

*Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como supresiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes’.*

*Y es que el principio de la buena fe lo impone, porque, como se sabe, la buena fe contractual, que es la objetiva, ‘consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia’. (Subraya la Sala).*

*En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las*

*suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”<sup>168</sup>.*

En el caso *sub-examine*, tal como resulta del acervo probatorio recaudado, y en particular del testimonio rendido por Ana María Konstantinovskaya -funcionaria de TRANSMILENIO- y de la declaración de parte proveniente de Jhon Fredy Piñeros -vocero de SI99-, se tiene que las partes iniciaron conversaciones en orden a acordar la prórroga del Contrato de Concesión 001 de 2000; que si bien en ellas no fue posible implementar la metodología de negociación que tenía en mente TRANSMILENIO, y no obstante que no hubo formalmente una contrapropuesta por parte de SI99, sí hubo discusiones sobre cifras, en especial sobre el margen que se le reconocería a SI99; sobre los datos de mantenimiento; sobre el número de kilómetros que habría de recorrer la flota; sobre la fecha de los estados financieros que se tendrían en cuenta para alimentar la fórmula Costo Plus con Margen; etc. En otras palabras, a pesar del fracaso de las conversaciones tendientes a llegar a un acuerdo, tal vez afectadas por la premura del tiempo, existió una negociación que giró sobre la propuesta de TRANSMILENIO. A falta de acuerdo, TRANSMILENIO procedió a modificar de manera unilateral el Contrato mediante la Resolución 589 de 17 de noviembre de 2017.

De conformidad con lo que quedó expuesto en aparte precedente, SI99 interpuso recurso de reposición contra el acto administrativo modificatorio recién citado, y entre los fundamentos esgrimidos exteriorizó el reparo que denominó “*Falsa motivación por negar la existencia de un desequilibrio económico en favor del contratista*”, por manera que TRANSMILENIO conocía, antes de la Resolución 589 -con ocasión de la mesa de negociación- y después de su emisión -con ocasión del recurso interpuesto- la divergente posición de las partes en torno al tema central debatido, reafirmada con la no prosperidad de la impugnación, negada mediante la Resolución 691 de 19 de diciembre del mismo 2017.

---

<sup>168</sup> Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de fecha 29 de enero de 2018, Expediente 52.666.

Ahora bien, no se discute que el Concesionario esperó a la terminación de la etapa de operación del Contrato, o sea, junio 30 de 2019, para reclamar por el desequilibrio económico del contrato. Ello se debió, como lo explicó el señor Piñeros, a que sólo al final de la ejecución se pudo conocer con exactitud la magnitud del desequilibrio económico alegado por SI99 con cargo a la modificación unilateral, consideración que se estima razonable, y que estuvo precedida, como viene de señalarse, de una amplia confrontación por parte de la Convocante en el recurso de reposición contra la Resolución 589 de 2017, contentiva de la modificación unilateral, impugnación que recogía, panorámicamente, los planteamientos no coincidentes del Concesionario, a su vez abiertamente confrontados por TRANSMILENIO al resolver el recurso mediante la también citada Resolución 691 del mismo año. Y es evidente que el tópico específico asociado a variables puntuales de la discusión, como los antecedentes de la ejecución contractual relativos al proceso de *overhaul* efectuado a los buses desde el año 2013, y las referidas al mal estado de la malla vial, no representaban quejas antiguas y separadas que debieran reclamarse autónomamente, de modo que no se advierte relevancia en lo que al respecto se aduce como parte de la alegación<sup>169</sup>.

En síntesis, a juicio del Tribunal no hubo un deber de información incumplido por parte de SI99, como tampoco hubo comportamiento desleal de su parte, contrario a la buena fe objetiva, que por no avenirse a la pauta jurisprudencial reseñada le impidan reclamar, como lo hace en la demanda arbitral, el restablecimiento de la ecuación económica del Contrato que estima alterada.

Para el Tribunal, por consiguiente, la excepción de extemporaneidad no tiene vocación de prosperidad.

---

<sup>169</sup> Durante la declaración de parte del señor JHON FREDDY PIÑEROS, representante de SI99, el mismo indicó que el monto reconocido por el Ente Gestor por concepto de *overhaul* había resultado insuficiente<sup>169</sup> al CONCESIONARIO para cubrir las intervenciones realmente efectuadas a los vehículos y que dicha incidencia ‘evidentemente’ los había puesto ‘en aprietos’ para poder seguir con la ejecución del Contrato de Concesión durante la Etapa de Extensión. De igual manera adjudicó la dificultad de continuar con la ejecución de la Etapa de Extensión del Contrato al mal estado de la vía por la cual el CONCESIONARIO debía operar.



### 3.4.2.3. Marco normativo, jurisprudencial y doctrinal de referencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que establece el campo de aplicación del régimen de contratación allí consagrado, el negocio jurídico materia de la presente controversia se encuentra cobijado por dicho Estatuto.

Bajo la anterior premisa, se impone destacar que en el artículo 27 de la referida Ley se dispone que *“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. **Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento (...)**”* (la negrilla no es del texto).

Los numerales 3, 8 y 9 del artículo 4 *ibídem*, relativo a los derechos y deberes de las Entidades Estatales, prevé que:

*“Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*

*(...)*

*3º. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.*

*(...)*

*8º. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa (...).*

*9º. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”.*

El numeral 1 del artículo 5 de la misma legislación consagra el derecho de los contratistas, “(...) *previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas (...)*”.

Por su parte, el artículo 14 de la misma Ley 80 señala que cuando la Administración ejerza alguna de sus potestades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilateral, debe proceder “(...) *al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, **todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial***” (la negrilla no es del texto).

El numeral 14 del artículo 25 del mismo Estatuto, relativo al principio de economía, estipula que “*Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados*”.

Y, finalmente, el artículo 28 *ibídem*, establece que “*En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, (...) se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos*”.

A través del conjunto normativo recién reseñado puede afirmarse, sin dubitación, que el legislador consagró expresamente, en el ámbito de la contratación estatal, el principio del equilibrio económico o financiero del contrato, que de tiempo atrás gozaba ya de reconocimiento jurisprudencial y que, en términos generales, consiste en “(...) *garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por*

*causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio*<sup>170</sup>. Es por eso que la inmutabilidad de las condiciones económicas iniciales determinadas por las partes al momento de ofertar o contratar, constituyen la esencia del principio de mantenimiento de la ecuación económica o financiera del contrato, pues su aplicación permite garantizar la satisfacción de las expectativas que tienen los contratantes al momento de iniciar la relación jurídico negocial.

Como reiteradamente lo ha reconocido la jurisprudencia, pues la ley no contempla un catálogo de causas en ese sentido, el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias, algunas provenientes de la propia Administración y otras exógenas a las partes del negocio jurídico; causas que, si bien no constituyen eventos de responsabilidad por incumplimiento contractual, si confieren a la parte afectada el derecho a reconocimientos económicos tendientes a restablecer el equilibrio de la ecuación contractual que surgió al momento de celebrar el negocio jurídico.

En ese orden de ideas se admite, con algún grado significativo de consenso en la jurisprudencia, que estas causas pueden agruparse en tres situaciones esenciales: (i) los eventos del denominado *ius variandi*; (ii) las configurativas del denominado *hecho del príncipe*; y (iii) los hechos imprevisibles y externos a las partes que responden a los supuestos de la teoría de la imprevisión. Más recientemente, aunque no de manera reiterada ni suficientemente desarrollada, se ha hecho referencia a una cuarta causa de ruptura del equilibrio económico del contrato denominada “*afectación del valor intrínseco de la remuneración*”, relativa a un defecto generado en la formación del precio contractual imputable a la entidad contratante<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 31 de agosto de 2011 (18.080), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>171</sup> Véase, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 2 de julio de 2015 (34518), C.P. Hernán Andrade Rincón; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 30 de agosto de 2017 (37567), C.P. Martha Nubia Velásquez Rico.

Tienen en común las distintas causales recién mencionadas, la doble caracterización de la imprevisibilidad y anormalidad del hecho que da lugar al desequilibrio, entendidas conforme lo ha desarrollado y puntualizado la jurisprudencia, pues para que se configure el rompimiento de la ecuación económica y financiera del contrato y su consecuente restablecimiento, es necesario, (i) que aquel sea extraordinario, es decir, que no haya tenido origen en las circunstancias pactadas por las partes al momento de distribuir los riesgos del contrato o que siendo previsible, no habría podido determinarse anticipadamente con exactitud su dimensión e impacto; (ii) que el mismo no sea atribuible a quien reclama el restablecimiento, toda vez que nadie puede beneficiarse de su propia culpa; y (iii) que ese hecho altere de manera anormal y significativa la ecuación económica del contrato, esto es, que corresponda a una afectación real y significativa.

En ese sentido, resulta ilustrativo el dicho jurisprudencial cuando se advierte, en aproximación general al tema, que *“El rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato. (...) las partes se obligan a través del respectivo contrato estatal después de analizar las circunstancias existentes al momento de celebrarlo o de presentación de la respectiva oferta, según el caso, en todos los aspectos razonablemente previsibles que pueden tener incidencia en la ejecución de sus obligaciones. Así mismo, pactan las condiciones de ejecución del contrato teniendo en cuenta los riesgos que en el momento de su celebración podían –bueno es reiterarlo- razonablemente preverse, e incluso efectuando una distribución de los mismos”*<sup>172</sup>.

Ahora bien, dependiendo de la causal que dé lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato, el derecho al restablecimiento tendrá un alcance y contenido diferente; según

---

<sup>172</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de febrero de 2013 (24996), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

se reconoce en algún pronunciamiento proveniente de la justicia arbitral “**cuando se trata de la modificación unilateral del contrato, procede la reparación integral**; en el caso del hecho del príncipe, en similar sentido, habrá lugar a la indemnización de todos los perjuicios que haya sufrido el contratista, lo que incluye los mayores costos y el lucro cesante; finalmente, en el supuesto de la teoría de la imprevisión, únicamente procede la compensación a favor del contratista para llevarlo al punto de no pérdida, sin que revista un carácter indemnizatorio y sin que el contratista pueda reclamar las utilidades dejadas de percibir”<sup>173</sup> (la negrilla no es del texto).

Teniendo en cuenta el panorama hasta aquí expuesto, no tiene discusión la ineludible relación que guarda la facultad de modificación unilateral, como cláusula excepcional del derecho común, con el principio del equilibrio económico o financiero del contrato. Como quedó desarrollado en detalle en acápite anterior, alusivo, en general, a las cláusulas o poderes excepcionales de la Administración, a esta corresponde la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y la vigilancia necesarios para la adecuada ejecución del contrato estatal y el cumplimiento de los fines del Estado, y que, para el cabal desempeño de dicha función, la Administración cuenta con la posibilidad de ejercer las denominadas cláusulas o facultades excepcionales al derecho común, dentro de las cuales se encuentra la de modificación unilateral del contrato, siempre que se den las condiciones legalmente estipuladas para ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

Pues bien, como ya se dijo, dicha potestad de modificación unilateral del contrato puede traducirse, a su vez, en una de las posibles causas de alteración del equilibrio económico del contrato que provienen de la Administración, como uno de los eventos del denominado *ius variandi*, a su vez catalogado dentro de las causas provenientes de la misma entidad, por contraposición a las calificadas como exógenas.

---

<sup>173</sup> Tribunal de Arbitramento de Concesión Vial de los Lanos S.A.S. vs Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo de 28 de febrero de 2019 Árbitros: Juan Pablo Cárdenas (Presidente), Samuel Chalela Ortiz y Arturo Solarte Rodríguez.

En este contexto, reciente jurisprudencia del Consejo Estado ilustra sobre los efectos de la alteración del equilibrio económico proveniente de la entidad contratante -como ocurre en el asunto bajo examen-, distinguiendo dentro de ella las hipótesis del *ius variandi* y el hecho del príncipe, y ubicando dentro de la primera -que es la que interesa en este proceso-, entre los conceptos que deben integrar el restablecimiento correspondiente, “*las utilidades dejadas de percibir*” por el contratista afectado. En palabras de la Alta Corporación:

*“Dentro de las causas de afectación del equilibrio económico del contrato que sí provienen de la entidad, se halla el ius variandi, mediante el ejercicio de las facultades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato que, por disposición legal, imponen el deber a la administración de reconocer las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los contratistas objeto de tal medida, y que deberán aplicarse los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial (arts 14, num. 1º y 16 de la Ley 80/93).*

*Así mismo, en esta categoría se encuentra el hecho del príncipe, teoría que se funda en el rompimiento del equilibrio económico del contrato proveniente de la expedición, con posterioridad a la celebración del contrato, de una medida de carácter general, impersonal y abstracto por parte de la entidad contratante, en ejercicio de sus funciones y no como parte del contrato, que era imprevista e imprevisible, y que, de manera indirecta, afecta a su propio contratista, ocasionando una alteración extraordinaria o anormal de la ecuación contractual, que se traduce en un detrimento grave de sus intereses económicos. Es decir que corresponde a una actuación legítima de la Administración, aunque no como parte del contrato, pero que de todas maneras afecta la equivalencia de sus prestaciones.*

*Cuando se presenta el rompimiento del equilibrio económico del contrato por causas provenientes de la entidad contratante, como las vistas, **el contratista afectado tiene derecho a que se le reconozcan los mayores costos y las utilidades dejadas de percibir, en el caso del ius variandi**, o la indemnización integral de los perjuicios, en el evento del hecho del príncipe, pues este ha sido considerado como una modalidad de responsabilidad sin culpa de la entidad contratante<sup>174,175</sup> (lo destacado es del Tribunal).*

---

<sup>174</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, expediente 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>175</sup> Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 13 de agosto de 2020, Radicación número: 05001-23-31-000-2006-03354-01(46057), C.P. María Adriana Marín.

#### **3.4.2.4. El caso concreto *sub-examine*.**

##### **3.4.2.4.1. Consideraciones iniciales.**

En los términos expuestos por el Tribunal, el ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral del contrato -el “*ius variandi*”- tiene virtualidad para constituir una de las causas de alteración del equilibrio económico del contrato, resaltando, en los términos de reciente jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>176</sup>, que los conceptos que en dicho evento integran el restablecimiento del equilibrio económico afectado comprenden el reconocimiento de los mayores costos y de las utilidades dejadas de percibir por el contratista afectado.

En el contexto normativo y jurisprudencial reseñado, corresponde ahora analizar y determinar si, en efecto, con ocasión de la expedición y aplicación por parte de TRANSMILENIO de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, se afectó o no la ecuación económica del Contrato de Concesión 001 de 2000, determinando si durante el período de extensión de su vigencia los costos y gastos del Concesionario fueron compensados mediante la fórmula incorporada al contrato con ocasión de la modificación unilateral (“*ius variandi*”), con el descuento definido por la aquí Convocada, y si percibió las utilidades a las que tenía derecho.

Coinciden la parte Convocante y el Ministerio Público en que la pericia de oficio ordenada por el Tribunal, elaborada por el economista Julio Ernesto Villarreal Navarro, prueba el desequilibrio que se alega, causado por la referida modificación unilateral en los términos exigidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado; particularmente, como se aprecia en el concepto conclusivo rendido en este proceso, para el agente del Ministerio Público los argumentos del perito de oficio resultan convincentes por estar sustentados en cifras reales y verificables.

---

<sup>176</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de agosto de 2020, Radicación 05001-23-31-000-2006-03354-01 (46057), C.P. María Adriana Marín, cuyos apartes relevantes ya transcribió el Tribunal en acápite precedente.

La parte Convocada expone una posición contraria, basada en que, en su sentir, de las pruebas practicadas no se deduce una alteración al equilibrio económico contractual; en su opinión, no existe prueba técnica que lo acredite, puesto que los dictámenes periciales que obran en el plenario son meras aproximaciones financieras que no prueban la existencia de un desequilibrio económico “*cierto, claro y evidente*”<sup>177</sup>; y agrega que el Concesionario no sufrió pérdidas ni daño alguno con ocasión del “*ius variandi*”, puesto que siempre mantuvo una utilidad y unos márgenes operacionales significativos<sup>178</sup>.

Corresponde, entonces, realizar el análisis de los dictámenes financieros que obran en el proceso y, en lo que fuera pertinente, de las demás pruebas relacionadas con la ecuación económica contractual, su ejecución y la modificación unilateral implementada por TRANSMILENIO, para establecer, finalmente, si resulta probada, o no, la alteración reclamada por SI99 en la demanda principal reformada, en los términos exigidos por la ley, desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina.

Conviene señalar por adelantado, frente a la cuestión probatoria que se menciona, que el particular perfil del tema debatido -existencia o no de rompimiento del equilibrio económico del Contrato- inmediatamente sugiere la inevitable importancia de la prueba pericial, pues resulta insoslayable la necesaria aproximación al tema bajo esa óptica, sin perjuicio, por supuesto, de involucrar los otros medios de convicción que tuvieren relevancia, todo para efectos de seguir la directriz de apreciación de la pruebas en conjunto, conforme lo ordena el artículo 176 del Código General del Proceso.

#### **3.4.2.4.2. La prueba pericial en los trámites arbitrales, la actuación de las partes y la apreciación judicial.**

Es sabido que el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, al aludir en general a “*Audiencias y pruebas*”, se refiere con especial realce a la prueba pericial. Así, después de señalar, de nuevo en términos generales, que “*El*

---

<sup>177</sup> Alegatos de Conclusión de la Contestación de la Demanda Principal presentada por la Convocada. Archivo PDF 62 en Cuaderno Principal No. 4. Página 68 y 69. Expediente Digital 119770 del CAC de la CCB.

<sup>178</sup> Alegatos de Conclusión de la Convocada. Cuadernillo principal #4. Página 69.



tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen”, en lo que atañe al medio demostrativo que ocupa la atención, prevé:

*“En la audiencia de posesión del perito, el tribunal fijará prudencialmente la sumas que deberán consignar a buena cuenta de los honorarios de aquel, tanto la parte que solicitó la prueba, como la que formuló preguntas adicionales dentro del término que al efecto le señale el tribunal, so pena de que se entienda desistida la prueba respecto de la parte que no hizo la consignación. El tribunal fijará en su oportunidad los honorarios del perito e indicará qué parte o partes deberán cancelarlos y en qué proporción, y dispondrá el reembolso a que hubiere lugar.*

*El perito rendirá la experticia en el término que prudencialmente le señale el tribunal. Presentado el dictamen, de él se correrá traslado a las partes por un término de hasta diez (10) días, dentro del cual aquellas podrán solicitar aclaraciones o complementaciones, que si el tribunal estimare procedentes, habrá de atender el perito en informe que será puesto en conocimiento de las partes por el mismo término.*

*En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. Dentro del término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, las partes podrán presentar experticias para controvertirlo. Adicionalmente, el tribunal, si lo considera necesario, convocará a una audiencia a la que deberán concurrir obligatoriamente el perito y los demás expertos, que podrán ser interrogados por el tribunal y por las partes.*

*Los honorarios definitivos del perito se fijarán luego de concluida esta audiencia si a ella se hubiere convocado; en caso contrario, una vez surtido el traslado del dictamen pericial, sus aclaraciones o complementaciones”.*

Es claro para el Tribunal, en consecuencia, que el Estatuto Arbitral habilita el curso de la prueba pericial por la vía del dictamen rendido por el experto -auxiliar de la justicia- designado por el juez del proceso, a la manera en que ocurría con la regulación de tal medio demostrativo en el antiguo Código de Procedimiento Civil -vigente en ese instante-, con previsión de lo relativo al decreto, la práctica y la contradicción de la prueba, incluyendo, respecto de esta última fase, la posibilidad de solicitud de aclaración y/o complementación del dictamen rendido, con oportunidad y espacio para controvertirlo a través del derecho de las partes a “*presentar experticias*”, y de interrogatorio al perito acerca de su idoneidad e imparcialidad, al igual que sobre el contenido del dictamen,

hipótesis esta que tendría lugar si el Tribunal *“lo considera pertinente”*. Lo anterior sin perjuicio de recordar que, en el régimen de la Ley 1563 de 2012, también consignado en el 4o inciso del artículo 228 del CGP, *“En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave”*, lo que, según precisa la doctrina y la justicia arbitral<sup>179</sup>, no limita ni excluye la posibilidad de objetar el dictamen, sino que simplemente prohíbe adelantar un trámite incidental con tal propósito.

Sin embargo, es igualmente claro que en el proceso arbitral también tiene espacio, incluso con uso cada vez más habitual, la presencia de la prueba pericial pero por la vía del dictamen de parte, tal como lo concibe y regula el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), expedido casi simultáneamente con el Estatuto Arbitral (Ley 1563 de 2012), y que, como es bien sabido, vino a sustituir al anterior Código de Procedimiento Civil. En virtud de lo dispuesto en el Código General del Proceso, *“Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial”* (artículo 226), para efectos de lo cual, *“La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas”* o *“dentro del término que el juez conceda”* a petición del interesado dentro de aquella oportunidad (artículo 227), en el explícito entendido de que para efectos de la contradicción, *“La parte contra la que se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones”*, en el evento de lo primero, para *“interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen”*

---

<sup>179</sup> Laudo Arbitral del 25 de abril de 2016, proferido en el marco del Tribunal de Arbitramento suscitado entre DEVINAR S.A. y la ANI: *“En este sentido, es del caso citar la doctrina nacional sobre el claro e inequívoco entendimiento que el dictamen pericial puede objetarse por error grave en el régimen de la ley arbitral y del Código General del Proceso:*

(i) El tratadista Jairo Parra Quijano en el artículo ‘La prueba pericial en el Código General del Proceso’ dice ‘Si no fuera, por la arraigada tradición que existe en Colombia, con relación al trámite especial de objeción al dictamen por error grave, la norma sobraría, pero resultó necesaria para que se entienda que el dictamen pericial, puede objetarse por error grave, pero ello se discutirá y si es del caso se demostrará en el debate probatorio. (...) En otras palabras, el interesado en demostrar que hay error debe darle entidad y cuerpo a través del contrainterrogatorio al perito o a través de otro dictamen pericial, y además, con el contrainterrogatorio. No sobra agregar que el dictamen al ser estudiado en conjunto con los demás medios de prueba perder su colorido’.

(ii) El profesor Henry Sanabria Santos en la ponencia ‘Reflexiones sobre la regulación de la prueba pericial en el proceso arbitral y su articulación con el Código General del Proceso’ al comentar el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 expuso ‘Sin embargo, leída la norma, que es idéntica a la contenida en el inciso final del CGP, es claro que ella no prohíbe a las partes objetar por error grave el dictamen pericial. Una cosa es prohibir la objeción grave y otra diferente es prohibir trámite especial para ella; lo que hace la norma es prohibir que en virtud de la objeción se adelante un trámite especial como el previsto en el artículo 238, num. 5, CPC que permita incluso el decreto y práctica de pruebas, incluido un nuevo dictamen, para demostrar el yerro en que había incluido el perito, lo cual automáticamente generaba grandes demoras. Por ello, la parte podrá, bien en el traslado del dictamen o en el de sus aclaraciones y complementaciones, objetarlo por error grave, precisando en que consiste el error y trascendencia del mismo, para lo cual, como sustento de la objeción, podrá para acompañar una o varias experticias’.

(artículo 228), estando a salvo la facultad de decreto oficioso de la pericia, con sus respectivas referencias en cuanto a práctica y contradicción (artículos 229, 230 y 232), escenario que debe entenderse acompasado con la previsión relativa a la facultad-deber reconocida al operador judicial en materia de decreto y práctica de pruebas de oficio en general, a la que se refiere el artículo 170 del mismo CGP cuando dispone que *“El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia”*, con la justificada mención adicional en el sentido que *“Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes”*.

Haciendo abstracción de las diferencias regulatorias que se advierten en la reseña de las dos normatividades en cuanto al origen de la designación del perito y a algunos matices en la forma de rendición de la experticia, ambas aplicables en materia arbitral, es común el claro designio del legislador sobre el derecho de las partes a la contradicción de la prueba -con independencia de que se alegue o invoque, o no, el rótulo de objeción por error grave- y acerca de los criterios de apreciación de la misma por el operador judicial -arbitral en este caso-, respecto de lo cual el artículo 232 del CGP, en términos similares a los del primer inciso del precepto 241 del antiguo CPC, indica que *“El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”*. De ahí que, como lo recuerda la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento, *“Entre los requisitos para la eficacia probatoria del dictamen pericial, se encuentran: a) que sea un medio conducente respecto del hecho por probar; b) que el perito sea competente para el desempeño de su encargo; c) que no exista motivo serio para dudar de su imparcialidad o sinceridad; d) que esté debidamente fundamentado; e) que sus conclusiones sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos; y f) que del trabajo se haya dado traslado a las partes; correspondiendo al juez el análisis de tales requisitos para establecer la eficacia probatoria del dictamen”*<sup>180</sup>.

---

<sup>180</sup> Sala Civil, Sentencia SC 3689-2021 de 25 de agosto de 2021, Radicación No. 19142-31.89-001-2013-00032-01. Sobre el mismo tema, con igual enfoque, la misma Corporación expresó: *“(…) Por último, terminada esta fase y escuchados los alegatos finales de las partes, cuando a ello hubiere lugar, el fallador apreciará el dictamen en su sentencia; labor que emprenderá de*

Ante este panorama de posibilidades, el Tribunal considera oportuno señalar que en el proceso que ocupa la atención, la prueba pericial decretada y practicada transitó por el sendero de lo consagrado en el Código General del Proceso, con cabal garantía del derecho de contradicción para las partes, pues la propia Convocante, desde su demanda inicial, anunció la aportación de un dictamen pericial, para lo que solicitó el otorgamiento del plazo correspondiente, con invocación de lo dispuesto en el artículo 227 del referido CGP.

En este proceso arbitral, en relación con la controversia vinculada al desequilibrio económico del Contrato reclamado por la Convocante, que tendría origen en algunos aspectos económicos de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, asociados a los valores utilizados por TRANSMILENIO para el establecimiento de las diferentes variables de la fórmula de referencia para determinar la remuneración del Concesionario, obran dos dictámenes periciales, relacionados temáticamente: un dictamen de parte, elaborado por Strategas Consultores S.A. -en cabeza de Enrique Villota, Socio Director-, aportado dentro la pertinente oportunidad legal por SI99 (artículo 228 CGP), y un dictamen decretado de oficio por el Tribunal, llamado a adicionar los ejercicios de valoración efectuados en aquél, rendido por el experto Julio Ernesto Villarreal (artículos 170 y 229 a 231 *ibídem*).

Frente al dictamen de parte conviene puntualizar que se presentó una versión inicial<sup>181</sup>, respecto de la cual la parte actora anunció, con ocasión de la reforma de la demanda inicial, la presentación de lo que sería una versión ampliada y complementada de la primera experticia -ajustada con ella-, que vino a materializarse en la versión presentada el 22 de julio de 2021<sup>182</sup>; sin embargo, con ocasión del interrogatorio rendido por el perito

---

*acuerdo con las reglas de la sana crítica y en la que evaluará la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, así como las demás pruebas que obren en el proceso". (Sentencia STC2066-2021 del 3 de marzo de 2021, Radiación No. 05001-22-03-000-2020-0402-01, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque).*

<sup>181</sup>Ver Carpeta 01 en la Carpeta 09 del Cuaderno 02 Pruebas del Expediente Digital 119770 del CAC de la CCB.

<sup>182</sup> Ver Carpeta 02 en la Carpeta 09 del Cuaderno 02 Pruebas del Expediente Digital 119770 del CAC de la CCB.

Enrique Villota, el experto puntualizó, cuando fue indagado sobre el particular, que el “segundo” dictamen reemplazaba íntegramente al “primero”:

*“DR. PATIÑO: [00:32:09] (...) lo primero que le solicito, por favor, es que precise de una manera muy concreta, ¿si el peritaje que usted realizó en el año 2021 reemplaza en su totalidad al peritaje que realizó en el año 2020?”*

*SR. VILLOTA: [00:32:47] Sí, sí lo reemplaza<sup>183</sup>.*

En relación con el dictamen de oficio, se trata en esencia de un pronunciamiento adicional o complementario de la materia tratada en la experticia de parte traída al plenario por la Convocante, elaborado con las pautas y variables específicas definidas por el Tribunal al momento de decretarlo, con base en las consideraciones y fundamento que expuso en su oportunidad.

Destaca el Tribunal que respecto de los dos dictámenes periciales se observaron las ritualidades de rigor, con cabal garantía del debido proceso y el derecho de defensa de las partes, que tuvieron amplio espacio para la respectiva contradicción, incluida la posibilidad de presentación de experticia de contradicción y/o de interrogatorio a los peritos, según correspondiera, de todo lo cual Convocante y Convocada hicieron uso en la forma y términos que cada una estimó pertinentes. Específicamente, TRANSMILENIO optó por sólo interrogar al perito Enrique Villota, sin aportar dictamen de contradicción, y ambas partes, además de hacer uso del derecho que se les otorgó a formular preguntas aclaratorias y complementarias en relación con la versión inicial del dictamen de oficio, que fueron respondidas por escrito como componente de tal experticia, participaron activamente en el interrogatorio decretado en cabeza del perito Julio Ernesto Villarreal.

#### **3.4.2.4.3. La valoración de los dictámenes periciales realizada por las partes en sus alegatos.**

En sus alegatos de conclusión, la Convocante expone sobre los dictámenes y su evidente conexión con la pretensión de declaración de desequilibrio económico, lo siguiente<sup>184</sup>:

---

<sup>183</sup> Transcripción diligencia de interrogatorio al perito Eduardo Villota Leguizamón, página 10. Archivo Word 06 en Carpeta 10 del Cuaderno 02 Pruebas del Expediente Digital 119770 del CAC de la CCB.

*“En estas circunstancias y siendo evidentes las razones por las cuales tuvo lugar la modificación unilateral efectuada, es claro que a SI99 le correspondía la carga de demostrar que la aplicación de la fórmula establecida por TRANSMILENIO para fijar el descuento en la tarifa, le causó un desequilibrio económico.*

*Para el efecto, reiteramos, optó por no atacar la modificación y la fórmula COSTO PLUS CON MARGEN, pues SI99, simplemente, se centró en demostrar que, al aplicar la propia fórmula de TRANSMILENIO, pero haciendo uso de las cifras y porcentajes correctos, es clara [la] existencia del alegado desequilibrio.*

*Ciertamente, el Dictamen Financiero de SI99 simplemente alimentó la fórmula de TRANSMILENIO con información real y verificable a partir de los Estados Financieros y reportes operacionales de SI99, demostrando que efectivamente hubo desequilibrio económico del Contrato de Concesión.*

*A su vez, el Dictamen de Oficio, acatando lo expresamente requerido por el Tribunal, no solo actualizó el ejercicio efectuado por el Dictamen Financiero los registros y soportes contables de SI99 durante el año 2018 y el primer semestre del año 2019; adicionalmente, corroboró que el perito STRATEGAS CONSULTORES mantuvo incólume la fórmula de TRANSMILENIO, teniendo incluso que calcular técnicamente aquella información que no fue suministrada por la Entidad al Concesionario, entre otros.*

*Este ejercicio del perito de oficio, al aplicar las cifras reales de SI99, confirmó la afectación a SI99 en casi la totalidad de escenarios planteados y validó los cálculos realizados por el Dictamen Financiero.*

*Ahora bien, TRANSMILENIO ha expuesto en este trámite una justificación contable para reducir el pago a favor de SI99 de su remuneración, que respondería al hecho de que SI99 depreció su flota con anterioridad. Sin embargo, y como lo expuso el perito Julio Villarreal, esta realidad contable no justifica que al Concesionario se le deje de reconocer su costo de oportunidad, al mantener en uso y a favor de la Entidad la flota, máxime, cuando TRANSMILENIO incluso incrementó los estándares de servicio para una flota con más de diecisiete años (17) años de uso.*

*En efecto, el Perito Villarreal expuso como ejemplo, que sin perjuicio de que se desprece contablemente un activo fijo (un apartamento), ello no implica que se tenga que arrendar en cero pesos o se venda en cero pesos (COP\$0);*

---

<sup>184</sup> Alegato de Conclusión presentado por la Convocante. Archivo PDF No. 59 en Cuaderno Principal No. 4. Páginas 6 y 7. Expediente Digital 119770 del CAC de la CCB.

*ejemplo que de forma simple y clara, refuta la argumentación formulada por la Entidad.*

*Tampoco fue técnica y correcta la defensa de TRANSMILENIO, al indicar que el desequilibrio alegado por SI99, tenía su fuente, no en la incorrecta alimentación de su fórmula, sino en proyectos ejecutados y ajenos al Contrato de Concesión, como préstamos a terceros o inversiones. De una forma técnica y muy sencilla, se corroboró que el desequilibrio tiene que ser calculado sobre la operación del Contrato exclusivamente, lo cual fue efectuado por el experticio de Parte de SI99 y el peritaje de oficio. En otras palabras, los otros proyectos no operacionales de SI99 en nada afectan sus resultados operativos, los cuales miden si hubo o no el desequilibrio alegado.*

*(...)*

*De esta manera, tenemos la convicción de que SI99 tiene el derecho a que se equilibre la ecuación económica del Contrato de Concesión, la cual fue alterada por las Resoluciones No. 589 de 2017 y No. 691 de 2017”.*

La Convocada, por su lado, se pronunció separadamente sobre el dictamen de parte y sobre la pericia de oficio.

Acerca del dictamen de parte elaborado por Estrategas Consultores -en cabeza de Enrique Villota-, expone<sup>185</sup>:

*“En estos términos queda claro entonces que el dictamen pericial allegado el 22 de julio de 2021 por la parte CONVOCANTE resulta ser la única prueba pericial de parte a analizar en el marco de este Tribunal de Arbitramento (**en adelante el “Dictamen de Estrategas” o el “Dictamen Pericial”**) y que la misma, además, deberá analizarse única y exclusivamente bajo la óptica financiera (la negrilla es del texto).*

*(...)*

*Tal y como fue confirmado por el Perito de la firma Estrategas durante la respectiva diligencia de contradicción, el ejercicio al mismo encomendado por parte del apoderado de la parte CONVOCANTE fue el de evaluar la Fórmula ‘Costo Plus Margen’ definida por TRANSMILENIO a que se refieren las Resoluciones, y valorar, a partir de la misma y de las cifras ‘reales’ del CONCESIONARIO, cual debía ser la tarifa y por ende el factor de descuento*

---

<sup>185</sup> Alegatos de Conclusión de la Contestación de la Demanda Principal presentado por la Convocada. Archivo No. 62 Cuaderno Principal No. 4. Página 16 y siguientes.

