

**TRIBUNAL ARBITRAL**

de

**TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN –  
TRANZIT S.A.S.**

Contra

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

**LAUDO ARBITRAL**

Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.** (en adelante también “Tranzit”, “la demandante”, “la Convocante” o “la Convocada en reconvención”) y **Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.** (en adelante también “Transmilenio”, “la demandada”, “la Convocada” o “la Convocante en reconvención”), después de haber surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, profiere el presente Laudo con el que decide de fondo y de manera definitiva el conflicto planteado en la demanda principal reformada, en la demanda de reconvención reformada y en sus respectivas contestaciones, previo el recuento de los siguientes antecedentes.

**I. ANTECEDENTES Y TRÁMITE PROCESAL**

**1. EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES Y LA CLÁUSULA COMPROMISORIA**

El negocio jurídico que dio origen a la controversia existente entre las partes es el “*Contrato No. 011 de Concesión para la explotación preferencial no exclusiva para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP para la zona 13) Usme sin operación troncal*”, celebrado el 17 de noviembre de 2010. En la cláusula 178 del referido contrato se pactó la siguiente cláusula compromisoria:

*“CLÁUSULA 178. TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO EN DERECHO. Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o liquidación de este Contrato que no sea de carácter técnico, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas:*

*178.1. El Tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes cuando la cuantificación de la pretensión o la valoración del conflicto sea igual o superior a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de presentación de la respectiva solicitud de citación del Tribunal. En el caso en que el valor de estimación del conflicto o de las pretensiones se encuentre por debajo de tal valor, se designará un árbitro único.*

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

*178.3. Los árbitros decidirán en derecho.*

*178.4. El Tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1.991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, y por las demás normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.*

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

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

*178.7. Los gastos que ocasione la intervención del Tribunal de Arbitramento serán cubiertos de conformidad con las normas aplicables.*

*La intervención del Tribunal de Arbitramento no suspenderá la ejecución del Contrato.”<sup>1</sup>*

## **2. LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES**

---

<sup>1</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 176. En expediente virtual: Carpeta “04. MM PRUEBAS”. “04. 115978 DVD PRUEBAS No. 1 PBAS APORTADAS CON LA CONTESTACIÓN DEMANDA FOLIO 176”. “T. 115978 – PARTE 1 PRUEBAS CONTESTACIÓN DEMANDA”. Carpeta denominada “CONTRATO 011, OTROSIES, MODIFICACIONES Y PRORROGAS.”

**2.1. La parte convocante** es la sociedad **Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**, constituida mediante documento privado de Asamblea de Accionistas de 4 de noviembre de 2010, inscrita en el Registro Mercantil el 10 de noviembre de 2010 bajo el número 01427850 del libro IX, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., a la fecha representada legalmente por el Doctor **Alejandro Rebollo Rueda**, liquidador.

En este trámite arbitral la parte convocante está representada judicialmente por el abogado **José Goethe Gutiérrez Mestre** de acuerdo con el poder visible a folio 33 del Cuaderno Principal No. 1, a quien se le reconoció personería para actuar mediante Auto No. 1 proferido el 28 de octubre de 2019 (Acta No. 1).

**2.1. La parte convocada** es la sociedad **Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**, constituida mediante escritura pública No. 0001528 de la Notaría 27 de Bogotá D.C., inscrita en el Registro Mercantil el 20 de octubre de 1999 bajo el número 00700754 del libro IX, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., representada legalmente por la señora **Julia Rey Bonilla**, según consta en la Resoluciones Nos. 064 de 2017 y 342 de 2020, que obran en el expediente.

En este trámite arbitral la parte convocada está representada judicialmente por el abogado **Daniel Benavides Sanseviero**, de acuerdo con el poder visible a folios 159 y 160 del Cuaderno Principal No. 1, a quien se le reconoció personería para actuar mediante Auto No. 1 proferido el 28 de octubre de 2019 (Acta No. 1).

### **3. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO**

En el presente trámite arbitral, en representación del Ministerio Público intervino el doctor **William Cruz Rojas**, Procurador Judicial II de la Procuraduría 142 Judicial II Conciliación Administrativa Bogotá.

### **4. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO**

**4.1.** Con fundamento en la cláusula compromisoria antes citada, el 13 de mayo de 2019 la convocante presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria de un Tribunal Arbitral<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Cuaderno Principal No. 1 - Folios 1 a 32.

- 4.2.** El 19 de junio de 2019 las partes de común acuerdo designaron como Árbitros principales a los doctores Jorge Suescún Melo, Claudia Benavides y Ruth Stella Correa Palacio, y como Árbitros suplentes a los doctores María Teresa Palacio Jaramillo, Ana María Ruan Perdomo y Henry Sanabria Santos. De los Árbitros principales únicamente el doctor Jorge Suescún Melo aceptó la designación, por lo cual el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá notificó el nombramiento a las doctoras María Teresa Palacio Jaramillo y Ana María Ruan, quienes aceptaron en la debida oportunidad.
- 4.3.** El 28 de octubre de 2019 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal (Acta No. 1)<sup>3</sup>, en la que mediante Auto No. 1 éste se declaró legalmente instalado, designó como Presidente a la doctora Ana María Ruan Perdomo, nombró como Secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres, fijó el lugar de funcionamiento y secretaría y reconoció personería a los apoderados de las partes.
- Adicionalmente, mediante Auto No. 2 proferido en la misma oportunidad, el Tribunal admitió la demanda y ordenó la notificación del auto admisorio, así como el correspondiente traslado.
- 4.4.** La Secretaria del Tribunal aceptó su designación y, teniendo en cuenta que no hubo reparos de las partes sobre tal nombramiento, el 18 de noviembre de 2019 tomó posesión de su cargo ante la Presidente del Tribunal.
- 4.5.** La notificación del auto admisorio de la demanda se surtió el 20 de noviembre de 2019, en los términos del artículo 612 del C.G.P. El 25 de noviembre del mismo año la parte convocada presentó recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda.
- 4.6.** Previo pronunciamiento de la parte convocante, mediante Auto No. 3 de 6 de diciembre de 2019 (Acta No. 2)<sup>4</sup>, el Tribunal revocó el auto admisorio de la demanda ante el incumplimiento del requisito previsto en el artículo 206 del C.G.P. y ordenó la correspondiente subsanación.
- 4.7.** El 12 de diciembre de 2019 la parte convocante subsanó la demanda<sup>5</sup>. Mediante Auto No. 4 de 17 de diciembre de 2019 (Acta No. 3)<sup>6</sup>, en forma previa al pronunciamiento sobre la admisibilidad de la demanda, el Tribunal concedió a la parte convocante un plazo hasta el 13 de enero de 2020 para la presentación de

---

<sup>3</sup> Cuaderno Principal No. 1 – Folios 224 a 227.

<sup>4</sup> Cuaderno Principal No. 1 – Folios 292 a 298.

<sup>5</sup> Cuaderno Principal No. 1 – Folios 300 a 306.

<sup>6</sup> Cuaderno Principal No. 1 – Folios 307 a 309.

los dictámenes periciales que anunció, los cuales fueron allegados en la debida oportunidad.

- 4.8.** Mediante Auto No. 5 de 17 de enero de 2020 (Acta No. 4)<sup>7</sup>, el Tribunal concedió un plazo de 5 días a la parte convocante para que, a partir de los dictámenes allegados, procediera a subsanar el juramento estimatorio contenido en la demanda, instrucción que fue atendida.
- 4.9.** Mediante Auto No. 6 de 31 de enero de 2020 (Acta No. 5)<sup>8</sup>, el Tribunal admitió la demanda y ordenó su correspondiente traslado, en los términos previstos en el artículo 612 del C.G.P.
- 4.10.** El 3 de abril de 2020, en tiempo oportuno, la convocada contestó la demanda<sup>9</sup> y adicionalmente formuló demanda de reconvencción.<sup>10</sup>
- 4.11.** El 7 de abril de 2020, previa presentación de una serie de revelaciones, la doctora Ana María Ruan Perdomo renunció a su participación como Árbitro en este Tribunal.
- 4.12.** El 13 de abril de 2020 el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá informó su designación como Árbitro al doctor Henry Sanabria Santos, quien había sido seleccionado por las partes como suplente. El doctor Sanabria aceptó el nombramiento en la debida oportunidad, con lo cual, mediante Auto No. 7 de 20 de mayo de 2020 (Acta No. 6),<sup>11</sup> el Tribunal se declaró debidamente reintegrado.
- 4.13.** Mediante Auto No. 8 de 20 de mayo de 2020 (Acta No. 6),<sup>12</sup> al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 491 de 28 de marzo de 2020, el Tribunal ordenó tener en cuenta que *“el término para solicitar la suspensión del proceso previsto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 no podrá exceder de ciento cincuenta (150) días hábiles”*. En la misma fecha, mediante Auto No. 9 el Tribunal admitió la demanda de reconvencción y ordenó su correspondiente traslado.
- 4.14.** El 24 de junio de 2020, en la debida oportunidad, la convocante contestó la demanda de reconvencción<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> Cuaderno Principal No. 1 – Folios 323 a 325.

<sup>8</sup> Cuaderno Principal No. 1 – Folios 331 a 332.

<sup>9</sup> Cuaderno Principal No. 1 – Folios 365 a 388.

<sup>10</sup> Cuaderno Principal No. 1 – Folios 389 a 401.

<sup>11</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 1 a 5.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 11 a 30.

- 4.15.** Mediante Auto No. 11 de 9 de julio de 2020 (Acta No. 7)<sup>14</sup>, se corrió traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio propuestas en la contestación de la demanda principal y de las excepciones formuladas en la contestación de la demanda de reconvención. En la misma providencia se fijó el 21 de julio de 2020 para celebrar la audiencia de conciliación. Sin embargo, por medio de Auto No. 12 de 24 de julio de 2020 (Acta No. 8)<sup>15</sup>, tal fecha fue modificada al 12 de agosto de 2020.
- 4.16.** En la debida oportunidad las partes recorrieron los respectivos traslados de las excepciones.
- 4.17.** El 11 de agosto de 2020 la convocante presentó escrito de reforma de la demanda principal<sup>16</sup>. En la misma fecha, la convocada reformó su demanda de reconvención<sup>17</sup>, escritos que fueron respectivamente admitidos mediante Autos Nos. 13 y 14 de 27 de agosto de 2020 (Acta No. 9)<sup>18</sup>. En virtud de lo anterior, la audiencia de conciliación no se llevó a cabo en la fecha fijada.
- 4.18.** El 14 de septiembre de 2020 la convocada presentó la contestación a la demanda principal reformada<sup>19</sup>, y la convocante contestó la demanda de reconvención reformada<sup>20</sup>.
- 4.19.** Mediante Auto No. 15 de 22 de septiembre de 2020 (Acta No. 10)<sup>21</sup>, el Tribunal corrió traslado de las excepciones y objeciones al juramento estimatorio respectivamente formuladas en las mencionadas contestaciones y fijó fecha para realizar la audiencia de conciliación.
- 4.20.** El 30 de septiembre de 2020, encontrándose dentro de la oportunidad establecida en la ley, las partes recorrieron el traslado de las excepciones y de las objeciones a los juramentos estimatorios<sup>22</sup>.

---

<sup>14</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 36 a 38.

<sup>15</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 68 a 75.

<sup>16</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 98 a 146.

<sup>17</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 147 a 164.

<sup>18</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 165 a 170.

<sup>19</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 178 a 238.

<sup>20</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 239 a 260.

<sup>21</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 261 a 263.

<sup>22</sup> Cuaderno Principal No. 3 – Folios 4 y 5.

**4.21.** El 1° de octubre de 2020 (Acta No. 11)<sup>23</sup> se llevó a cabo la audiencia de conciliación propia del proceso arbitral, oportunidad en la que no se llegó a acuerdo conciliatorio alguno. Por esta razón, mediante Auto No. 18 proferido en la misma fecha, el Tribunal fijó la suma de gastos y honorarios del proceso a cargo de las dos partes, montos que fueron oportunamente pagados por ellas en las proporciones que a cada una correspondían.

## **5. LA CONTROVERSIA**

### **5.1. LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA**

#### **5.1.1. Pretensiones**

La Convocante ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas<sup>24</sup>:

#### **“DECLARATIVAS:**

*“Primera. Que se declare que el Contrato de Concesión No. 011 de 2010 “PARA LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP PARA LA ZONA 13) USME SIN OPERACIÓN TRONCAL SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A. Y LA SOCIEDAD TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S.” suscrito el 17 de noviembre de 2010 (en adelante “el Contrato”) o en la oportunidad que el Tribunal lo determine, existe y se encuentra, actualmente, liquidado.*

*“Segunda. Que se declare que el 30 de noviembre de 2018 fue expedido Laudo Arbitral, que puso fin a unas controversias contractuales surgidas entre TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN – TRANZIT S.A.S. y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. y en desarrollo del Contrato.*

*“Tercera. Que se declare que el Laudo Arbitral emitido el 30 de noviembre de 2018, por el Tribunal de Arbitramento, convocado por TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN – TRANZIT S.A.S. para dirimir las controversias contractuales presentadas con la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., se encuentra en firme desde el 11 de diciembre de 2018 o desde la fecha que así lo determine el Tribunal.*

---

<sup>23</sup> Cuaderno Principal No. 3 – Folio 6.

<sup>24</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 102 a 104.

“Cuarta. Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron entregados a TRANZIT S.A.S. los patios o terminales zonales definitivos.

“Quinta. Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no se cumplieron los requisitos para la finalización de la Fase 2 de implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).

“Sexta. Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron adjudicadas a un nuevo concesionario o nuevos concesionarios, las zonas de Suba Centro, Perdomo y Fontibón que fueron adjudicadas en la Licitación No. TMSA-LP-004 de 2009 a OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES -COOBUS S.A.S.- y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES - EGOBUS S.A.S.-, cuyos contratos fueron terminados.

“Séptima. Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron implementadas las rutas que TRANZIT S.A.S. debía compartir con OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES -COOBUS S.A.S.

“Octava. Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron implementadas las rutas que TRANZIT S.A.S. debía compartir con EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES - EGOBUS S.A.S.

“Novena. Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019 no se cumplieron los requisitos para la integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).

“Décima. Que se declare que el ingreso al Sistema sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal (evasión alimentación), no era un riesgo que se encontraba tipificado y asignado en la matriz de riesgos del Contrato de Concesión No. 011 de 2010.

“Décima Primera. Que se declare que el ingreso al Sistema sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal (evasión alimentación), constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que alteró el equilibrio financiero del Contrato No. 011 de 2010, a cuyo restablecimiento está obligada TRANSMILENIO S.A.

“DE CONDENA: como consecuencia de la prosperidad de todas o algunas de las pretensiones declarativas, prosperen, de forma total o parcial, las siguientes pretensiones:



*“Décima Segunda. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a TRES MIL SETECIENTOS OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO DIEZ PESOS (COP\$3.708.864.110), por concepto de kilómetros en vacío, causados entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, como consecuencia de la no entrega de patios o terminales zonales definitivos.*

*“Décima Tercera. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTISIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SEIS PESOS (COP\$9.727.494.906), por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros, necesaria para restablecer el equilibrio financiero del Contrato, alterado por la no finalización de la Fase 2 de implementación del SITP, entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, o en la cuantía, oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.*

*“Decima Cuarta. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTICINCO MIL DIECISÉIS PESOS (COP\$8.348.925.016), para restablecer el equilibrio financiero del Contrato No. 011 de 2010, alterado por la terminación de los Contratos de OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES -COOBUS S.A.S.- y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES - EGOBUS S.A.S, entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, o en la cuantía, oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.*

*“Décima Quinta. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S., la suma que actualmente asciende a NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTISÉIS MILLONES VEINTIUN MIL QUINIENOS NOVENTA Y NUEVE PESOS (COP\$9.826.021.599), la cual resulta necesaria para restablecer el equilibrio económico del Contrato, alterado por el ingreso dejado de percibir como consecuencia de los pasajeros transportados sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal, entre el 1 de agosto de 2015 y el 30 de junio de 2017, o los conceptos y sumas que se encuentren probados.*

*“Décima Sexta. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S., la suma que actualmente asciende a CINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (COP\$5.550.531.539), la cual resulta necesaria para restablecer el equilibrio económico del Contrato alterado por el ingreso dejado de percibir como consecuencia de los pasajeros transportados sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal, entre el 1 de julio de 2017 y el 28 de junio de 2019 o los conceptos y sumas que se encuentren probados.*

*“Décima Séptima. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. las costas del proceso, incluyendo agencias en derecho, honorarios y gastos del Tribunal.*

*“Décima Octava. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. 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.”*

### **5.1.2. Hechos**

En la demanda reformada se presentaron 118 hechos clasificados en las secciones que se señalan a continuación, en las que la convocante, en síntesis, hace referencia a los siguientes aspectos<sup>25</sup>:

- *“HECHOS GENERALES DE LA DEMANDA ARBITRAL”.*

Previa mención a la calidad de Transmilenio como Ente Gestor del servicio público de transporte masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá, la convocante señala que esa entidad adjudicó los contratos de las denominadas Fases I y II, que corresponden a la operación de la infraestructura troncal (buses rojos articulados y biarticulados) y, posteriormente, mediante la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, adelantó los procesos de selección de los contratos de concesión del denominado Sistema Integrado de Transporte Público – SITP (buses azules), adjudicando 13 zonas a diferentes concesionarios, entre estos a Tranzit.

- *“HECHOS ESPECÍFICOS DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL”.*

---

<sup>25</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 105 a 129.

Se indica que el 17 de noviembre de 2010, las partes suscribieron el Contrato de Concesión No. 011, en el que se establecieron sus etapas y el plazo estimado de las mismas, así como las actividades a desarrollar en cada una de ellas.

Previa referencia a la cláusula 64 del Contrato de Concesión, explica la tarifa con la que se pactó la remuneración de Tranzit por la prestación del servicio de transporte.

- *“HECHOS ESPECÍFICOS RELACIONADOS CON EL TRIBUNAL ARBITRAL CONVOCADO POR TRANZIT”:*

Tranzit explica los hechos que, a su juicio, llevaron a que se presentaran importantes afectaciones económicas para el concesionario, razón por la cual, el 1 de noviembre de 2016, se convocó un Tribunal Arbitral para que definiera las correspondientes reclamaciones. Específicamente, se hace referencia a 4 reclamaciones que fueron presentadas ante ese Tribunal Arbitral, a saber:

- *“El Reconocimiento de kilómetros en Vacío por No Entrega de Patios Definitivos”.*

La convocante asegura que la falta de entrega oportuna de los terminales zonales definitivos (patios) generó afectaciones económicas al concesionario derivadas del costo de los kilómetros en vacío (distancia sin llevar pasajeros que no se remunera con los componentes de la tarifa establecidos contractualmente), pues se esperaba que los puntos de inicio de ruta (PIR) fueran ubicados en los patios definitivos que debían entregar el Distrito y Transmilenio.

- *“El Reconocimiento de Pérdida de Demanda por Falta de Operación de las Rutas Compartidas con los Concesionarios Coobús S.A.S. y Egobús S.A.S.”.*

Se plantea que como consecuencia de la falta de implementación de las rutas compartidas con los concesionarios Coobús y Egobús, Tranzit sufrió afectaciones económicas producto de la pérdida de demanda de pasajeros.

- *“El Reconocimiento de Pérdida de Demanda por Falta de Finalización de la Fase 2 de implementación del SITP”.*

Después de citar lo dispuesto en el Decreto Distrital 309 de 2009 respecto de las fases de implementación del SITP, se asegura que la falta de finalización de la Fase 2 generó afectaciones económicas a Tranzit por la pérdida de demanda de pasajeros.

Se asevera que debido a que los concesionarios Coobús y Egobús cesaron tempranamente su operación fue necesario implementar el denominado SITP Provisional, y que dadas las condiciones en las que opera ese sistema, no es posible integrarlo operativa ni tarifariamente con los otros buses del SITP concesionado, lo que impidió culminar la referida Fase 2 de implementación.

- *“El Reconocimiento de la Afectación por la Evasión en el Componente de Alimentación”.*

Se señala que, producto de la constante evasión en la validación del pago en el componente de alimentación que operaba en portales y estaciones de la zona de Usme, se presentó una importante reducción en los ingresos de Tranzit.

- *“Hechos relativos a la continuación del trámite arbitral”.*

La convocante hace un recuento de las actuaciones que se surtieron en el trámite arbitral que culminó con la expedición del Laudo de 30 de noviembre de 2018, de las cuales destaca la práctica de dos dictámenes periciales de parte aportados por Tranzit, uno de carácter técnico rendido por Cal y Mayor y otro de carácter financiero rendido por Guillermo Sarmiento Useche y Strategas Consultores, que tuvieron como fecha de corte el 30 de junio de 2017 y en los que la convocante soportó sus pretensiones económicas.

- *“HECHOS ESPECÍFICOS DEL LAUDO ARBITRAL”:*

Bajo este capítulo se hace referencia a las pretensiones formuladas por Tranzit y a las decisiones tomadas en el trámite arbitral que culminó con el Laudo de 30 de noviembre de 2018 y se exponen las conclusiones a las que, según indica la convocante, arribó el Tribunal frente a cada una de las reclamaciones planteadas, así:

- *“Decisión Respecto del Reconocimiento de Kilómetros en Vacío por no Entrega de Patios Definitivos”.*

Se afirma que el Tribunal reconoció esta reclamación pues se hizo evidente que Tranzit no recibió aviso oportuno de la ampliación de la etapa de transición y no se encontraba obligado a seguir asumiendo el riesgo de kilómetros en vacío una vez vencido el término de cinco años previsto en el Contrato de Concesión.

En razón de lo anterior, el Tribunal condenó a Transmilenio a pagar a Tranzit el concepto de kilómetros en vacío causados entre el 3 de noviembre de 2015

y el 30 de junio de 2017 (fecha de corte de los dictámenes periciales), pero no reconoció las fechas posteriores debido a que correspondían a sumas indeterminadas que no fueron calculadas por los peritos.

Se agrega que, al existir cosa juzgada frente a las pretensiones declarativas, Tranzit puede acceder al reconocimiento de los kilómetros en vacío entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, probando la cantidad y valores de los mismos.

- *“Decisión Respecto de la Pérdida de Demanda por Falta de Operación de las Rutas Compartidas con los Concesionarios Coobús S.A.S. Y Egobús S.A.S.”*

Se señala que el Tribunal determinó la prosperidad de esta reclamación, debido a que la situación ocurrida con los concesionarios Coobús y Egobús no se encontraba tipificada en la matriz de riesgos del contrato y con la misma se generó una alteración del equilibrio económico contractual, por lo cual se condenó a Transmilenio a su restablecimiento entre abril de 2016 y el 30 de junio de 2017 (fecha de corte de los dictámenes periciales).

Para la convocante, la decisión respecto de las pretensiones declarativas constituye cosa juzgada, por lo cual Tranzit puede acceder al restablecimiento del equilibrio económico del contrato causado entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019 probando el respectivo valor.

- *“Decisión Respecto de la Pérdida de Demanda por Falta de Finalización de la Fase 2 de Implementación”.*

Se señala que el Tribunal concedió las pretensiones relacionadas con esta reclamación por la excesiva demora en la finalización de la Fase 2 de implementación del SITP, lo que generó una alteración del equilibrio financiero del contrato y, por tanto, se condenó a Transmilenio a su restablecimiento hasta el 30 de junio de 2017 (fecha de corte de los dictámenes periciales).

Al existir cosa juzgada frente a las pretensiones declarativas, la convocante asevera que simplemente con probar el valor del restablecimiento del desequilibrio económico del contrato, puede acceder a su reconocimiento desde el 1 de julio de 2017 y hasta el 12 de julio de 2019.

- *“Decisión Respecto de la Afectación por la Evasión en el Componente de Alimentación”.*

La convocante plantea que el Tribunal declaró la improcedencia de las pretensiones relacionadas con esta reclamación por falta de una prueba

adecuada que soportara su cuantificación, pero no se estableció que Tranzit no tuviera derecho a los cobros reclamados y tampoco se determinó que esas sumas no se causaron, con lo cual no se puede afirmar que exista cosa juzgada.

Así, la convocante considera que puede reclamar el desequilibrio causado por la evasión en la alimentación del sistema, presentando de forma clara y concreta las cifras que lo sustentan.

- *“HECHOS POSTERIORES A LA EXPEDICIÓN DEL LAUDO ARBITRAL”.*

La convocante realiza un resumen de los hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del Laudo de 30 de noviembre de 2018 que llevaron a la presentación de la demanda arbitral que aquí se analiza, específicamente la negativa de Transmilenio de reconocer y pagar las sumas que, a juicio de la convocante, se han generado después del 1 de julio de 2017.

## **5.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA POR PARTE DE LA CONVOCADA Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES**

### **5.2.1. Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio**

La convocada contestó oportunamente la demanda principal reformada pronunciándose expresamente sobre los hechos, aceptando como ciertos algunos, negando otros y manifestando que otros no constituyen hechos. Adicionalmente, si bien la convocada manifestó inicialmente que se oponía a todas y cada una de las pretensiones de la demanda reformada, en el pronunciamiento específico frente a cada una de ellas no se opuso respecto de algunas de éstas. Así mismo, objetó el juramento estimatorio y solicitó la aplicación de la sanción prevista en el artículo 206 del C.G.P.

### **5.2.2. Las excepciones formuladas**

En la contestación de la demanda principal reformada la convocada formuló las siguientes excepciones<sup>26</sup>:

*“5.1. Improcedencia de cualquier tipo de reclamación por carecer el acta de liquidación final suscrita el 29 de noviembre de 2019, de salvedades de acuerdo con lo ordenado en la ley y reiterado por la jurisprudencia del Consejo de Estado.”*

---

<sup>26</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 206 a 222.

*“5.2. Quebrantamiento del deber de obrar con buena fe objetiva. desconocimiento del principio de buena fe.”*

*“5.3. El laudo arbitral del 30 de noviembre de 2018 - y las aclaraciones del 11 de diciembre de 2018 -, se encuentra ejecutoriado, en firme e hizo tránsito a cosa juzgada.”*

*“5.4. La obligación relacionada con la entrega de los patios o terminales zonales definitivos no se encuentra en cabeza de Transmilenio S.A. ya que de acuerdo con el Contrato de Concesión n° 011 de 2010, esa era una responsabilidad del Distrito.”*

*“5.5. Falta de legitimación en la causa por pasiva.”*

*“5.6. La implementación del sistema se previó gradual y progresiva, sin un límite de tiempo definido para su terminación, y sin que exista una disposición contractual en ese sentido.”*

*“5.7. La integración del sistema se produjo en los términos y condiciones del contrato, sin que para ningún efecto en el contrato se haya dispuesto nada sobre la existencia de “integración total” que pueda ser exigible a Transmilenio.”*

*“5.8. Las actuaciones adelantadas por Transmilenio S.A. en relación con Egobús Y Coobús tienen pleno respaldo legal y contractual no teniendo obligación ninguna frente a lo que se pretende por Tranzit S.A.S.”*

*“5.9. Las rutas asignadas a las empresas Coobus y Egobus fueron debidamente implementadas y operan sin inconveniente alguno.”*

*“5.10. Ningún “evento ajeno” en materia de validación de medio de pago (alimentación) está probado y puede ser asumido por Transmilenio s.a. en los términos de la ley, del contrato de concesión y del funcionamiento del sistema.”*

*“5.11. Tranzit asumió el riesgo de demanda y en tal virtud las implicaciones de su ocurrencia hasta la liquidación final del contrato.”*

*“5.12. Inexistencia de los supuestos legales y jurisprudenciales para declarar el “restablecimiento” del equilibrio (sic) económico del contrato solicitado por Tranzit S.A.S. en las pretensiones de condena.”*

*“5.13. Tranzit S.A.S. asumió el riesgo de evasión y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia.”*

*“5.14. Cobro de lo no debido.”*

“5.15. *Improcedencia de reconocimiento de intereses moratorios.*”

“5.16. *Excepción genérica.*”

### 5.3. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

#### 5.3.1. Pretensiones

La convocante en reconvención ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas<sup>27</sup>:

##### “4.1. *Declarativas.*

“**PRIMERA.** Que se declare que el 17 de noviembre de 2010, la empresa TRANSMILENIO S.A. y la sociedad TRANZIT S.A.S. celebraron el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, con el objeto de: “Otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP, al **CONCESIONARIO**, en la **Zona, 13) USME** bajo los términos, condiciones y con las limitaciones previstas en el presente **Contrato** y en el pliego de condiciones de la licitación.

“Dicha concesión otorgará el derecho a operar de forma preferencial y no exclusiva al **CONCESIONARIO** las siguientes **Zonas** en que se ha dividido la ciudad, para la prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros bajo el esquema SITP: **5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLÍVAR Y 13) USME**, que hacen parte de las trece (13) zonas en las que se ha dividido la ciudad de Bogotá.

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

“**SEGUNDA.** Que se declare que TRANSMILENIO S.A. cumplió a cabalidad con todas y cada una de las obligaciones nacidas del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, sus otrosíes, modificatorios, prorrogas (sic), adicionales, actas y demás documentos de naturaleza contractual frente a la sociedad TRANZIT S.A.S. hasta la fecha de liquidación definitiva del contrato, sin que ninguna objeción o salvedad se haya presentado por el contratista, salvo la contenida en el numeral 11.2 del Acta de

---

<sup>27</sup> Cuaderno Principal No. 2 - Folios 151 a 155.



*Liquidación definitiva del Contrato 011 de 2010 suscrita por las Partes el 29 de noviembre de 2019, así:*

*“11.2 DE TRANZIT.*

*“TRANZIT S.A.S. hace la salvedad que en fecha de 24 de septiembre de 2019 presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con Radicado No. 2019-00688, el cual será notificado a TRANSMILENIO S.A. en la oportunidad correspondiente.*

*“**TERCERA.** Que se declare que al haber estructurado y presentado su oferta en los términos del Pliego de Condiciones de la Licitación TMSA-LP-004 de 2009, y de la ley, TRANZIT S.A.S. asumió el deber de planeación, la carga de diligencia y cuidado, la previsión de riesgos, así como los demás deberes, cargas y obligaciones que como oferente dentro de un proceso de contratación estatal le correspondía cumplir.*

*“**CUARTA.** Que se declare que el Pliego de Condiciones, los documentos que integraron el mismo, la oferta del concesionario, el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, y cualquier otro acto precontractual o contractual proferido o aceptado por TRANSMILENIO S.A., de ninguna manera contemplaron la asunción de riesgos distintos a los expresamente asignados por el ordenamiento jurídico en los contratos de concesión o pactados en documentos contractuales a cuyos términos estrictamente se atiene la parte que apodero.*

*“**QUINTA.** Que se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, concretamente en cuanto a la entrega de patios o terminales zonales definitivos, implementación, validación del medio de pago y evasión fue un riesgo asumido por el oferente adjudicatario TRANZIT S.A.S. y asignado en el Contrato de Concesión N° 011 de 2010.*

*“**SEXTA.** Que se declare que en el Laudo Arbitral proferido el 30 de noviembre de 2018, no modificó ni cambio la Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, Anexo 5 del mismo documento.*

*“**SEPTIMA.** Que se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, en particular, respecto de las obligaciones de entrega de patios o terminales zonales definitivos, de implementación, de validación del medio de pago y evasión, se cumplieron por parte de TRANSMILENIO S.A. al punto que sobre estos conceptos TRANZIT S.A.S no dejó salvedad alguna de manera expresa y concreta en el Acta de Liquidación Definitiva del contrato, suscrita el 29 de noviembre de 2019.*

**“OCTAVA.** Que se declare que el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, se terminó unilateralmente de conformidad con lo señalado en la Resolución N° 657 del 15 de julio de 2019, “Por medio de la cual se declara la terminación unilateral del Contrato de Concesión N° 011 del 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación-”, la cual se encuentra en firme, ejecutoriada y revestida de presunción de legalidad.

**“NOVENA.** Que se declare que el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, se encuentra terminado y definitivamente liquidado conforme al “Acta de Liquidación Final del Contrato de Concesión 011 del 17 de noviembre de 2010 suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A. y la sociedad Transporte Zonal Integrado S.A.S – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación”, suscrita el 29 de noviembre de 2019.

**“DECIMA.** Que se declare que de conformidad con el “Acta de Liquidación Final del Contrato de Concesión 011 del 17 de noviembre de 2010 suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A. y la sociedad Transporte Zonal Integrado S.A.S – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación”, del 29 de noviembre de 2019, la sociedad TRANZIT SAS, por intermedio de su representante legal, no hizo, ni dejó (sic), en el cuerpo de dicha Acta, ningún tipo de salvedad que le permitiera hacer reclamaciones económicas o de cualquier otra índole a TRANSMILENIO S.A. en relación con el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, en los términos de ley y la única salvedad corresponde a la contenida en el numeral **“11. SALVEDADES O MANIFESTACIONES”**, así:

“11.2 DE TRANZIT.

“TRANZIT S.A.S. hace la salvedad que en fecha de 24 de septiembre de 2019 presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con Radicado No. 2019-00688, el cual será notificado a TRANSMILENIO S.A. en la oportunidad correspondiente.

**“DECIMA PRIMERA.** Que se declare que de conformidad con el balance final del contrato de Concesión N° 011 de 2010, expresado por las Partes en los Acuerdos Primero y Segundo del Acta de liquidación Final del 29 de noviembre de 2019, TRANZIT S.A.S. adeuda a TRANSMILENIO S.A. la suma de **CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS M/CTE (\$165.330.723.00)**, correspondiente a los saldos pendientes por concepto de remuneración de pasajeros de alimentación, kilometraje y vehículos pagados en exceso, más los intereses de mora e indexación de la suma debida.

**“DECIMA SEGUNDA.** Que se declare que durante la ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, se mantuvo el equilibrio económico, desde su celebración hasta su liquidación, declarándolo así las partes con la manifestación de **“PAZ y SALVO por todo concepto”**, de conformidad con lo señalado en la Acuerdo Cuarto del **“Acta de Liquidación Final”** del Contrato de Concesión del 29 de noviembre de 2019, la cual se encuentra en firme.

**“DECIMA TERCERA.** Que se declare que de conformidad con el numeral 11 **“Salvedades o Manifestaciones”** y el balance final del contrato de Concesión N° 011 de 2010, expresado en el Acta de liquidación Final del 29 de noviembre de 2019, TRANZIT S.A.S. se encuentra obligada a mantener indemne a TRANSMILENIO S.A. por cualquier reclamación de responsabilidad civil contractual y extracontractual que se haga, de manera directa o indirecta, en relación con el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, ya terminado y liquidado.

#### **“4.2. De condena.**

**“PRIMERA.** Que, como consecuencia de la pretensión décima primera declarativa, se condene a la sociedad TRANZIT S.A.S. a pagar a TRANSMILENIO S.A., la suma de **CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS M/CTE (\$165.330.723.00)**, por concepto de los saldos pendientes por concepto de remuneración de pasajeros de alimentación, kilometraje y vehículos pagados en exceso, o la suma que se determine en el curso del presente proceso Arbitral.

**“SEGUNDA.** Que, como consecuencia de la pretensión primera anterior, se condene a la sociedad TRANZIT S.A.S., a pagar la indexación del valor adeudado en cuantía de **diez millones ciento veintinueve mil cuatrocientos cincuenta y tres pesos (\$10.129.453)**, liquidada desde el momento en que se presentó la causación de lo adeudado y hasta la fecha del pago efectivo, o en la forma y valor que lo determine el Tribunal.

**“TERCERA.** Que, como consecuencia de la pretensión primera anterior, se condene a la sociedad TRANZIT S.A.S., a pagar los intereses de mora en cuantía de **cincuenta y seis millones trescientos treinta mil doscientos noventa y siete pesos (\$56.330.297)**, liquidada desde el momento en que se causó lo adeudado y hasta la fecha del pago efectivo, o en la forma y valor que lo determine el Tribunal.

**“CUARTA.** Condénese a la sociedad TRANZIT S.A.S. al cumplimiento de las obligaciones asumidas en el Acta de Liquidación Final del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, firmada el 29 de noviembre de 2019, en los términos solicitados en las pretensiones declarativas de esta demanda de reconvención.

**“QUINTA.** *Que se condene en costas y agencias en derecho a la sociedad TRANZIT S.A.S., demandada en reconvención, liquidadas por el Tribunal con arreglo a la ley.*

### **5.3.2. Hechos**

En la demanda de reconvención reformada se presentaron 13 hechos en los que, en síntesis, se plantea lo siguiente<sup>28</sup>:

- El 17 de noviembre de 2010 Transmilenio y Tranzit suscribieron el Contrato de Concesión No. 011, cuyo objeto consistía en la explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP para la zona 13) Usme. Durante la ejecución del contrato, las partes suscribieron 12 otrosíes.
- El 15 de julio de 2019, mediante Resolución 657, Transmilenio resolvió terminar unilateralmente el Contrato de Concesión y, en consecuencia, ordenó su liquidación, la cual se concretó el 29 de noviembre de 2019 mediante la suscripción del Acta de Liquidación Final.
- En el acta de liquidación del contrato se consignó que Tranzit debía pagar a Transmilenio \$165.330.723, suma que a la fecha de presentación de la demanda de reconvención reformada no había sido pagada.
- En el numeral 11 del acta de liquidación del contrato se encuentran las salvedades de las partes, en las cuales se consignó en el punto 2 una “*salvedad judicial*” de Tranzit referida a un proceso iniciado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sin que fuera consignada ninguna otra salvedad. Adicionalmente, se señala que en la cláusula cuarta del acta de liquidación las partes recíprocamente otorgaron el correspondiente paz y salvo del Contrato de Concesión, sus adicionales y modificatorios.
- La convocada afirma que en las salvedades de Tranzit consignadas en el acta de liquidación no se incluyó en forma expresa el concepto y valor de las mismas, como lo ha exigido en repetidas ocasiones la jurisprudencia del Consejo de Estado.

## **5.4. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES**

### **5.4.1. Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio**

---

<sup>28</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 156 a 159.

La convocada en reconvencción contestó oportunamente la demanda de reconvencción reformada pronunciándose expresamente sobre los hechos, aceptando como ciertos algunos, otros parcialmente y negando los demás. Adicionalmente, se pronunció respecto de cada una de las pretensiones y objetó el juramento estimatorio.

#### **5.4.2. Las excepciones formuladas**

En la contestación de la demanda de reconvencción reformada se formularon las siguientes excepciones<sup>29</sup>:

- “3.1. *TRANSMILENIO sistemáticamente se ha abstenido de ejecutar la relación contractual de buena fe y continúa este actuar en la etapa procesal.*”
- “3.2. *Cosa Juzgada.*”
- “3.3. *La interpretación que TRANSMILENIO pretende dar al Acta de Liquidación del Contrato 011 de 2010, constituye un abuso del derecho.*”
- “3.4. *TRANSMILENIO desconoce sus propios actos y la confianza originada a partir de estos: aplicación de la teoría del non venire contra factum proprium.*”
- “3.5. *TRANSMILENIO pretende utilizar el presente proceso arbitral para desconocer la prelación de créditos establecida dentro del proceso de reorganización y posterior liquidación de TRANZIT.*”
- “ 3.6. *Improcedencia de la compensación.*”
- “3.7. *Imposibilidad del reconocimiento de indexación o intereses.*”
- “3.8. *Improcedencia del cobro concomitante de indexación e intereses moratorios sobre la suma reconocida en el Acta de liquidación.*”
- “ 3.9. *Excepción genérica.*”

## **6. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y ETAPA PROBATORIA**

### **6.1. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE**

El 3 de noviembre de 2020 se dio inicio a la Primera Audiencia de Trámite, oportunidad en la que, previo cumplimiento de las etapas establecidas en la Ley, mediante Auto No. 20 (Acta No. 13) el Tribunal se declaró competente para conocer de las controversias

---

<sup>29</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 254 a 258.

plasmadas en la demanda principal reformada, en la demanda de reconvención reformada y en sus respectivas contestaciones. Dicha decisión fue objeto de recurso de reposición formulado por la convocada, el cual fue resuelto en esa misma fecha mediante Auto No. 21, en el que se confirmó la decisión de competencia del Tribunal.

## **6.2. ETAPA PROBATORIA**

### **6.2.1. Pruebas documentales**

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera según la ley, los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales establecidas en la normatividad, incluyendo la información aportada por la parte convocada con ocasión del requerimiento formulado por el Tribunal en el numeral tercero del Auto No. 13.

### **6.2.2. Oficio**

Se recibieron los documentos solicitados mediante oficio al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a saber, el expediente del proceso arbitral convocado por Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S. contra Empresa de Transporte de Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A. (Rad. 4971).

### **6.2.3. Testimonios**

Se recibieron los testimonios de las personas que se indican a continuación, en las fechas que se señalan:

- 25 de noviembre de 2020 (Acta No. 14): Mauricio Arciniegas Jara y Wilmer Alexis González Murcia.
- 9 de diciembre de 2020 (Acta No. 15): Sugely Andrea Rodríguez Bernal, testigo tachada por sospecha por la parte convocada.
- 10 de diciembre de 2020 (Acta No. 16): María Isabel Patiño y Angela María Cardona. Frente a la testigo María Isabel Patiño, la convocada formuló tacha de sospecha.

### **6.2.4. Informe Juramentado**

El 2 de diciembre de 2020 se recibió el Informe rendido bajo juramento por el representante legal de Transmilenio S.A.

### 6.2.5. Dictámenes periciales de parte

Se decretaron como prueba los siguientes dictámenes periciales:

- a. Dictamen pericial técnico aportado por la parte convocante, elaborado por la firma **Cal y Mayor Asociados S.C.**, suscrito por los peritos Geovanni Infante Malagón y Miguel Andrés Castillo Rangel. El 26 de enero de 2021 el perito Miguel Andrés Castillo Rangel rindió declaración sobre el contenido de la experticia (Acta No. 17) y, posteriormente, el 9 de marzo de 2021, aportó una comunicación a la cual se refirió en el curso de su declaración, la cual fue incorporada al expediente. Frente al dictamen presentado, la convocada formuló objeción por error grave.
- b. Dictamen pericial financiero aportado por la parte convocante, elaborado por la firma **Strategas Consultores S.A.**, suscrito por los peritos Guillermo Sarmiento Useche y Enrique Villota Leguizamón. El 27 de enero de 2021 el perito Enrique Villota Leguizamón rindió declaración sobre el contenido de la experticia (Acta No. 18).
- c. Dictámenes periciales técnico y financiero de contradicción, rendidos por el perito **Antonio Vargas del Valle**, frente a los elaborados por Cal y Mayor Asociados S.C. y Strategas Consultores S.A., respectivamente. El 26 de enero de 2021 el perito rindió declaración sobre el contenido de sus experticias (Acta No. 17).

Las pruebas de interrogatorio de parte y declaración de parte a cargo del representante legal de Tranzit, así como la de exhibición de documentos a cargo de la parte convocada no se practicaron pues sus respectivos solicitantes desistieron de las mismas.

## 7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En audiencia celebrada el 9 de abril de 2021 (Acta No. 21), las partes presentaron sus alegatos de conclusión de manera oral y aportaron los correspondientes escritos en los que sus argumentos se desarrollan, los cuales fueron incorporados al expediente. De igual manera, el representante del Ministerio Público rindió su concepto final y lo aportó para su incorporación al expediente. En dicha oportunidad el señor Agente del Ministerio Público expuso su concepto final, y entregó el documento contentivo del mismo para ser incorporado al expediente.

## 8. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

De conformidad con lo pactado por las partes en la cláusula compromisoria, el término de duración del proceso es de 4 meses. Su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir el 3 de noviembre de 2020, con lo cual habría vencido el 3 de marzo de 2021. Sin embargo, atendiendo la solicitud de las partes, se decretaron las siguientes suspensiones:

<b>Acta – Auto</b>	<b>Fechas de suspensión</b>	<b>Días hábiles</b>
Acta No. 16 – Auto No. 25	11 de diciembre de 2020 a 22 de enero de 2021 (ambas fechas inclusive)	28
Acta No. 19 – Auto No. 29	3 de febrero a 23 de marzo de 2021	34
Acta No. 21 – Auto No. 31	10 de abril a 8 de julio de 2021 (ambas fechas inclusive)	59
<b>Total días de suspensión</b>		<b>121</b>

De acuerdo con el anterior reporte el proceso estuvo suspendido por 121 días hábiles, que sumados a los del término, permiten concluir que este vence el 2 de septiembre de 2021.

Por lo anterior, la expedición del presente Laudo en la fecha es oportuna y se hace dentro del término pactado por las partes.

## **II. PRESUPUESTOS PROCESALES**

El proceso reúne los presupuestos procesales requeridos para su validez y, por ende, para permitir la expedición de pronunciamiento de mérito.

En efecto:

- 1) De conformidad con los certificados de existencia y representación legal obrantes en el expediente, tanto Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S. como la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A., son personas jurídicas legalmente constituidas y representadas.
- 2) Las partes actuaron por conducto de apoderados que fueron debidamente reconocidos como tales.
- 3) El Tribunal constató que:
  - i. Había sido integrado e instalado en debida forma;
  - ii. Las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas;
  - iii. Las controversias planteadas se refieren a asuntos de libre disposición que la ley autoriza someter al arbitraje y las partes tenían capacidad para ello;



- iv. Las partes consignaron oportunamente las sumas que les correspondían tanto por concepto de gastos como por concepto de honorarios fijados en el proceso;
- v. El proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las partes;
- vi. No obra causal de nulidad u otra irregularidad que afecte la actuación, a lo que debe añadirse la práctica del control de legalidad en las respectivas etapas del proceso, en cuya virtud el Tribunal –sin que hubiera habido objeción de las partes– no encontró vicio que afectara el trámite y, por ende, requiriera su saneamiento.

### **III CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Con el fin de atender las pretensiones incoadas por la Convocante y la Convocada, en la Demanda Reformada y en la Demanda de Reconvención Reformada, al igual que todas aquellas excepciones propuestas por las partes en las contestaciones respectivas, este Tribunal considera imperante realizar el análisis de las diferentes cuestiones jurídicas que en ellas se plantean, análisis que, en todo caso, servirá de fundamento para las decisiones que adoptará este Panel Arbitral.

#### **1. LAS OBJECIONES FORMULADAS POR TRANSMILENIO CONTRA LOS DICTAMENES APORTADOS POR LA CONVOCANTE**

##### **1.1 LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE FORMULADA POR LA PARTE CONVOCADA CONTRA EL DICTAMEN PERICIAL ELABORADO POR CAL Y MAYOR**

###### **1.1.1 Argumentos de la parte convocada**

La parte Convocada objetó por error grave el dictamen pericial elaborado por Cal y Mayor Asociados, que fue aportado por el extremo Convocante en las oportunidades procesales correspondientes. La objeción, formulada, reiterada en el alegato de conclusión, se fundamenta en lo siguiente:

Se le atribuye al dictamen de Cal y Mayor Asociados contener conclusiones que no son más que “simples suposiciones y opiniones”, pues los peritos efectuaron un análisis de las cláusulas del Contrato de Concesión No. 011 de 2010 y de los Decretos que crearon el

SITP, hasta el punto de que, en varios apartes, afirma la Convocada, se exponen conceptos jurídicos y no técnicos.

En este sentido, se dice que en el dictamen se incorporaron conceptos propios, afirmaciones sin fundamento y opiniones sobre los aspectos más relevantes de la operación y funcionamiento del SITP, dado que no se tuvieron presentes todos los elementos de la integración operacional, tarifaria e institucional previstos en el Decreto 319 de 2006. Según la Convocada, se desconoció que el sistema estuvo estructurado bajo tres jerarquías de rutas; se desconoció igualmente que el TPC (Transporte Público Colectivo) es uno de los componentes del SITP al ser un modo flexible operacional y tarifariamente; se pasó por alto que la integración tarifaria y operacional se está dando en la actualidad en el 100% de las rutas y servicios que pertenecen al SITP; se omitió tener en cuenta que tanto el Transporte Masivo como el TPC no son sustitutos sino complementarios y, por ende, hacen parte del SITP, de suerte que ellos no son obstáculo para la implementación e integración de este.

Por ello, se dijo por la Convocada, que el perito se equivocó al no entender que el SITP no solo abarca el transporte público automotor de pasajeros, sino todos los medios de transporte público y que se equivocó aún más al señalar que el SITP pretende desaparecer el TPC, cuando lo cierto es que este es uno de sus componentes.

En punto de los supuestos técnicos de operación del SITP, afirmó la Convocada que existe una clara diferencia entre las conclusiones del perito y lo que verdaderamente aparece plasmado en los documentos normativos o contractuales. En esta materia, se dijo por la Convocada que Cal Y Mayor se equivocó al interpretar el Contrato y expresar sus conceptos sobre el momento a partir del cual se debía dar la orden de inicio de operación; igualmente se señaló que hay equivocaciones en lo concerniente a los conceptos de implementación e integración total del SITP, específicamente en lo que toca con las condiciones o presupuestos para que aquellos conceptos se configuren, con lo cual se desconoció que tanto el Contrato de Concesión como las normas que rigen la materia permiten diferentes modalidades de integración de los servicios implementados, insistiéndose de nuevo que *“en ningún texto normativo o contractual se puede evidenciar que el transporte publico (sic) colectivo deba ser eliminado, como así lo quiere hacer creer Cal y Mayor de manera repetitiva”*.

Considera la parte Convocada que en el peritaje se incurrió en una equivocación al señalar que en los últimos tres años se ha presentado un retroceso en la implementación del SITP respecto del avance del TPC, dado que ello no concuerda con el registro de vinculación y desvinculación de flota del SITP Provisional que maneja Transmilenio. Adicionalmente, se indicó que no se tuvo en cuenta que la implementación se contempló como una actividad que debería desarrollarse paulatinamente sin que estuviese ligada o atada a una fecha o plazo determinado, sino que podría tener los ajustes y modificaciones que resultaran necesarias. Y se desconoció también en el peritaje, según se dice en el alegato de conclusión, que Transmilenio adelantó todas las gestiones para lograr la integración del

medio de pago y que, si hubo alguna responsabilidad en demora alguna, ella sería ajena a dicha entidad.

Adicionalmente, se indica por la Convocada que *“las mayores imprecisiones del dictamen”* se presentan por considerar que la entrada en operación del SITP provisional obedeció solamente a la situación presentada con Coobús y Egobús, cuando lo cierto es que ello tuvo igualmente su causa en el incumplimiento a los programas de implementación por parte de los demás concesionarios, entre ellos, Tranzit. En esa línea, se indica por la Convocada que con el dictamen se pretende “disimular” la responsabilidad de la Convocante en las demoras en la ejecución del plan de implementación y se pasó por alto que muchos de los otrosíes en donde se amplió el plazo, fue precisamente por petición de Tranzit; se agrega que Cal y Mayor desconoció que la Convocante no vinculó el real de flota de alimentación nueva solicitada, hasta el punto que Transmilenio tuvo que arrendarle buses padrones *“sin los cuales estaría aún más lejos de cumplir con el compromiso contractual de suministro de flota”*.

Por todo lo expuesto, en este tópico específico, concluye Transmilenio que *“Cal y Mayor utiliza cifras y apartes de los documentos contractuales para alegar desviaciones de la estructuración técnica, pero sin reconocer que los resultados del proceso dependen del cumplimiento de todos los supuestos operacionales y las obligaciones que recaen en todas las partes, y en gran medida en el desempeño de los concesionarios de operación de transporte durante el desarrollo de las obligaciones del contrato.”*

Se dice que el perito se equivocó en el concepto de paralelismo que aparece en el dictamen, pues ello en verdad corresponde al concepto de tramos compartidos. En este sentido, se dice que, además, el perito no utilizó *“herramientas de medición precisas, ni cuenta con las evidencias de conteos de campo que permitan demostrar la existencia de paralelismo operacional entre las rutas que atiende el SITP Provisional y el concesionario TRANZIT.”*

En lo tocante con los aspectos técnicos más relevantes de la operación de alimentación y la evasión, considera la Convocada que el perito Cal y Mayor, además de ser escueto y poco explicativo, incurrió en yerros tales como tomar en cuenta escenarios teóricos sin tener en cuenta las variantes reales o que posiblemente se podían presentar; de la misma manera el perito se equivocó, adujo la Convocada, en tomar como ciertos e inamovibles dos supuestos que se alejaron de la realidad: El primero, que el plan de implementación previsto en la licitación no iba sufrir modificaciones hasta la entrada en operación del SITP en su Fase 2 y, el segundo, que los usuarios del transporte público son una “demanda cautiva” y que solamente utilizarían el SITP para sus viajes, con lo cual se niegan *“(…) las opciones de fuga de los usuarios de transporte público hacia otras alternativas, legales y por fuera de la legalidad, de movilidad en la ciudad, entre otras, vehículo privado (autos y/o motos), servicios de transporte ofrecidos por plataformas digitales (UBER, DIDI, PICAP, etc.), taxi individual y taxis colectivos, vehículos de servicios especiales que operan con rutas definidas, bicicletas, mototaxi, etc.”*

Como quiera que la metodología utilizada por el perito no permite concluir que las cifras sobre demanda sean exactas, precisas o sustentadas, es claro que las conclusiones allí plasmadas no pueden servir para cuantificar supuestos perjuicios en punto de la demora de la fase 2 de implementación y en lo atinente a la demora en la implementación de las 17 rutas compartidas con Coobus y Egobus. Igual se presenta con el tema de la evasión, cuyos perjuicios tampoco podrían ser cuantificados con base en los datos que se tuvieron en cuenta para determinar la dimensión de dicho fenómeno.