*realmente aplicable al CONCESIONARIO a partir de la vigencia de estos actos administrativos<sup>186</sup>.*

*En atención a la tarea encomendada por el apoderado de la parte CONVOCANTE, el Perito de la firma Estrategas decidió plantear una serie de escenarios hipotéticos de aplicación de la Fórmula, tomando la misma formulación matemática utilizada por TRANSMILENIO denominada ‘Costo Plus con Margen’ y reemplazando paulatinamente los valores de las variables supuestamente utilizadas por el Ente Gestor por aquellos datos abstraídos de la contabilidad del CONCESIONARIO a corte de 31 diciembre de 2017.*

*(...)*

*Una vez reemplazados los valores supuestamente utilizados por TRANSMILENIO por aquellos provenientes de las cifras ‘reales’ del CONCESIONARIO según el Perito Estrategas y cotejados los respectivos resultados con la tarifa supuestamente aplicable CONCESIONARIO -la cual convenientemente según el Perito Estrategas debía ser la de junio de 2017, es decir, la más alta devengada por el CONCESIONARIO durante toda la ejecución del Contrato de Concesión-, el Perito Estrategas llegó a la conclusión que los escenarios de afectación económica a favor del CONCESIONARIO eran los siguientes:*

*(...)*

*Es de recalcar en este punto que, para efectos de la elaboración de estos escenarios, el Perito Estrategas utilizó como cifras supuestamente utilizadas por TRANSMILENIO unas fotos obtenidas a partir de las mesas de negociación sostenidas entre el CONCESIONARIO y TRANSMILENIO. Al efecto valdría la pena preguntarse ¿Qué fiabilidad y precisión otorgan unos datos obtenidos de unas fotos de unas mesas de negociación para ser considerados como los finalmente implementados por TRANSMILENIO y de allí ser catalogados como parámetro de comparación para la abstracción de un supuesto efecto económico adverso al CONCESIONARIO?<sup>187</sup>*

---

<sup>186</sup> Transcripción diligencia interrogatorio perito EDUARDO VILLOTA LEGUIZAMÓN. Página 66 “DR. GUTIÉRREZ: [03:32:42] Perfecto. Ahora bien, el doctor Patiño, creo que para cada una de las preguntas del cuadro que ahora le voy a pedir que nos muestre, llegó y dijo que si usted, si entendí bien, si lo oí bien, pero creo que es literal: “llegó y dijo que si esa cifra de 18 mil o esa cifra de 10 mil, usted la vio reflejada como una pérdida en los estados financieros de SI 99”, mi pregunta es la siguiente: ¿en este ejercicio a usted se le pidió que identificara un perjuicio o un daño para no ser jurídico, un daño, una pérdida o se le pidió que identificara con base en los estados financieros finales de SI 99 a 31 diciembre 2017, si con base en esa realidad existía un menor o mayor ingreso una vez se aplicara la misma fórmula que expuso Transmilenio en su modificación unilateral?  
SR. VILLOTA: [03:33:42] Sí, se me pidió que determinara cuál debería ser la tarifa o el ingreso que debería percibir SI 99 dada una fórmula, una metodología establecida por Transmilenio y dados las cifras reales que tiene SI 99 o que tuvo SI 99 en el último año operación, eso es básicamente el ejercicio y por supuesto, el análisis deriva en un menor ingreso, pues resultado de una estimación de un factor de descuento no soportado”.

<sup>187</sup> Transcripción diligencia de testimonio de ANNA MARÍA KONSTANTINOVSKAYA. Página 47. “DR. NAVIA: Bueno muy bien. Por mi parte yo quisiera simplemente hacerle una pregunta Anna María y es la siguiente, usted señaló al principio de su declaración que



*Por otro lado, como se mencionó con anterioridad, para efectos de definir las cifras ‘reales’ del CONCESIONARIO, el Perito Estrategas se sirvió de los estados financieros del CONCESIONARIO con corte a diciembre de 2017, ignorando por completo la información contenida en los estados financieros de los años 2018 y 2019. Al efecto no hay que dejar de lado que los años 2018 y 2019 fueron los años en los cuales operó la Fórmula de remuneración aplicable al CONCESIONARIO en virtud de las Resoluciones atacadas en este proceso arbitral.*

*Ahora bien, que para lo que el Perito Estrategas SÍ utilizó los Estados Financieros de los años 2018 y 2019 fue para analizar los costos y gastos de operación en los que había incurrido el CONCESIONARIO durante la etapa de extensión del Contrato de Concesión. Pero ello es muy diferente a que los haya utilizado como insumo para hacer las modulaciones de los escenarios económicos de afectación expuestos en su dictamen<sup>188</sup>.*

*(...)*

---

*el día de hoy, que cuando se iniciaron las mesas de trabajo pues no habían encontrado como mucha audiencia digamos de parte de SI 99 para efectos de llevar a cabo la negociación, ya que hemos hablado de digamos de puntos muy importantes como la del determinar el porcentaje del descuento, el porcentaje que se debía tener como el margen de utilidad supongo, gastos de mantenimiento rutinario y mayor etcétera, usted nos podría decir en esas mesas, ya más concretamente digamos, dónde se pararon las conversaciones es decir, cuál era la propuesta de ustedes y cuál la propuesta de ellos, si hubo ese diálogo fluido o si no lo pudo haber o por qué se estancó?*

*SRA. KONSTANTINOVSKAYA: Bueno yo, lo que pasa es que la última mesa yo no estuve en la mesa principal sino estuve en la mesa de al lado, entonces realmente de esa mesa no podría dar fe, pero digamos que no es que no hayamos tenido audiencia por parte del concesionario en el sentido de que ellos asistieron en las mesas de trabajo por lo menos a las que las que yo fui, a las mesas perdón de negociación a las que yo fui, lo que lo que pasó desde mi punto de vista es que la primera mesa de trabajo que nosotros fuimos y les presentamos como nuestra primera propuesta cuando programamos la segunda mesa de trabajo por decirlo de alguna forma, nosotros les pusimos una tarea, la tarea era que ellos nos trajeran como su contrapropuesta y nos mostraran sus análisis.*

*Pero cuando llegamos a esa segunda mesa de trabajo como tal una contrapropuesta y un análisis de datos como tal pues no lo recibimos, entiendo yo que en la tercera que creo que fue la que yo no estuve tampoco se recibieron como esos análisis y por eso fue que esa conversación se estancó, porque como que no tuvimos lo que habíamos tenido con los anteriores concesionarios que era como una propuesta nuestra una contrapropuesta del concesionario y la posibilidad de irnos acercando en temas.*

*Entonces como que nos quedamos en piso para ver cómo seguimos acercándonos con SI 99 y eso agregado a que teníamos unos plazos hasta donde yo recuerdo realmente eran cortos para poder negociar entonces pues digamos que yo creo que ahí realmente radicó como como el problema, por un lado en la velocidad por la cual tomó el concesionario cómo esta diligencia por decirlo de alguna forma en la negociación y por otro lado obviamente pues los plazos cortos”.*

<sup>188</sup> Transcripción diligencia de interrogatorio al perito EDUARDO VILLOTA LEGUIZAMÓN. Página 66 “DR. GUTIÉRREZ: [03:34:22] Perfecto. Vayamos ahora a otras preguntas que yo la verdad quedé perdido, Enrique, sinceramente y es, yo veo sus anexos, yo veo la experticia y veo por todos lados cifras que tienen que ver con los años 2018 y 2019, yo quiero que usted le explique y ya como se decía coloquialmente, última palabra, ¿usted revisó los estados financieros de la compañía 2018-2019 de SI 99 y su contador los revisó?

*SR. VILLOTA: [03:34:55] Sí, nosotros lo revisamos y déjeme, de pronto ir por acá un segundo, concretamente en la tabla No. 02 hicimos un análisis donde expongo, mire, Transmilenio estimó \$87 mil millones de pesos de costos y gastos a diciembre de 2017, cómo llegamos eso a estos \$87, cogimos los \$86 que están en las mesas de negociación y le aplicamos un factor de ajuste para llevarlos a pesos de diciembre del año 2017, esto me da un costo por kilómetro a diciembre de 2017 de \$4.310 pesos por kilómetro, vamos, los estados financieros del año 2017, hacemos la misma operación y llegamos a \$4.901 pesos por kilómetros, o sea, esta es la diferencia que hablamos de \$655, y luego tomamos los resultados de SI 99 durante todo el período de extensión del contrato, sacamos los costos y gastos, los dividimos por los kilómetros programados y tenemos en total que el valor es \$.5215 pesos por kilómetro en el análisis.*

*Es decir, que tenemos que los costos y gastos de operación fueron superiores en el año, durante el período de extensión del contrato frente a los que se tuvo en el año 2017 y por supuesto, mucho más, mucho o más inferiores sobre todo frente a los que se estimó Transmilenio en la mesa de negociación”.*

*De la respuesta ofrecida por el Perito Estrategas es posible denotar como su dictamen pericial, lejos de obedecer a un análisis sobre un eventual desequilibrio económico del Contrato de Concesión a raíz de la expedición de las Resoluciones, lo que evidencia son cuestionamientos, por demás hipotéticos e inciertos, frente a las variables de la Fórmula asignadas por TRANSMILENIO en el año 2017.*

**En este orden de ideas se tiene entonces que el Dictamen Pericial presentado por la CONVOCANTE en este proceso arbitral se asemeja más a un análisis sobre la legalidad de los -supuestos- valores asignados por TRANSMILENIO a las variables de la Fórmula, que a un análisis sobre una eventual alteración del equilibrio económico del Contrato de Concesión como se plantea en las pretensiones de la demanda**” (las negrillas y las subrayas son del texto).

Y posteriormente, agrega la Convocada:

***“En estas condiciones se tiene entonces que la práctica del Dictamen de Estrategas, en los términos en que fue delimitada su solicitud y desarrollado su contenido, obedeció a un análisis sobre la legalidad de los valores asignados por TRANSMILENIO a cada una de las variables de la Fórmula de remuneración aplicable al CONCESIONARIO en virtud de las Resoluciones, más no a un examen macroscópico o consolidado del resultado económico de la integridad del (sic) Concesión a través del cual fuese posible estudiar la eventual configuración de un desequilibrio económico a raíz de la expedición de las Resoluciones, tal y como lo exige la jurisprudencia aplicable a la materia*** (la negrilla es del texto).

(...)

*Afirmo que hacer modulaciones financieras sobre una eventual fórmula de remuneración a aplicar al CONCESIONARIO y a partir de ello predicar supuestas afectaciones económicas en medida alguna constituye un ejercicio macroscópico sobre el comportamiento económico del contrato que pueda conllevar a concluir la configuración de un desequilibrio económico. El supuesto perjuicio sufrido por SI99 resulta tan eventual, incierto e inexistente, que el mismo experto de parte debió recurrir a la elaboración de varios ‘escenarios’ para tratar de justificar financieramente las pretensiones que en conjunto con su contratante realiza en la demanda arbitral<sup>189</sup>. En ese sentido, solicito al Honorable Tribunal de Arbitramento desestimar en su integridad el Dictamen de Estrategas.*

---

<sup>189</sup> Diligencia de contradicción de dictamen pericial elaborado por Estrategas. Manifestación de Eduardo Villota página 16 “(...) por esa razón el ejercicio yo lo hago en diciembre del 2017, calculo la tarifa en diciembre del año 2017, calculo los deltas de tarifa que se dejaron de percibir para cada uno de los escenarios y eso lo multiplico por los kilómetros recorridos, y eso me da los diferentes escenarios y pretensiones que se están solicitando y que se están estimando en el dictamen (...)”.

(...)

*De este modo, tal y como lo mencionó el Perito de Oficio respecto al ejercicio adelantado en el Dictamen de Estrategas el mismo ‘es una aproximación al daño basado en supuestos’<sup>190</sup>, por tanto es un ejercicio que de ninguna manera puede llegar a determinar el efectivo acaecimiento de un desequilibrio económico del Contrato de Concesión a raíz de la expedición de las Resoluciones”.*

Sobre el dictamen de oficio rendido por el perito Julio Villarreal, aduce TRANSMILENIO<sup>191</sup>:

*“No obstante la claridad de la tarea encomendada al Perito de Oficio, este elaboró su dictamen pericial desviando<sup>192</sup> por completo el objetivo encomendado por el Panel Arbitral prevalido del argumento que, según se lee en su texto pericial, ‘(...) al revisar los Estados Financieros -de 2018 y 2019- **auditados no se encuentra diferencia con los que utilizó STRATEGAS CONSULTORES S.A, por lo que de replicar la metodología de este peritaje para 2018 y 2019 llevaría a los mismos resultados que ya se encuentran plasmados en el informe pericial de STRATEGAS CONSULTORES S.A.** No obstante, con el objetivo de brindar el mejor servicio a la justicia arbitral, en este informe pericial se propone entonces mejorar el supuesto más fuerte que utilizó en su cálculo STRATEGAS CONSULTORES S.A (Suponer que la diferencia porcentual en las tarifas de Dic 2017 es igual para todos los meses desde Enero 2018 y Junio 2019), de forma que se obtenga una estimación mucho más precisa y ajustada.’ (subrayas y negrillas fuera del texto original).*

*Tal y como se analiza, el Perito de Oficio partió de una premisa completamente falsa como lo es que el Perito Estrategas **‘UTILIZÓ’** los Estados Financieros correspondientes al Periodo de Extensión del Contrato de Concesión para realizar las modulaciones de los escenarios de supuestas*

---

<sup>190</sup> Dictamen Revisión Tarifaria Transmilenio S.A vs SI 99 S.A. Julio E. Villarreal. Enero 2022. Página 16.

<sup>191</sup> Alegatos de Conclusión de la Contestación de la Demanda Principal presentada por la Convocada. Archivo PDFO No. 62 en Cuaderno Principal No. 4. Página 37.

<sup>192</sup> Transcripción diligencia interrogatorio perito JULIO ERNESTO VILLAREAL NAVARRO. Página 3 “(...) Entiende el perito que le fue otorgado este dictamen de parte del Tribunal para replicar la metodología, pues había información en los Estados Financieros entre el 2018 y 2019 que no había sido auditada. Sin embargo, al revisar los Estados Financieros auditados no se encuentra diferencia con los que utilizó STRATEGAS CONSULTORES S.A, por lo que de replicar la metodología de este peritaje para 2018 y 2019 llevaría a los mismos resultados que ya se encuentran plasmados en el informe pericial de STRATEGAS CONSULTORES S.A

No obstante, con el objetivo de brindar el mejor servicio a la justicia arbitral, en este informe pericial se propone entonces mejorar el supuesto más fuerte que utilizó en su cálculo STRATEGAS CONSULTORES S.A (Suponer que la diferencia porcentual en las tarifas de Dic 2017 es igual para todos los meses desde Enero 2018 y Junio 2019), de forma que se obtenga una estimación mucho más precisa y ajustada. Es decir, como se mostrará mas adelante los cálculos se harán mensualmente. Adicional a este aspecto y por tratarse de otro elemento crucial en los resultados, el perito considerará diferentes márgenes de EBITDA, ya que este es un elemento central en la controversia de las partes sobre la cual solamente los honorables árbitros pueden tomar decisión definitiva a la luz de la dinámica procesal”.

*afectaciones económicas, razón por la cual, al absurdo parecer del Perito de Oficio, la tarea original encomendada por el Tribunal, '(...) llevaría a los mismos resultados que ya se encuentran plasmados en el informe pericial de STRATEGAS CONSULTORES S.A.'*

*Esta es una imprecisión de magnitud que ruego al Honorable Tribunal tener en consideración en tanto, según lo afirmó el Perito Estrategas durante la diligencia de contradicción, el mismo **NO** se sirvió de los Estados Financieros del Periodo de Extensión del Contrato de Concesión para realizar las modulaciones financieras evidenciadas en su dictamen en tanto, a su parecer, '(...) la fijación de la tarifa se daba en diciembre del año 2017, o sea, antes de que hubiese transcurrido (sic) del año 2018 y junio del 2019':*

**DR. PATIÑO: [02:50:47] Gracias, señor Villota. Entiendo entonces que usted, de acuerdo con la metodología que utilizo y me corrige si me equivoco, entiendo que acuerdo con la metodología que se utilizó, no considero necesario analizar el ebitda ni de 2018 ni de 2019, ni los estados financieros de 2018, 2019, ¿es correcto?**

**SR. VILLOTA: [02:51:14] Es correcto** porque y voy a resaltar solamente un punto importante, la fijación de la tarifa se daba en diciembre del año 2017, o sea, antes de que hubiese transcurrido del año 2018 y junio del 2019, si procediera determinar la tarifa al final del contrato, pues estaríamos en un escenario y en un entorno económico totalmente diferente, entonces procedía a tomar la metodología determinada por Transmilenio con las cifras a diciembre del año 2017, no podíamos suponer que esos márgenes ebitda del año, obtenidos en los años 2018 y 2019 se iban a materializar de esa forma, entonces esa es la razón fundamental por la cual se hace a diciembre del año 2017 sin tener en cuenta los márgenes ebitda 2018 y 2019<sup>193</sup>. (subrayas y negrillas fuera del texto original).

(...)

*El hecho de haberle solicitado al Perito de Oficio 'calcular los mismos escenarios' pero ahora utilizando cifras correspondientes al Periodo de Extensión del Contrato, de entrada advierte como este Dictamen de Oficio - que más que ser un dictamen de oficio lo que resulta ser es un complemento al Dictamen de Estrategas- cuenta con las mismas falencias probatorias con que cuenta el Dictamen de Estrategas.*

(...)

**Reafirmo en este punto que hacer modulaciones financieras sobre una eventual fórmula a aplicar al CONCESIONARIO (independientemente a los años que se analicen) y a partir de ello predicar supuestas**

---

<sup>193</sup> Transcripción diligencia interrogatorio perito EDUARDO VILLOTA LEGUIZAMÓN. Página 51.

**afectaciones económicas, en medida alguna constituye un ejercicio macroscópico sobre el comportamiento económico de la integridad económica del contrato que pueda conllevar a concluir la configuración de un desequilibrio económico.**

(...)

Ahora bien, resulta de la mayor importancia tener presente lo normado por el artículo 235 del CGP y <sup>194</sup>poner de relieve una circunstancia demostrada en el proceso cual es la falta de imparcialidad demostrada del perito JULIO VILLAREAL, quien de acuerdo con lo expuesto en el dictamen pericial y en la respectiva audiencia de contradicción no solamente decidió elaborar el dictamen pericial con información, insumos y explicaciones obtenidas de la firma Estrategas (perito de parte de SI99) con quienes se reunió para estos efectos <sup>195</sup>, sino que además, a pesar de quejarse reiteradamente de falta de

---

<sup>194</sup> Código General del Proceso, ARTÍCULO 235. IMPARCIALIDAD DEL PERITO. “El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

Las partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando deba designar perito.

El juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad.

En la audiencia las partes y el juez podrán interrogar al perito sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad.

PARÁGRAFO. No se entenderá que el perito designado por la parte tiene interés directo o indirecto en el proceso por el solo hecho de recibir una retribución proporcional por la elaboración del dictamen. Sin embargo, se prohíbe pactar cualquier remuneración que penda del resultado del litigio”.

<sup>195</sup> Audiencia de contradicción del peritaje de oficio realizado por Julio Villareal el 3 de marzo de 2022, página 20 de la transcripción: “(...) Nosotros nos reunimos a profundidad, largamente en este mismo sitio, en el Club El Nogal y virtualmente y con el equipo, los analistas y directamente con quien firmó el cargo por parte de Estrategas Consultores y fue muy claro en decir, no, realmente no se sabe cómo se calcula ese número (...)”.

\* Transcripción diligencia interrogatorio perito JULIO ERNESTO VILLAREAL NAVARRO. Página 21.

“(...) DR. PATIÑO: [01:21:10] Gracias, doctor Villarreal. Una pregunta para precisar un tema que creí haberle escuchado de sus respuestas, usted por favor me dice si yo escuché bien. ¿Para elaborar este dictamen pericial, usted se reunió con los peritos de Estrategas?”

SR. VILLAREAL: [01:21:24] Sí, nosotros nos reunimos con ellos para entender exactamente qué era la función objetivo de cada uno de los escenarios que ellos habían trabajado, queríamos estar seguros, cuál era la comprensión de ellos y estar seguros de la metodología. Por eso nosotros después de eso, modificamos esa metodología para mejorarla y entonces allí, claramente dijimos, mire lo que hizo Estrategas Consultores, pues puede ser mejorado.

Por qué era tan importante para nosotros entender a profundidad lo que hizo Estrategas Consultores y por eso necesitábamos los archivos detallados, porque si usted va a la función que el honorable panel de árbitro nos pidió, era replicar, replicar la metodología y nosotros teníamos un documento plano que era la prueba pericial, pero necesitábamos el detalle a nivel granular, qué cuentas utilizó, de dónde la sacó, y para eso, obviamente nos tuvimos que reunir con el equipo de Estrategas Consultores.

DR. PATIÑO: [01:22:50] Gracias, doctor Villarreal. Vuelvo y le insisto y discúlpeme ser reiterativo y con la venia del tribunal, por favor, discúlpeme de antemano. Usted se reunió con Estrategas para apuntalar y mirar determinados temas, pero no le pareció importante reunirse con Transmilenio para obtener alguna información que le hubiera sido útil también para replicar el contenido del dictamen de Estrategas, cuando en ese peritaje, de acuerdo con lo que usted tenía que replicar, había de alguna manera información que usted mismo ha echado de menos en su dictamen y en esta audiencia, que podría estar en poder de Transmilenio. ¿Es verdad?”

SR. VILLAREAL: [01:23:30] Es que mire, los parámetros que utiliza Transmilenio son conocidos, no es que no existan, lo que no existe es cómo se llegaron a esos parámetros, que es otra cosa diferente. El CG que utilizó Transmilenio existe, el delta motor rutinario y Delta motor mayor, existe, el margen de Ebitda que utilizó Transmilenio existe, los criterios, los kilómetros que utilizó Transmilenio, existe, el descuento que utilizó Transmilenio, existe, y el CK que utilizó Transmilenio existe.

Lo que estamos diciendo es que, esos parámetros que son objetivos y que salen de la tarifa CK, que sobre esa no hay discusión. Esa fue la que se aplicó por uno diecinueve, indexada con la actualización de la canasta y con eso le pagaron a SI 99. Entonces yo no tengo ninguna duda de cuáles son esos parámetros y para contestar mis preguntas, que era replicar una metodología de seis escenarios, yo no necesitaba más que entender, cuál es esa metodología, mejorarla, replicarla mejorada para que fuera más precisa.

*información necesaria de parte de Transmilenio S.A., NUNCA solicitó de esa entidad ninguna información por no considerarlo ni procedente, ni necesario, ni relevante. Nótese como, el perito Julio Villareal quien fue designado perito de oficio por el Tribunal, se comportó más como un perito de parte.*

*Adicionalmente, el perito Villareal, plasma en su dictamen, afirmaciones en contra de TRANSMILENIO sin soporte alguno, francamente reprochables y respecto de las cuales evadió y evitó dar las respectivas explicaciones en la audiencia de contradicción<sup>196</sup>. Así, por ejemplo, en la página 48 estableció el perito de forma categórica:*

*‘En otras palabras si la tarifa efectivamente recibida por SI99, al ser definida en la Resolución 589 de 2017 fue unilateralmente afectada por un 19% (a la baja) y suponemos que la tarifa inicial (tarifa licitada) era técnicamente correcta, parecería que o bien el operador del sistema considero que la rentabilidad de los inversionistas privados estaba sobre remunerando en el diseño inicial, o bien los riesgos en el nuevo arreglo contractual en cabeza del operador privado se disminuyeron significativamente o efectivamente en búsqueda de resolver problemas de financiación del esquema, artificialmente se fijaron tarifas-precios que generan un incentivo perverso a la subinversión y la no expansión rentable y sostenible del sistema’.*

*Lo afirmado por el perito de oficio, resulta particularmente extraño, en tanto que aún sin la prueba de lo comentado, supone que TRANSMILENIO modificó unilateralmente el contrato de concesión bajo motivaciones equivocadas y sin sustento técnico alguno. Lo anterior resulta claramente inaceptable viniendo de cualquier perito, pero más aún de uno nombrado de oficio quien conforme a la Ley, debe realizar su labor observando una rigurosa imparcialidad” (en general, lo destacado es del texto).*

---

*Inclusive, en esta discusión desde la forma es ex ante o ex post, yo mismo de mi cosecha y no para meter un ruido, dije mire, de esa fórmula que fue definida ex ante, pero cuyos parámetros son ex post, el único que no puede ser ex post, es ese margen de Ebitda, y por eso propuse para enriquecer el panel arbitral y las partes, que podría hacer 26 9 que es el margen de Ebitda al cierre del contrato primero en el 17 de SI 99 o 13.8 que está mencionado en el video de las metodologías que se utilizaron o 9.9 que fue el que utilizó en el cálculo de su tarifa Transmilenio.*

*Entonces yo en esto quiero ser claro, yo no me reuní con Transmilenio, no porque tenga ningún problema con Transmilenio. De hecho, esto va a sonar como anecdótico, pero yo estuve en el equipo de Enrique Peñalosa cuando se lanzó Transmilenio, originalmente en la primera versión con Carlos Sandoval, o sea, yo no tengo ningún problema ni con la ciudad, ni con el equipo, ni con nadie.*

*Pero muy francamente, doctor Eduardo, no nos reunimos porque no necesitamos hacerlo para replicar la metodología de Estrategas Consultores, nos reunimos sí con ellos para entenderla, para estar seguros que la podíamos replicar y vuelvo y repito, por qué era tan importante, porque el documento físico no incluía los detalles y las hojas de trabajo.*

*Nosotros tuvimos que hacer un trabajo muy detallado y usted sabe que Estrategas trabajó promedio de año, nosotros tuvimos que levantar la información mes a mes para poderlo hacer mes a mes, antes de hacer eso queríamos entender a profundidad cuál era la metodología que había seguido el perito. No sé si eso aclara, doctor Patiño.*

*DR. PATIÑO: [01:27:04] Doctor Villareal, gracias por su respuesta. Yo no he afirmado que usted tenga ningún problema con Transmilenio, ni con la ciudad, por favor, sobra ese comentario porque yo no lo he sugerido siquiera, simplemente le estoy haciendo unas preguntas en desarrollo del derecho que me confiere la ley.*

*Sin embargo, quedo con un par de dudas en relación con lo que usted viene de responder. Exactamente, por favor, infórmele al panel, a usted no le pareció necesario para hacer su dictamen y para replicar lo que Estrategas hizo, reunirse con Transmilenio para saber o para tratar de encontrar información de cómo llegó a esos parámetros de la fórmula, es decir, a usted no le pareció relevante eso para reunirse con Transmilenio para realizarse el dictamen que usted realizó en los términos en que lo realizó, entre otras cosas?*

*SR. VILLAREAL: [01:27:58] Sí, no solamente no es relevante, sino que no es necesario.(...)”.*

<sup>196</sup> Transcripción diligencia interrogatorio perito JULIO ERNESTO VILLAREAL NAVARRO. Página 12.

Y concluye la Convocada:

*“Así pues, en el expediente no aparece prueba alguna con la que se demuestre con grado de certeza el supuesto desequilibrio económico planteado en la demanda por SI99 S.A. Lo que existe es la elaboración de unos dictámenes periciales que en modo alguno concluyen que la convocante sufrió un perjuicio de tal magnitud que tenga la capacidad de destruir el equilibrio contractual, puesto que lo que se consigna en esos experticios son unos escenarios completamente desprovistos de certidumbre y convicción tanto en sus variables como en sus resultados”.*

El Ministerio Público en su concepto, después de hacer una reseña de lo que puede extraerse del dictamen de parte aportado por la Convocante, se ocupa de referenciar a espacio el contenido que estima relevante del dictamen de oficio, para concluir lo siguiente:

*“Los argumentos expuestos por el perito al explicar el escenario anterior, en el cual se concluye que el concesionario tiene derecho al reconocimiento y pago de la suma antes indicada por parte de TMSA a raíz de la modificación unilateral del contrato realizada mediante la resolución 589 de 2017, resultan convincentes para el suscrito funcionario en la medida que se sustenta en cifras reales y verificables, en su mayor medida, entre tanto que aquellos sobre los que no había información fueron tenidos en cuenta en cero, tal como lo indicó el perito al ser interrogado: (...).*

*(...)*

*Conforme con lo anterior, el suscrito funcionario considera que en el caso de autos se cumplen los parámetros o requisitos a los que hace referencia la jurisprudencia del Consejo de Estado para considerar que el equilibrio económico del contrato fue afectado por la decisión de la entidad demandada de modificar el contrato al expedir la resolución 589 de 2017; es decir se encuentra demostrado no solo el ejercicio del ius variandi por parte de TMSA, sino también la afectación del concesionario con esta decisión en la medida que su ingreso se vio disminuido durante el periodo 2018-2019”<sup>197</sup>.*

#### **3.4.2.4.4. Consideraciones del Tribunal sobre los reparos a las pruebas periciales.**

---

<sup>197</sup> Páginas 53 y 54 del Concepto Ministerio Público. Ver archivo PDF No. 65 del Cuaderno Principal No. 04 del Expediente Digital 119770 del CAC de la CCB.

El Tribunal procede, entonces, a considerar los reparos realizados por TRANSMILENIO a los dictámenes periciales obrantes en el plenario, a fin de perfilar los comentarios que correspondan.

Para TRANSMILENIO, los dictámenes -de parte y de oficio- deben descartarse como soporte de la reclamación de SI99 por cuanto, según su parecer, constituyen meros supuestos, modulaciones financieras que no tienen capacidad probatoria para acreditar un daño y, en ese sentido, sustentar el restablecimiento de equilibrio económico pretendido. Critica la Convocada, así mismo, el ejercicio realizado por los dos peritos para encontrar las cifras y los valores de la fórmula utilizada por TRANSMILENIO en el establecimiento del porcentaje del factor de descuento (19%) contemplado en la Resolución 589 de 2017, de modificación unilateral del Contrato. En consecuencia, las críticas de la Convocada se dirigen a la metodología utilizada por los dos peritos para la determinación de los distintos escenarios que presentan, por lo que sus resultados, opina, no otorgan certeza.

Para el Tribunal, estas observaciones no son de recibo, ya que el ejercicio realizado por los peritos para determinar los valores no mencionados explícitamente por TRANSMILENIO en sus actos administrativos y que fundamentaban el factor de descuento de la fórmula implementada en la modificación unilateral, corresponde a un ejercicio matemático apropiado<sup>198</sup> que resulta de la comparación de dos ecuaciones -informadas y utilizadas por la entidad en sus negociaciones con el Concesionario y en el propio acto administrativo-, la remuneración total y el costo por km, y el procedimiento posterior del ejercicio de su despeje para obtener, finalmente, los factores y/o valores objeto de indagación. Este ejercicio fue realizado inicialmente por Strategas Consultores - Enrique Villota- en su dictamen financiero y avalado por el perito de oficio en su dictamen de enero del 2022<sup>199200</sup>. Por ende, respecto de la metodología para establecer los valores

---

<sup>198</sup> Ernst Haessusler; Richard S.Paul, Traducido por José de la Cera. “Matemáticas para administración, economía, ciencias sociales y de la vida”. Capítulo 1. Ecuaciones. Página 33.

<sup>199</sup> Interrogatorio Perito de Oficio-Transcripción. Cuadernillo de Pruebas. Págs.20 y 21: “*El segundo componente, lo que uno entiende es que, en la versión original eso es una cifra en valor, esa cifra en valor parecería reconocer adicional a los costos y gastos un plus por el mantenimiento rutinario y mayor, cómo lo calcularon, no sabemos, pero está en la fórmula, después viene el componente 3, que es el*



**TRIBUNAL ARBITRAL DE SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A. vs.  
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.  
Expediente No. 119770**

---

efectivamente utilizados por TRANSMILENIO en la determinación del factor de descuento, no encuentra este Tribunal prueba de existencia de error en los dictámenes referenciados, y considera que, por lo tanto, puede admitirse que establecen con razonable certidumbre los valores utilizados por la entidad estatal.

Ahora bien, respecto de si el ejercicio integral realizado por los peritos corresponde a meras modulaciones financieras y no a cifras ciertas en los términos que, dice TRANSMILENIO, se exigen para probar un daño, el Tribunal encuentra que despejadas las ecuaciones<sup>201</sup> y determinada la totalidad de los valores que alimentaron la fórmula utilizada por TRANSMILENIO -Costo Plus Margen- para establecer el descuento sobre la tarifa licitada, correspondía, como en efecto hicieron los peritos, alimentar los distintos escenarios con cifras reales y ciertas de los estados financieros del Concesionario, para

---

*margen o la utilidad, que en este caso está vinculada al Ebitda o utilidad operativa, el cuarto componente son los kilómetros, el quinto componente es el descuento que se aplicó y el sexto componente es el CK.*

*Esta es una ecuación, una ecuación que, si uno tiene de los seis parámetros cinco, pues puede deducir el otro. Entonces, si yo tengo los costos y gastos reales SI 99, el margen de Ebitda de SI 99, los kilómetros reales de SI 99 el descuento del 19 por ciento y el CK antes de descuento, puedo despejar implícitamente en la tarifa cuánto era ese componente 2 que es el porcentaje de delta motor rutinario más delta motor mayor, y ahí sale un número.*

*Pero cómo llegó tras Milenio ese número, nadie sabe, no está claro. Nosotros nos reunimos a profundidad, largamente en este mismo sitio, en el Club El Nogal y virtualmente y con el equipo, los analistas y directamente con quien firmó el cargo por parte de Estrategas Consultores y fue muy claro en decir, no, realmente no se sabe cómo se calcula ese número.*

*Se puede deducir, porque vuelvo y repito, para cualquiera de los parámetros, de esos seis parámetros yo lo puedo sacar por despeje si tengo los otros, entonces, por ejemplo, lo que hace el perito en muchos escenarios, es decir, yo tengo los costos reales de SI 99 tengo los kilómetros reales, tengo el margen, y supongo que ese mantenimiento es de cero y despejo, cuál debería ser el descuento que me debían haber aplicado, por ejemplo en el escenario J y llega la conclusión que el descuento debería ser menor al 19 por ciento.*

*Es decir, es importante entender que esa ecuación es una ecuación que tiene seis parámetros y que conocido cinco, cualquiera me permiten despejar el otro. En este caso es lo que nosotros queremos decir, nadie sabe realmente ese número que se obtiene al despejarlo, cómo se llegó a él, eso es lo que queremos decir. No sé si eso aclara, doctor Patiño."*

<sup>200</sup> Ibidem. Pág. 35. "(...)nosotros revisamos muy a profundidad lo que matemáticamente hizo Estrategas Consultores para plantear esa ecuación grandota con los seis parámetros y matemáticamente está correcta, ahí no hay ningún error." Y, pág. 39 y 40: DR. BONIVENTO: [02:30:53] Y una última pregunta, doctor Villarreal. En la página 5, muy comenzando su dictamen inicial, leo entre comillas: "En teoría, esto pone de manifiesto que hay una igualdad entre las dos ecuaciones anteriormente mencionadas que, ciertamente aparecen." Yo quisiera que usted le precisara al tribunal cuáles son esas dos ecuaciones y cuál es el significado de esa afirmación?