Acerca de la estimación de los kilómetros en vacío, se aduce por la Convocada que los datos que dicen haber tenido en cuenta no coinciden con los que aparecen en el software “Goal\_Bus”, que es el revisado y aprobado por Transmilenio, por lo que las conclusiones expuestas sobre el particular son igualmente equivocadas.

En lo que toca con la estimación de la evasión en el pago de los servicios alimentadores del Portal Usme y la Estación Molinos, se dice que el perito partió de la base de una premisa equivocada, consistente en que la evasión es un riesgo de Transmilenio y del concesionario del SIRCI.

### **1.1.2 Planteamientos de la Convocante**

Por su parte, el apoderado de la parte Convocante se manifestó sobre la objeción por error grave, tanto en la audiencia de interrogatorio al perito, como en sus respectivos alegatos de conclusión, señalando que se tornaba incomprensibles las razones por las cuales fue objetado por error grave el trabajo presentado por Cal y Mayor & Asociados, no solo por la seriedad del perito, sino además porque habiéndose agotado la oportunidad de Transmilenio para presentar el correspondiente peritaje de contradicción no lo hizo, y ahora no sería el momento adecuado para enmendar su falencia.

En punto de la objeción propiamente dicha, adujo Tranzit en su alegato de conclusión que no es cierto que el dictamen de Cal y Mayor se haya basado en consideraciones jurídicas, dado que el perito lo que hizo fue apoyarse en la regulación del servicio público de transporte y a partir de allí realizar sus consideraciones respecto del objeto de la pericia, pero ello no implica que se haya soportado en temas de derecho, a lo cual agregó que en el dictamen aparecen los ejercicios técnicos *“que son concluidos correctamente por el perito, al verificar todo tipo de soportes, entre ellos la regulación propia de la actividad relacionada con la litis (transporte urbano de pasajeros a través de buses).”*

Así, el apoderado señala que el documento producido por el perito es un ejercicio técnico contentivo de unas conclusiones que son procedentes para la litis, las cuales no versan sobre puntos de derecho, sino sobre aspectos meramente técnicos a los que se han llegado tras la verificación de todo tipo de soportes, entre ellos la regulación propia de la actividad

objeto del Contrato de Concesión, de manera que el mismo no transgrede la restricción establecida en el artículo 226 del Código General del Proceso.

Insiste además en que el dictamen de Cal y Mayor no versa sobre puntos de derecho; ni hace juicios de valor respecto a los hechos de la demanda o sobre las conclusiones del Primer Laudo, ni mucho menos pretende señalar si son procedentes o no las pretensiones de Tranzit, limitándose exclusivamente a analizar una actividad y la operación propia del concesionario en un período de tiempo, para definir y cuantificar unos ítems técnicos.

Consecuentemente en su pronunciamiento, Tranzit solicita que, dado que interpretación de la Parte Convocada respecto a la identificación de las regulaciones contenidas en el respectivo peritaje es errada, el Tribunal desestime la objeción pues las referencias a la normativa aplicable son absolutamente necesarias para el desarrollo de la gestión encomendada.

Adicionalmente, argumenta que la objeción formulada no sirve de base para concluir que la tarea de Cal y Mayor contenga falsedades u equivocaciones, sino que se está argumentando una condición que, en su opinión, solo conllevaría a que el Tribunal tenga en cuenta el trabajo como una alegación adicional a su favor por expresa disposición legal, siendo entonces la solicitud de Transmilenio improcedente también desde la perspectiva procesal.

## **1.2 LA OBJECIÓN FORMULADA CONTRA EL DICTAMEN PERICIAL ELABORADO POR STRATEGAS CONSULTORES S.A.**

### **1.2.1 Argumentos de las partes**

Transmilenio igualmente objetó las conclusiones del dictamen pericial elaborado por la firma Strategas Consultores S.A., aportado al proceso por Tranzit, toda vez que, según se dijo en el alegato de conclusión, no hay soporte de ninguna de las reclamaciones económicas, por la sencilla razón de que el perjuicio en este caso, no existió y *“es producto de las invenciones consignadas en el dictamen pericial técnico y, replicadas, sin más, en el dictamen pericial financiero con unos cálculos que carecen de todo sustento legal, como ya lo pusimos de presente.”*

Tranzit igualmente se opuso a dicha objeción con argumentos similares a los ya expresados respecto del dictamen elaborado por Cal y Mayor. En su alegato de conclusión adujo la Convocante que el dictamen de contradicción aportado para desvirtuar las conclusiones del dictamen de Strategas Consultores S.A. no controvertió la versión final de este, sino la versión inicial, por lo que, en estricto sentido, la versión aportada con la reforma de la demanda, que tiene fecha octubre de 2020, se encuentra en firme.

### 1.3 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Previo a resolver la objeción por error grave planteada por la Convocada, es pertinente recordar que conforme a lo previsto por el artículo 228 del Código General del Proceso, “*En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave*”, disposición que ha dado lugar a discusiones acerca de si, conforme a la norma en cita, no es posible por ninguna vía endilgarle al dictamen la comisión de yerros que puedan calificarse como graves o, por el contrario, dicha posibilidad sí es admitida por nuestro ordenamiento procesal, puesto que la prohibición solamente se encuentra referida al “trámite especial” que existía en anteriores legislaciones, pero en modo alguno cobija el derecho que tiene la parte contra quien se aduce un dictamen de “objectarlo” cuando quiera que se estima que dicha prueba contiene yerros significativos.

Con independencia de las discusiones que se han presentado sobre este particular tópico en varios ámbitos académicos e incluso en la práctica, lo cierto es que no existe prohibición alguna de objetar un dictamen pericial por error grave. Del contenido del artículo 228 del Código General del Proceso, norma que regula la contradicción de la prueba pericial, no se desprende restricción alguna en tal sentido, dado que, de ser así, se le estaría cercenando a la parte contra quien se aduce el dictamen el derecho de ponerle de manifiesto al Tribunal o juez respectivo la existencia de errores trascendentes que le restan cualidad demostrativa a la prueba pericial.

En efecto, para el Tribunal es claro que la prohibición solamente está referida al “trámite especial” pero en modo alguno a la objeción. Por ello, cuando se considere que el dictamen aportado por la parte contraria es equivocado, contiene yerros evidentes y trascendentes que afectan las conclusiones del dictamen y ponen en entredicho su mérito demostrativo, podrá la parte solicitarle al Tribunal que no lo tenga en cuenta al momento de apreciarlo y valorarlo en el laudo, esto es, podrá objetarlo por error grave.

Lo que ocurre es que, para tal menester, no habrá ningún trámite especial y podrá la parte exponer y plantear su objeción cuando se le corra traslado del dictamen, o bien en la audiencia de interrogatorio del perito o incluso en el alegato de conclusión, oportunidades procesales en las que podrá ponerle presente al Tribunal cuáles son los errores en los que incurrió el perito, evidenciar la gravedad de ellos y realzar su incidencia en las conclusiones del dictamen.

En consecuencia, estima este Tribunal de Arbitraje que hoy en día no está proscrita la posibilidad de objetar por error grave un dictamen pericial; la prohibición contenida en el artículo 228 del Código General del Proceso está únicamente referida al adelantamiento de trámite especial para tal fin, esto es, no se permite para ello surtir actuaciones distintas a las que aparecen contempladas en la norma, pues de aceptar trámites, actuaciones o etapas especiales se generaría, como ocurría en el anterior Código de Procedimiento Civil, demoras y dilaciones innecesarias en el desarrollo de los procesos.

Sobre esta temática, en sentencia del 1º de agosto de 2016<sup>30</sup>, dijo el Consejo de Estado:

*“En resumen, el Código General del Proceso modificó la contradicción del dictamen pericial en los siguientes aspectos: i) desapareció el trámite incidental de la objeción grave, lo cual no significa que se haya eliminado la posibilidad de plantear la objeción a través del interrogatorio o del contradictamen, sobre aquellas causas que anteriormente, en el Código de Procedimiento Civil, daban lugar la objeción grave o sobre otros aspectos orientados a que el dictamen sea desestimado (...).”*

Esta posición fue ratificada posteriormente en sentencia del 14 de febrero de 2019<sup>31</sup>, en donde se señaló:

*“Como se desprende de la exégesis de la norma bajo análisis, la contradicción al dictamen puede realizarse de varias maneras, sin que ello implique surtir la etapa prescrita en el Código de Procedimiento Civil para la objeción por error grave, la cual, a voces de este nuevo compendio, no obstante existir la posibilidad de elevarse, no comporta un trámite especial”*

En suma, a pesar de que el artículo 228 del Código General del Proceso disponga que en ningún caso habrá trámite especial de objeciones por error grave, las partes tienen el derecho de controvertir e impugnar un dictamen que contenga, a su juicio, serias equivocaciones y desvíos de gran magnitud que tornen contraevidentes sus conclusiones.

Para demostrar el error, como bien lo enseña la norma en comento, la parte podrá aportar otro dictamen con el que se desvirtúen las conclusiones del primero; solicitar que se cite al perito que elaboró el dictamen para que absuelva interrogatorio sobre su imparcialidad, idoneidad y sobre el contenido del dictamen; o ejercer conjuntamente los dos actos procesales mencionados, esto es, aportar un dictamen de contradicción e interrogar al perito en audiencia. Incluso es posible que el yerro sea tan protuberante y manifiesto que la parte considere innecesario ejercer cualquiera de las anteriores actuaciones en la medida en que el error salta a la vista con una simple lectura de la prueba.

La objeción, como ya se dijo, podrá plantearse cuando se corra traslado del dictamen en la forma indicada por el artículo 227 del mismo estatuto, en la audiencia de interrogatorio o incluso en el alegato de conclusión, oportunidades en las que la parte pondrá de presente los yerros que se le atribuyen al dictamen, su gravedad e incidencia.

---

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 1º de agosto de 2016, rad. 11001-03-26-000-2016-00038-00(56494), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 14 de febrero de 2019. Exp. 25000-23-36-000-2015-02569-01(58894). M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Precisado lo anterior, es menester poner de presente que el error se califique de grave y, por ende, le reste eficacia demostrativa al dictamen, debe tratarse de un yerro que altere por completo las conclusiones y las hagan contrarias a la realidad, de tal suerte que el juzgador se vea en imposibilidad de tenerlo en cuenta para soportar la decisión de fondo.

Debe acreditarse, por ejemplo, que la equivocación en la que incurrió el perito fue de tan magnitud, que de no haberse caído en ella, las conclusiones del dictamen habrían sido por entero diferentes; que se analizó un objeto distinto al que correspondía; que el perito, aunque analizó el objeto lo desfiguró por completo y lo presentó como uno diferente; que se utilizó un método impertinente o improcedente para la temática materia del dictamen; que el perito no efectuó análisis de orden científico o técnico, sino que se basó en consideraciones exclusivamente jurídicas; que el perito haya realizado juicios contrarios a la lógica que desnaturalicen totalmente su labor; en fin, el error debe ser de tal magnitud y envergadura que haga que las conclusiones se alejen de la realidad y le resten valor persuasivo a la prueba.

En este sentido, ha dicho la jurisprudencia que *“(…) para la prosperidad de la objeción por error grave de un dictamen pericial, se requiere de la existencia de una equivocación capaz de generar una conclusión que se aparta de la realidad fáctica, el arte o la ciencia aplicable”*<sup>32</sup>

Igualmente se ha precisado que *“El error grave se presenta cuando se cambian las cualidades propias del objeto examinado o se toma por objeto de observación una cosa fundamentalmente distinta a la que es materia del dictamen, pues al apreciarse equivocadamente el objeto, necesariamente las conclusiones son erróneas”*.<sup>33</sup>

Por lo anterior, es claro que no hay error grave cuando lo que se ponen de presente son divergencias, disconformidades o desacuerdos con los métodos a los que se acudió en el dictamen, con las investigaciones efectuadas por el perito o con las fuentes de información por él utilizadas. Tampoco se configura el error grave cuando se ponen en evidencia imprecisiones, inexactitudes, imperfecciones o distracciones sin ninguna relevancia en las que usualmente se incurren en este tipo de trabajos, pero que en nada afecta la veracidad y solidez de los fundamentos y, especialmente, en las conclusiones. Debe estarse en presencia, como se ha venido señalando, de equivocaciones manifiestas, esto es, que salten a la vista y que sean de gran magnitud, de tal suerte que el dictamen ofrezca conclusiones inadmisibles, ilógicas, subjetivas y que vayan en contra de la realidad.

Se ha dicho por la jurisprudencia<sup>34</sup> acerca de este particular tópico:

---

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de diciembre de 2020, radicación 25000-23-26-000-2011-00245-01(54975), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de octubre de 2020, radicación 15001-23-31-000-2004-00625-01(61930), C.P. Guillermo Sánchez Luque.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de marzo de 2020, radicación 17001-23-31-000-1999-00691-01(26202), C.P. Ramiro Pazos Guerrero.



*“La Sala recuerda que frente al dictamen pericial la misma no puede reducirse a apreciaciones personales o comentarios de las partes, sino que es necesario demostrar, de manera fehaciente, la existencia de la equivocación, de una falla protuberante constitutiva de “error grave” por parte de los peritos, circunstancia que debe tener la entidad suficiente para llevar a conclusiones igualmente equivocadas. Así las cosas, constituye presupuesto imprescindible de la objeción al dictamen pericial la existencia objetiva de un error fáctico de tal magnitud que, si fuera por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo, al punto de alterar de manera esencial, fundamental o determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar en forma grotesca una falsa creencia que resulta significativa y relevante en las conclusiones a las cuales arribaron los expertos.”*

Efectuadas las anteriores precisiones de orden conceptual, procede el Tribunal a resolver la objeción por error grave, para lo cual, en primer lugar, se encuentra que el dictamen pericial elaborado por Cal y Mayor y Asociados contiene los requisitos exigidos para tal efecto por el artículo 226 del Código General del Proceso, esto es, se trata de un trabajo de orden técnico, debidamente fundamentado, en donde se identifican las fuentes de información, se detallan los estudios, análisis y consideraciones tenidas en cuenta para desarrollar el cuestionario planteado, se acompañaron los anexos necesarios previstos en dicha norma y se efectuaron las manifestaciones y declaraciones allí contempladas, a lo cual debe añadirse que las conclusiones aparecen expresadas con claridad, por lo que desde el punto de vista formal no hay reparo alguno de parte del Tribunal al citado dictamen.

En segundo lugar, contrario a lo expresado por la Convocada, no evidencia el Tribunal que el dictamen esté basado en consideraciones de orden jurídico, esto es, que se haya violado la prohibición contenida en la misma disposición procesal ya citada, según la cual *“No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho”*. En efecto, revisado el dictamen se encuentra que las referencias que se efectúan a algunas normas no tienen el alcance de considerarse como conceptos jurídicos, dado que, en primer lugar, se trata de normas que tienen un alcance esencialmente técnico relacionadas con el SIPT, como ocurre con el Decreto Distrital 319 de 2006, mediante el cual se adoptó el Plan Maestro de Movilidad del Distrito Capital de Bogotá, respecto del cual las consideraciones, planteamientos y conclusiones expuestas por el perito Cal y Mayor son de orden técnico y relacionadas con aspectos propios del servicio público de transporte, circunstancia también predicable del Decreto 309 de 2009, mediante el cual se adoptó el SITP, entre otras normas citadas y mencionadas en el dictamen pericial. No evidencia el Tribunal que respecto de tales normas se haya realizado una interpretación jurídica en cuanto a su contenido y alcance, sino en relación con aspectos técnicos relevantes para la operación y puesta en funcionamiento del SITP, que fue la primera de las preguntas formuladas en el cuestionario que se respondió en el dictamen.

En cuanto toca con los análisis que se hicieron del Contrato de Concesión No. 011 de 2010 y demás documentos de la Licitación TMSA – LP – 004 -2009, encuentra el Tribunal que aquellos no están relacionados con aspectos jurídicos, dado que no se hace una interpretación sobre el contenido, alcance y sentido jurídico de las estipulaciones allí vertidas, sino que, por el contrario, las menciones son de orden técnico, como se puede evidenciar en lo plasmado en las páginas 13 a 24 de la “versión actualizada” dictamen presentada en octubre de 2020, para responder a la pregunta acerca de “los supuestos técnicos” de operación de transporte en la referida licitación. Y es que la sola mención a las disposiciones contenidas en los documentos de la licitación y a las cláusulas del Contrato de Concesión, no hace que automáticamente el dictamen verse sobre puntos de derecho, dado que, como ocurrió en este caso, las referencias a las cláusulas no estaban destinadas a dilucidar el titular de alguna obligación ni a determinar su incumplimiento, o las consecuencias del mismo, sino a identificar los referidos supuestos técnicos tenidos en cuenta en la Licitación TMSA – LP – 004 -2009.

Ahora bien, el Tribunal debe poner de presente que a lo largo del dictamen, Cal y Mayor efectuó referencias al contenido de las cláusulas incorporadas en el Contrato de Concesión No. No. 011 de 2010, al igual que a las normas contenidas en los mencionados Decretos Distritales 319 de 2006 y 309 de 2009, entre otras muchas normas citadas, no se hizo para emitir conceptos de derecho sino para determinar el estado actual de integración del SITP, las características técnicas y funcionales del SITP provisional, las rutas provisionales contempladas en el Decreto 190 de 2015 y el paralelismo, la entrega de los patios zonales definitivos entre julio de 2017 y julio de 2019, la existencia o no de evasión en la operación de alimentación, la incidencia de la menor demanda de pasajeros y otros aspectos que, a juicio del Tribunal, no implicaron la emisión de conceptos de derecho.

De otra parte, pese a que Transmilenio destinó buena parte de su alegato a demostrar la existencia de errores en el dictamen, lo cierto es que, a juicio del Tribunal, no se evidenció la existencia de un yerro de tal magnitud que implique, como lo pretende la entidad Convocada, dejar sin ningún efecto el dictamen pericial, a lo cual debe añadirse que tampoco se demostró que los eventuales errores, imprecisiones o desviaciones del peritaje hubiesen sido trascendentes y relevantes en las conclusiones expuestas. En este sentido, se destaca que con la objeción no se demostró que el dictamen sea una prueba que no ofrece total credibilidad o que sus equivocaciones sean de tal magnitud que le impida al Tribunal tenerla en cuenta y que no tenga mérito demostrativo alguno en punto de la determinación técnica de lo ocurrido entre julio de 2017 y julio de 2019, que es el periodo que fue objeto del dictamen a efectos de verificar si los supuestos reconocidos en el laudo arbitral de noviembre 30 de 2018, se mantuvieron hasta la referida fecha.

Se rememora que para que el error sea grave y, por ende, afecte la credibilidad del peritaje, debe ser significativo de cara a las conclusiones de la prueba, las cuales, precisamente por la importancia del yerro, se tornan contraevidentes e impiden que el juez pueda adscribirle credibilidad y tenerla en cuenta, lo cual, como se acaba de indicar, no ocurrió en el presente

caso, pues si bien es cierto en el alegato se pusieron de presente inconsistencias en algunas afirmaciones, falta de claridad en otras o discordancia con la interpretación, orientación y sentido que Transmilenio tiene respecto de algunos temas de orden técnico, lo cierto es que no hay un solo señalamiento de un yerro de envergadura suficiente para restarle eficacia al dictamen elaborado por Cal y Mayor.

Los señalamientos efectuados en la objeción en torno al alcance de la implementación del SITP, el estado de ella a la fecha de elaboración del dictamen, las consecuencias que ha generado la coexistencia con el TPC, del SITP provisional, la no entrega de patios zonales definitivos, la evasión en la alimentación, la menor demanda de pasajeros y las consecuencias de la no ejecución de los contratos de concesión celebrados por Coobús y Egobús con sus consecuencias en punto del volumen de flota pendiente de ser vinculada, la operación de rutas compartidas, el cruce de flota y la chatarrización, corresponden, en algunas ocasiones, a la presentación de desacuerdos con las posturas del perito por la existencia de puntos de vista diferentes, a la existencia de inexactitudes en algunos datos e imprecisiones en algunos conceptos, pero, a decir verdad, no se observa que se haya demostrado la existencia de un error que ostente la calidad de grave.

Aspecto que vale la pena tener en cuenta el atinente a que para controvertir el dictamen pericial elaborado por Cal y Mayor, se aportó, al amparo de lo previsto por la ley procesal, un “contradictamen” elaborado por el perito Antonio Vargas del Valle; sin embargo, como bien lo señaló la Convocante en su alegato, esta pericia no se refirió al último dictamen elaborado por Cal y Mayor, aportado al proceso en el mes de octubre de 2020, sino al dictamen inicialmente presentado por la Convocante, motivo por el cual, entiende el Tribunal que muchos aspectos de este último dictamen no fueron controvertidos a través del peritaje elaborado por el Ingeniero Vargas del Valle.

Desde esa perspectiva, el Tribunal analizará, apreciará y tendrá en cuenta el dictamen pericial elaborado por Cal Y Mayor en aquellos aspectos que considere necesarios para la solución del litigio sometido a su conocimiento, teniendo en cuenta al efecto los criterios previstos en el artículo 232 del Código General del Proceso, norma que establece que a la hora de apreciar el dictamen el juez debe tener en cuenta la firmeza, precisión, fundamentación, exhaustividad, calidad y solidez del contenido y de las conclusiones del dictamen, la competencia e idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia de contradicción, todo en concordancia con los demás elementos de prueba obrantes en el proceso y bajo el gobierno de la sana crítica.

Ahora bien, en lo que toca con el dictamen pericial elaborado por la firma Strategas Consultores S.A., aportado por la Convocante, se le atribuye ser equivocado por haberse basado en las conclusiones del dictamen pericial técnico elaborado por Cal Y Mayor, motivo por el cual, como puede advertirse, tampoco existe una precisión y puntualización de errores que impidan la valoración del dictamen.

En conclusión, para este Tribunal no existe el error grave que se le atribuyó a los dictámenes periciales respectivamente elaborados por Cal y Mayor y Strategas Consultores S.A. por lo que, como ya se anunció, serán apreciados en este laudo arbitral.

### **3. COSA JUZGADA**

A efectos de realizar el análisis respecto de la existencia o no de la cosa juzgada, resulta relevante observar lo que las Partes han argumentado, de diferente manera y con distintos alcances, en cuanto a que el Laudo del 30 de noviembre de 2018 dictado en el marco del tribunal arbitral entre Transporte Zonal Integrado S.A.S. – Tranzit S.A.S. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A. (en adelante “Laudo Anterior”, “Primer Laudo”, “Laudo de 2018”, o “Primer Tribunal”), contiene decisiones o sustentos que podrían generar efectos de cosa juzgada sobre el presente trámite. Para el estudio de la aludida cosa juzgada en cuanto al Laudo de 2018, a continuación, se comenzará por resumir, brevemente, las posiciones de las Partes en relación con las pretensiones de la Demanda principal.

#### **2.1 PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES**

##### **2.1.1 Parte Convocante**

La posición de la Convocante se plantea mediante la excepción formulada en la contestación de la demanda de reconvenición reformada, identificada como Cosa Juzgada. Su argumento gira en torno al potencial desconocimiento y no acatamiento, por parte de la Convocada, de lo decidido en el Laudo anterior en cuanto a las actualizaciones de los valores por los desequilibrios contractuales que se habrían reconocido en el Laudo de 2018 y que tienen efecto de cosa juzgada. En efecto, para Tranzit, “*en la parte considerativa del [primer] Laudo Arbitral se establecieron, expresa y concretamente, las afectaciones y desequilibrios, las pruebas que los soportan, la obligación y las fuentes legales que determinan que TRANSMILENIO debía pagarlos a favor de TRANZIT, entre otros.*”<sup>35</sup>

Así, para el Demandante existe una aparente dicotomía en cuanto a la cosa juzgada y sus efectos pues, por una parte, Transmilenio pide desestimar las pretensiones de este nuevo arbitraje basándose en una excepción de cosa juzgada, al tiempo que, por la otra parte, pretende desconocer que el Primer Tribunal ya decidió que se habrían presentado los desequilibrios económicos del Contrato y había generado el derecho de Tranzit de exigir de la Demandada la posibilidad de bien adoptar una solución a los desequilibrios encontrados o bien “*mantener el reconocimiento económico de las afectaciones o desequilibrios no abarcados por la temporalidad natural del Primer Tribunal y su Laudo.*”<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Alegatos de Conclusión presentados por Tranzit S.A.S., 9 de abril de 2021, p. 6.

<sup>36</sup> Alegatos de Conclusión presentados por Tranzit S.A.S., 9 de abril de 2021, p. 11.

Por lo anterior, según Tranzit, éste se ha visto obligado a iniciar el presente trámite arbitral solicitando la actualización de los desequilibrios económicos que se reconocieron en el Primer Laudo pero que, por el carácter temporal del mismo, el cual valga la pena sostener sería hasta el 30 de junio de 2017, no fueron tasados en su momento. Así las cosas, pide que se mantengan las decisiones adoptadas por el Primer Tribunal en cuanto a *“la existencia de los desequilibrios y la determinación de sus efectos económicos a favor de TRANZIT y en contra de TRANSMILENIO (...) [lo que] respeta el Laudo Arbitral y su efecto de inmutabilidad y definitividad respecto a la decisión judicial”*,<sup>37</sup> pero solicitando que, *“ante el congelamiento fáctico generador de los desequilibrios hasta la fecha en que se terminó el Contrato, TRANSMILENIO cumpla con su deber de pago a favor de TRANZIT.”*<sup>38</sup>

Por tanto, la Demandante sostiene que la excepción de cosa juzgada interpuesta por la Demandada no debe proceder pues, si bien este trámite arbitral si comparte las mismas Partes que el anterior, *“se basa en objetos y casusas diferentes al del Primer Tribunal”*<sup>39</sup>, por cuanto el objeto de este segundo arbitraje es la actualización de la obligación de pago a cargo de Transmilenio por los desequilibrios ya encontrados en el Laudo de 2018 *“ante la temporalidad insuperable afrontada por el Primer Tribunal”*,<sup>40</sup> al tiempo que la causa del presente trámite se circunscribe a que las razones por las cuales Tranzit inició este obedecen a *“la necia negativa de TRANSMILENIO de reconocer los pagos generados con posterioridad al 1 de julio de 2017 cuya fuente son los desequilibrios en firme y decretados en un fallo judicial, siendo contundente que persistían los hechos generadores hasta la terminación del Contrato.”*<sup>41</sup>

### **2.1.2 Parte Convocada**

Como se sostuvo con anterioridad, Transmilenio ha propuesto como excepción de fondo en su Contestación de la Reforma a la Demanda, la cosa juzgada por el Laudo de 2018 sosteniendo que *“[e]n el presente asunto es evidente, como se desprende del escrito de la reforma de la demanda presentada por la sociedad TRANZIT SAS, que esta tiene el MISMO OBJETO que aquel decidido en el laudo del 30 de noviembre de 2018 y aclarado el día 11 de diciembre de 2018, así como también que la CAUSA ES LA MISMA, relacionada con el contrato de concesión N° 011 de 2010, e igualmente, que LAS PARTES SON LAS MISMAS, de manera que se presentan los elementos necesarios y constitutivos del fenómeno de la cosa juzgada.”*<sup>42</sup>

La Demandada sostiene que también existe una dicotomía pues, en su sentir, Tranzit está oponiéndose a las pretensiones de la Demanda en Reconvencción aduciendo la cosa juzgada por el Laudo de 2018 al tiempo que pretende desconocer el mismo para sus propias

---

<sup>37</sup> Alegatos de Conclusión presentados por Tranzit S.A.S., 9 de abril de 2021, p. 9.

<sup>38</sup> Alegatos de Conclusión presentados por Tranzit S.A.S., 9 de abril de 2021, p. 14.

<sup>39</sup> Alegatos de Conclusión presentados por Tranzit S.A.S., 9 de abril de 2021, p. 13.

<sup>40</sup> Alegatos de Conclusión presentados por Tranzit S.A.S., 9 de abril de 2021, p. 14.

<sup>41</sup> Alegatos de Conclusión presentados por Tranzit S.A.S., 9 de abril de 2021, p. 14.

<sup>42</sup> Contestación de la Reforma a la Demanda presentada por Transmilenio S.A., 14 de septiembre de 2020, p.31.

pretensiones. No obstante, lo cierto es que, según Transmilenio, frente a las primeras no operaría la figura de la cosa juzgada pues *“la reconvención planteada por esta parte (...) tiene como fundamento hechos POSTERIORES al laudo proferido el 30 de noviembre de 2018”*.<sup>43</sup> En contraste, la cosa juzgada sí operaría en cuanto a las pretensiones de la Demanda principal puesto que se presenta la identidad de causa, de objeto y de partes por lo que, frente a estas, el Laudo de 2018 *“adquirió, por razones de seguridad jurídica, autoridad de cosa juzgada, sin que pueda volverse sobre lo mismo como en este proceso se pretende”*<sup>44</sup>, lo que, en su sentir, estaría inclusive respaldado por el testimonio del jefe de operaciones de Tranzit, el señor Wilmer Alexis González Murcia.

Por lo demás, en sus alegatos de conclusión, la Convocada se refiere a los argumentos presentados en el recurso de reposición presentado contra el auto admisorio de la demanda inicial, los cuales ratifica *“ahora en este alegato”*.<sup>45</sup> Al consultar dicho recurso, que fue presentado el 25 de noviembre de 2019,<sup>46</sup> la Demandada sostiene que la Demanda se debe rechazar puesto que ha operado la figura de la cosa juzgada puesto que, en su sentir ésta tiene *“el mismo objeto que aquel decidido en el laudo del 30 de noviembre de 2018 y aclarado el día 11 de diciembre de 2018, así como también que la cusa es la misma, relacionada con el contrato de concesión N° 011 de 2010, e igualmente, que las partes son las mismas, de manera que se presentan los elementos necesarios y constitutivos del fenómeno de la cosa juzgada.”*<sup>47</sup> Lo anterior, según Transmilenio, se evidencia de la simple lectura de los hechos y pretensiones de la nueva Demanda presentada por Tranzit por lo que, la consecuencia necesariamente debería ser que, de acuerdo con el principio de la intangibilidad de la cosa juzgada, no le es posible a este nuevo Tribunal *“entrar a pronunciarse sobre el cumplimiento o no de los efectos de un laudo en firme”*.<sup>48</sup>

Por último, vale la pena mencionar que Transmilenio presentó un recurso de reposición, por idénticas razones, en contra del Auto No. 20 del 3 de noviembre de 2020, recurso al cual se opusieron tanto la Demandante como el Ministerio Público, y que fue negado por el Tribunal por considerar que, en ese momento procesal, no contaba con los suficientes elementos de juicio para decidir la misma pues era necesario estudiar los elementos de prueba que serían decretados por el Tribunal.<sup>49</sup>

### **2.1.3 Ministerio Público**

---

<sup>43</sup> Pronunciamiento Traslado de Excepciones presentado por Transmilenio S.A., 30 de julio de 2020, p. 4.

<sup>44</sup> Alegatos de Conclusión presentados por Transmilenio S.A., 9 de abril de 2021, p. 13.

<sup>45</sup> Alegatos de Conclusión presentados por Transmilenio S.A., 9 de abril de 2021, p. 13.

<sup>46</sup> Ver “Recurso de Reposición en contra del Auto Mo. 1 que admitió la demanda presentada por la Sociedad Convocante Tranzit S.A.S.”, 25 de noviembre de 2019.

<sup>47</sup> “Recurso de Reposición en contra del Auto No. 1 que admitió la demanda presentada por la Sociedad Convocante Tranzit S.A.S.”, 25 de noviembre de 2019, p. 6.

<sup>48</sup> “Recurso de Reposición en contra del Auto No. 1 que admitió la demanda presentada por la Sociedad Convocante Tranzit S.A.S.”, 25 de noviembre de 2019, p. 6.

<sup>49</sup> Ver Acta No. 13, 3 de noviembre de 2020.

El Ministerio Público, por su parte, también se ha pronunciado sobre la discusión en cuanto a los efectos de cosa juzgada del Laudo de 2018. Al respecto, tras hacer un detallado recuento jurisprudencial y doctrinal sobre la figura de la cosa juzgada,<sup>50</sup> señala que, en su sentir, *“la excepción de cosa juzgada se encuentra llamada a prosperar de forma parcial”,* puesto que, *“sobre este aspecto no es posible realizar un análisis general de los efectos de este laudo frente a las reclamaciones presentadas en el presente trámite, de tal manera que se hace necesario realizar un análisis diferenciado frente a cada uno de ellos, e incluso diferenciar las consecuencias en cuanto a las pretensiones declarativas y de condena de cada uno de los trámites arbitrales.”*<sup>51</sup>

De acuerdo con lo anterior, pasa el Ministerio Público a hacer un recuento de las decisiones del Primer Tribunal en cuanto a las pretensiones relacionadas con el restablecimiento económico del contrato para, tras el análisis de las mismas, sostener que *“se advierte por parte del suscrito funcionario cierto grado de ambivalencia en las decisiones contenidas en el mismo [puesto que si bien] [e]l laudo no accede a las anteriores pretensiones, generando de esta manera inicialmente cosa juzgada frente a lo decidido sobre las mismas; sin embargo, también es claro también (sic) que el laudo dejó abierta la posibilidad de que las partes tomaran las medidas a que hubieren lugar para restablecer el equilibrio económico a futuro, y en algunos casos hacia el pasado de forma expresa”.*<sup>52</sup>

Así, concluye que estas decisiones contenidas en el Primer Laudo, más todo aquello que se encuentra en la parte motiva del mismo en relación con el restablecimiento económico del contrato, deben ser tenidas en cuenta por este nuevo Tribunal pues *“la identidad de causa, de objeto y de partes debe analizarse junto con la sentencia proferida para estos efectos.”*<sup>53</sup> Finalmente, y en relación con la discusión sobre la cosa juzgada y su impacto en el presente trámite, le pide el Ministerio Público al Tribunal: *“i) Declarar prospera parcialmente la excepción de cosa juzgada frente a la pretensión decima segunda, en cuanto a la reclamación de kilómetros en vacío desde el 01 de julio de 2017 hasta la expedición del laudo arbitral, y negarse la prosperidad de la misma por el periodo comprendido entre la expedición del laudo y el 12 de julio de 2019, ii) Declarar que existe cosa juzgada parcial en cuanto a la pretensión decima cuarta, en la cual se solicita el restablecimiento del equilibrio económico por la terminación de los contratos de los operadores Coobús y Egobús”.*<sup>54</sup>

## **2.2 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **2.2.1 Los elementos estructurales de la cosa juzgada, según la ley y la jurisprudencia**

---

<sup>50</sup> Concepto del Ministerio Público rendido por William Cruz Rojas, Procurador Judicial II, 9 de abril de 2021, pp. 20 – 26.

<sup>51</sup> Concepto del Ministerio Público rendido por William Cruz Rojas, Procurador Judicial II, 9 de abril de 2021, p. 38.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>53</sup> Ibidem p. 45.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 84.

Una vez delimitada la controversia alrededor de la institución de la cosa juzgada y su posible aplicación en el presente asunto, es necesario delimitar esta figura a partir de lo que ha sostenido la jurisprudencia nacional. La figura de la cosa juzgada se encuentra regulada en el artículo 303 del Código General del Proceso, según el cual “[...] *la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*” En igual sentido establece el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que “[...] *la sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.*”

Con base en estas normas que, valga decirlo, se han repetido en las distintas normas procesales que han estado vigentes en Colombia, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha señalado que para que opere el fenómeno de la cosa juzgada se requiere que existe identidad de partes, de objeto y de causa, es decir, la llamada “triple identidad”. Al respecto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que “*La Sala, con venero antes en el artículo 474 del Código Judicial y luego en el 332 del Código de Procedimiento Civil, tiene dicho que el aludido fenómeno se estructura exactamente con los tres mismos elementos que señalaron los juristas y legisladores romanos, a saber: eadem res (objeto), eadem causa petendi (causa), eadem conditio personarum (partes)*”<sup>55</sup>.

Por lo tanto, este Tribunal tendrá que determinar si se presenta esta triple identidad. La identidad de partes es, tal vez, el requisito más sencillo de determinar. En cuanto a esta, ha señalado la Corte Constitucional que la misma se refiere a que “*al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.*”<sup>56</sup> En cuanto a la identificación de objeto y de causa, el tema ya no es tan sencillo.

Comenzando por el objeto, ha sostenido el Consejo de Estado que el mismo “*radica no sólo en las pretensiones sino también en la sentencia como un todo, pues la pretensión es sólo el petitum de la demanda, mientras que el proceso judicial también se ocupa de revisar los hechos en que el mismo se apoya, para definir si, en caso de ser ciertos tal como se plantean y se prueban, se pueda seguir una determinada decisión judicial. En este orden de ideas, resulta claro que lo sometido al proceso no es sólo la pretensión sino también los hechos que la fundamentan, resumidos en la sentencia que declara alguna de las posibilidades jurídicas planteadas en el proceso*”.<sup>57</sup> Así las cosas, el estudio que se debe hacer por parte del juzgador no corresponde únicamente a evaluar las pretensiones como

---

<sup>55</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de noviembre de 2017, STC 18789-2017, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona

<sup>56</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>57</sup> Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de noviembre de 2005, expediente 14.109, C.P. Alier Eduardo Hernández Henríquez.



tal, sino que también debe analizar el conjunto de hechos que dan lugar a las mismas. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia al señalar que “[l]a coincidencia, en torno a esta cuestión, debe buscarse principalmente en el ruego genitor, en el conjunto y en el contenido real de los hechos propuestos como generadores de situaciones jurídicas concretas comparando el libelo o causa inicial, con la nueva demanda y cuya protección se solicita del Estado.”<sup>58</sup> De acuerdo con lo anterior, y en caso de que se complique el ejercicio de verificación de la identidad del objeto, el juzgador debe preguntarse si, con su nueva decisión, está contradiciendo la decisión previa. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, “[s]iempre que por razón de la diferencia de magnitud entre el objeto juzgado y el del nuevo pleito se haga oscura la identidad de ambos, ésta se averigua por medio del siguiente análisis: si el juez al estatuir sobre el objeto de la demanda, contradice una decisión anterior, estimando un derecho negado o desestimando un derecho afirmado por la decisión precedente, se realiza la identidad de objetos. No así en el caso contrario, ósea cuando el resultado del análisis dicho es negativo”.<sup>59</sup>

Finalmente, en cuanto a la causa, la misma ha sido definida como “el hecho jurídico que sirve de fundamento a las súplicas, vale decir, la situación que el actor hace valer en su demanda como cimiento de la acción, distinto por supuesto de ésta, porque de un solo y mismo sustrato fáctico pueden derivar varias acciones”.<sup>60</sup>

Por tanto, el ejercicio que el Tribunal debe hacer para determinar si existe identidad de causa petendi “se concreta en los motivos o razones que deben aparecer puntualizados a lo largo de la demanda y que surgen de los diferentes hechos consagrados, por cuanto del análisis de éstos, es como verdaderamente se puede saber si los fundamentos jurídicos de las pretensiones son idénticos”.<sup>61</sup> Sin embargo, se ha aclarado por parte de la jurisprudencia que “[c]uando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.”<sup>62</sup>

## **2.2.2 El análisis de las reclamaciones para definir la existencia o no de la cosa juzgada**

Una vez precisados los elementos estructurales de la cosa juzgada, el Tribunal procederá a analizar, en triple columna, las pretensiones formuladas en el primer proceso, así como

---

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de noviembre de 2017, STC 18789-2017, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona

<sup>59</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de octubre de 1938; citada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de noviembre de 2017, STC 18789-2017, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de noviembre de 2017, STC 18789-2017, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 11.405, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>62</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

las consideraciones y decisiones del primer Laudo, con el objeto de cotejarlas con las pretensiones planteadas en este nuevo litigio, lo cual permitirá deducir si se presenta la doble identidad de objeto y *causa petendi* en cada una de las reclamaciones debatidas.

A. El no logro de la implementación de la Fase II

<b>Primer Arbitraje – Pretensiones<sup>63</sup></b>	<b>Primer Arbitraje – Consideraciones del Tribunal<sup>64</sup></b>	<b>Segundo Arbitraje – Pretensiones<sup>65</sup></b>
<p><b><u>Decimoctavo.</u></b> Que se declare que a la fecha de presentación de la propuesta de TRANZIT S.A.S. se encontraba vigente el Parágrafo del Artículo 19 del Decreto 309 de 2009 que establecía que al 15 de octubre de 2011 estarían implementadas las Fases 1 y 2 de la gradualidad del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).</p> <p><b><u>Decimonoveno.</u></b> Que se declare que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.1.1. del Anexo Técnico del Contrato, la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) estaba prevista para el mes de octubre de 2011.</p> <p><b><u>Vigésimo.</u></b> Que se declare que a la fecha no se han</p>	<p>(...)</p> <p>La parte convocante solicitó al Tribunal que se declarara que a la fecha de presentación de la propuesta de TRANZIT se encontraba vigente el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, lo que en efecto este Tribunal pudo verificar, pues desde que se dio apertura a la Licitación No. LP-TMSA-004-2009 con la expedición de la Resolución 064 de 2010, el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009 se encontraba vigente y el mismo ordenaba al Sector Movilidad adelantar todas las acciones administrativas para que a 15 de octubre estuviesen implementadas las Fases 1 y 2 de sistema SITP. Por lo tanto, en este sentido, la</p>	<p><b><u>Quinta.</u></b> Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no se cumplieron los requisitos para la finalización de la Fase 2 de implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).</p> <p><b><u>Novena.</u></b> Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019 no se cumplieron los requisitos para la integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).</p> <p><b><u>Décima Tercera.</u></b> Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN</p>

<sup>63</sup> Ver Laudo del 30 de noviembre de 2018, Tribunal Arbitral de Transporte Zonal Integrado S.A.S. – Tranzit S.A.S. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.; páginas 157 – 181; 231 – 261.

<sup>64</sup> Ver Laudo del 30 de noviembre de 2018, Tribunal Arbitral de Transporte Zonal Integrado S.A.S. – Tranzit S.A.S. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.; páginas 157 – 181; 231 – 261.

<sup>65</sup> Ver Demanda Reformada, páginas 4 y 5.

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

<p>cumplido los requisitos para la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).</p> <p><b><u>Vigésimo primero.</u></b> Que se declare que la no implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) ocurrió debido al incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.</p> <p><b><u>Vigésimo segundo.</u></b> Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. debe indemnizar a TRANZIT S.A.S. por ingreso no percibido por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros, hasta que se produzca la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP), o en las condiciones y hasta la oportunidad que el Tribunal indique.</p>	<p>pretensión Decimoctava prosperará.</p> <p>Del mismo modo, la pretensión Decimonovena prosperará en razón a que, efectivamente, y como se evidenció antes en el Anexo Técnico de la Licitación Pública No. TMSA LP 004 de 2009 quedó establecida como fecha preliminar de la entrada en vigencia de la Fase 11 el mes octubre de 2011.</p> <p>No obstante, para este Tribunal es claro que esas fechas siempre fueron tentativas, toda vez que el Sistema Integrado de Transporte Público- SITP fue pensado y diseñado para ser progresivo, gradual, y paulatino, planteado en un escenario a largo plazo de quince años (según lo establecido en el Anexo Técnico definitivo); el sistema se implementaría e integraría a través de fases de transición asociadas a hitos fijados en un cronograma tentativo con unas fechas preliminares, las cuales podían ser modificadas.</p> <p>La parte convocante solicitó en la pretensión vigésima que se declare que no se ha cumplido con</p>	<p>POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTISIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SEIS PESOS (COP\$9.727.494.906), por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros, necesaria para restablecer el equilibrio financiero del Contrato, alterado por la no finalización de la Fase 2 de implementación del SITP, entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, o en la cuantía, oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.</p>
--	---	---

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

<p><b><u>Vigésimo tercero.</u></b> Que se declare que a la fecha no se han cumplido los requisitos para la integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).</p>	<p>los requisitos para la implementación de las Fases 1 y 2 del SITP. Como advirtió este Tribunal en aparte anterior, las partes acordaron incorporar a las obligaciones contractuales el marco legal reseñado en el numeral 1.13 los pliegos de condiciones definitivos de la licitación pública No. TMSA-LP-004 DE 2009, denominado "Régimen legal de la licitación y de los contratos", por lo que dicho marco normativo hace parte de las obligaciones y derechos de las partes contratantes.</p>	
<p><b><u>Vigésimo cuarto.</u></b> Que se declare que la no integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) ocurrió debido al incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. o, en todo caso, por hechos no imputables a TRANZIT S.A.S.</p>	<p>A juicio del Tribunal, existe suficiente evidencia en el expediente de que ha habido un sustancial retraso en la implementación del SITP. Pero hay que distinguir entre las Fases I y II del sistema. En otro aparte de este laudo ya se fijó el criterio del Tribunal en el sentido de considerar que la Fase I del SITP ya se ha terminado, en la medida en que el proceso de selección y adjudicación de los contratos de operación de las 13 zonas en las que se dividió la ciudad de Bogotá D.C. fue culminado. Ahora bien, el hecho de que, con posterioridad a la</p>	

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>adjudicación de los respectivos contratos, dos de los concesionarios (EGOBUS y COOBUS), por razones ajenas a esta controversia, hayan cesado su operación y sus contratos hayan sido terminados y liquidados, no significa que la Fase I del SITP no hubiere concluido, pues la terminación de sus contratos ocurrió después de la etapa de adjudicación y corresponde al devenir contractual propio de cualquier obra o servicio que, si bien no es deseable, no puede tener efectos retroactivos respecto de la finalización de la Fase I del SITP, sino que debe analizarse en cuanto a sus efectos hacia el futuro, es decir, respecto de la Fase II del sistema.</p> <p>El Tribunal revisó lo establecido en el Anexo Técnico y en el artículo 19 del Decreto 309 de 2009 en relación a la implementación del Sistema Integrado de Transporte Público y evidenció que, efectivamente, no se han cumplido los presupuestos ni los requisitos establecidos allí para que la Fase II del sistema SITP esté implementada, pues los mencionados</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>documentos señalan que la Fase III iniciaría cuando la Fase II culminara, y dicha fase culminaría cuando se cumplieran con todos los parámetros establecidos, esto es, implementación operacional y tarifaria del 100% de las rutas del SITP, lo cual no ha ocurrido.</p> <p>(...)</p> <p>Para este Tribunal quedó probado que la <i>"integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad"</i>, aún no ha ocurrido.</p> <p>(...)</p> <p>No obstante lo anterior, es importante reiterar que en ningún documento contractual se precisó una fecha exacta de implementación e integración del sistema; por el contrario, y como se expuso antes, los concesionarios desde la presentación de sus propuestas sabían que la implementación del sistema era gradual y progresiva, y que las fechas señaladas tanto en el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 del 2009 como las indicadas en el</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>Anexo Técnico del contrato eran unas fechas preliminares, toda vez que el mismo Parágrafo citado daba una orden al Sector Movilidad en general, no al ente gestor del SITP en particular, orden que iba encaminada a que se adelantaran todas las acciones administrativas necesarias, entiéndase por "todas las acciones necesarias" para llegar a un fin, que era la implementación del SITP, pero sin que pueda entenderse que la fecha señalada (Octubre de 2011) era una fecha perentoria e inamovible, pues la implementación del Sistema (el SITP) constituye una labor compleja, sujeta a imprevistos, y que no depende solamente de TRANSMILENIO, como su Ente Gestor, sino de todos los integrantes del Sector Movilidad.</p> <p>(...)</p> <p>El mandato del parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009 no estaba, pues, dirigido únicamente a la parte actora, como Ente Gestor del SITP, sino a todo el Sector Movilidad del Distrito Capital. Además,</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>dicho mandato no constituye una orden perentoria, con un resultado concreto, sino que impone la coordinación de las entidades que integran el Sector Movilidad para <i>todas las acciones administrativas necesarias para que a 15 de octubre de 2011 estén implementadas las Fases 1 y 2 del SJTP.</i></p> <p>En opinión del Tribunal, esta norma, que efectivamente estaba vigente al celebrarse el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, no impone a TRANSMILENIO una obligación exigible contractualmente de haber implementado el SITP en el mes de octubre de 2011, por varias razones.</p> <p>(...)</p> <p>Este Tribunal advierte que los verbos rectores que describen las actuaciones exigibles a la convocada como Ente Gestor del SITP denotan una clara obligación de medios en la cual TRANSMILENIO debía desarrollar unas conductas, pero no garantizar un resultado.</p> <p>(...)</p>	
--	---	--



Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>Ahora bien, las pretensiones vigésima primera y vigésima segunda no prosperarán toda vez que, aunque, como ya se advirtió, para este Tribunal se hace evidente que la Fase II del Sistema SITP no se encuentra implementada, en las consideraciones anteriores, se ha expuesto, con fundamento en la ley y en el contrato, que la obligación de implementación del sistema en una fecha determinada no es contractualmente exigible a TRANSMILENIO.</p> <p>La pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima primera y la pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima segunda se estudiarán y decidirán junto con las otras pretensiones que reclaman el rompimiento del equilibrio económico del contrato por causa del retraso en la implementación de la Fase II del SITP.</p> <p>Respecto de la pretensión vigésima tercera, este Tribunal estudió cada una de las modalidades de integración establecidas en el artículo 19 del decreto 309 de 2009, para poder determinar si existió o no</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>integración total del sistema. En efecto, el artículo 19 del Decreto 309 de 2009 estableció 5 modalidades de integración las cuales son:</p> <p>Integración operativa: (...)</p> <p>Integración física: (...)</p> <p>Integración virtual: (...)</p> <p>Integración del medio de pago: (...)</p> <p>Integración tarifaria: (...)</p> <p>El mismo Decreto previó que la implantación de la operación sería gradual hasta lograrse la misma en su totalidad y que en la medida en que fuera iniciando su operación el Sistema Integrado de Transporte Público- SITP, este debía integrarse entre sí y con el Sistema TRANSMILENIO. (...)</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>De lo indicado hasta ahora, este Tribunal considera que efectivamente tanto el Decreto 319 de 2006, como el Decreto 319 de 2009 previeron una etapa de integración del Sistema Integrado de Transporte Público la cuál sería gradual, buscando con ello una unidad física para los usuarios que garantizara unas condiciones óptimas de calidad en el servicio.</p> <p>A pesar de lo anterior y de que en el artículo 19 del Decreto 309 de 2009 se indicó que la integración se entendería culminada con una sola de las modalidades de integración, para este Tribunal se hace evidente que ninguna de las modalidades allí previstas se encuentra culminada.</p> <p>(...)</p> <p>La pretensión vigésima cuarta en la cual TRANZIT solicitó al Tribunal declarar que la no integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) ocurrió debido al incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales de TRANSMILENIO o, en todo caso, por hechos no</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>imputables a TRANZIT S.A.S., no prosperará toda vez que, como ya lo señaló el Tribunal, no puede hacerse responsable a TRANSMILENIO de una obligación que no existe ni legal ni contractualmente, pues aunque el sistema no se encuentra integrado al día de hoy, en ningún documento se fijó una fecha cierta para que la totalidad del mismo estuviese integrado; todo lo contrario, la integración del sistema se previó en forma paulatina, progresiva y gradual. Además, porque desde el inicio de la Licitación Pública fue conocido por los concesionarios a través de diferentes documentos (Anexo No. 1 de los Pliegos de condiciones de la Licitación Pública, Anexo Técnico de los Pliegos de condiciones de la Licitación Pública y el artículo 19 del Decreto 309 de 2009), que el Sistema Integrado de Transporte Público operaría al mismo tiempo con el Transporte Público Colectivo hoy SITP Provisional, hasta tanto no se culminara con la Fase I y II del sistema, debido a que, como ya lo ha reiterado el Tribunal, el sistema se previó a largo plazo, lo que reitera que no</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

	<p>existió por parte de TRANSMILENIO incumplimiento alguno respecto de la integración del SITP.</p>	
<p><b><u>Subsidiara de la pretensión vigésima primera.</u></b> Que se declare que la no implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que alteró el equilibrio económico del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.</p> <p><b><u>Subsidiaria de la pretensión Nonagésimo novena.</u></b> Que como consecuencia de las declaraciones previstas en las pretensiones Subsidiaria de la pretensión Vigésimo primera, Subsidiaria de la Vigésimo segunda, Subsidiaria de la Vigésimo octava, Trigésima, Subsidiaria de la Pretensión Cuadragésimo cuarta y/o Cuadragésimo quinta se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO -</p>	<p><b>Pretensiones subsidiara de la vigésima primera y subsidiaria de la vigésima segunda y pretensiones de condena nonagésima principal y subsidiaria</b></p> <p>Aunque las pretensiones subsidiaria de la vigésima primera y subsidiaria de la vigésima segunda fueron formuladas en la demanda principal reformada antes de las relativas a los hechos sucedidos respecto de los contratos de concesión de las empresas EGOBUS y Coobus (pretensión vigésima novena y pretensión trigésima), el Tribunal ha considerado pertinente resolver primero estas últimas y acometer ahora el estudio, consideración y decisión de las relacionadas con la no implementación de las Fases I y 11 del SITP. La razón que llevó al Tribunal a resolver este punto de la controversia de esta manera es la incidencia que ha tenido la liquidación de los contratos de EGOBUS y Coobus, y el cese total de operación de</p>	