SR. VILLAREAL: [02:31:31] Eso es muy importante, las dos ecuaciones son, primero hay una ecuación que dice, la tarifa es igual a uno menos el descuento por C K, esa es la ecuación uno, es decir, la tarifa que yo voy a aplicar en la extensión es el C K por 1 - D que es el descuento, es decir, CK por 1 - 19%, esa es la ecuación número uno, la ecuación número dos dice, la tarifa debe ser igual a los costos más gastos, más los deltas de mantenimiento por mantenimiento rutinario mayor más un margen de Ebitda sobre los kilómetros, esa es la segunda ecuación.

Cuando uno tiene dos ecuaciones que llegan a lo mismo, las puede igualar, que fue lo que hizo Estrategas Consultores y por eso esa expresión que es una ecuación que tiene uno igual, tiene dos lados, el lado derecho es la ecuación uno y el lado izquierdo es la ecuación dos, por qué se pueden igualar, porque las dos son formas de llegar a la misma tarifa y ahí es donde uno matemáticamente puede hacer esos escenarios.

Entonces el escenario A, es en esa ecuación, usted coja los costos y gastos no de Transmilenio, sino coja los gastos, costos y gastos de SI 99 y despeje cuánto debería ser la tarifa y entonces el señor dice, la tarifa me da más alta solo con cambiar los costos y gastos. Por lo tanto, la diferencia entre lo que me pagaron y lo que me debieran haber pagado si yo, si hubieran utilizado mis costos y gastos, eso me da una diferencia a mi favor y de ahí, calculo el daño".

<sup>201</sup> Pontificia Universidad Javeriana. Expresiones algebraicas-ecuaciones. Pág. 1. "Definición: Una ecuación es la igualdad entre dos expresiones algebraicas".

establecer si existían diferencias entre unas y otras, proyectadas con base en las existentes al momento de la modificación unilateral, como lo hizo el perito de parte, o las correspondientes al período mismo de extensión, como lo hizo el perito de oficio. En consecuencia, al contrario de lo sostenido por la Convocada, el ejercicio de comparar la fórmula incorporada en la Resolución 589 de 2017 con los valores ciertos basados en la contabilidad del Concesionario (Estados Financieros del 2017, 2018 y 2019, anuales, y los Estados Financieros mensuales del 2018 y 2019) acredita con certeza la existencia de diferencias entre el resultado esperado de la aplicación de lo dispuesto unilateralmente por TRANSMILENIO y la realidad de la ejecución contractual del Concesionario, que debe ser considerada por el Tribunal.

Conviene señalar que para el Tribunal, la presentación de varios escenarios en las experticias cuestionadas no significa estar en presencia de un perjuicio eventual, incierto o inexistente, pues lo que en realidad representan son valoraciones distintas en función de las variables técnicas que cada uno de ellos considera, que reflejan afectaciones ciertas desde la óptica de lo técnico para cada escenario, y que se ponen a consideración del juzgador para ser evaluadas desde la perspectiva de lo jurídico, como debe ser, porque finalmente es de esta índole la controversia contractual que debe decidirse.

Respecto a las críticas sobre los alcances de la experticia de oficio decretada por el Tribunal, de los que, aduce, se desvió el perito, este Tribunal encuentra apropiado el ejercicio efectuado por el experto al realizar sus cálculos mes a mes -no con estados financieros anualizados de los años 2018 y 2019-, puesto que, en la práctica, y de conformidad con el Contrato de Concesión 001 de 2000, la fórmula de descuento se aplicaba sobre la tarifa técnica revisada mensualmente<sup>202</sup>, de modo que corresponde la comparación de este ejercicio con las cifras ciertas de las otras variables dinámicas de la

---

<sup>202</sup> Contrato de Concesión 001 de 2000. Cuadernillo de Pruebas #1 folio-2870. Página 92. Artículo 70. AJUSTE DE LA TARIFA TÉCNICA: *Durante los primeros seis (6) meses de la etapa de operación regular, periodo en el cual el sistema se encuentra aún en etapa de implementación, la tarifa técnica será actualizada de forma mensual dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes, de acuerdo con la siguiente fórmula.*

(...)

*Una vez hayan transcurrido los primeros seis (6) meses de la etapa de operación regular del Sistema, la tarifa técnica debe ser revisada y ajustada sobre la base de periodos mensuales dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes, teniendo en cuenta criterios adicionales, tales como: el cambio IPK y el porcentaje de pasajeros de alimentación(...).*

fórmula, con base en los estados financieros de cada mes durante el período de extensión del Contrato.

Sobre la supuesta “parcialidad” del perito de oficio por razón de no haber solicitado información a TRANSMILENIO para rendir su dictamen y del contenido de alguno de sus pronunciamientos en el dictamen y las correspondientes respuestas a preguntas realizadas por el señor apoderado de la Convocada al respecto durante el interrogatorio llevado a cabo para fines de contradicción, el Tribunal estima oportuno traer a colación lo que sobre ese particular ha expuesto la Corte Suprema de Justicia<sup>203</sup> al señalar que *“en lo que respecta a uno de los aspectos trascendentales de la experticia, como lo es la imparcialidad de quien la elabore, el legislador es diáfano en mostrar que dicho aspecto, de un lado, podrá ser objeto del interrogatorio del perito (contradicción en audiencia) y, del otro, será ‘apreciado’ en el fallo, al punto que, en el evento en el que se encuentre circunstancias que afecten gravemente su credibilidad, podrá negarle efectos a la misma. (...). En definitiva, a pesar de que la credibilidad de la pericia depende de la solidez de sus conclusiones, de la imparcialidad e idoneidad del perito, el juez no está facultado para sacar automáticamente del acervo el informe arrimado con defectos en tales presupuestos porque las falencias o carencias del dictamen no son motivos suficientes para impedir su recaudo, pues ese análisis está reservado para la sentencia, donde deberá motivarse de qué manera esas omisiones disminuyeron la verosimilitud del informe”*.

Encuentra el Tribunal que el perito Villarreal expuso con detalle las razones por las que no requirió información adicional de TRANSMILENIO, situación que se ubica dentro del ámbito de sus competencias para definir la metodología de trabajo para atender el encargo del panel arbitral, y que no constituye *per se* una actuación parcializada de su parte, mediando explicaciones dotadas de razonabilidad, expuestas por el perito en su declaración, quien explicó que la información faltante, concretamente, los valores de la

---

<sup>203</sup>Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. STC2066-2021. Sentencia del 3 de marzo de 2021, Radicación No. 05001-22-03-000-2020-00402-01. *“(…) Por último, terminada esta fase y escuchados los alegatos finales de las partes, cuando a ello hubiere lugar, el fallador apreciará el dictamen en su sentencia; labor que emprenderá de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en la que evaluará la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, así como las demás pruebas que obren en el proceso”*.

fórmula Costo Plus Margen, podían encontrarse mediante el ejercicio matemático de despejar una ecuación, como en efecto lo hicieron los dos peritos, situación que no constituye un error y no resta credibilidad al dicho del perito de oficio. En alguno de los pasajes en los que el perito Villarreal se refirió al tema en su declaración en el proceso<sup>204</sup>, expresó:

*“DR. PATIÑO: [00:34:30] (...) Le quiero hacer una pregunta, usted para elaborar su dictamen y resolver las preguntas que le fueron propuestas por el panel arbitral, le hizo alguna solicitud a Transmilenio acerca de algún tipo de documentación, algún tipo de información que usted pudiera haber considerado relevante que pudiera estar en manos de Transmilenio para llegar a las conclusiones a las que llegó?”*

*SR. VILLAREAL: [00:34:54] No, doctor Patiño. Para contestar cualquiera de las preguntas que nos hicieron, toda la información estaba disponible en lo que suelen llamar el acervo probatorio del proceso, nosotros no le pedimos a SI 99 sino únicamente los estados financieros mensuales para poder contestar para los dos años específicos que nos pidieron. El resto de información, el video al que me refiero, los kilómetros, todo, la estructura de la fórmula, todo está en el acervo probatorio y documental del proceso.*

*No recurrimos a Transmilenio, porque en realidad, muy cándidamente, no necesitamos recurrir a Transmilenio. Por ejemplo, vamos a mencionar el escenario inicial, en el escenario inicial Estrategas Consultores simplemente dice, voy a coger la fórmula, esa fórmula cuyo nombre entre otras cosas, es bien particular, que es el costo margen plus y el costo margen plus, lo que dice en el primer escenario es, yo voy a cambiar lo que Transmilenio utiliza como costos y gastos, y en su fórmula voy a poner los costos y gastos reales y los kilómetros reales de SI 99.*

*Para eso, pues yo no tenía que recurrir a Transmilenio, sino recurrir a efectivamente, SI 99. Si vamos al escenario B, solo como otro ejemplo que fue lo que dijo de estrategias y estoy mencionando esos escenarios, porque eso fue lo que el panel arbitral nos pidió que replicáramos. Nosotros lo hicimos con mayor precisión mensualmente, etcétera.*

*Por ejemplo, en el escenario B, lo que hace Estrategas, es cambiar los kilómetros de la fórmula que utilizó Transmilenio por los kilómetros reales de SI 99. Entonces nosotros no necesitábamos preguntarle a Transmilenio sobre los kilómetros de SI 99, sino a SI 99. Entonces, pues evidentemente no lo hicimos, pero debe quedar claro, no porque tuviéramos algún sesgo, si*

---

<sup>204</sup> Ver archivo Word No. 06 en Carpeta 10 del Cuaderno 02 Pruebas del Expediente Digital 119770 del CAC de la CCB.

*hubiéramos necesitado a Transmilenio para contestar alguna de las preguntas, hubiéramos recurrido, por supuesto a ellas.*

*Pero los parámetros de la fórmula de Transmilenio están en el proceso, y yo sí debo decir algo respetuoso, pero con alguna fortaleza. Gran parte del problema de esos parámetros, es que no hay la reserva documental y probatoria nada diferente sobre la explicación de la fórmula y del 19 por ciento más allá de lo que está en ese documento video sonido donde es una mesa de trabajo, donde alguien le responde en esa mesa de trabajo de dónde sale ese 19 por ciento, que es una cosa muy general, por ejemplo, hablan de la canasta, hablan de qué es una canasta de referencia, pero uno no sabe si es de 5, 20, 15 operadores si es nacional si es internacional, etcétera.*

*DR. PATIÑO: [00:38:30] Gracias, doctor Villarreal. A usted, de acuerdo con lo que acaba de decir y con la respuesta previa a la que inmediatamente acaba de responderme, no le pareció relevante solicitarle a Transmilenio, la canasta de costos a la que ha venido haciendo referencia para efectos de elaborar su dictamen?*

*SR. VILLAREAL: [00:38:49] La canasta de costos se utiliza es para actualizar la tarifa y realmente el problema de la canasta de costos grave no es para actualizar la tarifa, lo que es importante la canasta de empresas de la cual se derivó los parámetros de la fórmula, y eso según queda claro en el video que vuelvo y repito, es la única pieza que nosotros nos encontramos en el acervo probatorio, no aparece, no está en ninguna parte. No sabemos, de hecho, pues esto fue definido hace ya algunos años.*

*Estamos en el 2022 y por supuesto, esto correspondía a un contrato que cuya extensión arrancó en el 2018, estamos hablando de cuatro años atrás, pero no nosotros, vuelvo y repito, muy cándidamente, pero muy directamente, no consideramos que fuera necesario hacer ninguna aclaración con Transmilenio, porque a lo que nosotros nos pedían una vez más, era replicar la metodología de los escenarios con la información de SI 99, real”.*

Sobre la supuesta parcialidad del perito de oficio por razón del contenido de una respuesta ofrecida en el dictamen<sup>205</sup>, encuentra el Tribunal que se trata, estrictamente, de la contestación a una de las cuestiones sobre las que debía versar su pronunciamiento, definidas por el Tribunal cuando decretó la prueba. Pidió el Tribunal, en su momento, que *“Con fundamento en la documentación aportada al proceso, en particular, el cálculo mensual de la tarifa técnica realizado por TRANSMILENIO para el pago de la participación a favor de Si 99 en cada mes a partir de enero de 2018 y hasta la*

---

<sup>205</sup> Se encuentra a página 48 de la experticia inicial.

*terminación del contrato, establecerá el perito si de alguna manera, directa o indirecta, se aplicaron desincentivos en la tarifa de dicho ejercicio”, a lo que el perito respondió así: “En otras palabras si la tarifa efectivamente recibida por SI99, al ser definida en la Resolución 589 de 2017 fue unilateralmente afectada por un 19% (a la baja) y suponemos que la tarifa inicial (tarifa licitada) era técnicamente correcta, parecería que o bien el operador del sistema consideró que la rentabilidad de los inversionistas privados estaba sobre remunerando en el diseño inicial, o bien los riesgos en el nuevo arreglo contractual en cabeza del operador privado se disminuyeron significativamente o efectivamente en búsqueda de resolver problemas de financiación del esquema, artificialmente se fijaron tarifas-precios que generan un incentivo perverso a la subinversión y la no expansión rentable y sostenible del sistema”.*

El perito, por tanto, al referirse al punto objeto de expresa indagación, presenta al Tribunal tres hipótesis<sup>206</sup>: (i) que el operador del sistema consideró que la rentabilidad de los inversionistas privados estaba sobre remunerando en el diseño inicial; (ii) que los riesgos en el nuevo arreglo contractual en cabeza del operador privado se disminuyeron significativamente; y (iii) que efectivamente en búsqueda de resolver problemas de financiación del esquema, artificialmente se fijaron tarifas-precios que generan un incentivo perverso a la subinversión y la no expansión rentable y sostenible del sistema. Respuesta que se complementa, con el párrafo siguiente, cuando afirma que *“Es posible que de manera indirecta se estuvieran aplicando desincentivos en la tarifa al no reconocer realmente las variables reales representativas de los costos y gastos de operación, deltas de mantenimiento y margen EBITDA de SI99”.*

Con ocasión del interrogatorio absuelto por el perito Villarreal en el marco de la contradicción de su dictamen<sup>207</sup>, cuando fue indagado por el señor apoderado de TRASMILENIO, previa lectura textual del fragmento en cuestión, acerca de si *“En su concepto, ¿la tarifa inicial licitada era técnicamente correcta o es una suposición?”*, explicó:

---

<sup>206</sup> Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la lengua española (2021): Hipótesis: *que se establece provisionalmente como base de una investigación que puede confirmar o negar la validez de aquella.*

<sup>207</sup> Ver archivo Word No. 06 en Carpeta 10 del Cuaderno 02 Pruebas del Expediente Digital 119770 del CAC de la CCB.

*“SR. VILLAREAL: [00:50:51] Con mucho gusto, señor Presidente, y procedo a contestarla, lo que pasa es que, tal vez la redacción para usted no es tan clara, pero para mí es muy clara, ahí dice, y suponemos que la tarifa inicial licitada, es decir, la de antes de la extensión, que nosotros no la estudiamos, es técnicamente correcta.*

*Qué es lo que nosotros queremos decir, si a mí me estaban prestando, pagando por un servicio X y ese X era correcto y ahora me pagan X menos el 19 por ciento, pues o el negocio cambió significativamente o claramente eso es un incentivo perverso, porque yo tengo que prestar el mismo servicio con una tarifa que era o que es ahora 19 por ciento menos de la anterior, es así de sencillo.*

*Ahora, nosotros por eso decimos o la tarifa anterior estaba mal o si está correcta, obviamente hay un incentivo negativo, porque el operador tiene básicamente durante estos dieciocho meses que seguir prestando el mismo servicio con los mismos equipos. Es decir, terminó en 2017 y 2018 y al siguiente mes, tiene que prestar el mismo servicio con los mismos buses, exactamente lo mismo, en la misma ciudad y la tarifa es 19 por ciento menos, eso es todo lo que nosotros queremos decir.*

*Nosotros no estudiamos en detalle la tarifa licitada, la anterior, la que no se le ha aplicado el 19 por ciento, porque no está en el marco de la necesidad de la extensión del contrato, que es lo que nosotros estudiamos ni en ninguna de las preguntas. No hay ninguna pregunta que haga referencia a cómo se calculó ese CK en el contrato inicial.*

*Entonces nuestro argumento es muy sencillo, si a un agente económico hoy se le está pagando X y mañana, mañana es al otro día, exactamente al otro día tiene que seguir haciendo lo mismo con los mismos equipos, los mismos costos, etcétera, y le pagan un 19 por ciento menos, pues evidentemente eso, visto de manera aislada, general como dice la expresión, ceteris paribus, pues podría interpretarse como un desincentivo. Por eso nosotros decimos, salvo que el riesgo fuera significativamente diferente o salvo que haya visto algo que nosotros no vemos, es así de sencillo. No sé si eso aclara la respuesta”.*

Así las cosas, estima el Tribunal que se está en presencia, como en tantas otras aristas de la experticia, de la opinión del perito sobre un tópico específico de su pronunciamiento técnico, en el que presenta una respuesta en la que ofrece tres hipótesis que, según su parecer, podían servir de contestación al punto sobre el que se le indagaba, con un alcance explicitado en su posterior declaración en la audiencia de contradicción, sin que ello, más allá de compartirse o no la apreciación manifestada por el experto, pueda ser

considerado como un motivo con virtualidad para restarle credibilidad a la pericia o representar una actitud carente de imparcialidad en contra de la Convocada<sup>208</sup>.

Recuérdese que la temática abordada en el cuestionamiento cuya respuesta origina el reparo de la Convocada, en particular en lo referente a la adecuada remuneración que debía recibir el Concesionario durante el período de extensión de la vigencia del Contrato que unilateralmente se determinaba, correspondía precisamente a una de las razones consideradas por TRANSMILENIO al introducir una nueva fórmula y el porcentaje de descuento para determinar el monto de la remuneración del Concesionario en la etapa adicional de la prestación del servicio, que a su juicio requería ajuste con miras al mantenimiento del equilibrio prestacional por el que debía propender la Administración, contexto último en el que -estima el Tribunal- debe entenderse el dicho del perito en materia de la hipótesis de “sobre remuneración”, con independencia de que la legítima intención manifestada en el acto de modificación unilateral -la Resolución 589- haya o no quedado adecuadamente materializada en la fórmula y el descuento unilateralmente definidos y aplicados por TRANSMILENIO en el último tramo de la ejecución negocial, desde la perspectiva de la afectación o no del equilibrio prestacional reclamado por SI99, cuestión que constituye el eje principal de la controversia arbitral que mediante esta providencia se decide.

En este sentido, el Tribunal ha puesto de presente la cabal intención del proceder de TRANSMILENIO al definir el contenido de la modificación unilateral introducida en relación con el Contrato de Concesión, y no se controvierte que para el tópico económico asociado a la determinación de la fórmula de remuneración que finalmente se utilizaría contó con asesoría especializada en cabeza de la firma Valora Banca de Inversión, de lo que dan cuenta las declaraciones rendidas por Ana María Konstantinovskaya y William José Martínez<sup>209</sup>, además del *“Análisis de los Términos Financieros para la Extensión del Contrato de Operación Troncal del Sistema Transmilenio SI99 S.A.”* del mes de

---

<sup>208</sup> Fuera de discusión está que la imparcialidad es un presupuesto necesario de la actividad pericial, incluso predicable del “perito de parte”, pues, como lo prevé el artículo 226 del CGP, *“El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional”*.

<sup>209</sup> Ver en archivos Word 02 y 05 Carpeta No. 07 Cuaderno Pruebas No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.



noviembre de 2017, documento elaborado por la citada firma y exhibido por TRANSMILENIO durante el presente proceso<sup>210</sup>.

Cuestión diferente es si de hecho, haciendo abstracción del legítimo ejercicio del *ius variandi* y del contexto en que dicho ejercicio se realizó, en punto a la realidad financiera evidenciada con ocasión de la ejecución contractual relativa al período de extensión de la operación del Concesionario en la prestación del servicio, se mantuvo o no el equilibrio de la ecuación financiera del Contrato, con el alcance que jurídicamente corresponde a tal situación, puntualizado con reiteración en esta parte motiva de la providencia, cuestión objetiva -desde ese punto de vista- que constituye el eje de la reclamación de SI99, con oposición de TRANSMILENIO.

Concluye el Tribunal que las apreciaciones del señor apoderado de TRANSMILENIO no constituyen ni demuestran parcialidad alguna en cabeza del perito de oficio, sino que corresponden, en realidad, a manifestaciones de desacuerdo con el dicho de la pericia.

#### **3.4.2.4.5. La ecuación económica contractual.**

Previo al examen y consecuente determinación de la orientación decisoria sobre las pretensiones y excepciones relativas al desequilibrio económico del Contrato de Concesión 001 de 2000 pregonado en la demanda principal reformada, con oposición en la respectiva contestación, debe hacerse la reseña correspondiente a la ecuación económica contractual sujeta a estudio.

Siguiendo la línea trazada en la reseña general del contenido contractual, efectuada en acápite anterior, debe comenzarse ahora por señalar que la ecuación económica original del Contrato de Concesión 001 de 2000 está contemplada en el TÍTULO III ASPECTOS ECONÓMICOS DE LA CONCESIÓN - Capítulo 10 - Ingresos del Sistema, cláusulas 65.1, 69.2, 70 y 77, en consonancia con las “DEFINICIONES” del “PREFACIO”, dentro de las

---

<sup>210</sup> Ver en archivo PDF No. 02 en Carpeta No. 07 Cuaderno Pruebas No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

cuales se resaltan las siguientes: “1.11. Canasta de costos de operación” y “1.80. Tarifa técnica de operación”<sup>211</sup>.

Mediante el Otrosí del 21 de junio de 2013, las partes modificaron elementos relevantes de la ecuación original. De manera concreta, adicionaron las definiciones del prefacio incluyendo la de “Kilómetros en servicio”, y modificaron la definición de “Tarifa Técnica de Operación” como la “*Tarifa que cubre los costos, gastos y utilidad del sistema*”. Así mismo, modificaron las cláusulas 65<sup>212</sup> y 70 del Capítulo 10<sup>213</sup>.

#### **3.4.2.4.6. La modificación unilateral a la ecuación económica contractual.**

La Resolución 589 del 17 de noviembre de 2017, acto administrativo de modificación unilateral -confirmado por la Resolución 691 del 19 de diciembre del mismo año- introdujo cambios a las cláusulas 70 y 77<sup>214</sup> del Contrato, relativas, en su orden, a “AJUSTE DE LA TARIFA TÉCNICA”, en adelante “AJUSTE DEL COSTO POR KILOMETRO”, y “PARTICIPACIÓN DEL CONCESIONARIO”. Las modificaciones de la Resolución 589 se concretan en los siguientes aspectos:

---

<sup>211</sup> Contrato de Concesión 001 de 2000. Cuadernillo de Pruebas #1 folio-2781. Página 2

<sup>212</sup> Otrosí Modificatorio de junio de 2013, al Contrato de Concesión Número 001 de 2000. Cuadernillo de pruebas #1. Cláusula Quinta. Página 24.

<sup>213</sup> Otrosí Modificatorio de junio de 2013, al Contrato de Concesión Número 001 de 2000. Cuadernillo de pruebas #1. Cláusula Novena. Página 36.

*“El costo por kilómetro a remunerar será actualizado de forma mensual, se informará a los agentes del Sistema dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes y comenzará a ser vigente a partir del día 10 de cada mes.*

*El ajuste en el costo por kilómetro del operador troncal ( $\Delta CT$ ) estará en función del cambio porcentual de los costos por kilómetro para el operador ( $\Delta CT$ ), calculado de acuerdo al peso relativo que tiene cada uno de los costos variables, fijos y de capital dentro de la estructura de costos totales. Estos pesos relativos se recalcularán, cuando los kilómetros totales programados del Sistema presenten una variación superior al 10% con respecto al cálculo vigente a la fecha, o cuando el peso relativo de cualquiera de los rubros que componen ACT presenten una variación porcentual superior al 5%. Para efectos del ajuste en el costo por kilómetro del operador troncal ( $\Delta CT$ ) se aplicará a la siguiente fórmula:*

$$\Delta CT = 1 + [(\%Cx\Delta CC) + (\%Nx\Delta CN) + (\%Lx\Delta CL) + (\%Sx\Delta CS) + (\%Mx\Delta CM) + (\%FxIPC)]$$

Donde:

*C = combustible*

*N = Neumáticos*

*L = Lubricantes*

*S = Salarios*

*M = Repuestos (mantenimiento)*

*F = Costos fijos*

*(...)”.*

<sup>214</sup> Otrosí Modificatorio de junio de 2013, al Contrato de Concesión Número 001 de 2000. Cuadernillo de pruebas #1. Cláusula Décimo-Octava. Página 61.

- Sobre la cláusula 70: se eliminaron del cuadro de Factores de Consumo Teórico para los diferentes ítems que componen la canasta operacional de costos contemplada para el ajuste de la remuneración a los operadores, los porcentajes correspondientes a gastos administrativos, seguros de flota, depreciación y remuneración sobre capital invertido. A renglón seguido, se incluyó un párrafo que advierte que *“Estos consumos teóricos en todo caso no servirán para el ajuste del costo por kilómetro, el cual será hecho de acuerdo con la siguiente tabla”*, e incorpora una tabla denominada *“CANASTA DE COSTOS”*, compuesta por combustible, sistema neumático, lubricantes, mantenimiento, personal y costos fijos con sus respectivos porcentajes.
- Sobre la cláusula 77: se modifica el valor de la participación (ROT) a que tendrá derecho el CONCESIONARIO “k”, incluyendo un *“Valor del descuento”* del 19%.
- La Resolución 589 y su confirmatoria no incluyen anexos explicativos sobre el Valor del Descuento a la remuneración del concesionario, salvo la siguiente exposición en la parte considerativa de la Resolución 691<sup>215</sup>:

*“Adicionalmente, la estimación de las tarifas de remuneración recogió los costos y gastos de operación analizados a partir de los estados financieros del concesionario y los insumos proporcionados por los estudios técnicos, como base de las proyecciones financieras (tamaño de flota, proyecciones de kilometraje en operación y en vacío y, consideraciones sobre el mantenimiento de los vehículos). Así se tuvieron en cuenta para el cálculo de la tarifa de remuneración por kilómetro los siguientes insumos:*

- \* La identificación y evaluación de las metodologías financieras aplicables.*
- \* La proyección de supuestos macroeconómicos y financieros asociados a la operación.*
- \* Los estados financieros reportados por SI99.*
- \* Los gastos adicionales en mantenimiento: por mayor mantenimiento rutinario de la flota y por mayores gastos de mantenimiento asociados a inversiones en seguridad y calidad de la flota que supera el kilometraje de 1.240.000 por bus.*

*Con base en lo anterior, se adelantó la cuantificación de un rango razonable de valor de tarifa de remuneración por kilómetro 2 (sic) para la extensión mencionada. En función de dicho rango se propuso el correspondiente rango*

---

<sup>215</sup> Resolución No. 691 del 19 de diciembre de 2017. Cuadernillo de pruebas #1., páginas 19 y 20.

de descuentos sobre las tarifas de remuneración licitadas, y actualizadas de los respectivos contratos, así como el ajuste de la canasta de costos.

Así entonces, las metodologías de estimación utilizadas se basan en la premisa que el equilibrio financiero del contrato evaluado está determinado por el monto de los ingresos, que debe ser suficiente para cubrir todos los costos, gastos, inversión y una rentabilidad estimada, de acuerdo a los parámetros del mercado. Dichos ingresos están determinados por el número de kilómetros programados y recorridos en operación y por el valor de la respectiva tarifa de remuneración por kilómetro.

Del mismo modo, se analizaron las metodologías típicas para definir el monto de los ingresos suficientes (VPN y Margen EBITDA=, concluyendo sobre la conveniencia de cuantificar la tarifa de remuneración en función del margen EBITDA3 (sic) como margen objetivo. Esto debido a que dicha metodología resulta en una tarifa razonable cuando no existe inversión o cuando la inversión no es significativa. (...)

- La Resolución 589 y su confirmatoria no modificaron las definiciones contenidas en el prefacio y en las otras disposiciones del Capítulo 10 - Ingresos del Sistema del Contrato modificado por el Otrosí de junio 21 de 2013 que, en consecuencia, continuaron vigentes hasta la terminación de la relación contractual.
- En su dictamen de oficio de enero de 2022, el perito Julio Ernesto Villarreal expuso:

*“Así mismo, la Resolución 589 de 2017 también modificó la remuneración del concesionario, también llamada participación del Concesionario, que sería estimada de acuerdo con la siguiente expresión matemática:*

$$ROTk = (1 - DctoCFI) * Ck * Kmk$$

Donde,

**ROTk** = Es la Participación del Concesionario

**Ck** = Costo por kilómetro licitado ajustado por Delta del operador k

**Kmk** = Kilómetros en servicio netos de desincentivos por el operador k

**DcotCFI** = Valor del descuento sobre Ck, el cual será del 19%.

De acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la Resolución 589 y en el peritaje de STRATEGAS CONSULTORES, el factor de descuento (Dcot CFI) tiene como propósito ajustar la remuneración del concesionario producto de i) la exclusión de los componentes de depreciación y remuneración de las

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A. vs.  
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.  
Expediente No. 119770**

---

*inversiones, toda vez que el concesionario ya había sido remunerado por estos conceptos durante la vigencia del contrato, y ii) así como el reconocimiento de mayores costos de mantenimiento asociados a las edad de la flota. Es decir, esta segunda premisa, manifiesta que la flota por su edad podría incurrir en mayores costos de mantenimiento, sin embargo, que estos no serían reconocidos por Transmilenio S.A.*

*En la Resolución 589 de 2017 no se especificó la metodología empleada para determinar el factor de descuento expuesto; sin embargo, existen unas memorias en video de una mesa de negociación, en la que se conoce que Transmilenio S.A. (TMSA) empleó una metodología que denomina ‘Costo Plus con Margen’<sup>216</sup>, que utiliza la siguiente fórmula:*

**TARIFA:** 
$$\frac{[(C+G) + \% \Delta mTOR + \Delta MTOmAYOR] + M}{Km}$$

- *Las variables ‘C+G’ corresponde a costos más gastos de operación reportados por SI); los cuales TMSA, indica, son tomados de los estados financieros reportados por el concesionario.*

---

<sup>216</sup> El punto se trató en la diligencia de testimonio de ANNA MARÍA KONSTANTINOVSKAYA:

*“DR. GUTIÉRREZ: Perfecto muchas gracias, lo voy a hacer ahora algunas preguntas muy concretas frente a los temas financieros y la forma. Usted nos puede confirmar si la metodología para determinar la tarifa a la modificación unilateral fue la de costo-plus con margen?”*

*SRA. KONSTANTINOVSKAYA: Sí.*

*DR. GUTIÉRREZ: Nos puede explicar un poquito esa metodología?*

*SRA. KONSTANTINOVSKAYA: De acuerdo, no sé si puedo proyectar algo o solo lo explico hablado.*

*DR. BONIVENTO: El Tribunal en eso se está a lo que la testigo estime más adecuado, la posibilidad de acudir a una presentación está dentro de las opciones, tendríamos que tener presente que si se acude a ese mecanismo debería formar parte del expediente, o sea, si es una presentación el archivo correspondiente habría que remitirlo al terminar la diligencia para que forme parte del expediente, si usted lo considera útil puede acudir a él, si usted considera que con la sola descripción verbal es suficiente puede hacerlo de esa manera, igual con que usted se sienta más cómoda para contestar la pregunta.*

*SRA. KONSTANTINOVSKAYA: Bueno realmente solo iba a proyectar como la fórmula que en su momento hizo parte como de las presentaciones, no estoy seguro si está en el documento de Valora, pero sí me acuerdo que estaba en las presentaciones entonces la fórmula básicamente es, tomar costos más gastos, más que dentro de esos costos más gastos pues está incluido como todos pues todos los costos y gastos tanto operativos con no operativos del concesionario, más adicional a sus costos más gastos sumarle un porcentaje delta del margen de mantenimiento regular más sumarle a eso en otro delta ya no porcentual del mantenimiento mayor y a todo eso paréntesis sumarle un margen digamos que ...*

*Y finalmente para estimar la tarifa dividirla entre el kilometraje, más o menos obviamente es una descripción general, pero es más o menos la forma de buscar como la nueva tarifa y el comparar esa nueva tarifa con la tarifa licitación es de donde saldría finalmente el descuento, es como la forma.*

*DR. BONIVENTO: Está ya a la vista, si de pronto como ya la tenemos a la vista, la explicación verbal que ya nos dio de pronto no la puede resumir en cómo está expuesta y cuál es cada uno de esos ítems a los que hizo mención usted en su respuesta.*

*(..)*

*SRA. KONSTANTINOVSKAYA: Claro que sí. Entonces esta fue una diapositiva sacada de una de las presentaciones que en su momento se hicieron, entonces bueno aquí de hecho estoy corroborando que efectivamente la ampliación, esto fue una de las propuestas no sé si fue la definitiva, la ampliación se propuso hasta el 30 de junio de 2019, con posibles prórrogas hasta máxima tres meses.*

*Entonces y la fórmula de la que les está hablando obviamente esto es una digamos que diagramación resumida de lo que realmente hace un modelo financiero, pero más o menos esto lo que quiere decir es que la tarifa se halla tomando en cuenta los costos y gastos del concesionario obviamente con ciertos ajustes por digamos que las metodologías que pulen la información, se les suma más un porcentaje delta del mantenimiento está r significa regular, más un delta de mantenimiento mayor y digamos que sobre todo esto se calcula un margen y se suma a un margen, no está obviamente expresado como tal el cálculo del margen y todo esto se divide en los kilómetros proyectados durante la prórroga*

*Y finalmente esto es lo que arroja una tarifa, esa tarifa se compara con las tarifas de licitación y se halla un descuento entonces por eso aquí pues está la propuesta del descuento del 19% aquí digamos que yo me acuerdo de que tuvimos varias algunas presentaciones en donde teníamos rangos, pero pues el concesionario la propuesta era del 19% del punto perdón del 19%”.*

- (...)
- La variable 'M' es un margen que TMSA definió en el 9,9% y que aplica sobre las variables de "C+G", y ::::; y que a partir de lo indicado en los documentos anotados y en la resolución 691 de 2017, M corresponde al margen de Ebitda.
  - La variable 'Km' corresponde a 80,000 kilómetros que en promedio recorre un bus" (la negrilla es del texto).

De lo expuesto se puede concluir, entonces, que la modificación unilateral a la ecuación económica del Contrato se concretó en (i) incorporar a la participación del Concesionario en la tarifa licitada que se revisaba mes a mes (cláusula 77), a la que tenía derecho como compensación y/o pago, (ii) un descuento que cubría la exclusión de los componentes de depreciación y remuneración de las inversiones y el no reconocimiento de los mayores costos de mantenimiento<sup>217</sup>, diseñada para mantener los costos, gastos y una rentabilidad esperada del Concesionario, como la premisa reconocida por TRANSMILENIO en su acto administrativo cuando afirma *"que el equilibrio financiero del contrato evaluado está determinado por el monto de los ingresos, que debe ser suficiente para cubrir todos los costos, gastos, inversión y una rentabilidad estimada, de acuerdo a los parámetros del mercado. Dichos ingresos están determinados por el número de kilómetros programados y recorridos en operación y por el valor de la respectiva tarifa de remuneración por kilómetro"*<sup>218</sup>.

#### **3.4.2.4.7. Análisis del Tribunal.**

Como se expuso anteriormente, con ocasión de la modificación unilateral introducida al Contrato mediante la citada Resolución 589 de 2017, TRANSMILENIO cambió la remuneración del Concesionario al eliminar el concepto de tasa de remuneración del capital invertido, hacer cambios en los parámetros de la canasta de costos y, en particular, al incorporar al denominado ROT, factor de participación del Concesionario sobre la tarifa -vale decir, la compensación económica a favor del Concesionario-, un

---

<sup>217</sup> Sin perjuicio de los deltas de mantenimiento rutinario y mantenimiento mayor involucrados en la fórmula, que en sentido primigenio debían corresponder a un valor fijo que no pretendía reembolsar los mayores costos de mantenimiento y operación, y que, en la práctica, no fue posible su determinación no sólo por los peritos, sino que no se encontró en ninguno de los documentos aportados al proceso. En ese sentido, el Tribunal consideró apropiado la valoración en ceros que le otorgaron los peritos.

<sup>218</sup> Cfr. Resolución 691, páginas 19 y 20, citada.

factor de descuento del 19% que, dice en su Resolución 691, se basa en los estados financieros reportados por SI99, además de reemplazar la rentabilidad anterior, por un nuevo concepto denominado EBITDA.

En consecuencia, corresponde determinar, con los referentes normativos y jurisprudenciales que se han reseñado, si la modificación unilateral dispuesta por TRANSMILENIO, en particular el factor de descuento del 19% en la fórmula de Costo Plus con Margen, efectivamente cubrió, durante el período de extensión de la vigencia del Contrato, en el que hubo continuidad en la prestación del servicio público, los costos y gastos ciertos del Concesionario y la utilidad a que razonablemente tenía derecho, reemplazada por el concepto de EBITDA, pues de no hacerlo, se habría configurado el desequilibrio económico alegado por SI99, cuyo restablecimiento se pretende con la demanda principal reformada instaurada por dicha sociedad.

Resalta el TRIBUNAL que en los dos dictámenes financieros obrantes en el plenario, los peritos coinciden en que la modificación unilateral realizada por TRANSMILENIO afectó económicamente al Concesionario. Sin embargo, es claro que no le corresponde al Tribunal cuestionar, menos modificar, las variables y los cambios realizados por TRANSMILENIO en el ejercicio legítimo de su *ius variandi*, puesto que ello escapa al ámbito de lo reclamado en la demanda sobre la que decide e, incluso, al ámbito de su competencia. Lo que le corresponde estudiar y decidir al Tribunal es si el factor de descuento asociado a la fórmula de Costo Plus con Margen, que disminuye en un porcentaje relevante la contraprestación a favor del Concesionario -la participación en la tarifa técnica-, efectivamente aseguró el cubrimiento cabal de los costos y gastos reales del Concesionario durante la operación vinculada al período de extensión de la vigencia del Contrato, y de la utilidad a que tenía legítimo derecho percibir en dicho período, por cuanto allí descansa la ecuación económica contractual que la ley protege desde la óptica de los derechos del Contratista, a la vez que funge como parámetro o límite de imperativa observancia para la Contratante desde la perspectiva del ejercicio, también legítimo, del *ius variandi*, a lo que ya se ha hecho referencia en esta providencia.

Insiste el Tribunal en señalar que TRANSMILENIO estaba facultada legalmente para revisar y, si lo consideraba procedente, modificar la tarifa como consecuencia de la extensión del plazo que incorporaba al Contrato, con un descuento que incluyera factores que de ser reconocidos pudieran generar una retribución injustificada de cara a la caracterización del período de extensión, pero dicho ejercicio tenía que asegurar el reconocimiento, en la fórmula que determinara el descuento, de los costos y gastos de la operación del Concesionario, así como de su utilidad, manteniendo el equilibrio de la ecuación negocial que hasta entonces imperaba. De no hacerlo, el Concesionario, vía el descuento, recibiría una compensación inferior a aquella a la que tenía derecho en un plano de mantenimiento del equilibrio prestacional alterado por razón de la modificación unilateral introducida por la Convocada.

Así mismo, de conformidad con lo previsto en el Contrato, considerando la versión modificada por el Otrosí del 21 de junio de 2013, debe tenerse en cuenta que la tarifa técnica y su utilización en la cláusula 77 para establecer la participación del Concesionario -remuneración- se determina sobre el kilometraje total recorrido por vehículo por mes (KmT), en consonancia con la definición incorporada por el otrosí en su cláusula primera *“Kilómetros en servicio”* como *“el número de kilómetros programados y efectivamente recorridos por el CONCESIONARIO para la prestación de servicio de transporte de pasajeros, conforme a los cuales se liquidan los pagos que corresponden a los concesionarios”*, disposición que no fue modificada por las Resoluciones 589 y 691 de 2017. No obstante, TRANSMILENIO, en la determinación del Factor de Descuento<sup>219</sup> y en la tarifa técnica mensual utilizó un número de kilómetros fijos, que no corresponde al parámetro de kilómetros efectivamente recorridos a que aludía la disposición contractual y que, en consecuencia, tiene virtualidad para afectar el derecho del Concesionario a recibir realmente, durante el período de extensión, la tarifa adecuada dentro del propósito de mantenimiento del equilibrio prestacional. Por ende, para determinar la afectación cierta, deben utilizarse los kilómetros efectivamente recorridos puesto que estos, y no los fijos determinados por TRANSMILENIO, son los que corresponden al concepto de tarifa y de

---

<sup>219</sup> En las Resoluciones 589 y 621 de 2017.



**TRIBUNAL ARBITRAL DE SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A. vs.  
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.  
Expediente No. 119770**

---

tarifa licitada, llamados a servir de referentes relevantes en la configuración de la ecuación económica del contratista<sup>220</sup>.

Respecto del concepto de utilidad, protegido en los eventos de ejercicio de la potestad de modificación unilateral según lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado ya reseñada, ha advertido el Tribunal que dicho concepto estaba incorporado en el Contrato, según la versión modificada por el Otrosí del 21 de junio del 2013, en la denominada

---

<sup>220</sup> Interrogatorio de Perito de Oficio:

*“DR. GUTIERREZ: [00:09:43] (...) Teniendo en cuenta la aclaración o la confirmación que usted nos acaba de dar, usted pudo verificar si durante los años 2018 y 2019, Transmilenio aplicó la misma fórmula de remuneración a favor de SI 99, en la cual la única variable mensual fueron los kilómetros realmente recorridos.*

*SR. VILLAREAL: [00:10:12] Sí, ellos tuvieron los kilómetros de manera constante durante todo el periodo, en nuestro ejercicio, nosotros fuimos cambiando los kilómetros efectivamente, reflejando la realidad de los kilómetros, para que ustedes tengan un punto importante, Transmilenio durante todo el periodo utilizó un millón seiscientos ochenta y seis mil seiscientos sesenta y siete kilómetros. Nosotros nos tomamos la molestia de mirar los kilómetros que efectivamente cumplieron, de transporte, el vehículo, vehículos articulados desde enero del 2018 hasta enero del 2019 y por supuesto, no son constantes, van cambiando.*

*DR. GUTIERREZ: [00:11:07] Es decir, que la variable, a ver si le entiendo doctor Villarreal, y me perdona si tal vez no entendí bien la respuesta. Yo entiendo que, finalmente Transmilenio para la remuneración mensual a favor de SI 99 durante el año 2018 y 2019 aplicó una fórmula que es relativamente sencilla, que consiste que a la tarifa licitada por SI 99 le hizo un descuento de 19 por ciento y esa tarifa de que por kilómetro lícita la multiplicó por los kilómetros mensuales efectivamente recorridos. Es ese entendimiento correcto para usted?*

*SR. VILLAREAL: [00:11:57] Sí, es básicamente correcto, aunque efectivamente la tarifa también va cambiando en el modelo de Transmilenio, porque tiene una indexación, digamos, tiene una actualización, pero es correcto. Básicamente los parámetros que utiliza Transmilenio para calcular la tarifa, se basan en unos parámetros dentro de la fórmula que están constantes durante todo el periodo.*

*DR. GUTIERREZ: [00:12:32] Gracias, doctor Villarreal. Eso quiere decir que, lo que usted nos está diciendo es que, la tarifa de por kilómetro licitado se actualiza de acuerdo a la canasta de costos y esa tarifa por kilómetro solicitada, actualizada por la canasta de costos, se la hace un descuento del 19 por ciento y se multiplica por los kilómetros realmente recorridos, es correcto?*

*SR. VILLAREAL: [00:13:01] Es correcto, pero no se multiplica por los costos realmente recorridos, sino por kilómetros... No se multiplica por los kilómetros realmente recorridos. Efectivamente, por el equipo articulado de SI 99, sino por unos kilómetros que estableció Transmilenio, que estableció Transmilenio, a eso era lo que me refería en la primera respuesta, pero en principio el entendimiento es básicamente ese.*

*DR. GUTIERREZ: [00:13:33] Si doctor Villarreal, nosotros tenemos acá una duda y es la siguiente, nosotros entendemos que, por la estructura del contrato de concesión, realmente la remuneración es por kilómetro recorrido. Es decir, yo recorro unos kilómetros en enero, que no necesariamente son los mismos de febrero, pero a mí se me remunera por kilómetro recorrido realmente, es ese entendimiento también el suyo?*

*SR. VILLAREAL: [00:14:07] Sí, ahí quiero ser yo muy cuidadoso en el sentido que, efectivamente esta fórmula tiene en realidad seis parámetros, uno de los parámetros de la fórmula son los kilómetros y en principio, teóricamente una fórmula que reconoce costos por kilómetro, conceptualmente podría razonablemente esperar que incluya los kilómetros reales que efectivamente se dieron.*

*Yo no quiero eso en el sentido de que eventualmente la visión de Transmilenio en el cálculo de la tarifa que se actualiza con la canasta, independientemente de esa actualización, está tomando unos kilómetros por decir, teóricos que no corresponden a los kilómetros reales en que efectivamente incurrió SI 99. No sé si con eso se aclara el punto, doctor Gutiérrez.*

*DR. GUTIERREZ: [00:15:23] Doctor Villareal, qué pena, es que nosotros entendemos que efectivamente la tarifa, para remunerar la gestión del concesionario se tiene en cuenta el kilómetro realmente o los kilómetros realmente recorridos por mes, que implica necesariamente, tener en cuenta la tarifa licitada, naturalmente actualizada por la canasta de costos con un descuento del 19 por ciento. Ese es nuestro entendimiento, quisiéramos saber si también es el suyo.*

*SR. VILLAREAL: [00:16:00] Sí, es correcto. Es muy importante para todos que, realmente esta fórmula tiene seis parámetros, que creo que es bueno decirlo de una vez. Primero, el parámetro de costos y gastos, segundo, los famosos delta de mantenimiento mayor y rutinario de mantenimiento mayor y rutinario, tercero, la margen o utilidad debitada, cuarto, los kilómetros y por supuesto, cinco, el descuento.*

*... CK es la factura, la tarifa a la cual se le aplica el descuento, podría haber una controversia sobre cualquiera de esos cinco parámetros diferentes al CK, porque CK fue efectivamente la tarifa que Transmilenio utilizó para remunerar al concesionario. En el sentido estricto, doctor Gutiérrez estoy de acuerdo, la fórmula parecería tener sentido regulatorio y de remuneración, si esa tarifa con el descuento del 19 por ciento por kilómetro se le aplica a los kilómetros reales o efectivamente recorridos por SI 99”.*

“canasta operacional de costos”<sup>221</sup> como “REMUNERACION SOBRE CAPITAL INVERTIDO”, “Tasa efectiva anual (%) sobre capital invertido (valor del vehículo nuevo)” en 15%. Y que TRANSMILENIO decidió eliminar dicho concepto bajo la consideración de haberse depreciado las inversiones, y cambiarlo por un nuevo concepto, el del “EBITDA”, que cuantitativamente estableció en un 9.9%. En el proceso arbitral, el debate alrededor de este asunto se basa en establecer cuál es el EBITDA a cuyo reconocimiento tenía derecho SI99, en los términos señalados por la jurisprudencia del Consejo de Estado al proteger el derecho del contratista a la utilidad: el decidido unilateralmente por TRANSMILENIO, o uno diferente, como el propuesto por SI99 con base en el dictamen de parte que aportó en sustento de su reclamación, también admisible para el perito de oficio.

El perito de oficio, en el escrito de aclaraciones y complementaciones solicitadas por TRANSMILENIO<sup>222</sup>, al contestar la pregunta 10 describe el “EBITDA” como un anglicismo que en español puede traducirse, por sus siglas, como “*la Utilidad Antes de Intereses, Impuestos, Depreciaciones y Amortizaciones*”, y luego añade que “*el margen EBITDA es una proporción, este quiere encontrar propiamente qué porcentaje de las ventas queda de Utilidad Antes de Impuestos, intereses, depreciaciones y amortizaciones*”.

Debe resaltar el Tribunal las siguientes manifestaciones realizadas por el perito de oficio, experto reconocido en estos asuntos, quien, en distintos momentos de su declaración, sobre el EBITDA afirmó:

- “*Ahora, por qué digo que es mixta [refiriéndose a si la fórmula es ex ante o ex post], porque, por ejemplo, el margen de Ebitda, ese no puede definirse ex post, por qué no puede definirse ex post, porque el que hay que utilizar en un mes, que sería el Ebitda de ese mes, depende de los ingresos de ese mes y los ingresos de ese mes, depende del margen de Ebitda que se utilice*”.
- “*SR. VILLAREAL: [01:13:43] [preguntado: (...)] usted sí expone en su dictamen que la tarifa fue fijada de una forma artificial. ¿De acuerdo?] Sí, ¿por qué? Porque evidentemente se ve que lo hizo una parte unilateralmente, no sé si jurídicamente,*

---

<sup>221</sup> Cfr. Orosi del 21 de junio de 2013. CLAUSULA NOVENA: AJUSTE DEL COSTO POR KILOMETRO. Pág.41. Tercer párrafo.

<sup>222</sup> Ver en archivo PDF No. 05 en Carpeta 10 del Cuaderno 02 Pruebas del Expediente Digital 119770 del CAC de la CCB.

*pero claramente lo hizo una parte con una metodología que, por supuesto, podría tener alguna validez que no conocemos, vuelvo y repito, no hay las hojas de trabajo y adicionalmente porque en esa fórmula no se utilizaron los parámetros reales en cada uno de los meses que se iban ocurriendo.*

*Por ejemplo, no utilizaba los costos y gastos de SI 99, no voy a entrar más en detalle. Y esto por qué es importante, porque ¿cuál es la filosofía de este costo plus margen, eso no es nuevo en regulación, en el sistema de transporte masivo en muchas partes del mundo qué es lo que hace el Estado? Le reconozco a usted unos costos, cuáles, unos costos o sus costos. Segundo, le reconozco a usted una utilidad. Aquí la fórmula tiene eso, los costos y gastos el componente 2 que es el por porcentaje delta mantenimiento rutinario y delta mantenimiento mayor, que ya sabemos qué es, M, que es el margen de Ebitda sobre unos kilómetros y de ahí sale el costo por kilómetro<sup>223</sup>.*

- *“DR. PATIÑO: [01:30:48] Muchas gracias, doctor Villarreal. ¿Usted puede, por favor informar y puede por favor explicar con el mayor detalle que le sea posible, tal como lo ha venido haciendo, si para la elaboración de su dictamen en los términos en que fue planteado por el Tribunal, usted utilizó cifras reales y ciertas tomadas de los estados financieros de SI 99 o no utilizó todas las cifras reales y ciertas, dependiendo de las variables?*

*SR. VILLAREAL: [01:31:30] No, de todas las que eran costos, gastos, kilómetros, eran información real de los estados financieros. **El margen de Ebitda, era el margen de 26.9 que correspondía al margen al cierre del primer del último año del contrato, que era 17, al cierre del 2017, porque la extensión fue en el 2018, y nosotros verificamos efectivamente que fuera 26.9 los otros parámetros de la fórmula,** por ejemplo, el descuento, pues eso no está en los estados financieros de SI 99, ese es el 19 por ciento y el CK es la tarifa que calculó Transmilenio con base en esa fórmula.*

*Entonces vuelvo y repito, de los seis parámetros de la fórmula, hay claramente tres que están asociados a información real de la compañía, que son los costos y los gastos, el margen de Ebitda, que lo derivaron de la posición de la compañía en el 2017 y los kilómetros reales. Hay uno que es una zona gris, que son los deltas de mantenimiento rutinario y mayor, y los otros dos parámetros de los seis, corresponden al descuento, que es del 19 por ciento y al CK que es la tarifa por kilómetro, que finalmente aplicándole el 19 por ciento de descuento, se le pagó efectivamente por los kilómetros que Transmilenio consideró al concesionario. Entonces, hay que entender que en esa fórmula hay parámetros que se calibran con los estados financieros y parámetros que no se calibran con los estados financieros porque no son de los estados financieros<sup>224</sup>.*

- *“DR. CRUZ: [01:57:58] (...) usted también se ha referido. Y sé que se lo ha mencionado, pero quisiera que de pronto, en su condición de auxiliar de la justicia, como usted lo ha señalado y se ha referido a ese tema, el del Ebitda tenido en cuenta*

---

<sup>223</sup> Ibídem, pág.19.

<sup>224</sup> Ibídem, págs. 23 y 24.

y nos ha dicho que usted hizo los cálculos y estableció unos escenarios y tuvo un cálculo del 9.9 uno del 13.8 y otro del 26.9, pero en conclusión al final dice, yo hago el cálculo y ustedes... no ingreso más allá y ustedes, el panel arbitral tome la decisión cuál es el correcto y cuál es el adecuado. Yo quisiera que pronto, no sé si que conforme a porque como usted es el que tiene el conocimiento técnico al respecto, esos tres escenarios, ¿cuál consideraría usted que es el correcto?

**SR. VILLAREAL: [01:59:00] Mire, cuál es el problema, voy a contestarlo 26.9 es replicable es verificable y simplemente el Ebitda da margen de Ebitda de SI 99, al finalizar la primera parte del contrato diciembre del 2017 y de ahí en adelante, por decirlo de manera simplificada, arranca la extensión, en realidad, fue el 10 de enero del 2018, hay una diferencia hay 10 días.**

**El 13.8 y el 9.9 son números que el 9.1 es el que está en la fórmula de Transmilenio y el 13.8 es una referencia que se hace también en esa discusión sobre lo que era el rango de una canasta de empresas del 2008 al 2015 que estimó Transmilenio, pero vuelvo y repito, no hay documentos de trabajo, no hay claridad.**

Entonces el problema que hay con 13.8 o con 9.9 es que, si bien son mencionados y en particular el 9.9 utilizado, no hay forma para replicar, lo único objetivo y verificable es el 26.9 por ciento, que ese sí sale de los estados financieros de SI 99. Y la lógica es muy sencilla, ahora, yo lo que quise decir con esto es, ojo, señor panel arbitral, deténgase mucho en eso, porque el resultado es altamente sensible a eso, y por eso también le di el famoso punto de inflexión o punto de equilibrio, no es para todos los escenarios.

**Ese 21.99 es para el escenario J, y ese escenario J, vuelvo y repito sí es muy importante, porque en ese escenario J se utiliza los costos y gastos reales mes a mes, de SI 99 los kilómetros reales mes a mes de I 99, se castigan los márgenes de mantenimiento porque, se colocan en cero y se utiliza el margen verificable del 26.9, yo vuelvo y repito en esta discusión, doctor Cruz que nadie nos preguntó y en esto quiero ser muy directo, si nos parecía o no, que 26 era alto o era abajo, o era correcto, incorrecto, hubiera sido complejo porque, es una pregunta de otro tipo.**

Ahora, vuelvo y repito, tiene una dificultad y es que, la rentabilidad justa usualmente no se mide en finanzas por el margen de Ebitda, sino se mide por lo que se llama el costo de oportunidad, cuya expresión es el famoso WACC, Weighted Average Cost of Capital, que es una metodología para establecer dado el riesgo de un negocio cuál sería la rentabilidad justa. Entonces, lo que le puedo decir sin meterme como dice la canción y diría mi padre si estuviera vivo, en camisa de once varas, es que esos tres números hay solo uno que es verificable y que se sabe de dónde viene”

Es decir, que en el cálculo escenario J, él está suponiendo que aunque esos deltas fueran cero, la tarifa no cubrió los costos y gastos ni el margen del 29.6 dados los

kilómetros reales que operó SI 99 de manera que ese sí es un escenario muy interesante, porque, aun suponiendo que eso fuera cero, si aceptamos que el margen de Ebitda es 26.9, de ahí sale la cifra, ese escenario J, que es un escenario muy importante porque es el escenario que, a mi juicio se acerca más a lo que nos pidió el panel arbitral, que es utilice la información real de SI 99<sup>225</sup>.

- “DR. NAVIA: [02:08:52] Yo tengo una sola inquietud en relación con el porcentaje del Ebitda. El Ebitda debería ser el 26.9 o puede ser otro o podría ser otro? Es decir, no entiendo mucho ese punto.

SR. VILLAREAL: [02:09:12] Sí, cualquiera de los parámetros de la fórmula, tiene que ser definido. Entonces los costos y gastos están en la contabilidad, los kilómetros están, se pueden revisar, el descuento pues fue el que aplicó Transmilenio, el CK o costo o tarifa por kilómetro, también está sometido de ese no hay disputa, y está el margen de Ebitda, ese margen de Ebitda, en la versión original de Transmilenio fue 9.9, cómo se calculó, cómo se llegó allá, es lo que hemos dicho que no sabemos.

**La contraparte en este proceso, es decir, SI 99 dice no, eso no 9.9, es 26.9 y le voy a demostrar por qué, esa es la lógica a ellos, coja mis estados financieros al cierre del contrato inicial, calcule el margen de Ebitda y es el 26.9. Luego ese es el que tiene que reconocerme, porque ese es mi Ebitda, un poco diciendo en la fórmula usted tiene que utilizar los parámetros reales de SI 99.**

**La otra manera, doctor Felipe, de ver eso es, usted con el cambio de la fórmula en el periodo de extensión, no puede disminuirme el Ebitda, con que yo termine la primera parte, pero por supuesto, en un mundo teórico ideal** y yo no sé si esto agregue o no, doctor Bonivento, doctora Ruan y doctor Navia, pues hubiera sido ideal que eso hubiera quedado claro, que si Transmilenio dijo que era 9.9, hubiera dicho por qué, hubiera habido una discusión y hubiera sido como dicen ustedes y no quiero meterme más allá de lo que sé, un acuerdo de voluntades explícito, bien sustentado con hojas de trabajo.

Entonces, la pregunta que me hizo el representante del Ministerio Público es muy importante, cuál es, es 26.9, 13.8, 9.9 o cuál es. Primero, nadie me hizo esa pregunta, pero segundo, en este momento tengo que utilizar mi honradez intelectual y es, de esos tres números solo hay uno justificado, es decir, solo hay uno verificable que es el 26.9 y eso es importante, porque si no, pues podríamos caer en que, si no es ese, cuál es, o si no es ninguno de esos tres cuál es, y la fórmula no funciona sin ese valor.

La fórmula requiere los seis parámetros, no sé si eso es claro. Observe que, sobre los seis parámetros de la fórmula, sobre cuatro puede haber disputas, cuáles son los costes y gastos que deben usarse, cuál es el margen de Ebitda, cuáles son los kilómetros y cuál es el mark up o el pago adicional por mantenimiento rutinario y mayor.

---

<sup>225</sup> Ibídem, págs. 31 y 32.

*La idea un poco de este proceso es que SI 99 dice mire, en una regulación donde a mí me en cubrir los costos más un margen, utilice los datos reales de mi contabilidad, ese es un poco el argumento de ellos y por eso es importante. Si usted mira la fórmula, los kilómetros están dividiendo, quiere decir, si mis kilómetros reales son menores a los que utilizó Transmilenio, pues mi tarifa va a subir, si mis costos y gastos son mayores que utilizó Transmilenio, pues mi tarifa va a subir, si mi margen de Ebitda es mayor al 9.9 y es 26.9, pues la tarifa va a subir y me están debiendo una plata. No sé si eso es claro, doctor Felipe”<sup>226</sup> (destaca el Tribunal).*

Para el Tribunal es claro que cuando el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 1º, establece que *“En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”*, comprende el reconocimiento no sólo de los costos y gastos en que incurra el contratista en el desempeño de la actividad o servicio a su cargo, sino, también, el de la *“utilidad”* a que tiene derecho, por cuanto ésta hace parte de su ecuación económica, que debe preservarse ante el fenómeno del *“ius variandi”* puesto que si bien es cierto que el Estado, en aras de la protección de la prestación del servicio público, puede en forma legítima modificar unilateralmente un contrato, también lo es que al hacerlo debe preservar los derechos económicos del contratista manteniendo el equilibrio financiero de la relación negocial.

Bajo este entendimiento, avalado -valga repetir- por la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>227</sup>, ha de considerarse que el reconocimiento que debe hacerse por parte de la Administración cuando utiliza el *“ius variandi”* se refiere a la utilidad esperable por el contratista<sup>228</sup> -opción preferente frente a la utilización de una utilidad “de mercado”-, por lo

---

<sup>226</sup> *Ibidem*, págs. 33 y 34.

<sup>227</sup> Sección Tercera Subsección B, Sentencia de 31 de agosto de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. *“La utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: “U”. A partir de esta discriminación, reiteradamente ha dicho esta Corporación que frente a la utilidad esperada -lucro cesante-, esta se limita precisamente sólo a la utilidad y no a los demás conceptos que conforman el A.I.U. del valor total de la oferta, como lo son la administración y los imprevistos, pues en realidad los mismos no hacen parte de la ganancia o remuneración o utilidad que por sus servicios percibe el contratista”*.

<sup>228</sup> Sección Tercera, Sentencia del 6 de mayo de 2015. Radicación 31.837. Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de la Hoz. *“De modo que, a diferencia del incumplimiento del contrato –que permite la resolución del negocio jurídico o el cumplimiento forzoso, con la*

que, en ese sentido, aquella se acompasa con la situación en que se encontraba antes de la incorporación de las modificaciones introducidas al Contrato -asumiendo circunstancias de normalidad en la ejecución-, utilidad que en el caso bajo estudio fue cambiada por TRANSMILENIO por el concepto de EBITDA, que cuantitativamente definió para SI99 en un 9.9%, que no se aviene con el “real” del Concesionario, que los dos peritos -el de parte y el de oficio- ubican en un 26.9%, correspondiente al percibido por SI99 según sus estados financieros con corte a 2017<sup>229</sup>.

El Tribunal estima oportuno y pertinente destacar que el EBITDA acogido para efectos de los cálculos periciales -26.9%- excluye eventuales escenarios de distorsión o anormalidad respecto del derrotero que en esa materia imperó a lo largo de la vigencia del Contrato de Concesión 001 de 2000, como se advierte al constatar, con cifras expresamente invocadas en el dictamen elaborado por Strategas Consultores, en este tópico específico no confrontadas ni cuestionadas por TRANSMILENIO, que el comportamiento histórico del EBITDA fue siempre superior al 26.9% tenido en cuenta por los expertos. En efecto, el dictamen referido -versión 2021, ajustada y complementada- informa que el EBITDA de SI99, desde 2001 hasta 2016 tuvo un guarismo siempre superior al 26.9% que se ha referenciado, y que, más concretamente, en los últimos previos a la modificación unilateral, de 2013 -año del relevante Otrosí a que ya se hizo alusión- en adelante, fue del 28.3% (en 2013), 28.3% (en 2014), 28.6% (en 2015) y 33.4% (en 2016)<sup>230</sup>.

---

*consecuente indemnización de perjuicios– la ruptura del equilibrio económico permite al juez adoptar cualquiera de las siguientes determinaciones: i) decretar la terminación del contrato en el estado en que se encuentre (casus), u ii) ordenar el restablecimiento de la ecuación financiera o matemática del negocio jurídico, a favor de cualquiera de las dos partes o sujetos contratantes, en proporción que se determinará dependiendo si la situación, hecho o acto que genera ese desequilibrio, para lo cual será determinante establecer si esa ruptura es o no imputable a la entidad contratante o, si por el contrario, deviene de un hecho externo o ajeno a las partes.*

*Si el desequilibrio se produce por cualquiera de las circunstancias (i) o (ii) antes analizadas, esto es, por circunstancias imputables o atribuibles a la administración pública contratante en ejercicio de una cláusula excepcional o exorbitante, o en ejercicio de su imperium, será procedente no sólo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado su ejecución o prestación, sino que también estará obligada a cancelar la utilidad esperada por el contratista (...)*”.

<sup>229</sup> Conforme lo explicó el perito Villarreal en su declaración, técnicamente no es viable la consideración de la variable relativa al margen EBITDA en función del comportamiento real de la misma dentro del período de extensión objeto de valoración. Al respecto, refiriéndose a si la fórmula definida en la modificación unilateral era ex ante o ex post, dijo el perito que era “mixta”: “Se definió antes de iniciar, pero uno se imaginaría regulatoriamente, que algunos de esos parámetros se tienen que actualizar con la realidad SI 99 y otros no, por ejemplo, el margen no es que lo vayamos a estar calculando todos los meses, porque eso no es posible, porque el margen de Ebitda del mes, por ejemplo, de enero del 2019, requiere tener los ingresos de enero del 2019 y los ingresos de enero del 2019 dependen de ese margen, entonces se le forma una circular”; igual explicación se observa en el dictamen mismo, en la descripción del “Escenario j” (página 30).

<sup>230</sup> Páginas 24 y 25 del dictamen.

También resulta conveniente destacar, al momento de concretar si se configuró o no el rompimiento del equilibrio económico del Contrato que alega la Convocante, que el escenario de análisis que debe privilegiarse es aquel en el que se coteja el resultado de la aplicación de la fórmula definida por TRANSMILENIO -incluido el descuento- al implementar la modificación unilateral, con las cifras reales (costos, gastos, kilómetros recorridos) de SI99 durante la operación propia del período de extensión de la vigencia contractual -enero de 2018 a junio de 2019-, extractadas de sus estados financieros, de lo que se ocupó, con ese cometido específico, el dictamen pericial de oficio, el cual presenta, conforme se solicitó al decretarlo, distintos escenarios de valoración, de los cuales el “Escenario j” -en su Sub-escenario “1”- es el que, a juicio del Tribunal, debe prevalecer desde lo jurídico -y desde lo técnico según lo expresó el propio perito-, pues refleja, de manera panorámica y comprensiva, la realidad de la ejecución contractual objeto de verificación, considerando las cifras reales -y con detalle mensual- de la operación de SI99 durante el período de extensión de la vigencia del Contrato, referente idóneo para decidir sobre la reclamación de desequilibrio económico que ocupa la atención del Tribunal.

El perito Villarreal, en su dictamen de enero de 2022, expone la metodología, procedimiento y alcance del referido Escenario j, así<sup>231</sup>:

- *“(…) tiene como objetivo estimar el valor del descuento que se le debió aplicar a SI99 si en la tarifa de “Costo Plus con Margen” se ponían todos los parámetros de SI99, sin utilizar las variables establecidas por Transmilenio S.A. (…)”.*
- *“Cuando este escenario pretende utilizar todos los parámetros de Si 99, sin utilizar variables determinadas por Transmilenio S.A., se esperaría que las variables %DeltaMtror y DeltamtoMayor fuesen calculadas para la realidad de SI99. Empero, de acuerdo a la dificultad de entender de los videos y audios de la mesa de negociación cómo Transmilenio S.A estima estas variables, el perito de STRATEGAS*

---

<sup>231</sup> Dictamen Pericial. Revisión Tarifaria Transmilenio S.A. vs SI99 S.A. Enero 2022, págs. 28-32.



*CONSULTORES S.A. no pudor determinar estas variables para la realidad de SI99 por lo que en este escenario decidió poner dichos parámetros en cero*<sup>232</sup>.