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

<p>TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma de VEINTINUEVE MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE MILLONES CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$29.929.164.943), para restablecer el equilibrio financiero del Contrato, alterado por ingreso dejado de percibir hasta el 30 de junio de 2017, por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros, o la que se encuentre probada.</p> <p><b><u>Subsidiara de la pretensión vigésimo segunda.</u></b> Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. debe restablecer el equilibrio financiero del Contrato de Concesión a TRANZIT S.A.S. mediante el pago del ingreso no percibido por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros hasta que se produzca la implementación de las Fases 1 y 2 del SITP, o en las condiciones y hasta la oportunidad que el Tribunal indique.</p>	<p>estos dos concesionarios, en la implementación del sistema.</p> <p>(...)</p> <p><b>La pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima primera</b></p> <p>Como quiera que no se declaró la prosperidad de la pretensión vigésima primera de la demanda de TRANZIT, este Tribunal procederá a resolver la siguiente pretensión subsidiaria.</p> <p>(...)</p> <p>Para analizar esta pretensión, en primer lugar, el Tribunal debe partir de la Matriz de Riesgos del Contrato N° 011 de 201 O, en donde obra la estimación, asignación y tipificación de los riesgos del contrato, para efectos de determinar si se asignó un riesgo relacionado a la no implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, y en todo caso, el alcance de dicha asignación.</p> <p>(...)</p> <p>Si bien en la matriz de riesgos no existe un riesgo</p>	
---	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>específico denominado "riesgo de no implementación de las Fases I y II del SITP", a juicio del Tribunal este riesgo se encuentra comprendido en el riesgo que es descrito, en forma general, como "riesgo de implementación."</p> <p>Como ya se mencionó, el denominado "riesgo de implementación" es un riesgo compartido entre las partes del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, esto es, entre TRANSMILENIO y TRANZIT, salvo una de las modalidades o causas de este riesgo.</p> <p>TRANSMILENIO ha sostenido en este trámite arbitral que el riesgo de implementación le correspondería únicamente bajo el supuesto de que autorice pedidos de flota al concesionario y éste no la pueda operar por no estar lista la infraestructura.</p> <p>Esta afirmación no es exacta, pues, como se anotó en apartes anteriores de este laudo, en la matriz de riesgos del contrato se contemplaron cuatro causas del riesgo de implementación, como son</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>(i) Modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura, (ii) Modificación del cronograma por no encontrarse listos los equipos del SIRCI, (iii) Modificación del cronograma por entrada de otros contratos y (iv) Demora en el arranque de la concesión por otros operadores.</p> <p>El primer riesgo de implementación (Modificación del cronograma de implementación por no encontrarse lista la infraestructura) sería asumido en un 100% por TRANSMILENIO cuando esta empresa hubiere autorizado la entrada de flota y el concesionario no pudiere utilizarla porque la infraestructura no esté lista. En los demás casos, este riesgo debe ser asumido por el concesionario. Es decir, que la afirmación de TRANSMILENIO en su defensa sólo aplica respecto de la primera causa del riesgo de implementación.</p> <p>Pero la matriz de riesgos es clara al señalar que los demás riesgos de</p>	
--	--	--



Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>implementación del cronograma por no encontrarse listos los equipos del SIRCI, Modificación del cronograma por entrada de otros contratos y Demora en el arranque de la concesión por otros operadores) fueron asignados de manera compartida entre TRANSMILENIO y el concesionario, como se reiteró en el Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos.</p> <p>(...)</p> <p>Por lo tanto, a juicio del Tribunal, salvo la excepción antes mencionada, la asignación del riesgo de implementación del SITP se efectuó de manera compartida entre las partes del contrato, ya que existe la probabilidad de que la ocurrencia del hecho se origine por la actuación de cualquiera de ellas, y que por lo anterior no le corresponde su mitigación, ni a TRANSMILENIO, ni al Concesionario, de manera exclusiva.</p> <p>La materialización del riesgo de implementación,</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>por sí sola, no faculta al concesionario a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pues el efecto de la asignación de riesgos en la matriz del contrato radica, precisamente, en que las partes asuman las consecuencias del riesgo que les fue asignado. Como el riesgo de implementación fue asignado en forma compartida a TRANZIT y a TRANSMILENIO, ambas partes deben soportar sus consecuencias.</p> <p>A juicio del Tribunal, existe suficiente evidencia en el expediente de que ha habido un sustancial retraso en la implementación del SITP. Pero hay que distinguir entre las Fases I y II del sistema. En otro aparte de este laudo ya se fijó el criterio del Tribunal en el sentido de considerar que la Fase I del SITP ya se ha terminado, en la medida en que el proceso de selección y adjudicación de los contratos de operación de las 13 zonas en las que se dividió la ciudad de Bogotá D.C. fue culminado. Ahora bien, el hecho de que, con posterioridad a la adjudicación de los respectivos contratos, dos</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>de los concesionarios (Egobús y Coobús), por razones ajenas a esta controversia, hayan cesado su operación y sus contratos hayan sido terminados y liquidados, no significa que la Fase I del SITP no hubiere concluido, pues la terminación de sus contratos ocurrió después de la etapa de adjudicación y corresponde al devenir contractual propio de cualquier obra o servicio que, si bien no es deseable, no puede tener efectos retroactivos respecto de la finalización de la Fase I del SITP, sino que debe analizarse en cuanto a sus efectos hacia el futuro, es decir, respecto de la Fase II del sistema.</p> <p>El Tribunal ya señaló, en apartes anteriores, cómo lo sucedido con los contratos de los concesionarios Egobús y Coobús tuvo consecuencias evidentes en la implementación de la Fase II del SITP, al punto que, hasta ahora, como también se ha mencionado en este laudo, dicha fase no ha concluido, ni se ha cumplido la integración del sistema.</p> <p>En este sentido, si bien se ha dicho en este laudo que</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>la no implementación de la Fase II del sistema no es un incumplimiento contractual de TRANSMILENIO, lo que sí es cierto es que el cese de operaciones y la liquidación de los contratos de los concesionarios Egobús y Coobús dejó un vacío en el sistema que se suplió con el SITP Provisional, el cual implicó un retraso significativo en la implementación de la Fase II del Sistema Integrado de Transporte Público, teniendo en cuenta que la implementación de la citada Fase II únicamente ocurrirá cuando ya no haya Transporte Público Colectivo (TPC) y el SITP Provisional no es otra cosa que el mismo Transporte Público Colectivo (TPC) que opera bajo un reglamento de operación de TRANSMILENIO, pero con las mismas características del antiguo sistema de transporte urbano de pasajeros que se pretendía erradicar y sustituir por una operación integrada, como era uno de los principios y propósitos fundamentales del SITP.</p> <p>(...)</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>Este Tribunal ya expresó su criterio, al decidir otras pretensiones, en el sentido de que la falta de implementación de la Fase II del SITP no constituye un incumplimiento contractual de TRANSMILENIO, toda vez que la implementación del sistema siempre fue concebida como gradual, sin un término preciso y perentorio, y que en el Contrato de Concesión N° 011 de 2010 se pactó, expresamente, que el cronograma de implementación del SITP podría ser modificado o aplazado.</p> <p>Esto implica que el retraso en la implementación de la Fase II del SITP - toda vez que la Fase I ya fue culminada -, es un riesgo previsto en la matriz de riesgos y compartido por las partes del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, cuya ocurrencia no otorga a TRANZIT, en principio, el derecho a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.</p> <p>(...)</p> <p>No obstante, el Tribunal estima, como ya lo expresó en apartes anteriores de este laudo, que la</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>terminación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús y el cese de operación de estas empresas en las zonas y las rutas que le habían sido adjudicadas, fue un evento que no había sido previsto por las partes del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, al punto que no fue contemplado como un riesgo en la matriz de asignación de riesgos del contrato.</p> <p>Y tampoco previeron las partes que ante el cese de operaciones de Egobús y Coobús se presentara un vacío importante en el cubrimiento de las necesidades de transporte de la población de Bogotá D.C., que fue necesario suplir mediante la transformación del tradicional Transporte Público Colectivo en el SITP Provisional, como expresamente lo evidencian las consideraciones del Decreto 190 de 2015.</p> <p>(...)</p> <p>Si bien es cierto que la Fase II del SITP contemplaba la coexistencia del SITP con el Transporte Público Colectivo, no era previsible</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>al momento de celebrar el Contrato de Concesión N° 011 de 2010 que dicha coexistencia entre los dos servicios fuera a verse prolongada en el tiempo, sin aparente solución, por el cese de operaciones de dos concesionarios (Egobús y Coobús) y por la conversión del Transporte Público Colectivo en el que hoy se denomina SITP Provisional.</p> <p>A juicio del Tribunal, el retraso en la implementación de la Fase II del SITP se origina en dos hechos concretos, a saber: (i) el cese de operaciones y la terminación y liquidación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús, y (ii) la conversión del Transporte Público Colectivo en SITP Provisional ordenada por el Decreto 190 de 2015, norma por demás expedida con posterioridad al Contrato de Concesión N° 011 de 2010.</p> <p>Ninguno de estos hechos fue previsto por las partes. Y mucho menos se previeron las consecuencias que los mismos pudieran tener en la implementación de la Fase II del SITP y en las</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>condiciones de ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010.</p> <p>La operación del SITP Provisional genera, a su vez, unas condiciones de competencia que afectan directamente a los concesionarios del SITP.</p> <p>(...)</p> <p>A juicio del Tribunal, el retraso en la implementación de la Fase II del SITP, originada en el cese de operaciones y la terminación y liquidación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús y en la conversión del Transporte Público Colectivo en SITP Provisional, es un riesgo no previsto en la matriz de riesgos del contrato, o un riesgo extraordinario, que excedió con creces el aleas normal prevista para la operación del SITP, y por ende, la ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010.</p> <p>Por lo tanto, se trata de un riesgo que supera las previsiones contractuales sobre asignación de riesgos y cuyas consecuencias económicas no deben ser soportadas por el</p>	
--	--	--



Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>concesionario TRANZIT, lo cual amerita el reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato que de ello se deriva, siempre que se cumplan los requisitos para que este reconocimiento sea posible.</p> <p>No obstante, el Tribunal no puede ignorar, como también se señaló en aparte anterior de este laudo, que conforme a la matriz de riesgos del Contrato de Concesión No. 011 de 2010, el riesgo de implementación es un riesgo compartido por las dos partes del contrato, es decir, TRANZIT y TRANSMILENIO. Por lo tanto, aún si se cumplen los requisitos para que proceda el reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato, las consecuencias de este riesgo extraordinario deben ser compartidas por las partes del contrato.</p> <p>Como señaló el Consejo de Estado, para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se deben cumplir los siguientes supuestos:</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<ul style="list-style-type: none"><li>- Que el hecho se haya presentado con posterioridad a la celebración del contrato.</li><li>- Que el hecho sea ajeno y exógeno a las partes.</li><li>- Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato.</li><li>- Que la nueva circunstancia sea imprevista o imprevisible.</li><li>- Que la nueva circunstancia dificulte a la parte que la invoca la ejecución del contrato, pero no la enfrente a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación.</li></ul> <p>El Tribunal procede ahora a constatar si se cumplen estos requisitos.</p> <p>1. Que el hecho se haya presentado con posterioridad a la celebración del contrato.</p> <p>Para el Tribunal resulta evidente que el retraso en la implementación de la Fase II del SITP, originado en el cese de operaciones y la terminación y liquidación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús, y en la conversión del Transporte Público Colectivo en SITP Provisional, ocurrieron con</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>posterioridad a la celebración del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, con lo cual se cumple este primer requisito.</p> <p>2. Que el hecho sea ajeno y exógeno a las partes</p> <p>(...)</p> <p>Para este Tribunal, la interpretación que debe hacerse de la matriz de riesgos en cuanto a la implementación del SITP es que el hecho debe considerarse ajeno y exógeno a las partes si el mismo no puede ser atribuible a un incumplimiento contractual de ellas.</p> <p>Al resolver la pretensión vigésima octava, este laudo ya decidió que la actuación de TRANSMILENIO frente a los contratos de concesión de Egobús y Coobús no constituyó un incumplimiento contractual de la convocada. Y también concluyó que la terminación de los contratos de estos dos concesionarios, y el cese de sus operaciones, no son hechos atribuibles a TRANZIT.</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>El Tribunal, al resolver la pretensión vigésima primera, decidió que la falta de implementación de la Fase II del SITP no es un incumplimiento contractual de TRANSMILENIO. Esta falta de implementación de la Fase II del sistema tampoco es atribuible a la conducta de TRANZIT, pues la permanencia del Transporte Público Colectivo, y su transformación posterior en el denominado SITP Provisional provienen de actuaciones de la Secretaría de Movilidad Distrital y del propio TRANSMILENIO, sin que pueda afirmarse que sobre dichas actuaciones tiene injerencia TRANZIT.</p> <p>(...)</p> <p>En otro aparte de este laudo, al resolver la pretensión trigésima octava de la demanda principal, el Tribunal decidió que el concesionario TRANZIT no se encuentra en mora en el cumplimiento de la obligación de desintegrar o chatarrizar la flota usada, en los términos convenidos en la cláusula 12 del contrato.</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>Ahora bien, es cierto que con posterioridad a la suscripción del otrosí N° 3 ocurrieron dos hechos que alteraron el cronograma de integración del sistema, como son el cese de operaciones, terminación y liquidación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús, por una parte, y la prolongación de la operación del Transporte Público Colectivo mediante su transformación en el denominado SITP Provisional, mediante la expedición del Decreto 190 de 2015, por la otra.</p> <p>(...)</p> <p>El Tribunal considera que las decisiones emitidas por la Secretaría de Movilidad resultan vinculantes para el Concesionario, como se señaló al resolver la pretensión trigésima séptima y su pretensión subsidiaria. Sin perjuicio de lo anterior, para este Tribunal también es claro, como lo señaló al resolver la pretensión trigésima octava, que TRANZIT no se encuentra en mora de cumplir la obligación de desintegración o chatarrización de la flota usada, conforme a la cláusula 12 del contrato,</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>por lo cual se remite a las consideraciones hechas al resolver la pretensión trigésima octava.</p> <p>De otra parte, el Tribunal estima que la parte convocada no ha demostrado en qué medida el incumplimiento del cronograma de chatarrización por parte de TRANZIT ha incidido en la falta de implementación de la Fase II del SITP. Por el contrario, en el expediente existe evidencia suficiente que los motivos determinantes de este retraso en la implementación de la Fase II son el cese de operación de Egobús y Coobús, y la entrada en operación del SITP Provisional. Y está demostrado también que estas dos mismas circunstancias influyeron negativamente en la posibilidad de que TRANZIT cumpliera con el cronograma de chatarrización establecido en las regulaciones distritales. Así lo señala el dictamen pericial técnico rendido por Cal y Mayor, en el que señala que una de las consecuencias del cese de operación de Egobus y de Coobus fue la dificultad para que TRANZIT pudiera</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>cumplir con el cronograma de chatarrización.</p> <p>Por otra parte, este Tribunal no encuentra debidamente sustentada la afirmación de la Convocada, consistente en señalar que el concesionario no prestó el servicio en condiciones de calidad, permanencia y continuidad. Teniendo en cuenta que la Parte Convocada afirma dicho incumplimiento, le correspondía a ella aportar al proceso los debidos elementos probatorios que sustenten la afirmación.</p> <p>(...)</p> <p>Por lo anterior, el Tribunal considera que el retraso en la implementación de la Fase II del SITP corresponde a un evento ajeno y no imputable a TRANZIT, con lo que se cumple el segundo requisito para el reconocimiento del restablecimiento del equilibrio económico del contrato en los términos pretendidos por la Parte Convocante.</p> <p>3. Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato.</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>A juicio del Tribunal, la alteración grave y anormal de la ecuación económica del contrato para TRANZIT se encuentra ya demostrada en el expediente y a este hecho se hizo alusión al resolver las pretensiones vigésima novena y trigésima de la demanda, razonamientos a los que se remite el laudo en este punto.</p> <p>(...)</p> <p>4. Que la nueva circunstancia sea imprevista o imprevisible.</p> <p>La imprevisibilidad del excesivo retraso en la implementación de la Fase II del SITP, originada en el cese de operaciones de Egobús y Coobús y en la entrada en operación del SITP Provisional, como prolongación del Transporte Público Colectivo, también se encuentra probada en este trámite arbitral.</p> <p>5. Que la nueva circunstancia dificulte a la parte que la invoca la ejecución del contrato, pero no la enfrente a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación.</p>	
--	---	--



Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>Este requisito también se encuentra cumplido y a ello se hizo referencia al resolver las pretensiones vigésima novena y trigésima de la demanda principal. Allí se analizaron, como elementos de prueba, las experticias de Cal y Mayor y de Strategas Consultores S.A., así como el testimonio de Ivonne Alcalá. A esas pruebas, ya valoradas, se remite ahora el Tribunal.</p> <p>Por lo antes expuesto, la pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima primera de la demanda principal está llamada a prosperar, pero aclarando que se encuentra probado el rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP, ya que el Tribunal ha estimado, que la Fase I de dicho sistema ya se encuentra implementada.</p> <p><b>El restablecimiento del equilibrio económico del contrato por la no implementación de la Fase II del SITP - Primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión nonagésima</b></p>	
--	--	--

	<p><b>novena, primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión centésima y primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión centésima primera</b></p> <p>Esta pretensión ya fue resuelta parcialmente en cuando a las consecuencias de la declaración de prosperidad de la pretensión subsidiaria de la vigésima novena y de la pretensión trigésima, pero no se ha resuelto en cuanto a las consecuencias de la pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima primera, lo que procede a resolver ahora el Tribunal.</p> <p>(...)</p> <p><b>Análisis y ponderación del cálculo del restablecimiento del equilibrio económico del contrato elaborado por el perito financiero</b></p> <p>Como quedó dicho, el perito financiero conceptuó que el valor que representaría un restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP asciende a la</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>suma de \$31.738.271.839.00, con corte a 30 de junio de 2017.</p> <p>No obstante, este cálculo merece una ponderación, teniendo en cuenta tres factores, a saber:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- El restablecimiento económico ya reconocido como consecuencia de la terminación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús.</li><li>- El momento desde el que se materializó el riesgo extraordinario de no implementación de la Fase 11 del SITP; y</li><li>- La proporcionalidad de la asunción del riesgo de implementación del SITP, de acuerdo con la matriz de riesgos del contrato.</li></ul> <p>Respecto del primer factor de ponderación, al igual que respecto del restablecimiento del equilibrio económico del contrato derivado de la situación ocurrida frente a los contratos de concesión de Egobús y Coobús, el Tribunal considera que el riesgo de no implementación de la Fase II del SITP se materializó desde el momento en que se dieron</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>por terminados dichos contratos.</p> <p>Es decir, que para efectos de determinar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de TRANZIT el referente temporal objetivo será el mismo antes adoptado, esto es, la fecha de terminación de los contratos con aquellos concesionarios, que fue en el mes de abril de 2016, como fecha de inicio, y el 30 de junio de 2017, como fecha de terminación, en la medida en que esta última fue la fecha de corte del dictamen pericial financiero. De este modo, y tomando la tabla hecha por el perito financiero, pero únicamente las sumas calculadas a partir del mes de abril de 2016, la cifra resultante es de \$ 11.215.105.290.</p> <p>En cuanto al segundo factor de ponderación, advierte el Tribunal que el propio perito financiero señala, expresamente, que el cálculo del impacto en el Escenario 1 "incluye [el] impacto Coobús y Egobús, que se valora de manera independiente en el escenario No. 4)."</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>Este impacto fue calculado en la suma de \$18,438,871,652, pero al resolver la pretensión subsidiaria de la pretensión trigésima primera de la demanda y la pretensión subsidiaria a la pretensión centésima sexta, se condenó a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de \$7,847, 199,484. Esta suma se deberá deducir de la cifra de \$11,215, 105,290, antes determinada, lo cual arroja una diferencia de \$3,367,905,806.</p> <p>Y el tercer factor de ponderación consiste en el hecho de que la matriz de riesgos del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 dispone, expresamente, que el riesgo de implementación es un "riesgo compartido" entre las partes del contrato, aunque no señala la proporción en que dicho riesgo debe compartirse. Ante el silencio del contrato en cuanto a esta distribución proporcional del riesgo de implementación, el Tribunal considera apropiado que las partes compartan ese riesgo por partes iguales. Es decir, que a TRANZIT le</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>correspondería un restablecimiento del equilibrio económico del contrato en una proporción del 50% de la suma determinada por el peritaje financiero, de acuerdo con los dos anteriores factores de ponderación que ha señalado el Tribunal. Esto arroja una condena de \$1,683,952,903.</p> <p>De acuerdo con esta motivación, el Tribunal decide que prosperará parcialmente la primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión nonagésima novena y condenará a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de \$1,683,952,903 por concepto de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP, en el período comprendido entre el mes de abril de 2016 y el 30 de junio de 2017.</p> <p>En la medida en que prospera la primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión nonagésima novena, no es necesario pasar a estudiar la segunda pretensión de condena subsidiaria a la</p>	
--	---	--

	<p>pretensión nonagésima novena. Así mismo, se declarará que no prospera la excepción de mérito "3.5 La implementación de la operación zonal adjudicada al concesionario genera obligaciones a cargo de este y a favor de Transmilenio, y el riesgo de que la implementación no ocurra según lo planteado es a cargo del concesionario".</p> <p><b>La pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima segunda</b></p> <p>Como quiera que no se abre paso a la pretensión vigésima segunda de la demanda de TRANZIT, este Tribunal procederá a resolver la siguiente pretensión subsidiaria</p> <p>(...)</p> <p>Para resolver esta pretensión, el Tribunal considera que resultan aplicables las mismas consideraciones expuestas en relación con la pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima primera de la demanda principal, en la que se reconoció el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N°</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>011 de 2010 por la no implementación de la Fase 11d el SITP, en el período comprendido entre el mes de abril de 2016 y el 30 de junio de 2017. Esta nueva pretensión apunta a que se declare y se reconozca el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pero ahora "hasta que se produzca la implementación de las Fases 1 y 2 del SITP."</p> <p>(...)</p> <p>Como ya fue objeto de decisión en este laudo, el Tribunal encuentra probados los elementos para que se reconozca el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP. Sin embargo, en el expediente no obra prueba alguna que permita valorar la cuantía de este restablecimiento para el período comprendido entre el 1 ° de Julio de 2017 y la fecha de expedición de este laudo, así como tampoco cuenta el Tribunal con elementos probatorios para valorar la cuantía de este restablecimiento para el período comprendido entre la fecha de</p>	
--	--	--



Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>expedición de este laudo y la fecha, aún indeterminada, en que se termine la implementación de la Fase II del SITP. Por tal motivo, la pretensión vigésima segunda de la demanda no está llamada a prosperar, como se declarará en la parte resolutive del laudo.</p> <p>El Tribunal advierte, sin embargo, que la ley consagra mecanismos para que las partes acuerden la forma en que debe restablecerse el equilibrio económico del contrato, cuando se ha demostrado la ocurrencia de hechos que han alterado gravemente la ecuación contractual, como en el presente caso, que el Tribunal ha declarado el reconocimiento del restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP.</p> <p>(...)</p> <p>En este sentido, el Tribunal insta a las partes a acudir a este mandato legal para procurar adoptar las medidas necesarias para resolver el desequilibrio económico del contrato que</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>llegare a existir por la no implementación de la Fase II del SITP, desde el 1° de Julio de 2017 y hasta la fecha en que se termine la implementación de la Fase II del SITP, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley y en la jurisprudencia para que sea posible reconocer tal desequilibrio.</p> <p>Por carecer de sustento probatorio para valorar el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP, desde el 1° de Julio de 2017 y hasta la fecha en que se termine la implementación de la Fase II del SITP, el Tribunal negará la primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión centésima y la primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión centésima primera.</p> <p>La misma falta de sustento probatorio impide al Tribunal declarar como prósperas la segunda pretensión de condena subsidiaria a la pretensión centésima y la segunda pretensión de condena</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	subsidiaria a la pretensión centésima primera.	
--	--	--

Del grupo de las pretensiones del primer arbitraje anteriormente transcritas se desprende que el OBJETO de las mismas, formulado por Tranzit, consistía en obtener, mediante condena a Transmilenio, el resarcimiento de perjuicios por pérdida de ingresos debido a la disminución de pasajeros durante un lapso determinado.

En cuanto a la CAUSA PETENDI invocada por la Convocante se señala que la pérdida de los mencionados ingresos fue generada por la no culminación en tiempo oportuno de la implementación de las Fases I y II del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP), debido al incumplimiento de obligaciones a cargo de Transmilenio o, subsidiariamente, por la ocurrencia de hechos sobrevinientes e imprevistos, no imputables a Tranzit, que alteraron el equilibrio económico del contrato.

El Tribunal del primer arbitraje puntualizó que, si bien el Parágrafo del Art. 19 del Decreto 309 de 2009 y el Anexo Técnico del Contrato señalaban el 15 de octubre de 2011 como fecha para alcanzar la implementación de las Fases I y II del SITP, lo cierto era que, por una parte, la Fase I ya había sido cumplida, por cuanto se había concluido el proceso de selección y adjudicación de los contratos para todas las zonas de la ciudad. Y, de otra, dicha fecha no tenía un carácter imperativo, toda vez que era meramente tentativa, dado que el sistema se diseñó como progresivo, gradual y paulatino, de manera que el no logro de la Fase II en la época indicada no podía considerarse como un incumplimiento atribuible a Transmilenio, pues esa prestación no le era exigible contractualmente.

Con todo, el Tribunal verificó que en efecto no se habían cumplido los presupuestos ni los requisitos establecidos para que la Fase II se considerara implementada. Ante esta conclusión el Tribunal procedió con base en las correspondientes pretensiones subsidiarias a analizar el eventual rompimiento del equilibrio económico del contrato, así como sus elementos constitutivos y sus efectos, en razón del retraso en la implementación de la Fase II del Sistema, al igual que la dilación en la integración total del mismo.

Respecto de la aludida integración total se precisó que, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 19 del Decreto 309 de 2009, se previeron cinco modalidades, a saber: integración operativa, integración física, integración virtual, integración del medio de pago e integración tarifaria. La norma citada dispuso que con la culminación de una sola de las modalidades indicadas se entendería alcanzada la integración total. No obstante, el Tribunal manifestó que ninguna de las modalidades indicadas había sido concluida, pero sin atribuirle a Transmilenio responsabilidad contractual por la tardanza en lograrlo.

Para el Tribunal las causas determinantes de la marcada tardanza en la culminación de la implementación de la Fase II y en la integración de la totalidad del sistema fue la liquidación de los contratos de Egobus y Coobus y el cese total de las operaciones de estos

concesionarios, así como la transformación del tradicional Transporte Público colectivo en el SITP provisional, con el fin de cubrir las necesidades de transporte de la población en razón del vacío dejado por los dos aludidos concesionarios. A juicio del Tribunal, ninguna de las dos causas descritas es imputable a Transmilenio ni a Tranzit, de manera que debía determinarse de qué manera habrían de soportar los contratantes las secuelas de esas circunstancias sobrevinientes que habían postergado la implementación de la Fase II y la integración de todo el sistema.

Para este efecto, el Tribunal analizó la Matriz de Riesgos del contrato, en la cual se llevó a cabo la estimación, asignación y tipificación de los riesgos que podían ocurrir durante la ejecución del contrato. Fruto del señalado análisis fue la conclusión del Tribunal en el sentido que el riesgo de implementación de la Fase II del sistema estaba incorporado dentro de uno de mayor alcance denominado por las partes como “riesgo de implementación”, el cual comprende cuatro eventos de modificación del cronograma por distintas razones. Tres de esos riesgos, dentro de los cuales el Tribunal ubica el riesgo de implementación del SITP, se asignaron de manera compartida entre los contratantes, lo que significa que entre ambos deben asumir las consecuencias del acaecimiento del riesgo asignado.

Sin embargo, el Tribunal advierte que la terminación de los contratos de concesión de Egobus y Coobus y el consecuente cese de sus operaciones no fue un evento puntualmente previsto en la matriz de riesgos; tampoco lo fue la transformación del Transporte Público Colectivo en SITP provisional, ni su prolongada operación en el tiempo. Así las cosas, el Tribunal considera que el apreciable retraso en la implementación de la Fase II del SITP es un riesgo no contemplado en la matriz de riesgos, o “un riesgo extraordinario que excedió con creces el alea normal prevista para la operación del SITP”, cuyas consecuencias económicas no deben ser soportadas por Tranzit, lo que habrá de dar lugar al reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato, siempre que se encuentren acreditados los requisitos exigidos por la teoría de la imprevisión y teniendo en cuenta, como se señaló, que el riesgo de implementación es un riesgo compartido por los contratantes.

El Tribunal verificó la existencia de los elementos configurativos del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, según la Jurisprudencia del Consejo de Estado, habiéndolos encontrado debidamente probados, entre ellos, el acaecimiento de hechos sobrevinientes, esto es, posteriores a la celebración del contrato; imprevisibles; ajenos o exógenos a las partes; y causantes de anormales y graves alteraciones de la ecuación económica del contrato.

Con respaldo en los anteriores presupuestos, el Tribunal declaró que prosperaba la Pretensión Subsidiaria a la Pretensión Vigésima Primera de la demanda principal, toda vez que se encontró probado el rompimiento del equilibrio económico del contrato por la no implementación de la Fase II del SITP.

En cuanto a las pretensiones de condena, para efectos del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en particular respecto de la pretensión subsidiaria de la pretensión Vigésima primera de la demanda, y la primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión nonagésima novena el Tribunal, a partir del dictamen financiero allegado por la Convocante, determinó que, respecto de la suma indemnizatoria a que había llegado este último, era procedente hacer tres ponderaciones, así:

La primera consistente en restar de la mencionada suma el monto ya reconocido respecto de otras pretensiones relativas a la terminación de los contratos de concesión de Egobus y Coobus.

La segunda para definir el momento a partir del cual se materializó el riesgo extraordinario de no implementación de la Fase II del SITP, el cual se fijó desde la terminación de los mencionados contratos de concesión en abril de 2016 y se extendió hasta el 30 de junio de 2017, que es la fecha de corte del dictamen pericial financiero. De esta manera se precisan los extremos del período de reparación, esto es, del lapso que debe abarcar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Y la tercera ponderación para dar aplicación al criterio de proporcionalidad en la asunción del riesgo de implementación del SITP, según la matriz de riesgos del contrato que preveía que las consecuencias de dicho riesgo debían ser soportadas por los dos contratantes, lo que llevó al Tribunal a determinar que debían ser asumidas por partes iguales.

De acuerdo con lo anterior, en el laudo que se analiza quedaron resueltos, como materias centrales del debate, las siguientes:

1. No se logró terminar la implementación de la Fase II del SITP.
2. Por esa falta de terminación no fueron encontrados responsables Transmilenio ni Tranzit.
3. Dicha falta de terminación generó el rompimiento del equilibrio económico del contrato.
4. Según la matriz de riesgos del contrato, las consecuencias adversas del mencionado rompimiento deben ser asumidas por ambos contratantes en iguales proporciones.
5. Para el restablecimiento del equilibrio económico Transmilenio fue condenado a pagar a Tranzit una reparación por los menores ingresos percibidos correspondiente al período abril de 2016 al 30 de junio de 2017.

#### Las pretensiones formuladas en este segundo arbitraje

Después de haber analizado las pretensiones planteadas en el primer litigio, es menester cotejarlas con las formuladas en el libelo de la demanda del segundo arbitraje, para definir su respectivo alcance.

En este sentido, lo que se demanda en este proceso se sintetiza, así:

1. Que se declare que, entre el primero de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no se cumplieron los requisitos para la finalización de la Fase II de implementación del SITP. (Pretensión quinta declarativa de la demanda principal)
2. Que se condene a Transmilenio a pagar a Tranzit una suma determinada, como restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por los ingresos dejados de percibir en razón de la menor demanda de pasajeros, ocasionada por la no finalización de la FASE II de implementación del SITP. Este resarcimiento se solicita respecto del período 1° de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019. (Pretensión décima tercera de condena de la demanda principal)

Así las cosas, en la medida en que haya seguido la misma situación considerada en el laudo del primer arbitraje, vale decir, sin que se hubiere alcanzado la finalización de la Fase II de implementación del SITP después del 30 de junio de 2017, será procedente el reconocimiento, en favor del concesionario, del monto necesario para restablecer el equilibrio económico del contrato, teniendo en cuenta que las secuelas adversas derivadas de la alteración de dicho equilibrio han de ser asumidas por ambos contratantes en iguales proporciones.

Ahora bien, el Tribunal puntualiza que en este segundo litigio arbitral Tranzit ha afirmado que, durante el período respecto del cual demanda la actualización de los perjuicios que le fueron irrogados, no se alcanzó la finalización de la Fase II de implementación del SITP, afirmación ésta que comporta una negación indefinida, que no requiere ser probada, según los términos del Art. 167 del CGP, con lo cual, dado que Transmilenio no demostró lo contrario, se ha de tener por acreditada esta premisa de la pretensión resarcitoria en cuestión, con lo cual prospera la pretensión quinta declarativa de la demanda principal.

En cuanto al período de resarcimiento demandado en este segundo litigio, el cual se extiende durante un poco más de un año, a partir del 1° de julio de 2017, ha de observarse que comienza a correr al día siguiente de la fecha hasta la cual cubrió el laudo del arbitraje precedente los perjuicios debatidos en ese proceso, lo que significa que con este nuevo litigio lo que se busca es la actualización de la indemnización reconocida, ampliándola por el año adicional mencionado.

Es claro que, a partir de las distintas materias resueltas en el laudo del primer arbitraje, las cuales gozan de la fuerza de la cosa juzgada, se persigue obtener la actualización de los deméritos patrimoniales experimentados por Tranzit con posterioridad al aludido laudo con respaldo en la evidencia aportada para la correspondiente valoración.

La mencionada actualización de los perjuicios es procedente – toda vez que los generados después de la fecha de corte de la evaluación efectuada en el dictamen allegado en el

arbitraje anterior, fecha hasta la cual se reconoció la indemnización al concesionario (30 de junio de 2017) – dado que para esa época tenían el carácter de perjuicios futuros que, por no haber aún ocurrido no podían ser valorados en tal arbitraje, pues en términos de la doctrina *“el incumplimiento del deudor genera a su cargo la obligación actual de indemnizar al acreedor todos los perjuicios que tengan por causa dicho incumplimiento, aunque todavía no se hayan realizado, pero con dos condiciones, a saber: que sean ciertos y que su cuantía pueda ser fijada de antemano.”*<sup>66</sup>

Por lo demás, la posibilidad de actualizar los perjuicios en casos como el presente, es decir, cuando estos han sido generados por un incumplimiento contractual y reconocidos con base en las decisiones adoptadas en un proceso anterior con fuerza de cosa juzgada material, la misma ha sido considerada procedente por la Corte Constitucional al sostener que *“[c]uando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.”*<sup>67</sup>

En igual sentido, el tema ha sido debatido y encontrado procedente en sede arbitral, tal como aparece reseñado en los apartes que a continuación se transcriben del laudo proferido el 11 de mayo de 1999, en el arbitraje entre la Planta Terminal de Distribución de Petróleo de Antioquia S.A. Terpel Antioquia S.A. y Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, así:

*“De lo cual tiene que seguirse que también estos árbitros segundos, como los primeros, igualmente reconocieron la existencia en el contrato sobre dicho de la mencionada cláusula de exclusividad, pues así lo expusieron palmariamente en las motivaciones de su laudo y lo dispusieron en la parte resolutive de éste, al decir que la correspondiente excepción propuesta no tenía prosperidad y que la “Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil”, “... ha incumplido la obligación de exclusividad derivada del contrato número 4295...”*

*4. Esta identidad de los dos primeros laudos en torno a la exclusividad, que es aquí también el tema central de la nueva controversia judicial, llevó al Tribunal actual, con ocasión de la decisión de las excepciones previas formuladas y particularmente de la Cosa Juzgada, a aceptar esa defensa de forma y así declararlo en proveído calendado el 10 de julio de 1998, aunque sólo de manera parcial, es decir, en lo que tal excepción se refiere “... a la aceptación de la cláusula de exclusividad y su existencia como parte integrante...” del contrato número 4295 de 28 de septiembre de 1983, aspectos estos que, dijo entonces, “... fueron en materia de análisis y resolución judicial en los laudos anteriores, que tienen el sello de cosa juzgada material y que, por lo consiguiente, para este*

---

<sup>66</sup> G. Ospina Fernández. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis. Bogotá. Séptima Edición. N° 176. d)

<sup>67</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

*Tribunal es ineludible extraerlos de la órbita que demarca el campo de su juzgamiento”.*

*“Así lo resolvió este Tribunal de Arbitramento en esa decisión antelada al dirimido definitivo de la litis, después de aquilatar in extenso la institución jurídica de la res judicata en ocho epígrafes, que destinó a considerar concretamente aspectos tales como la función jurisdiccional y su carácter definitivo; la jurisdicción arbitral y su laudo como culminación normal del correspondiente proceso; la cosa juzgada, como efecto de la sentencia judicial; sus límites objetivos y sus subjetivos; la exceptio rei judicatae propuesta como previa; la cosa juzgada parcial en la sentencia con disposiciones múltiples; el contenido y el alcance de los laudos anteriores; y, finalmente, el cotejo o parangón de lo suplicado en el escrito de convocatoria a este Tribunal, con sus fundamentos fácticos y la replicación a ellos, con lo perorado en las demandas iniciales de los dos Tribunales anteriores.*

*“Lo así decidido y resuelto en esa providencia del 10 de julio pasado se tornó, desde entonces, en una cuestión resuelta con autoridad en la presente controversia y a ella debe estarse este Tribunal en acatamiento a su fuerza vinculante, para el juez y para las partes.*

*“5. Entre otras más, en ese auto hizo este Tribunal las siguientes consideraciones:*

*“C). -1.- El contexto de los dos laudos arbitrales referidos, no solo en sus resoluciones sino también de las motivaciones en que éstas se fundamentaron, muestra nítidamente que así en el uno como en el otro sus autores, luego de analizar todo el entorno del contrato N 4295, ajustado el 28 de septiembre de 1983 entre “Terpel Antioquía S.A. y el Fondo aeronáutico Nacional”, sucedió por la “Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil”, resolvieron delantadamente, que esta Entidad incumplió la cláusula de exclusividad que los dos Tribunales encontraron vertida en ese pacto, estipulada en él a favor de aquella para la venta de combustibles en el Aeropuerto José María Córdoba.*

*“Así lo demuestran clara, contundente y paladinamente dichos fallos, y de ello no le queda a este Tribunal juzgador resquicio de duda alguno, pues eso es justa y precisamente lo que dicen las resoluciones de tales providencias y lo apuntalan con singular vigor las exposiciones en que esas disposiciones se motivaron.*

*“C) -2.- O sea, que lo que concierne a la aceptación de la cláusula de exclusividad plasmada en el contrato aludido, y su existencia como estipulación integrante de dicha convención jurídica y su incumplimiento por parte de la Entidad convocada, son aspectos del litigio que en su conjunto fueron materia de análisis y resolución*



*judicial en laudos que hoy producen efectos de cosa juzgada material, constituyendo por consiguiente tabú para este Tribunal de Arbitramento, que por tanto no puede tocar a intento de darles nueva solución.*

*“Su inmutabilidad impide a las partes otro replanteamiento y veda a todos los jueces, tomar decisión opuesta; contrariamente exige a unas y a otros pleno acatamiento desde luego que una modificación de las decisiones ya tomadas definitivamente al respecto, sin ser esta una de las excepciones consagradas por la ley al efecto, rebasaría los límites que demarcan el campo de la cosa juzgada, entrañando ese hipotético retorno gravísimo precedente contra una institución que por su profunda significación social reclama veneración y respeto.*

*“Lo anterior, sin embargo, exige una salvedad importante porque el Tribunal no puede considerar incluida dentro de la cosa juzgada que aquí se acepta, lo relacionado con el punto específico de la duración del término de exclusividad reconocida, es decir, los efectos de la cosa juzgada parcial comprenden la existencia de la exclusividad pero no, los límites temporales impuestos o no a ella. Todo esto obedece al hecho de que ante los dos lados anteriores hay diferencia sobre el pacto de exclusividad en este caso, tiene uno un límite temporal impuesto por la ley.*

*“C).-3.- Pero si fuere menester para reforzar su criterio, que no lo es, este Tribunal acudiría a los escritos convocadores de los dos arbitramentos anteriores, para advertir que en ellos la parte convocante pidió la declaración de incumplimiento de la obligación de exclusividad, que en los hechos fundamentales de sus súplicas repetidamente manifestó estar vertida en el contrato aludido, y que fue infringida por la Entidad demandada.*

*“Es decir, que los Tribunales de Arbitramento correspondientes juzgaron y decidieron en congruencia con el Petitorio y la causa petendi invocados en esos líbelos, lo que significa simplemente que lo resuelto en los laudos guarda asonante armonía o consonancia con los escritos peticionarios de ellos.*

*“C).- 4. - No ocurre lo propio, eso sí, en lo relacionado con las condenas a reparar perjuicios que eso es laudos impusieron, pues si en los dos se acogió la perorada indemnización de daños, cada uno de ellos los refirió y concreto a los causados en épocas diferentes aunque sucesivas; el primero, a los producidos por el ameritado incumplimiento desde el 27 de febrero de 1992 hasta la fecha del fallo-23 de noviembre de 1993-; el segundo, en cambio, a los que se produjeron en época posterior, o sea desde esta última data y hasta el 30 de abril de 1996.*

*“Y como al punto tales laudos se refirieron a hechos sucedidos en tiempos diversos, los unos sobrevinientes a los otros, sobre los nuevos o posteriores, por*

*no haber ocurrido a la sazón, no podían lógicamente pronunciarse esos juzgadores, para estimarlos o para desestimarlos, por lo que lo decidido al respecto no puede alcanzar efectos de cosa juzgada relativamente a perjuicios eventuales futuros.*

*“Porque sí, como ya se ha dicho, cuando la demanda de un segundo proceso apoye su pretensión en supuestos de hecho cuya ocurrencia histórica fue posterior al litigio inicial, como aquí sucedió en los dos arbitrajes anteriores con relación al deber de reparar perjuicios, no se dan las identidades de objeto ni de causa jurídica, y por ello no puede la primera resolución frente a la segunda ofrecer los efectos de cosa juzgada material” (Fl. 58 Cuad. Trámite).*

*“6. En consecuencia, el tema concerniente a la exclusividad no puede ser motivo de averiguación o consideración en el presente laudo; es, simplemente, un dato histórico indiscutible que ha sido verificado y confirmado por dos laudos arbitrales con fuerza de cosa juzgada material, emitidos pretéritamente; y que, por lo consiguiente, esta primera excepción de mérito, la llamada “Inexistencia de la Cláusula de Exclusividad” reclama de este Tribunal su repulsa y debe por ello denegarse.”<sup>68</sup>*

Visto lo anterior, teniendo en cuenta la prosperidad de la pretensión quinta declarativa, en aparte posterior de este laudo se hará el análisis de la pretensión de condena correspondiente.

**B. Terminación Contratos de Concesión con Egobus y Coobus / No Adjudicación de Rutas a Nuevos Concesionarios**

<b>Primer Arbitraje – Pretensiones<sup>69</sup></b>	<b>Primer Arbitraje – Consideraciones del Tribunal<sup>70</sup></b>	<b>Segundo Arbitraje – Pretensión<sup>71</sup></b>
<b><u>PRETENSIONES DECLARATIVAS Y DE CONDENAS</u></b>		
<b><u>Vigésimo octavo.</u></b> Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO -	Corresponde en este punto determinar en primer lugar si, como pretende la convocante,	<b><u>Sexta.</u></b> Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron

<sup>68</sup> Tribunal Arbitral de Planta Terminal de Distribución de Petróleo de Antioquia S.A. – Terpel Antioquia S.A vs. Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, Laudo Final de 11 de mayo de 1999.

<sup>69</sup> Ver Laudo del 30 de noviembre de 2018, Tribunal Arbitral de Transporte Zonal Integrado S.A.S. – Tranzit S.A.S. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A; páginas 199 – 231.

<sup>70</sup> Ver Laudo del 30 de noviembre de 2018, Tribunal Arbitral de Transporte Zonal Integrado S.A.S. – Tranzit S.A.S. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A; páginas 199 – 231.

<sup>71</sup> Ver Demanda Reformada, páginas 4 y 5.

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

<p>TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales derivadas de la gestión, planeación y control del Sistema en su condición de Ente Gestor del mismo, al no haber adoptado y empleado oportunamente las medidas y herramientas necesarias para evitar o mitigar los efectos adversos generados como consecuencia de la situación financiera y operativa de los Contratos de Concesión No. 005 y 012, y 013 de 2010, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S., respectivamente.</p> <p><b>Subsidiaria de la Pretensión Vigésimo octava.</b> Que se declare que la expedición y aplicación del Decreto 190 de 2015 y la expedición de permisos de operación especiales y transitorios a los que hace referencia el mismo para servir rutas en la ciudad de Bogotá D.C., constituyeron eventos ajenos y no imputables a TRANZIT S.A.S. que</p>	<p>TRANSMILENIO incurrió en incumplimiento de sus "obligaciones legales y contractuales derivadas de la gestión, planeación y control del Sistema en su condición de Ente Gestor del mismo, al no haber adoptado y empleado oportunamente las medidas y herramientas necesarias para evitar o mitigar los efectos adversos generados como consecuencia de la situación financiera y operativa" de los contratos de Coobús y Egobús.</p> <p>El marco dentro del cual se hará el examen y se adoptará la decisión de esta pretensión se circunscribe al pretendido incumplimiento de TRANSMILENIO de obligaciones que "en su condición de Ente Gestor" del Sistema haya desatendido, siempre que dichas prestaciones tengan un soporte en el Contrato que es materia de esta decisión o que tengan incidencia en la ejecución del mismo. En efecto, aun cuando pudiera entenderse, desde alguna perspectiva, que la pretensión se refiere al incumplimiento de obligaciones de orden legal, el análisis, en lo que</p>	<p>adjudicadas a un nuevo concesionario o nuevos concesionarios, las zonas de Suba Centro, Perdomo y Fontibón que fueron adjudicadas en la Licitación No. TMSA-LP-004 de 2009 a OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBUS S.A.S.- y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES - EGOBUS S.A.S.-, cuyos contratos fueron terminados.</p> <p><b>Séptima.</b> Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron implementadas las rutas que TRANZIT S.A.S. debía compartir con OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBUS S.A.S.</p> <p><b>Octava.</b> Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron implementadas las rutas que TRANZIT S.A.S. debía compartir con EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES - EGOBUS S.A.S.</p> <p><b>Decima Cuarta.</b> Se condene a EMPRESA DE</p>
---	--	---

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

<p>alteraron el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.</p>	<p>se refiere a obligaciones de este linaje, se hará respecto de aquellas que aun cuando tengan como fuente la ley encuentren también sustento en el negocio jurídico. En otras palabras, la decisión de la referida pretensión se hará respecto de obligaciones que la demanda estima haberse incumplido, en función del negocio jurídico que es materia de este laudo, de suerte que no abarcará el estudio de todas aquellas obligaciones que tiene TRANSMILENIO por su condición de ente gestor, sino de aquellas que le son inherentes a esa condición pero que por disposición legal o convencional tienen consagración o repercusión en el contrato.</p>	<p>TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTICINCO MIL DIECISÉIS PESOS (COP\$8.348.925.016), para restablecer el equilibrio financiero del Contrato No. 011 de 2010, alterado por la terminación de los Contratos de OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBUS S.A.S.- y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES - EGOBUS S.A.S, entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, o en la cuantía, oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.</p>
<p><b>Vigésimo noveno.</b> Que se declare que la terminación de los Contratos de Concesión No. 005 y 012, y 013 de 2010, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S., respectivamente, así como los hechos que a ella dieron lugar, no corresponden a las Causas del Riesgo denominadas "Modificación del cronograma de otros contratos" o de la "Demora en el arranque de la concesión por otros operadores" del Anexo 5 - Matriz de Riesgos.</p>	<p>Así mismo, revisado el desarrollo de este grupo de pretensiones en los alegatos de TRANZIT y a la luz de las pruebas practicadas, conviene también precisar que el examen y las decisiones del Tribunal tampoco se extenderán a todas las actuaciones que adelantó o dejó de desarrollar TRANSMILENIO respecto de Coobús y Egobús, toda</p>	
<p><b><u>Subsidiaria de la Pretensión Vigésimo novena.</u></b> Que sólo en subsidio de lo anterior, se declare que la terminación de los Contratos de Concesión No. 005 y 012, y 013 de 2010, suscritos con los</p>		

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

<p>concesionarios                  OPERADOR                  SOLIDARIO DE                  PROPIETARIOS                  TRANSPORTADORES -                  COOBÚS S.A.S.                  y EMPRESA GESTORA                  OPERADORA DE BUSES                  EGOBÚS S.A.S.,                  respectivamente, así como                  los hechos que a ella                  dieron lugar, no hacen                  parte de un riesgo                  legalmente asignado a                  TRANZIT S.A.S.</p> <p><b>Trigésimo.</b> Que se declare                  que la terminación de los                  Contratos de Concesión                  No. 005 y 012, y 013 de                  2010, suscritos con los                  concesionarios                  OPERADOR                  SOLIDARIO DE                  PROPIETARIOS                  TRANSPORTADORES -                  COOBÚS S.A.S.                  y EMPRESA GESTORA                  OPERADORA DE BUSES                  EGOBÚS S.A.S.,                  respectivamente, así como                  los hechos que a ella                  dieron lugar, constituyeron                  eventos ajenos y no                  imputables a TRANZIT                  S.A.S. que alteraron el                  equilibrio financiero del                  Contrato, a cuyo                  restablecimiento está                  obligada EMPRESA DE                  TRANSPORTE DEL                  TERCER MILENIO -                  TRANSMILENIO S.A.</p>	<p>vez que es evidente y                  aceptado por ambas partes                  que dichos concesionarios                  celebraron contratos con                  aquella entidad –negocios                  jurídicos que si bien                  coexistieron (cláusulas 5 y                  6 del Contrato) con aquel                  que celebró TRANZIT- son                  contratos independientes y                  autónomos y, en estricto                  rigor,                  celebrados con terceros                  ajenos a este proceso.                  Puestas así las cosas, este                  Tribunal carece de                  competencia para                  pronunciarse sobre                  asuntos que pertenecen a                  la órbita de otros contratos,                  como pueden ser las                  actuaciones o eventuales                  omisiones de                  TRANSMILENIO en la                  esfera de aquellos que                  celebró con otros                  concesionarios, en                  particular, con Coobús y                  Egobús.</p> <p>En el mismo sentido, el                  Tribunal tampoco hará                  pronunciamiento respecto                  de actos administrativos                  expedidos por la entidad                  convocada en desarrollo de                  otras concesiones, a pesar                  de que puedan                  relacionarse                  estrechamente con las                  pretensiones de la                  demanda, por cuanto, en                  estricto rigor, se trata de</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

<p><b>Subsidiaria de la Pretensión Trigésima.</b> Que sólo en subsidio de lo anterior, se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. está obligado a compensar a TRANZIT S.A.S., los efectos económicos adversos generados por la terminación de los Contrato de Concesión No. 005 y 012, y 013 de 201 O, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S., respectivamente, así como los hechos que a ella dieron lugar.</p> <p><b><u>Trigésimo primero.</u></b> Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá al no haber ejercido sus facultades de supervisión y control en relación con la</p>	<p>actuaciones respecto de las cuales este Tribunal carece de habilitación y competencia. Esto último tiene especial relevancia, en particular, respecto de los actos de adjudicación de los contratos de concesión de Coobús y Egobús, frente a los cuales TRANZIT ha formulado reparos y también de los actos administrativos por medio de los cuales se impusieron sanciones a los referidos concesionarios, así como aquellos por los cuales se declaró el incumplimiento y se terminaron tales contratos. Es evidente que todas ellas son actuaciones administrativas de TRANSMILENIO proferidas en desarrollo de contratos de concesión ajenos a este proceso, circunstancias que constituyen un límite al examen y las decisiones del Tribunal.</p> <p>En suma, el estudio de las materias incluidas en las pretensiones relacionadas con los contratos de Coobús y Egobús, se hará a la luz de las pruebas practicadas y de la conducta de la entidad concedente en función de la incidencia o repercusión que su</p>	
---	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

<p>implementación de las rutas 614 – 950 - P28- 237 - P64- 501 - E42 - P81 - 743- 319- 34- 31 - 205- 625- 848 - 594 - 633, o las que resulten probadas, que debían ser compartidas por TRANZIT S.A.S. con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S.</p> <p><b><u>Subsidiaria de la Pretensión Trigésimo primera.</u></b> Que se declare que la falta de implementación oportuna y completa de las rutas 614 - 950 - P28 - 237 - P64- 501 - E42 - P81 - 743- 319- 34- 31 - 205- 625- 848- 594- 633, o las que resulten probadas, que debían ser compartidas por TRANZIT S.A.S. con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S., constituyeron eventos ajenos y no imputables a TRANZIT S.A.S. que alteraron el equilibrio financiero del Contrato, a</p>	<p>actuación haya tenido en el Contrato que es materia de esta providencia, con observancia rigurosa de los límites de orden legal y contractual a la competencia del Tribunal.</p> <p><b>Facultades y obligaciones de TRANSMILENIO</b></p> <p>(...)</p> <p>Dentro del marco conceptual acotado en párrafos anteriores, para resolver la pretensión vigésima octava de la demanda de TRANZIT corresponde examinar si "al no haber adoptado y empleado oportunamente las medidas y herramientas necesarias para evitar o mitigar los efectos adversos generados como consecuencia de la situación financiera y operativa" de los contratos de concesión celebrados con Coobús y Egobús, TRANSMILENIO incumplió alguna de las obligaciones que tiene a su cargo como Ente Gestor del Sistema.</p> <p>En ese orden de cosas es necesario referirse al contenido de la pretensión bajo estudio, en lo que atañe a la no adopción de</p>	
---	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