- Procede, a continuación, a presentar los costos y gastos, y los kilómetros para determinar el cálculo de (C+G)/km de SI99.
- Posteriormente, procede a calcular el valor de M\$ por km, “que corresponde a un valor dependiente a la variable de margen EBITDA que se utilice en el cálculo de la fórmula”; señala: “(...) se sabe que el M% corresponde al reconocimiento en la tarifa del Margen EBITDA”; y agrega la mención, a manera de interrogante, según la cual, “qué es una rentabilidad justa M% para el Concesionario, será la postura de Transmilenio S.A. (9.9%), será la visión que tenía SI99 de acuerdo a sus resultados de 2017 (26.9%), será alguna otra”, presentando dentro de dicho ejercicio el Sub-escenario j1, con un M%=26.9%, que es, de las opciones consideradas, el que razonablemente debe prevalecer, conforme a las explicaciones suministradas por el experto, acompasadas, como también se ha dicho, con los parámetros jurídicos que impone el marco normativo y jurisprudencial suficientemente destacado por el Tribunal.
- Sobre dicho Sub-escenario expone que “Se define el primer escenario con un margen de EBITDA de 26.9% que es igual al utilizado por el perito de STRATEGAS CONSULTORES S.A. en la reclamación y corresponde al margen EBITDA del año 2017 de operación de SI99 calculado a partir de los estados financieros. La idea de este escenario es asumir que la remuneración que esperaba recibir SI99 como Margen EBITDA para el 2018 y 2019 es el que había tenido en el año 2017. De esta manera, se reemplazan los parámetros en la ecuación ‘Costo Plus con Margen’, se utiliza el Ck de la Tarifa Licitada y se despeja el descuento que debió haber recibido el Concesionario SI99”, para luego mostrar “el valor del descuento cuando se ponen los parámetros de SI99, al igual que la diferencia entre el descuento estimado y el

---

<sup>232</sup> En relación con esta variable, el Tribunal considera que la marcación en cero de dichos parámetros no afecta la idoneidad del escenario, pues quedó establecido que en la variable “C+G” de la fórmula quedaron incluidos todos los costos y gastos reales de mantenimiento incurridos por SI99 durante el período de extensión de la operación.

*descuento aplicado por Transmilenio S.A.*”, y finalmente, multiplicar “*el Ck para encontrar cuantos pesos por kilómetro le faltó o le sobró remunerar a la tarifa, luego esto se multiplica por el número de kilómetros pagos a SI99 para encontrar el efecto económico por mes*”, que después se suman para encontrar el total.

En los términos del perito respecto del Sub-escenario reseñado, “*Se concluye entonces que Transmilenio S.A. debe a la empresa SI99 \$12.870.612.940 pesos colombianos*”.

De conformidad con lo que ha quedado expuesto, el Tribunal encuentra que el Sub-escenario 1 del Escenario j. del dictamen rendido por el perito de oficio determina, cabalmente, la afectación cierta sufrida por SI99 como consecuencia de la alteración de la ecuación económica del Contrato de Concesión 001 de 2000 que se produjo en razón de la modificación unilateral introducida al mismo mediante las varias veces citadas Resoluciones 589 y 691 de 2017, puesto que, como ya se dijo anteriormente, la aplicación de la fórmula adoptada en tales actos administrativos como base de la remuneración de SI99, involucrado el descuento definido por TRANSMILENIO, no cubrió integralmente, con ocasión de la prestación del servicio durante el período de extensión de la vigencia del Contrato definida de manera unilateral, los costos y gastos de la operación, junto con la utilidad propia de tal actividad a que razonablemente tenía derecho el Concesionario, componentes del equilibrio prestacional cuya protección, con ese alcance, avala la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Para el Tribunal, el dictamen que sirve de fundamento a sus conclusiones satisface los criterios de apreciación probatoria que sobre el particular consagra el artículo 232 del CGP, reseñado páginas atrás, según el cual “*El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso*”, punto de partida para atender los parámetros que en la misma línea señala la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento, también ya referenciado en esta providencia, indicando que “*Entre los requisitos para la eficacia probatoria del dictamen pericial, se*

encuentran: a) que sea un medio conducente respecto del hecho por probar; b) que el perito sea competente para el desempeño de su encargo; c) que no exista motivo serio para dudar de su imparcialidad o sinceridad; d) que esté debidamente fundamentado; e) que sus conclusiones sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos; y f) que del trabajo se haya dado traslado a las partes”.

Debe señalar el Tribunal, adicionalmente, que, por supuesto, se estima razonable, en el plano teórico, el pensamiento jurisprudencial que aboga por la conducencia de examinar las reclamaciones de restablecimiento de desequilibrio del contrato tomando en consideración un “análisis macroscópico o consolidado”<sup>233</sup> de su ejecución, para evitar escenarios en los que circunstancias puntuales de afectación de las variables financieras del negocio puedan necesaria o automáticamente abrir paso a pretensiones de es linaje, sin examinar el contexto general en que se produce. Sin embargo, el Tribunal entiende que el planteamiento que se comenta debe considerarse teniendo en cuenta las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso, pues distancia hay en el linaje, las características y la entidad de las que pueden presentarse en el desarrollo de la actividad estatal, con tratamiento e incidencias también diferentes.

Bajo esta línea argumentativa, en el asunto *sub-examine* no pasa desapercibido, de entrada, que en tratándose de una reclamación por afectación del equilibrio contractual por cuenta de la extensión de la vigencia del Contrato -que conlleva, obviamente, la extensión de la obligación de prestación del servicio concesionado-, en condiciones de tiempo y de reconocimiento prestacional económico fijados unilateralmente por la Administración, el espectro temporal que debe evaluarse recae sobre el período de la extensión, en ese sentido con independencia del resultado económico -favorable en este caso- que hubiere tenido la relación negocial durante la vigencia inicial, porque de lo que se trata, precisamente, es de mantener la ecuación hasta entonces convenida.

Y, además, evidente incidencia tiene que la causa específica que se invoca como fuente de la alteración del equilibrio se ubica en el campo del ejercicio discrecional de una

---

<sup>233</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 23 de octubre de 2017, expediente 53875.

potestad excepcional normativamente reconocida -de modificación unilateral del contrato-, a diferencia de otras, que pueden por ejemplo referirse a hechos imprevisibles y externos a las partes, que responden a los supuestos de la teoría de la imprevisión, frente a lo cual tiene razonabilidad que los efectos de cara al contenido del restablecimiento sean disímiles, lo que tiene relevancia ya que en hipótesis como la que aquí interesa -*ius variandi*-, está visto que tal restablecimiento comprende no sólo la cobertura de los mayores costos y gastos generados en el giro ordinario de la actividad contractual, sino el derecho a la percepción de las utilidades a las que legítimamente pueda aspirar el contratista.

En los términos anteriores el Tribunal accederá las pretensiones “Cuarta” -principal- y “Décima Cuarta” -principal- por la suma efectivamente probada en el proceso arbitral que asciende a \$12.870.612.940. Esta suma deberá ser sufragada a SI99 en los términos de tiempo y de causación de intereses de mora previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, según el cual “[...] *Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada. [...] Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código. [...] Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud. [...]*”.

Conviene aclarar, a juicio del Tribunal, que el reconocimiento de la alteración del equilibrio económico del Contrato, y del derecho a su restablecimiento en los términos que se han precisado, no significa que la realidad fáctica asociada a tal situación fuera la causa u origen de los desincentivos que le fueron impuestos por TRANSMILENIO a SI99 durante el período de extensión de la vigencia de la operación, lo que no podría inferirse como un

efecto necesario y, en cambio, requeriría de prueba adecuada y suficiente, con ese particular alcance, que el Tribunal no encuentra en el expediente, por lo que carecen de vocación de prosperidad las pretensiones octava y novena de la demanda principal reformada y la correspondiente excepción planteada por la Convocante -numeral 3.3.-, en el mismo sentido, al contestar la demanda de reconvención reformada. Incluso, estima el Tribunal que como en el proceso no se demostraron, como tal, las causas específicas a las que se atribuiría la ocurrencia de los desincentivos operativos impuestos por TRANSMILENIO, igualmente se desestimarán la pretensión “*Subsidiaria de la Novena*” en cuanto a que con ella SI99 aspira a que se declare que los desincentivos operativos impuestos por la Convocada a la Convocante entre el 29 de enero de 2018 y el 30 de junio de 2019, fueron indebidamente impuestos y/o liquidados la Convocada, “*por circunstancias diferentes a la existencia de un desequilibrio económico en el Contrato de Concesión y que serán probadas en el proceso*”.

### **3.5. LAS RECLAMACIONES ASOCIADAS A LOS DESINCENTIVOS OPERATIVOS IMPUESTOS POR TRANSMILENIO.**

#### **3.5.1. Posición de las Partes y del Ministerio Público.**

Considerando que en esta arista temática del debate, las posiciones de las partes están planteadas recíprocamente en sus respectivas demandas reformadas y, como es natural, en las correspondientes contestaciones, en los párrafos siguientes el Tribunal recogerá, en un solo apartado, una reseña básica de tales posiciones, con base en las piezas procesales anunciadas, adicionadas con los desarrollos plasmados en los alegatos de conclusión presentados en la oportunidad procesal pertinente; además, se incluirá la reseña de lo que en esta materia de los desincentivos expuso en su concepto el Ministerio Público.

A partir del numeral 4.74 del respectivo acápite del escrito de demanda reformada, presenta la Convocante lo que denomina como los “*Hechos relativos a los desincentivos indebidamente aplicados al Concesionario*”. Menciona que las multas a las que se hace

referencia al hablar de los desincentivos operativos corresponden a aquellas reguladas en las cláusulas 81 a 88 del capítulo 11 del Contrato de Concesión.

Afirma en el hecho 4.77 que después de estar en firme las Resoluciones Nos. 589 y 691 de 2017 y que “(...) *con base en requerimientos técnicos creados en las mismas, TRANSMILENIO empezó a imponer y comunicar, indebidamente, a SI99 desincentivos operativos contractuales*”, entre el 29 de enero de 2018 y hasta el 30 de junio de 2019.

Agrega que la imposición de los mencionados desincentivos, en su parecer, fue irregular, “(...) *pues la misma se basó única y exclusivamente en reportes unilateralmente elaborados por los funcionarios de TRANSMILENIO*”, y que, además, “(...) *dichos reportes carecen de pruebas objetivas de la comisión de la infracción*”.

Sostiene la Convocante, más adelante, que la imposición de los desincentivos desconoció las regulaciones contractuales relativas a los topes establecidos en esa materia y la obligación de graduación de su valor, por lo que SI99 objetó en su mayoría los desincentivos impuestos durante esas fechas.

También refiere la demanda principal reformada -en el hecho 4.87- que el día 8 de marzo de 2018 TRANSMILENIO impuso y comunicó a SI99 “(...) *unos desincentivos por incumplimiento de niveles de satisfacción al usuario*” basándose, equivocadamente según la Convocante, en lo dispuesto en el numeral 5. de la cláusula 84 del Contrato de Concesión. Además, agrega que “(...) *TRANSMILENIO indicó erróneamente que el Concesionario estaba atado a cumplir con un término de tres (3) días para objetar los desincentivos comunicados, cuando dicho plazo no se encuentra contemplado en el Contrato de Concesión*”.

Alega, seguidamente, un abuso de derecho por parte de TRANSMILENIO, pues el 3 de abril de 2018 le fue comunicado a SI99 “(...) *que por no existir un pronunciamiento de su parte, en el sentido de objetar los desincentivos comunicados el 8 de marzo de 2018, consideraba que el mismo se allanaba a la causación de los mismos*”.

Y con base en todo lo anterior, concluye SI99 que “(...) resulta claro que los desincentivos generados con ocasión de las supuestas falencias en la satisfacción fueron indebidamente impuestos al Concesionario, pues desconocieron las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión y se basaron en una encuesta elaborada a partir de criterios que no son objetivos y que adolecen de múltiples falencias técnicas”; finaliza argumentando que “(...) dichos desincentivos, fueron igualmente liquidados, notificados y objetados bajo un procedimiento que adolece de nulidad absoluta (...)”.

Más adelante, presenta la Convocante las pretensiones declarativas y de condena que encuentran sustento en los hechos descritos en torno al tema de los desincentivos impuestos a SI99. Las declarativas responden en esencia, algunas de ellas con sus respectivas pretensiones subsidiarias, a: que se declare la nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en los numerales 83.1, 83.2, 84.5, 88.1, 88.2, 88.3, y 88.5 del clausulado contractual, por contravenir lo dispuesto en las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 (pretensiones quinta, sexta y séptima); que se declare que TRANSMILENIO carece de cualquier derecho que le permita cobrar los descritos desincentivos operativos impuestos (pretensión décima); que se declare que los desincentivos operativos impuestos a SI99 el 8 de marzo de 2018 fueron objetados oportunamente (pretensión décima primera); que se declare que los desincentivos operativos impuestos a SI99 desde el 29 de enero de 2018 y hasta el 30 de junio de 2019 fueron indebidamente impuestos y liquidados (pretensión décima segunda); y que se declare que TRANSMILENIO carece de cualquier derecho que le permita cobrar los desincentivos impuestos y comunicados el 8 de marzo de 2018 (pretensión décima tercera).

Entre tanto, como consecuencia de las solicitudes declarativas anteriores, formula SI99 las pretensiones de condena relativas al tema de los desincentivos operativos y de incumplimiento de satisfacción al usuario que, según su dicho, son del siguiente tenor: se ordene a TRANSMILENIO abstenerse de cobrar, reclamar y/o compensar administrativa o judicialmente a SI99 las sumas relativas a los desincentivos operativos impuestos desde el 29 de enero de 2018, hasta el 30 de junio de 2019 (pretensión décima quinta); y se

ordene a TRANSMILENIO abstenerse de cobrar, reclamar y/o compensar administrativa o judicialmente a SI99 las sumas relativas a los desincentivos operativos impuestos y comunicados el 8 de marzo de 2018 (pretensión décima sexta).

Al contestar la demanda principal reformada, TRANSMILENIO respondió los hechos relativos a los desincentivos operativos, y de manera general expresó, en primer lugar, que se atiene al contenido literal de las cláusulas mencionadas por la Convocante en la fecha de suscripción del Contrato de Concesión; aclara que, en efecto, mediante la cláusula primera del Otrosí de junio de 2013 se adicionó al Contrato la definición de desincentivos operativos.

Insiste TRANSMILENIO, al contestar varios de los hechos, en que “(...) *los desincentivos operativos que se impusieron tanto antes como después de la firma de estas resoluciones [se refiere a las de modificación unilateral], fueron impuestos y comunicados de acuerdo a lo establecido en el contrato 001 del 19 de abril de 2000, el manual de operaciones y demás documentos contractuales*”, y en este sentido reconoce que se impusieron “(...) *un total de 13.064 desincentivos operativos, los cuales equivalen a 731.015 KM (...)*”.

Recalca la Convocada que los reportes de incumplimiento que fueron efectuados tienen el suficiente sustento probatorio y recapitula que las causas de la imposición de los desincentivos se ubican, principalmente, en “(...) *fallas técnicas en la flota al inicio de la jornada, deficiente gestión del mantenimiento representada en la falta de atención de novedades y corrección de fallas por varadas en vía, que influyeron en la falta de disponibilidad de la flota para cumplir con los servicios programados que en consecuencia generaron desincentivos por (vueltas perdidas)*”.

Continúa TRANSMILENIO argumentando que en atención a las múltiples inconformidades presentadas por SI99, quien “(...) *desde el 29 de enero de 2018, comenzó a objetar los reportes por incumplimiento notificados por TMSA (...)*”, se convocaron 3 sesiones de arreglo directo entre las partes, en las cuales se revisaron un total de 13.064 reportes; sin



embargo, afirma que *“(...) ninguno de estos arreglos surtió ningún resultado, en tanto no fue posible llegar a un acuerdo”*.

Frente al tema de la encuesta realizada por la firma Agricultural Assessments International Corporation S.A., afirma la Convocada que teniendo en cuenta los resultados obtenidos por el Concesionario y lo consagrado en el numeral 5 de la cláusula 84 del Contrato de Concesión, se *“(...) procedió a la imposición del desincentivo operativo dado que el Concesionario SI99 obtuvo un desfase entre 10% y 20% con respecto a los índices de los Concesionarios Connexión Móvil, Metrobus y Consorcio Express”*; y agrega *“(...) que desde la Subgerencia de Atención al Usuario se citó al concesionario el 07 de febrero de 2018, con el fin de socializar los resultados de la medición de satisfacción al usuario realizada en el mes diciembre de 2017 (...)”*.

Siguiendo, entonces, esta línea argumentativa, y frente a la petición de nulidad de algunos de los numerales incluidos en ciertas cláusulas relativas a los desincentivos, estima la Convocada, de manera general, que los mismos son ajustados a la legalidad y que, en todo caso, *“(...) el demandante no establece en detalle en que consiste la supuesta contrariedad de esas cláusulas con las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011”*.

Formula, a continuación, algunas excepciones de mérito encaminadas a atacar las pretensiones relativas a los desincentivos impuestos durante le ejecución del Contrato.

La primera de las excepciones corresponde a la que denominó *“5. INEXISTENCIA DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS 83.1, 83.2, 84, 88.1, 88.2, 88.3 Y 88.5 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 001 DE 2000”*, en la cual plantea que todas las previsiones convencionales frente a las cuales se pide la declaratoria de nulidad absoluta *“(...) corresponden a estipulaciones contractuales acordadas entre las partes producto de la libertad negocial y la autonomía de la voluntad, las cuales fueron libremente discutidas y respecto de las cuales no puede predicarse ningún vicio del consentimiento”*. Además, agrega que dichos acuerdos contractuales pactados con anterioridad a las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 -frente a las cuales se alega la nulidad-, *“(...) resultaban y resultan*

*válidas dentro de los contratos estatales en tanto a estos contratos se les aplica sin duda alguna las normas civiles y comerciales dentro de las cuales las partes podían válidamente pactar este tipo de penas por incumplimientos menores, sin que pueda afirmarse que en modo alguno violentan el derecho de defensa ni el debido proceso del contratista (...)*”.

En la excepción siguiente, denominada “6. MALA FE CONTRACTUAL DEL CONCESIONARIO SI99 S.A. PROHIBICIÓN DE ACTUAR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS”, pretende la Convocada atacar el comportamiento de SI99 pues, advierte, que el Concesionario “(...) de un lado, objetó algunos de los desincentivos que le fueron impuestos y notificados por Transmilenio, y de otro lado, se allanó o aceptó algunos de ellos para obtener beneficios económicos haciendo uso de la cláusula que ahora pretende sea declarada nula, lo que claramente demuestra un comportamiento que transgrede la buena fe contractual”. De esta manera agrega que, además, el Concesionario asistió y participó en varias reuniones de arreglo directo programadas para intentar acordar alguna solución, sin que en ninguna de ellas hubiera hecho manifestación alguna en el sentido de alegar la ilegalidad de las cláusulas contractuales que ataca en el escrito de demanda, contrariando así, en su parecer, el deber de actuar de buena fe y la teoría que prohíbe actuar contra los propios actos.

Continuando con la misma línea de defensa presentada en el escrito de contestación de la demanda principal reformada, formuló la Convocada demanda de reconvenición contra SI99, también reformada en su oportunidad, solicitando, principalmente, la declaratoria del Tribunal en el sentido de que TRANSMILENIO tiene el derecho legal y contractual de cobrar los diversos desincentivos operativos que le fueron impuestos y comunicados al Concesionario.

En desarrollo del capítulo relativo a los hechos que le sirven de fundamento, presenta TRANSMILENIO un recuento de algunas de las cláusulas más relevantes del Contrato de Concesión en lo que tiene que ver los con desincentivos y hace énfasis en que, de acuerdo con lo pactado en el Contrato, “*El concesionario SI 99 S.A. en ejercicio de sus*

*derechos contractuales se allanó o aceptó algunos de los desincentivos impuestos sobre los cuales no existe discusión alguna a la fecha, y objetó otros (...)*”.

Agrega TRANSMILENIO que los desincentivos objetados por SI99 que le fueron impuestos entre el mes de enero de 2018 y junio de 2019, recaen sobre un total de 731.015 kms, que de conformidad con la liquidación efectuada asciende a la suma de \$5.104.964.445, y los intereses de mora al momento de la presentación de la demanda de reconvención responden a la suma de \$2.237.732.963, montos que no han sido pagados por el Concesionario hasta la fecha. En este sentido, repasa TRANSMILENIO los desincentivos frente a los cuales presentó SI99 alguna objeción, aclarando aquellos frente a los cuales se llevó a cabo alguna etapa de arreglo directo.

Por último, se refiere a los desincentivos impuestos al Concesionario el día 8 de marzo de 2018 por incumplimiento en los niveles de satisfacción al usuario, según lo consagrado en la cláusula 84 del Contrato, tasándolo en un total de 9.680 kms, y enfatiza en que a falta de pronunciamiento al respecto, TRANSMILENIO dio por entendido que el Concesionario se allanaba al desincentivo impuesto.

Entre tanto, las pretensiones declarativas formuladas por TRANSMILENIO están encaminadas principalmente a: que se declare la existencia, validez y eficacia de la totalidad de las cláusulas 83, 84, 88 y 129 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000 (pretensiones primera, segunda, tercera y cuarta); que se declare que los desincentivos operativos impuestos al Concesionario entre el 29 de enero de 2018 y el 30 de junio de 2019 y dando aplicación a lo consagrado en el Contrato, fueron impuestos de manera legal y, en consecuencia, tiene derecho a cobrarlos, junto con los respectivos intereses de mora, y a realizar la respectiva compensación (pretensión quinta); que se declare que los desincentivos por incumplimiento de los niveles de satisfacción impuestos al Concesionario el 8 de marzo de 2018, dando aplicación a lo pactado en el Contrato, fueron impuestos de manera legal y, en consecuencia, tiene derecho a cobrarlos, junto con los respectivos intereses de mora, y a realizar la respectiva compensación (pretensión sexta).

Y como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita a título de condena: que se ordene a SI99 a reconocer y pagar a TRANSMILENIO la suma de \$5.104.964.445 -o la que resulte probada-, por concepto de los desincentivos operativos impuestos al Concesionario entre el 29 de enero de 2018 y el 30 de junio de 2019 (pretensión séptima); que se condene a SI99 a reconocer y pagar a TRANSMILENIO la suma de \$2.237.732.963 -o la que resulte probada-, por concepto de intereses de mora desde la imposición de los desincentivos operativos objetados y hasta la fecha de presentación de la demanda (pretensión octava); que se condene a SI99 a reconocer y pagar a TRANSMILENIO intereses moratorios desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha del Laudo o del pago efectivo (pretensión novena); que se condene a SI99 a reconocer y pagar a TRANSMILENIO la suma de \$75.117.962 -o la que resulte probada-, por concepto de los desincentivos por incumplimiento de los niveles de satisfacción impuestos al Concesionario (pretensión décima); que se condene a SI99 a reconocer y pagar a TRANSMILENIO la suma de \$53.452.569 -o la que resulte probada-, por concepto de intereses de mora desde la imposición de los desincentivos por incumplimiento de los niveles de satisfacción y hasta la fecha de presentación de la demanda (pretensión décimo primera).

Dentro del pronunciamiento frente a los hechos incluidos en el texto de la demanda de reconvenición reformada, afirma SI99 que se trata de transcripciones parciales, aisladas y descontextualizadas del Contrato de Concesión, por lo que se atiene a su contenido. Además advierte, a partir de los mismos argumentos planteados en su propia demanda, hablando sobre los desincentivos operativos impuestos, que *“(...) se advierte que no compartimos los sustentos y definiciones de TRANSMILENIO que motivaron la imposición de los mismos, así como el procedimiento utilizado, por las razones y argumentos que se expondrán (...)”*, así como tampoco el cálculo realizado unilateralmente por Transmilenio sobre el cobro de los mencionados desincentivos ni de los intereses, pues, destaca, *“(...) que dicho ejercicio carece de sustento metodológico y desconoce una cantidad importante de desincentivos que fueron depurados por las partes durante el proceso de arreglo directo”*.

Más adelante se pronuncia sobre la comunicación mediante la cual TRANSMILENIO le comunicó al Concesionario la imposición de un desincentivo por incumplimiento de los niveles de satisfacción, advirtiendo que *“Si bien es cierto que la comunicación mencionada existió, los desincentivos relativos al servicio al usuario se encuentran regulados en la cláusula 83 del Contrato de Concesión y no en la 84.5 como la indica TRANSMILENIO. Adicionalmente, no comparto el alcance, sustento y conclusiones de la referida comunicación”*. Agrega, también, que dicha actuación *“(…) constituyó una interpretación abusiva del Contrato, puesto que el mismo no contempla un término perentorio y preclusivo para la formulación de objeciones de parte del Concesionario”*.

Continúa la contestación de la demanda de reconvención reformada con la formulación de una serie de excepciones de mérito reafirmando, como es apenas lógico, los planteamientos esbozados en la demanda principal reformada, que tienen que ver, principalmente, con el procedimiento de imposición y comunicación de los desincentivos. En primer lugar, plantea la que ha denominado *“3.1. Nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en los numerales 83.1 y 83.2 de la cláusula 83 y 84.5 de la cláusula del Contrato de Concesión No. 001 de 2000”*, en tanto las mismas contravienen las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011. Por la misma razón, formula la excepción rotulada *“3.2. Nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en los numerales 88.1, 88.2, 88.3, 88.4 y 88.5 de la cláusula 88 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000”*. Luego aparece la que denominó *“3.4. Infracción de las disposiciones previstas en los numerales 82.5 de cláusula 82 y 84.6. de la cláusula 84 del Contrato de Concesión 001 de 2000”*, en relación con la cual explica que esto sucedió *“(…) en la medida en que dentro de la revisión, tasación y cálculo de los desincentivos impuestos y notificados indebidamente al Concesionario, omitió realizar el ejercicio obligatorio de graduación de la sanción, previsto por el Contrato (…)”*.

Siguiendo la misma línea, en lo que tiene que ver con el procedimiento para la imposición de los desincentivos, aparecen las siguientes excepciones: *“3.5. Infracción del tope contractual previsto para la imposición de desincentivos”*; *“3.6. Ausencia de prueba de la*

*comisión de las infracciones que dan lugar al cobro de desincentivos”, pues “(...) las únicas pruebas con las que cuenta TRANSMILENIO son informes unilateralmente elaborados por sus colaboradores, que nunca fueron verificados, aprobados o aceptados por SI99”; y “3.7. Inexistencia de un término contractual para la presentación de objeciones, por parte del Concesionario”.*

Por último, formula SI99 una excepción encaminada a atacar el comportamiento de TRANSMILENIO en lo que se refiere a “3.9. Actuación en contravía de sus propios actos”, cuyo numeral segundo advierte que la alegada contradicción recae “(...) (ii) Al desconocer la depuración conjunta de desincentivos que había realizado con el Concesionario”.

Ya en el ámbito de los alegatos, SI99, en su escrito, propone abordar las peticiones relativas a los desincentivos económicos desde dos perspectivas. En primer lugar, se refiere a las peticiones que persiguen la declaración de nulidad de algunas de las cláusulas incluidas dentro del Contrato de Concesión, esto, de cara tanto a las solicitudes sobre las que recae la demanda principal, como a la defensa propuesta en la contestación de la demanda de reconvención. De esta manera, la Convocante incorpora, nuevamente, una transcripción de los apartes de las cláusulas demandadas y una breve aproximación a la figura de la nulidad absoluta en el campo de la contratación estatal y en las disposiciones civiles y comerciales aplicables.

Resalta, en primer lugar, que es claro que en la Ley 1150 de 2007 se encuentra regulada la estructura sancionatoria de los contratos de concesión, y advierte que en virtud de esta disposición “(...) las Entidades Estatales solo podrán imponer a los contratistas aquellas multas que hayan sido expresamente pactadas por las partes”; anota que, al contrario de esto, “(...) las cláusulas 83.1, 83.2 y 84.5 consignan una facultad en cabeza de TRANSMILENIO que, claramente, contraviene el mandato constitucional de legalidad, comprometiendo disposiciones imperativas de derecho público y quebrantando los lineamientos de la jurisprudencia, frente a los consignado en los numerales 83.1, 83.2 y 84.5 (...)” (la subraya es del texto).

Concluye el apartado afirmando que las cláusulas mencionadas le otorgan a TRANSMILENIO una potestad -imponer multas que no han sido pactadas-, en contravía del régimen sancionatorio propio de los contratos estatales.

Frente a la solicitud de nulidad de los numerales 88.1, 88.2, 88.3 y/o 88.5 de la cláusula 88 del Contrato, en los cuales está regulado el tema de la liquidación y pago de los desincentivos, destaca el contenido de la Ley 1474 de 2011 para advertir que en virtud de ésta se *“(...) estableció un procedimiento de obligatorio cumplimiento para las Entidades Estatales a la hora de imponer multas, sanciones o declaratorias de incumplimiento (en nuestro caso, desincentivos), procedimiento que, es importante resaltar, empezó a regir a partir de la promulgación de la Ley 1474 de 2011 (12 de julio de 2011), pues el artículo 135 de esa disposición normativa así lo establece”*. Así las cosas, presenta un recuento detallado de los argumentos por los que, en su parecer, se presenta un evidente desbalance entre el procedimiento regulado en el Contrato de Concesión y el descrito en la mencionada Ley 1474, desconociendo los derechos del Concesionario, y de manera específica el derecho al debido proceso.

Las restantes pretensiones formuladas en la demanda principal reformada también son abordadas por la Convocante en el escrito de alegatos, tanto en el tema relativo a aquellos desincentivos impuestos a SI99 entre el 29 de enero de 2018 y el 30 de junio de 2019, como los impuestos mediante comunicación de 8 de marzo de 2018 por presuntos incumplimientos en los niveles de satisfacción al usuario.

Frente al primer grupo -desincentivos impuestos entre el 29 de enero de 2018 y el 30 de junio de 2019-, reitera SI99 que los mismos *“(...) fueron indebidamente impuestos y/o fueron impuestos bajo condiciones o procedimientos que no se acompañaban con las disposiciones legales y/o contractuales vigentes (...)”* y que, por lo mismo *“(...) TRANSMILENIO carece de cualquier derecho legal o contractual que le permita cobrarlos (...)”*, lo anterior -agrega- puesto que dichos desincentivos no contaban con un mecanismo objetivo de verificación y que además fueron impuestos con base en

decisiones unilaterales de TRANSMILENIO que no fueron pactadas en el Contrato, todo a partir de un criterio subjetivo, que desconoció las circunstancias objetivas de la operación.

En cuanto al segundo grupo -desincentivos impuestos mediante radicado No. 2018EE4462 del 8 de marzo de 2018 con ocasión al presunto incumplimiento de los niveles de satisfacción-, asegura la Convocante que respecto de los mismos “(...) existe una controversia frente a la objeción de este grupo de desincentivos, por parte de SI99, pues TRANSMILENIO asegura que los mismos no fueron objetados oportunamente según los tiempos del Contrato Concesión, mientras que SI99 sostiene que la interpretación contractual de TRANSMILENIO es equivocada y los desincentivos sí fueron objetados”. Y frente al tema de la encuesta realizada como soporte de dichos desincentivos, advierte que TRANSMILENIO incumplió con los parámetros establecidos para su realización pues, destaca, *“La propia firma encuestadora, aseguró que su trabajo no era un instrumento idóneo para realizar mediciones orientadas a la imposición de sanciones pecuniarias”*.

Por su lado, desde lo formal, TRANSMILENIO presentó escritos separados de alegatos de conclusión, uno relativo a la contestación de la demanda principal y otro, con contenido muy similar, en el contexto de la demanda de reconvención, refiriéndose, en esencia, a lo que argumentó como inexistencia de nulidad de las cláusulas atacadas por el Concesionario, aclarando que *“Tal y como se analiza, con el ánimo de prevenir confusiones entre las ‘multas’ entendidas como facultad excepcional otorgada a la Entidades Públicas en materia de contratación estatal y aquellas ‘multas’ operacionales, de menor incidencia y ligadas estrictamente a la operación continua del sistema, las PARTES definieron otorgar a las sanciones de que trata el Capítulo 11 del Contrato de Concesión, cuya tasación se encuentra expresada en kilómetros, la denominación de ‘desincentivos operativos’ y no de ‘multas’”*. Bajo esta concepción afirma, a partir de la definición de *“desincentivos operativos”*, que los mismos se entienden como aquellas estipulaciones consagradas de mutuo acuerdo por las partes en virtud de su libertad negocial, por lo que no es posible hablar de ningún vicio del consentimiento en el caso concreto.



Agrega, también, que además de tratarse de acuerdos contractuales, los desincentivos operativos “(...) obedecen a los más altos postulados legales del debido proceso y derecho a la defensa en materia de contratación estatal (...)”, y presenta un análisis detallado de las cláusulas cuestionadas a la luz de las leyes invocadas por la convocante.

Continúa el escrito de alegatos con la mención de lo que TRANSMILENIO ha invocado como mala fe del Concesionario por la prohibición de actuar en contra de sus propios actos toda vez que, en su parecer, *“El CONCESIONARIO solicita la nulidad de las cláusulas 83.1, 83.2, 84, 88.1, 88.2, 88.3 y 88.5 del Contrato de Concesión desconociendo que convino libremente en pactarlas, y que además, durante la ejecución del contrato se amparó en dichas cláusulas para efectos de hacer valer sus derechos contractuales”*.

Por último, resalta que tanto los desincentivos operativos como los que tienen que ver con la atención al usuario fueron impuestos y se encuentran debidamente soportados y sustentados, por lo que el Concesionario está obligado a su reconocimiento y pago en favor de TRANSMILENIO.

El Ministerio Público, en su concepto, incluye un capítulo relativo a los desincentivos operativos aplicados por TRANSMILENIO al Concesionario. Advierte que, en su opinión, la pretensión décima de la demanda principal reformada debe ser despachada de forma desfavorable, pues, considera, *“A contrario sensu de lo manifestado por el actor, el suscrito funcionario advierte que el capítulo 11 del contrato contiene una detallada reglamentación de los desincentivos operativos, relacionada con las causas que dan origen a los mismos, la liquidación de estos y el procedimiento correspondiente para su imposición”*.

Estima seguidamente que, en su criterio, las demás pretensiones formuladas en la demanda reformada de SI99 sobre el asunto están llamadas a prosperar, *“(...) en primer lugar, porque del análisis de la cláusula 88 no se puede deducir el procedimiento aplicado*

por TMSA, conforme al cual le concede al convocante un término de tres (3) días para pronunciarse frente al informe detallado, toda vez que el termino allí contemplado no es para objetar sino para allanarse al desincentivo. Tampoco de allí se puede deducir que el silencio del concesionario deba entenderse como un allanamiento al desincentivo sin derecho a descuento”, a lo que agrega que “En segundo lugar, y este es el argumento principal, porque el procedimiento sancionatorio tiene reserva legal, y este fue ya regulado por el legislador mediante la expedición de la ley 1474 de 2011, siendo esta disposición de orden público y por consiguiente de obligatorio cumplimiento”.