<p>cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.</p>	<p>medidas y a la falta de utilización de herramientas por parte de TRANSMILENIO para evitar o mitigar los efectos adversos generados por la situación financiera y operativa de los concesionarios Coobús y Egobús.</p> <p>En primer lugar, es del caso reiterar que el pronunciamiento del Tribunal no puede abarcar la problemática acaecida con respecto a los contratos de concesión de los referidos concesionarios, por tratarse de materia ajena al presente Tribunal. En consecuencia, no se adoptarán decisiones en relación con la actuación de TRANSMILENIO como entidad concedente en tales contratos, ni tampoco respecto de la conducta o de las condiciones en las que se ejecutaron tales concesiones por parte de los contratistas, por las razones que ya fueron consignadas líneas atrás.</p> <p>Lo que le corresponde al Tribunal es estudiar si, a partir de las pruebas aportadas al expediente, puede derivarse alguna responsabilidad a cargo de</p>	
---	---	--



Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>TRANSMILENIO por alguna actuación como gestor del SITP que haya tenido injerencia en el Contrato celebrado con TRANZIT, en particular por no haber adoptado medidas oportunas o por no haber utilizado herramientas para evitar o mitigar los efectos generados como consecuencia de la situación financiera y operativa de Coobús y Egobús.</p> <p><b>La oportunidad de las medidas de TRANSMILENIO</b></p> <p>Como primera medida, no se encuentran elementos para concluir si la actuación de TRANSMILENIO respecto de los referidos concesionarios no fue oportuna, como lo reclama TRANZIT. Es claro que obran pruebas que acreditan las dificultades que se presentaron en las concesiones de Coobús y Egobús y de las actuaciones que ejecutó TRANSMILENIO con el objeto de gestionar la situación de esos contratistas.</p> <p>(...)</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>En relación con la oportunidad de las medidas que adoptó TRANSMILENIO o de las herramientas que utilizó en este frente, no existe un referente objetivo que permita concluir si tales medidas fueron extemporáneas o tardías o si por el contrario se adoptaron en forma oportuna. Se está en presencia de un asunto de carácter subjetivo: mientras que TRANZIT sostiene que TRANSMILENIO actuó en forma desacertada desde la adjudicación de las concesiones a Coobús y Egobús, la convocada aduce que como ente gestor adoptó las medidas y tomó las decisiones que, en su criterio, le correspondía ejecutar, con observancia de los procedimientos y de los derechos de los concesionarios.</p> <p>Ante esa situación, en lo que se refiere a la oportunidad de las medidas de salvamento que TRANSMILENIO adoptó respecto de Coobús y Egobús, sobre la base de que no se cuenta con elementos de prueba que permitan examinar en detalle y con un referente</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>objetivo la cronología de las referidas concesiones, ni la problemática de tales concesionarios -materia que tampoco es el objeto de esta providencia- no hay motivos para concluir que la adopción de medidas y que el empleo de herramientas por parte TRANSMILENIO respecto de la problemática de Coobús y Egobús no fue oportuna. Por el contrario, como se reseña líneas adelante, existe constancia en el expediente de que TRANSMILENIO llevó a cabo los procedimientos que a su buen juicio, como ente gestor, estimó pertinentes para conjurar dicha situación, hasta el punto de haber terminado los contratos mediante la expedición de los correspondientes actos administrativos. Es inocultable, que una problemática de la envergadura que afectó las referidas concesiones no se podía enfrentar con la celeridad que reclama TRANZIT y que la complejidad de los contratos y de las vicisitudes que tuvieron los contratistas, así como el propósito de salvaguardar el servicio público, hacen entendible que las medidas que TRANSMILENIO</p>	
--	---	--

	<p>ejecutó respecto de aquellos no eran simples, ni de ejecución expedita.</p> <p><b>Las actuaciones de TRANSMILENIO frente a COOBÚS y EGOBÚS</b></p> <p>Ahora bien, para determinar si TRANSMILENIO incurrió en incumplimiento de obligaciones legales y contractuales propias de su condición de ente gestor se estima pertinente hacer una breve revisión de las principales decisiones y medidas adoptadas por la entidad para afrontar la situación de las concesiones de Coobús y Egobús, conforme a lo que obra en el expediente. En otras palabras, en la medida en que TRANZIT pretende que se declare el incumplimiento por parte de TRANSMILENIO de sus obligaciones de gestión, planeación y control del sistema, como ente gestor, es del caso hacer una referencia de las actuaciones de dicha entidad en relación con las mencionadas concesiones.</p> <p>(...)</p> <p>Revisada la posición de TRANZIT en este punto y</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>examinadas con detenimiento sus alegaciones finales, no se encuentra que la convocante indique o precise la obligación de TRANSMILENIO, que tenga origen en el Contrato No. 11 de 2010, cuyo incumplimiento reclama. En ese orden de cosas, a la luz de lo que se ha reseñado y para despachar la pretensión, se estima necesario examinar las prestaciones a cargo de TRANSMILENIO que pudieron resultar inejecutadas "al no haber adoptado y empleado oportunamente las medidas y herramientas necesarias" para evitar o mitigar los efectos generados por los contratos de Egobús y Coobús.</p> <p>Ante esa situación, de cara a las obligaciones contractuales convenidas a cargo de TRANSMILENIO en la cláusula 24 del Contrato, podría entenderse que la prestación que pudiera haberse incumplido por parte de la convocada es aquella que se refiere a adelantar por sí misma o por interpuesta persona las actividades de gestión y control de SITP, que</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>permitan al Concesionario el desarrollo de la actividad de transporte. En efecto, las demás prestaciones a cargo de TRANSMILENIO no guardan relación con la materia de esta pretensión y TRANZIT tampoco invocó el incumplimiento de ninguna de ellas.</p> <p>De la relación de actuaciones desarrolladas por TRANSMILENIO cuya síntesis se ha hecho y bajo la perspectiva del Contrato No. 11 no es posible concluir que dicha entidad haya dejado de emplear medidas o herramientas necesarias para evitar o mitigar los efectos de las concesiones de Egobús y Coobús.</p> <p>(...)</p> <p>El catálogo de actuaciones y decisiones que se han relacionado dan cuenta de las principales gestiones desarrolladas por TRANSMILENIO que --al margen de la oportunidad o celeridad con que se hayan ejecutado-- acreditan que dicha entidad no dejó de ocuparse de tales concesiones y que en su condición de ente gestor del sistema adoptó las</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>medidas que estimó necesarias para solventar la ejecución de esos contratos, sin que dicha problemática le haya impedido a TRANZIT desarrollar la actividad de transporte.</p> <p>Por consiguiente, el reclamo que esta le enrostra a TRANSMILENIO por la no adopción de medidas o la no utilización de herramientas que permitieran evitar o mitigar la situación de Coobús y Egobús no resulta fundado; por una parte, porque TRANSMILENIO gestionó la crisis de tales concesionarios con los instrumentos de orden legal y técnico que estaban a su alcance, hasta el punto de terminar en forma unilateral dichos contratos y, por otra, porque no resultó acreditado que TRANSMILENIO hubiera dejado de adoptar alguna decisión en particular que hubiera salvado las referidas concesiones.</p> <p>En suma, en la medida en que no se demostró que TRANSMILENIO dejó de adoptar alguna decisión concreta que hubiera conjurado en forma expedita la situación crítica</p>	
--	--	--

	<p>de las concesiones tantas veces mencionadas y que, por el contrario, se estima que dicha entidad gestionó esa problemática con las herramientas que estaban a su alcance amén de que TRANZIT pudo desarrollar la actividad de transporte que le fue encomendada, el cargo que se imputa por parte de TRANZIT carece de fundamento y por lo tanto, la pretensión vigésima octava no está llamada a prosperar.</p> <p><b>Pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima octava</b></p> <p>Como quiera que no se abre paso la pretensión vigésima octava de la demanda de TRANZIT corresponde resolver la correspondiente subsidiaria:</p> <p>(...)</p> <p>La forma cómo está redactada esta pretensión se estima de alcance vasto y, en cierta medida, indeterminado. En efecto, con ella se pretende declarar que la expedición y aplicación del Decreto 190 de 2015 del Alcalde Mayor de Bogotá y de los permisos especiales y</p>	
--	--	--



Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>transitorios a los que se refiere dicha norma son eventos ajenos y no imputables a TRANZIT, que alteraron el equilibrio económico del Contrato. A partir de la ubicación de esta pretensión, --deducida como subsidiaria de la vigésima octava- y de la referencia que TRANZIT hizo de ella en las alegaciones finales, es necesario precisar lo siguiente, para su correspondiente estudio: por una parte, la pretensión se plantea como subsidiaria de aquella cuyo objeto es la declaración de incumplimientos de obligaciones legales y contractuales de TRANSMILENIO en relación con las concesiones de Coobús y Egobús. Por otra parte, como colofón de sus alegaciones finales en este punto, TRANZIT señala que "no es posible que TRANZIT deba soportar los efectos del Decreto 190 de 2015, cuando sus causas le son del todo ajenas como se demostró antes y, más allá de que la falta de chatarrización no le es imputable, la que le corresponde apenas resultaría, si ello fuera posible, en una reducción del seis por ciento (6%) en</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>la sobreoferta de transporte."</p> <p>A partir de lo anterior, para concretar el estudio de esta pretensión se considera que el examen de la misma debe hacerse dentro del marco de la gestión de las concesiones de Coobús y Egobús por parte de TRANSMILENIO y habida cuenta de que -según la propia convocante-- con dicha pretensión se aspira a exonerar a TRANZIT del cumplimiento del Decreto 190 de 2015.</p> <p>(...)</p> <p>Puestas las cosas en este sitio, el Decreto 190 de 2015 constituye una norma jurídica que fue expedida por el Distrito Capital para gestionar problemas surgidos en el sistema de transporte de pasajeros, en particular, aquellos que tuvieron raíces en la problemática de Coobús y Egobús. Por su parte, TRANZIT se obligó a cumplir las normas nacionales y distritales relativas a la desintegración. De igual manera, TRANZIT aceptó y reconoció expresamente al suscribir la cláusula 5 del Contrato la coexistencia de</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>este con otras concesiones y contratos del Sistema, cuya gestión, dirección y control están a cargo de TRANSMILENIO, circunstancia esta última que también fue aceptada por TRANZIT. Por las razones anteriores, en el marco de decisión acotado líneas atrás, en tanto se está en presencia de un decreto expedido por el alcalde de Bogotá, a cuya observancia y cumplimiento se obligaron los concesionarios, entre ellos TRANZIT, la pretensión no está llamada a prosperar.</p> <p><b>Pretensión vigésima novena</b></p> <p>(...)</p> <p>Para decidir esta pretensión se hace necesario acudir a la Matriz de Riesgos de la Licitación, en la que se tipificaron aquellos a los que se refiere la súplica que se estudia.</p> <p>(...)</p> <p>De lo anterior se tiene que el riesgo bajo examen se refiere a los efectos económicos que se produzcan en el sistema como consecuencia del</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>cambio de cronograma o del plan de implementación para la puesta en marcha de la operación. Sin mayor dificultad puede concluirse que circunstancias como las que dieron lugar a la terminación de los contratos con Egobús y Coobús, ni la terminación misma de esos contratos por parte de TRANSMILENIO corresponden al riesgo que se examina. Las circunstancias que motivaron la terminación unilateral de los referidos contratos por parte de TRANSMILENIO no corresponden a cambio de cronograma o del plan de implementación, sino que como se ha reseñado líneas atrás se trata de una problemática compleja que afectó la ejecución de las referidas concesiones. (...)</p> <p>De lo que informan las pruebas, se puede sostener que la problemática que surgió en la ejecución de las concesiones de Egobús y Coobús no corresponde a retrasos en infraestructura de operación, de equipos SIRCI o por aplazamientos en la adjudicación de todas las zonas. En lo que atañe a esta última circunstancia,</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>en el caso de los referidos concesionarios no hubo aplazamiento en la adjudicación toda vez que los contratos de Egobús y Coobús fueron adjudicados efectivamente en desarrollo de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009 y como resultado de dicho certamen se celebraron, entre otros, los Contratos Nos. 005, 012 y 013 de 2010, cuya ejecución también principió. Por consiguiente, no hay lugar a sostener que en este frente hubo aplazamiento en la adjudicación de zonas, cuando, por el contrario, los contratos se suscribieron.</p> <p>En cuanto al riesgo "Demora en el arranque de la concesión por otros operadores", (...)</p> <p>De conformidad con lo indicado en este acápite, en lo que concierne a los contratos de Egobús y Coobús, en la medida en que dichos negocios jurídicos se adjudicaron, se empezaron a ejecutar y no quedó pendiente la adjudicación de zonas, lo acaecido con ellos tampoco corresponde al riesgo enunciado.</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>En ese orden de cosas, la situación acaecida con Egobús y Coobús tampoco corresponde al riesgo al que se refiere la cláusula 119 - 2 del Contrato, vale decir los retrasos en la implementación del sistema, pues como quedó expuesto, a la luz de la Matriz de Riesgos, en el caso de los aludidos concesionarios no ocurrió un retraso de implementación del sistema. Por tal razón, no existe fundamento jurídico en la defensa de TRANSMILENIO según la cual el riesgo de implementación "por la demora en la implementación de las rutas correspondientes a las zonas adjudicadas a los concesionarios EGOBUS y COOBUS es a cargo del Concesionario." Por las mismas consideraciones, en lo que se refiere al riesgo correspondiente a la problemática de Egobús y Coobús la excepción de TRANSMILENIO denominada "La implementación de la operación zonal adjudicada al Concesionario genera obligaciones a cargo de este y a favor de TRANSMILENIO, y el riesgo de que la implementación no ocurra</p>	
--	--	--

	<p>según lo planeado es a cargo del Concesionario" carece de sustento.</p> <p>Por lo anterior, se declarará que prospera la pretensión vigésima novena de la demanda y no hay lugar a estudiar la subsidiaria.</p> <p><b>Pretensión trigésima</b></p> <p>(...)</p> <p><b>El pretendido desequilibrio del contrato</b></p> <p>Con miras a resolver este punto, se estima pertinente determinar si la situación de Egobús y Coobús tuvo alguna incidencia en el contrato de TRANZIT, de tal modo que pueda definirse si la terminación de aquellas concesiones alteró el equilibrio financiero del Contrato, como se solicita en la pretensión.</p> <p>El peritaje elaborado por la firma Cal y Mayor describe, en términos generales, la incidencia que tuvo la situación de Egobús y Coobús en las condiciones de operación del SITP, en los siguientes términos:</p> <p>(...)</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>Con apoyo en las constataciones del peritaje que se han citado, es posible concluir que por la forma como fue diseñado el Sistema de Transporte de Pasajeros y habida consideración de que los concesionarios Egobús y Coobús tenían a su cargo contratos de innegable relevancia para el desarrollo y funcionamiento coordinado de dicho sistema, el fracaso de su operación y las circunstancias que dieron al traste con esas concesiones afectaron la ejecución de los demás contratos y, en particular, el de TRANZIT. En ese orden de cosas, el estado de las circunstancias del sistema y las condiciones existentes al momento de la licitación y de la celebración del Contrato, se alteraron en el curso de su ejecución, por cuenta de la problemática de Egobús y Coobús, que, se insiste, tuvo una incidencia demostrada en la concesión de TRANZIT.</p> <p>Por otra parte, la naturaleza de las circunstancias que afectaron las concesiones de Egobús y Coobús relacionadas, de modo principal, con las</p>	
--	---	--



Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>dificultades de diverso orden que afrontaron dichos concesionarios y con los incumplimientos en los que incurrieron permiten concluir que se trata de eventos ajenos a TRANZIT, respecto de los cuales este último no tuvo ningún control, ni tampoco incidió en su ocurrencia. En efecto, no existe ningún elemento de orden conceptual, ni de carácter probatorio que permita concluir que TRANZIT tuvo injerencia o control respecto de las circunstancias que frustraron las concesiones mencionadas.</p> <p>Puestas las cosas en este punto, se considera que los hechos que dieron lugar a la terminación de los contratos de Egobús y Coobús son ajenos a TRANZIT y no le son imputables.</p> <p>El cambio de las condiciones contractuales que existían al suscribirse el Contrato por parte de TRANZIT y su impacto en el negocio jurídico implica que operó una alteración de la ecuación financiera del negocio jurídico por cuenta de la situación de EGOBÚS y Coobús y que, por consiguiente, la</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>pretensión bajo examen deba resolverse bajo los lineamientos del restablecimiento del equilibrio económico del contrato.</p> <p>(...)</p> <p>Se trata entonces de una alteración del equilibrio económico del contrato en detrimento de una de las partes -en este caso el contratista- por circunstancias que le son ajenas a aquellas y que, por consiguiente, no implica incumplimiento de ninguna de ellas.</p> <p>(...)</p> <p>Al presentarse la ruptura del equilibrio económico del contrato, que tiene consagración fundamental en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, debe entonces hacerse uso de las herramientas que ofrece el ordenamiento jurídico para restablecer la ecuación financiera del contrato, como lo dispone el mismo artículo 27, pero también aquellas contempladas en el artículo 4, numeral 8 de la Ley 80 de 1993 (...)</p> <p><b>El restablecimiento del equilibrio económico</b></p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>La situación de los concesionarios COOBÚS y EGOBÚS y la terminación de los respectivos contratos por parte de TRANSMILENIO constituyen una alteración de las condiciones técnicas, económicas y financieras del Contrato de TRANZIT por circunstancias que no le son atribuibles a este último y que tuvieron una incidencia en la ecuación económico y financiera del negocio jurídico. Por tales motivos, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento legal y con los lineamientos de la jurisprudencia del Consejo de Estado es procedente el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.</p> <p>Con ese propósito, se considera que en la medida en que no se han adoptado las medidas para solventar la incidencia que tuvo el fracaso de EGOBÚS y COOBÚS en la concesión de TRANZIT y, en particular la terminación de tales contratos, el referente temporal objetivo que se puede tomar para restablecer el equilibrio es la fecha de terminación de</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>los contratos con aquellos concesionarios, esto es abril de 2016. Por consiguiente, el plazo que se tendrá en cuenta para restablecer el equilibrio económico del contrato de TRANZIT es aquel que ha transcurrido desde la fecha en la que se terminaron los contratos con EGOBÚS y COOBÚS --oportunidad cierta en la que ocurrieron los hechos-- en tanto no se han adoptado soluciones definitivas para conjurar la crisis originada por dicha situación.</p> <p>Por otra parte, para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se tendrá en cuenta el Escenario 1 al que se refiere el peritaje de Cal y Mayor en este frente, toda vez que este atañe a "la pérdida de demanda de pasajeros pagos ocasionada por el incumplimiento de EGOBÚS S.A.S. y COOBÚS S.A.S. en las diecisiete (17) rutas que comparten en Usme, se partió de la estimación hecha para todas las rutas asignadas al Concesionario (Tabla 65) y se calculó cuál fue el perjuicio atribuible directamente a las diecisiete (17) rutas que</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>debían ser compartidas con EGOBÚS S.A.S. y COOBÚS S.A.S."</p> <p>El Tribunal tomará en cuenta ese escenario que valora el impacto por la pérdida de pasajeros pagos, según el propio peritaje técnico.</p> <p>(...)</p> <p>Como quiera que el lapso para el restablecimiento del equilibrio se definió a partir de abril de 2016, el impacto en los ingresos de TRANZIT por menores pasajeros asciende entonces a \$ 7.847.199.484 a 30 de junio de 2017, conforme a los parámetros del propio dictamen.</p> <p>Con el alcance precisado, se declarará que prospera la pretensión trigésima de la demanda y no hay lugar a estudiar la subsidiaria.</p> <p><b>Pretensión trigésima primera</b></p> <p>(...)</p> <p>En armonía con las consideraciones expuestas líneas atrás, en particular aquellas que se consignaron al resolver la pretensión vigésima octava</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>de TRANZIT, donde se concluyó que no existe prueba de que TRANSMILENIO haya dejado de adoptar alguna decisión concreta que hubiera conjurado en forma expedita la situación crítica de las concesiones de Coobús y Egobús, tampoco hay mérito para concluir que dicha entidad haya dejado de ejercer sus facultades de supervisión y control en relación con las rutas relacionadas en la pretensión que se estudia.</p> <p>Así mismo, también se concluyó que dicha entidad gestionó la problemática acaecida en dichas concesiones con las herramientas que estaban a su alcance amén de que TRANZIT pudo desarrollar la actividad de transporte que le fue encomendada, motivos por los cuales no hay lugar a acceder a la pretensión que se estudia, que encuentra raíces en el pretendido incumplimiento de TRANSMILENIO de sus obligaciones legales y contractuales como ente gestor en relación con Coobús y Egobús, pretensión que fue desestimada por razones que resultan pertinentes en abono de esta decisión, pero que no se repetirán</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>por considerarse innecesario.</p> <p>En consecuencia, se declarará que no prospera la pretensión 31 de la demanda y, de manera consecuencial, tampoco prosperan las pretensiones de condena 106, 107 y 108.</p> <p><b>La pretensión subsidiaria a la pretensión trigésima primera</b></p> <p>Como quiera que no prospera la pretensión trigésima primera de la demanda de TRANZIT corresponde resolver la correspondiente subsidiaria:</p> <p>(...)</p> <p>En relación con esta súplica se tiene que es aceptado por TRANSMILENIO la existencia de rutas compartidas entre TRANZIT, Coobús y Egobús. Desde la propia contestación de la demanda reformada, TRANSMILENIO reconoce que es cierto el contenido del hecho 630 de la reforma en la que se afirma la existencia de las referidas rutas compartidas.</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>(...)</p> <p>De conformidad con lo que se ha expuesto en precedencia y con arreglo a las pruebas que se han relacionado en capítulos anteriores, la falta de implementación de rutas compartidas de TRANZIT es uno de los efectos o de las consecuencias que tuvieron como causa la situación fallida de Coobús y Egobús. En ese orden de ideas, en armonía con lo que se ha señalado en capítulo anterior de esta providencia, dichas situaciones relacionadas con los hechos que dieron lugar a la terminación de esas concesiones -entre las que se encuentra la relativa a las rutas compartidas por TRANZIT- son eventos ajenos y no imputables a TRANZIT que alteraron el equilibrio económico del contrato a cuyo restablecimiento está obligado TRANSMILENIO.</p> <p>Con ese alcance se declarará que prospera la pretensión subsidiaria de la pretensión 31 de la demanda. De manera consecuencial, prospera también, de manera parcial, la pretensión subsidiaria a la pretensión</p>	
--	--	--



Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>106 y se condenará a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de \$ 7.847.199.484 a título de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, por el concepto que se analiza en este acápite. Con apego a la dicha pretensión, la suma referida se encuentra actualizada a junio de 2017.</p> <p>Por último, como quiera que no existe prueba en el expediente de la suma necesaria para restablecer el equilibrio del contrato con posterioridad al 1° de julio de 2017, ni mucho menos "a partir de la ejecutoria" del laudo, no prosperan la pretensión subsidiaria a la pretensión 107, ni la pretensión subsidiaria a la 108.</p>	
--	---	--

Del grupo de pretensiones del primer arbitraje, anteriormente descritas, se desprende que el OBJETO de las mismas formulado por Tranzit consiste en obtener, mediante condena a Transmilenio, el resarcimiento de perjuicios generados, durante un lapso determinado, por los efectos económicos adversos derivados de la terminación de los contratos de concesión suscritos con las firmas Egobus y Coobus.

En cuanto a la CAUSA PETENDI invocada por la Convocante se señala que la terminación de los aludidos contratos de concesión fue generada por el incumplimiento de obligaciones a cargo de Transmilenio, en su carácter de gestor del SITP (por no adoptar medidas tendientes a evitar las secuelas adversas producidas por la situación financiera y operativa de Egobus y Coobus; y por la no implementación de las rutas que Tranzit debía compartir con Egobus y Coobus, mediante su adjudicación a otros concesionarios). Subsidiariamente Tranzit plantea que la terminación de los contratos de concesión suscritos con Egobus y Coobus, así como la falta de implementación de las rutas que habría de compartir con los

mencionados concesionarios, fueron producto de hechos sobrevinientes e imprevisibles, no imputables a Tranzit que alteraron el equilibrio económico del contrato.

El tribunal del anterior arbitraje manifestó que – respecto de la imputación formulada contra Transmilenio por no haber adoptado, en su condición de gestor del SITP, medidas para evitar o mitigar los efectos adversos derivados de la situación financiera y operativa de los concesionarios Egobus y Coobus – en cuanto a la oportunidad con que han debido tomarse las determinaciones que se echan de menos no existe un referente objetivo que permita concluir que hubo extemporaneidad, de manera que no hay motivos para considerar que la adopción de las medidas de salvamento no fue oportuna, menos aun cuando existe constancia en el expediente de que Transmilenio *“llevó a cabo los procedimientos que a su buen juicio, como ente gestor, estimó pertinentes para conjurar la situación, hasta el punto de haber terminado los contratos mediante la expedición de los correspondientes actos administrativos (...)”*.

De otra parte, el Tribunal, después de haber revisado de las principales decisiones, actuaciones y medidas tomadas por Transmilenio para afrontar la difícil situación de Egobus y Coobus, precisa que Tranzit no determinó la obligación contractual específica que en su criterio fue quebrantada por Transmilenio. Aun así, el panel procedió a examinar las prestaciones estipuladas a cargo de la Convocada para definir si alguna fue incumplida, concluyendo que no era posible deducir que Transmilenio hubiera dejado de tomar decisiones o de utilizar herramientas tendientes a evitar o mitigar los efectos negativos de los contratos de concesión que aquí nos ocupan. De esta manera el Tribunal consideró que el reclamo que se analiza no resultaba fundado.

En relación con el acaecimiento del riesgo consistente en afrontar los efectos nocivos, económicos y operativos, derivados de la terminación de los contratos de concesión de Egobus y Coobus, el Tribunal analizó la matriz de riesgos pactada en el contrato, para ver si, concretamente, respecto de los eventos contemplados en dicha matriz, lo aquí debatido se referiría a las consecuencias patrimoniales por el cambio de cronograma o del plan de implementación para la puesta en marcha de la operación. Con todo, el Tribunal puntualizó que ni las circunstancias que dieron lugar a la terminación de los aludidos contratos de concesión, ni la terminación misma, pueden enmarcarse dentro de las distintas variantes que componen el riesgo antes indicado. Por estas razones el Tribunal no acogió, por carecer de fundamento jurídico, la defensa de Trasmilenio, según la cual el riesgo de implementación *“por la demora en la implementación de las rutas correspondientes a las zonas adjudicadas a los concesionarios Egobus y Coobus es a cargo del concesionario”*. Por las mismas consideraciones también se denegó prosperidad a la excepción formulada por la Convocada, relativa a la problemática de los dos concesionarios en mención, en cuyos términos el riesgo de que la implementación de la operación zonal adjudicada a Tranzit no ocurra, es un riesgo de esta última. Con estas premisas el Tribunal concluyó que el riesgo en cuestión no fue previsto en la matriz de riesgos pactada.

En lo atinente al pretendido desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, el Tribunal con respaldo en la prueba valorada, en especial la pericial, precisó que en razón de la forma como fue diseñado el Sistema de Transporte de Pasajeros y habida cuenta de que los concesionarios Egobus y Coobus tenían a su cargo contratos de innegable relevancia para el desarrollo y funcionamiento coordinado de dicho sistema, el fracaso de su operación y la terminación de esas concesiones, afectó la ejecución de los demás contratos y en particular el de Tranzit. De esta manera, las circunstancias imperantes en el momento de la Licitación y de perfeccionamiento del contrato sufrieron una marcada modificación durante la ejecución en razón de la problemática de Egobus y Coobus, lo que incidió adversamente en la concesión de Tranzit.

El análisis de las circunstancias que llevaron a la generación y desarrollo de la señalada problemática, según el Tribunal, permite deducir que se trató de hechos ajenos a la Convocante, imprevistos, por fuera de su control, lo que significa que no tuvo injerencia en su gestación ni en su devenir, de suerte que no le son imputables. El cambio apreciable e inopinado de las condiciones inicialmente imperantes y su impacto en el negocio jurídico ponen en evidencia que operó una alteración de la ecuación financiera del contrato, lo que debe dar lugar al restablecimiento del equilibrio económico del negocio, en favor de quien lo haya sufrido, teniendo en mente que a ninguna de las partes le es atribuible incumplimiento alguno de las obligaciones a su cargo en lo tocante al desequilibrio económico que se busca reparar.

La reparación de ese demérito patrimonial, de acuerdo con lo previsto en el laudo, debía llevarse a cabo en los términos del Art. 27 de la Ley 80 de 1993 y en concordancia con los presupuestos establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Para ese efecto se toma como referente temporal objetivo, para restablecer el equilibrio, la fecha de terminación de los contratos de concesión de Egobus y Coobus, la cual ocurrió en abril de 2016, a partir de la cual debe calcularse el resarcimiento. Para esa valoración el panel arbitral acogió el Escenario 1 elaborado en el dictamen pericial técnico de Cal y Mayor, el cual corresponde a la *“pérdida de demanda de pasajeros pagos ocasionada por el incumplimiento de Egobus y Coobus en las 17 rutas que compartían en Usme (...)”*. El lapso para el restablecimiento del equilibrio se extendió de abril de 2016 al 30 de junio de 2017.

De acuerdo con lo anterior, en el laudo que se analiza quedaron resueltas, como materias centrales del debate, las siguientes:

1. Los contratos de concesión suscritos con Egobus y Coobus terminaron prematuramente y Transmilenio no adjudicó las rutas asignadas a estas sociedades a otros concesionarios.
2. Ni por la terminación anticipada de los mencionados contratos de concesión, ni por la falta de adjudicación de sus rutas a nuevos concesionarios, fueron encontrados responsables Transmilenio ni Tranzit.

3. La terminación anticipada de los contratos de concesión de Egobus y Coobus generó el rompimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de Tranzit.
4. La generación de efectos económicos adversos por la terminación anticipada de los contratos de concesión con Egobus y Coobus no era un riesgo previsto en la matriz de riesgos pactada en el contrato de concesión de Tranzit.
5. Para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato Transmilenio fue condenado a pagar a Tranzit una reparación por los menores ingresos percibidos (menos pasajeros pagos) correspondiente al período abril 2016 a 30 de junio de 2017.

### Las pretensiones formuladas en este segundo arbitraje

Una vez analizadas las pretensiones planteadas ante el primer Tribunal arbitral respecto de esta reclamación, así como las decisiones y consideraciones adoptadas por este, en torno de ellas, es menester cotejarlas con las formuladas en este segundo litigio para definir su respectivo alcance.

En este orden de ideas, se precisa que las pretensiones que deben ser objeto del pronunciamiento de este Tribunal se sintetizan en los siguientes términos.

1. Que se declare que entre el 1° de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019 no fueron adjudicadas a nuevos concesionarios las zonas inicialmente asignadas a las firmas Coobus y Egobus. (Pretensión sexta declarativa de la demanda principal.)
2. Que se declare que entre el 1° de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron implementadas las rutas que Tranzit debía compartir con las firmas Coobus y Egobus. (Pretensiones declarativas sexta y octava de la demanda principal).
3. Que se condene a Transmilenio a pagar a Tranzit una determinada suma para restablecer el equilibrio económico del contrato, el cual resultó alterado por la terminación de los contratos suscritos con las firmas Coobus y Egobus. La reparación demandada corresponde al período comprendido entre el 1° de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019. (Pretensión de condena décima cuarta de la demanda principal)

Con arreglo a las consideraciones precedentes, ha de señalarse que, en la medida que la situación que dio origen a las determinaciones adoptadas en el laudo proferido en el primer arbitraje – esto es, la falta de adjudicación a otros concesionarios de las rutas que Tranzit debía compartir con las firmas Coobus y Egobus cuyos respectivos contratos de concesión fueron terminados prematuramente – permanezca sin modificación durante el período adicional de ejecución por el cual se demanda el reconocimiento del restablecimiento económico del negocio, el concesionario tendrá derecho a tal reconocimiento de acuerdo con las consideraciones y planteamientos del primer laudo.

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

Caben aquí, por tanto, las mismas manifestaciones hechas previamente, en el sentido de que lo que en este litigio se persigue es la actualización de la reparación otorgada al concesionario en el litigio anterior, a partir de los presupuestos establecidos en el laudo ya expedido, los cuales gozan de la fuerza de la cosa juzgada material. Se reitera que lo pretendido por la Convocante es procedente, dado que se trata de perjuicios que en el momento de juzgarse el primer litigio eran futuros y no podían ser valorados.

Ahora bien, el Tribunal puntualiza que en este segundo litigio arbitral Tranzit ha afirmado que, durante el período respecto del cual demanda la actualización de los perjuicios que le fueron irrogados, no fueron adjudicadas a nuevos concesionarios las rutas que Tranzit debía compartir con los otros dos concesionarios, afirmación ésta que comporta una negación indefinida, que no requiere ser probada, según los términos del Art. 167 del CGP, con lo cual, dado que Transmilenio no demostró lo contrario, se ha de tener por acreditada esta premisa de la pretensión resarcitoria en cuestión

En virtud de lo anterior, prosperan las pretensiones sexta, séptima y octava de la demanda principal. En lo que respecta a la correspondiente pretensión de condena, el tema será objeto de análisis posterior.

**C. Evasión Zonal y Evasión Alimentación**

<b>Primer Arbitraje – Pretensiones <sup>72</sup></b>	<b>Primer Arbitraje – Consideraciones del Tribunal<sup>73</sup></b>	<b>Segundo Arbitraje – Pretensiones<sup>74</sup></b>
<b><u>PRETENSIONES DECLARATIVAS Y DE CONDENAS</u></b>		
<b><u>Cuadragésimo octavo.</u></b> Cuadragésimo octavo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor del Sistema Integrado de	Las pretensiones 48 y 49 de la demanda se dirigen a que se declare el incumplimiento de TRANSMILENIO como ente gestor, por no haber gestionado medidas efectivas para evitar la evasión en la operación zonal y en la alimentación troncal, pero no se cita	<b><u>Décima.</u></b> Que se declare que el ingreso al Sistema sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal (evasión alimentación), no era un riesgo que se encontraba

<sup>72</sup> Ver Laudo del 30 de noviembre de 2018, Tribunal Arbitral de Transporte Zonal Integrado S.A.S. – Tranzit S.A.S. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A; páginas 303 – 315.

<sup>73</sup> Ver Laudo del 30 de noviembre de 2018, Tribunal Arbitral de Transporte Zonal Integrado S.A.S. – Tranzit S.A.S. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A; páginas 303 – 315.

<sup>74</sup> Ver Demanda Reformada, páginas 4 y 5

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

<p>Transporte Público de Bogotá (SITP) al no haber gestionado medidas efectivas tendientes a evitar el ingreso al Sistema en la operación zonal (evasión zonal), sin la validación del medio de pago correspondiente.</p> <p><b><u>Subsidiaria de la Pretensión Cuadragésimo octava.</u></b>                  Que se declare que la utilización del Sistema Integrado de Transporte sin la validación del medio de pago correspondiente (evasión), en la operación zonal, constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que altera el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.</p> <p><b><u>Cuadragésimo noveno.</u></b>                  Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor del SITP al no haber gestionado medidas efectivas tendientes a evitar el</p>	<p>ninguna disposición contractual o legal concreta en la cual se establezcan específicamente las obligaciones que se dicen incumplidas.</p> <p>A este respecto, encuentra el Tribunal que en la cláusula 24.1 del Contrato se incluye, entre las obligaciones atribuidas a TRANSMILENIO, la de "Adelantar por si o por interpuesta persona las actividades de gestión y control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP, en los términos establecidos en el presente -...../ Contrato y en el Manual de Operación, que permite al CONCESIONARIO el desarrollo de la actividad de transporte, que es objeto de la presente concesión."</p> <p>Dentro del amplio contenido de esta disposición podría enmarcarse llevar a cabo las gestiones necesarias para evitar la evasión, sin embargo, tal como se ha determinado en otros apartes de este laudo, se trataría de una obligación de medios y no de resultado.</p>	<p>tipificado y asignado en la matriz de riesgos del Contrato de Concesión No. 011 de 2010.</p> <p><b><u>Décima Primera.</u></b> Que se declare que el ingreso al Sistema sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal (evasión alimentación), constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que alteró el equilibrio financiero del Contrato No. 011 de 2010, a cuyo restablecimiento está obligada TRANSMILENIO S.A.</p> <p><b><u>Décima Quinta.</u></b> Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S., la suma que actualmente asciende a NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTISÉIS MILLONES VEINTIUN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS (COP\$9.826.021.599), la</p>
---	--	---

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

<p>ingreso al Sistema sin la validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal (evasión alimentación).</p> <p><b><u>Subsidiaria de la Pretensión Cuadragésimo novena.</u></b>          Que se declare que el ingreso al Sistema sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal (evasión alimentación), constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que altera el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.</p> <p><b><u>Centésimo décimo.</u></b> Que como consecuencia de la pretensión Cuadragésima novena (o su subsidiaria), se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a SIETE MIL CIENTO SEIS MILLONES</p>	<p>(...)</p> <p>Así las cosas, siendo su obligación de "gestión y control" de medio, el incumplimiento que se atribuye a TRANSMILENIO no puede estar determinado por la "efectividad" de las medidas adoptadas para evitar la evasión, sino que se requiere establecer si tal entidad realizó gestiones encaminadas a tener como efecto una disminución o erradicación de la evasión.</p> <p>(...)</p> <p>De lo anterior se concluye que TRANSMILENIO no ha incumplido con sus obligaciones de gestión y control del Sistema, en los términos de la cláusula 24.1 del Contrato, en punto de adelantar actividades encaminadas a determinar las causas de la evasión a efectos de evitarla, por lo cual las pretensiones cuadragésima octava y cuadragésima novena no prosperan.</p> <p>Por no haber prosperado las pretensiones cuadragésima octava y cuadragésima novena, corresponde referirse a las pretensiones subsidiarias</p>	<p>cual resulta necesaria para restablecer el equilibrio económico del Contrato, alterado por el ingreso dejado de percibir como consecuencia de los pasajeros transportados sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal, entre el 1 de agosto de 2015 y el 30 de junio de 2017, o los conceptos y sumas que se encuentren probados.</p> <p><b><u>Décima Sexta.</u></b> Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S., la suma que actualmente asciende a CINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (COP\$5.550.531.539), la cual resulta necesaria para restablecer el equilibrio económico del Contrato alterado por el ingreso dejado de percibir como</p>
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

<p>CUATROCIENTOS CINCuenta MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$7.106.450.836), por ingreso dejado de percibir como consecuencia de los pasajeros transportados sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal, o los conceptos y sumas que se encuentren probados.</p>	<p>encaminadas a que se declare el rompimiento del equilibrio económico del contrato derivado de la evasión en la operación zonal y de alimentación, por tratarse, a juicio de la demandante, de un hecho ajeno no imputable a TRANZIT.</p> <p>Antes de hacer referencia a los términos en los que el riesgo de evasión fue contemplado en el contrato de concesión, es pertinente puntualizar que tal riesgo se configura cuando el pasajero evade el pago de la tarifa al usuario.</p> <p>La anterior precisión se hace necesaria, puesto que la parte demandante incluye como una materialización de este riesgo, el hecho de que pasajeros dentro de la operación de alimentación ingresen a un vehículo en una estación y se bajen en otra sin entrar a validar a al portal para tomar el componente troncal.</p> <p>Para el Tribunal en vista de que al estructurar el sistema no se previó remuneración por tal servicio, dicho comportamiento no podría considerarse evasión, pues no se ha presentado</p>	<p>consecuencia de los pasajeros transportados sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal, entre el 1 de julio de 2017 y el 28 de junio de 2019 o los conceptos y sumas que se encuentren probados.</p>
--	--	---



Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>incumplimiento por parte del pasajero de su obligación de pagar el tickete.</p> <p>(...)</p> <p>Una vez sentado lo anterior, es pertinente referirse a los términos en los que el riesgo de evasión fue considerado en la matriz de riesgos, plasmada en el Anexo 5 al pliego de condiciones del contrato de concesión 011 de 2010. En tal Anexo 5 se previó como riesgo comercial el "Riesgo de cartera por fraude en los medios de pago en buses".</p> <p>(...)</p> <p>De otra parte, en la cláusula 17 del contrato de concesión, sobre "Obligaciones del Concesionario derivadas de la Concesión de la operación del SITP" se pactó:</p> <p>(...)</p> <p>De las previsiones contractuales el Tribunal concluye, en primer lugar, que el riesgo de evasión previsto era aquél que podía materializarse en la operación zonal y no el referido a eludir la</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>validación al ingresar a las estaciones, correspondiente a la alimentación troncal.</p> <p>En segundo lugar, que tanto la obligación a la que hace referencia la cláusula 17.1.21 del contrato, como el riesgo descrito en la matriz de riesgos, parten de que el conductor pueda tener alguna injerencia en el comportamiento del pasajero o se refiere a los mecanismos de control de acceso al vehículo que pueda implementar el concesionario.</p> <p>De acuerdo con la evidencia presentada, la evasión derivada del comportamiento del conductor es la que se presenta en una menor proporción y es aquella respecto de la cual su impacto económico debió reflejarse en la estructuración del modelo financiero del contratista para presentar su propuesta, según se menciona en la matriz de riesgos del contrato.</p> <p>La reducida injerencia del conductor en la evasión dentro de la operación zonal se confirma en el informe presentado por el</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>Consortio Concesión Milenio, en noviembre de 2015, sobre un "Operativo de evasión de pasajes Usme" en cumplimiento del Contrato de Interventoría 350 de 2015 celebrado con TRANSMILENIO.</p> <p>Si bien en tal informe se mencionan algunos casos en los que el conductor permite el acceso a los vehículos de algunos pasajeros sin pagar, resultan bastante ilustrativos los siguientes apartes, en los que se hace evidente que la evasión es ajena al comportamiento del conductor:</p> <p>(...)</p> <p>En tales condiciones, para el Tribunal el riesgo de evasión que se ha materializado es un riesgo diferente al previsto en la matriz de riesgos, y la obligación que asumió el concesionario establecida en la cláusula 17.1.21 no implica que el concesionario deba asumir el costo de la evasión que se presenta bajo circunstancias que no se relacionan con el comportamiento de los conductores o con los mecanismos de control de acceso al vehículo que no</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>está habilitado para implantar.</p> <p>La evasión en tales condiciones, tanto en la operación zonal como en el componente de alimentación, podría considerarse un hecho imprevisto ajeno a TRANZIT que podría conducir al desequilibrio económico del contrato.</p> <p>Ahora bien, para establecer si tal desequilibrio tuvo lugar, se requiere determinar, una vez cuantificada la evasión, cuál ha sido su impacto en la economía del contrato.</p> <p>(...)</p> <p>A este respecto se tiene que la parte demandante no presentó prueba para establecer la evasión en el componente zonal, se refirió exclusivamente a la cuantificación en el componente de alimentación.</p> <p>En tales circunstancias, no quedó acreditado el desequilibrio financiero del contrato que pudiera derivarse de la evasión en la operación zonal, razón por la cual la pretensión subsidiaria a la</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>cuadragésima octava no prospera.</p> <p>Ahora bien, respecto de la evasión en la operación de alimentación, se trata de un riesgo que no fue previsto en el contrato, cuya materialización podría dar lugar a un desequilibrio financiero del mismo, si al cuantificarlo se advierte un impacto grave en la ecuación contractual.</p> <p>La parte demandante cuantifica el impacto de la evasión a través de un cálculo que llevó a cabo Cal y Mayor y asociados,</p> <p>(...)</p> <p>Cal y Mayor concluyó que entre agosto de 2015 y diciembre de 2016, se movilizaron 32.306.293 pasajeros pagos y 23.898.574 que evadieron el pago. De las cifras presentadas por Cal y Mayor se concluye que la evasión estimada corresponde a un 42% de los pasajeros movilizados, lo que, según el peritaje, constituye una afectación grave del equilibrio financiero del contrato que daría lugar a que se ordene su restablecimiento.</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>Ahora bien, por tratarse de un hecho no imputable a la entidad contratante, de acuerdo con lo reiterado por la jurisprudencia, el restablecimiento debe ordenarse hasta un punto de no pérdida, pues la evasión en el componente de alimentación ha alcanzado una proporción desmesurada, según lo demostrado con el dictamen pericial de Cal y Mayor antes aludido, y desde esta perspectiva, imprevisible.</p> <p>(...)</p> <p>Ahora bien, el valor reclamado por la parte demandante lo obtiene multiplicando el número de pasajeros por la tarifa por pasajero y se solicita la actualización de ese valor.</p> <p>Sin embargo, para el Tribunal tal liquidación no corresponde al valor necesario para llevar al concesionario a un punto de "no pérdida" pues no ha quedado demostrado que la Tarifa Pasajero esté despojada de un ingrediente de remuneración a la inversión o utilidad.</p> <p>Por el contrario, en el hecho 918 de la demanda,</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>se reconoce que la tarifa por pasajero transportado está destinada a remunerar, entre otros, la rentabilidad sobre capital invertido.</p> <p>En tales condiciones, al no haber quedado demostrado el valor de acuerdo con el cual el concesionario quedaría en un punto de "no pérdida", el Tribunal considera que la pretensión subsidiaria a la pretensión cuadragésima novena no podrá prosperar. En consecuencia, el Tribunal tampoco puede acceder a una condena derivada de esta pretensión subsidiaria a la pretensión quincuagésima novena, razón por la cual la pretensión centésima décima tampoco prospera.</p>	
--	---	--

Del grupo de pretensiones del primer arbitraje, anteriormente transcritas se desprende que el OBJETO de las mismas formulado por Tranzit consistía en obtener, mediante condena a Transmilenio, el resarcimiento de perjuicios por pérdida de ingresos como consecuencia de pasajeros transportados sin el pago de la tarifa (EVASIÓN), dado que ingresaban al Sistema sin validación del medio de pago en dos eventos distintos, saber: a) en la operación zonal (Evasión Zonal) y b) en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal (Evasión Alimentación).

En cuanto a la CAUSA PETENDI invocada por la Convocante se señala que la pérdida de los mencionados ingresos fue causada por el incumplimiento de obligaciones a cargo de Transmilenio en su condición de gestor del SITP, en particular por no haber adoptado medidas apropiadas para evitar las dos modalidades de evasión o, subsidiariamente, por el acaecimiento de hechos sobrevinientes e imprevisibles, no imputables a Tranzit, que alteraron el equilibrio económico del contrato.

En relación con esta reclamación el Tribunal Arbitral manifestó, en primer término, que la Convocante no había precisado ninguna estipulación contractual, ni disposición legal, en donde se hubieran establecido las obligaciones que se dicen incumplidas por Transmilenio. Adicionalmente, después de revisar las prestaciones a cargo de dicha entidad, en su condición de gestor del SITP, el Tribunal concluyó que *“Transmilenio no ha incumplido con sus obligaciones de gestión y control del Sistema, en los términos de la cláusula 24.1 del Contrato, en punto de adelantar actividades encaminadas a determinar las causas de la evasión a efectos de evitarla (...)”*.

No hallándose incumplimiento atribuible a la Convocada, el Tribunal procedió a analizar lo concerniente al eventual rompimiento del equilibrio económico del Contrato, comenzando por señalar que el riesgo de evasión se configura cuando el pasajero evade el pago de la tarifa al usuario, agregando que, en cuanto a lo previsto en la matriz de riesgos, plasmada en el Anexo 5 del pliego de condiciones, allí se previó como riesgo comercial *“el riesgo de cartera por fraude en los medios de pago en buses”*.

Adicionalmente, se hace referencia a la cláusula 17 del Contrato, que versaba sobre las Obligaciones del Concesionario y, una vez analizado su contenido, el Tribunal puntualiza que *“el riesgo de evasión previsto era aquel que se podía materializar en la operación zonal y no el referido a eludir la validación al ingresar a las estaciones, correspondiente a la alimentación troncal”*.

Puntualiza de otra parte el Tribunal que tanto la obligación prevista en la cláusula 17.1.21 del Contrato, al igual que el evento descrito en la matriz de riesgos, parten del supuesto de que el conductor pueda tener alguna injerencia en el comportamiento del pasajero, o se refiere a los mecanismos de control de acceso al vehículo que pueda implementar el concesionario. A partir de la evidencia analizada el Tribunal considera que *“la evasión derivada del comportamiento del conductor es la que se presenta en una menor proporción y es aquella respecto de la cual su impacto económico debió reflejarse en la estructuración del modelo financiero del contratista para presentar su propuesta (...)”*.

Según el Tribunal, el riesgo de evasión que se materializó es un riesgo diferente al previsto en la matriz de riesgos, en tanto que la obligación que contrajo el concesionario en la señalada cláusula 17.1.21 no implicaba que debiera asumir el costo de la evasión que se generaba en circunstancias que no se relacionaban con el comportamiento de los conductores o con los mecanismos de control de acceso al vehículo que no estaba habilitado para implantar. Así las cosas, a juicio del Tribunal, la evasión en tales condiciones, tanto en la operación zonal como en el componente de alimentación, podría considerarse un hecho imprevisto, ajeno a Tranzit, que podría conducir al desequilibrio económico del contrato, para cuya procedencia se requería determinar el monto de la evasión y su impacto en la economía del negocio.



En relación con dicha determinación el Tribunal advierte que la demandante no allegó pruebas para acreditar el valor de la evasión en el componente zonal, de manera que no quedó demostrada la afectación del equilibrio financiero del contrato en el mencionado componente.

En cuanto a la evasión en la operación de alimentación, el Tribunal precisa que se trata de un riesgo no contemplado en la matriz, que podría dar lugar a un desequilibrio económico en la medida en que, dada su magnitud, hubiera producido un impacto grave en la ecuación contractual.

Para la cuantificación correspondiente, en el dictamen de Cal y Mayor se calculó que, para el período agosto de 2015 y diciembre de 2016, la evasión estimada ascendió al 42% de los pasajeros movilizados, lo que se califica por los peritos como afectación grave del equilibrio financiero del negocio, que, por lo tanto, debería dar lugar a su restablecimiento.

El Tribunal manifestó que, toda vez que la evasión no era un hecho imputable a la entidad contratante, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, el señalado restablecimiento, en favor del concesionario, debería hacerse hasta el punto en que éste no tuviera pérdida derivada de la evasión, teniendo en cuenta que la producida en el componente de alimentación tenía una proporción desmesurada, que, desde esta perspectiva, era un hecho imprevisible.

Para el cálculo del monto del restablecimiento los peritos multiplicaron el número de pasajeros que no canceló el valor del servicio por la correspondiente tarifa por cada usuario. Sin embargo, para el Tribunal esta liquidación no es apropiada, pues de ella no resulta el monto requerido para colocar al concesionario en un punto de no pérdida, por cuanto *“no ha quedado demostrado que la Tarifa Pasajero esté despojada de un ingrediente de remuneración a la inversión o utilidad”*. Es más, el Tribunal agrega que en el hecho 918 de la demanda se reconoce que la tarifa por pasajero está destinada a remunerar, entre otros, la rentabilidad sobre el capital invertido.

En conclusión, *“al no haber quedado demostrado el valor de acuerdo con el cual el concesionario quedaría en un punto de no pérdida”*, el Tribunal denegó las pretensiones relativas a la evasión.

De acuerdo con lo anterior, en el laudo que se analiza quedaron resueltas, como materias centrales del debate, las siguientes:

1. Transmilenio no incumplió las obligaciones a su cargo, en su carácter de gestor del SITP, relacionadas con la adopción de medidas tendientes a evitar la evasión.
2. El riesgo de evasión previsto en la matriz de riesgos contractual es distinto a los riesgos que se materializaron, descritos previamente como Evasión Zonal y Evasión Alimentación.

3. A Transmilenio no le es imputable el acaecimiento de los mencionados riesgos de evasión.
4. Los efectos de los riesgos de evasión que se materializaron no deben ser soportados por Tranzit.
5. Las evasiones mencionadas fueron causadas por hechos imprevistos, ajenos a Tranzit, que podrían generar el desequilibrio económico del contrato, dependiendo de su impacto en la economía del negocio.
6. Dado que Tranzit no allegó pruebas para cuantificar la evasión zonal, el Tribunal denegó la correspondiente pretensión resarcitoria
7. En relación con la evasión en la operación de alimentación se estableció que para el período agosto 2015 a diciembre de 2016 se calculó una evasión estimada del 42%, que el Tribunal consideró grave, de manera que podía dar lugar a que el concesionario obtuviera el respectivo restablecimiento.
8. Toda vez que la evasión ocurrida no le era imputable a Transmilenio, el señalado restablecimiento debía otorgarse hasta colocar al concesionario en un punto de no pérdida
9. Los peritos valoraron el aludido restablecimiento multiplicando el número de pasajeros transportados que no pagaron el servicio por la tarifa correspondiente. Sin embargo, para el Tribunal esta fórmula no era apropiada, por cuanto no fue demostrado que la tarifa careciera de un ingrediente de utilidad o de remuneración a la inversión, por lo que rechazó esta pretensión.

#### Las pretensiones formuladas en este segundo arbitraje

Una vez determinadas las decisiones adoptadas en el arbitraje anterior es del caso cotejarlas con las pretensiones formuladas en este nuevo arbitraje para precisar su respectivo alcance. Es así como lo que se demanda en este litigio se sintetiza así:

1. Se solicita declarar que la denominada Evasión Alimentación no era un riesgo tipificado ni asignado en la matriz de riesgos del contrato. (Pretensión declarativa décima de la demanda principal).
2. Que se declare que el señalado riesgo de Evasión Alimentación constituyó un evento ajeno, no imputable a Tranzit, que alteró el equilibrio financiero del contrato, a cuyo restablecimiento está obligada Transmilenio. (Pretensión declarativa décima primera de la demanda principal.)
3. Que se condene a Transmilenio a pagar a Tranzit una cantidad determinada para restablecer el equilibrio económico del contrato, alterado por el ingreso dejado de percibir como consecuencia de la Evasión Alimentación, en dos periodos, a saber:
  - a. Del 1° de agosto de 2015 al 30 de junio de 2017. (Pretensión de condena décima quinta de la demanda principal).
  - b. Del 1° de julio de 2017 al 28 de junio de 2019. (Pretensión de condena décima sexta de la demanda principal).