Más adelante reafirma, comparando el procedimiento relativo al tema de los desincentivos establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con aquel incluido dentro del clausulado contractual, que “(...) fácilmente se observa que este último es sustancialmente diferente al establecido en ley”.

Por lo anterior, estima que el Tribunal debe acceder a las pretensiones décima primera, décima segunda y décima tercera, así como a las consecuentes declaraciones de condena décima quinta y décima sexta de la demanda reformada de SI99. Y bajo la línea de opinión trazada, ya en torno a las pretensiones incluidas en la demanda de reconvención reformada de TRANSMILENIO, afirmó que “(...) teniendo en cuenta que el suscrito funcionario considera que se debe declarar la nulidad absoluta de la cláusula 88, conforme a los argumentos expuestos; la consecuencia obligada es despachar de forma desfavorable las pretensiones del demandante en reconvención dirigidas a que se reconozca la legalidad de las decisiones tomadas con fundamento en esa cláusula”.

### **3.5.2. Consideraciones y conclusiones del Tribunal.**

#### **3.5.2.1. Aspectos generales.**

Como se advierte en la amplia reseña que da cuenta de la posición de las partes -y del concepto del Ministerio Público- en torno a lo que debaten en materia de desincentivos operativos, las recíprocas reclamaciones formuladas comprenden dos aristas de perfil

diferenciado: uno, que atañe a la discusión sobre la validez o nulidad de las cláusulas contractuales que regulan el tema, y otro, que se ubica en la controversia sobre la legalidad o no de lo actuado por TRANSMILENIO al imponer los desincentivos cuyo pago pretende, segundo escenario éste que lleva implícito un resultado decisorio favorable a la tesis de que no hay compromiso de la validez del contenido contractual que se refiere al punto objeto de las diferencias.

En este orden de ideas, resulta entonces lógico acometer primero el examen del problema jurídico asociado a la validez o nulidad de las cláusulas del Contrato de Concesión 001 de 2000 que regulan la figura de los desincentivos -otrora multas-, empezando por la consideración de la excepción de caducidad invocada por TRANSMILENIO sobre este particular, para luego abordar, en un solo acápite y en función del resultado decisorio de lo anterior, la arista relativa a la legalidad de los desincentivos impuestos por la Convocada.

**3.5.2.2. La excepción de “CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES CON PRETENSIÓN DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS 83.1, 83.2, 84, 88.1, 88.2, 88.3 Y 88.5 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN”.**

La parte Convocada afirma la caducidad de la acción de nulidad de las cláusulas indicadas en las pretensiones quinta, sexta y séptima de la demanda principal reformada, por cuanto para el momento en que ésta se presentó, esto es el 5 de octubre del año 2020, el Contrato de Concesión 001 de 2000, perfeccionado el 19 de abril del año 2000, ya había terminado, lo cual ocurrió, a su juicio, el día 30 de junio de 2019. Apoya su tesis en lo dispuesto por el inciso 2º del literal j) del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, a cuyo tenor, *“Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente”.*

De su lado, para el agente del Ministerio Público esta excepción está llamada a prosperar. Sustenta su posición en la caducidad de la acción, pero razonando de manera diferente a como lo hace la Convocada. En efecto, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 624 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, y a cuyo tenor *“las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones”*, el Procurador Delegado considera que la disposición aplicable en este caso para definir el término de caducidad de la acción de control de controversias contractuales es el Decreto 01 de 1984, anterior al actual Código de lo Contencioso Administrativo, por ser la norma vigente a la fecha de la celebración del Contrato de Concesión 001 de 2000, y considerando que se trataba de un término que ya había empezado a correr.

La solución sobre la determinación de si ha operado o no la caducidad, en lo que a este caso concreto se refiere, se halla, a juicio del representante del Ministerio Público, en lo dispuesto por el literal e) del numeral 10 del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, tal como quedó modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que textualmente dice: *“La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2), el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento”*. Con base en esta norma, concluye que la acción de nulidad intentada por la Convocante debió caducar el día 20 de abril del año 2005. Ahora bien, prosigue el Ministerio Público, como en la parte motiva de la Resolución 589 de 2017 se señala que las cláusulas 88.3 y 88.5 fueron modificadas el 30 de octubre del año 2002, la fecha límite para demandar la nulidad debe ser extendida

hasta el 31 de octubre del año 2007. Para él, entonces, cuando se presentó la demanda, en el año 2019, ya había operado la caducidad de la acción.

Sin embargo, frente al planteamiento así expuesto hay que advertir que, en opinión del Tribunal, el artículo 624 del CGP se refiere al escenario de *“sustanciación y ritualidad de los juicios”* y no al término señalado por la ley para reclamar un derecho mediante el ejercicio de la acción correspondiente; en este sentido, estima el Tribunal que cuando la citada norma habla de los términos que han comenzado a correr, se refiere a aquellos que dentro de un determinado proceso se están surtiendo<sup>234</sup>, pues la estricta aplicación del mencionado artículo 624 del CGP se ubica en la hipótesis de trámites en curso, no en tratándose de eventos en los que no se ha iniciado el trámite cuando entra a regir la nueva ley procedimental. Y a lo anterior hay que agregar lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en virtud del cual *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*, exceptuando *“Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato”*, distinción frente a la cual no pasa desapercibido, a juicio del Tribunal, que la naturaleza de la caducidad de la acción tiene talante preponderantemente procesal, lo que se traduciría en la aplicación de la norma instrumental vigente al momento en que se ejerce la acción, vale decir, para el caso que ocupa la atención, la Ley 1437 de 2011<sup>235</sup>.

De otro lado, para el Tribunal no es de recibo la tesis expuesta por la Convocante de acuerdo con la cual el término de caducidad previsto por el segundo inciso del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA para la acción de nulidad, absoluta o relativa, sólo aplica cuando lo que se pretende es la nulidad de la totalidad del contrato, no la de alguna(s) de sus cláusulas, evento en el cual, en su entender, la preceptiva a considerar es la del posterior numeral iii) del mismo literal, en cuya virtud, *“iii) En los [contratos] que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, [el*

---

<sup>234</sup> Verbigracia si se ha corrido traslado por veinte días para contestar una demanda y cambia la legislación procesal concediendo sólo diez días para ese efecto, hipótesis en la cual la ley aplicable será la vigente para cuando comenzó a correr ese traslado.

<sup>235</sup> Adicionalmente, el Tribunal estima pertinente acotar que aún si se considerara la presencia de dos opciones razonables de entendimiento en el tópico específico que se examina, habría de darse prevalencia al contenido normativo que otorgue mayor grado de garantía de acceso a la decisión de fondo, que lo sería, también la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

*término de caducidad se contará] desde el día siguiente al de la firma del acta".* Para el Tribunal, es la naturaleza de la reclamación judicial -la nulidad- la que determina la especial previsión del legislador en cuanto a la caducidad de la acción, y tal naturaleza es la misma, independientemente de si ella se predica de todo el contrato o si es, apenas, parcial, por manera que, para el Tribunal, es la regla del segundo inciso del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA la que ha de aplicarse para efectos de decidir sobre la configuración o no de la caducidad alegada por TRANSMILENIO.

En este orden de ideas, valga recordar que la norma recién citada dispone que *"Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento"*, con el explícito agregado de que *"En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente"*.

Para el Tribunal es claro, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 589 de 2017, la cual, como en su momento se reseñó, introdujo modificaciones en la regulación del "PLAZO" del Contrato de Concesión 001 de 2001, que el término de su vigencia era indeterminado pero determinable, en función del agotamiento de todas sus etapas, incluida por supuesto la de *"operación regular"* pero también la posterior *"de reversión"*, con expresa advertencia, en el texto modificado de la cláusula 105, de que *"Se considerará iniciada la etapa de reversión en el momento que se haya dado por terminada la etapa de operación regular de acuerdo con lo establecido en la cláusula anterior (...)"*, *"Dicha etapa [de reversión] terminará en la fecha en la que TRANSMILENIO S.A expida el certificado en el que conste haber recibido la totalidad de los bienes revertibles, en el estado y condiciones previstas en el presente contrato"* y ***"Solo a partir de la fecha de la certificación antes mencionada, se entenderá vencido el término del presente contrato generando los efectos de ley, y surgiendo para las partes la obligación de proceder a la liquidación del contrato en los términos del artículo 66 de la Ley 80 de 1993"*** (la negrilla no es del texto).

En este estado de cosas, la configuración de la caducidad alegada por la Convocada supone y exige la prueba de que la demanda principal reformada, en la que se impetraron las pretensiones de nulidad absoluta, fue presentada con posterioridad a la extinción de la vigencia del Contrato -determinada por la fecha del certificado de recibo de la totalidad de los bienes revertibles-, supuesto fáctico no demostrado en el plenario, siendo claro, como en efecto es, que el mismo no terminó el 30 de junio de 2019, que es el hito invocado por TRANSMILENIO para sustentar la excepción que formuló<sup>236</sup>.

Por las razones expuestas, el Tribunal despachará negativamente esta excepción.

**3.5.2.3. LA CONTROVERSIA SOBRE LA VALIDEZ O NULIDAD ABSOLUTA DE LAS CLÁUSULAS 83.1, 83.2, 84.5, 88.1, 88.2, 88.3 Y/O 88.5 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2000 Y LA LEGALIDAD DE LOS DESINCENTIVOS IMPUESTOS POR TRANSMILENIO.**

En las pretensiones quinta, sexta y séptima de la demanda principal reformada, la Convocante solicita la declaratoria de nulidad absoluta de los numerales 83.1 y 83.2 de la cláusula 83, del numeral 84.5 de la cláusula 84 y de los numerales 88.1, 88.2, 88.3 y/o 88.5 de la cláusula 88 del Contrato de Concesión 001 de 2000, por considerar que todos ellos son violatorios de las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, en particular por contrariar lo dispuesto por el artículo 17 de la primera y el precepto 86 de la segunda. El Tribunal remite al texto de las cláusulas mencionadas, referenciado en acápite precedente con ocasión de la reseña panorámica, desde la perspectiva de los temas debatidos en este proceso, del contenido negocial vertido en el Contrato de Concesión 001 de 2001, incluida su versión inicial y sus modificaciones relevantes.

A juicio de la Convocante, los llamados desincentivos operativos, definidos por el Otrosí suscrito en junio de 2013, conservan el carácter sancionatorio con el que habían sido concebidas las multas por deficiencias relacionadas con el servicio al usuario en la

---

<sup>236</sup> En el alegato final de SI99 se menciona el Acta de liquidación bilateral del Contrato de Concesión 001 de 2000, suscrita el 2 de diciembre de 2020.

redacción original del Contrato de Concesión No. 001 de 2000. En consecuencia, el cambio de la palabra multas por la de desincentivos es puramente formal, y exige que se identifiquen y pacten concretamente las conductas o infracciones que dan lugar a la imposición de las correspondientes sanciones, por supuesto respetando el debido proceso, en particular garantizando el derecho a la defensa del Concesionario. Esto es, precisamente, lo que se echa de menos en las cláusulas acusadas de nulidad, pues, a criterio de la Convocante, las multas no fueron pactadas, tal como lo exige el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma ésta que es de derecho público, lo que conduce a la nulidad absoluta de dichos numerales por aplicación directa de lo dispuesto por los artículos 1519, del Código Civil y 899 del Código de Comercio, cuyo texto, respectivamente, es del siguiente tenor: *“Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”*; y *“Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1. Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2. Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y 3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”*. También invoca los artículos 1740 y 1741 del Código Civil.

Para la Convocada, por el contrario, todas las cláusulas contenidas en el capítulo once (11) del Contrato de Concesión 001 de 2000 y, en particular, las acusadas por ilicitud del objeto, esto es, la 83.1, la 83.2, la 84.5 y la 88 -numerales 1, 2, 3 y/o 5-, se ajustan a la Constitución y la ley, fueron libremente pactadas en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, y son respetuosas del derecho al debido proceso y del principio de legalidad, lo que significa que ninguna de ellas contraría lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En consecuencia, su validez es incuestionable.

Sabido es que los contratos estatales, salvo en lo que dice relación con las llamadas cláusulas excepcionales al derecho común (terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral del contrato por parte de la administración, caducidad y reversión), se rigen por las normas del derecho privado. Así lo disponen los artículos 13 y



40 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor -recuérdese-: *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por esta ley”* (art. 13); y *“Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”* (art. 40).

El principio fundamental en materia de contratación, tanto en la privada como en la pública, es el de la autonomía de la voluntad, esto es, la posibilidad que el ordenamiento le reconoce a los contratantes de regular sus propios intereses en la forma que mejor les convenga. El ejercicio de la autonomía privada supone, entonces, la libertad de contratar o de no contratar; la libertad de escoger con quien se contrata; la libertad de definir la naturaleza específica y el contenido del negocio que se celebra; y el espectro vinculante del acuerdo celebrado por las partes, de manera que una vez perfeccionado el consentimiento, el contrato *“es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”* (artículo 1602 del Código Civil). Todo, desde luego, dentro de los límites que representan la ley imperativa, el orden público y las buenas costumbres, con el concepto que a cada uno de ellos tradicionalmente se reconoce.

En concordancia con el régimen mixto o híbrido de derecho público y privado que caracteriza al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en materia de nulidades de los contratos estatales el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 prevé:

*“Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

- 1º. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
- 2º. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;*
- 3º. Se celebren con abuso o desviación de poder;*
- 4º. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*
- 5º. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley”.*

Es indiscutible, entonces, que además de prohijar de manera expresa las causales de nulidad absoluta contenidas en el derecho privado, las cuales, por lo mismo, encuentran plena cabida y aplicación en tratándose de un contrato estatal, la Ley 80 agrega otros motivos que atienden a criterios que resultan afines a lo público, de modo que, como bien lo ha señalado el Consejo de Estado, *“Las causales de nulidad absoluta en contratación estatal son, en síntesis, aquellas que prescribe el artículo 1741 del Código Civil y además las expresamente señaladas en la Ley 80 de 1993 en su artículo 44”*<sup>237</sup>.

Es sabido, conforme también lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>238</sup> que *“Las causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o de un contrato viciado de aquel tipo de ilegalidad”*<sup>239</sup>.

Acorde con la sintonía de la Ley 80 de 1993 con la regulación del derecho privado, aquella consagra también la posibilidad de la nulidad total o parcial de un contrato estatal, según que el grado de afectación a la eficacia del vínculo impacte la totalidad del acuerdo,

---

<sup>237</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sub Sección C. Sentencia de 24 de abril de 2017. Radicación número: 25000-23-26-000-2006-02169-01(41880). En el mismo sentido, entre muchas otras, la sentencia de 16 de julio de 2015 de la Sub Sección A de la misma Sección Tercera (Radicación número: 76001-23-31-000-2002-04055-01(41768) y la de 29 de abril de 2015 (Radicación número: 63001-23-31-000-2000-00024-01(31818)).

<sup>238</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sub Sección A. Sentencia de 18 de abril de 2016. Radicación número: 76001-23-31-000-2001-03567-01 (34648).

<sup>239</sup> BRUGI Biagio: “Instituciones de Derecho Civil”, Ed. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, Págs. 122 y s.s.

o -tal como se discute en el asunto *sub-lite*- solo a algunas de sus estipulaciones, evento este último en el cual, conforme lo señala el artículo 47 de la citada Ley, coincidiendo con un criterio que se acerca al previsto en el derecho común para estos casos, *“La nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato no invalidará la totalidad del acto, salvo cuando este no pudiese existir sin la parte viciada”*.

Descendiendo al examen del punto controvertido en este proceso, se advierte que TRANSMILENIO y SI99 efectivamente pactaron en la cláusula 83 las condiciones de exigibilidad de las multas -desincentivos operativos- por deficiencias relacionadas con el servicio al usuario. En el numeral primero se estipuló que *“si EL CONCESIONARIO no cumpliera con cualquiera de los parámetros, requisitos, obligaciones y responsabilidades previstos en el presente contrato relacionadas con el servicio al usuario, salvo que TRANSMILENIO S.A. lo autorice, y que vayan en detrimento de manera directa o indirecta, del derecho de los usuarios del Sistema Transmilenio a un servicio seguro, y en especial cuando con la conducta del CONCESIONARIO o de sus empleados, contratistas, agentes o dependientes se desconozcan los principios de igualdad de acceso, respeto y dignidad de los usuarios, se harán exigibles multas diarias, por cada parámetro, requisito, obligación o responsabilidad incumplida, por un valor entre uno (1) y veinte (20) salarios mínimos mensuales, mientras subsiste el incumplimiento; TRANSMILENIO S.A., en su calidad de gestor, graduará a su juicio el monto de la sanción causada, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, su incidencia en la adecuada prestación del servicio público de transporte del Sistema Transmilenio, y el grado de compromiso en que se encuentre o se haya encontrado la seguridad de la operación y el nivel de satisfacción de los usuarios por el incumplimiento respectivo”*; y en el numeral segundo se pactó que *“TRANSMILENIO S.A. podrá identificar e individualizar las conductas generadoras de multas por concepto de servicio al usuario mediante la preparación de un manual o reglamento de servicio y calidad al usuario, teniendo en cuenta las quejas y reclamos que reciba por parte de los usuarios, y las conductas que observe en el CONCESIONARIO o sus empleados, representantes y dependientes, que puedan afectar el grado de satisfacción de los usuarios con el Sistema Transmilenio”*.

En armonía con lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispone que el debido proceso será un principio rector en tratándose de imponer sanciones por actuaciones contractuales, y que las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, *“tendrán las facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones”*.

Sobre el alcance de esta norma se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto del 10 de octubre de 2013<sup>240</sup>, en la que se resolvió una consulta del Ministerio del Transporte sobre “multas” en el contrato de concesión celebrado entre la Aeronáutica Civil y Opain, citada por ambas partes en sus alegatos de conclusión, algunos de cuyos apartes más relevantes conviene reproducir aquí: **“Para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la cláusula penal pecuniaria en los contratos, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente con los postulados propios del principio de legalidad”** (Destaca el Tribunal). Y en otro aparte: *“En materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes -no la ley, pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción”*.

En efecto, no existe duda alguna acerca de que, de conformidad con el artículo 40 del Estatuto Contractual, en consonancia con el citado artículo 17 de la Ley 1150 de 2007<sup>241</sup>, las entidades estatales están facultadas para pactar mecanismos de apremio y/o de

---

<sup>240</sup> Radicación No. 11001-03-06-000-2013-00884-00 (2157), Ponente: Dr. Álvaro Namén Vargas.

<sup>241</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de junio de 2016. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (39665). *“Así las cosas, en vigencia de la Ley 1150 de 2007, es el mismo legislador quien expresamente le otorgó a las entidades estatales la facultad o competencia para imponer y hacer exigibles unilateralmente las multas y declarar el incumplimiento por medio de acto administrativo, pero dicha norma únicamente sería aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su expedición, siempre y cuando los actos administrativos por medio de los cuales se impuso la multa o se declaró el incumplimiento hubieran sido proferidos posteriormente a su entrada en vigencia”*.

carácter sancionatorio, con el fin de constreñir al contratista a cumplir, por manera que las cláusulas en las que se pactan “multas” son legales por cuanto desarrollan el principio de la autonomía de la voluntad, a la par que son un mecanismo legítimo para el ejercicio de la función pública en materia contractual, de modo que *“(…) su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración”<sup>242</sup>.*

Para el Tribunal es indudable, como ya se señaló, que sí hubo un pacto sobre multas - luego consideradas como desincentivos- que vincula a las partes, no sólo porque es producto de su consentimiento mutuo, sino porque lo acordado no viola lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma que indudablemente es de derecho público y que tiene carácter imperativo. En efecto, por lo que dice relación con la tipificación de las conductas susceptibles de ser sancionadas con multas, la cláusula 83.1 remite a los parámetros, requisitos, obligaciones y responsabilidades *“previstos en el presente contrato”* relacionadas con el servicio al usuario. No se trata, entonces, como lo afirma la Convocante, de un tipo en blanco que deje al arbitrio de la entidad contratante la definición de las conductas susceptibles de sanción. Estas están determinadas y son las relacionadas con el servicio al usuario que aparecen en el contrato mismo o en el Manual o Reglamento de Operaciones, opción legítima de referenciación. Las sanciones están, igualmente, estipuladas con claridad, pudiendo oscilar, a juicio de la entidad contratante, según, también criterios precisos, como el de la gravedad de la infracción o el de su incidencia en la prestación del servicio, entre uno y veinte salarios mínimos mensuales. Luego, por este aspecto, no se ve la vulneración del principio de legalidad.

No comparte, entonces, el Tribunal la apreciación hecha por la Convocante en su escrito de alegaciones, en el sentido de que *“en ningún momento, menos en el texto del Contrato de Concesión, las partes acordaron que en ese documento (se refiere al Manual de Operaciones) se podían incluir unilateralmente dichas conductas”*.

---

<sup>242</sup> Consejo de Estado, Sala de consulta y Servicio Civil, C.P.: Dr. William Zambrano Cetina, 29 de noviembre de 2010. Radicación #2040.

Basta una simple lectura de la cláusula 83.2 para percatarse que SI99 estuvo de acuerdo en deferir a TRANSMILENIO la facultad de preparar un Manual de Operaciones y de incluir en él las conductas sancionables por incumplimientos relacionados con el servicio al usuario. No se estipuló que dicho reglamento o manual tuviese que ser refrendado por el Concesionario. Por manera que la autorización otorgada contractualmente a TRANSMILENIO para expedir un Manual de Operaciones y el hecho de que posteriormente este se expidiera unilateralmente, en ejercicio de aquella facultad, no hace que este acto de ejecución pierda su naturaleza contractual. Y, por supuesto, dada la naturaleza reglamentaria del mismo, no podía salirse del marco trazado por el propio contrato de concesión, hecho éste que no fue alegado dentro del proceso.

Las manifestaciones del unilateralismo en materia de derecho contractual son muy variadas. A título ilustrativo, adviértase cómo el ejercicio de una facultad unilateral, salvo que la misma sea otorgada directamente por la ley, que no es el caso, supone necesariamente un acuerdo previo de la voluntad de las partes en el que se autorice a una de ellas a ejercer dicha facultad, por supuesto sin que ese ejercicio pueda desembocar en un abuso del derecho.

A propósito de este punto, el profesor Thierry Revet, refiriéndose al artículo 1129 del *Code Civil*, anterior a la reforma del año 2016, en cuanto éste establecía que era necesario que la obligación tuviese por objeto al menos una cosa determinada en cuanto a su género, pudiendo ser la cantidad incierta con tal que se indique la manera de determinarla posteriormente, dice lo siguiente: *“La clásica exclusión de la determinación unilateral (de la cantidad) de las cosas de género encuentra su justificación en la equivalencia entre determinabilidad y determinación, que habría establecido el inciso 2º del artículo 1129 del Código Civil: puesto que la determinación inicial de la cosa es convenida por las partes, la determinación ulterior no podría ser unilateral. Ciertamente, la determinación en el tiempo de la ejecución del contrato no puede estar subordinada a un acuerdo directo de las partes, porque un desacuerdo invalidaría el acto ya válidamente formado: las partes deben, entonces, haber elegido, al momento de la celebración del contrato, un*

*mecanismo o un tercero que permita fijar la cantidad de la cosa de género llegado el momento, sin tener que volver a pasar por la voluntad común de las partes. La determinación durante el tiempo de ejecución no resulta, por consiguiente, sino indirectamente del acuerdo de las partes. Pero, al menos tradicionalmente, los contratantes no pueden someterse a la decisión de uno sólo de ellos porque -se estima- ello sería atentar contra del bilateralismo consubstancial al contrato (bilateralismo directo al momento de la celebración, indirecto al momento de la ejecución). Sin embargo, a diferencia del artículo 1591 que requiere que el precio de la venta sea “determinado y fijado por las partes”, el artículo 1129 del Código Civil no impone expresamente que la cantidad sea fijada por los dos contratantes. Bajo este ángulo, la cláusula de fijación unilateral al tiempo de la ejecución del contrato es perfectamente admisible: ¿acaso no la hace determinable?”<sup>243</sup>.*

El ejercicio de una facultad unilateral puede incluso llegar hasta delegar en una de las partes la definición de un elemento esencial del contrato, no simplemente accidental como ocurre en el caso puesto a consideración de este Tribunal. En derecho, si se puede lo más, se puede lo menos. Baste con mencionar el caso de la fijación unilateral del precio en ciertos contratos. En principio, podría decirse que un acuerdo en el que se deja la fijación del precio, elemento esencial, no accidental, a lo que decida una de las partes en la etapa de ejecución del contrato, haría, *prima facie*, que el contrato fuese considerado de alguna manera ineficaz -inexistente o nulo, según distintas aproximaciones que al respecto se observan en la doctrina-. No obstante, la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa ha admitido la fijación unilateral del precio en los contratos de franquicia y en los contratos marco o cuadro, que exigen la celebración de contratos ulteriores, y en los que se faculta a una de las partes para fijar el precio, con tal que en el ejercicio de esa facultad no se incurra en un abuso del derecho. Esta jurisprudencia está recogida en la reforma del derecho de los contratos y de las obligaciones de 2016. El artículo 1164 de la nueva nomenclatura dice: “*Dentro de los contratos marco, se puede convenir que el precio será fijado unilateralmente por una de las partes, con la carga para*

---

<sup>243</sup> La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat, en L'unilatéralisme et le Droit des obligations, Ed. Economica, Paris, 1999, pp. 32 y 33.

*ella de motivar el monto en caso de reclamación. En caso de abuso en la fijación del precio, se puede interponer una demanda ante el juez con el fin de obtener daños y perjuicios y, si hay lugar a ello, la resolución del contrato*<sup>244</sup>. Y el artículo 1165 estableció una regla similar para los contratos de prestación de servicios.

Como puede verse, el ejercicio de las facultades unilaterales acordadas por las dos partes al momento de celebrar un contrato no exige, para su validez, de un acuerdo posterior que las avale o que refrende el ejercicio que de ellas haya hecho la parte autorizada para ejercerlas. Entre los medios naturales de control con que cuenta la contraparte contractual para evitar aprovechamientos indebidos, suele mencionarse el de demandar la indemnización de perjuicios por ejercicio abusivo de un derecho y, eventualmente, solicitar la resolución del contrato.

En esta línea, el Tribunal considera que tiene razonabilidad convenir la aplicación del Manual de Operaciones de la Concedente como referente de regulación de aspectos propios de la prestación del servicio a cargo de los Concesionarios, lo que tiene sentido si se piensa en la naturaleza de la actividad constitutiva del mismo, con complejidad evidente e inevitable y pluralidad de operadores, todo lo cual sugiere la conveniencia de normas estándar y uniformes para regular los distintos aspectos vinculados al servicio de transporte concesionado.

Por lo expuesto, el Tribunal no accederá a decretar la nulidad absoluta de los numerales 83.1 y 83.2 de la cláusula 83. Tampoco decretará la nulidad absoluta del numeral 84.5 de la cláusula 84, a la que le son aplicables, *mutatis mutandis*, las mismas razones que lo han llevado a mantener la validez de aquellos.

Como ya se adelantó, la pretensión séptima de la demanda reformada busca que se declare la nulidad absoluta de los numerales 88.1, 88.2, 88.3 y/o 88.5 de la cláusula 88 del Contrato de Concesión 001 de 2000, por ser contrarios tanto al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 como al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

---

<sup>244</sup> Cfr. L a Reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones, RIAÑO SAAS, A. y FORTICH, S.



El artículo 86 de la Ley 1474 de 2001 estableció el procedimiento que la administración pública debe seguir para imponer multas, sanciones y hacer declaratorias de incumplimiento, que consiste, básicamente, en lo siguiente: evidenciado un posible incumplimiento, la entidad pública debe citar, a **“la mayor brevedad posible”** al contratista a una audiencia, haciendo **“mención expresa y detallada de los hechos que la soportan”**, acompañada dicha citación con un informe de auditoría o de la supervisión del contrato que sustente la acusación, e informando al contratista las normas o cláusulas que considera han sido violadas. En la audiencia, que puede ser suspendida de oficio o a solicitud de parte para allegar o practicar pruebas que se consideren **“conducentes y pertinentes”** previa la intervención del jefe de la entidad contratante o de su delegado, en la que éste deberá indicar los hechos que dan origen a la actuación, las normas o cláusulas violadas y las consecuencias que se siguen de ello, se dará traslado al contratista y al garante, o a quienes los representen, para que formulen descargos, aporten pruebas, controvertan las presentadas por el contratante y den las demás explicaciones que consideren necesarias. Concluida la etapa probatoria y de explicaciones, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa mediante **“resolución motivada”**, la que se considerará notificada allí mismo, y la que será susceptible sólo de recurso de reposición que deberá ser resuelto en la misma audiencia. (destaca el Tribunal).

En Sentencia C-499 del 5 de agosto de 2015, la Corte Constitucional, al estudiar el contenido del citado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en lo pertinente expresó:

*“5.5.2. En el primer inciso de este artículo se faculta a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, valga decir, a las entidades estatales, según aparecen definidas en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, para (...) (iii) imponer las multas y las sanciones pactadas. (...).*

*5.5.3. Para poder comprender el sentido del anterior inciso, es necesario hacer una interpretación sistemática de todo el contenido del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. (...).*

5.5.4. *El procedimiento previsto en los literales aludidos inicia cuando la entidad estatal advierte, a partir de unos hechos y de un informe de interventoría o de supervisión, la existencia de un posible incumplimiento del contrato. Prosigue con la citación al contratista, al que se dará noticia expresa y detallada de tales hechos e informes, de las normas o cláusulas que habrían sido violadas y de las consecuencias que podrían derivarse de ello, para debatir lo ocurrido, en un a audiencia, la que también se convocará al garante. En la audiencia se volverá a dar cuenta de lo manifestado en la citación y se dará la oportunidad al contratista y al garante de presentar sus descargos, de aportar pruebas y de controvertir las pruebas presentadas por la entidad. La audiencia se puede suspender para practicar otras pruebas, de oficio o a petición de parte, cuanto se estime que ellas son conducentes y pertinentes o necesarias. El procedimiento concluye con una resolución motivada en la cual se decide la declaración o no del incumplimiento. Por último, si la entidad estatal tiene noticia de la ‘cesación de la situación de incumplimiento’, puede ‘dar por terminado el procedimiento’.*

5.5.5. *El antedicho procedimiento, que debe seguirse de manera necesaria para que la entidad estatal pueda ejercer las facultades previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, garantiza que el contratista y su garante (i) serán informados en detalle y con los soportes correspondientes de los hechos en los que se funda la consideración de que el contrato se ha incumplido; (ii) tendrán la oportunidad de presentar sus descargos, dar explicaciones, aportar y controvertir pruebas; (iii) conocerán en la misma audiencia la resolución motivada de la entidad estatal y podrán presentar contra ella el recurso de reposición, que se tramitará y resolverá en la audiencia. Incluso, es posible suspender la audiencia, por razones de práctica de pruebas o por ‘cualquier otra razón debidamente sustentada’. (...).*

(...)

5.5.8. *Por último, dado que la resolución motivada en comento debe fundarse en hechos verificados por medio de pruebas, no en suposiciones y prejuicios de la entidad estatal, lo que significa que tanto la existencia de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato como la responsabilidad del contratista en ellos debe estar probada, en el escenario de la audiencia, la actuación administrativa en la que se soporta la cuantificación de perjuicios respetan (sic) el debido proceso”.*

La cláusula 88 del Contrato de Concesión 001 de 2000, puesta en entredicho por la Convocante, señala cómo habrán de liquidarse y pagarse las multas -entiéndase, desincentivos operativos-, estableciendo un procedimiento en el que se busca respetar adecuadamente el derecho de defensa y, con él, al debido proceso, de rango constitucional. Es así como en el numeral 1 de la cláusula se pactó algo que, en

sustancia, va en la línea trazada por el artículo 86 de las Ley 1474 de 2011 para dar inicio al proceso de imposición de multas, a saber: *“TRANSMILENIO S.A. elaborará y remitirá al CONCESIONARIO un ‘reporte detallado’ de los incumplimientos identificados mediante cualquiera de los mecanismos previstos en el numeral anterior para su verificación, indicando los hechos que configuran el incumplimiento, la condición o previsión contractual incumplida, los mecanismos de verificación que dan cuenta de la infracción identificando las circunstancias de condición, tiempo y lugar que la determinaron, y detallando la tasación o cuantificación de la multa que se ha hecho exigible conforme a las previsiones contempladas al efecto en el presente contrato”*. (destaca el Tribunal).

Esta especie de auto cabeza del proceso, en donde de manera detallada se indica la posible infracción, los hechos que la configuran, su verificación (pruebas), las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo el eventual incumplimiento y la posible sanción coincide, palabras más palabras menos, pero en todo caso sí con el espíritu del literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en el que se dispone que en la citación a la audiencia deberá hacerse *“mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de auditoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación”* (la negrilla no es del texto). Es elemental. Para poder ejercer el derecho a la defensa ha de saberse de qué se es acusado, los hechos en que se sustenta la acusación, las pruebas que de ello se tienen y las consecuencias que se siguen de no lograr desvirtuar el imputado la acusación. Tanto el numeral 88.1, separadamente considerado, como el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 coinciden en esto, razón por la cual el Tribunal no observa violación de la norma de derecho público, y, por consiguiente, habrá de negar la declaración de nulidad del citado numeral 88.1 de la cláusula 88 del Contrato de Concesión 001 de 2000.

De acuerdo con la cláusula 88 bajo análisis, surtido el trámite previsto en el numeral 88.1 de la misma, puede suceder una de dos cosas: o bien el Concesionario se allana a la

cancelación, descuento o compensación de la multa, de manera expresa y por escrito, dentro de los tres días siguientes a la recepción del reporte detallado a que alude el numeral 88.1, caso éste en el que el Concesionario se beneficia de un descuento del 40% del valor de la sanción (numeral 88.3); o bien el Concesionario objeta el cargo que se le hace, caso en el cual debe acudir a los mecanismos de solución de conflictos previstos en el capítulo 20 del Contrato: arreglo directo, conciliación, arbitraje y amigable composición.

De la lectura del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se desprende, con toda claridad, que las sanciones deben ser impuestas mediante acto administrativo. El literal c) dice, en efecto, que *“hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento”*. Por consiguiente, si el contratista se allana, no hay acto de imposición de sanción, sino un acto de voluntad, libre y espontáneo, por medio del cual el contratista acepta el cargo que se le hace, renuncia al derecho a objetar o discutir la infracción que se le imputa, obteniendo un descuento del 40%.