El Tribunal observa, en primer lugar, que, en este segundo arbitraje, a diferencia del primero, la Convocante no incluyó pretensiones relativas a la llamada Evasión Zonal.

De otra parte, según las consideraciones precedentes, ha quedado definido en el primer arbitraje, con fuerza de cosa juzgada, que la llamada Evasión Alimentación no era un evento previsto ni asignado en la matriz de riesgos del contrato. Dicha circunstancia, de haber seguido ocurriendo, en la misma forma, después del 30 de junio de 2017, fecha de corte del dictamen técnico financiero del primer arbitraje, sería también ajenas y por tanto no imputables a Tranzit, que podrían haber alterado el equilibrio económico del negocio, dependiendo del impacto que hubiesen causado en la economía del contrato.

Ahora bien, el Tribunal puntualiza que en este segundo litigio arbitral Tranzit ha afirmado que, durante el período respecto del cual demanda la actualización de los perjuicios que le fueron irrogados, no se impidió la continuación de la evasión alimentación, afirmación ésta que comporta una negación indefinida, que no requiere ser probada, según los términos del Art. 167 del CGP, con lo cual, dado que Transmilenio no demostró lo contrario, se ha de tener por acreditada esta premisa de la pretensión resarcitoria en cuestión. Con lo anterior prosperan las Pretensiones Décima y Décima Primera de la Demanda Reformada.

El Tribunal, de otra parte, precisa que el restablecimiento de la ecuación financiera que se busca, respecto del primer período indicado en las pretensiones de condena de la demanda, vale decir, el comprendido entre el 1° de agosto de 2015 y el 30 de junio de 2017, fue una materia ya debatida y resuelta en el primer arbitraje, que está amparada con la fuerza de la cosa juzgada, de manera que no puede reabrirse controversia alguna respecto de dicho tema.

En efecto, ha de recordarse que, en el primer litigio, el Tribunal no accedió a acoger la pretensión indemnizatoria del mencionado primer período, toda vez que encontró que la prueba allegada no era idónea para colocar al concesionario demandante en una situación de no pérdida. De suerte que con esa decisión quedó resuelta definitivamente dicha reclamación, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia, según las siguientes precisiones:

*“A fin de no confundir la causa con las pruebas o argumentos fácticos en que se sustenta, dice la Corte empleando la voz acción como sinónimo de pretensión: “es preciso no confundir la causa petendi que es la que configura la identidad de ésta, con los documentos, argumentos o pruebas en que se apoya aquella, porque si no se hace la distinción que acaba de señalarse, todo proceso judicial podría revivirse invocando nuevos argumentos o presentando nuevas pruebas o complementándolas. Es evidente que pueden existir varios medios para comprobar una causa, pero si el demandante al ejercitar su acción (pretensión) no adujo los medios probatorios adecuados para justificar su acción, no puede luego ejercitar la misma acción, presentando nuevas*

*pruebas, pues si bien es cierto que los medios son distintos, no lo es la causa, y la ley de lo que habla es de identidad de la causa y no de los medios (...)*.<sup>75</sup>

En el mismo orden de ideas, haciendo hincapié en que la ausencia de pruebas no permite volver a proponer la resolución del litigio, la Corte puntualiza: “(...) *si al litigante que invocando un olvido o distracción o falso concepto acerca de no necesitarse tal o cual prueba cuya falta produjo un fallo que le fue adverso, como razón para impedir que ésta (la cosa juzgada) tenga sus consecuencias legales, como su obligatoriedad, esto es, si le fuera dado arrebatarse por ella la calidad de sentencia definitiva al fallo que negó por esa causa sus pretensiones, desaparecería la cosa juzgada y, abriéndose la posibilidad de renovación indefinida del pleito, desaparecería consiguientemente el amparo con que la ley escuda para siempre a quien lo ha ganado una vez.*”<sup>76</sup>

Así las cosas, se negará la Pretensión Décima Quinta, en tanto que el Tribunal centrará su análisis y decisión de lo relacionado con el eventual restablecimiento del segundo periodo señalado, por cuanto los menores ingresos que habría percibido el concesionario en este lapso si tendrían el carácter de perjuicios futuros en comparación con los que fueron cubiertos en el primer laudo. El Tema será abocado en capítulo posterior de este fallo.

#### D. Entrega de Patios

<b>Primer Arbitraje – Pretensiones<sup>77</sup></b>	<b>Primer Arbitraje – Consideraciones del Tribunal<sup>78</sup></b>	<b>Segundo Arbitraje – Pretensión<sup>79</sup></b>
<b><u>PRETENSIONES DECLARATIVAS</u></b>		
<b><u>Pretensión vigésima quinta.</u></b> Que se declare que la Etapa de Transición está contractualmente prevista en el numeral 14.1. inciso 1° del Contrato, con una duración de cinco (5) años contados a partir de la	Para el Tribunal el texto de la cláusula 14.1 del Contrato es claro, en cuanto se establece un "periodo de transición para la operación de terminales zonales de carácter temporal" durante "los	<b><u>Cuarta.</u></b> Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron entregados a TRANZIT S.A.S. los patios o terminales zonales definitivos.

<sup>75</sup> Sentencia de la Corte Suprema de justicia. Sala Civil (LVI, 307) citada por Hernando Morales Molina. Curso de Derecho Procesal civil Parte General. Octava Edición Editorial ABC. Bogotá. 1983. Pág. 517-518.

<sup>76</sup> Sentencia de la Corte Suprema de justicia. Sala Civil (LVI, 307) citada por Hernando Morales Molina. Curso de Derecho Procesal civil Parte General. Octava Edición Editorial ABC. Bogotá. 1983. Pág. 517-518.

<sup>77</sup> Ver Laudo del 30 de noviembre de 2018, Tribunal Arbitral de Transporte Zonal Integrado S.A.S. – Tranzit S.A.S. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.; páginas 182 – 199.

<sup>78</sup> Ver Laudo del 30 de noviembre de 2018, Tribunal Arbitral de Transporte Zonal Integrado S.A.S. – Tranzit S.A.S. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.; páginas 182 – 199.

<sup>79</sup> Ver Demanda Reformada, páginas 3 y 4.

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

<p>adjudicación del mismo, esto es hasta el 2° de noviembre de 2015, o la oportunidad que determine el Tribunal.</p>	<p>cinco (5) primeros años de la Concesión, contados a partir de la adjudicación del Contrato."</p> <p>En vista de que el Contrato fue adjudicado el 2 de noviembre de 2010 según consta en la Resolución 49 de 2010, el período de transición previsto inicialmente concluiría el 2 de noviembre de 2015.</p> <p>De acuerdo con lo anterior, la pretensión prospera.</p>	
<p><b><u>Pretensión vigésima sexta.</u></b> Que se declare que TRANZIT S.A.S. no recibió aviso oportuno de la ampliación de la Etapa de Transición en los términos de la Nota 2 Inciso 4° de la Cláusula 14.1. del Contrato.</p>	<p>En primer término, debe tenerse en cuenta que en la Nota 2 de la cláusula 14 se establece que la obligación del Distrito de informar al Concesionario si se ampliaría o no la etapa de transición, debía cumplirse "finalizado el tercer año de la concesión, contado a partir de la firma del Contrato."</p> <p>Es así, que el cumplimiento de tal obligación quedó sometido a un plazo, en los términos del artículo 1551 del Código Civil.</p> <p>(...)</p> <p>En los términos de la norma antes transcrita, las partes convinieron un plazo expreso: tres años contados a partir de la adjudicación del contrato,</p>	

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>vencido este término la obligación se tornó en "pura y simple" y desde entonces era exigible su cumplimiento por parte del Concesionario, acreedor de la misma.</p> <p>Dentro de este proceso ha quedado acreditado que el contrato se firmó el día 17 de noviembre de 2010, de manera que la obligación de TRANSMILENIO de informar sobre la ampliación de la etapa de transición debía cumplirse vencidos tres años a partir de tal fecha esto es el día 18 de noviembre de 2013. El apoderado de TRANSMILENIO ha aceptado que la entidad informó sobre la ampliación de la etapa de transición mediante comunicación No. 2015EE21633 del 28 de octubre de 2015.</p> <p>Ahora bien, aun cuando no hay evidencia de que vencido el término pactado, TRANZIT hubiera formulado requerimiento a TRANSMILENIO para que informara si se ampliaría la etapa de transición, la mora del deudor se produjo sin necesidad de requerimiento alguno, por haberse pactado un plazo para el cumplimiento de la obligación. Lo anterior, de</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

	<p>acuerdo con lo previsto en el artículo 1608 del Código Civil que dispone:</p> <p>(...)</p> <p>La pretensión apunta a que se declare que el aviso dado por TRANSMILENIO no fue "oportuno", al haberse informado sobre la ampliación de la etapa de transición, casi dos años después de ser exigible esta obligación.</p> <p>(...)</p> <p>En tal sentido, y de acuerdo con lo expresado antes se concluye que la pretensión prospera.</p>	
<p><b><u>Pretensión vigésima séptima.</u></b> Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. está obligada a soportar las consecuencias económicas que genera para TRANZIT S.A.S., la no entrega de los patios o terminales zonales a partir de la finalización de la Etapa de Transición contractualmente prevista, es decir, desde el 3° de noviembre de 2015, hasta que se verifique la entrega de los terminales definitivos, o durante el</p>	<p>En relación con la pretensión que nos ocupa, es pertinente tener en cuenta que en la cláusula "1. Definiciones" del Contrato se hizo referencia a los "Terminales Zonales o Patios Zonales" en los siguientes términos:</p> <p>"1.81 Terminales Zonales o Patios Zonales: Áreas de parqueo de los vehículos que conforman la Flota que se encuentra al servicio de la Operación Zonal del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP de responsabilidad del</p>	

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

<p>periodo que establezca el Tribunal.</p>	<p>CONCESIONARIO, las cuales deben cumplir con las disposiciones vigentes en materia de espacio público, normativa urbana y disposiciones ambientales nacionales y distritales. En estas áreas se puede incluir el desarrollo de actividades relacionadas con el mantenimiento de la Flota. En estas áreas además del desarrollo de actividades complementarias y conexas a la operación del transporte se podrá actividades de comercio, servicios y dotacionales que la Secretaría Distrital de Planeación defina como uso compatible de la actividad principal."</p> <p>Adicionalmente, se considera particularmente relevante el texto de la Cláusula 14 del contrato</p> <p>(...)</p> <p>De la cláusula 14 debe destacarse que dispone que "Con posterioridad a este período el Distrito ajustará la remuneración y adelantará todas las gestiones que garanticen la disponibilidad del suelo requerido para la operación en terminales</p>	
--	--	--



Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>zonales .... " Es decir, se reconoce que la operación de las Terminales Zonales por parte del concesionario tiene un impacto en su remuneración, pues finalizado el período de transición, tal remuneración será "ajustada."</p> <p>Adicionalmente se reconoce que en "este período de transición" las adecuaciones físicas de los predios deben llevarse a cabo por el concesionario. Igualmente se dispone que, finalizada la etapa de transición de cinco años, el Distrito "entregará los terminales zonales construidos y adecuados para la operación directa por los concesionarios o en cabeza de un tercero concesionario de patios ... "</p> <p>Es así que en el contrato se estableció como obligación del Distrito, entregar los terminales zonales, al finalizar la etapa de transición cuya duración prevista era de cinco años.</p> <p>Ahora bien, en la misma cláusula se estableció la facultad para el Distrito de prorrogar la etapa de transición, finalizado el tercer año de la concesión.</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>Igualmente se consagró la facultad del Contratista de construir directamente los terminales, lo cual debía ser informado transcurridos cinco meses a partir de la adjudicación, caso en el cual se debía hacer efectivo "el ajuste a la remuneración del concesionario previsto en la fórmula de remuneración del presente contrato."</p> <p>En el Anexo 5 del Pliego de Condiciones 74 se contempló como uno de los riesgos "operacionales", asignados al concesionario de operación, el consistente en "Mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales" respecto del cual, en cuanto a "observaciones", se afirmó:</p> <p>"Consiste en el efecto económico originado en la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas lo que genera kilómetros en vacío durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales."</p> <p>De otra parte, es pertinente tener en cuenta lo</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>establecido en el documento denominado "<i>Anexo explicativo de la matriz de riesgos</i>" el cual, forma parte integral del acta de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles, de fecha 12 de febrero de 2010.</p> <p>(...)</p> <p>En el tercer acápite, entre varios de los riesgos a los que se refieren las respuestas se menciona el "<i>Riesgo de Operación Mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales.</i>" "Es importante precisar que en la medida en que el Distrito es el responsable de comprar y construir los terminales zonales, este riesgo <b>solo</b> se asigna al concesionario en la etapa de transición (5 años) en la cual le corresponde a éste la consecución de las áreas de estacionamiento de vehículos. Una vez el Distrito aporte los terminales zonales, las rutas iniciarán su recorrido desde dichos terminales."</p> <p>"Naturalmente, siendo el concesionario el que</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>determina la ubicación de los terminales, le corresponde al asumir el riesgo de los kilómetros en vacío que se generen por su decisión.</p> <p>"Ahora bien, el contrato permite al concesionario - con fundamento en un estudio técnico que lo justifique - proponer las modificaciones a las rutas que considere necesarias para garantizar el servicio, lo que naturalmente incluye la modificación de los recorridos hasta las terminales zonales en caso de que no sea posible la consecución de suelo en alguna o algunas de las zonas concesionadas. En este evento, TRANSMILENIO S.A. analizará la solicitud y de ser pertinente autorizará la modificación de la ruta hasta el terminal zonal aprobado al concesionario.</p> <p>"No obstante lo anterior, se estudiará la posibilidad de establecer la condición mencionada anteriormente de manera explícita en las minutas de los contratos, con el fin de generar la mayor claridad posible al respecto."</p> <p>La anterior aclaración contenida en el Anexo al</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>Acta de la Audiencia Explicativa de la Matriz de Riesgos coincide con la respuesta otorgada a la inquietud formulada por la Cámara Colombiana de Infraestructura.</p> <p>Posteriormente, se emitió otro Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos.</p> <p>(...)</p> <p>En este documento se consignó el mismo texto que aparece en el Anexo a la audiencia anterior.</p> <p>(...)</p> <p>Es así que tanto de las previsiones contractuales como de las explicaciones de TRANSMILENIO en la etapa precontractual, el Tribunal concluye que si bien en el contrato se estableció la facultad para el Distrito de ampliar el plazo de la etapa de transición, según lo acordado, el concesionario solamente estaba obligado a soportar el riesgo consistente en un mayor número de kilómetros en vacío por falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas, durante el</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>término inicial de esta etapa, esto es durante los cinco años contados a partir de la adjudicación del Contrato.</p> <p>En este orden de ideas, igualmente se concluye que al haberse pactado en el Contrato como obligación del Distrito la de entregar los terminales zonales construidos y adecuados para la operación al finalizar la etapa de transición, la prórroga de esta etapa tiene como efecto ampliar el término para la exigibilidad de esta prestación, pero no implica que el Concesionario deba continuar asumiendo los valores correspondientes a mayor número de kilómetros en vacío que se deriven del aplazamiento del cumplimiento de esta obligación.</p> <p>El hecho de que en la Matriz de Riesgos se establezca que el Concesionario asume los mayores costos por no entrega de terminales definitivas durante la etapa de transición no implica que los asume durante la prórroga de esta etapa, pues no solamente no quedó así establecido, sino</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>que ante las inquietudes planteadas sobre el alcance de este riesgo en la etapa previa a la adjudicación, la entidad contratante hizo énfasis en que solamente se asumiría durante cinco años, que era el término inicialmente previsto para la etapa de transición.</p> <p>De lo anterior se concluye que los mayores valores que se hubieren causado por no recibir los terminales zonales por parte del Distrito a partir del 3 de noviembre de 2015, fecha en la que expira el período inicial de cinco años de la etapa de transición, no deben ser asumidos por el concesionario y son entonces de cargo de la entidad contratante.</p> <p>Lo anterior, pues a pesar de que no se previó expresamente en el Contrato, que vencido el período de cinco años de la etapa de transición tales costos debían ser asumidos por TRANSMILENIO, ante la claridad de lo expresado por ella misma en el sentido de que no serían asumidos por el concesionario según aparece en el Anexo explicativo de la matriz de</p>	
--	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>riesgos, si la entidad no estaba dispuesta a asumirlos, era su obligación determinar su asignación en los documentos contractuales.</p> <p>Como es bien conocido, la obligación de asignar los riesgos que puedan presentarse durante la ejecución del contrato aparece consagrada tanto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, como en el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008.</p> <p>(...)</p> <p>De acuerdo con lo antes expuesto, la pretensión vigésima séptima principal prospera. Habiendo prosperado la pretensión vigésima séptima principal, no hay lugar a estudiar la pretensión subsidiaria a esta.</p> <p>Corresponde ahora pronunciarse sobre las pretensiones de condena centésima tercera, centésima cuarta y centésima quinta y sus subsidiarias, si a ello hay lugar, derivadas de la pretensión vigésima séptima.</p>	
<b><u>PRETENSIONES DE CONDENA</u></b>		



Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

<p><b><u>Centésimo tercero.</u></b> Que como consecuencia de la pretensión Vigésimo séptima, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL OCHOCIENTOS UN PESOS M/CTE (\$4.348.210.801), por concepto de arriendo, inversiones en patios o terminales zonales transitorios y kilómetros en vacío, causados entre el 3 de noviembre de 2015 y el 30 de junio de 2017, por la no entrega oportuna de los patios o terminales zonales, o en la oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.</p> <p><b><u>Subsidiaria de la pretensión Centésimo tercera.</u></b> Que como consecuencia de la declaración prevista en la Pretensión Subsidiaria de la Vigésimo séptima, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la</p>	<p>A través de las pretensiones de condena se persigue el pago de tres rubros que a juicio de TRANZIT deben ser reconocidos a partir del vencimiento de los primeros cinco años de la etapa de transición, esto es costos por concepto de arrendamiento, inversiones y kilómetros en vacío.</p> <p>Para el Tribunal, al concesionario le debe ser reconocido el mayor valor por concepto de kilómetros en vacío una vez finalizados los primeros cinco años de la etapa de transición.</p> <p>Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en la matriz de riesgos, en la que se hace referencia a mayores costos por kilómetros en vacío, como efecto económico de no disponer de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas.</p> <p>En tales condiciones, de acuerdo con la liquidación efectuada por el perito Strategas Consultores S.A., por concepto de mayores costos por kilómetros en vacío</p>	<p><b><u>Décima Segunda.</u></b> Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a TRES MIL SETECIENTOS OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO DIEZ PESOS (COP\$3.708.864.110), por concepto de kilómetros en vacío, causados entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, como consecuencia de la no entrega de patios o terminales zonales definitivos.</p>
--	---	---

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

<p>suma que actualmente asciende a CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL OCHOCIENTOS UN PESOS M/CTE (\$4.348.210.801), para restablecer el equilibrio financiero del Contrato, alterado por pagos realizados por concepto de arriendo, inversiones en patios o terminales zonales transitorios y kilómetros en vacío, causados entre el 3 de noviembre de 2015 y el 30 de junio de 2017, por la no entrega oportuna de los patios o terminales zonales, o en la oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.</p> <p><b><u>Centésima cuarto.</u></b> Que como consecuencia de la pretensión Vigésima séptima, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma que se cause por concepto de arriendo, inversiones en patios o terminales zonales transitorios y kilómetros en vacío, causados entre el 1° de julio de 2017 y la expedición del Laudo Arbitral, por la no entrega</p>	<p>asumidos por el concesionario, desde el 3 de noviembre de 2015 y hasta el 30 de junio de 2017, derivados de la no entrega de terminales se condenará a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de cuatro mil quinientos cuarenta y nueve millones ciento ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta y dos pesos (\$ 4.549.185.852).</p> <p>En punto de las adecuaciones e inversiones necesarias en los patios, llevadas a cabo con posterioridad al 3 de noviembre de 2015, el Tribunal estima que son de cargo del concesionario, durante la etapa de transición y sus prórrogas, puesto que no aparece constancia de una manifestación de voluntad de las partes en el sentido de limitar la responsabilidad del concesionario a los cinco primeros años de la etapa de transición, como si la hubo respecto del mayor valor por concepto de kilómetros en vacío.</p> <p>(...)</p>	
--	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

<p>oportuna de los patios o terminales zonales, o en la oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.</p>	<p>Así mismo, se considera que no hay lugar a reconocer un mayor valor por concepto de arrendamientos, pues la tarifa tiene un componente por este concepto.</p>	
<p><b><u>Subsidiaria de la pretensión Centésima cuarta.</u></b> Que como consecuencia de la declaración prevista en la Pretensión Subsidiaria de la Vigésimo séptima, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma necesaria para restablecer el equilibrio financiero del Contrato, alterado por pagos realizados por concepto de arriendo, inversiones en patios o terminales zonales transitorios y kilómetros en vacío, causados entre el 1 ° de julio de 2017 y la expedición del Laudo Arbitral, por la no entrega oportuna de los patios o terminales zonales, o en la oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.</p>	<p>(...)</p> <p>El hecho de que luego de celebrado el contrato, el concesionario considere que la compensación pactada no resultó suficiente, constituye parte del álea que asumió y por consiguiente no da lugar a ningún reconocimiento a su favor, pues no quedó demostrado que el menor valor presupuestado hubiera afectado la ecuación financiera del contrato.</p>	
<p><b><u>Centésimo quinto.</u></b> Que como consecuencia de la pretensión Vigésima séptima, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL</p>	<p>De acuerdo con lo anterior, la pretensión centésima tercera prosperará, y se condenará a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de cuatro mil quinientos cuarenta y nueve millones ciento ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta y dos pesos (\$ 4.549.185.852).</p> <p>Por las mismas razones, la pretensión centésima cuarta no prosperará.</p>	

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
 contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

<p>TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. las sumas sucesivas que se causen por concepto de arriendo, inversiones en patios o terminales zonales transitorios y kilómetros en vacío, a partir de la ejecutoria del Laudo Arbitral hasta tanto se produzca la entrega de los terminales zonales a TRANZIT S.A.S., o en la oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.</p> <p><b><u>Subsidiaria de la pretensión Centésima quinta.</u></b> Que como consecuencia de la declaración prevista en la Pretensión Subsidiaria de la Vigésimo séptima, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma necesaria para restablecer el equilibrio financiero del Contrato, alterado por pagos realizados por concepto de arriendo, inversiones en patios o terminales zonales transitorios y kilómetros en vacío, causados a partir de la ejecutoria del Laudo Arbitral hasta tanto se produzca la entrega de los</p>	<p>Ahora bien, en relación con la pretensión centésima quinta, por virtud de la cual se pretende el pago de los mismos rubros contemplados en las pretensiones anteriores, que se causen desde la fecha de la ejecutoria del laudo hasta la entrega de los patios definitivos, no puede prosperar en los rubros correspondientes a arrendamientos e inversiones y adecuaciones por las razones antes anotadas.</p> <p>De otra parte, esta pretensión tampoco prospera en lo que respecta a los valores correspondientes a kilómetros en vacío que se llegaran a causar con posterioridad al laudo, puesto que se trata de "consecuencias económicas" que no han ocurrido y respecto de las cuales el Tribunal no puede adoptar disposición diferente, en la medida en que se refiere a costos en los que no ha incurrido TRANZIT.</p> <p>En el caso que nos ocupa, el concesionario tiene la posibilidad de proponer modificaciones a las rutas para evitar que se cause un mayor número de</p>	
---	---	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

<p>terminales zonales a TRANZIT S.A.S., o en la oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.</p>	<p>kilómetros en vacío, tal como se expresó en el Anexo Explicativo de la matriz de riesgos (...).</p> <p>(...)</p> <p>Por lo anterior, la causación de un mayor valor por kilómetros en vacío derivado de la ubicación de las terminales con posterioridad a la fecha de esta providencia termina siendo incierta, circunstancia que conduce a concluir que la pretensión en análisis no prospera.</p> <p>Corresponde entonces referirse a la pretensión subsidiaria, a través de la cual se pretende que, a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se reconozcan los valores correspondientes a los rubros anotados, a partir de la fecha del laudo.</p> <p>Para el Tribunal esta pretensión subsidiaria no prospera, puesto que no se cumplen los requisitos necesarios para que haya lugar a ordenar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, señalados de manera reiterada a lo largo de este laudo.</p>	
---	--	--

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

	<p>Así, por ejemplo, los valores correspondientes a arrendamientos de los terminales y a inversiones y adecuaciones de los patios, así como el mayor número de kilómetros en vacío por la ubicación de terminales transitorios no pueden considerarse imprevistos o no contemplados por las partes a la celebración del contrato.</p> <p>Adicionalmente, no ha quedado demostrado que los valores en los que el concesionario ha incurrido por tales conceptos hayan desquiciado de manera grave la ecuación financiera del contrato que hagan necesario su restablecimiento.</p>	
--	---	--

Del grupo de pretensiones del primer arbitraje, anteriormente transcritas, se desprende que el OBJETO de las mismas, formulado por Tranzit, consistía en obtener, mediante condena a Transmilenio, el resarcimiento por las mayores erogaciones que aquella debió efectuar, durante un lapso determinado – del 3 de noviembre del 2015 al 30 de junio de 2017 - por concepto de arrendamientos, inversiones en patios y kilómetros en vacío.

En cuanto a la CAUSA PETENDI invocada por la Convocante se señala que las mayores erogaciones efectuadas fueron consecuencia de la no entrega oportuna de los patios definitivos o terminales zonales, esto es, a la finalización del término estipulado de 5 años, contado a partir de la adjudicación del contrato, para la duración de la Etapa de Transición, de manera que Transmilenio debe soportar los efectos económicos derivados de tal incumplimiento, o bien, subsidiariamente, ha de responder por la ocurrencia de hechos sobrevinientes e imprevistos, no imputables a Tranzit, que alteraron el equilibrio financiero del Contrato en virtud de dichas erogaciones.

En el Primer Laudo el Tribunal reconoció, con respaldo en la cláusula 14.1 del Contrato, la existencia de un período de Transición de cinco años para la operación de terminales zonales de carácter temporal, el cual expiró el 2 de noviembre de 2015, dado que no se dio aviso oportuno al Concesionario para la ampliación de la mencionada etapa de Transición.

De otra parte, el laudo puntualiza que, según la cláusula 1 del Contrato, que contiene las “Definiciones” empleadas por los contratantes, se entiende por “Terminales Zonales” o “Patios Zonales” las áreas de parqueo de los vehículos que conforman la Flota que se encuentra al servicio de la Operación Zonal del SITP de responsabilidad del Concesionario, en las cuales se podrían desarrollar actividades de mantenimiento, así como las conexas y complementarias a la operación del transporte, al igual que actividades de comercio y de servicio.

De acuerdo con la ya citada cláusula 14, al vencimiento de la señalada Etapa de transición, “el Distrito ajustará la remuneración y adelantará todas las gestiones que garanticen la disponibilidad del suelo requerido para la operación en Terminales Zonales...”, con lo cual, a juicio del Tribunal, se deduciría que la operación de las Terminales Zonales por parte del Concesionario generaba un impacto en su remuneración, pues, concluida la aludida etapa, la remuneración sería ajustada.

Se agrega que en el período de transición las adecuaciones físicas de los predios debían llevarse a cabo por el Concesionario, a cuya finalización, esto es, al cabo de los cinco años pactados, el Distrito estaba obligado a entregar los terminales zonales construidos y adecuados para la operación directa de los concesionarios. Con todo, el Distrito contaba con la facultad de prorrogar la etapa de transición una vez terminado el tercer año de concesión, facultad que no ejerció en tiempo oportuno.

Con arreglo a las consideraciones del laudo examinado, en el Anexo 5 del Pliego de Condiciones se incluyó como uno de los riesgos “operacionales” a cargo del Concesionario el relativo a los “mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales”. Dicho riesgo fue explicado como aquel que consiste en el efecto económico originado en la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de las rutas, lo que daba lugar a kilómetros en vacío durante la etapa de transición.

Al respecto es pertinente subrayar lo señalado en el “Anexo explicativo de la matriz de riesgos”, de acuerdo con el cual “en la medida en que el Distrito es el responsable de comprar y construir los terminales zonales, este riesgo sólo se asigna al concesionario en la etapa de transición (5 años) en la cual le corresponde a éste la consecución de las áreas de estacionamiento de vehículos. Una vez el Distrito aporte los terminales zonales, las rutas iniciaran su recorrido desde dichos terminales”. Entre tanto, “siendo el concesionario el que determina la ubicación de los terminales, le corresponde asumir el riesgo de los kilómetros en vacío que se generen por su decisión”.

En consecuencia, con fundamento en las estipulaciones contractuales y en las explicaciones suministradas por Transmilenio en la fase precontractual, el Tribunal llegó a la conclusión de que si bien el Distrito tenía la prerrogativa de ampliar la duración de la etapa de transición, el Concesionario solo estaba obligado a asumir el riesgo consistente en un mayor número de kilómetros en vacío por falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de las rutas, durante el lapso inicial de tal etapa, vale decir, 5 años desde la adjudicación del Contrato.

Esta conclusión se deriva de la existencia de la obligación, a cargo del Distrito, de entregar los terminales zonales construidos y adecuados para la operación al finalizar la etapa de transición, de manera que “la prórroga de esta etapa tiene como efecto ampliar el término para la exigibilidad de esta prestación, pero no implica que el concesionario deba continuar asumiendo los valores correspondientes a mayor número de kilómetros en vacío que sean consecuencia del aplazamiento de esta obligación. El hecho de que en la Matriz de Riesgos se establezca que el Concesionario asume los mayores costos por no entrega de terminales definitivas durante la etapa de transición, no implica que los asume durante la prórroga de esta etapa, pues no solamente no quedó así establecido, sino que...en la etapa previa a la adjudicación, la entidad contratante hizo énfasis en que solo se asumiría durante 5 años que era el término inicialmente previsto para la etapa de transición”.

Con base en las consideraciones precedentes el Tribunal determinó que por las mayores erogaciones efectuadas por Tranzit en razón de no haber recibido del Distrito los terminales zonales a partir del 3 de noviembre de 2015, fecha en que expiró la etapa de transición, debería responder Transmilenio y no el Concesionario.

En cuanto a las pretensiones de condena, en el Primer Tribunal o analizado se determinó que dichas pretensiones perseguían el reconocimiento de tres rubros, a saber: costos por concepto de arrendamiento; inversiones; y kilómetros en vacío. Con todo, a juicio del tribunal, sólo este último ítem era procedente, toda vez que la Matriz de riesgos del Contrato únicamente se hacía referencia a los mayores costos por kilómetros en vacío como efecto económico derivado de no disponer oportunamente de patios en zonas próximas a los lugares de inicio de las rutas.

Así las cosas, respecto de las adecuaciones e inversiones necesarias realizadas con posterioridad al 3 de noviembre de 2015 (fecha en que finalizó la Etapa de Transición) el Tribunal precisó que eran a cargo del Concesionario, tanto durante la fase de transición como durante sus prórrogas, dado que no aparecía constancia de la manifestación de voluntad de los contratantes, en el sentido de limitar la responsabilidad del Concesionario al período de 5 años pactado para la aludida fase; en cambio esa manifestación si se hizo en lo tocante con el mayor valor por concepto de kilómetros en vacío.



En el mismo orden de ideas, en el laudo se puntualizó que tampoco había lugar a reconocer un mayor valor respecto de arrendamientos, toda vez que la tarifa contenía un componente por este concepto.

Con las anteriores precisiones, el Tribunal tuvo en cuenta la liquidación elaborada por el perito Estrategas Consultores S.A. en relación con los mayores costos generados por los kilómetros en vacío sufragados por el Concesionario, habiendo condenado a Transmilenio a pagar una suma determinada, correspondiente al período que va del 3 de noviembre de 2015 al 30 de junio del 2017.

En lo atinente a las pretensiones indemnizatorias, formuladas de manera subsidiaria, enderezadas a obtener el reconocimiento de los mismos rubros (adecuaciones e inversiones realizadas en patios provisionales) pero alegando el acaecimiento de circunstancias imprevisibles que habrían alterado el equilibrio económico del Contrato, razón por la cual se demandó su restablecimiento, el Tribunal no acogió tales pretensiones, por no encontrarse demostrados los elementos configurativos de dicha institución jurídica, según lo establecido en la ley y la jurisprudencia.

De acuerdo con las consideraciones precedentes, en el laudo que se analiza quedaron resueltas, como materias centrales del debate, las siguientes:

1. Las mayores erogaciones efectuadas por Tranzit – por no haber recibido, desde el 3 de noviembre de 2015, fecha de expiración del término acordado para la duración de la Etapa de Transición, los patios o terminales zonales definitivos - deben ser asumidas por Transmilenio.
2. El Tribunal rechazó las pretensiones resarcitorias respecto de adecuaciones e inversiones necesarias realizadas por Tranzit, después del 3 de noviembre de 2015, en los patios provisionales, al no estar contempladas dichas erogaciones en la Matriz de Riesgos del Contrato.
3. El Tribunal acogió la pretensión resarcitoria relativa a las mayores erogaciones por kilómetros en vacío, llevadas a cabo en el período noviembre 3 de 2015 a junio 30 2017.
4. Las pretensiones subsidiarias basadas en el alegado rompimiento del equilibrio económico del Contrato fueron rechazadas por el Tribunal por no encontrarse demostrados los elementos configurativos de esa institución jurídica.

#### Las pretensiones formuladas en este segundo arbitraje.

Después de haber analizado las pretensiones formuladas en el primer litigio, es menester cotejarlas con las planteadas en el libelo de la demanda del segundo arbitraje, para definir su respectivo alcance.

En ese sentido, lo que se demanda en este arbitraje se sintetiza, así:

1). Que se declare que entre el primero de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019 no fueron entregados a Tranzit los patios o terminales zonales definitivos. (Pretensión cuarta declarativa de la demanda principal)

2). Que se condene a Transmilenio a pagar a Tranzit una suma determinada por concepto de kilómetros en vacío, causados entre el 1° de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019 como consecuencia de la no entrega de patios o terminales zonales definitivos. (Pretensión de condena décima segunda de la demanda principal)

Así las cosas, en la medida en que haya continuado la misma situación fáctica considerada en el laudo del primer arbitraje, esto es, la no entrega de los patios o terminales definitivos, después del 30 de junio de 2017, será procedente el reconocimiento en favor del Concesionario con el propósito de compensar los mayores costos generados por los kilómetros en vacío, tal como se expondrá en el acápite de las pretensiones.

Según lo explicado, el período de reparación ha de comenzar el 1° de julio de 2017, día siguiente a aquel hasta el cual cubrió el anterior arbitraje los perjuicios debatidos en ese proceso, de manera que lo que en este litigio se persigue es la actualización de la indemnización, ampliándola por un lapso adicional de ejecución contractual.

Ahora bien, el Tribunal puntualiza que en este segundo litigio arbitral Tranzit ha afirmado que, durante el período respecto del cual demanda la actualización de los perjuicios que le fueron irrogados, no le fueron entregados los patios o terminales zonales definitivos, afirmación ésta que comporta una negación indefinida, que no requiere ser probada, según los términos del Art. 167 del CGP, con lo cual, dado que Transmilenio no demostró lo contrario, se ha de tener por acreditada esta premisa de la pretensión resarcitoria en cuestión, con lo cual prospera la Pretensión Cuarta declarativa de la Demanda Reformada. En cuanto a la pretensión de condena correspondiente, el Tribunal se pronunciará en capítulo posterior de este Laudo.

#### E) Pretensiones Relativas a la Asignación de Riesgos

Si bien las consideraciones y análisis precedentes son los requeridos para determinar lo concerniente a la existencia o no de la Cosa Juzgada respecto de las pretensiones formuladas en la Demanda Reformada de este segundo arbitraje, en este punto el Tribunal estima apropiado referirse a los planteamientos y determinaciones que se encuentran en el laudo del primer litigio, en relación con la asignación de riesgos en el Contrato de Concesión, para efectos de resolver ciertas pretensiones contenidas en la Demanda de Reconvención Reformada, cuyo análisis particular se consignará en capítulo posterior de este Laudo.

Las mencionadas pretensiones del primer arbitraje son las enumeradas como Quincuagésima Cuarta; Quincuagésima Quinta; y Quincuagésima Sexta, a través de las cuales se perseguía lo siguiente:

Quincuagésima Cuarta. Que se declare que Tranzit está legalmente obligado a asumir únicamente los riesgos que este en capacidad de administrar, controlar y mitigar y que lo que no corresponda a ello infringe diversas disposiciones que allí se indican.

Quincuagésima Quinta. Que se declare que todos los riesgos asignados a Tranzit, en incumplimiento de las disposiciones citadas, están a cargo de Transmilenio.

Quincuagésima Sexta. Que se declare que los efectos derivados de la ocurrencia de eventos que corresponden a la materialización de riesgos que Tranzit no está en capacidad de administrar, controlar y mitigar, constituyen eventos ajenos y no imputables a Tranzit que generan un desequilibrio económico del Contrato en perjuicio de esta última, a cuyo restablecimiento está obligado Transmilenio.

Por su lado, sobre la materia en cuestión TRANSMILENIO interpuso la excepción denominada “3.24 El Concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que de los mismos se efectuó conforme a lo pactado en el Contrato de Concesión y a los previstos en la matriz de riesgos – Anexo 5”. Según la convocada con esta excepción se trata de desvirtuar “lo que el Concesionario busca con sus reclamos (esto es) provocar una modificación del Contrato, pretendiendo trasladarle a Transmilenio el efecto económico de los riesgos que él asumió lo cual no es de recibo pues tal modificación no se puede lograr por el simple querer unilateral del Concesionario”.

A este respecto, para fundar su decisión sobre el régimen de asignación de riesgos en el contrato de concesión que nos ocupa, el Tribunal arbitral anterior plasmó en el Primer Laudo las puntualizaciones que a continuación se transcriben:

*“... Es claro que se deben identificar, tipificar y asignar de manera lógica y proporcional los riesgos del contrato a las partes...” En este sentido, los riesgos que se asignaron en la matriz de riesgos son válidos, pero están supeditados a los límites impuestos en el numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y a lo dispuesto en la normatividad colombiana en general.*

*“...Si bien los lineamientos de política pública y específicamente los documentos CONPES, indican que la capacidad para administrar, controlar o mitigar un riesgo es uno de los criterios que deben seguirse para elaborar la matriz de riesgos en el contrato estatal, el hecho de que la asignación de riesgos de un determinado contrato no siga de manera exacta este criterio no implica necesariamente la nulidad o la ineficacia de la estipulación contractual.*

*“En este sentido, no es cierto que TRANZIT no esté legalmente obligado a asumir los riesgos que no esté en capacidad de administrar, controlar y mitigar, incluso cuando estos les hayan sido asignados. Por lo tanto, si la estipulación en cuestión es válida, a ella debe atenerse el concesionario y cumplir con lo allí pactado por aplicación del principio pacta sunt servanda.*

*“Ahora bien, no resultaría apropiado afirmar que la parte afectada por un suceso que, además de ocasionar la ruptura del equilibrio económico del contrato, no le fue asignado en la matriz de riesgos, es quien deberá asumirlo.*

*“Este tribunal no puede contravenir la voluntad de las partes frente a la asignación, estimación y tipificación de riesgos que ellos mismos acordaron en el Contrato. Esta asignación de riesgos es válida así se hayan asignado al Contratista riesgos que TRANSMILENIO estaba en mejor posición de controlar y mitigar.*

*“Sin perjuicio de lo anterior, la asignación de riesgos debe versar sobre riesgos previsibles... En este sentido, y respecto de la distribución de riesgos con la figura del equilibrio económico del contrato, es preciso advertir que la fractura de la ecuación financiera puede generarse en el escenario de un contrato con matriz de riesgos cuando la ocurrencia de la causa generadora de la ruptura desborda los límites de asunción de quien lo asumió.*

*“No obstante lo anterior, si los riesgos asignados contractualmente a TRANZIT superan el alea ordinaria del negocio, actividad o servicio objeto del respectivo contrato de concesión..., ello podría dar lugar a un evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato, siempre que se cumplan los requisitos señalados en la ley y en la jurisprudencia para que el mismo pueda ser objeto de reconocimiento. Por tratarse de riesgos extraordinarios cuya ocurrencia puede alterar la ecuación financiera del contrato en forma anormal y grave, de manera que impidan su ejecución o la tornen más onerosa para la parte afectada.”*

De los apartes citados del Laudo Anterior se desprende nítidamente la conclusión, con fuerza de cosa juzgada, que, como regla general, en cuanto se trate de riesgos previsibles y ordinarios, ha de respetarse el acuerdo de las partes, dándole cabal reconocimiento a la autonomía de la voluntad privada, de manera que en observancia del principio *pacta sunt servanda* el concesionario debe asumir los efectos de los riesgos determinados y tipificados que se le hayan adjudicado, incluso si Transmilenio se encontraba en una mejor posición para administrarlos, controlarlos y mitigarlos.

De otra parte, en la hipótesis de que los riesgos atribuidos contractualmente al concesionario desborden la alea ordinaria del negocio o actividad de que se trate, ello

podría generar, de encontrarse acreditados sus elementos configurativos, el rompimiento del equilibrio económico del contrato, con la consiguiente obligación de resarcir al afectado, por tratarse de riesgos extraordinarios con la virtualidad de alterar tal equilibrio en forma anormal y grave.

#### **4. ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO ESTATAL**

Atendiendo la normatividad vigente, Códigos Civil y de Comercio, así como, la Ley 80 de 1993 y concordantes, los contratos estatales se perfeccionan cuando se obtiene acuerdo en el objeto, las contraprestaciones mutuas y, por tener la calidad de solemne, cuando este se eleve a escrito.

Ahora bien, para lograr las condiciones para su debida ejecución, se hace menester contar con la efectividad y la aprobación de las garantías correspondientes, además del certificado de reserva presupuestal que comprende incluso recursos concernientes a vigencias futuras.

Es relevante recordar que el artículo 13 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece que los contratos estatales se “(...) *regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por esta Ley*”. Esta norma es el resultado del nuevo enfoque del Estado a partir de la Constitución de 1991 que avanzó por el sendero de la libre competencia entre los protagonistas del mercado consagrándose como un derecho de todos, según lo establecido por el artículo 333 Superior, erigiéndose en esenciales, dentro del entorno descrito el desarrollo de los Principios de Igualdad, Libre Concurrencia y Planeación, todo con el propósito de obtener un buen desempeño frente sus competidores, en su finalidad de abastecer la prestación de bienes, servicios y obras.

La autonomía de la voluntad y la aplicación directa o remisión a las normas civiles y comerciales son ahora el fundamento que rigen los contratos estatales, junto con los Principios, siendo por ello el acuerdo el motor regulador de las relaciones jurídicas que del negocio se derivan, teniendo como límite las normas obligatorias y excepcionales al derecho ordinario, propias del actuar administrativo, que buscan resguardar el interés colectivo, el orden público y las buenas costumbres, todo ello, dentro de un estricto régimen de responsabilidades correlativas.

Con relación a los elementos de validez del contrato y armonizando los artículos 13 y 40 de la Ley 80/93, es dable concluir la pertinencia de la aplicación directa del artículo 1502 del Código Civil en el que se establece que para que una persona se obligue por un acto o declaratoria de voluntad será necesario: “1º.) *que sea legalmente capaz, 2º.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, 3º.) que recaiga sobre un objeto lícito, y 4º.) que tenga una causa lícita*”.

En este orden de ideas y dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad que rige principalmente los contratos estatales, no es posible olvidar el papel que cumplen los Principios, y en particular los de Igualdad, Economía y Planeación, así como el de Selección Objetiva, dentro de la integración del Derecho y la coherencia normativa y gerencial, convirtiéndose en verdaderas normas positivas que no solamente marcan el camino de la gestión pública contractual, sino, que tienen la virtualidad de limitar el actuar de los operadores y, sin duda, de la Jurisdicción Ordinaria y Arbitral.

La aplicación de los Principios, no solo los consagrados en el artículo 209 constitucional, sino los propios de la contratación son aplicables a todos los tipos o modalidades de selección; no únicamente por el origen de los recursos, sino por el postulado de la redistribución equitativa del ingreso que encarna la contratación y que es pilar fundamental para el logro del cumplimiento de los fines estatales, dentro de un entendido de eficacia y eficiencia en la gestión y en el manejo de la cosa pública.

Valga anotar también, que del tema de los Principios se ocupó recientemente la Directiva Presidencial número 01 del 3 de marzo de 2021, así como de la aplicación de los instrumentos elaborados por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente al indicar que desde la etapa de planeación se requiere el seguimiento de los Principios lo cual *“propiciará una mayor eficiencia y eficacia en el uso de los recursos públicos y una mayor transparencia en la contratación pública...”*

La planeación busca no solo determinar opciones hacia futuro, sino procurar los medios necesarios para alcanzarlas, fijando un camino desde el presente con el fin de lograr o evitar un determinado estado futuro de las cosas dentro de una organización.

Se recalca que la inobservancia del Principio de Planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias bien negativas para la realización efectiva del objeto pactado y de manera especial, de una debida ejecución de los dineros públicos que finalmente están involucrados en todo contrato estatal.

Aunque la Ley 80 de 1993, citada en precedencia, no tipifica el Principio antedicho, éste se deduce directamente de los artículos 339 y 341 de la Constitución, así como de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25 del Estatuto, aunado al numeral 3 del artículo 26 y a los numerales 1 y 2 del artículo 30 de este mismo cuerpo normativo, de conformidad con los cuales en la gestión de los asuntos públicos y el uso eficiente de los recursos debe necesariamente estar presente un estricto orden para la adopción de las decisiones en estas materias públicas y en especial, en la contratación como herramienta que es de ejecución presupuestal y del desarrollo sostenible. No hay que olvidar que la planeación se vincula estrechamente con el Principio de Legalidad, según el cual todo agente público debe obrar de conformidad con una norma superior y anterior, teniendo como efecto la presunción de legalidad.

El desconocimiento de los Principios puede acarrear para el contrato una violación de la normatividad que conduzca inclusive a encajarse en un evento de objeto ilícito cuando se está en presencia de una violación de las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales, no solo deben ser el producto de una estricta planeación, sino de una selección objetiva, médula espinal de los Principios de Igualdad y de Transparencia.

No honrarlos también podría conducir a la nulidad absoluta del contrato cuando se está frente a un vicio imposible de sanear, consecuencia que, sin duda, es una de las más graves a que se pueda ver enfrentado un negocio jurídico estatal, en tanto y en cuanto, hace desaparecer sus efectos al regresar las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad a la firma del acuerdo de voluntades. Las causales de nulidad absoluta en lo que respecta al contrato estatal hace referencia exacta al artículo 44 de la Ley 80/93<sup>80</sup>. Esta disposición está aparejada con las previsiones del artículo 1741 del Código Civil<sup>81</sup>.

Por lo anteriormente expuesto, es de fundamental importancia establecer las consecuencias respecto de la inobservancia de los Principios, especialmente el de Planeación, en la medida en que esto podría conllevar importantes responsabilidades y efectos en la ejecución del contrato para el planeador.

Dicho lo anterior, y en posterior análisis, se identificará por el Panel lo que respecta específicamente a esta controversia, para resolver la prosperidad de varias de las pretensiones puestas a su consideración.

## **5. DE LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

Se entiende que la planeación se constituye en un insumo de vital importancia, no solo para la entidad, al momento de estructurar el proyecto, sino para el oferente a la hora de elaborar su propuesta y, con posterioridad, ejecutar el contrato resultante.

En términos de la Corte Constitucional, al haberse efectuado una correcta planeación o maduración del proyecto, se tendrá delimitadas, de manera precisa condiciones tales como ***“el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio”*** las cuales, a su vez, permitirían contar con un panorama claro para

---

<sup>80</sup>ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. 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.

<sup>81</sup> ARTÍCULO 1741 NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

*“estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos”<sup>82</sup>. (Negrilla y subraya fuera del texto)*

La aplicación del Principio de Planeación lleva de suyo que, desde la estructuración de los proyectos, se identifiquen y asignen los riesgos de acuerdo con quien tenga, frente a cada uno de ellos, la posibilidad de asumirlos y mitigarlos razonadamente por la parte que mejor pueda hacerlo.

No debe olvidarse que riesgo asumido es riesgo cobrado. El riesgo impacta indefectiblemente el precio, en la medida en que, quien se apropia de uno se hace cargo también de su costo.

De ahí que se conciba la importancia de la identificación y diferenciación de los riesgos previsible de los de carácter imprevisible, así como, la asignación racional que sobre los mismos se efectúe entre las partes del contrato estatal de conformidad a las denominadas aleas normales y anormales o extraordinarias.

De acuerdo con lo anterior, las aleas o riesgos a los que se encuentra sujeto el desarrollo contractual pueden ser de dos clases: normales u ordinarios y anormales o extraordinarios. Son normales u ordinarios las eventualidades que pueden ser razonablemente previstas por las partes al momento de contratar, cuya incidencia, dentro del desarrollo contractual, es susceptible de cuantificación anticipada y racional y, por tanto, pueden ser tomadas en cuenta por el contratista para la fijación del precio del contrato.

Por el contrario, los aleas anormales o extraordinarias son aquellas contingencias que escapan a las previsiones justas y lógicas que las partes han podido tener en cuenta al momento de celebrar el contrato, es decir, toda circunstancia cuya ocurrencia o efectos resulten imposibles de prever o de cuantificar de manera fundada y con anterioridad para los contratantes, o que de haberse previsto con antelación, al inicio de la ejecución contractual, sus efectos conllevan a la generación de situaciones irresistibles y sobrevinientes a lo que sí se había previsto, y cuya ocurrencia altera la economía del contrato durante su ejecución en proporción a lo que ha resultado como invencible.

La álea ordinaria, o riesgo propio del negocio está, en principio, a cargo del contratista quien es el que mejor conoce y maneja su oficio y puede con mayores posibilidades mitigarlo. La álea extraordinaria a su turno no puede ser endilgada sin atentar contra el Principio de Igualdad de los asociados frente las cargas públicas.

Así las cosas, el riesgo normal sumado, si fuere el caso, a aquel trasladado adicionalmente en la matriz, que no hace cosa distinta que avizorar lo que pueda presentarse a futuro para evitar un impacto con consecuencias graves para las partes, siendo éste un elemento importante en la estructuración del negocio específico.

---

<sup>82</sup> Corte Constitucional Colombiana, C-300/2012, p. 45.



Cuando se realiza un incompleto o inadecuado análisis y asignación de riesgos se obtendrán resultados críticos para el normal y pacífico desarrollo del contrato, avocándolo muy seguramente a reclamaciones y a tensiones innecesarias, llegando en algunos casos a producir la inviabilidad en la ejecución del acuerdo de voluntades, por onerosidad excesiva y sobreviniente que puede producir, el fracaso del proyecto de que se trate.

El asunto en cuestión se encuentra directa e indefectiblemente ligado al equilibrio económico de contrato y de ahí la importancia capital de que existan claridades sobre quién asume un riesgo y en qué medida, pues ello da certeza al proyecto y evita pugnas innecesarias entre las partes, disminuyendo considerablemente la litigiosidad, lo que no implica en momento alguno, que un contrato con los riesgos adecuadamente tipificados, asignados y valorados pueda, si se dan los elementos para ello, desequilibrarse y requerir un manejo para recuperar su balance, o que frente a un riesgo asumido puedan presentarse consecuencia excesivas como ya se analizará.

De acuerdo con el CONPES 3714<sup>83</sup>, el riesgo previsible hace referencia a aquellas circunstancias que, de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tiene la capacidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, para ello el riesgo debe ser identificado y cuantificado en condiciones normales, como arriba se ha mencionado.

Continúa precisando el CONPES en análisis que: *“El impacto (del riesgo) es la medida de la magnitud de las consecuencias monetarias de un evento generador de riesgo sobre el objeto del contrato (...) **El traslado del riesgo no tiene connotaciones infinitas por lo que se recomienda no incluir en los pliegos de condiciones y en las matrices de riesgos traslados de riesgo o de responsabilidad en abstracto sin tipificación ni estimación o cuantificación.**”* (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, de conformidad con la aclaración de voto del Magistrado Guillermo Sánchez Luque, que es Tribunal comparte plenamente, contenida en la Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 8 de febrero del 2017 y con Radicado 544619, resulta imperante tener en cuenta que *“El traslado del riesgo no comporta la transferencia ilimitada e indiscriminada de las causas de su acaecimiento...”*, por lo cual, en principio, el desplazamiento y asignación de riesgos, busca que uno de los extremos del contrato, asuma cierto nivel mayor de compromiso en razón a su idoneidad y preparación para hacer frente a un hecho, situación o acontecimiento contractual, previsible y determinable<sup>84</sup>, frente

---

<sup>83</sup> CONPES 3714 de 2011 estableció que: *“Los ‘riesgos previsible’ son todas aquellas circunstancias que, de presentarse dentro del desarrollo y ejecución del contrato, tiene la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales.”*

<sup>84</sup> Ley 1150 de 2007, artículo 4: *“De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación.”* (...) *“En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.”*

a lo cual, se parte de la premisa de que con cada riesgo atribuido, se debe tener en cuenta el costo de la eventual ocurrencia de la situación previsible allí tipificada pero que, se insiste, puede llegar o no a ocurrir, sin que dicha asignación conlleve a que frente a un alcance ilimitado del mismo, las partes deban recurrir a una nueva determinación de la capacidad de mitigación y análisis de sus efectos.

Sobre este particular, indica el Consejo de Estado que:

*“La nueva regulación introducida por la Ley 1150 de 2007, en relación con la necesaria distribución de los riesgos contractuales en la contratación pública, obliga entonces tanto a la Administración como a los interesados en contratar con ella a surtir una labor de planeación para **estudiar, identificar y cuantificar los factores o circunstancias de peligro, amenaza o contingencias previsibles**, esto es, que puedan presentarse en la ejecución de la futura relación comercial, y que, por tanto, determinarán e incidirán en la conmutatividad.”<sup>85</sup> (subrayado y negrilla fuera del texto original).*

De conformidad con lo expuesto, este Tribunal de Justicia resolverá las pretensiones puestas a su consideración, teniendo en cuenta las especiales condiciones fácticas y la manera como han sido tipificados, asignados y valorados los riesgos, en el contrato, en la matriz correspondiente y en la ley, teniendo en consideración, de todas formas, que incluso un riesgo asignado puede tener consecuencias o alcances ilimitados que no podrían estar a cargo del contratista.

## **6. EJECUTORIA DE LOS LAUDOS**

Como es conocido por las Partes, los Tribunales de Arbitramento se constituyen en un mecanismo alternativo de solución de conflictos que, derivado del acuerdo de voluntades, atribuye la facultad a un tercero de definir con fuerza vinculante una controversia; esto, a la luz del inciso 4 del artículo 116 de la Constitución<sup>86</sup> y las normas previstas en la Ley 1563 de 2012, que les otorgan a los árbitros la capacidad de administrar transitoriamente justicia, por habilitación de las partes y con ello, adoptar decisiones en derecho o equidad.

En virtud del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, estos fallos, corresponden a sentencias propiamente dichas pues, mediante la expedición del Laudo, se define la controversia que voluntariamente se ha puesto a consideración del Tribunal, por lo que, al ser su naturaleza conclusiva, la decisión adoptada hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. Así

---

<sup>85</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1 de abril de 2009. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 36476.

<sup>86</sup>A cuyo tenor: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

las cosas, por su fin instrumental, el laudo se asimila en todo a una sentencia, y así obliga a las partes.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha aseverado que el laudo arbitral equivale a una providencia judicial, tal como se sostuvo en la sentencia C-242 de 1997:

*“Adicionalmente, la decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional **y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad.** Claro está, que la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción ordinaria permanente”* (Negrillas y subrayas fuera del texto).

En síntesis, el proceso arbitral es verdaderamente jurisdiccional, y el laudo arbitral, es el equivalente a una sentencia judicial en la medida que pone fin al proceso por una autoridad competente y desata o define de manera definitiva la cuestión examinada.

En este punto vale señalar que, al no existir previsión en la Ley 1563 de 2012, respecto del momento en que el laudo arbitral queda ejecutoriado, ha surgido la discusión doctrinal al respecto de determinar sí, en los términos del artículo 40 de la citada Ley, es con la interposición del recurso extraordinario de anulación que se impide la ejecutoria de la providencia, o si la misma se da tras la audiencia de aclaraciones y complementaciones.

La tesis mayoritariamente sostenida en el medio del arbitraje en Colombia, que este Panel comparte en su integridad, es aquella que sustenta que el recurso de anulación obra sobre una providencia que se entiende previamente ejecutoriada, pues al no estar este recurso extraordinario sujeto a las previsiones del artículo 302 del Código General del Proceso, por no estar concebido para ser interpuesto oralmente en la misma audiencia donde se emite la providencia que se impugna, no podría equiparse con el trámite de los recursos ordinarios de reposición y apelación, al no originar una instancia adicional, pues el arbitraje es de única instancia.

Sobre dicho respecto el doctrinante Jorge Hernán Gil Echeverry, en su obra especializada en la materia, señala sobre la ejecutoria del Laudo, lo siguiente:

*“Otro aspecto importante a (sic) tener en cuenta con relación al recurso de anulación corresponde a la ejecutoriedad inmediata del laudo, así esté pendiente la decisión del recurso”. [Más adelante se agrega]: “En relación con la ejecutoria del laudo, habiendo tenido conocimiento de pronunciamientos que considero equivocados, por parte de tribunales superiores y compartidos por algunos doctrinantes, es importante insistir en el asunto anotando, en primer*

*término, **que el proceso arbitral es un juicio de única instancia, por lo cual el recurso de anulación al igual que el de revisión, son extraordinarios y como tales, no inciden en nada en el efecto de cosa juzgada y el mérito ejecutivo del laudo.** Es que, la nulidad, como se sabe, sólo se produce con la sentencia judicial, aunque sus efectos sean retroactivos, criterio aplicable al laudo arbitral. En este sentido, el laudo goza de la misma permeabilidad que la sentencia judicial con efectos de cosa juzgada (...)*<sup>87</sup> (negrilla y subraya fuera del texto)

Así las cosas, al ser el proceso arbitral de única instancia y por ende, al no haberse concebido el recurso de anulación como una oportunidad para recurrir o acceder a una nueva instancia, su ejecutoria habrá de establecerse desde el momento en que, surtida la notificación de la providencia que pone fin al proceso, o agotado el término correspondiente a la audiencia de aclaraciones y complementaciones de la misma, si se hubieren dado, el laudo se encuentra ejecutoriado y en firme.

Sobre este análisis, el Panel Arbitral, hará referencia al momento de pronunciarse sobre la procedencia de las Pretensiones Segunda y Tercera de la Demanda Reformada.

## **7. LIQUIDACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES**

Teniendo en cuenta que parte de las pretensiones de la Demanda de Reconvención plantean la discusión respecto a la inexistencia de salvedades en la liquidación bilateral, Acta de Liquidación Final del 29 de noviembre de 2019 y que las mismas impactan de forma directa lo pretendido por la Convocante, encuentra necesario este Tribunal Arbitral, antes de manifestarse particularmente frente a cada una de las pretensiones y excepciones propuestas, hacer un análisis respecto de la figura de la liquidación de los contratos estatales.

El Consejo de Estado de larga data, en armonía con el ordenamiento jurídico colombiano<sup>88</sup>, se ha referido a esta figura como “(...) *aquella etapa final del negocio jurídico, en la cual las partes se ponen de acuerdo sobre el resultado último de la ejecución de las prestaciones a su cargo y efectúan un corte de cuentas, para establecer, en definitiva, quién debe a quién y cuánto, es decir para determinar el estado económico final del contrato, finiquitando de esa forma la relación negocial*”<sup>89</sup>. Por su parte, la Corte Constitucional, la ha definido como aquel “(...) *acto jurídico a través del cual las partes (administración y contratista) hacen un*

---

<sup>87</sup> Gil Echeverry Jorge Hernán, Régimen Arbitral Colombiano, T.II, Ed. Ibáñez, ed. 2º, Bogotá, pág. 629 a 631

<sup>88</sup> Ley 80 de 1993, artículo 60. Artículo modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012: “Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

*También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.*

*En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. (...)”*

<sup>89</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de febrero de 2021, expediente 49651.

*ajuste de cuentas con ocasión de las obligaciones derivadas del negocio celebrado y de las condiciones de su ejecución y cumplimiento por cada una de ellas*<sup>90</sup>

En efecto, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, ha planteado que la liquidación de los contratos podrá realizarse, ya sea dentro del término fijado por las partes o del previsto por la ley, de mutuo acuerdo o de manera unilateral, como una posibilidad que se da en el evento de no poderse contar con la anuencia del contratista para llegar a un corte definitivo de cuentas, en sede administrativa.

En palabras de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la liquidación bilateral “(...) supone un acuerdo de voluntades, cuya naturaleza contractual es evidente, porque las mismas partes del negocio establecen los términos como finaliza la relación comercial”. Por su parte, la liquidación unilateral “se materializa en un acto administrativo, por ende, como su nombre lo indica, no se trata de un acuerdo sino de una imposición de la voluntad que la administración ejerce sobre el contratista (...)”<sup>91</sup>

De lo hasta acá manifestado y, a manera de conclusión, previo al estudio de la necesidad de inclusión de salvedades en el acta de liquidación, es válido reseñar que ésta se constituye en el balance final del acuerdo, donde las partes establecen quién le debe a quién y cuánto. Siendo necesario, dejar claro que la liquidación no forma parte de la ejecución del contrato.

En lo que respecta a la inclusión de salvedades en el acta de liquidación, como requisito para plantear un debate ante la jurisdicción, se hace necesario acudir, por no encontrarse desarrollado en la Ley <sup>92 y 93</sup>, al análisis que sobre este particular aspecto ha planteado el Consejo de Estado de forma reiterada y que este Tribunal comparte íntegramente:

---

<sup>90</sup>Corte Constitucional, sentencia C-967 de 2012.

<sup>91</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2014, expediente 27777.

<sup>92</sup> Inciso final artículo 11 Ley 1150 de 2007 “Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.”

<sup>93</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2014, expediente 27777:

“(…) En primer lugar, que el inciso final del art. 11 -citado al pie de página-, dispone que la parte que tiene derecho a efectuar salvedades, en el acta de liquidación bilateral, es el contratista, lo cual siendo cierto es insuficiente, pues resulta injustificado entender, a partir de allí –y por exclusión- que el contratante -es decir, el Estado- no tiene el mismo derecho, aduciendo que la norma no le adjudica esa oportunidad. La Sala entiende que se trata de un derecho para ambas partes: de un lado, porque a la luz del art. 13 de la CP. resulta injustificado sostener lo contrario y, de otro lado, porque lógicamente nada se opone a que también el contratante deje observaciones por su inconformidad con el resultado del contrato.

En segundo lugar, la nueva norma citada no dispone que la ausencia de salvedades en el acta impida a las partes se posteriormente, de allí que este aspecto o consecuencia del tema sigue teniendo como fundamento la jurisprudencia de esta Sección, que no admite que las partes se declaren a paz y salvo o que guarden silencio frente a las reclamaciones que deben o debieron tener para el momento de la suscripción del acta de liquidación bilateral, y no obstante eso luego acudan a la jurisdicción, a solicitar una indemnización por los daños que sostienen haber padecido” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

*“Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala que cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tengan cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de las prestaciones surgidas del contrato...” (...)*

*“Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad.*

*“El acta que se suscribe, sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él (...)”<sup>94</sup>*

En efecto, debido a la falta de precisión por parte de la Ley, el Consejo de Estado ha sido claro en establecer que, tanto el contratista como la administración deberán, en el evento de pretender acudir ante la jurisdicción, incorporar en el acta de liquidación bilateral, las salvedades a que haya lugar, pues, *“si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato”*.<sup>95</sup> Esta exigencia se hace, sin lugar a equívocos, con el propósito fundamental de evitar sorprender a la otra parte con cuestiones que no han sido ni planteadas, ni conocidas, ni debatidas.

En línea con lo manifestado, esa misma Corporación se ha pronunciado frente a la especificidad de la salvedad introducida por cualquiera de las partes en el acta de liquidación así:

**“Las salvedades del acta de liquidación deben ser concretas, determinadas o determinables** – la referencia a oficios o comunicaciones en las salvedades del acta de liquidación bilateral debe aceptarse como pertinente para cumplir con el requisito de la especificidad, en caso de que con fundamento en el

---

<sup>94</sup>Sentencia de mayo 17 de 1984, expediente. 2796, reiterada en la sentencia de 9 de marzo de 2000 expediente. 10778 y 20 de octubre de 2014, expediente. 27777

<sup>95</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10.608.

*contenido de los citados documentos sea posible identificar los ítems materia de la salvedad, el motivo o fundamento de la glosa y el valor objeto de la reserva a la reclamación judicial, en forma determinada o determinable*

(...)

*“Para soportar su consideración, el Tribunal a quo reiteró la jurisprudencia sobre los requisitos de las salvedades, siendo ellos: **i) la descripción de los motivos de las glosas; ii) la indicación de la inconformidad señalada de manera expresa, clara, concreta y específica y iii) al menos una breve consideración de los argumentos de índole técnica y jurídica que soporten la salvedad.**”<sup>96</sup> (Negrilla y subraya fuera del texto)*

Como consecuencia de todo lo dicho, para este Tribunal es clara la necesidad de analizar lo jurisprudencial propuesto, es clara la exigencia para cualquiera de las partes del contrato, que considere pertinente concurrir ante la jurisdicción, la inclusión de salvedades en el acta de liquidación bilateral, frente a un desacuerdo con su contenido, pues si ello no fuese así, se estaría en desconocimiento de principios rectores del derecho como es, entre otros, el de la Buena Fe y el relativo a la denominada teoría de los actos propios “*venire contra factum proprium non valet*”. Todo esto tiene como soporte, como se indicó en precedencia que la otra parte no sea sorprendida con argumentos o peticiones que no hayan sido conocidos en el debate, dándose como fundamental la aplicación del Principio de Lealtad entre los contratantes.

Ahora bien, como se verá en el análisis posterior, que para cada una de las pretensiones haga este Panel Arbitral, serán de importancia no solo el Principio de la Buena Fe, sino el desarrollo de la Teoría de los Actos Propios y la figura del pleito pendiente.

## **8. BUENA FE Y TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS**

Como desarrollo lógico del acápite que precede, encuentra necesario este Tribunal de Justicia abordar lo atinente al Principio de la Buena Fe y a la Teoría del Acto Propio pues dichas figuras aparecen como temas comunes y transversales a varias pretensiones y excepciones propuestas en el presente trámite.

El Principio de la Buena Fe es de raigambre constitucional<sup>97</sup>, predicable y aplicable tanto a las relaciones y actuaciones surtidas en el marco del derecho privado, como del público. Ha sido entendido por múltiples tratadistas<sup>98</sup> como “*aquella conducta que revela la posición*

---

<sup>96</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 2019, expediente 57385.

<sup>97</sup> Corte Constitucional, sentencia T 445 de 2012: “*El principio de buena fe se desprende, específicamente, del artículo 83 de la Constitución, al establecer que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.*

<sup>98</sup>GONZALEZ PEREZ, Jesús. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Editorial Civitas, Madrid. 1999. Págs. 71 y ss “*La buena fe, a cuyas exigencias han de ajustar su actuación todos los miembros de la comunidad, sólo puede predicarse en sus recíprocas relaciones, de la actitud de uno en relación con otro. Significa –dice LACRUZ-*

*moral de una persona respecto de una situación jurídica, **que impone la obligación de guardar fidelidad a la palabra dada, no defraudar la confianza de los demás, no abusar de la confianza de otro***<sup>99</sup> (subraya y negrilla fuera del texto)

Así mismo, la Corte Constitucional se ha referido a este principio general del derecho, en los siguientes términos:

*“En este orden de ideas la jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”<sup>100</sup>. En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada.”<sup>101</sup>*

Es claro a partir de lo manifestado, que la Buena Fe se constituye como un principio general del derecho el cual, habiéndose consagrado en el texto constitucional, así como en varias disposiciones legales<sup>102 y 103</sup>, impone para las partes de la relación contractual su obligatoria observancia y exigibilidad en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de las obligaciones mutuas contraídas.

Como se ha indicado, no es poca la regulación que el derecho colombiano y la jurisprudencia ha dado a esta figura. La positivización del Principio de la Buena Fe no ha escapado a la órbita de la contratación estatal, pues son amplios los cánones que impone, tanto a la Administración, como a sus contratistas, la aplicación de la “*bona fide*” en las etapas de formación, ejecución y liquidación del contrato estatal. En ese sentido, el numeral 2 del artículo 5, así como, los artículos 23 y 28 de la Ley 80 de 1993, en su orden disponen:

**“ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS.**  
*Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:*

---

*que este otro, según la estimación habitual de la gente, puede esperar determinada conducta del uno, o determinadas consecuencias de su conducta, o que no ha de tener otras distintas o perjudiciales (...).”*

<sup>99</sup> DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho patrimonial civil, t. 1. Madrid: Editorial Civitas, 1978. En: VIANA CLEVES, María José. El principio de la confianza legítima en el derecho administrativo colombiano. En: El principio de la confianza legítima en el derecho administrativo colombiano. 1 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 39

<sup>100</sup> Ver Sentencia T-475 de 1992.

<sup>101</sup> Ibidem

<sup>102</sup> Código Civil colombiano artículos 769 y 1603: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse.”; “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

<sup>103</sup> Código de Comercio, artículos 863 y 871: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.”; “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 los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”



(...)

*2º. 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 entramientos que pudieran presentarse.”*

*“ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”*

*“ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”*

Como se aprecia, en contratación pública existen precisas normas que consagran los mandatos de la Buena Fe, no solo en las etapas de formación, ejecución y liquidación del contrato, sino durante el desarrollo de este y por lógica, durante su liquidación y estructuración de cuentas finales. Obrar de Buena Fe evita dilaciones y en trabamientos y, sin lugar a equívocos, futuras litigiosidades, al dar claridad al desarrollo y sendero contractual.

El citado principio tiene especial relevancia en la etapa de formación del contrato, de acuerdo con las consideraciones legales ya señaladas y con el tratamiento jurisprudencial de la materia, acertado para este Panel, expresado por el Consejo de Estado:

*“En la etapa de formación del contrato, el principio general de la buena fe necesariamente está llamado a orientar el procedimiento de selección del contratista, cuestión que ha de materializarse desde la elaboración del pliego de condiciones, documento que debe reflejar la realidad técnica y financiera del proyecto a contratar, previa elaboración de estudios juiciosos y completos, la*

*Administración no puede improvisar en sus pliegos el alcance, costo y tiempo de ejecución del proyecto, partiendo de supuestos que no han sido analizados y comprobados, puesto que una conducta tal, atentaría contra el principio de la buena fe contractual (...).”<sup>104</sup>*

La aplicación del principio que se analiza, como regulador del comportamiento contractual, tanto de la Administración como de su colaborador implica, su valoración en la etapa de liquidación del contrato estatal, pues como se manifestó en el acápite precedente, la no incorporación de salvedades en el acta de liquidación bilateral se constituye como óbice para acudir ante la jurisdicción ya que, de permitirse tal actuación, y como se podrá apreciar a continuación, se pasaría por alto la Buena Fe, inmersa en la teoría de los actos propios, “*venire contra proprium factum non valet*”.

Lo anterior siempre y cuando pueda concluirse, del estudio armónico del acervo probatorio, que se está en presencia de un hecho extraño y no conocido por el contratante, que lo toma desprevenido y sin ningún conocimiento previo de la circunstancia que se alega en la liquidación.

Al respecto señala DIEZ PICASO:

*“La doctrina moderna, sobre todo la doctrina alemana, ha elaborado, con base en la jurisprudencia de los tribunales, una serie de supuestos típicos a los cuales parece aplicable la idea de que la buena fe opera como un límite del ejercicio de los derechos subjetivos. Estos casos pueden enumerarse del siguiente modo.*

*1. Venire contra factum proprium. Con base en algunos textos romanos y en la elaboración llevada a cabo sobre ellos por la doctrina posterior se viene repitiendo que nadie puede venir contra sus propios actos. Con ello se quiere decir que el acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad es inadmisibles cuando con él la persona se pone en contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe había que dar a su conducta anterior. La regla veda una pretensión incompatible o contradictoria con la conducta anterior.”<sup>105</sup>*

En igual sentir, la Corte Constitucional, en sentencia T- 295 de 1999, se refirió a esta figura, así:

*“Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda*

---

<sup>104</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007.

<sup>105</sup> DIEZ-PICASO, Luis. Prólogo del libro El principio general de la Buena fe. WIEACKER, Franz. Op cit. Páginas 21 y 22.

*pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.*

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

Para la aplicación de esta teoría, la doctrina<sup>106</sup> y la jurisprudencia, reconocen y exigen tres condiciones o requisitos, estos son: i) una conducta jurídicamente anterior, eficaz y relevante; ii) el ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa, contradictoria de la conducta anterior; y iii) la identidad del sujeto que se vinculan en ambas conductas. Frente a estos requisitos o condiciones, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

*“a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz*

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

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

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

*“La expresión pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro lado, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibles por ser contradictoria con la primera. Pretensión, que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que está dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de la*

---

<sup>106</sup> BORDA, Alejandro. La Teoría de los actos propios. Un análisis desde la Doctrina Argentina. Op. Cit. Pág. 43.

*primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria, es el objeto perseguido.*

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

*“Es necesario entonces que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas -como emisor o como receptor- sean los mismos. Esto es que tratándose de sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior.”<sup>107</sup>*

En la etapa contractual, el postulado de la Buena Fe ha tenido desarrollo en el principio de Confianza Legítima, con el cual guarda estrecha relación. Bien ilustrativa a este respecto, es la sentencia del Consejo de Estado que a continuación se transcribe en la parte pertinente:

*“(…) Los principios de confianza legítima del particular en las actuaciones del Estado o de la buena fe en las actuaciones de los administrados, derivadas de los principios de legalidad, igualdad y seguridad jurídica propios del Estado Social de Derecho, limitan las decisiones discrecionales de la administración cuando se dirigen a modificar de manera abrupta, aunque válida y legítima, derechos de particulares. De este modo, resulta evidente que la aplicación de la buena fe en las actuaciones de los particulares y del Estado no sólo es un principio general del derecho y de ética de comportamiento, sino que es un precepto de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, la constitucionalización de este principio en el artículo 83 de la Carta evidencia su carácter correlativo o recíproco, pues supone, de un lado, la garantía para el administrado de que el Estado presuma que así actúa frente a él y a los demás particulares y, de otro, el deber de comportarse de buena fe en todas las relaciones, de tal forma que tanto la administración como el administrado deben adoptar comportamientos leales en el desenvolvimiento de sus relaciones. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han concluido que, para que la confianza del particular sea digna de protección jurídica, es necesario que reúna las siguientes condiciones principales: i) La estabilidad que modifican los poderes públicos debió generar una expectativa razonable y cierta, pues debió apoyarse en signos externos y concluyentes de que la actuación era válida ii) el conflicto entre la necesidad de preservar el interés público y el interés privado de quien se encuentra amparado por los principios de seguridad jurídica y legalidad, debe resolverse a favor del primero, iii) “se exige una antijuridicidad, no tanto como conducta ilegal, sino en el sentido de que el sujeto que sufre los daños y perjuicios por la actuación administrativa no tiene el deber de soportar los mismos y, a este respecto, la jurisprudencia ha admitido la quiebra de la confianza en las expectativas*

---

<sup>107</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-122 de 2015.

*legítimas como una causa adecuada e idónea para el resarcimiento de daños y perjuicios, pero rechaza con idéntica fuerza aquellos supuestos en que la confianza del ciudadano obedece a un puro subjetivismo”, iv) el comportamiento previo a la constitución de las relaciones debe ser claro, inequívoco y veraz (...).”*

108

En este orden de ideas, al ser la figura “*venire contra proprium factum non valet*”, una expresión del Principio de la Buena Fe, también deberá observarse para todas y cada una de las etapas de la relación contractual, etapas en las que se incluye la de liquidación, pues si ello no fuere así, y se permitiera a cualquiera de las partes desconocer sus propios actos, no se requeriría la consagración de las salvedades necesarias para acudir ante la jurisdicción, hecho que iría en contravía del Principio de la Buena Fe, a partir del desconocimiento de los actos propios. Sobre este punto, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

*“(...) resulta claro precisar que la acción contractual sólo puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, porque sobre aquellas otras materias respecto de las cuales no hubiere realizado observación alguna, por encontrarse de acuerdo con su liquidación y así formalizarlo con su firma, no cabe reclamación en sede judicial. **Admitirlo sería ir en contra de la doctrina de los actos propios, de conformidad con la cual “a nadie le es lícito venir contra sus propios actos”, la cual encuentra sólido sustento en el principio de la buena fe o “bona fides” que debe imperar en las relaciones jurídicas.**”<sup>109</sup> (Negrilla y subraya fuera del texto)*

Así las cosas, en el caso puesto en conocimiento de este Tribunal, no se encuentra por parte de la hoy Convocante, conducta que desconozca o contravenga sus actos propios, en tanto y en cuanto, TRANZIT fue clara al dejar constancia en el numeral 7.4 del Acta de Liquidación Final, correspondiente a “*procesos arbitrales*” y suscrita con la anuencia de Transmilenio, la existencia de varios “pleitos pendientes” entre los cuales está consagrado precisamente el que mediante este Laudo se resuelve.

Este hecho implica y da cuenta de la realidad incontrovertible de que la Convocante no estaba conforme y tenía reclamaciones muy concretas sobre la ejecución del contrato en análisis, discrepancias que se están definiendo en este proceso arbitral. Esta circunstancia no es de poca monta y permite concluir que no se está sorprendiendo a Transmilenio S.A. con reclamaciones no conocidas. Muy por el contrario, la consagración de “PLEITO

---

<sup>108</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de diciembre de 2005. Magistrado Ponente Alíer Eduardo Hernández.

<sup>109</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de noviembre de 2013, expediente 21865

PENDIENTE” en el Acta Bilateral de Liquidación es incluso más contundente que una salvedad y así será tratada por este Tribunal de Justicia.

## **8. PLEITO PENDIENTE**

La institución jurídica del pleito pendiente, como su nombre indica, implica la concomitancia de litigios, respecto de los cuales uno de ellos ya está en conocimiento de un operador jurídico y entre ellos se presentan las siguientes características: (i) las pretensiones persiguen el mismo efecto jurídico, (ii) se fundamentan en la misma causa y (iii) las partes, en uno y otro, tienen identidad jurídica. Vale además señalar que, respecto de dicho primer proceso, no debe haberse producido decisión final que haya hecho tránsito a cosa juzgada.

La existencia o no de la *litis pendencia*, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, específicamente a la luz del Código General del Proceso, ha sido debatida a través de la alegación de esta como una excepción previa. Lo anterior por cuanto, el pleito pendiente no pretende atacar el derecho perseguido, sino la posibilidad de adelantar dos juicios simultáneos por una misma causa y con el mismo objeto, total o parcialmente. Esto quiere decir que, en los términos del numeral 2º del art. 101 del C.G.P, esta institución tendría la finalidad de impedir que el juez pueda conocer de un proceso que ya está siendo atendido con antelación, por otro operador jurídico.

En este punto vale la pena indicar que en la justicia arbitral la aplicación de esta institución no es la excepción. No pueden coexistir dos jueces que tengan competencia para conocer simultáneamente del mismo asunto, por lo cual, si existiese un pleito en curso entre las mismas partes, con idéntico objeto e igual causa, el árbitro carecería de competencia, entendida como la facultad que tiene para administrar justicia dentro de un preciso asunto, puesto a su consideración siendo esta circunstancia susceptible de configurar la segunda causal de anulación del laudo, de insistirse en el adelantamiento del proceso en dichas condiciones.

Ahora bien, en el caso sub exánime, si bien no puede hablarse específicamente de la existencia de la excepción previa del “pleito pendiente”, dado que las circunstancias son posteriores al inicio del presente trámite, si se configuran los elementos esenciales propios de esta institución que sirven de base para sostener que, habiéndose interpuesto la Demanda Arbitral y surtida su admisión, son los árbitros quienes quedaron investidos de la competencia para resolver las controversias que se le han planteado para su resolución, no pudiendo perder de vista que en el Acta de Liquidación Final del Contrato No. 011 de 2010 las Partes reconocieron la existencia de un “pleito pendiente” dejándolo consignándolo en el texto mismo de la referida acta.

Así las cosas, al incluirse dentro de la propia Acta de Liquidación Final un capítulo que da cuenta del tantas veces citado “pleito pendiente”; entiende el Tribunal que más que una mera salvedad, esta anotación es una manifestación expresa de que al momento de la

Liquidación, quedaron asuntos específicos sin definir sobre los cuales, al no haber consenso, sino precisamente conflicto, no puede concluirse que el Acta sirva de testigo conciliatorio de todas las diferencias. Da cuenta, por el contrario, de la voluntad de someter dichas controversias a una decisión arbitral.

En otras palabras, el haber dejado expresamente establecido un “pleito pendiente” entre las partes que suscribieron el Acta de Liquidación de mutuo acuerdo, lleva a concluir al Panel Arbitral que, son estos aspectos, los que precisamente constituyen el objeto de este trámite.

Por lo anteriormente expuesto, este Tribunal del Justicia considera que los conflictos puestos a su consideración en esta convocatoria no están conciliados y se tiene la plena competencia para desatarlos, lo que se consignará en la parte resolutive de este proveído.

## **9. OTROS ASPECTOS FORMULADOS POR LAS PARTES Y QUE DEBEN SER RESUELTOS POR EL TRIBUNAL**

### **9.1 RESPECTO A LAS TACHAS POR SOSPECHA FORMULADAS POR LA CONVOCADA**

En cumplimiento del deber legal impuesto por el artículo 211 del Código General del Proceso, el cual asigna al Panel la obligación de analizar de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, los testimonios que hayan sido tachados por sospecha, se procede a solventar las tachas propuestas en su oportunidad por la Convocante en relación con las testigos Sugely Andrea Rodríguez Bernal y María Isabel Patiño, efectuándose un recuento de las consideraciones expuestas por las testigos, así como, por el apoderado de la Convocada, para luego abordar la decisión de este Tribunal. Lo anterior en los siguientes términos.

### **9.2 SOBRE LA TACHA DE LA TESTIGO SUGELY ANDREA RODRÍGUEZ BERNAL**

Es de señalar que para el día en que la señora Rodríguez Bernal fue invitada a rendir testimonio bajo la gravedad de juramento ante este Tribunal de Justicia, indicó respecto a su relación laboral con la Convocante lo siguiente:

*“DRA. PALACIO: Queremos que nos haga un relato lo más tranquilo, lo más espontáneo posible de cuál ha sido su relación durante la ejecución del contrato de concesión 011, en qué participó, cuál fue su conocimiento sobre la ejecución del mismo, sobre la liquidación e igualmente como le decía con anterioridad al desarrollo del proceso de reorganización y liquidación de Tranzit.*

*SRA. RODRÍGUEZ: Yo ingresé a laborar con Tranzit en octubre/14, el primer cargo que ocupé fue gerente financiera de la compañía, ejercí como gerente financiera hasta marzo/18 y a partir de abril de ese mismo año fui nombrada representante legal, gerente general de la compañía, esto hasta el 29 de junio/19 que fue el momento en el cual la Superintendencia decretó la liquidación de la empresa como tal y ahí sucedió ya en calidad de liquidador el doctor Alejandro Rebollo, digamos en temas de cargos ese fue mi recorrido en la empresa.*

*Ya digamos entrando un poco más en materia desde el momento en que fui nombrada como gerente financiera, esto es octubre/14 tenía de primera mano información relacionada con todo el tema de costos, ingresos, modelo financiero, ejecución plena del contrato de concesión, participé también en el anterior Tribunal de Arbitramento en calidad de gerente financiera, fui quien proporcioné todos los insumos a las partes en este caso al perito financiero, peritaje técnico y jurídico de lo que se requería para el anterior Tribunal de Arbitramento.”<sup>110</sup>*

Por su parte el apoderado de la Convocada una vez otorgada la palabra, formuló tacha de testigo sospecho en los siguientes términos:

*“DR. BENAVIDES: Lo primero es que yo quiero tachar a la testigo de sospechosa en los términos del Artículo 211 del CGP, porque su vinculación con el demandante Transmilenio hoy en día esta relación de ella con Tranzit viene de hace más de 8 años, la doctora Sugey Rodríguez declaró en el anterior Tribunal de Arbitramento sobre los mismos hechos y esa situación que hoy veo más reflejada del sentimiento en contra de Transmilenio por las frases que ustedes aquí ustedes han podido observar, ella ha expresado, pues hacen que la testigo tenga un sesgo frente a las declaraciones que aquí ha hecho, entonces en virtud de ese Artículo 211 dejo mi constancia sobre la tacha de la testigo.”<sup>111</sup>*

### **9.3 SOBRE LA TACHA DE LA TESTIGO MARÍA ISABEL PATIÑO**

Esta testigo, quien depuso ante el Tribunal el 10 de diciembre de 2020, en relación con el nexa que haya tenido con cualquiera de las Partes indicó:

*“SRA. PATIÑO: (...) soy abogada graduada la Universidad de los Andes, y participé en este proceso porque trabajo con el Fondo Nexus, es un fondo de capital privado accionista de Tranzit en un porcentaje del 20% y fui designada miembro de la junta directiva de Tranzit en dos periodos.*

---

<sup>110</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, Transcripción de la audiencia de testimonio del 9 de diciembre de 2020. Pág. 2

<sup>111</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, Transcripción de la audiencia de testimonio del 9 de diciembre de 2020. Pág 24



*Un primer periodo entre el 2013 y el 2016, y un segundo periodo entre el 2018 y el 2019, durante el periodo que no fui miembro de la junta directiva yo hago parte del Comité de inversiones del Fondo de Capital privado Nexus y en esa medida como miembro del Comité de inversiones pues también estuve muy cerca el proceso, toda vez que este Comité debe hacer seguimiento a las inversiones las cuales el Fondo tienen participación.”<sup>112</sup>*

Frente a la tacha de sospecha los apoderados de las Partes y el Panel manifestaron lo siguiente:

*“DR. BENAVIDES: Gracias presidente, buenos días un saludo a la doctora María Isabel Patiño, presidenta, yo quiero hacer preguntas puntuales a la doctora Patiño, no sin antes tachar este testigo también por la falta de imparcialidad, la doctora Patiño tiene una vinculación de años atrás con el que fue concesionario Tranzit y eso la lleva a tener unas apreciaciones distintas a las que están en el contrato, entonces pues respetuosamente en virtud del artículo 211 del Código General del Proceso hago la tacha de la testigo, Presidente.*

*DRA. PALACIO: Sobre ese punto en específico, obviamente el Tribunal se pronunciará en el momento adecuado. Continúe doctor.*

*DR.GUTIÉRREZ: Doctora que pena, simplemente una apreciación, si me permite doctora, quisiera informar al Tribunal dos cosas, primero, que realmente hicimos un esfuerzo para encontrar testigos que no hubieran tenido relación con Tranzit y ni relación con Transmilenio, y era imposible, no, simplemente.*

*Y el segundo punto, es que dentro de la tacha quiero resaltar al Tribunal para que lo tenga cuenta en el laudo pues se le permite y eso también le corresponde a la tacha que hizo ayer el doctor Benavides se le permite a quien efectuó una tacha presentar alguna prueba sobre la tacha y en ambos casos no se ha presentado ninguna. Muchas gracias.*

*DRA. PALACIO: Todas estas estas consideraciones las tendrá obviamente el Tribunal en el momento del laudo, adelante doctor Daniel.”<sup>113</sup>*

#### **9.4 DECISIÓN DEL TRIBUNAL FRENTE A LAS TACHAS SEÑALADAS**

---

<sup>112</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, Transcripción de la audiencia de testimonio del 10 de diciembre de 2020. Pag 4.

<sup>113</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, Transcripción de la audiencia de testimonio del 10 de diciembre de 2020. Pag 39.

Debe iniciarse señalando que el testimonio, como prueba legal sobre la cual recae la tacha, ha sido entendido de larga data como aquella declaración ejecutada por un tercero ajeno a las partes, respecto a los hechos que le constan y que claramente implican a la litis que se pretende resolver.

Frente a este medio probatorio, como ha sido manifestado por las altas cortes, en un claro y adecuado entendimiento de la ley, artículo 211 del Código General del Proceso, le asiste a las partes tanto activa como pasiva del pleito, la posibilidad de cuestionar al testigo presentado por su contraparte por circunstancias que *“afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales y otras causas”*<sup>114</sup>.

Es evidente, y así lo ha entendido el Consejo de Estado, que la tacha de testigo sospechoso impone a quien funge como administrador de justicia, el deber de efectuar un análisis riguroso y por demás severo, que permita fijar su credibilidad. Al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“Vale decir que la tacha de los testigos no hace improcedente la recepción de sus testimonios ni la valoración de los mismos, sino que exige del juez un análisis más severo con respecto a cada uno de ellos para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria (...)”*<sup>115</sup>

Para el caso en concreto la tacha de testigos sospechosos formulada por Transmilenio, encuentra como factor común, de acuerdo con las manifestaciones antes transcritas, la existencia de vínculo laboral de las señoras Sugey Andrea Rodríguez Bernal y María Isabel Patiño, con la Convocante.

En efecto, es claro que las testigos hoy tachadas, tienen o tuvieron una relación de índole laboral con Tranzit, pero también lo es que, dada la especialidad y complejidad de los problemas jurídicos que en este Laudo se resuelven, imponen necesariamente acudir a quienes de primera mano conocieron de ellos, pasando a un segundo plano la relación o vínculo laboral que entre ellos pudiere presentarse.

En dicho sentido, analizadas con un especial rigor las declaraciones hechas por las testigos, así como, por los apoderados de las Partes, el Panel concluye que las confesas relaciones laborales no imponen la existencia de “sesgo” y/o “sentimiento” en contra de Transmilenio, ni vician el medio probatorio, brindando total credibilidad a este Tribunal de Justicia. La vinculación de estas deponentes con la sociedad convocante no genera

---

<sup>114</sup> Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, Auto del 6 de agosto de 2014.

<sup>115</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de enero 17 de 2012, M. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Rad. 11001-03-15-000-2011-00615-00.

sospecha, y por el contrario las convierte en testigos valioso por su especial conocimiento de las circunstancias en que se desarrolló el contrato.

De otra parte, la circunstancia de haber declarado en el anterior proceso no genera elementos que permitan al Tribunal considerar que su dicho es sospechoso, y en todo caso, esta prueba ha sido analizada por el Tribunal junto con las demás pruebas allegadas al proceso.

Por las anteriores razones, encuentra el Panel la suficiencia para declarar imprósperas las tachas en contra de las señoras Sugely Andrea Rodríguez Bernal y María Isabel Patiño, formuladas por el apoderado de la Convocada.

## **10. EL ESTUDIO Y DECISIÓN DE LAS PRETENSIONES**

Como ya se ha señalado en precedencia las controversias sometidas al juzgamiento del Tribunal derivan del Contrato de Concesión No. 011 de 2010 (el “Contrato”) suscrito entre TRANSPORTE INTEGRADO S.A.S en REORGANIZACIÓN – TRANZIT S.A.S y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO- TRANSMILENIO S.A, y respecto del cual, se formularon tanto en la Demanda Reformada, y en la Demanda de Reconvención Reformada, las pretensiones y excepciones, a cuyo análisis y decisión se procede en el presente acápite:

### **10.1 PRETENSIONES PRIMERA DE LA DEMANDA REFORMADA, Y PRETENSIONES PRIMERA, OCTAVA Y NOVENA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA**

Al respecto de la existencia y liquidación del Contrato, la Convocante solicita declarar en su primera pretensión:

*“Que se declare que el Contrato. de Concesión No. 011 de 2010 "PARA LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP PARA LA ZONA 13) USME SIN OPERACIÓN TRONCAL SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. -TRANSMILENIO S.A. Y LA SOCIEDAD TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN" suscrito el, 17 de noviembre de 2010 (en-adelante "el Contrato") o en la oportunidad que el Tribunal lo determine, existe y se encuentra, actualmente, liquidado.”*

Por su parte, la Convocada, demandante en reconvención, solicita sobre estos mismos temas se tengan como procedentes las siguientes pretensiones:

*“PRIMERA. Que se declare que el 17 de noviembre de 2010, la empresa TRANSMILENIO S.A. y la sociedad TRANZIT S.A.S. celebraron el Contrato de Concesión No° 011 de 2010, con el objeto de: “Otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP, al CONCESIONARIO, en la Zona 13) USME bajo los términos, condiciones y con las limitaciones previstas en el presente Contrato y en el pliego de condiciones de la licitación.*

*“Dicha concesión otorgará el derecho a operar de forma preferencial y no exclusiva al CONCESIONARIO las siguientes Zonas en que se ha dividido la ciudad, para la presentación de Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros bajo el esquema SITP: 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL- ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLIVAR Y 13) USME, que hacen parte de las trece (13) zonas en las que se ha dividido la ciudad de Bogotá.*

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

*“OCTAVA. Que se declare que el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, se terminó unilateralmente de conformidad con lo señalado en la Resolución N°657 del 15 de julio de 2019, “por medio de la cual se declara la terminación unilateral del Contrato de Concesión 011 del 16 de noviembre de 2010 celebrado con la Sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación –”, la cual se encuentra en firme, ejecutoriada y revestida de presunción de legalidad.”*

*“NOVENA. Que se declare que el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, se encuentra terminado y definitivamente liquidado conforme al “Acta de Liquidación Final del Contrato de Concesión 011 del 17 de noviembre de 2010 suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A. y la sociedad Transporte Zonal Integrado S.A.S – TRANZIT S.A.S – en liquidación por adjudicación”, suscrita el 29 de noviembre de 2019.”*

En lo que respecta a la Pretensión Primera de la Demanda Reformada, el Tribunal observa que, de conformidad con lo resuelto en el Laudo de 2018, la existencia de la relación contractual no fue cuestionada por la parte Convocada y, por el contrario, esta aceptó los hechos relativos a la fecha de suscripción y duración del acuerdo de voluntades. En consecuencia, no resulta pertinente, para este Panel Arbitral poner en tela de juicio, la

existencia del Contrato<sup>116</sup> N° 011 de 2010. Sin embargo, el Tribunal precisa que a la fecha el contrato no existe, puesto que fue terminado y liquidado, de manera tal que la pretensión se acogerá parcialmente solo en lo referente a la fecha de suscripción del contrato y la circunstancia de que se encuentra liquidado.

En lo atinente a lo pretendido por la Convocada en su Demanda de Reconvención Reformada, frente a la declaración de que el Contrato de Concesión fue suscrito con un objeto en particular, encuentra suficiente este Tribunal referirse a lo plasmado en la cláusula primera del mismo, que a la letra indica:

**“CLÁUSULA 1. OBJETO DEL CONTRATO**

*“Otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP, al CONCESIONARIO, en la Zona, 13) USME bajo los términos, condiciones y con las limitaciones previstas en el presente Contrato y en el pliego de condiciones de la licitación.*

*“Dicha concesión otorgará el derecho a operar de forma preferencial y no exclusiva al CONCESIONARIO las siguientes Zonas en que se ha dividido la ciudad, para la prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros bajo el esquema SITP: 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLÍVAR Y 13) USME, que hacen parte de las trece (13) zonas en las que se ha dividido la ciudad de Bogotá.*

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

En este punto del análisis, estima el Tribunal importante referirse a las Pretensiones Octava y Novena de la Demanda de Reconvención Reformada, por versar éstas sobre la misma temática. A este respecto se indica que, a la fecha, el contrato se encuentra unilateralmente terminado mediante Resolución ejecutoriada y liquidado de mutuo acuerdo, con la expresa consagración de la existencia de un “pleito pendiente” deferido a la decisión de este Panel Arbitral.

En efecto, frente a la declaración que se pretende relativa a que el Contrato está terminado y liquidado, este Tribunal manifiesta que la controversia versa sobre la existencia,

---

<sup>116</sup> 1) Constar por escrito; 2) identificar el objeto del contrato; e 3) incluir una contraprestación

ejecutoriedad y presunción de legalidad de los actos jurídicos<sup>117</sup> y <sup>118</sup> con los que se materializaron dichas actuaciones. Así las cosas, no encontrándose obrante en el expediente prueba alguna que permita determinar la existencia de cuestionamientos sobre la legalidad de éstos, ni que sobre los mismos se hubiesen formulado reparo por las partes, nos limitaremos a señalar que la Resolución 657 de 2019 y Acta de Liquidación Final del 29 de noviembre de 2019, existen y generan efectos jurídicos en el tiempo desde el momento de su expedición y no han sido demandadas en cuanto hace a su validez.

Se evidencian en el expediente documentos que permiten determinar que el Contrato de Concesión N° 011 de 2010 fue terminado unilateralmente mediante la Resolución 657 del 15 de julio de 2019 por TRANSMILENO S.A. y que, en cumplimiento de lo ordenado en el citado Acto Administrativo, las partes procedieron de mutuo acuerdo a la suscripción del Acta de Liquidación Final, el 29 de noviembre de 2019. Por tales motivos, la pretensión primera de la Demanda Reformada está llamada a prosperar parcialmente, en tanto y en cuanto, el Contrato de Concesión se celebró, estuvo vigente y se desarrolló, pero a la fecha se encuentra terminado unilateralmente y liquidado de mutuo acuerdo.

Por su parte, la Pretensión Primera de la Demanda de Reconvención Reformada<sup>119</sup> no contraría lo solicitado en la primera pretensión de la Demanda Reformada. En efecto, el Contrato existió con un objeto determinado, según se observa en la Cláusula 1°, como consta en la transcripción hecha en precedencia; se terminó unilateralmente por Resolución No. 657 de 2019 y se Liquidó de mutuo acuerdo, con expresa consagración, en su texto, de pleito pendiente, referenciando exactamente el que aquí se resuelve.

En este orden de ideas, las Pretensiones Primera, Octava y Novena de la Demanda de Reconvención Reformada están llamadas a prosperar; mientras que la primera de la Demanda Reformada prosperará parcialmente en la medida en que a la fecha el Contrato se encuentra terminado, liquidado y por ende, ha dejado de existir, lo que se reflejará en la parte resolutive de este proveído.

---

<sup>117</sup> Resolución 657 del 15 de julio de 2019 “*Por medio de la cual se declara la terminación unilateral del Contrato de Concesión N° 011 del 16 de noviembre de 2010*”. Cuaderno 02 Pruebas b: Carpeta pruebas No. 03115978 PRUEBAS No. 3 24 – 09-2020 Folio 1 -33 pdf (paginas 8-18)

<sup>118</sup> Acta de Liquidación Final Contrato de Concesión 011 de 2010 Cuaderno 04 MM PRUEBAS Carpeta 115978 DVD PRUEBAS No. 1 Pruebas aportadas demanda de reconvención, Acta de liquidación contrato -011 de 2010 – TRANZIT – PDF.

<sup>119</sup> PRIMERA. Que se declare que el 17 de noviembre de 2010, la empresa TRANSMILENIO S.A. y la sociedad TRANZIT S.A.S. celebraron el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, con el objeto de: “*Otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP, al CONCESIONARIO, en la Zona, 13) USME bajo los términos, condiciones y con las limitaciones previstas en el presente Contrato y en el pliego de condiciones de la licitación. Dicha concesión otorgará el derecho a operar de forma preferencial y no exclusiva al CONCESIONARIO las siguientes Zonas en que se ha dividido la ciudad, para la prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros bajo el esquema SITP: 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLÍVAR Y 13) USME, que hacen parte de las trece (13) zonas en las que se ha dividido la ciudad de Bogotá. El alcance del Contrato de Concesión incluye el aporte de lotes de vehículos para las zonas del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP y su operación, conforme al esquema de gradualidad que se prevé en el Contrato*”.

## 10.2 PRETENSIONES TERCERA Y CUARTA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

Para mayor claridad, se indica que la Pretensión Tercera señala a la letra lo siguiente:

*“TERCERA. Que se declare que al haber estructurado y presentado su oferta en los términos del Pliego de Condiciones de la Licitación TMSA-LP-004 de 2009, y de la ley, TRANZIT S.A.S. asumió el deber de planeación, la carga de diligencia y cuidado, la previsión de riesgos, así como los demás deberes, cargas y obligaciones que como oferente dentro de un proceso de contratación estatal le correspondía cumplir.”*

A efectos de resolver sobre la pretensión arriba transcrita, resulta necesario efectuar un análisis respecto de la obligatoriedad de la oferta desde la perspectiva de las normas aplicables, contemplando, a su vez, sí en el Proceso de Licitación TMSA-LP-004 de 2009 se fijaron perceptos que le permitieran a TRANSMILENIO reiterar dicha exigencia desde el punto de vista contractual.

Al regirse la Contratación Estatal, por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, vale decir, por las normas y principios generales del derecho civil y comercial, salvo lo especialmente consagrado en el texto del Estatuto de Contratación; encontramos que el artículo 846 del Código de Comercio, en lo atinente a la oferta, contempla que la misma tiene un carácter irrevocable y, por tanto, una vez se comunica, el proponente no puede retractarse, pues se vería incurso en la obligación de indemnizar los perjuicios que con su actuar, le cause al destinatario.

Dicha regla es predicable de las ofertas presentadas en el curso de los Procesos de Contratación Pública, sin importar la modalidad bajo la cual se desarrolle el mismo. Así lo ha señalado el Consejo de Estado, al afirmar que:

*“El derecho constitucional de la igualdad de los administrados en sus actuaciones ante la administración (Art. 13 C.P.), el principio de la buena fe que debe acompañar a los participantes en el proceso de licitación pública (Arts. 83 C.P.) así como el también principio de concurrencia que tiene por finalidad garantizar al Estado la escogencia de la oferta más favorable en términos técnicos y económico - financieros, hacen que **quienes respondan con su propuesta a la invitación pública de contratación formulada por las entidades públicas, quedan obligatoriamente vinculadas a dicho procedimiento desde el momento de su presentación.**”<sup>120</sup>. (Negrillas y subrayas fuera del texto)*

---

<sup>120</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P: Luis Fernando Álvarez. Concepto del 20 de abril de 2006. Radicación No. 1732

Lo anterior se puede constatar, en el caso que nos ocupa, cuando en el Pliego de Condiciones Definitivo del Proceso de Licitación TMSA-LP-004 de 2009, en los numerales 3.2.4 y 3.2.4.1, refiriéndose a la garantía de seriedad de la oferta y la efectividad de esta, se estipuló que:

**“3.2.4 GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA**

*Una vez vencido el plazo para la presentación de las propuestas, se entenderá que **la propuesta formulada por cada oferente es irrevocable** y que el proponente mantiene vigentes todas las condiciones originales de su propuesta hasta el momento de suscripción del contrato.”* (Se resalta)

**“3.2.4.1 EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA DE SERIEDAD. La garantía se hará efectiva por TRANSMILENIO S.A. en los siguientes eventos:**

- a) *El retiro de la propuesta **después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas** (fecha y hora de cierre).”* (Negritas y subrayas fuera del texto)

Ahora bien, cabe indicar que este efecto de irrevocabilidad e incondicionalidad de la oferta, así como la aceptación que el contratista hace respecto de la asunción de obligaciones asociadas a esta, se encuentra decisivamente establecida en la de Carta de Presentación de la Oferta, documento de fundamental importancia para definir este punto en particular.

Esto toda vez que al firmar el documento, proforma No 1, Carta de Presentación de la Propuesta<sup>121</sup>- el oferente declara, bajo la gravedad de juramento, que conoce y acepta el contenido del Pliego de Condiciones, sus Proformas, Anexos, Adendas y demás documentos del proceso licitatorio y que, para cumplir su propuesta con todos y cada uno de los requerimientos y condiciones del Pliego, efectuó los análisis y estudios que consideró necesarios para presentarla y concretar su oferta, haciéndose responsable de ella y en general, de los riesgos y cargas asumidas por efecto de presentarlas y resultar como adjudicataria.

Este requisito, no puede establecerse como una mera formalidad y por ello, incluso la Administración, en el caso sub exánime, estableció en el numeral 3.2.1. de los Pliegos, que la omisión de la carta de presentación o su firma no era subsanable y se constituía como una causal de rechazo de la oferta.

Así mismo y en relación con lo previsto frente a la cobertura de la garantía de seriedad de la propuesta, se prevé por esta Terna que, en el Pliego, numeral 3.2.4., se fijó como una obligación del adjudicatario el suscribir el contrato en los términos, plazos y condiciones

---

<sup>121</sup> Obrante en el expediente del Proceso en el cuaderno de Medios Magnéticos de las Pruebas: subcarpeta 0.4 115978 DVD Pruebas No.1 Pruebas Aportadas con las Contestación de la Demanda, T. 115978 Parte 5 Pruebas Contestación de la Demanda, Oferta Presentada TRANZIT, Licitación pública TMSA-LP-004- de 2009, Tomo 1 Vol 1.



previstas. Así las cosas, de no obrarse de conformidad se configuraría un con incumplimiento y por ende se causaría el siniestro sub cubierto por ducha garantía.

En consecuencia, se encuentra que con fundamento en el valor jurídico de la carta de presentación de la oferta y de la garantía de seriedad presentadas por TRANZIT dentro del Proceso de Licitación TMSA-LP-004 de 2009, se satisfacen los requerimientos para que se despache favorablemente la Pretensión Tercera de la Demanda de Reconvención Reformada, máxime cuando estas se tratan de obligaciones que derivan directamente del contrato. Ahora bien, no hay duda, como lo sostiene reiterada jurisprudencia que se comparte que, con la sola presentación de la oferta debidamente garantizada, el colaborar tiene bajo su resorte la carga de diligencia y previsión de riesgos, así como, el deber de obrar con la planeación requerida.

Como ya se mencionó, es a través de la suscripción y presentación de estos documentos precontractuales que la Convocante asumió el compromiso de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Pliego de Condiciones y en la minuta contractual, especificándose que al diligenciarse y establecerse las pautas que sustentan su propuesta económica, ante la identificación de errores u omisiones en que hubiera incurrido como proponente, estos serán de su exclusiva responsabilidad, en tanto y en cuanto, se constituirán en típicos errores de oferta que son, a todas luces, a cargo del Contratista.