El Tribunal comparte, en lo que a este punto concreto se refiere, lo afirmado en el laudo arbitral proferido el 6 de julio de 2018 para dirimir las controversias entre Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este es mi Bus S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A., en el que se dijo: *“Cuando el Concesionario se allana al desincentivo, es claro que no existe un acto de imposición de una sanción, pues es la voluntad de aquél la que crea un negocio jurídico dispositivo por el cual él acepta que se produjo el hecho que genera el desincentivo y por ello se obliga a pagar su monto con un descuento. Como no hay imposición de una sanción por parte de la entidad pública no hay lugar a aplicar el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y deben aplicarse los principios del derecho privado que reconocen plenos efectos a los actos jurídicos de allanamiento”*<sup>245</sup>.

---

<sup>245</sup> Laudo de 6 de julio de 2018, p. 275.

De lo anterior se sigue que la situación prevista por el numeral 88.3 de la cláusula 88 es ajena, en sí misma, al proceso de imposición de multas. Por consiguiente, no puede, lógicamente, endilgársele ser contrario a lo dispuesto por el artículo por los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, razón por la cual el Tribunal no accederá a la declaratoria de nulidad solicitada en la pretensión séptima de la demanda reformada.

No sucede lo mismo con lo pactado en el numeral 88.2 de la cláusula 88 del Contrato de Concesión 001 de 2000. En este evento, el Concesionario objeta la infracción y la sanción aplicable, lo que desencadena un proceso que debe concluir en la imposición o en la no imposición de las multas o desincentivos. Es evidente, entonces, que en esta hipótesis debe, necesariamente, seguirse el procedimiento indicado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Por lo tanto, en la medida en que lo pactado no coincida con lo ordenado por la norma de orden público o, por mejor decir, de derecho público, adolece de objeto ilícito y es nulo de nulidad absoluta.

Ahora bien, lo que prevé el numeral 88.2 de la cláusula 88 es que si el Concesionario objeta la multa, debe acudir directamente a los mecanismos de solución de conflictos previstos en el capítulo 20 del Contrato de Concesión, comenzando con una etapa de arreglo directo regulada en la cláusula 129, seguida de un proceso de conciliación, en caso de fracasar el entendimiento directo.

Ya la jurisprudencia arbitral se ha pronunciado, reiteradamente y en forma similar, sobre este punto. Si el Concesionario objeta, debe seguirse obligatoriamente el procedimiento previsto por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Así lo hizo en el precitado laudo de 6 de julio de 2018. Y en el laudo de 30 de abril de 2019, que dirimió las controversias entre Gmóvil S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A., el Tribunal dijo lo siguiente: *“Para este caso, el Contrato 004-2010 prevé el recurso por parte de Gmóvil ‘a los mecanismos de solución de conflictos del contrato’, estipulación que el Tribunal considera que no se aviene con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, disposición imperativa, aplicable a todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración,*

entre ellas Transmilenio, que no puede ser derogada por convención privada a la luz del artículo 16 del C.C. Por consiguiente, en caso de oponerse Gmóvil a lo planteado por Transmilenio respecto de la imposición de desincentivos y su cuantificación, el procedimiento para dilucidar tal oposición e imponer, si fuere el caso, la sanción a Gmóvil es, obligatoriamente, el previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011". Para luego concluir: "Por ende, la consecuencia insoslayable del objeto ilícito que presenta la cláusula 131.2 del Contrato de Concesión, es la nulidad prevista en el artículo 1740 del estatuto civil, la cual tiene la condición de absoluta al tenor del siguiente artículo 1741"<sup>246</sup>. Es que, se sabe, la potestad sancionatoria de las entidades estatales se encuentra supeditada al principio de legalidad, como lo señala el Consejo de Estado: "La potestad sancionadora se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: (...) 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción (...)"<sup>247</sup>.

La Corte Suprema de Justicia<sup>248</sup>, ha expresado lo siguiente en relación con la nulidad absoluta:

*"El derecho imperativo de la Nación se remite al orden público, comprende principios fundamentales del ordenamiento jurídico inferidos de las normas imperativas. Las reglas legales, según una antigua clasificación, son supletorias, dispositivas o imperativas. En la primera categoría están las que rigen en defecto de específica previsión de las partes, en ausencia de estipulación alguna y, por ello, suplen el silencio de los sujetos, integrando el contenido del acto dispositivo sin pacto expreso ninguno. El segundo tipo obedece a la posibilidad reconocida por el ordenamiento jurídico para disponer, variar, alterar o descartar la aplicación de una norma. Trátase de preceptos susceptibles de exclusión o modificación en desarrollo de la autonomía privada, libertad contractual o de contratación. Son imperativas aquellas cuya aplicación es obligatoria y se impone a las partes sin admitir pacto contrario. Por lo común estas normas regulan materias de vital importancia. De suyo esta categoría atañe a materias del ius cogens, orden público social, económico o político, moralidad, ética colectiva o buenas costumbres, restringen o cercenan la libertad en atención a la importancia de la materia e intereses regulados, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva y excluyen analogía legis o iuris. Dicha nomenclatura, se remite en*

---

<sup>246</sup> Laudo de abril 30 de 2019, páginas 334 y 335.

<sup>247</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de octubre de 2012, C.P. Enrique Gil Botero. Expediente: 20.738.

<sup>248</sup> Sala Civil, Sentencia del 6 de marzo de 2012, Expediente 11001-3103-010-2001-00026-01.

*cierta medida a los elementos del negocio jurídico, o sea, lo de su estructura existencial (esentialia negotia), o perteneciente por ley, uso, costumbre o equidad sin necesidad de estipulación a propósito (naturalia negotia) y lo estipulado expressis verbis en concreto (accidentalialia negotia), que “se expresa en los contratos” (artículo 1603 C.C) o “pactado expresamente en ellos” (art. 861 C.Co), y debe confrontarse con la disciplina jurídica del acto y las normas legales cogentes, dispositivas o supletorias, a punto que la contrariedad del ius cogens, el derecho imperativo y el orden público, entraña la invalidez absoluta”.*

Con base en lo expuesto, el Tribunal decretará la nulidad absoluta del numeral 88.2 de la cláusula 88 del Contrato de Concesión 001 de 2000.

En relación con la solicitud de decretar la nulidad del numeral 88.5 de la cláusula 88, a cuyo tenor *“TRANSMILENIO S.A. tendrá la obligación de comunicar al administrador de los recursos del Sistema Transmilenio la circunstancia de haberse hecho exigible una multa al CONCESIONARIO, así como su cuantificación y ordenar su descuento, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al día en que se le haya remitido al CONCESIONARIO el informe a que hace referencia el numeral anterior. En todo caso y para todos los efectos legales, las partes pactan que este contrato conjuntamente con la comunicación que incorpora la tasación de la multa, prestará mérito ejecutivo”*, habida cuenta del análisis atrás efectuado respecto de la validez y/o invalidez de los numerales 88.2 y 88.3 de la cláusula 88, el Tribunal considera que es preciso distinguir entre el allanamiento del concesionario y la objeción del concesionario.

Si hay allanamiento, nada impide la aplicación de la cláusula 88.5, la que en si misma no adolece de objeto ilícito. Por el contrario, si lo que hay es objeción, necesariamente habrá de tramitarse el procedimiento previsto por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual, como se sabe, culmina con la expedición de un acto administrativo que define sobre la imposición o no de la sanción, en este caso, del desincentivo.

Con la anterior claridad, el Tribunal, por consiguiente, no accederá a decretar la nulidad absoluta del numeral 88.5 de la cláusula 88 del Contrato de Concesión 001 de 2000.

Haciendo abstracción del debate sobre la legalidad o no de los desincentivos impuestos por la Convocada -Demandante en Reconvención-, no hay discusión esencial sobre el hecho objetivo de su imposición, a partir de la descripción que hizo la testigo NUBIA MILENA ACERO, funcionaria de TRANSMILENIO encargada del procedimiento sancionatorio en cuestión, quien al respecto manifestó:

*“SRA. ACERO: Los desincentivos operativos son reportes que se le envían al concesionario por incumplimiento a lo que se ha establecido en el manual de operaciones y en contractualmente, mi participación es la parte administrativa y una vez de surte su proceso llegan a mí, yo los acopio y hago el reporte de acuerdo a lo establecido contractualmente artículo 88 y se le remiten al concesionario para su respectivo trámite con el concesionario.*

*Ellos a su vez y según el procedimiento establecido contractualmente, tienen 3 días o tenían en esa época para hacer su pronunciación frente al reporte de incumplimiento que les estábamos remitiendo en ese momento. De ahí surgía el allanamiento y si había ese allanamiento que se remitía a la subgerencia económica el detalle de lo que se había allanado y en cantidad de desincentivos operativos y en cantidad de kilómetros para que ellos procedieran a los descuentos respectivos. Esa es mi participación ya cuando los desincentivos están en firme”.*

La manifestación de la testigo permite asumir, entonces, que TRANSMILENIO impuso, siguiendo el procedimiento previsto en la cláusula 88 del Contrato, los desincentivos cuya legalidad y efectividad reclama en su demanda de reconvención reformada, sin apego, en los eventos de objeción o desacuerdo del Concesionario -numeral 88.2- a las imperativas reglas establecidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que incluye, entre sus aspectos principales -valga repetir-, la realización de una audiencia con la obligación para la entidad estatal de desarrollar el marco del procedimiento sancionatorio que garantice el ejercicio del derecho de defensa del contratista, que comprende la presentación de los hechos, el informe del interventor o del supervisor, las pruebas, la mención de las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivar para el contratista en razón de la infracción -incluiría la cuantificación de la eventual sanción-; la convocatoria y participación del garante; el derecho del contratista a presentar los descargos, controvertir las pruebas aducidas en su contra y aportar las propias; la emisión de una decisión final posterior al ejercicio de la objeción, es decir, proferir un acto



administrativo imponiendo o no la sanción, con derecho al ejercicio de su contradicción mediante el recurso de reposición.

Así las cosas, anunciada la nulidad absoluta de la previsión contractual referenciada, quedan desprovistos de fundamento legal los desincentivos impuestos por TRANSMILENIO a SI99, apreciación que comparte el Ministerio Público según se reseñó en aparte anterior de esta parte motiva, con las implicaciones que ello tiene en relación con la suerte de las distintas pretensiones planteadas por SI99 en su demanda principal reformada y por TRANSMILENIO en su demanda de reconvención reformada, y de las excepciones recíprocamente formuladas en los respectivos escritos de contestación, puntualización que hará el Tribunal, a su vez, en apartado posterior, destinado específicamente a ese propósito.

### **3.6. PRONUNCIAMIENTO ESPECÍFICO SOBRE LAS PRETENSIONES.**

Con base en todo lo expuesto, definida como está la orientación decisoria relativa a los temas centrales de la controversia, procede el Tribunal a puntualizar el pronunciamiento que corresponde frente a cada una de las pretensiones incoadas tanto en la demanda principal reformada, propuesta por SI99, como en la demanda de reconvención reformada, instaurada por TRANSMILENIO.

Como es apenas natural, lo que ahora se dirá se limita a destacar la prosperidad o desestimación de las distintas reclamaciones, en el entendido de que el fundamento de cada una de las decisiones se ubica en lo desarrollado a lo largo del capítulo considerativo de la providencia, sin que se requiera su repetición.

#### **3.6.1. Pretensiones de la demanda principal reformada.**

- Está acreditado en el proceso, y las partes no lo discuten<sup>249</sup>, por lo que así procede declararse, *“que el Contrato de Concesión No. 001 de 2000 (...) fue suscrito por las Partes el 19 de abril de 2000 y a la fecha de presentación de la demanda se encuentra en proceso de liquidación”, “que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - modificó Unilateralmente el Contrato de Concesión No. 001 de 2000, mediante Resolución No. 589 de 2017” y “que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – confirmó en su integridad la Resolución No. 589 de 2017, mediante Resolución No. 691 de 2017”*. En consecuencia, prosperarán las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda principal reformada.
- Estableció el Tribunal, de conformidad con el amplio examen de este tema central de la controversia, que en efecto puede declararse *“que con la expedición y aplicación de las Resoluciones No. 589 de 2017 y No. 691 de 2017 se alteró el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, a cuyo restablecimiento se encuentra obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. –”*. En consecuencia, prosperará la pretensión cuarta de la demanda principal reformada, sin que sea necesario, por lo tanto, hacer pronunciamiento sobre la petición *“Subsidiaria de (sic) cuarta”*.
- Concluyó el Tribunal, también con base en el específico estudio de la materia, que no hay lugar a la declaración de nulidad absoluta *“de las disposiciones contenidas en los numerales 83.1 y 83.2. de la cláusula 83 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000”, ni “de las disposiciones contenidas en el numeral 84.5 de la Cláusula 84 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000”, por lo que se desestimarán la pretensiones quinta y sexta de la demanda principal reformada. Y también se concluyó que, en relación con la cláusula 88 del Contrato de Concesión 001 de 2000, hay lugar a la declaración de nulidad absoluta únicamente del numeral 88.2 -no de los numerales 88.1, 88.3 y/o 88.5-, de modo que con ese alcance parcial prosperará la pretensión séptima, la misma que, desde luego, se desestimarán en lo demás.*

---

<sup>249</sup> Al contestar la demanda principal reformada, TRANSMILENIO manifiesta su no oposición.

- Quedó dicho que no hay en el expediente demostración alguna acerca de que *“la alteración del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, generado con ocasión de la expedición y aplicación de las Resoluciones No. 589 de 2017 y No. 691 de 2017, impidió que SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. cumpliera a cabalidad con los parámetros operacionales del Contrato de Concesión”*, ni en relación con que *“la alteración del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, generó que a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. le fueran impuestos indebidamente, por parte de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., desincentivos operativos desde el 29 de enero de 2018 y hasta el 30 de junio de 2019.* En consecuencia, se desestimarán las pretensión octava y novena -principal- de la demanda principal reformada. Y como, según también se dijo, en general no se demostraron, como tal, las causas que servirían de fuente a los desincentivos operativos impuestos por TRANSMILENIO, igualmente se desestimarán la pretensión *“Subsidiaria de la Novena”* en cuanto a que con ella SI99 aspira a que se declare que los desincentivos operativos impuestos por la Convocada a la Convocante entre el 29 de enero de 2018 y el 30 de junio de 2019, fueron indebidamente impuestos y/o liquidados por la Convocada, *“por circunstancias diferentes a la existencia de un desequilibrio económico en el Contrato de Concesión y que serán probadas en el proceso”*.
  
- Respecto de la pretensión *“Décima”*, en virtud de la cual SI99 solicita *“Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. carece de cualquier derecho legal o contractual que le permita cobrar los desincentivos operativos impuestos a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. desde el 29 de enero de 2018 y hasta el 30 de junio de 2019”*, el Tribunal considera que se impone su prosperidad, en el contexto del análisis efectuado por el particular, en el que el motivo de ilegalidad que se reconoce en relación con los desincentivos operativos impuestos por TRASMILENIO se ubica en la desatención del procedimiento que normativamente correspondía (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en consonancia con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007), por contraposición al

previsto en el numeral 88.2 de la cláusula 88 del Contrato, cuya nulidad absoluta se declara. Y lo mismo ocurre con la prosperidad de las pretensiones “*Décima Segunda*” y “*Décima Tercera*”, asociadas a la situación de los desincentivos impuestos mediante radicado No. 2018EE4462 del 8 de marzo de 2018, con ocasión al presunto incumplimiento de los niveles de satisfacción, las cuales prosperarán bajo el mismo entendimiento y alcance, ya precisados.

- En relación con la pretensión “*Décima Primera*”, en la que SI99 solicita “*Que se declare que los desincentivos operativos impuestos y comunicados por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.- a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. mediante radicado No. 2018EE4462 del 8 de marzo de 2018, con ocasión al presunto incumplimiento de los niveles de satisfacción, fueron objetados oportunamente por el Concesionario*”, estima el Tribunal que ante a la declaración de nulidad absoluta del numeral 88.2 de la cláusula 88 del Contrato de Concesión 001 de 2000, que deja sin soporte legal los desincentivos operativos que impuso TRANSMILENIO, incluidos los relativos al presunto incumplimiento de los niveles de satisfacción, carece de sentido el examen material de esta reclamación, que considerada en el contexto descrito nada aporta al contenido decisorio de la controversia, por lo que se impone, desde esta perspectiva, su desestimación.
- En el plano de las pretensiones consecuenciales, en coherencia con la anunciada prosperidad de la pretensión cuarta, relativa al reconocimiento del desequilibrio económico del Contrato de Concesión 001 de 2000, tiene vocación de prosperidad la pretensión “*Décima Cuarta*” de la demanda principal reformada, que propende por el restablecimiento del equilibrio prestacional afectado, en la cuantía que el Tribunal encontró probada con base en el dictamen pericial de oficio rendido dentro del proceso, que asciende a la suma de doce mil ochocientos setenta millones seiscientos doce mil novecientos cuarenta pesos (\$12.870.612.940). Con ese alcance, prosperará la referida pretensión “*Décima Cuarta*” -principal-, sin que haya lugar a hacer pronunciamiento sobre ninguna de sus pretensiones subsidiarias -de la primera a la

quinta-. Conforme se indicó en apartado anterior de esta providencia, el pago de la condena deberá hacerse en los términos de tiempo y de causación de intereses de mora previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, con lo cual se accede, con el precisado alcance, a la pretensión “*Décima Octava*” de la demanda principal reformada.

- Para el Tribunal no es de recibo la actualización de esta cifra en función del ejercicio de cuantificación propuesto por SI99 al perito de oficio en la pregunta 5 del cuestionario de aclaraciones y adiciones, en la que le pidió “(i) *Ajustar el efecto económico de cada mes a junio de 2019 con base en la variación de la canasta de costos del Contrato*” y “*Calcular sobre el efecto económico de cada mes el interés bancario corriente hasta junio de 2019*”, respecto de la cual hay que poner de presente que aún haciendo abstracción de señalar que en la demanda principal reformada no se formuló pretensión en materia de indexación<sup>250</sup>, en el campo sustancial resulta pertinente advertir que no obstante la bondad técnica del ejercicio de valoración con cifras de periodicidad mensual, expresada por el experto en su dictamen, la apreciación de la existencia o no de desequilibrio se refiere, panorámicamente, al período de extensión de vigencia del Contrato, no al resultado mensual individualmente considerado, por lo que es el resultado global de \$12.870.612.940 el que tomará el Tribunal para imponer la condena correspondiente.
- En materia de desincentivos, señaló el Tribunal que anunciada la nulidad absoluta del numeral 88.2 de la cláusula 88 del Contrato de Concesión 001 de 2000, quedan desprovistos de fundamento legal los desincentivos impuestos por TRANSMILENIO a SI99, apreciación que, también se dijo, comparte el Ministerio Público, de modo que, con ese preciso alcance, tienen vocación de prosperidad las pretensiones “*Décima Quinta*” y “*Décima Sexta*” de la demanda principal reformada en cuanto solicitan que “*Se ordene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.- a abstenerse de cobrar, reclamar y/o compensar administrativa*

---

<sup>250</sup> Cuestión que admitiría diferentes aproximaciones de tratamiento, poniendo de presente, en todo caso, que en lo sustancial no sería de recibo, como criterio de indexación, la aplicación del interés bancario corriente (IBC) sugerida por la Convocante al solicitar tal cuantificación.

o judicialmente a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A.”, “las sumas correspondientes a los desincentivos operativos impuestos a este Concesionario desde el 29 de enero de 2018 y hasta el 30 de junio de 2019”, según reza la “Décima Quinta”, y “las sumas correspondientes a los desincentivos operativos comunicados a este Concesionario mediante radicado No. 2018EE4462 del 8 de marzo de 2018, con ocasión al presunto incumplimiento de los niveles de satisfacción”, a tenor de la “Décima Sexta”.

- En lo que concierne a la pretensión “Décima Séptima”, relativa a “costas del proceso, incluyendo agencias en derecho, honorarios y gastos (...)”, el Tribunal, como es habitual, hará el correspondiente pronunciamiento en capítulo posterior independiente.

### 3.6.2. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada.

- En concordancia con la decisión anunciada en materia de validez de las cláusulas 83 y 84 del Contrato de Concesión 001 de 2000, prosperarán las pretensiones “PRIMERA” y “SEGUNDA” de la demanda de reconvención reformada, en virtud de las cuales, en ese orden se solicita “Que se declare la existencia, validez y eficacia de la totalidad de la cláusula 83 del contrato de concesión 001 de 2000, el cual fue suscrito entre la sociedad **Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** y **Transmilenio S.A.** el día 19 de abril del año 2000” y “Que se declare la existencia, validez y eficacia de la totalidad de la cláusula 84 del contrato de concesión 001 de 2000, el cual fue suscrito entre la sociedad **Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI99 S.A.** y **Transmilenio S.A.** el día 19 de abril del año 2000” (las negrillas son del texto). Y, en la misma línea temática, prosperará parcialmente la pretensión “TERCERA”, en cuanto a la declaración de “la existencia, validez y eficacia” de los numerales 88.1, 88.3 y 88.5 de la cláusula 88 del Contrato, pero no del numeral 88.2 de la misma Cláusula, objeto de la declaración de nulidad absoluta igualmente anunciada por el Tribunal.

- También prosperará la pretensión “CUARTA”, que aboga por la declaración de *“la existencia, validez y eficacia de la totalidad de la cláusula 129 del contrato de concesión 001 de 2000 (...)”*, que regula, dentro del “Capítulo 20 – Solución de conflictos”, la etapa de “ARREGLO DIRECTO”, la misma sobre la cual no se formuló reclamación alguna en sentido contrario, y que, separadamente considerada, no sugiere ningún reparo sustancial, pues ciertamente se trata de un espacio que con frecuencia es objeto de regulación en los negocios jurídicos, en la esfera del derecho privado y en tratándose de contratos estatales.
- Como se ha señalado reiteradamente, el Tribunal concluyó que, en relación con la cláusula 88 del Contrato de Concesión 001 de 2000, hay lugar a la declaración de nulidad absoluta del numeral 88.2, dejando sin soporte legal los desincentivos operativos que impuso TRANSMILENIO entre el 29 de enero de 2018 y el 30 de junio de 2019, y los que imputó por incumplimiento de los niveles de satisfacción de los usuarios del servicio, ante lo cual no es posible declarar que *“fueron impuestos de manera legal”* y que, *“en consecuencia”*, TRANSMILENIO *“tiene el derecho legal y contractual de cobrar dichos desincentivos junto con los respectivos intereses de mora, y a efectuar la respectiva compensación en los términos contractualmente establecidos”*, ni acceder a las peticiones de condena al pago -de capital, ni de intereses, ni de indexación- por concepto de tales desincentivos. En consecuencia, se desestimarán las pretensiones “QUINTA”, “SEXTA”, “SEPTIMA”, “OCTAVA”, “NOVENA”, “DECIMA”, “DECIMO PRIMERA”, “DECIMO SEGUNDA” y “DECIMO TERCERA” de la demanda de reconvencción reformada, todas asociadas y fundamentadas en la legalidad de los desincentivos impuestos por TRANSMILENIO a SI99.
- En lo que concierne a las pretensiones “DECIMO CUARTA” y “DECIMO QUINTA”, relativas a *“costas”* y a *“gastos”* del proceso, el Tribunal, como ya lo advirtió, hará el correspondiente pronunciamiento en capítulo posterior independiente.

### 3.7. PRONUNCIAMIENTO ESPECÍFICO SOBRE LAS EXCEPCIONES.

Resulta pertinente señalar, por adelantado, como aproximación conceptual en el ámbito del derecho procesal, que en materia de resolución de excepciones de mérito en la sentencia -o laudo-, en rigor solo hay lugar a hacer pronunciamiento particular de fondo, declarándola fundada o infundada, cuando el juzgador está en frente de una verdadera defensa de ese linaje en el sentido técnico jurídico de la expresión, por manera que cuando lo que argumenta la defensa bajo ese rótulo es la mera oposición -o argumentos de la misma- al derecho que reclama el demandante, opción ésta desde luego legítima pero diferente de aquélla, en puridad basta el pronunciamiento que necesariamente se hace sobre el *petitum*.

La Corte Suprema de Justicia se ha referido al tema en distintas oportunidades, con un hilo conductor uniforme en lo que se quiere resaltar:

*“Situación esa que ha venido apreciándose a menudo en los trámites judiciales, en los que los juzgadores inadvertidamente pasan por excepción todo lo que el demandado dé en denominar como tal, sin detenerse a auscultar los caracteres que son propios en la configuración de tan específica defensa. En particular no caen en la cuenta de lo impropio que es calificar de excepción la simple falta de derecho en el demandante, lo cual, ‘según los principios jurídicos no puede tener este nombre, porque la falta de acción por parte del actor implica inutilidad de defensa por parte del reo, y aquélla impone la necesidad de la absolución directa sin el rodeo de la excepción’, según viene sosteniendo esta Corporación desde antiguo (XXXII, 202).*

*Débase convenir, entonces, que en estrictez jurídica no cabía pronunciamiento expreso sobre lo que no fue una verdadera excepción, habida consideración de que -insístese- ‘cuando el demandado dice que excepciona pero limitándose, (...) a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo excepción ninguna, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto’; de donde se sigue que la verdadera excepción difiere en mucho de la defensa común consistente en oponerse a la demanda por estimar que allí está ausente el derecho petitionado; y es claro también que ‘a diferencia de lo que ocurre con la excepción cuya proposición (...) impone la necesidad de que el juez la defina en la sentencia, la simple defensa no requiere una respuesta específica en el*



*fallo final; sobre ella resuelve indirecta e implícitamente el juez al estimar o desestimar la acción' (CXXX, pag. 19)<sup>251</sup>.*

[...]

*“La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.*

*A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.*

*Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.*

*De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido ‘y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen’<sup>252</sup>.*

En la reseña que el capítulo inicial del Laudo dedica a recordar los linderos de la controversia, se hace mención de la pluralidad de defensas propuestas por ambas partes bajo la rotulación de excepciones, de cara a las pretensiones incoadas en las respectivas demandas reformadas -principal y de reconvención-, que involucran planteamientos disímiles en cuanto a la distinción recién efectuada, por lo que el Tribunal opta por en todo caso mencionarlas y considerarlas, para aludir a ellas en cuanto al perfil decisorio que corresponda, desde luego con base en los hechos que respecto de cada una se invocan para el efecto. Y a varias de ellas se refiere el Tribunal, expresamente, con ocasión del estudio de los temas sustanciales objeto de la controversia.

---

251 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de junio de 2001, Exp. 6343.

252 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de junio de 2001.

De cualquier manera, el Tribunal estima oportuno señalar que no es necesario, a estas alturas de la providencia, repetir lo que se ha expuesto a lo largo de la parte motiva de la providencia al examinar a espacio los temas debatidos, a lo que de hecho desde ya se remite como fundamento del pronunciamiento relativo al medio de defensa de que se trate.

### **3.7.1. Excepciones formuladas en la contestación de la demanda principal reformada.**

- Plantea TRANSMILENIO la excepción de *“1. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA PRESENTE CONTROVERSIA EN TANTO DE LAS PRETENSIONES CUARTA Y SU SUBSIDIARIA, DECIMO CUARTA Y SUS SUSBSIDIARIAS, ASI COMO LOS HECHOS DE LA DEMANDA SE DEMUESTRA LA REAL INTENCION DE LA CONVOCANTE DE ALEGAR LA ILEGALIDAD DE LA (SIC) RESOLUCIONES 589 Y 691 DE 2017 QUE MODIFICAN UNILATERALMENTE EL CONTRATO 001 DE 2000”*, examinada de manera expresa por el Tribunal en acápite precedente de esta providencia. Como allí se anunció, esta excepción no prosperará.
  
- Invoca la Convocada las excepciones que rotula, con evidente unidad temática, *“2. INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONOMICO O AFECTACION ECONOMICA EN CONTRA DE SI99 S.A. CON LA EXPEDICION Y FIRMEZA DE LAS RESOLUCIONES MEDIANTE LAS CUALES TRANSMILENIO S.A. MODIFICO UNILATERALMENTE EL CONTRATO”* y *“3. INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PARA QUE SE CONFIGURE UN DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO DE CONCESION 001 DE 2000 DERIVADA DE LA MODIFICACION UNILATERAL DEL CONTRATO REALIZADA POR TRANSMILENIO”*.

Al formular la excepción, argumenta TRANSMILENIO que para tomar la decisión de modificación unilateral del Contrato, se realizaron los estudios correspondientes, dejando claramente definida la metodología utilizada. Y agrega que *“En ese sentido, la*

*decisión de Transmilenio S.A. plasmada en la Resolución 589 del 17 de noviembre de 2017 la cual fue confirmada mediante la Resolución 691 del 19 de diciembre de 2017 no genera afectación económica alguna a SI99 S.A., pues dicha modificación unilateral toma en cuenta la situación financiera de la totalidad del contrato y adicionalmente, contrario a lo manifestado por la convocante, se protegen los derechos de ambas partes sin que se hubiera generado afectación económica alguna en contra de ninguna de ellas”.*

También argumenta TRANSMILENIO que honrando la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, y atendiendo a los derechos de los contratantes, se tomó la decisión de modificación unilateral, teniendo en cuenta que “(...) para el mes de diciembre de 2017 el concesionario ya debía haber terminado de amortizar su inversión, que la avanzada edad de la flota de buses ameritaba tener en cuenta el mayor costo de mantenimiento, y que la necesidad de mantener el servicio público ameritaba tomar medidas inmediatas para conjurar su inminente paralización (...)”. Todo lo anterior bajo el entendido que no se logró llegar a un acuerdo con el Concesionario.

En su alegato de conclusión, rememora TRANSMILENIO los presupuestos para que se configure el rompimiento del equilibrio económico del contrato según la jurisprudencia del Consejo de Estado, así como lo corroborado a través del material probatorio del proceso y concluye que “Tal y como se mencionó en acápite anteriores de este mismo escrito, en el proceso arbitral que nos ocupa no existe prueba técnica alguna que acredite la configuración de un desequilibrio económico cierto, claro y evidente del Contrato de Concesión como consecuencia de la expedición de las Resoluciones”.

Frente a la defensa propuesta bajo esta línea argumentativa, visto quedó que el Tribunal arribó a una conclusión contraria, después de examinar, a la luz del marco normativo y jurisprudencial aplicable, las pruebas relevantes que obran en el expediente sobre este tópico central de la controversia, en especial los dictámenes

periciales rendidos al respecto -uno aportado por la Convocante, y otro adicional ordenado de oficio por el panel arbitral-, de evaluar los reparos efectuados por TRANSMILENIO en relación con tales experticias y de sopesar los argumentos propuestos por las partes con inocultable contraposición, resultado de todo lo cual se concluyó que con ocasión de la emisión de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, de modificación unilateral del Contrato de Concesión 001 de 2000, que comportó la extensión de la vigencia temporal del vínculo negocial -incluida la etapa de operación- y la adopción de una nueva fórmula de referencia para determinar la remuneración del Concesionario, en efecto se alteró el equilibrio económico de la relación contractual, conforme a las explicaciones suministradas a espacio sobre el particular, y se impone su restablecimiento, en los términos y con el alcance cuantitativo ya señalado.

En consecuencia, las excepciones en cuestión, que en rigor constituyen la directa oposición de TRANSMILENIO a las pretensiones en esta materia incoadas por SI99, se desestimarán.

- Formula TRANSMILENIO la excepción según la cual *“4. LA DEMANDA DEL CONCESIONARIO SI99 S.A. RESULTA EXTEMPORANEA E IMPROCEDENTE EN TANTO HASTA ANTES DE LA PRESENTACION DE LA PRESENTE DEMANDA NO HIZO RECLAMACIONES ECONOMICAS RELACIONADAS CON LAS MISMAS PRETENSIONES”*, la cual fue también examinada de manera expresa por el Tribunal en apartado anterior de esta providencia. Como en ese momento se dijo, la excepción no prosperará.
  
- Plantea la Convocada la excepción de *“5. INEXISTENCIA DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS 83.1, 83.2, 84, 88.1, 88.2, 88.3 Y 88.5 DEL CONTRATO DE CONCESION 001 DE 2000”*, pues, como ya se vio, considera que lo pactado en las cláusulas mencionadas responde, por un lado, a estipulaciones contractuales libremente discutidas y que fueron *“(…) acordadas entre las partes producto de la libertad negocial y la autonomía de la voluntad”* y, por otra parte, argumenta que se trata de acuerdos que fueron pactados con anterioridad a las leyes 1150 de 2007 y

1474 de 2011 que *“resultaban y resultan válidas dentro de los contratos estatales en tanto a estos contratos se les aplica sin duda alguna las normas civiles y comerciales dentro de las cuales las partes podían válidamente pactar este tipo de penas por incumplimientos menores, sin que pueda afirmarse que en modo alguno violentan el derecho de defensa ni el debido proceso del contratista (...)”*.

En el alegato de conclusión, señala TRANSMILENIO que *“(...) con el ánimo de prevenir confusiones entre las ‘multas’ entendidas como facultad excepcional otorgada a la (sic) Entidades Públicas en materia de contratación estatal y aquellas ‘multas’ operacionales, de menor incidencia (...) las PARTES definieron otorgar a las sanciones de que trata el Capítulo 11 del Contrato de Concesión, cuya tasación se encuentra expresada en kilómetros, la denominación de ‘desincentivos operativos’ y no de ‘multas’ (...)”*. Y concluye que el mecanismo para la imposición de las referidas sanciones *“(...) no sólo fue pactado mancomunadamente por las PARTES, sino que además se encuentra plenamente ajustado a la ley garantizando a plenitud los derechos al debido proceso y la defensa del CONCESIONARIO”*.

Esta materia fue igualmente ya abordada para amplio estudio por el Tribunal, coincidiendo parcialmente con la posición esgrimida por la Convocada en cuanto se ha concluido en la validez de varias de las estipulaciones denunciadas -numerales 83.1 y 83.2 de la cláusula 83, numeral 84.5 de la cláusula 84, y 88.1, 88.3 y 88.5 del Contrato de Concesión 001 de 2000-, salvo de la disposición contenida en el numeral 88.2 de la citada cláusula 88, asociada al procedimiento aplicable para la imposición de los desincentivos -antes entendidos como multas en el texto contractual-, la cual debe declararse absolutamente nula, por las razones expresadas en sustento de tal conclusión. Con ese alcance parcial prosperará la defensa formulada por la Convocada.