Como se ha comentado y se indicará en la pretensión siguiente, el asunto relacionado con los riesgos es transversal a varias de las solicitudes, tanto de la Demanda Reformada como la de Reconvención Reformada y, por tanto, todas ellas serán cobijadas de manera armónica por las argumentaciones correspondientes aquí plasmadas. Así las cosas, veamos a continuación el contenido de la Pretensión Cuarta de la Demanda de Reconvención Reformada, la cual señala:

*“CUARTA. Que se declare que el Pliego de Condiciones, los documentos que integraron el mismo, la oferta del concesionario, el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, y cualquier otro acto precontractual o contractual proferido o aceptado por TRANSMILENIO S.A., de ninguna manera contemplaron la asunción de riesgos distintos a los expresamente asignados por el ordenamiento jurídico en los contratos de concesión o pactados en documentos contractuales a cuyos términos estrictamente se atiene la parte que apodero”.*

Así las cosas, a efectos de dar atención a la pretensión cuarta de la Demanda de Reconvención Reformada, se procederá a realizar una revisión sobre la asignación de riegos que se hubiere previsto en los diferentes documentos, tanto precontractuales como contractuales, siendo necesario también analizar aquello que al respecto abordó el Laudo de 2018.

De una parte, se observa que, en el ANEXO EXPLICATIVO DE LA MATRIZ DE RIESGOS, se consignó lo siguiente:

*“1. Explicación general de la matriz de riesgos*

*“En cumplimiento de lo previsto en el artículo 4 de la ley 1150 de 2008 y lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008 el pliego de condiciones incluye la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. La tipificación de los riesgos es la enunciación que la entidad hace de aquellas contingencias previsibles que en su criterio pueden presentarse durante y con ocasión de la ejecución del contrato.*

*“La tipificación, asignación y estimación de los riesgos previsibles de la contratación se realizó acogiéndose lo dispuesto en el documento Conpes 3107 de 2001, que establece en su numeral VII los lineamientos de política de riesgo contractual para los sectores de: Transporte, energía, comunicaciones y agua potable y saneamiento básico.*

*“La asignación del riesgo es el señalamiento que hace la entidad de la parte contractual que deberá soportar total o parcialmente la ocurrencia de la circunstancia tipificada, asumiendo su costo y su atención. Los riesgos derivados del contrato se encuentran asignados de acuerdo con el principio según el cual, cada riesgo debe ser asumido por la parte que mejor lo pueda controlar y administrar. De hecho, el Gobierno Nacional, a través del Documento CONPES Número 3107 de 2001, estableció dicho criterio cuando señaló: Los principios básicos de la asignación de riesgos parten del concepto que estos deben ser asumidos: i) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y/o; ii) por la parte que mejor disponga de los medios de acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación.*

*En cumplimiento de lo establecido en el numeral 6 del artículo 3 de Decreto 2474 de 2008, los riesgos previsibles propios del contrato a adjudicar y que pueden afectar su equilibrio económico, se encuentran contemplados en la matriz de riesgos con su correspondiente tipificación, estimación y asignación. En la matriz se establece la clase del riesgo, su descripción, las causas que lo generan, su asignación y las herramientas de mitigación con las que se cuenta. Los riesgos incluidos en la matriz que se ajustan a la identificación establecida en el documento CONPES 3107 de 2001 son:*

- 1.Demanda*
- 2.Regulatorio*

- 3. *Cambiario*
- 4. *Comercial*
- 5. *Fuerza mayor – Riesgo político no asegurable*
- 6. *Fuerza mayor asegurable*
- 7. *Operación*
- 8. *Financiero.*”

A su turno, no puede dejar de mencionarse la consagración que sobre este aspecto específico se hace en el Pliego de Condiciones, cuyo texto establece:

*“1.8 AUDIENCIA PARA REVISIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEFINITIVA DE RIESGOS En desarrollo de lo establecido en el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007 y el Artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, se celebrará una audiencia dentro de la cual los interesados que deseen asistir y TRANSMILENIO S.A., revisarán la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles propios del contratos adjudicar, teniendo como base la propuesta de distribución de los mismos planteada por TRANSMILENIO S.A. en los estudios previos de esta contratación.*

*“Los riesgos a analizar y distribuir son los previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato (Numeral 6 del artículo 3º del Decreto 2474/08).*

*“Dicha audiencia, de la cual se levantará un acta, tendrá lugar de acuerdo con lo establecido en el cronograma de la licitación (Decreto 2474/08 y Decreto 2025 de 2009). Si no asiste ningún interesado, la distribución de riesgos definitiva será la que propuso TRANSMILENIO S.A. en los estudios previos y como anexo 5 del presente pliego de condiciones.”*

Bien ilustrativo a este respecto son también, las consideraciones consagradas en el Primer Laudo en relación con la excepción 3.24 formulada por Transmilenio, y que para mayor claridad se transcriben a continuación:

*“3.24 El Concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que los mismos se efectuó conforme a lo pactado en el Contrato de Concesión y a lo previsto en la matriz de riesgos - Anexo 5*

*“Como fundamento de esta excepción TRANSMILENIO expone que "Habida consideración de las pretensiones de la demanda ( ... ) es preciso invocar la prevalencia que se ha de dar a las estipulaciones contractuales relativas a los riesgos asumidos por el Concesionario, tanto en lo concerniente con los previstos en la matriz de riesgos como riesgos a su cargo, como aquellos otros que le*

*corresponde asumir en virtud de las estipulaciones de los Contratos de Concesión, como parte del álea ordinario de ejecución del Contrato.( ... )*

*"El Concesionario busca con sus reclamos provocar una modificación del contrato de concesión, pretendiendo trasladarle a TRANSMILENIO el efecto económico de los riesgos que él asumió, lo cual no es de recibo, pues tal modificación no se puede lograr por el simple querer unilateral del Concesionario.*

*( ... )*

*"La excepción planteada de manera general se tiene por demostrada, en cuanto las decisiones adoptadas en este laudo encuentran fundamento precisamente en lo pactado por las partes en el contrato y el Tribunal ha tenido en consideración particularmente lo convenido en relación con la asignación de riesgos, en los términos consignados en la Matriz que hace parte del mismo."*

De igual manera, en el folio 357 del Laudo Anterior, citado en precedencia, se señala:

*"Este Tribunal no puede contravenir la voluntad de las partes frente a la asignación, estimación y tipificación de riesgos que ellos mismos acordaron en el Contrato. Esta asignación de riesgos es válida así se hayan asignado al Contratista riesgos que TRANSMILENIO estaba en mejor posición de controlar y mitigar."*

Visto lo anterior, el Tribunal encuentra que, dentro de un contexto armónico del caso, y revisando los aspectos principales del Laudo de 30 de noviembre, la Ley 1150 de 2008, el Decreto 2474 de 2008, el CONPES 3714 de 2011 y el Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos, en conjunto con el Pliego de Condiciones, lleva a concluir que esta Pretensión Cuarta de la Demanda de Reconvención Reformada, prospera.

### **10.3      PRETENSIONES SÉPTIMA Y DÉCIMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA, EXCEPCIONES 5.1 Y 5.2 FORMULADAS POR TRANSMILENIO EN SU ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA REFORMADA Y EXCEPCIONES 3.1, 3.3 Y 3.4 FORMULADAS POR TRANZIT EN EL ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA**

La Convocada en su Demanda de Reconvención Reformada propone las siguientes pretensiones:

*"SÉPTIMA. Que se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010,*

*en particular, respecto de las obligaciones de entrega de patios o terminales zonales definitivos, de implementación, de validación del medio de pago y evasión, se cumplieron por parte de TRANSMILENIO S.A. al punto que sobre estos conceptos TRANZIT S.A.S. no dejó salvedad alguna de manera expresa y concreta en el Acta de Liquidación Definitiva del Contrato, suscrita el 29 de noviembre de 2019”*

*“DÉCIMA. Que se declare que de conformidad con el “Acta de Liquidación Final del Contrato de Concesión 011 del 17 de noviembre de 2010 suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A. y la sociedad Transporte Zonal Integrado S.A.S – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación”, del 29 de noviembre de 2019, la sociedad TRANZIT SAS, por intermedio de su representante legal, no hizo, ni dejó, en el cuerpo de dicha Acta, ningún tipo de salvedad que le permitiera hacer reclamaciones económicas o de cualquier otra índole a TRANSMILENIO S.,A. en relación con el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, en los términos de ley y la única salvedad corresponde a la contenida en el numeral “11. SALVEDADES O MANIFESTACIONES”, así:*

*“11.2 DE TRANZIT.*

*TRANZIT S.A.S. hace la salvedad que en fecha de 24 de septiembre de 2019 presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con Radicado No. 2019-00688, el cual será notificado a TRANSMILENIO S.A. en la oportunidad correspondiente.”*

En razón a lo expuesto por el Panel en acápite anterior de este laudo, respecto de la naturaleza de las salvedades y consecuentemente del análisis de la buena fe contractual en armonía con la teoría de los actos propios, este Tribunal debe reiterarse en el sentido de establecer, con toda claridad, que al consagrarse en el texto mismo del Acta de Liquidación final de mutuo acuerdo, en el capítulo referente a “pleito pendiente” en el numeral 7.4 “*procesos arbitrales*”, las Partes, conocían la existencia del presente arbitraje, claramente identificable.

En otras palabras, al haberse establecido en dicho documento el número de radicado de este proceso ante la Cámara de Comercio de Bogotá, se tiene la certeza de la existencia de un desacuerdo concreto a determinar, vigente y entregado para su resolución a este Panel Arbitral, situación que a todas luces le quita el carácter de sorpresiva a la reclamación, no siendo posible tampoco predicar la existencia de una violación al Principio de Buena Fe Contractual, inmerso en la Teoría de los Actos Propios.

En particular, sobre la Pretensión Séptima el Tribunal establece que al haberse incluido en el Acta la existencia de un pleito pendiente, precisándose el alcance del mismo, no resulta inesperado en absoluto, para la Convocada que las controversias que hoy se atienden, sobre las obligaciones de entrega de patios o terminales zonales definitivos, de implementación, de validación del medio de pago y evasión, se resuelvan a través del presente Laudo cuando se desaten las Pretensiones Cuarta, Quinta, Sexta, Séptima, Octava, Novena, Décima y Décima Primera de la Demanda Reformada, así como, sus consecuenciales de condena.

Así las cosas, y con fundamento en las consideraciones preliminares que sirven de sustento para este Laudo Arbitral, las Pretensiones Séptima y Décima de la Demanda de Reconvención Reformada, no están llamadas a prosperar y así se declarará en la parte resolutive.

Ahora bien, frente a las excepciones 5.1<sup>122</sup> y 5.2<sup>123</sup> formuladas por Transmilenio en su escrito de contestación a la Demanda Reformada, basta señalar que, con fundamento a lo antes expuesto, así como lo sustentado previamente en este Laudo relativo al Pleito Pendiente y la inclusión de Salvedades en el Acta de Liquidación, tampoco están llamadas a prosperar, siendo su contenido similar a las pretensiones antes despachadas.

Lo anterior, también encuentra sustento en lo señalado por el Agente del Ministerio Público, el señor procurador William Cruz Rojas, quien en su concepto indicó, lo siguiente al respecto de la inclusión de las salvedades en el Acta de Liquidación:

*“La incógnita que se debe resolver en este punto, es si dentro de este contexto, se puede concluir que TRANZIT cumplió con las salvedades que la jurisprudencia le exige a la parte para poder acudir ante la justicia para reclamar los derechos que considera vulnerados, para cuyo efecto considero:*

- a) En primer lugar, se hace necesario tener presente que TRANZIT presentó la demanda arbitral desde el 13 de mayo de 2019, entre tanto que el acta de liquidación del contrato fue suscrita por las partes el 29 de noviembre del mismo año; es decir la reclamación judicial fue realizada con mucha anticipación al acuerdo bilateral de liquidación.*

*En criterio del suscrito agente del Ministerio Público este aspecto marca la diferencia frente a los supuestos de hecho expuestos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que establece como presupuesto dejar salvedades en el acta de liquidación para poder reclamar*

---

<sup>122</sup> 5.1. Improcedencia de Cualquier Tipo de Reclamación Por Carecer el Acta de Liquidación Final Suscrita el 29 de Noviembre de 2019, De Salvedades de Acuerdo Con Lo Ordenado En La Ley y Reiterado Por La Jurisprudencia del Consejo de Estado.

<sup>123</sup> 5.2. Quebrantamiento del Deber de Obrar Con Buena Fe Objetiva. Desconocimiento del Principio de Buena Fe.

*judicialmente el reconocimiento de un derecho. Marca una gran diferencia, porque, tal como se indicó, la jurisprudencia contempla este presupuesto como requisito es para poder iniciar un trámite judicial posterior a la liquidación del contrato, pero como se ha indicado, en este caso el trámite judicial fue previo, y es más, para la fecha de la suscripción del acta de liquidación ya la entidad había sido notificada de la demanda e incluso había interpuesto recurso de reposición en contra del auto admisorio.*

*Tal como se indicó con anterioridad el artículo 1602 del C.C., la teoría de los actos propios y el principio de buena fe se constituyen en fundamento del requisito de dejar salvedades en el acta de liquidación como presupuesto necesario para acudir ante el juez del contrato; presupuestos normativos que en criterio del suscrito funcionario no se encuentran desconocidos en el caso de autos, toda vez que la entidad demandada en momento alguno se ha visto sorprendida con las reclamaciones realizadas en este trámite este arbitral; lo cual precisamente se pretende evitar.*

- b) En segundo lugar, y aun si en gracia de discusión se llegase a considerar que TRANZIT, a pesar de ya haber demandado, se encontraba en la obligación de cumplir con la carga de dejar la correspondiente salvedad en el acta de liquidación para reclamar judicialmente sus derechos, en criterio del suscrito funcionario este requisito debe tenerse como cumplido.*

*Para llegar a esta conclusión, el suscrito agente fiscal considera que, si bien la jurisprudencia ha establecido que las constancias del contratista inconforme no pueden ser de cualquier tipo, en momento alguno se ha indicado que estas deban cumplir con ritualidades o formulas sacramentales para que las mismas tengan validez; pues el propósito de ellas es que no se sorprenda a la contraparte con reclamaciones sobre las cuales nada se indicó en el acto de liquidación.*

*De acuerdo con la jurisprudencia citada en precedencia, lo realmente importante de las salvedades es que sean claras, concretas y específicas; requisitos que se cumplen en el caso de autos, pues en el acta claramente las partes dejaron constancia de conocer los términos de la demanda arbitral interpuesta por TRANZIT en contra de TMSA; independientemente que en el acápite puntual del acta de liquidación denominado SALVEDADES el contratista no lo haya incluido*

*En atención a todo lo expuesto, y atendiendo que la propia ley 80 de 1993, nos indica que la interpretación de las normas en esta materia, deben realizarse conforme a mandatos como el de buena fe<sup>42</sup>, en criterio del suscrito agente fiscal deberá despacharse de forma desfavorable la excepción propuesta por TMSA.”<sup>124</sup>*

Por su parte, las excepciones 3.1<sup>125</sup> y 3.3<sup>126</sup> formuladas por Tranzit, se despacharán desfavorablemente pues si bien se plantean con relación al contenido del Acta de Liquidación y el establecimiento de salvedades, este Panel no encuentra sustento probatorio alguno que le permita valorar las actuaciones de la Convocada durante la ejecución contractual para determinar si se configuró una actuación de mala fe, entendiendo además que precisamente las diferencias entre las partes frente al contenido del citado documento contractual, es uno de los objetos de la litis a ser resuelta en este Laudo de manera que no encuentra factible calificarse lo señalado por Transmilenio como un abuso del derecho y una interpretación violatoria de la Buena Fe.

En cuanto a la excepción 3.4<sup>127</sup> se señala que la misma está llamada a prosperar pues tal como se sustentó en el acápite de Consideraciones del Tribunal al respecto de la Teoría de los Actos Propios, el Principio de Buena Fe y la existencia del denominado Pleito Pendiente, al haberse incluido en el numeral 7.4 del Acta de Liquidación Final, lo correspondiente a la existencia del presente proceso arbitral, y habiéndose suscrito dicho documento contractual con la anuencia de Transmilenio, esta última conocía que el conflicto sería atendido por este Tribunal, pues más que una mera salvedad, esta anotación es una manifestación expresa de que al momento de la Liquidación, quedaron asuntos específicos sin definir.

#### **10.4 PRETENSIONES SEGUNDA, DÉCIMA PRIMERA Y DÉCIMO SEGUNDA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA; EXCEPCIONES 3.5, 3.6 y 3.8 FORMULADAS POR TRANZIT EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA**

Estas pretensiones de la Demanda de Reconvención Reformada consisten en:

*“DECIMA PRIMERA. Que se declare que de conformidad con el balance final del contrato de Concesión N° 011 de 2010, expresado por las Partes en los Acuerdos Primero y Segundo del Acta de liquidación Final del 29 de noviembre de 2019, TRANZIT S.A.S. adeuda a TRANSMILENIO S.A. la suma*

---

<sup>124</sup> A Páginas 47 A 49 Del Concepto Del Ministerio Público, Radicado 115978 Del 9 De Abril De 2021.

<sup>125</sup> 3.1. Transmilenio Sistemáticamente Se ha Abstenido de Ejecutar La Relación Contractual de Buena Fe y Continúa Este Actuar En La Etapa Procesal.

<sup>126</sup> 3.3. La Interpretación que Transmilenio Pretende Dar al Acta de Liquidación del Contrato 011 De 2010, Constituye Un Abuso Del Derecho.

<sup>127</sup> 3.4. TRANSMILENIO desconoce sus propios actos y la confianza originada a partir de estos: aplicación de la teoría *non venire contra factum propium*.



de **CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS M/CTE (\$165.330.723.00)**, correspondiente a los saldos pendientes por concepto de remuneración de pasajeros de alimentación, kilometraje y vehículos pagados en exceso, más los intereses de mora e indexación de la suma debida.”

“**DECIMA SEGUNDA.** Que se declare que durante la ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, se mantuvo el equilibrio económico, desde su celebración hasta su liquidación, declarándolo así las partes con la manifestación de **“PAZ y SALVO por todo concepto”**, de conformidad con lo señalado en la Acuerdo Cuarto del “Acta de Liquidación Final” del Contrato de Concesión del 29 de noviembre de 2019, la cual se encuentra en firme”.

Los resueltos del Acta de Liquidación Final del 29 de noviembre de 2019, señalan en su tenor literal lo siguiente:

“**PRIMERO:** Liquidar de mutuo acuerdo y en forma definitiva el **Contrato de Concesión No. 011 de 2010** de la siguiente forma:

CONCEPTO	MONTO
VALOR EJECUTADO Y PAGADO	558.397.801.107
SALDO PENDIENTE A FAVOR DE TRANSMILENIO POR AJUSTES EN LA REMUNERACIÓN	165.330.723
VALOR TOTAL DEL CONTRATO	558.232.470.384

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, la sociedad TRANZIT S.A.S. se obliga con TRANSMILENIO S.A. a pagar la suma de **CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$165.330.723) MONEDA LEGAL COLOMBIANA**, que corresponde al valor de los saldos pendientes por concepto de remuneración de pasajeros de alimentación, kilometraje y vehículos pagados en exceso.

La suma antes descrita se pagará conforme las reglas previstas en la Ley 1116 de 2006.

La copia del comprobante de pago, consignación o transferencia deberá allegarse a TRANSMILENIO S.A.”

Así mismo, en su resuelve quinto se indica:

“**QUINTO:** El presente documento presta mérito ejecutivo según lo disponen el numeral 3 del artículo 99 y el numeral 3 del artículo 297 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

De la lectura de la anterior pieza procesal, que se encuentran allegadas al expediente es claro para este Tribunal de Justicia concluir que efectivamente Tranzit adeuda a Transmilenio, de conformidad con el Acta de Liquidación Final del Contrato de Concesión la suma de “**CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$165.330.723) MONEDA LEGAL COLOMBIANA**”, valor este que corresponde estrictamente a lo solicitado en la pretensión décima primera de la Demanda de Reconvención Reformada. No puede desecharse así mismo que las tantas veces citada Acta de Liquidación presta mérito ejecutivo basado en lo cual se procederá a dar prosperidad a dicha pretensión décimo primera y al resolver la pretensiones de condena el tribunal se pronunciará sobre la materia, con el propósito de que la Convocante cancele la suma solicitada por la Convocada en este acápite, no sin antes señalar que debe darse plena aplicación a lo establecido en la Ley 1116 de 2006.

Ahora bien, es pertinente recordar que, en el Acta de Liquidación Final, suscrita de mutuo acuerdo el 29 de noviembre de 2019, las Partes señalaron que: “*La suma antes descrita se pagará conforme las reglas previstas en la Ley 1116 de 2006.*” A su turno la norma antes citada, en su artículo 25, establece que deben observarse las reglas sobre prelación de créditos y que no proceden compensaciones ni tampoco intereses moratorios cuando se aplica la Ley de Insolvencia. En efecto, los artículos pertinentes de la Ley en comento señalan lo siguiente:

*“ARTÍCULO 17. EFECTOS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE ADMISIÓN AL PROCESO DE REORGANIZACIÓN CON RESPECTO AL DEUDOR. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, **se prohíbe a los administradores** la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; **efectuar compensaciones**, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; **salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.**”*

*“ARTÍCULO 25. CRÉDITOS. Los créditos a cargo del deudor deben ser relacionados precisando quiénes son los acreedores titulares y su lugar de notificación, discriminando cuál es la cuantía del capital y cuáles son las tasas de interés, expresadas en términos efectivos anuales, correspondientes a todas las acreencias causadas u originadas con anterioridad a la fecha de inicio del proceso.*

*Los créditos litigiosos y las acreencias condicionales, quedarán sujetos a los términos previstos en el acuerdo, en condiciones iguales a los de su misma clase y prelación legal, así como a las resultas correspondientes al cumplimiento de la condición o de la sentencia o laudo respectivo. En el entretanto, el deudor constituirá una provisión contable para atender su pago.*

**Los fallos** de cualquier naturaleza proferidos con posterioridad a la firma del acuerdo, **por motivo de obligaciones objeto del proceso de reorganización**, no constituyen gastos de administración y **serán pagados en los términos previstos en el mismo para los de su misma clase y prelación legal**. En el evento de estar cancelados los de su categoría, procederá su pago, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del fallo.”

A su turno, es de indicar que de conformidad con el certificado de existencia y representación de Tranzit <sup>128</sup> la Superintendencia de Sociedades decretó la admisión al proceso de reorganización de la Convocante desde el mes de marzo de 2017, vale decir con mucha anterioridad a la fecha de suscripción del Acta de Liquidación Final del Contrato de Concesión, a la que se le ha hecho tantas veces referencia. En este orden de ideas, y teniendo en cuenta las piezas citadas, las excepciones, 3.5, 3.6, y 3.8 propuestas por Tranzit están llamadas a prosperar en la medida en que no es posible, de conformidad con los artículos mencionados de la Ley 1116 de 2006, desconocer la prelación de créditos establecida dentro del proceso de reorganización y posterior liquidación de Tranzit, no siendo viable la compensación y mucho menos el reconocimiento de intereses.

Para resolver la pretensión Decimosegunda, se hace menester establecer que en el resuelve cuarto del Acta de Liquidación Final, que fue suscrita de común acuerdo entre las Partes, se consignó:

*“CUARTO: Con la firma de la presente Acta de Liquidación, las partes se declaran a PAZ Y SALVO por todo concepto en el cumplimiento de las obligaciones surgidas de la ejecución del Contrato de Concesión No. 011 de 201 O, con excepción de lo previsto en los numerales 10 y las salvedades descritas en el numeral 11 de las consideraciones, así como la obligación dineraria descrita en los numerales 1 y 2 de la parte resolutive de esta Acta.”*

---

<sup>128</sup> Señala el Certificado de Existencia y Representación Legal de Tranzit: “Que en virtud de la Ley 1116 de 2006 mediante Auto No. 400-005940 del 13 de marzo de 2017, inscrito el 23 de marzo de 2017, bajo el No. 00003315 del libro XIX, la Superintendencia de Sociedades decreto la admisión al proceso de reorganización a la sociedad de la referencia.” Y “Que mediante Aviso No. 415-000052 del 22 de marzo de 2017, la Superintendencia de Sociedades comunico.que mediante Auto No.400-005940 del 13 de marzo de 2017, inscrito el 23 de marzo de 2017, bajo el No. 00003315 del libro XIX, decreto la admisión al proceso de reorganización a la sociedad de la referencia (...).”

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

A su turno, en mismo documento en análisis claramente las Partes establecieron, en su numeral 7.4 lo siguiente:

**Radicación:** 115978  
**Asunto:** Controversias contractuales surgidas con ocasión del Laudo Arbitral de 30 de noviembre de 2018, en relación con kilómetros en vacío, menor número de validaciones por demanda de pasajeros, restablecimiento de equilibrio financiero del contrato, ingresos dejados de percibir por pasajeros transportados sin validación del medio de pago.  
**Id Siproj:** N.A.  
**Demandante:** Transporte Zonal Integrado S.A.S. en Liquidación – TRANZIT S.A.S.  
**Demandados:** TRANSMILENIO S.A.  
**Despacho:** Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá

De otra parte, sea oportuno en este aspecto el análisis que se hizo en precedencia sobre la existencia de un “pleito pendiente” que sin lugar a equívocos se hace palpable en este trámite arbitral. Así las cosas, la declaratoria de PAZ Y SALVO, no puede esconder la existencia de un claro conflicto contractual relativo a los kilómetros en vacío y a otros aspectos que incluyen el análisis de un eventual desequilibrio económico, situaciones que surgieron con ocasión con el Primer Laudo y que fueron puestas a nuestra consideración para ser desatadas en esta específica contienda arbitral. En tal virtud, la Pretensión Décima Segunda no está llamada a prosperar y así aparecerá plasmado en el resuelve.

La Parte Convocada en su Demanda de Reconvención Reformada pone a consideración de este Panel Arbitral la resolución de la Pretensión Segunda, que a la letra reza:

**“SEGUNDA.** *Que se declare que TRANSMILENIO S.A. cumplió a cabalidad con todas y cada una de las obligaciones nacidas del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, sus otrosíes, modificatorios, prorrogas, adicionales, actas y demás documentos de naturaleza contractual frente a la sociedad TRANZIT S.A.S. hasta la fecha de liquidación definitiva del contrato, sin que ninguna objeción o salvedad se haya presentado por el contratista, salvo la contenida en el numeral 11.2 del Acta de Liquidación definitiva del Contrato 011 de 2010 suscrita por las Partes el 29 de noviembre de 2019, así:*

**“11.2 DE TRANZIT.**

*TRANZIT S.A.S. hace la salvedad que en fecha de 24 de septiembre de 2019 presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con Radicado No. 2019-00688, el cual será notificado a TRANSMILENIO S.A. en la oportunidad correspondiente.”*

Revisado el Laudo Anterior, y como ha quedado dicho en el presente análisis, claramente se observa que existen varios aspectos en los cuales el Primer Tribunal y con tránsito a cosa juzgada, definió la existencia de incumplimientos por parte de Transmilenio frente a

Tranzit, relativos al Contrato de Concesión. En este orden de ideas y tal y como está planteada la Pretensión Segunda que aquí se desata, la misma está llamada a fracasar. Adicionalmente ha de tenerse en cuenta que en el acta bilateral de liquidación quedó plasmada más que una mera salvedad, la existencia de un “pleito pendiente” con relación a diversos aspectos que se están atendiendo en presente Tribunal Arbitral.

## **10.5 PRETENSIÓN DÉCIMA TERCERA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA**

Para mejor comprensión de este desarrollo, se señala que la Pretensión Décima Tercera de Reconvencción Reformada, establece a su letra lo siguiente:

*“DECIMA TERCERA. que se declare que de conformidad con el numeral 11 “Salvedades o Manifestaciones” y el balance final del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, expresado en el Acta de Liquidación Final del 29 de noviembre de 2019, TRANZIT S.A.S. se encuentra obligado a mantener indemne a TRANSMILENIO por cualquier reclamación de responsabilidad civil contractual y extracontractual que se haga, de manera directa o indirecta, en relación con el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, ya terminado y liquidado.”*

De conformidad con lo previsto por las Partes en la cláusula 120 del Contrato, recogida en el numeral 11 “SALVEDADES O MANIFESTACIONES” del Acta de Liquidación Final<sup>129</sup>, encuentra este Tribunal que TRANZIT, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, se obligó para con TRANSMILENIO, a responder por los daños y perjuicios que se produjeren, en las condiciones señaladas en los textos transcritos, frente a terceros por responsabilidad contractual y extracontractual. En efecto, la cláusula en comento establece lo siguiente:

**"CLÁUSULA 120. RESPONSABILIDADES FRENTE A TERCEROS**

---

<sup>129</sup> “11. SALVEDADES O MANIFESTACIONES”,

“11.1 DE TRANSMILENIO S.A.

1. Salvedad por obligación y alcance de indemnidad:

De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 120 del Contrato de Concesión No. 011 de 2010, el contratista debe mantener indemne a TRANSMILENIO S.A. La cláusula en mención señala:

“CLÁUSULA 120. RESPONSABILIDADES FRENTE A TERCEROS (...).

De otra parte, la cláusula 182 del contrato de concesión establece:

“CLÁUSULA 182. RELACIONES ENTRE LAS PARTES

(...)

Conforme a lo anterior, TRANZIT S.A.S debe mantener indemne a TRANSMILENIO S.A. frente a terceros por las obligaciones que asumiere o debiere asumir el CONCESIONARIO con aquellos, ni por los daños que cause este último, directa o indirectamente en el desarrollo de su gestión, ni sus empleados, agentes, representantes, contratistas o subcontratistas, y bines, aún después de la terminación y liquidación del contrato de concesión No.011 de 2010.

Todo lo anteriormente señalado, deberá respetar igualmente las normas concursales aplicables actualmente a TRANZIT en virtud del proceso de liquidación por adjudicación que de la misma se surte ante la Superintendencia de Sociedades, respetando para ello las normas referentes a prelación de créditos, calificación de acreencias, proceso de pago, adjudicación, entre otros.”

*“La responsabilidad civil contractual y extracontractual del CONCESIONARIO frente a terceros, es la que surja de la legislación aplicable en cada caso. El CONCESIONARIO es el responsable de los daños y perjuicios que se produjeran por su causa, la de sus dependientes, las de sus bienes muebles e inmuebles o la de los bienes muebles e inmuebles que estén bajo su administración, la derivada de la operación, la causada por el personal por él empleado, contratado o subcontratado bajo cualquier modalidad y para cualquier fin, o por sus contratistas o subcontratistas.*

*“TRANSMILENIO S.A. no será responsable frente a terceros por las obligaciones que asumiere o debiere asumir el CONCESIONARIO con aquellos, ni por los daños que cause este último, directa o indirectamente en el desarrollo de su gestión, ni sus empleados, agentes, representantes, contratistas o subcontratistas, y bienes.”*

Señalado lo anterior, se despachará favorablemente la Pretensión Décima Tercera de la Demanda de Reconvención Reformada, pues la declaración que solicita el Reconviniente, coincide con los términos, tanto de la Cláusula 120 del Contrato, como con el numeral 11 de las Salvedades o Manifestaciones, expresado en el Acta de Liquidación Final del 29 de noviembre de 2019.

**10.6      PRETENSIÓN SEGUNDA Y TERCERA DE LA DEMANDA REFORMADA, PRETENSIÓN SEXTA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA, EXCEPCIÓN 5.3 FORMULADA POR TRANSMILENIO EN EL ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA REFORMADA y LA EXCEPCIÓN 3.2 FORMULADA POR TRANZIT EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

Para un mejor entendimiento de lo pretendido por el reconviniente, se transcriben las Pretensiones pertinentes así:

*“Segunda. Que se declare que el 30 de noviembre de 2018 fue expedido Laudo Arbitral, que puso fin a unas controversias contractuales surgidas entre TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN-TRANZIT S.A. S. y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO -TRANSMILENIO S.A. y en desarrollo del Contrato.”*

*“Tercera. Que se declare que el Laudo Arbitral emitido el 30 de noviembre de 2018, por el Tribunal de Arbitramento, convocado por TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN -TRANZIT S.A.S. para dirimir las controversias contractuales presentadas con la EMPRESA DE TRANSPORTE. DEL TERCER MILENIO -TRANSMILENIO S.A., se encuentra en firme desde el 11 de diciembre de 2018 o desde la fecha que así lo determine el Tribunal.”*

Según lo establecido en precedencia, en el acápite denominado “Consideraciones Preliminares”, y obrando en el expediente copia del Laudo Arbitral proferido el 30 de noviembre de 2018, según consta en su propio texto<sup>130</sup>. A su turno, el 11 de diciembre de la misma anualidad, el Tribunal resolvió las solicitudes de aclaraciones y complementaciones presentadas por ambas partes<sup>131</sup>.

A criterio del Tribunal el Primer Laudo se encuentra en firme desde el momento en que fueron resueltas las aclaraciones y complementaciones presentadas, vale decir, desde el 11 de diciembre de 2018, tal y como puede constatarse indubitadamente en el documento expedido por el Panel Arbitral, el cual se resolvió sobre las distintas solicitudes lo siguiente:

*“PRIMERO: Aclarar el numeral décimo octavo de la parte resolutive del laudo del 30 de noviembre de 2018 en el sentido de precisar que la obligación de adoptar las medidas para restablecer el equilibrio económico del contrato a que se refieren las pretensiones vigésimo segunda subsidiaria, cuadragésimo novena subsidiaria, centésima y centésima primera, debe cumplirse en beneficio de TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S EN REORGANIZACIÓN con la ejecutoria del laudo.*

*“SEGUNDO: Negar las demás solicitudes de aclaración, complementación y adición presentadas por la parte convocante y por la parte convocada respecto del laudo.”<sup>132</sup>*

En consecuencia de lo expuesto, las Pretensiones Segunda y Tercera de la Demanda Reformada, se despacharán favorablemente y así se hará constar en el resuelve de esta proveído.

Por otro lado, se tiene que la excepción 5.3<sup>133</sup> del escrito de Contestación a la Demanda Reformada de Transmilenio, se despachará parcialmente favorable para esta, pues si bien es cierto que el Primer Laudo se encuentra en firme, y su contenido ha hecho tránsito a cosa juzgada, las referencias hechas al sustentar la excepción no serán acogidas en tanto que como ya se dijo, la demanda objeto de decisión en este laudo se refiere a una actualización de conceptos ya decididos en el laudo anterior, pero referidos a un periodo de tiempo posterior al del momento en que dicho laudo se emitió, con lo cual no opera el fenómeno de cosa juzgada desde la perspectiva planteada por al convocada.

---

<sup>130</sup> Obrante en el expediente, en el Cuaderno de Medios Magnéticos Principal: subcarpeta 01. 115978 CD PRINCIPAL No1. LAUDO Y AUTO TRANZIT FOLIO 251.

<sup>131</sup> Obrante en el expediente, en el Cuaderno de Medios Magnéticos Principal: subcarpeta 01. 115978 CD PRINCIPAL No1. LAUDO Y AUTO TRANZIT FOLIO 251.

<sup>132</sup> Obrante en el expediente, en el Cuaderno de Medios Magnéticos Principal: subcarpeta 01. 115978 CD PRINCIPAL No1. LAUDO Y AUTO TRANZIT FOLIO 251.

<sup>133</sup> 5.3. El Laudo Arbitral Del 30 De Noviembre De 2018 – Y Las Aclaraciones Del 11 De Diciembre De 2018-, Se Encuentran Ejecutoriadas, En Firme E Hizo Tránsito A Cosa Juzgada.

En dicho sentido y, por otra parte, se tendrá que la excepción 3.2 de Tranzit, sobre esta misma institución jurídica, se despacha favorablemente, en consideración a lo expuesto sobre el estudio de las pretensiones del Primer Laudo y su alcance sobre la actual controversia.

Dicho esto, a su turno, se procede a estudiar lo relacionado con la Pretensión Sexta de la Demanda de Reconvención Reformada, que indica lo siguiente:

*“SEXTA. Que se declare que en Laudo Arbitral proferido el 30 de noviembre de 2018, no modificó ni cambio la matriz de riesgos del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, Anexo 5 del mismo documento.”*

Frente a esta Pretensión de Reconvención Reformada es importante definir si existe o no cosa juzgada en el Laudo Anterior, en la medida en que en dicha providencia se resolvieron desfavorablemente las pretensiones de TRANZIT S.A.S., distinguidas con los números 54, 55 y 56.<sup>134</sup> Para un mejor entendimiento de este asunto, se hace menester recordar el texto mismo de dichas pretensiones que a la letra indican:

*Pretensión "Quincuagésimo cuarto. (sic) Que se declare que TRANZIT S.A.S. está legalmente obligado a asumir únicamente los riesgos que esté en capacidad de administrar, controlar y mitigar y lo que no corresponda a ello infringe entre otras disposiciones, los artículos 83, 90, 95 (numeral 1 o) y 209 de la Constitución Política; artículos 3º, 4º (numerales 3º, 8º y 9º), 24, 27, 28 y 50 de la Ley 80 de 1993; artículo 830 del Código de Comercio; artículo 4º de la Ley 1150 de 2007; y los artículos 15 y siguientes del Decreto 423 de 2001, así como las demás disposiciones legales aplicables que regulan el asunto.”*

*Pretensión "Quincuagésimo quinto. (sic) Que se declare que todos los riesgos asignados a TRANZIT S.A.S. en incumplimiento de las anteriores disposiciones aplicables, están a cargo de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.”*

*Pretensión "Quincuagésimo sexto. (sic) Que se declare que los efectos derivados de la ocurrencia de eventos que corresponden a la materialización de riesgos que TRANZIT S.A.S. no está en capacidad de administrar, controlar y mitigar, constituyen eventos ajenos y no imputables a TRANZIT S.A.S. que generan un desequilibrio económico del Contrato en perjuicio de esta última, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. - TRANSMILENIO S.A.”*

---

<sup>134</sup> Obrante en el expediente, en el Cuaderno de Medios Magnéticos Principal: subcarpeta 01. 115978 CD PRINCIPAL No1. LAUDO Y AUTO TRANZIT FOLIOS 336 a 357



Como ya se señaló, estas pretensiones fueron desatadas desfavorablemente para la Convocante, en tanto y en cuanto, prosperaron las excepciones de mérito puestas a consideración del Panel Arbitral por TRANSMILENIO S.A. y correspondientes a la 3.15 y 3.24. El Primer Laudo definió sobre este aspecto lo siguiente:

*(...) “se le reconocerá fundamento a las excepciones de mérito propuesta por Transmilenio, denominadas "3.15 TRANZIT asumió el riesgo de demanda y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia y la "3.24 El Concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que los mismos se efectuó conforme a lo pactado en el Contrato de Concesión y a lo previsto en la matriz de riesgos - Anexo 5.”*

Se aclara que, para los efectos de este proveído, la excepción que tiene incidencia es la relacionada con el numeral 3.24.

De igual manera y con relación al tema que se analiza, vale decir el correspondiente a los riesgos, su distribución y asunción, el Primer Laudo determinó:

*“Este Tribunal no puede contravenir la voluntad de las partes frente a la asignación, y tipificación de riesgos que ellos mismos acordaron en el Contrato. Esta asignación de riesgos es válida así se hayan asignado al Contratista riesgos que TRANSMILENIO estaba en mejor posición de controlar y mitigar.*

*(...)*

*“Por otra parte, **no encuentra este Tribunal que haya motivos de naturaleza jurídica para modificar el Contrato que las partes libremente suscribieron**, máxime cuando lo que se pretende es que se le asigne de manera exclusiva a la entidad concedente los riesgos que habían sido asignados a ambas partes, o al Concesionario. Bajo el anterior entendimiento, esta pretensión no tendrá vocación de prosperar. Como se mencionó anteriormente, el solo hecho de que la matriz de riesgos del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 hubiera asignado a TRANZIT S.A.S. riesgos que el concesionario no estuviera en capacidad de administrar, controlar o mitigar, no implica, por sí solo, que la estipulación contractual de asignación de riesgos esté viciada de nulidad, o devenga ineficaz.*

*“Por lo tanto, si la estipulación en cuestión es válida, a ella debe atenerse el concesionario y cumplir con lo allí pactado por aplicación del principio pacta sunt servanda. Es decir, que TRANZIT está obligado a asumir los riesgos que se le hayan asignado en el contrato de concesión, aún si no estuviese en una mejor posición que la entidad concedente, para administrarlos, controlarlos o mitigarlos.*

*“No obstante lo anterior, si los riesgos asignados contractualmente a TRANZIT superan el alea ordinaria del negocio, actividad o servicio objeto del respectivo contrato de concesión, como en este caso, el servicio público de transporte masivo bajo el sistema SITP, tal y como fue concebido en el mismo contrato, ello podría dar lugar a un evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato, siempre que se cumplan los requisitos señalados en la ley y en la jurisprudencia para que el mismo pueda ser objeto de reconocimiento, por tratarse de riesgos extraordinarios cuya ocurrencia puede alterar la ecuación financiera del contrato en forma anormal y grave, de manera que impidan su ejecución o la tornen más onerosa para la parte afectada.” (Negrilla del Tribunal)*

De la lectura de las consideraciones del Laudo Anterior y tal como se mencionó en el acápite de análisis de la cosa juzgada, se evidencia que prosperó el reconocimiento de la excepción de mérito 3.24 presentada por Transmilenio S.A., la que, se repite, se contrajo a determinar que: *“El Concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que los mismos se efectuó conforme a lo pactado en el Contrato de Concesión y a lo previsto en la matriz de riesgos - Anexo 5.”*

Bajo las anteriores consideraciones, este Tribunal despachará favorablemente la Pretensión Sexta de la Demanda de Reconvención Reformada, en tanto y en cuanto, como el mismo Primer Tribunal sustentó en su Laudo, ninguna de sus decisiones fue adoptada contraviniendo lo convenido entre las Partes, de manera que se apegó a la distribución y asignación de riesgos prevista en el Anexo 5 del Contrato y que, en la autonomía de la voluntad, estas aceptaron con su suscripción.

#### **10.7        PRETENSIÓN CUARTA DE LA DEMANDA REFORMADA, EXCEPCIONES 5.4 Y 5.5 PROPUESTAS POR TRANSMILENIO EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA REFORMADA**

Señala la Pretensión Cuarta de la Demanda Reformada lo siguiente:

*“Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron entregados a TRANZIT S.A.S. los patios o terminales zonales definitivos.”*

La materia objeto de esta pretensión ya fue analizada en este Laudo desde la perspectiva de la cosa juzgada. En este punto advierte que, analizado el Laudo Arbitral proferido el 30 de noviembre de 2018, no se encuentra pretensión y/o excepción alguna, que comporte en su totalidad los elementos requeridos para la configuración de la de cosa juzgada en lo que hace relación al periodo que mediante la esta pretensión se reclama, a saber, el comprendido entre el *“1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019”*. Sobre el particular a

continuación se esbozarán algunas reflexiones sobre lo previsto contractualmente en esta materia.

Así las cosas, en cuanto a la entrega de los patios o terminales zonales definitivos, se hace menester referirse a lo pactado en la Cláusula 14.1 del Contrato de Concesión 011 de 2010<sup>135</sup>, la cual dispone:

*“CLÁUSULA 14. ETAPA DE TRANSICIÓN. 14.1. Terminales zonales. Durante los cinco (5) primeros años de la Concesión, contados a partir de la adjudicación del Contrato, se autoriza un periodo de transición para la operación de terminales zonales de carácter temporal, los cuales además de los requisitos exigidos por TRANSMILENIO S.A., en sus manuales de operación, deberán cumplir con los requisitos relacionados con la normatividad urbana que defina la Secretaría Distrital de Planeación para su incorporación urbanística legal, exclusivamente en esta etapa.*

*“Durante este periodo se permitirá la operación de terminales zonales en condiciones operacionales similares a las del transporte público colectivo actual, bajo las reglas definidas en el presente contrato. Con posterioridad a este periodo el Distrito ajustará la remuneración y adelantará todas las gestiones que garanticen la disponibilidad del suelo requerido para la operación en terminales zonales. Terminada la Concesión los patios o terminales zonales se revertirán al Distrito.*

(...)

*“Nota 2: finalizado el tercer año de concesión, contado a partir de la firma del Contrato el Distrito informará al CONCESIONARIO si se amplía o no la etapa de transición.*

*“Si transcurrido cinco (5) meses contados a partir de la adjudicación, el contratista no manifiesta por TRANSMILENIO S.A. su intención de construir directamente el Distrito adoptará las medidas necesarias para su construcción, haciendo efectivo el ajuste a la remuneración del concesionario previsto en la fórmula de remuneración del presente contrato.*

(...)

*“Finalizada la etapa de transición (5) años, el Distrito, soportado en los resultados de los estudios técnicos, financieros y legales que efectuó sobre el*

---

<sup>135</sup> Cuaderno 04. MM PRUEBAS. Carpeta 04. 115978.DVDPuebas No. 1 Pruebas aportadas con Contestación demanda folio 176 Carpeta T 115978 – Parte 1 Pruebas. Contestación Demanda Carpeta Contrato 01. Otrosíes Modificaciones y Prórrogas: Contrato ||-TRANZIT PDF.:

*tema, entregara los terminales zonales contruidos y adecuados para la operación directa por los concesionarios o en cabeza de un tercero concesionario de patios, a través del mecanismo que se establezca para el efecto. (...)"*

A este respecto, considera prudente este Tribunal de Justicia, hacer referencia a lo que señaló el Primer Laudo, frente al análisis de la interpretación y aplicación de la mencionada Cláusula 14. Al respecto indicó que<sup>136</sup>:

*"(...) De la cláusula 14 debe destacarse que dispone que "Con posterioridad a este período el Distrito ajustará la remuneración y adelantará todas las gestiones que garanticen la disponibilidad del suelo requerido para la operación en terminales zonales ... "*

*"Es decir, se reconoce que la operación de las Terminales Zonales por parte del concesionario tiene un impacto en su remuneración, pues finalizado el período de transición, tal remuneración será "ajustada." (...)*

*"Igualmente se dispone que, finalizada la etapa de transición de cinco años, el Distrito "entregará los terminales zonales contruidos y adecuados para la operación directa por los concesionarios o en cabeza de un tercero concesionario de patios ... "*

*"Es así que en el contrato se estableció como obligación del Distrito, entregar los terminales zonales, al finalizar la etapa de transición cuya duración prevista era de cinco años." (Se resalta)*

Ahora bien, sobre este mismo tema, el Laudo de 2018, efectuó un análisis de la asignación de riesgos en la matriz del proceso, concluyendo que:

*"En el Anexo 5 del Pliego de Condiciones se contempló como uno de los riesgos "operacionales", asignados al concesionario de operación, el consistente en "Mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales" respecto del cual, en cuanto a "observaciones", se afirmó:*

*"Consiste en el efecto económico originado en la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas lo que genera kilómetros en vacío durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales." (Subraya del Tribunal)."*

---

<sup>136</sup> Obrante en el expediente, en el Cuaderno de Medios Magnéticos Principal: subcarpeta 01. 115978 CD PRINCIPAL No1. LAUDO Y AUTO TRANZIT FOLIO 189.

*“De otra parte, es pertinente tener en cuenta lo establecido en el documento denominado "Anexo explicativo de la matriz de riesgos" el cual, forma parte integral del acta de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles, de fecha 12 de febrero de 2010.*

*“En ese documento se expresa " ... este anexo explicativo se limita a responder las solicitudes específicas presentadas en la audiencia de riesgos asignados en la matriz propuesta y sobre los documentos radicados en la audiencia." Y se agrega:*

*"Para este fin el documento se ha dividido en tres capítulos a saber: (i) Explicación general de la matriz de riesgos (ii) Estimación de los riesgos y (iii) Respuestas a las observaciones específicas presentadas en la audiencia."*

*“En el tercer acápite, entre varios de los riesgos a los que se refieren las respuestas se menciona el "Riesgo de Operación Mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales."*

*"Es importante precisar que en la medida en que el Distrito es el responsable de comprar y construir los terminales zonales, este riesgo solo se asigna al concesionario en la etapa de transición (5 años) en la cual le corresponde a éste la consecución de las áreas de estacionamiento de vehículos. Una vez el Distrito aporte los terminales zonales, las rutas iniciarán su recorrido desde dichos terminales." (Subraya del Tribunal)*

*"Naturalmente, siendo el concesionario el que determina la ubicación de los terminales, le corresponde al asumir el riesgo de los kilómetros en vacío que se generen por su decisión.*

*"Ahora bien, el contrato permite al concesionario - con fundamento en un estudio técnico que lo justifique - proponer las modificaciones a las rutas que considere necesarias para garantizar el servicio, lo que naturalmente incluye la modificación de los recorridos hasta las terminales zonales en caso de que no sea posible la consecución de suelo en alguna o algunas de las zonas concesionadas. En este evento, TRANSMILENIO S.A. analizará la solicitud y de ser pertinente autorizará la modificación de la ruta hasta el terminal zonal aprobado al concesionario.*

*"No obstante lo anterior, se estudiará la posibilidad de establecer la condición mencionada anteriormente de manera explícita en las minutas de los contratos, con el fin de generar la mayor claridad posible al respecto."*

*“La anterior aclaración contenida en el Anexo al Acta de la Audiencia Explicativa de la Matriz de Riesgos coincide con la respuesta otorgada a la inquietud formulada por la Cámara Colombiana de Infraestructura.*

*“Posteriormente, se emitió otro Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos, en el que aparece: "Este documento forma parte integral del acta de la audiencia explicativa por parte de la administración frente a las observaciones formuladas en la audiencia de asignación de riesgos, realizada el 16 de febrero de 2010 ..."*

*“En este documento se consignó el mismo texto que aparece en el Anexo a la audiencia anterior, en los siguientes términos:*

*"Riesgo de Operación - mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales.*

*"Con respecto a las observaciones referentes a este riesgo se reitera lo expuesto en el Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos, documento mediante el cual se resuelven las inquietudes de la audiencia de asignación de riesgos del 12 de febrero de 2010.*

*"En este sentido, nuevamente se resalta que en la medida en que el Distrito es el responsable de comprar y construir los terminales zonales, este riesgo solo se asigna al concesionario en la etapa de transición (5 años) en la cual le corresponde a éste la consecución de las áreas de estacionamiento de vehículos. Una vez el Distrito aporte los terminales zonales, las rutas iniciarán su recorrido desde dichos terminales y en este sentido no se generará un riesgo de kilómetros en vacío." (Subraya y negrita del Tribunal)."*

Por consiguiente, se verifica que existe una clara asignación de riesgos frente al periodo de transición y que así se pactó en la cláusula 14.1. del Contrato de Concesión 011 de 2010 para que, vencido el término de cinco (5) años de la mencionada etapa, la obligación de entrega de los patios o terminales zonales definitivos recayera en cabeza del Distrito.

Asimismo, sobre el cumplimiento de esta obligación de entrega, los testimonios que a continuación se citan, no solo permiten verificar que hasta la fecha la misma no se ha satisfecho sino, además, establecer los efectos del incumplimiento de ésta, resaltándose la importancia de la asignación o distribución de este riesgo en particular.