- Esgrime TRANSMILENIO la excepción que denomina *“6. MALA FE CONTRACTUAL DEL CONCESIONARIO SI99 S.A. PROHIBICION DE ACTUAR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS”*. Se refiere la Convocada a autorizada doctrina sobre la teoría de

los actos propios y advierte que el Concesionario convino de manera libre las cláusulas sobre las que ahora alega ilegalidad; y pone de presente que “(...) se amparó en dichas cláusulas para efectos de hacer valer sus derechos contractuales”. Agrega, también, que el Concesionario participó activamente en las reuniones de arreglo directo programadas para alcanzar algún acuerdo “(...) sin que jamás expusiera opiniones relacionadas con la supuesta ilegalidad de las cláusulas que ahora pretende nulitas”. Según argumenta en su alegación final, o central, “El CONCESIONARIO solicita la nulidad de las cláusulas 83.1, 83.2, 84, 88.1, 88.2, 88.3 y 88.5 del Contrato de Concesión desconociendo que convino libremente en pactarlas (...) y olvidando que durante la ejecución contractual hizo uso de dichas cláusulas (...) para hacer valer sus derechos (...)”.

Ante el reparo así planteado debe anotar el Tribunal que fuera de discusión está el reconocimiento y la importancia jurídica de la teoría de los actos propios, expresión del principio de la buena fe<sup>253</sup>, lo que no impide advertir que no se trata de una regla de aplicación absoluta, pues también de ella es posible predicar límites, lógicos y justificados<sup>254</sup>, entre los cuales necesariamente hay que considerar hipótesis de contravención de normas imperativas como causal de nulidad absoluta de la estipulación convenida, que se imponen por encima de la aspiración de no hacerlas valer por cuenta de mediar una manifestación de voluntad de los sujetos que celebran el acto contenido de la disposición cuestionada, como ocurre en tratándose de la nulidad absoluta del numeral 88.2 de la cláusula 88 del Contrato de Concesión 001 de 2000.

En consecuencia, la excepción propuesta se desestimará.

---

<sup>253</sup> Consagrado, como se sabe, en el artículo 83 de la Constitución, y con desarrollo legal en preceptos explícitos como los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

<sup>254</sup> Sobre la aplicación no rígida ni automática de la figura, lo que traduce la existencia de límites en tal aplicación ha dicho la doctrina: “Ello implica, lisa y llanamente, que la prohibición de variar de comportamiento no debe ser aplicada en forma rígida, ni antisocial, ni mucho menos, automáticamente, siempre que existiera una contradicción entre dos actos” (LÓPEZ MESA Marcelo J, *La doctrina de los actos propios*, Madrid, Editorial REUS, 2005, página 171).

- Según la Convocada, se configura la excepción de *“7. CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES CON PRETENSION DE NULIDAD DE LAS CLAUSULAS 83.1, 83.2, 84, 88.1, 88.2, 88.3 Y 88.5 DEL CONTRATO DE CONCESION”*, acerca de la cual el Tribunal hizo el correspondiente estudio integral y detallado en acápite anterior, con anuncio de su desestimación.
- Por último, formula TRANSMILENIO la *“8. EXCEPCION GENERICA”*, en virtud de la cual, con fundamento en el artículo 282 del Código General del Proceso, solicita al Tribunal *“(…) declarar de oficio cualquier hecho exceptivo que resulte probado dentro del proceso”*. Considerando que el Tribunal no encuentra ninguno configurativo de defensa que enerve la prosperidad de las pretensiones que se reconocerán, la excepción se desestimará.

### **3.7.2. Excepciones formuladas en la contestación de la demanda de reconvencción reformada.**

- La Convocante plantea la excepción que denomina *“3.1. Nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en los numerales 83.1 y 83.2. de la cláusula 83 y 84.5 de la cláusula 84 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000”*, disposiciones que, según su dicho, adolecen de tal modalidad específica de ineficacia jurídica *“(…) tanto las mismas contravienen lo expresamente dispuesto por las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011”*.

Como ya se ha señalado suficientemente, el Tribunal ha concluido que respecto de las previsiones negociales aludidas en el reproche que ocupa la atención no se configura la nulidad alegada por el Concesionario. En consecuencia, la excepción se desestimará.

- Invoca SI99 la excepción de *“3.2. Nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en los numerales 88.1, 88.2, 88.3, 88.4. y 88.5. de la cláusula 88 del Contrato de*

*Concesión No. 001 de 2000*”, con el mismo fundamento esgrimido en la defensa recién considerada.

También está claramente perfilada la decisión arbitral en el sentido de reconocer la nulidad absoluta, únicamente, del numeral 88.2, dejando a salvo la validez de los restantes numerales de la cláusula 88 del Contrato de Concesión 001 de 2001. En consecuencia, la excepción prosperará con el alcance parcial precisado.

- Formula la Convocante, Demandada en Reconvención, la excepción rotulada como *“3.3. Existencia de desequilibrio económico en el Contrato No. 001 de 2000, que afectó el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo”*, argumentando que, en su sentir, la expedición de las Resoluciones Nos. 589 y 691 de 2017 generó un desequilibrio económico del contrato que *“(…) afectó gravemente las posibilidades de cumplimiento de SI99 de los parámetros operacionales generadores de multas o desincentivos operacionales, haciendo excesivamente onerosa su consecución y de imposible cumplimiento los estándares exigidos por TRANSMILENIO”*, frente a lo cual ya señaló el Tribunal que no hay en el expediente demostración alguna acerca de que la alteración del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, generada por las modificaciones unilaterales introducidas mediante las Resoluciones 589 y 691 de 2017 haya impedido que SI99 cumpliera a cabalidad con los parámetros de la operación. En consecuencia, la defensa propuesta en los términos indicados se desestimarán.
  
- Esgrime SI99 las excepciones que denomina *“3.4. Infracción de las disposiciones previstas en los numerales 82.5 de cláusula 82 y 84.6. de la cláusula 84 del Contrato de Concesión 001 de 2000”*, *“3.5. Infracción del tope contractual previsto para la imposición de desincentivos”*, *“3.6. Ausencia de prueba de la comisión de las infracciones que dan lugar al cobro de desincentivos”* y *“3.7. Inexistencia de un término contractual para la presentación de objeciones, por parte del Concesionario”*, defensas que, en puridad, más que verdaderas excepciones, se aproximan a argumentos sustanciales que confrontan las peticiones de TRANSMILENIO en materia



de los desincentivos impuestos al Concesionario, y que tienen como común denominador su unidad temática en dicha materia, caracterizada por la desestimación de las pretensiones incoadas en la demanda de reconvención reformada.

En este contexto, las circunstancias descritas conducen, en todo caso, a la desestimación de los medios defensivos bajo examen, sin que requieran propiamente pronunciamiento material, indefectiblemente inocuo ante la carencia de vocación de prosperidad de las pretensiones que buscan rebatir; en estos términos, las aludidas excepciones se desestimarán.

- Esgrime SI99 la excepción según la cual *“3.8. TRANSMILENIO sistemáticamente se ha abstenido de ejecutar la relación contractual de buena fe”*, para cual aduce que, en su parecer, TRANSMILENIO no ejecutó de buena fe el Contrato de Concesión 001 de 2000, pues *“(...) se abstuvo de aclarar diversas inquietudes del Concesionario y lo indujo a error frente al plazo y condiciones operacionales del Contrato (...)”*.

Estima el Tribunal que con independencia de las vicisitudes que pudieren haberse presentado en el marco de la ejecución de la relación contractual, en particular en la etapa que precedió a la formalización e implementación de la modificación unilateral dispuesta mediante las pluricitadas Resoluciones 589 y 691 de 2017, no se identifican sucesos específicos de entidad relevante que justifiquen una evaluación de conducta del perfil que se sugiere en la defensa propuesta. Y debe advertirse que, también con independencia de la evidente diferencia en las posiciones asumidas por SI99 y TRANSMILENIO en la fase de negociación previa al vencimiento de la vigencia del Contrato que habría de producirse hacia finales de 2017, y a los términos económicos adoptados por la Convocada para remunerar la operación del Concesionario durante el período de extensión de la vigencia del Contrato dispuesto en ejercicio de la potestad de modificación unilateral a que tantas veces se ha hecho alusión, el Tribunal no encuentra prueba alguna que acredite conductas de mala fe en cabeza de TRANSMILENIO, carga demostrativa del resorte de la Convocante. En consecuencia, la excepción propuesta se desestimaré.

- Formula SI99 la excepción que denomina “3.9. *Actuación en contravía de sus propios actos*”, en apoyo de la cual sostiene que TRANSMILENIO actúa en contravía de sus propios actos “(...) (i) *Al exigir al Concesionario que su flota cumpliera todos los parámetros operacionales iniciando el año 2018, cuando con su conducta contractual le había anunciado claramente que debía preparar su flota para la salida de operación, pues su contrato terminaría finalizando el año 2017 y; (ii) Al desconocer la depuración conjunta de desincentivos que había realizado con el Concesionario*”.

De nuevo, el Tribunal considera que más allá de incidencias relativamente usuales en la ejecución de relaciones de la antigüedad y perfil de la que representa el Contrato de Concesión 001 de 2000, al examinar la defensa que ocupa la atención observa que está ante afirmaciones carentes de demostración objetiva suficiente en cuanto a las circunstancias y contexto de su ocurrencia y, sobre todo, de su real entidad e incidencia en el devenir negocial, sin que se aprecie, además, que pudieran tener virtualidad para enervar pretensiones de la demanda de reconvención reformada. En consecuencia, la excepción se desestimaré.

- Aduce la Convocante, a título de excepción, la “3.10. *Improcedencia de Intereses Moratorios*”, “(...) *toda vez que como se demostrará a lo largo del proceso no habrá lugar al pago de sumas de dinero a favor de TRANSMILENIO*”, sustento que repite en el alegato final.

Se trata, en rigor, de una consideración sustancial de inexistencia de la obligación que se reclama por concepto de intereses moratorios -no propiamente de una excepción que requiera pronunciamiento de fondo-, que se refiere a una eventual obligación dineraria -relativa a los desincentivos impuestos por TRANSMILENIO- que no tiene reconocimiento en esta providencia, por lo que, también desde esta perspectiva cae en el vacío la necesidad de decisión material. En consecuencia, en los términos indicados, esta defensa se desestimaré.

- Al decir de SI99, se configura la excepción de “3.11. Caducidad”, según la cual “*El Tribunal deberá evaluar la existencia de caducidad respecto de algunas de las reclamaciones formuladas por TRANSMILENIO dentro del presente trámite*”; según se afirma en el alegato de conclusión, TRANSMILENIO pretende el cobro de dos grupos de desincentivos de modo tal que teniendo en cuenta la fecha de imposición de los mismos, “*Será necesario que el Tribunal declare la existencia de caducidad respecto a las reclamaciones relacionadas con una gran parte de los desincentivos comunicados e impuesto por TRANSMILENIO a SI99*”.

Frente al reparo así planteado, observa el Tribunal, de un lado, que no hay en el cargo determinación adecuada de la caducidad que, concretamente, considera configurada la Demandada en Reconvención, y del otro, que el Tribunal no ha advertido, bajo su propia apreciación, la estructuración de la caducidad que se menciona, además de lo cual no pasa desapercibido que está referida a una eventual obligación dineraria - relativa a los desincentivos impuestos por TRANSMILENIO- que no tiene reconocimiento en esta providencia. En consecuencia, esta excepción se desestimaré.

- Invoca SI99 la conocida “3.12. Excepción genérica”, afirmando que “*En los términos del artículo 282 del C.G.P., solicitamos al Tribunal que, con base en los hechos, pruebas y fundamentos jurídicos presentados, declare oficiosamente cualquier otra excepción de mérito nominada o innominada en favor de SI99 y en contra de TRANSMILENIO*”, la que en distintas ocasiones menciona en el alegato final, asociándola a distintos tópicos del tema de los desincentivos cuyo reconocimiento y pago reclama la Convocada, ahí Demandante en Reconvención.

Considerando, de nuevo, que el Tribunal no encuentra hechos configurativos de defensa que enerve la prosperidad de las pretensiones que se reconocerán, la excepción se desestimaré.

### 3.8. OTROS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL.

#### 3.8.1. Tacha de testimonio.

Entra el Tribunal Arbitral a estudiar la tacha formulada por el apoderado de SI99 sobre la declaración de la testigo NUBIA MILENA ACERO NÚÑEZ, en el marco de lo previsto en el artículo 211 del CGP, a cuyo tenor, *“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*, escenario en el cual, *“La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda”*, de manera que *“El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”*.

Señaló el apoderado de SI99, al finalizar la diligencia en la que se recibió el testimonio de la señora ACERO NÚÑEZ, que, a su criterio, *“(…) las pruebas de la razón de la tacha es que yo creo que ha dado respuestas parciales a favor de Transmilenio, parciales a favor de la causa de Transmilenio, creo que esas respuestas han sido contradictorias, creo que en algunos momentos ha demostrado parcialidad al responder, en un sentido a uno de los apoderados y en otro sentido al otro”<sup>255</sup>*, reiterando su apreciación en los alegatos de conclusión, en los que expuso que *“En efecto, la tacha expuesta en audiencia se encuentra sustentada en la muy cuestionable actitud de la testigo durante toda la diligencia, pues respondió holgadamente todas las inquietudes formuladas por el apoderado de TRANSMILENIO, pero claramente fue renuente y evasiva al atender las preguntas formuladas por el apoderado de SI99”<sup>256</sup>*.

Por su parte, el apoderado de TRANSMILENIO, al referirse a la tacha de la señora ACERO NÚÑEZ en su escrito de alegatos de conclusión, luego de exponer el sustento

---

<sup>255</sup> Ver en archivo Word No. 10 en Carpeta No. 08 Cuaderno Pruebas No. 2 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>256</sup> Ver en archivo PDF 59 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

legal y jurisprudencial de su argumentación, solicitó que la misma fuera desestimada teniendo en cuenta que *“(...) la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que no necesariamente un testigo, por contar con vínculos con una de las partes, va a faltar deliberadamente a la verdad para favorecer a la respectiva parte; más cuando los hechos que relata están respaldados por otras pruebas y el testigo, independientemente a su vínculo con la parte, resulta ser de las pocas personas que puede ilustrar a los administradores de justicia respecto al punto en litigio”<sup>257</sup>*, lo que lo conduce a concluir que *“(...) el hecho que la señora NUBIA MILENA ACERO tenga vínculos contractuales en su condición de profesional de la Ingeniería con TRANSMILENIO para desempeñar roles relacionados a temas que atañen al presente Tribunal de Arbitramento, no implica, por sí mismo, que exista parcialidad ni mucho menos falta de veracidad en sus afirmaciones y en su dicho en general”<sup>258</sup>*.

El Tribunal comparte la postura del apoderado de TRANSMILENIO, que se acompasa con la propia valoración que ha realizado el panel arbitral, con apego al criterio rector de la sana crítica y teniendo en cuenta los parámetros de apreciación del acervo probatorio en conjunto, que da cuenta de otras declaraciones de funcionarios de una y otra parte, ya que la condición de funcionaria de una de ellas, de suyo usual o frecuente en los procesos judiciales -incluidos los arbitrales-, no conduce *per se* a descalificación, además de la consideración que debe hacerse, en cada situación particular, sobre la naturaleza de los hechos acerca de los cuales versa el testimonio, de alcance relativamente restringido en el caso de la testigo ACERO NÚÑEZ.

El temor de declaraciones sesgadas lo pueden plantear las partes en relación con las pruebas solicitadas por el extremo procesal contrario. No obstante, el convencimiento del juez se adquiere como resultado de un cuidadoso trabajo de apreciación de la prueba específica que es objeto de reproche, realizándolo a la luz de la sana crítica y, valga repetir, del acervo demostrativo en conjunto.

---

<sup>257</sup> Ver en archivo PDF 63 en Cuaderno Principal No. 4 del Expediente Digital No. 119770 del CAC de la CCB.

<sup>258</sup> *Ibídem*.

Como lo advierte la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

*“(…) la sospecha no descalifica de antemano [al declarante] -pues ahora se escucha al sospechoso-, sino que simplemente se mira con cierta aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio”<sup>259</sup>.*

En el presente caso, efectuado tal análisis, no encuentra el Tribunal razones o reparos objetivos que conduzcan a la descalificación del testimonio cuestionado, de modo que la tacha ha de desestimarse, lo que no excluye la pertinencia de señalar, además, que no se trata de una declaración particularmente relevante, por sí sola, para sustentar autónomamente ninguna de las decisiones adoptadas en el Laudo.

### **3.8.2. Conducta de las partes.**

La frase final del primer inciso del artículo 280 del Código General del Proceso –referente al contenido de las sentencias- establece que *“El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”*.

Entonces, a los fines de la disposición citada, el Tribunal pone de presente que a lo largo del trámite las partes y sus respectivos apoderados obraron con apego a la ética y a las prácticas de la buena conducta procesal que se esperan de unos y de otros, motivo por el cual no cabe censura o reproche alguno en esa materia y, tampoco, la deducción de indicios en su contra.

### **3.8.3. Juramento estimatorio.**

De acuerdo con lo expresado por el artículo 206 del Código General del Proceso en relación con el juramento estimatorio, incluido dentro de los medios de prueba, se consagra la posibilidad de sancionar a la parte que al pretender el reconocimiento de una

---

<sup>259</sup> Sala Civil, Sentencia de 19 de septiembre de 2001, expediente No. 6624.

indemnización, compensación o pago de frutos o mejoras haga una estimación que *“excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada”*, o también cuando *“se le nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios”*. Esa sanción pecuniaria es a favor de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura.

Sin embargo, en esta materia es imperativo tener en cuenta que la Corte Constitucional, en varias sentencias, entre otras la C-067 de 2016, ha dicho que la mencionada sanción no es objetiva ni automática y, por lo tanto, solo podrá imponerse cuando tenga origen en actuaciones o conductas temerarias, descuidadas o negligentes de quien presentó el juramento estimatorio.

Sobre el particular, el párrafo del referido artículo 206, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, ordena:

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

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

El juramento estimatorio planteado por SI99 en la demanda principal reformada fijó en la suma de \$23.277.235.494, como primera opción, el valor para reestablecer la ecuación económica del Contrato de Concesión 001 de 2000, con expresa indicación, en el mismo capítulo, de varios escenarios subsidiarios de valoración en función de distintas hipótesis de análisis de las variables incorporadas en la fórmula adoptada en las Resoluciones 589 y 691 de 2017, en los que la estimación se ubicó en cifras con tendencia descendente: \$21.769.391.631, \$6.360.632.612, \$4.841.326.726 y \$1.519.305.887.

El juramento estimatorio planteado por TRANSMILENIO en la demanda de reconvención reformada fijó el valor de su reclamación en la suma de \$7.471.267.939, desagregándola de la siguiente manera: (i) \$5.104.964.445, correspondiente al valor de los desincentivos operativos aplicados pero no cobrados; (ii) \$2.237.732.963, correspondiente a los intereses de mora calculados sobre el valor de los desincentivos operativos; (iii) \$75.117.962, correspondiente al valor de los desincentivos de satisfacción a los usuarios aplicados pero no cobrados; y (iv) \$53.452.569, correspondiente a los intereses de mora calculados sobre el valor de los desincentivos de satisfacción a los usuarios.

Frente al panorama que acaba de reseñarse, para el Tribunal se impone concluir que, aunque bajo consideraciones distintas, en el presente proceso no hay lugar a la imposición de sanciones por razón de las estimaciones juradas efectuadas en las demandas -principal y de reconvención, ambas reformadas- sobre las que se decide en este Laudo.

De un lado, el Tribunal Arbitral no observó un actuar negligente ni temerario por parte de SI99 al presentar el juramento estimatorio y al desplegar el esfuerzo probatorio encaminado a demostrar el monto de sus pretensiones de contenido económico, cuyo resultado numérico, por lo demás, se ubica en el rango comprendido dentro los distintos escenarios de cuantificación que sometió a consideración.

Del otro lado, la nulidad absoluta que se declara en relación con el numeral 88.2 de la cláusula 88 del Contrato de Concesión 001 de 2000 acarrea, por la pérdida de sustento que comporta respecto de los desincentivos impuestos por TRANSMILENIO a SI99, objeto de reclamación en las pretensiones de contenido económico de la demanda de reconvención reformada, la desestimación de tales pretensiones, de modo que en tratándose de consideraciones de carácter sustancial, no probatorio, y en cualquier caso sin mediar un actuar negligente ni temerario por parte de la Convocada, Demandante en Reconvención.



En consecuencia, el Tribunal no impondrá sanciones derivadas de los juramentos estimatorios plasmados en la demanda principal reformada y en la demanda de reconvencción reformada, pues, conforme a lo dicho, no concurren los presupuestos del artículo 206 del Código General del Proceso.

#### **IV. COSTAS.**

Las costas están constituidas por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso y por las agencias en derecho.

Aunque la controversia ventilada se sujeta a la Ley 1563 de 2012, que no tiene regulación propia en cuanto a costas y agencias, en virtud de lo previsto por el artículo 1º del CGP se aplica este Estatuto, referente al que también podría llegarse en el presente asunto de conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-.

En lo pertinente al caso *sub-judice*, los numerales 1. y 5. del artículo 365 del citado Código General del Proceso disponen:

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

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

*(...)*

*5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.*

El Tribunal estima incuestionable, de conformidad con la orientación decisoria anunciada respecto de las pretensiones impetradas en las dos demandas -principal y de

reconvención- y de las excepciones recíprocamente formuladas en las respectivas contestaciones, y considerando el resultado cuantitativo y cualitativo del litigio en sus varias aristas y componentes, que tiene razonabilidad la condena parcial en costas a cargo de TRASMILENIO y a favor de SI99, en una cuantía equivalente al 30% de las costas asumidas por la Convocante.

Para la determinación del monto de la condena en costas, el Tribunal tendrá en cuenta que los gastos y honorarios de este trámite arbitral fueron pagados por cada una de las partes, por mitades, conforme se señaló en la providencia que fijó las partidas de honorarios y gastos del proceso, y que lo propio ocurrió con las partidas de gastos y honorarios de la prueba pericial decretada de oficio. En consecuencia, TRANSMILENIO deberá asumir sus propias costas y, además, deberá pagar a SI99 el 30% de las incurridas por esta sociedad, conforme a la liquidación que pasa a realizarse, incluyendo, en la misma proporción del 30%, la condena asociada al componente de agencias en derecho.

**4.1. Honorarios y Gastos de los Árbitros, la Secretaria, el Centro de Arbitraje y Otros Gastos del Tribunal, y Honorarios y Gastos del Perito de Oficio.**

Teniendo en cuenta que SI99 asumió el costo a su cargo por concepto de los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, y la partida a su cargo por concepto de honorarios y gastos del perito de oficio, se liquidan las costas procesales a cargo de TRANSMILENIO de la manera que se expresa a continuación:

<b>Concepto</b>	<b>Valor</b>
30% de la partida fijada en cabeza SI99 por concepto de honorarios de los árbitros, honorarios de la secretaria, gastos de funcionamiento de la Cámara de Comercio y gastos del proceso, conforme a lo dispuesto en Auto No. 28 del 12 de abril de 2020 (Acta No.20).	\$209'700.000,00

30% de la partida fijada en cabeza de SI99 por concepto de honorarios y gastos del perito de oficio (Actas Nos. 40 y 41)	\$ 18'750.000,00
--	------------------

#### **4.2. Agencias en derecho.**

En relación con las agencias en derecho, el Tribunal, atendiendo los criterios y límites establecidos al efecto en el numeral 4º del artículo 366 del Código General del Proceso, modulados con las particularidades y características propias del proceso arbitral, fija por tal concepto el 30% de la suma total de TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS (\$349'000.000,00), valor equivalente a los honorarios de un árbitro del presente trámite; en consecuencia, la condena a cargo de TRANSMILENIO por este concepto asciende a la suma de CIENTO CUATRO MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS (\$104'700.000,00).

#### **4.3. Condena en Costas y Agencias en derecho**

En consecuencia, las costas -incluidas las agencias en derecho- que debe pagar TRANSMILENIO a SI99 ascienden a la suma total de TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO CIENTO MIL PESOS M/CTE (\$333'150.000,00).

### **V. PARTE RESOLUTIVA.**

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento integrado para resolver en derecho las diferencias contractuales surgidas entre la sociedad SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. - SI99 S.A., como parte Convocante y Demandada en Reconvención, y por la otra, la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., como parte Convocada y Demandante en Reconvención, administrando justicia en cumplimiento de la misión encomendada por las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**A. Sobre la demanda principal reformada, instaurada por SI99, y las excepciones correspondientes.**

1. **Desestimar**, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, las excepciones de *“1. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA PRESENTE CONTROVERSIA EN TANTO DE LAS PRETENSIONES CUARTA Y SU SUBSIDIARIA, DECIMO CUARTA Y SUS SUSBSIDIARIAS, ASI COMO LOS HECHOS DE LA DEMANDA SE DEMUESTRA LA REAL INTENCION DE LA CONVOCANTE DE ALEGAR LA ILEGALIDAD DE LA (SIC) RESOLUCIONES 589 Y 691 DE 2017 QUE MODIFICAN UNILATERALMENTE EL CONTRATO 001 DE 2000”, “2. INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONOMICO O AFECTACION ECONOMICA EN CONTRA DE SI99 S.A. CON LA EXPEDICION Y FIRMEZA DE LAS RESOLUCIONES MEDIANTE LAS CUALES TRANSMILENIO S.A. MODIFICO UNILATERALMENTE EL CONTRATO”, “3. INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PARA QUE SE CONFIGURE UN DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO DE CONCESION 001 DE 2000 DERIVADA DE LA MODIFICACION UNILATERAL DEL CONTRATO REALIZADA POR TRANSMILENIO”, “4. LA DEMANDA DEL CONCESIONARIO SI99 S.A. RESULTA EXTEMPORANEA E IMPROCEDENTE EN TANTO HASTA ANTES DE LA PRESENTACION DE LA PRESENTE DEMANDA NO HIZO RECLAMACIONES ECONOMICAS RELACIONADAS CON LAS MISMAS PRETENSIONES”, “6. MALA FE CONTRACTUAL DEL CONCESIONARIO SI99 S.A. PROHIBICION DE ACTUAR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS”, “7. CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES CON PRETENSION DE NULIDAD DE LAS CLAUSULAS 83.1, 83.2, 84, 88.1, 88.2, 88.3 Y 88.5 DEL CONTRATO DE CONCESION”, y la “8. EXCEPCION GENERICA”.*

2. **Acoger**, por las razones y con el alcance parcial señalado en la parte motiva, la excepción de “5. *INEXISTENCIA DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS 83.1, 83.2, 84, 88.1, 88.2, 88.3 Y 88.5 DEL CONTRATO DE CONCESION 001 DE 2000*”, la cual se **desestima** únicamente en relación con el numeral 88.2 de la cláusula 88 del referido Contrato.
  
3. **Declarar** que **prosperan**, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, las pretensiones “Primera”, “Segunda” y “Tercera”, relativas a la celebración y modificación unilateral del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, suscrito entre EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. y SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. - SI99 S.A.
  
4. **Declarar**, en relación con la pretensión “Cuarta”, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, “*que con la expedición y aplicación de las Resoluciones No. 589 de 2017 y No. 691 de 2017 se alteró el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, a cuyo restablecimiento se encuentra obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.*”. No hay lugar, por lo tanto, a hacer pronunciamiento sobre la pretensión subsidiaria de la referida pretensión “Cuarta”.
  
5. **Negar**, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, las pretensiones “Quinta” y “Sexta”, relativas a la declaración de nulidad absoluta “*de las disposiciones contenidas en los numerales 83.1 y 83.2. de la cláusula 83 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000*”, y “*de las disposiciones contenidas en el numeral 84.5 de la Cláusula 84 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000*”,
  
6. **Acoger parcialmente**, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, la pretensión “Séptima” y, en consecuencia, **declarar** la nulidad absoluta únicamente del numeral 88.2 de la cláusula 88 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000. La referida pretensión se desestima en lo demás.

7. **Negar**, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, las pretensiones “Octava”, “Novena” y “Subsidiaria de la Novena”, relativas a la supuesta relación de causa-efecto entre la alteración del equilibrio económico del Contrato y el no cumplimiento de parámetros operacionales y/o la imposición de desincentivos.
8. **Declarar** que **prosperan**, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, las pretensiones “Décima”, “Décima Segunda” y “Décima Tercera”, relativas a la ilegalidad de los desincentivos impuestos por TRASMILENIO a SI99.
9. **Desestimar**, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, la pretensión “Décima Primera”, relativa a una declaración de oportunidad de una objeción sobre un desincentivo impuesto por TRANSMILENIO a SI99.
10. En relación con la pretensión “Décima Cuarta”, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, **condenar** a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. la suma de DOCE MIL OCHOCIENTOS SETENTA MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL NOVECIENTOS CUARENTA PESOS (\$12.870.612.940) MONEDA CORRIENTE, *“para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, alterado por la expedición y aplicación de las Resoluciones No. 589 de 2017 y No. 691 de 2017”*.

El pago de la condena deberá hacerse en los términos de tiempo y de causación de intereses de mora previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 (pretensión “Décima Octava”).

No hay lugar, por lo tanto, a hacer pronunciamiento sobre ninguna de las cinco (5) pretensiones subsidiarias de la referida pretensión “Décima Cuarta”.

- 11. Declarar** que **prosperan**, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, las pretensiones “Décima Quinta” y “Décima Sexta”, relativas a la imposibilidad para TRASMILENIO de cobrar, reclamar y/o compensar administrativa o judicialmente las sumas correspondientes a los desincentivos impuestos a SI99.
- 12.** En relación con la pretensión “Décima Séptima”, **condenar** a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A., por concepto de “costas del proceso”, la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL PESOS M/CTE (\$333'150.000,00), de conformidad con los términos señalados en la parte motiva.
- 13.** Por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, **abstenerse** de imponer sanciones derivadas del artículo 206 del Código General del Proceso.

**B. Sobre la demanda de reconvención reformada, instaurada por TRANSMILENIO, y las excepciones correspondientes.**

- 14. Desestimar**, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, la excepción de “3.1. *Nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en los numerales 83.1 y 83.2. de la cláusula 83 y 84.5 de la cláusula 84 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000*”.
- 15. Acoger**, por las razones y con el alcance parcial señalado en la parte motiva, la excepción de “3.2. *Nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en los numerales 88.1, 88.2, 88.3, 88.4. y 88.5. de la cláusula 88 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000*”, únicamente en relación con el numeral 88.2 de la cláusula 88 del referido Contrato, respecto del cual se declara la nulidad absoluta en esta misma providencia.

- 16. Desestimar**, por las razones y con el alcance parcial señalado en la parte motiva, la excepción de “3.3. *Existencia de desequilibrio económico en el Contrato No. 001 de 2000, que afectó el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo*”.
- 17. Desestimar**, por las razones y con el alcance parcial señalado en la parte motiva, las excepciones de “3.4. *Infracción de las disposiciones previstas en los numerales 82.5 de la cláusula 82 y 84.6. de la cláusula 84 del Contrato de Concesión 001 de 2000*”, “3.5. *Infracción del tope contractual previsto para la imposición de desincentivos*”, “3.6. *Ausencia de prueba de la comisión de las infracciones que dan lugar al cobro de desincentivos*” y “3.7. *Inexistencia de un término contractual para la presentación de objeciones, por parte del Concesionario*”, relativas a diversos tópicos asociados a los desincentivos impuestos por TRANSMILENIO a SI99.
- 18. Desestimar**, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, las excepciones denominadas “3.8. *TRANSMILENIO sistemáticamente se ha abstenido de ejecutar la relación contractual de buena fe*”, “3.9. *Actuación en contravía de sus propios actos*”, “3.10. *Improcedencia de Intereses Moratorios*”, “3.11. *Caducidad*”, y “3.12. *Excepción genérica*”.
- 19. Declarar que prosperan**, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, las pretensiones “PRIMERA”, “SEGUNDA” y “CUARTA”, relativas a la declaración de la existencia, validez y eficacia de las cláusulas 83, 84 y 129 del Contrato de Concesión No. 001 de 2000.
- 20. Declarar que prospera parcialmente**, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, la pretensión “TERCERA”, en cuanto a la declaración de existencia, validez y eficacia de los numerales 88.1, 88.3 y 88.5 de la cláusula 88 del Contrato. Se **niega** en lo referente al numeral 88.2 de la misma cláusula 88.
- 21. Negar**, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, las pretensiones “QUINTA”, “SEXTA”, “SEPTIMA”, “OCTAVA”, “NOVENA”, “DECIMA”, “DECIMO



PRIMERA”, “DECIMO SEGUNDA” y “DECIMO TERCERA”, relativas a la legalidad de los desincentivos impuestos por TRANSMILENIO a SI99.

- 22. Negar**, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, las pretensiones “DECIMO CUARTA” y “DECIMO QUINTA”, relativas a “costas” y a “gastos” del proceso.
- 23.** Por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, **abstenerse** de imponer sanciones derivadas del artículo 206 del Código General del Proceso.

**C. Sobre aspectos administrativos.**

- 24. Declarar** causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los Árbitros y la Secretaria, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal. Las partes entregarán a los Árbitros y a la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con este cincuenta por ciento (50%) de sus honorarios.
- 25. Disponer** el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y la Secretaria, para lo cual, el Presidente del Tribunal hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.
- 26. Disponer** que se expidan copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público, con las constancias de ley.
- 27. Disponer** que en la oportunidad prevista en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012, se proceda por el Presidente del Tribunal Arbitral a efectuar la liquidación final de gastos y, llegado el caso, devolver el saldo a las partes, junto con la correspondiente cuenta razonada.

**28. Disponer** que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012).

**NOTIFÍQUESE.**




**JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ**

Presidente



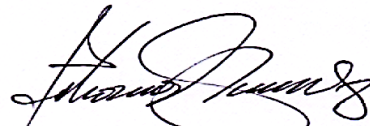
**FELIPE NAVIA ARROYO**

Árbitro



**ANA MARIA RUAN PERDOMO**

Árbitro



**JOHANNA SINNING BONILLA**

Secretaria

En los términos del artículo 23 de la Ley 1563 de 2012 y en concordancia con el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 2020, se deja constancia que el presente laudo se emitió en sesión del Tribunal Arbitral que se celebró a través de medios electrónicos para lo cual se implantó las firmas de los integrantes del Tribunal Arbitral de forma escaneada.