En este orden de ideas, la testigo Sughey Rodríguez indicó:

*“DR. MOLANO: Pasando a otro tema que usted nos ha tocado y es el tema de kilómetros en vacío, desde su perspectiva y en los distintos cargos como*

*gerente financiera y los que nos acaba de mencionar, cuál era la importancia para ustedes como concesionarios de tener un patio zonal definitivo?*

*SRA. RODRÍGUEZ: Pues la importancia era toda porque nosotros contábamos obviamente en el modelo financiero de la compañía con que se debían contemplar algunos kilómetros en vacío hasta digamos la etapa de transición para que Transmilenio entregara los patios definitivos, de hecho hasta que se ordenó la liquidación no se dio, hasta junio 29/19 nosotros seguimos sin recibir los patios por parte de Transmilenio y la importancia era toda por varias razones.*

*“Los kilómetros que el Concesionario tenía que asumir el costo por kilómetro que el Concesionario tenía que asumir por la falta de entrega de estos patios hacía que el déficit creciera enormemente. Y a qué me refiero con esos kilómetros en vacío, el Concesionario tenía que ir a surtir combustible a una ES particular y esos kilómetros de ida y de regreso de 600 carros que operan diariamente para ir a hacer esa labor, pues aumenta enormemente el déficit de la compañía para llevarlos al taller de mantenimiento porque en la entrega de patios definitivos hagamos de cuenta como un patio de... el patio tenía que ser entregado con cárcamos, hangares, toda la parte de mantenimiento dotada para que estos mantenimientos de carros se pudieran hacer dentro de los patios. (...)”*

Ratifica lo señalado por la testigo Rodríguez, el testimonio rendido por la señora María Isabel Patiño cuando, absolviendo el cuestionario del apoderado de Tranzit, señaló:

*“DR. GUTIÉRREZ: Perfecto, hablemos de un poquito de kilómetros en vacío, no voy a pedir de pronto que nos exponga el concepto y la problemática alrededor, pero quisiera simplemente que nos confirmara en una primera instancia si el Primer Laudo, o el laudo de noviembre-de 2018, hizo algún reconocimiento a favor de Tranzit. Por los inconvenientes de los patios provisionales, los patios definitivos y lo que se conoce como afectación por kilómetros en vacío, hubo algún reconocimiento?”*

*“SRA. PATIÑO: (...) Entonces los patios en esos patios pues hay que hacer inversiones, y esos patios tienen que cumplir con unas condiciones ambientales, cuando se termina el trayecto de una ruta hay que llevar el bus a parquearlo, y obviamente el bus va desocupado porque la ruta termina normalmente o inicia no en el patio, la gente no llega al patio a tomar el bus, la gente no camina al patio a tomar el bus, el patio es para parquear el bus, entonces el contrato había establecido una etapa de transición de cinco años donde los operadores, pues teníamos que asumir lo que se llama los kilómetros en vacío de gente por decirlo*

*así, el bus desocupado, ustedes a veces no sé si ustedes por la calle lo han visto, es un bus que va desocupado.*

*“Entonces esos kilómetros cuestan, cuesta el conductor, cuestan las llantas, cuesta el ACPM, cuesta la gasolina, cuesta todo, entonces el Transmilenio en eso y de verdad que la situación de predios de la ciudad de Bogotá es compleja tenían que decidir qué hacer con esos patios, en la medida que se pasó a los cinco años y no definió lo de los patios, nos quedamos con una situación terrible, de unos puntos, de unos trayectos en el bus desocupado, y eso se llama reconocer esos kilómetros donde el bus no está operando, y claro el tribunal también reconoció eso, dijo efectivamente Transmilenio no se pronunció y no aclaró el tema de los patios, dentro de los cinco años, pasaron los cinco años, y el riesgo con la matriz de riesgo del contrato pues le cae tiene que pagarle a Tranzit. (...)”*

*“DR. GUTIÉRREZ: Y a partir de ese corte que hemos estado hablando de junio julio de 2017 hasta la fecha que acaba el contrato, simplemente para que nos confirme, en algo se modificó la situación de los patios provisionales versus patios definitivos, y por ende kilómetros en vacío, se modificó en algo o hubo alguna mejora o hubo alguna gestión o acción de Transmilenio al respecto?”*

*SRA. PATIÑO: Ninguna.” (Se resalta)*

Por su parte, en el testimonio del señor Wilmer Alexis González Murcia, frente la siguiente pregunta del apoderado de Transmilenio, señaló que:

*“DR. MOLANO: Yo quisiera, en ánimos de la concreción, ya pasar a otro tema, creo que ha sido suficiente la exposición en este caso, y es algo directamente relacionado con el ámbito de su testimonio y puntualmente de la operación como tal de Tranzit, yo quisiera preguntarle si sabe usted si a julio del 2019, es decir, la fecha en que usted sale de Tranzit y paralelamente, si se quiere, se termina la operación de Tranzit, se le había entregado un patio zonal definitivo a Tranzit?”*

*“SR. GONZÁLEZ: No, ninguno de los patios que tenía Tranzit eran definitivos, eran patios Transitorios.”*

*“DR. MOLANO: Y había alguna perspectiva con Transmilenio, con el Distrito, con el IDU en el cual se le haya dicho al concesionario, ¿en este periodo de tiempo o en este horizonte claro se le va a entregar un patio a esa fecha?”*



*“SR. GONZÁLEZ: No, que yo sepa... nunca supe que hayan hecho alguna propuesta o alguna insinuación de que iban a entregar patios definitivos”*

(...)

*“DR. MOLANO: Yo le quisiera hacer una pregunta, simplemente apelando otra vez a su memoria, usted sabe si a julio del 2019 Tranzit seguía, ¿si se quiere sufriendo o teniendo que enfrentar kilómetros en vacío?”*

*“SR. GONZÁLEZ: Sí claro, hasta el último momento los patios donde se inició la operación fue donde se terminó, entonces siempre se hicieron kilómetros en vacío.”*

A su turno, y frente al cuestionamiento del apoderado de Transmilenio, el Ingeniero González contestó:

*“DR. BENAVIDES: Ingeniero, para ilustración del Tribunal, cuando usted habla de kilómetros en vacío y de los patios, si Tranzit, como lo pretende hacer creer, no tenía patios, ¿usted operaba en dónde? Dónde operaba Tranzit cuando usted fue jefe de operaciones.*

*“SR. GONZÁLEZ: Tranzit sí tenía patios arrendados, sitios en donde Tranzit arrendó un espacio para montar su patio de parqueo, alistado, mantenimiento. Lo que no teníamos eran los patios definitivos, que según el diseño inicial tenía que tener el sistema... el diseño definitivo los tenía que proveer Transmilenio, patios definitivos nunca se tuvieron, se tuvieron pasos transitorios que Tranzit debía arrendar”*

Por lo aquí expuesto y analizado, se observa que efectivamente, entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, los patios o terminales zonales definitivos, no fueron entregados a Tranzit S.A.S. además de que la pretensión, formulada como negación indefinida, no fue objeto de prueba en contrario por parte de Transmilenio. Así las cosas, a partir de lo expuesto y probado, concluye el Tribunal que la Pretensión Cuarta de la Demanda Reformada habrá de despacharse favorablemente y así quedará consignado en la parte resolutive de la presente providencia.

Respecto a las excepciones 5.4<sup>137</sup> y 5.5<sup>138</sup> propuestas en la Contestación a la Demanda Reformada, sobre la inexistencia de la obligación de entrega de patios o terminales zonales definitivos en cabeza de Transmilenio y consecuentemente la falta de legitimación por

---

<sup>137</sup> 5.4. LAS OBLIGACIONES RELACIONADAS CON LA ENTREGA DE LOS PATIOS O TERMINALES ZONALES DEFINITIVOS NO SE ENCUENTRA EN CABEZA DE TRANSMILENIO S.A. YA QUE DE ACUERDO CON EL CONTRATO DE CONCESIÓN N° 011 DE 2010, ESA ERA UNA RESPONSABILIDAD DEL DISTRITO.

<sup>138</sup> 5.5. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

pasiva, es meridiano para este Panel y así se aprecia de la lectura de la citada Cláusula 14.1., que dicha obligación recae en el Distrito, empero aun cuando ello sea cierto, no encuentra el Tribunal que las mismas estén llamadas a prosperar, pues de la lectura literal de la Pretensión Cuarta formulada por Tranzit, no se induce o se procura imponer obligación o responsabilidad distinta a las asignadas en el acuerdo negocial y solo se aspira al reconocimiento de la inexistencia de dicha entrega, la cual se halla ampliamente probada.

No obstante lo anterior, también es claro para esta Terna Arbitral que la ausencia de la obligación de entrega de patios o terminales zonales definitivos en cabeza de la Convocada susceptible de ser incumplida, no enerva los efectos que ello conlleva, ni implica la asunción de un riesgo ilimitado en cabeza de Tranzit de acuerdo con lo expuesto en el acápite previo de este Laudo.

#### **10.8 PRETENSIONES QUINTA Y NOVENA DE LA DEMANDA REFORMADA Y EXCEPCIONES 5.6 Y 5.7 FORMULADAS POR TRANSMILENIO.**

El texto de las pretensiones objeto de estudio en este acápite es el siguiente:

*“Quinta. Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no se cumplieron los requisitos para la finalización de la Fase 2 de implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).”*

*“Novena. Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019 no se cumplieron los requisitos para la integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).”*

Como ya se manifestó haciendo relación a la Pretensión Cuarta de la Demanda Reformada y analizado el Laudo Arbitral proferido el 30 de noviembre de 2018, no encuentra este Panel pretensión y/o excepción alguna, que implique que para el periodo reclamado, “1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019”, haya operado el fenómeno de cosa juzgada que impida que el Tribunal emita un pronunciamiento sobre la misma.

Indicado lo anterior, se considera necesario para la resolución de lo pretendido por la Convocante, iniciar con el análisis de lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto Distrital 309 de 2009<sup>139</sup>, así como con lo señalado en el Anexo Técnico del Contrato de Concesión 001 de 2010, disposiciones que, como se podrá colegir de su lectura, establecieron como requisitos para la finalización de la Fase 2 “Implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP)”, el cumplimiento de todos los parámetros determinados estos son, la integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad.

---

<sup>139</sup> Se precisa que, con la expedición del Decreto Distrital 535 de 2011, se derogó el parágrafo del artículo 19 del Decreto Distrital 309 de 2009.

El artículo 19 del citado decreto establece:

*“Artículo 19°. - Gradualidad en la implementación del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO. De conformidad con lo establecido en el Plan Maestro de Movilidad, el SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO se desarrollará en etapas o fases, con el fin de prestar un adecuado servicio al usuario. Para ello se han definido las siguientes fases:*

*“19.2. Fase 2 SITP. Implantación gradual de la operación.*

*“Una vez terminada la fase 1, se adjudicarán las licitaciones de operación zonales y del SIRCI y se iniciará gradualmente el nuevo esquema de prestación de servicio al usuario hasta culminar la integración total.*

*“El inicio de operación de cada una de las zonas operacionales será definido en los pliegos de condiciones de las licitaciones de operación zonales y del SIRCI.*

*“En esta fase, las zonas que inicien la operación se integrarán operacionalmente entre ellas y con el actual Sistema TransMilenio. En las demás zonas se mantendrán las condiciones de prestación del servicio del actual sistema de transporte público colectivo hasta tanto los operadores SITP inicien la prestación del servicio.*

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

- a. Integración operativa: Es la articulación de la programación y el control de la operación del transporte público de pasajeros, mediante la determinación centralizada, técnica, coordinada y complementaria de servicios a ser operados por los vehículos vinculados al SITP, mediante el establecimiento de horarios, recorridos, frecuencias de despacho e interconexión de la operación, facilitando la transferencia de pasajeros para cumplir las expectativas y necesidades de transporte de la demanda, según su origen y destino.*
- b. Integración física: Es la articulación a través de una infraestructura común o con accesos.*
- c. Integración virtual: Es la utilización de medios tecnológicos para permitir a los usuarios el acceso en condiciones equivalentes a las de la integración física.*

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

*“La integración tarifaria se dará tan pronto esté surtida la etapa de pruebas del SIRCI y se garantice la completa conectividad y seguridad en su integración con el actual sistema de recaudo del Sistema TransMilenio.*

*“La integración tarifaria implica la existencia de un medio tecnológico de pago común a los servicios integrados.*

*“En esta Fase se realizarán las obras de infraestructura previstas en el Plan de Desarrollo "Bogotá Positiva: Para Vivir Mejor", de conformidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.*

*“19.3. Fase 3 SITP. Operación Integrada del SITP.*

***“Una vez terminada la fase 2 se dará la integración tarifaria y operacional el 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad. (...)” (negrilla fuera del texto)***

A su turno, el Anexo Técnico del Contrato de Concesión 011 de 2010, siguiendo con los parámetros establecidos por el artículo 19 en cita, indica:

*“1.1. Fases del Proceso de Transformación*

*(...)*

*“Las diferentes fases del proceso de transición están asociadas a hitos que imprimen características particulares en el desarrollo del sistema. Así mismo aparecen, en el marco de la implementación, subhitos que exigen la definición de subfases dentro de las fases existentes:*

*“1.1.1. Los Hitos*

*“El artículo 19 del Decreto 309 de 2009, establece las siguientes fases y alcance de las mismas:*

*“Fase 2 SITP. Implantación gradual de la operación. Una vez terminada la fase 1, se adjudicarán las licitaciones de operación zonales y del SIRCI y se iniciará gradualmente el nuevo esquema de prestación de servicio al usuario hasta culminar la integración total. El inicio de operación de cada una de las zonas operacionales será definido en los pliegos de condiciones de las licitaciones de operación zonales y del SIRCI. En esta fase, las zonas que inicien la operación se integrarán operacionalmente entre ellas y con el actual Sistema TransMilenio. En las demás zonas se mantendrán las condiciones de prestación del servicio del actual sistema de transporte público colectivo hasta tanto los operadores SITP inicien la prestación del servicio. Para la entrada en operación de las rutas compartidas ambos operadores deben estar listos para dar inicio a la operación conjunta.*

*“Fase 3 SITP. **Operación Integrada del SITP. Una vez terminada la fase 2 se dará la integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad.***

*“En esta fase se realizarán mejoras a la infraestructura del sistema vial para generar eficiencias operacionales y se continuará el proceso permanente de ajuste de oferta a la demanda y de renovación de vehículos, conforme al Marco Fiscal de Mediano Plazo.” (negrilla y subraya fuera del texto)*

Es claro para este Panel Arbitral que las regulaciones en cita establecieron como requisitos para la implementación y consecencial operación integrada del SITP, los siguientes: i) la integración tarifaria y operacional y ii) que dicha integración tarifaria y operacional se encuentre dispuesta en el ciento por ciento (100%) de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor de Bogotá. La anterior manifestación se encuentra secundada en el numeral 2.2. del Peritaje Técnico rendido por la empresa de consultoría Cal y Mayor y Asociados S.C, cuando precisa en su experticia:

*“En tal virtud, las tres primeras fases de implementación hacen alusión a etapas secuenciales (licitación, implementación gradual y operación integrada) para integrar el antiguo esquema de transporte público colectivo y masivo como lo indica el parágrafo del Artículo 2 del propio Decreto, mientras que la cuarta fase se prevé para una eventual integración de modos férreos en la ciudad y la región.*

*“Adicionalmente, bajo el principio de gradualidad y progresividad, se estableció que durante la Fase 2 las zonas podían ingresar a operar bajo el esquema del*

*SITP en diferentes momentos de tiempo, siempre y cuando los servicios que iniciaran operaciones bajo el esquema del SITP se integraran entre sí y con el subsistema TransMilenio, mientras que los demás servicios permanecerían bajo el antiguo esquema del transporte público colectivo hasta hacer parte del SITP, en consistencia con lo indicado previamente sobre la transición entre ambos esquemas de transporte público.*

*“Cabe señalar que en la Fase 2 de implementación se contemplaron hasta cinco (5) modalidades de integración entre los servicios que iniciaban operaciones bajo el nuevo esquema del SITP, pudiendo darse cualquiera o varias de ellas para considerar que los nuevos servicios estaban integrados en el marco de esta fase. Las múltiples modalidades de integración contempladas para la Fase 2 incluyen formas de integración física, operativa o tarifaria (la integración virtual y de medio de pago son conducentes a una integración tarifaria), sin ser necesario el cumplimiento de todas ellas en conjunto.*

*“Sin embargo, para la Fase 3 de operación integrada se establece una condición diferente de integración e implementación para el SITP al enunciarse que “(...) Una vez terminada la fase 2 se dará la integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad”. Con base en lo anterior es claro que, desde el punto de vista técnico, en el marco de una implementación gradual y una transición entre sistemas de transporte público es posible avanzar paulatinamente en las diferentes zonas, rutas y tipos de integración en la ciudad (Fase 2), sin embargo, para que el SITP se considere operativamente integrado (Fase 3) es necesario una doble condición:*

- Que exista una integración tarifaria Y operacional en los servicios del SITP, es decir, no basta con una de las dos modalidades de operación sino que deben cumplirse ambas. Esto es consistente con lo establecido en el Decreto 319 de 2006 que establecía “(...) un proceso de integración operacional, tarifario e institucional” para conformar el SITP.*
- Que el 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad cuenten con estos dos tipos de integración.*

*(...)*

*“Si bien no existe una relación explícita entre las etapas contractuales descritas anteriormente y las fases de implementación del SITP consignadas en el Artículo 19 del Decreto 309 de 2009, técnicamente es posible establecer dicha relación, pues la ejecución del contrato está acompañada con la gradualidad y progresividad del Sistema prevista en el decreto de adopción. Así, la Fase 1 de*

*licitación del SITP no está contenida en las etapas contractuales, pues justamente es una instancia previa a la suscripción de los contratos, iniciándose a partir de la adjudicación de estos contratos la Fase 2 de implementación gradual. Dado que esta Fase 2 se extiende hasta culminar el 100% de integración operativa y tarifaria de todas las rutas del transporte público masivo terrestre automotor de Bogotá D.C., para lo cual se requiere haber culminado el plan de implementación del SITP, es posible afirmar técnicamente que dentro de la Fase 2 de implementación gradual del SITP ocurren la etapa pre-operativa y la sub-etapa de puesta en marcha de los contratos de concesión. Aquí se reitera la estrecha relación técnica que existe entre los conceptos de implementación e integración total del SITP: para garantizar que todo el transporte público masivo de la ciudad esté integrado tarifaria y operativamente, se requiere necesariamente que todos los servicios de la ciudad estén operando bajo el marco del nuevo SITP, es decir, que se terminen de implementar todos los servicios previstos para el SITP en todas las zonas concesionadas según el plan de implementación contractual. De hecho, el contrato relaciona la integración total del sistema como el plazo máximo para exigir a los concesionarios que se desmonte por completo el antiguo TPC. Finalmente, la sub-etapa de operación contractual estaría principalmente contenida dentro de la Fase 3 de operación integrada y Fase 4 de integración con modos férreos del Artículo 19 del Decreto 309 de 2009.*

(...)

*“Por último, el contrato indica en su Cláusula 12 que la integración total del sistema es el hito de referencia para que los concesionarios terminen de desintegrar la totalidad de la flota proveniente del TPC que no pueda ser usada en el SITP por el cumplimiento de su vida útil, reiterando la estrecha relación técnica que existe entre los conceptos de implementación e integración del SITP, toda vez que desde el punto de vista técnico no se puede contar con una integración total del sistema si aún operan vehículos del antiguo esquema del transporte público colectivo sin mecanismos de integración.”*

Por otra parte, encuentra prudente el Tribunal referirse a algunos de los testimonios rendidos a lo largo del proceso, en cuanto a sostener que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no se desmontó de manera total el transporte público colectivo denominado SITP Provisional, hecho que, claramente ratifica la imposibilidad de la integración tarifaria y operacional sobre el ciento por ciento (100%) de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor de Bogotá.

En dicho sentido, se inicia reseñando lo manifestado por el señor Mauricio Arciniegas, quien señaló frente al cuestionamiento del apoderado de Tranzit, lo siguiente:

*“DR. GUTIÉRREZ: De sus respuestas usted siempre nos ha hablado en pasado sobre la existencia del transporte público colectivo, partiendo de ahí, ¿usted nos puede decir cuando concluyó la operación de transporte público colectivo en Bogotá?”*

*“SR. ARCINIEGAS: No, no ha concluido, no es un tema político, es un tema de conceptos, es un tema técnico, se inventaron un adefesio, que fue una cosa que se llamó el SITP provisional, que lo único que hizo fue mantener la situación actual, eso era tratar de tapar el sol con las manos, esa fue la peor decisión que pudo haber hecho el distrito, porque lo que justamente premiaba era mantengamos un sistema, que no es el sistema que se quiere reemplazar, es un sistema que no es integrado, que se presta con buses viejos que todavía lo siguen haciendo y eso es lo peor que le puede suceder al SITP.”*

*“DR. GUTIÉRREZ: Ya para terminar algo que no recuerdo si contestó. o de pronto no me quedó, claro el SITP provisional continúa en vigencia, sigue operando?”*

*“SR. ARCINIEGAS: Sí, sigue operando, uno lo ve en la vía, hay buses todavía del SITP provisional que están operando, uno los encuentra en Bogotá, es muy fácil encontrarlo en la calle.”<sup>140</sup>*

De igual forma el Dr. Felipe A Ramírez Buitrago, Gerente de Transmilenio, en la prueba por informe<sup>141</sup> rendida bajo la gravedad de juramento, sobre esta temática señaló lo siguiente:

*“13. Infórmele al Tribunal, si a julio de 2019, aun se encontraban operando en la ciudad vehículos del denominado SITP Provisional.”*

*“En atención a la información solicitada, se informa que, para julio de 2019, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 190 de 2015, el SITP Provisional se encontraba operando con normalidad como lo sustenta la información de operación enviada diariamente por las empresas al centro de control, y en los reportes quincenales enviados por las Empresas, en este periodo.”*

*“14. Infórmele al Tribunal cuántos vehículos del SITP Provisional se encontraban transitando por la ciudad de Bogotá hasta julio de 2019, detallando a cuáles empresas se encontraban adscritos y las rutas que cubrían.”*

---

<sup>140</sup> Cuaderno 02 Pruebas. Carpeta Pruebas No. 04. 10. Pruebas 4 folio 10 – Transcripción 25.11.20 Testimonios Mauricio Arciniegas y Wilmer González pdf pagina 22.

<sup>141</sup> Cuaderno 02 Pruebas. Carpeta Pruebas No. 04.08. C Pruebas 4 folio 8 – 02.12.20 Transmilenio Informe bajo Juramento pdf.



*“En atención a esta solicitud, se informa que a julio de 2019 se encontraban 4.506 vehículos habilitados para operar en el SITP Provisional, adscritos a 53 empresas que cubrían 135 rutas como se muestra en la siguiente tabla.”*

Así las cosas, en línea con lo manifestado en el Primer Laudo<sup>142</sup>, se encuentra probado que en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no se cumplieron los requisitos para la finalización de la Fase 2 de implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP), sirviendo todo lo anterior como prueba de que tampoco se han configurado ninguna de las modalidades de integración previstas en el artículo 19 del Decreto 309 de 2009 dentro del periodo antes mencionado.

Por lo anteriormente expuesto y analizado, la Pretensión Quinta de la Demanda Reformada está llamada a prosperar y así quedará indicado en la parte resolutive, puesto que efectivamente no se cumplieron los requisitos para la finalización de la Fase 2 de implementación del SITP, ni se ha finalizado ninguna de las modalidades de integración establecidas en el artículo 19 del Decreto 309 de 2009, en particular aquellas de integración operacional y tarifaria.

Igual consideración debe realizarse en punto de la Pretensión Novena de la demanda arbitral en su versión reformada, la cual, como se vio, busca que el Tribunal declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019 no se cumplieron los requisitos para la integración total del SITP.

En efecto, ya se ha indicado que la conclusión incorporada en el laudo arbitral de fecha 30 de noviembre de 2018, relativa a que la integración total del SITP solamente se dará cuando se presenten las modalidades de integración previstas en el artículo 19 del Decreto 309 de 2009, circunstancia que no ocurrirá mientras se mantenga el denominado SITP Provisional, es una conclusión que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

---

<sup>142</sup> Laudo Arbitral No. 4971 del 30 de noviembre de 2018 se señaló:

*“El Tribunal revisó lo establecido en el Anexo Técnico y en el artículo 19 del Decreto 309 de 2009 en relación a la implementación del Sistema Integrado de Transporte Público y evidenció que, efectivamente, no se han cumplido los presupuestos ni los requisitos establecidos allí para que la Fase II del sistema SITP esté implementada, pues los mencionados documentos señalan que la Fase III iniciaría cuando la Fase II culminara, y dicha fase culminaría cuando se cumplieran con todos los parámetros establecidos, esto es, implementación operacional y tarifaria del 100% de las rutas del SITP, lo cual no ha ocurrido.”*

*En efecto, de acuerdo con el artículo 19 del Decreto 309 de 2009 y el Anexo Técnico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010; la Fase III del SITP, denominada "Operación Integrada del SITP" se describe así: "Una vez terminada la fase 2 se dará la integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad."*

*Para este Tribunal quedó probado que la "integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad", aún no ha ocurrido.”*

---

Y en este proceso, conforme a las pruebas ya referenciadas, se demostró que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019 siguió funcionando el SITP Provisional, motivo por el cual es claro que no se dio la integración total del SITP y así se dispondrá en la parte resolutive de este laudo arbitral.

Frente a las Excepciones 5.6<sup>143</sup> y 5.7<sup>144</sup> de la Contestación a la Demanda Reformada, basta señalar que de acuerdo con el artículo 19 del Decreto 309 de 2009 citado en precedencia es claro que la implementación del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO sería gradual, en dicho sentido, no comportando la Pretensión Quinta un análisis contrario respecto a lo excepcionado, pues únicamente se limita a discutir el cumplimiento o no de los requisitos establecidos para el avance y cambio de fase, particularmente la Fase 2, y habiéndola fallado favorablemente, este Tribunal encuentra que las excepciones no son procedentes.

#### **10.9 PRETENSIONES SEXTA, SÉPTIMA Y OCTAVA DE LA DEMANDA REFORMADA; EXCEPCIONES 5.8 Y 5.9 FORMULADAS POR TRANSMILENIO EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA REFORMADA.**

En las Pretensiones Sexta, Séptima y Octava de la Demanda Reformada se solicitó:

*“Sexta. Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron adjudicadas a un nuevo concesionario o nuevos concesionarios, las zonas de Suba Centro, Perdomo y Fontibón que fueron adjudicadas en la Licitación No. TMSA-LP-004 de 2009 a OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES -COOBUS S.A.S.- y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES - EGOBUS S.A.S.-, cuyos contratos fueron terminados.”*

*“Séptima. Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron implementadas las rutas que TRANZIT S.A.S. debía compartir con OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBUS S.A.S.”*

*“Octava. Que se declare que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron implementadas las rutas que TRANZIT S.A.S. debía compartir con EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES - EGOBUS S.A.S.”*

Para el análisis de las pretensiones citadas el Tribunal retoma lo dicho en el capítulo en el que se analizó lo relativo a la cosa juzgada y dejó establecido con claridad que teniendo

---

<sup>143</sup> 5.6. La Implementación Del Sistema De Previó Gradual Y Progresiva, Sin Un Límite De Tiempo Definido Para Su Terminación, y Sin Que Exista Una Disposición Contractual En Ese Sentido.

<sup>144</sup> 5.7. La Integración Del Sistema Se Produjo En Los Términos Y Condiciones Del Contrato, Sin Que Para Ningún Efecto En El Contrato Se Haya Dispuesto Na (sic) Sobre La Existencia De “Integración Total” Que Pueda Ser Exigible A Transmilenio”

en cuenta que las citadas pretensiones fueron formuladas como negaciones indefinidas que no requieren prueba, como quiera que Transmilenio no allegó prueba en contrario, las Pretensiones Sexta, Séptima y Octava de la demanda principal serán acogidas.

Ahora en lo que respecta a las excepciones 5.8<sup>145</sup> y 5.9<sup>146</sup> de la Contestación a la Demanda Reformada, este Tribunal encuentra que no prosperan y así lo definirá en los resuelve de este Laudo. Lo anterior, toda vez que las pretensiones Sexta, Séptima y Octava son objetivas y corresponden a negaciones indefinidas respecto de las cuales la Convocada no aportó prueba en contrario. Lo que efectivamente se observa en las alegaciones que sustentan estas excepciones, es el reconocimiento de que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019 no se adjudicaron a nuevos concesionarios, las zonas de Suba Centro, Perdomo y Fontibón, ni fueron implementadas las rutas que Tranzit debía compartir con Egobús y Coobús.

**10.10      PRETENSIONES DÉCIMA Y UNDÉCIMA DE LA DEMANDA REFORMADA, PRETENSÓN QUINTA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA, EXCEPCIONES 5.10, 5.11, 5.12 Y 5.13 FORMULADAS POR TRANSMILENIO EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA REFORMADA**

Señalan las pretensiones Décima y Undécima lo siguiente:

*“Décima. Que se declare que el ingreso al Sistema sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal (evasión alimentación), no era un riesgo que se encontraba tipificado y asignado en la matriz de riesgos del Contrato de Concesión No. 011 de 2010.”*

*“Décima Primera. Que se declare que el ingreso al Sistema sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal (evasión alimentación), constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que alteró el equilibrio financiero del Contrato No. 011 de 2010, a cuyo restablecimiento está obligada TRANSMILENIO S.A.”*

A efectos de abordar el análisis de las citas pretensiones, este Panel nuevamente recurrirá a transcribir, en los términos expuestos en el acápite de análisis de la Cosa Juzgada, los argumentos empleados por el Primer Tribunal respecto del riesgo de evasión:

---

<sup>145</sup> 5.8 Las Actuaciones Adelantadas Por Transmilenio S.A. En Relación Con Egobus y Coobus Tienen Pleno Respaldo Legal Y Contractual No Teniendo Obligación Ninguna Frente A Lo Que Se Pretende Por Tranzit S.A.S.

<sup>146</sup> 5.9. Las Rutas Asignadas A Coobus y Egobus Fueron Debidamente Implementadas Y Operan Sin Inconveniente Alguno.

*“Antes de hacer referencia a los términos en los que el riesgo de evasión fue contemplado en el contrato de concesión, es pertinente puntualizar que tal riesgo se configura cuando el pasajero evade el pago de la tarifa al usuario.*

*“La anterior precisión se hace necesaria, puesto que la parte demandante incluye como una materialización de este riesgo, el hecho de que pasajeros dentro de la operación de alimentación ingresen a un vehículo en una estación y se bajen en otra sin entrar a validar a al portal para tomar el componente troncal.*

*“Para el Tribunal en vista de que al estructurar el sistema no se previó remuneración por tal servicio, dicho comportamiento no podría considerarse evasión, pues no se ha presentado incumplimiento por parte del pasajero de su obligación de pagar el tiquete.*

*“Es pertinente mencionar que en los "Estudios previos definitivos" a este respecto aparece:*

*"Las rutas alimentadoras sin validación en vehículos guardan el concepto de integración del actual Sistema TRANSMILENIO, la contabilidad del usuario integrado solo se logra cuando dicho usuario valida su entrada a zona paga en las plataformas de integración de portales y estaciones de integración del Sistema TRANSMILENIO ( ... )" 124 (Subraya del Tribunal).*

*“Una vez sentado lo anterior, es pertinente referirse a los términos en los que el riesgo de evasión fue considerado en la matriz de riesgos, plasmada en el Anexo 5 al pliego de condiciones del contrato de concesión 011 de 2010.*

*“En tal Anexo 5 se previó como riesgo comercial el "Riesgo de cartera por fraude en los medios de pago en buses" y en las observaciones se estableció:*

*"La estructura de riesgos del contrato de concesión consagra cuatro causas probables de acontecimiento del riesgo de cartera por fraude. La primera de ellas es el fraude tecnológico, relacionado la administración de las aplicaciones, el segundo, el que se produce en estaciones y puntos de venta, el tercero consiste en el ingreso al bus, evadiendo el pago y el cuarto hace referencia a los robos de dinero (no conciliaciones de dinero recibido vs entregado). Todos los riesgos son asignados al concesionario del SIRCI, por ser el encargado de la operación de recaudo, salvo el tercero mencionado el cual se asigna al operador de transporte, por tratarse de un tipo de fraude que depende exclusivamente de quien tiene el contacto directo con el*

pasajero al momento del ingreso al vehículo, es decir el operador de transporte."

"La asignación de este riesgo no implica que el Estado desatienda su obligación de velar por el control de las situaciones que impliquen hechos o conductas que atenten contra la seguridad de la ciudadanía y/o la prestación de los servicios públicos, ni que ésta responsabilidad se desplace por efectos del contrato al concesionario, a lo que se refiere es que el concesionario debe contemplar el impacto económico que ello cause en la estructuración financiera de su modelo.

"Es importante anotar que en caso de configurarse la situación contemplada en el riesgo, es decir, si un pasajero no validó su ingreso al sistema por evadir el medio de pago, lo que implica es que no sólo el concesionario de operación debe asumir su impacto, sino que el concesionario del SIRCI también lo asume y en general el sistema que no puede registrar su ingreso y por ende su pago." (Subrayas propias del Autor).

"De otra parte, en la cláusula 17 del contrato de concesión, sobre "Obligaciones del Concesionario derivadas de la Concesión de la operación del SITP" se pactó:

"17. 1 Respecto a la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros

"(. . .)

"17.1.21 .Responder por la evasión del pago de la Tarifa al Usuario que se genere con motivo del comportamiento de /os conductores contratados por su empresa y en general por todos /os mecanismos de control de acceso al vehículo"

"De las previsiones contractuales el Tribunal concluye, en primer lugar, que **el riesgo de evasión previsto era aquél que podía materializarse en la operación zonal y no el referido a eludir la validación al ingresar a las estaciones, correspondiente a la alimentación troncal.**

"En segundo lugar, que tanto la obligación a la que hace referencia la cláusula 17.1.21 del contrato, como el riesgo descrito en la matriz de riesgos, parten de que el conductor pueda tener alguna injerencia en el comportamiento del pasajero o se refiere a los mecanismos de control de acceso al vehículo que pueda implementar el concesionario.

(...)

*“Ahora bien, **respecto de la evasión en la operación de alimentación, se trata de un riesgo que no fue previsto en el contrato**, cuya materialización podría dar lugar a un desequilibrio financiero del mismo, si al cuantificarlo se advierte un impacto grave en la ecuación contractual.”*

Así las cosas, de la lectura de lo anterior, y tal como se expuso en el literal C del análisis de la Cosa Juzgada, cuando en el Primer Laudo se procedió a abordar lo concerniente al eventual rompimiento del equilibrio económico del Contrato, se puntualizó por parte del Tribunal que existen dos eventos distintos del riesgo de evasión, a saber: a) en la operación zonal (Evasión Zonal) y b) en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal (Evasión Alimentación), y que, según lo previsto en la cláusula 17, aquél que fue previsto corresponde a *“aquél que podía materializarse en la operación zonal y no el referido a eludir la validación al ingresar a las estaciones, correspondiente a la alimentación troncal.”*

Con fundamento en esta diferenciación, el Primer Tribunal procedió a establecer que de conformidad con lo previsto en la cláusula 17.1.21 del Contrato, al igual que el evento descrito en la matriz de riesgos, frente a la evasión, parte del supuesto de que el conductor tenga alguna injerencia en el comportamiento del pasajero, o frente a los mecanismos de control de acceso al vehículo que pueda implementar el concesionario. Consecuentemente, la obligación prevista en la señalada cláusula no implicaba que Tranzit debiera asumir el costo de la evasión que se generaba en circunstancias que no se relacionaban con el comportamiento de los conductores o con los mecanismos de control de acceso al vehículo que no estaba habilitado para implantar.

De ahí que, a juicio del Primer Tribunal, la evasión en tales condiciones, tanto en la operación zonal como en el componente de alimentación, podría considerarse un hecho imprevisto, ajeno a Tranzit, que podría conducir al desequilibrio económico del contrato, para cuya procedencia se requería determinar el monto de la evasión y su impacto en la economía del negocio.

Según las consideraciones precedentes, ha quedado definido en el Laudo de 2018, con fuerza de cosa juzgada, que la llamada Evasión Alimentación no era un evento previsto ni asignado en la matriz de riesgos del contrato, y que de haber seguido ocurriendo, en la misma forma, después del 30 de junio de 2017, fecha de corte del dictamen técnico financiero del primer arbitraje, se trataría de circunstancias ajenas y por tanto, no imputables a Tranzit, que eventualmente podrían alterar el equilibrio económico del negocio, dependiendo del impacto que hubiesen causado en la economía del contrato.

Así, existiendo cosa juzgada sobre estas dos pretensiones, este Panel Arbitral se atiene a lo dispuesto por el Primer Tribunal y mantendrá el sentido que fue definido en él, vale decir la prosperidad de las pretensiones décima y décima primera de la Demanda Principal Reformada. Ahora bien, en lo que respecta a las pretensiones de condena correspondientes, este Tribunal se pronunciará más adelante.

Ahora, en lo que respecta a la Pretensión Quinta de la Demanda de Reconvención Reformada, la cual señala que:

*“QUINTA. Que se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, concretamente en cuanto a la entrega de patios o terminales zonales definitivos, implementación, validación del medio de pago y evasión fue un riesgo asumido por el oferente adjudicatario TRANZIT S.A.S. y asignado en el Contrato de Concesión N° 011 de 2010.”*

Tal y como está redactada en literalidad esta pretensión y teniendo en consideración lo ya analizado en el numeral 11.6 de este proveído y lo explicado en el presente numeral, este Panel Arbitral negará la Pretensión Quinta de la demanda de Reconvención.

Por otro lado, el Tribunal habrá de despachar desfavorablemente las excepciones 5.10<sup>147</sup> y 5.11<sup>148 y 149</sup> de la Contestación a la Demanda Reformada puesto que, al existir al respecto cosa juzgada sobre los temas sobre las cuales versan, este Panel Arbitral no se encuentra facultado para pronunciarse sobre las mismas.

Al respecto de la excepción 5.12<sup>150</sup> de la Contestación a la Demanda Reformada cabe indicar que no está llamada a prosperar. Esto toda vez que, tal como se sustentó en el acápite de Consideraciones del Tribunal al respecto de la Teoría de los Actos Propios, el Principio de Buena Fe y la existencia del denominado Pleito Pendiente, al haberse incluido en el numeral 7.4 del Acta de Liquidación Final la referencia al presente litigio, para Transmilenio resultaba claro que por medio del presente proceso Tranzit procedería a efectuar las reclamaciones económicas que considerara pertinentes, entre ellas las relativas a desequilibrios económicos del Contrato.

Ahora bien, por otro lado, debe recordarse que el Primer Laudo, estableció con claridad meridiana las condiciones respecto de las cuales se analizó la configuración del

---

<sup>147</sup> 5.10 Ningún “Evento Ajeno” en Materia de Validación de Medio de Pago (Alimentación) Está Probado y Puede Ser Asumido por Transmilenio S.A. en los Términos de la Ley, del Contrato de Concesión y del Funcionamiento del Sistema.

<sup>148</sup> 5.11 Tranzit Asumió el Riesgo de Demanda y En Tal Virtud las Implicaciones de su Ocurrencia Hasta la Liquidación Final del Contrato.

<sup>149</sup> Esta excepción fue propuesta por Transmilenio y concedida por el primer Tribunal al referirse en el acápite de Consideraciones sobre la Teoría del Equilibrio Financiero del Contrato y la asignación de riesgos, así como, en el acápite de pronunciamiento de las excepciones.

<sup>150</sup> 5.12. Inexistencia De Los Supuestos Legales Y Jurisprudenciales Para Declarar El Restablecimiento Del Esequilibrio (sic) Económico Del Contrato Solicitado Por Tranzit S.A.S. En Las Pretensiones De Condena.

desequilibrio económico en materias tales como es el riesgo de evasión alimentación, de tal manera que este Tribunal se acoge a lo resuelto en el Laudo de 2018, sustentando entonces que: *“para que pueda predicarse la configuración del desequilibrio contractual, es necesario: i) La ocurrencia de un hecho sobreviniente e imprevisto que afecte las condiciones de ejecución inicialmente pactadas, y que impone su revisión con el fin de restaurar las condiciones (o su equivalente) bajo las cuales se celebró el negocio jurídico, ii) En este punto, es de gran importancia destacar que siempre parte la ley de hechos sobrevinientes que afecten la ejecución y disturben lo pactado, lo cual se revisa para reinstaurar las condiciones iniciales de contratación: ningún otro es el propósito normativo y por lo mismo, ninguna otra la capacidad de las partes del contrato público, y iii) El Incumplimiento de lo estipulado en perjuicio de la parte cumplida. Resulta evidente que estos supuestos no se configuran en el presente asunto.”*

Por su parte sobre la excepción 5.13<sup>151</sup>, el Panel habrá de despacharla desfavorablemente pues la pretensión incoada por la Convocante versa sobre el riesgo de evasión alimentación, y no sobre el de pago. Siendo además las diferencias entre estos riesgos esclarecidas y delimitadas según lo previsto en el Laudo de 2018, situaciones que como ya se mencionó hicieron tránsito a cosa juzgada.

## **11. LAS PRETENSIONES DE CONDENA**

### **11.1. LAS PRETENSIONES DE CONDENA DE LA DEMANDA REFORMADA**

A continuación, se abordarán las pretensiones de condena, identificadas como pretensiones: décima segunda a décima octava, de la Demanda Reformada, las cuales señalan lo siguiente:

*“**DE CONDENA:** como consecuencia de la prosperidad de todas o algunas de las pretensiones declarativas, prosperen, de forma total o parcial, las siguientes pretensiones:*

*“**Décima Segunda.** Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a TRES MIL SETECIENTOS OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO DIEZ PESOS (COP\$3.708.864.110), por concepto de kilómetros en vacío, causados entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, como consecuencia de la no entrega de patios o terminales zonales definitivos.*

---

<sup>151</sup> 5.13 Tranzit S.A.S. Asumió El Riesgo de Evasión y Debe Hacerse Cargo de Las Implicaciones de Su Ocurrencia



*“Décima Tercera. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTISIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SEIS PESOS (COP\$9.727.494.906), por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros, necesaria para restablecer el equilibrio financiero del Contrato, alterado por la no finalización de la Fase 2 de implementación del SITP, entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, o en la cuantía, oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.*

*“Decima Cuarta. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTICINCO MIL DIECISÉIS PESOS (COP\$8.348.925.016), para restablecer el equilibrio financiero del Contrato No. 011 de 2010, alterado por la terminación de los Contratos de OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES -COOBUS S.A.S.- y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES - EGOBUS S.A.S, entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, o en la cuantía, oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.*

*“Décima Quinta. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S., la suma que actualmente asciende a NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTISÉIS MILLONES VEINTIUN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS (COP\$9.826.021.599), la cual resulta necesaria para restablecer el equilibrio económico del Contrato, alterado por el ingreso dejado de percibir como consecuencia de los pasajeros transportados sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal, entre el 1 de agosto de 2015 y el 30 de junio de 2017, o los conceptos y sumas que se encuentren probados.*

*“Décima Sexta. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S., la suma que actualmente asciende a CINCO MIL*

*QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (COP\$5.550.531.539), la cual resulta necesaria para restablecer el equilibrio económico del Contrato alterado por el ingreso dejado de percibir como consecuencia de los pasajeros transportados sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal, entre el 1 de julio de 2017 y el 28 de junio de 2019 o los conceptos y sumas que se encuentren probados.*

*“Décima Séptima. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. las costas del proceso, incluyendo agencias en derecho, honorarios y gastos del Tribunal.*

*“Décima Octava. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. 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.”*

#### **11.1.1. La Pretensión Décima Segunda de Condena**

Como quedó definido en otro segmento de la parte motiva de este laudo arbitral, la pretensión cuarta declarativa de la Demanda en su versión reformada está llamada a prosperar. En virtud del éxito de dicha súplica quedó demostrado que entre el 1º de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019 no fueron entregados a Tranzit los patios zonales definitivos, lo cual abre paso a que el Tribunal de Arbitraje aborde el estudio de la Pretensión Décima Segunda de condena, en virtud de la cual se solicitó por la Convocante que se condene a Transmilenio al pago de una suma equivalente a TRES MIL SETECIENTOS OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO DIEZ PESOS (\$3.708.864.110), por concepto de kilómetros en vacío causados por la no entrega de los referidos patios o terminales zonales definitivos.

Está probado en este proceso que, con la entrega de los patios o terminales zonales definitivos por parte del Ente Gestor, se reducirían a cero los kilómetros en vacío de la operación, toda vez que los servicios comenzarían desde las mismas instalaciones de los patios. En este sentido, el dictamen pericial elaborado por Cal Y Mayor, después de recordar que durante la etapa de preguntas y respuestas de la Licitación TMSA-LP-004 de 2009, Transmilenio fue claro en indicar que el riesgo de los kilómetros en vacío desaparecería con la entrega de los patios definitivos, estando dicho riesgo temporalmente limitado a la etapa de transición, dejó establecido que, en efecto, entre el 1º de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019 no se produjo la entrega de los patios definitivos, circunstancia que

generó kilómetros en vacío que no fueron remunerados y que por ende, generó un perjuicio indemnizable al Concesionario.

Al respecto los testimonios recaudados en este proceso, además de explicar el concepto de kilómetros en vacío, indicaron que después del mes de julio de 2017 y hasta el 12 de julio de 2019, no se produjo la entrega de los patios, circunstancia que causó un daño para Tranzit, daño que fue reconocido por el laudo arbitral del 30 de noviembre de 2018 y que siguió produciendo efectos en el referido periodo, posterior al laudo.

En este sentido la testigo María Isabel Patiño indicó en qué consisten los kilómetros en vacío y las consecuencias que genera que ellos no sean remunerados al Concesionario, señalando que luego del mes de julio de 2017 ellos se siguieron causando. Dijo la testigo:

*“Entonces esos kilómetros cuestan, cuesta el conductor, cuestan las llantas, cuesta el ACPM, cuesta la gasolina, cuesta todo, entonces el Transmilenio en eso y de verdad que la situación de predios de la ciudad de Bogotá es compleja tenían que decidir qué hacer con esos patios, en la medida que se pasó a los cinco años y no definió lo de los patios, nos quedamos con una situación terrible, de unos puntos, de unos trayectos en el bus desocupado, y eso se llama reconocer esos kilómetros donde el bus no está operando, y claro el tribunal también reconoció eso, dijo efectivamente Transmilenio no se pronunció y no aclaró el tema de los patios, dentro de los cinco años, pasaron los cinco años, y el riesgo con la matriz de riesgo del contrato pues le cae tiene que pagarle a Tranzit.*”

Similar explicación ofreció la testigo Sughey Rodríguez, quien ilustró al Tribunal acerca de cómo la afectación por kilómetros en vacío se siguió presentando luego de la expedición del laudo arbitral del 30 de noviembre de 2018:

*“(…) nosotros contábamos obviamente en el modelo financiero de la compañía con que se debían contemplar algunos kilómetros en vacío hasta digamos la etapa de transición para que Transmilenio entregara los patios definitivos, de hecho hasta que se ordenó la liquidación no se dio, hasta junio 29/19 nosotros seguimos sin recibir los patios por parte de Transmilenio y la importancia era toda por varias razones.*”

*“Los kilómetros que el Concesionario tenía que asumir el costo por kilómetro que el Concesionario tenía que asumir por la falta de entrega de estos patios hacía que el déficit creciera enormemente.”*

(...)

*“DR. MOLANO: Desde su conocimiento como usted nos indicó inicialmente gerente financiera y posteriormente gerente general, si no estoy mal hasta el tema de la liquidación, usted se acuerda si a julio/19 Tranzit seguía sufriendo efectos económicos desfavorables de esos kilómetros en vacío?”*

*“SRA. RODRÍGUEZ: No, total, total, o sea nosotros hasta el último día que operamos esto fue 29 de junio/ 19 teníamos los efectos de los kilómetros en vacío, o sea Transmilenio pagó lo del laudo, lo reconoció, lo pagó, trató de a través de unas mesas técnicas mirar la forma de que esto se menguara un poco, se pudiera solucionar, pero no, al final terminamos con lo mismo, los mismos kilómetros en vacío probados en las rutas que se servían en la operación zonal.”*

Los testigos Mauricio Arciniegas Jaramillo y Wilmer Alexis González Murcia, igualmente hicieron referencia a las consecuencias económicas derivadas de los kilómetros en vacío generados por la no entrega de los patios definitivos, lo cual coincide con lo expresado en el peritaje elaborado por Cal y Mayor, conclusiones que no fueron desvirtuadas en el proceso, como pasa a explicarse.

Para el cálculo de los kilómetros en vacío causados por la no entrega de los patios zonales definitivos entre julio de 2017 y julio de 2019, el perito Cal y Mayor acudió al sistema GOAL, empleado por los concesionarios del SITP para realizar la programación de la operación, en el cual aparecen los kilómetros en vacío asociados para cumplir con los despachos comerciales.

El procedimiento seguido por el perito Cal y Mayor en relación con el sistema GOAL\_BUS, aparece descrito en las páginas 79 y 80 del dictamen y allí se señaló que para tal menester (i) se consultó con los operadores del centro de control zonal de Usme los registros diarios de kilómetros en vacío programados desde julio de 2017 hasta julio de 2019, información que aparece discriminada por tipo de servicio, tipología de vehículo y ruta; (ii) se descontaron aquellos kilómetros en vacío “cruzados”, esto es, los que corresponden a *“recorridos muertos que realiza el operador desde el otro extremo de la ciudad para retornar al patio transitorio en Usme”*, exclusión realizada bajo el entendimiento de que los concesionarios podrían compartir infraestructura a efectos de reducir el impacto al inicio o al final de la operación desde el otro extremo de la ciudad; y, (iii) se procedió a calcular la cantidad de kilómetros en vacío realmente ejecutados, afectando los kilómetros programados tomando en consideración el cumplimiento diario de despachos comerciales del Concesionario en cada ruta, de donde se obtiene la información discriminada por ruta, tipología y tipo de servicio, sin considerar los llamados “cruzados”.

Efectuado el anterior procedimiento, en la tabla 14 obrante en la página 80 del dictamen, el perito expuso el cálculo de los kilómetros en vacío por la no entrega de los patios zonales

definitivos a partir del cumplimiento de la etapa de transición. En dicha tabla aparecen discriminados, como ya se dijo, por tipología y el total asciende a 1.846.837 kilómetros en vacío entre el 1º de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019. Debe precisarse que los causados desde el 2 de noviembre de 2015 (fecha en que debía producirse la entrega de los patios zonales o patios no troncales) y hasta junio de 2017 fueron materia de juzgamiento en el laudo arbitral de fecha 30 de noviembre de 2018, por lo que en el peritaje presentado en este proceso arbitral no fueron tenidos en cuenta.

En este punto es importante poner de presente que Transmilenio cuestionó el peritaje de Cal y Mayor por cuanto afirmó que realizada una comparación entre los datos expuestos por el perito y los que reposan en el sistema GOAL\_BUS, aparecen diferencias significativas a favor de Tranzit. Para tal efecto, en su alegato de conclusión incorporó unos cuadros comparativos en donde, según lo allí expuesto, aparecen diferencias evidentes, a pesar de que los datos debían coincidir.

En la audiencia de interrogatorio con fines de contradicción celebrada el 26 de enero de 2021, al encargado de la elaboración del dictamen a cargo de Cal y Mayor, esto es, al Ingeniero Miguel Andrés Castillo Rangel, se le indagó sobre la exactitud de esas cifras y sobre la metodología seguida para tal fin. Frente a ello, el Ingeniero Castillo fue claro e ilustrativo en señalar que dicha metodología ha sido incluso aprobada por Transmilenio para suscribir otrosíes con otros Concesionarios y ponerles fin a las divergencias surgidas sobre ese particular. Esa información fue confirmada en la comunicación de fecha 9 de marzo de 2021, remitida por el perito en cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal, en la que se indicó que *“la metodología desarrollada en el marco del presente tribunal ha sido empleada por el Ente Gestor y los operadores en la negociación del Otrosí suscrito en 2019 para el reconocimiento de los kilómetros en vacío (si bien no tuvimos participación directa en ello), y que esta adopción se desarrolló en paralelo al principio de acuerdo conciliatorio del tribunal de arbitramento donde en efecto Cal y Mayor participó en calidad de perito de parte.”*

Por lo demás, debe el Tribunal indicar que la diferencia de cifras señalada en la objeción por error grave no fue demostrada por Transmilenio, dado que, aunque en el alegato se pusieron de presente unas diferencias comparativas, no hay evidencia de la señalada discordancia, es decir, no hay un elemento de juicio serio y contundente que conduzca al Tribunal a concluir que, en efecto, las cifras fueron alteradas, modificadas o variadas en favor de Tranzit y que esa diferencia de información condujo a que los datos fueran por completo equivocados y, por ende, las conclusiones igualmente desatinadas, motivo por el cual la determinación del número de kilómetros en vacío contenidas en el dictamen de Cal y Mayor serán tenidos en cuenta por el Tribunal.

En este sentido, vale la pena poner de presente que los cuadros incorporados en el alegato de conclusión de la Convocada, en donde se concretó y materializó la objeción por error grave, coinciden con los cuadros que trajo el perito Antonio Vargas del Valle en su dictamen

de contradicción y que corresponden a seis días de operación (1º de enero al 6 de enero de 2019), en los que, según el perito, existen diferencias, por lo que, en su sentir, *“existe una alta probabilidad de que los datos utilizados por Cal y Mayor no estén reflejando lo aportado por el software GOAL y que además estén inflados a favor de Tranzit”*, no obstante lo cual no se aportó documento o elemento de juicio alguno tendiente a evidenciar que la “alta probabilidad” de la diferencia de datos sea evidente y comprobable, de tal suerte que haga que el dictamen pericial elaborado por Cal y Mayor en punto de la determinación de los kilómetros en vacío carezca de mérito demostrativo.

Igual consideración puede hacerse respecto de otras afirmaciones contenidas en el dictamen del perito Vargas del Valle, tales como que *“se genera la duda sobre si los porcentajes de cumplimiento utilizados por Cal y Mayor en el resto del periodo de reclamación se encuentran acordes con aquellos extraídos del software GOAL\_BUS o no”* y, en general, todas aquellas imputaciones relacionadas con la inexactitud de los datos extraídos del mencionado software, las cuales no cuentan con el respaldo demostrativo suficiente como para que el Tribunal, como se dijo, considere que se trata de datos alejados de la realidad, por lo que se tomarán como acertadas las conclusiones que en este particular tópicamente aparecen consignadas en el dictamen de Cal y Mayor.

Partiendo de la base de que los kilómetros en vacío generados entre el 1º de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019 ascienden a 1.846.834, para su cuantificación el Tribunal acudirá al dictamen pericial elaborado por la firma Strategas Consultores S.A., aportado por Tranzit. En dicha prueba, el perito Strategas tomó en consideración los datos extraídos del dictamen de Cal y Mayor y consideró que *“estos kilómetros en vacío no estaban previstos dentro del Contrato de Concesión, por lo tanto, al recorrer estos kilómetros se está no solo desgastando la flota, sino que todos los costos de operación y administración de este kilometraje no están siendo remunerados para el Concesionario”* (página 8 del dictamen), por lo que, en su sentir, es necesario aplicar la cláusula 64 del Contrato de Concesión a efectos de remunerarlos, a lo cual procedió de la siguiente manera:

*“Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el espíritu del Contrato es que el Concesionario fuese remunerado por los kilómetros recorridos, estos kilómetros debían generar ingresos para el mismo, por lo tanto se considera pertinente aplicar lo previsto en la Cláusula 64 del Contrato de Concesión que indica que para la operación no troncal, se debe aplicar la siguiente fórmula de remuneración:*

$$RZONA_i = \{f(Q)Zonali \times \sum((TMVZ \times VEH / 4,3) + (TKMZ \times KM )) + (OE \times TPASZ \times PP) - ARTZ_i\}$$

*“Si bien se observan distintas variables dentro de la fórmula, para dar alcance a la presente pregunta, nos referiremos únicamente a la variable  $TMKZ_{i,k}$  la cual a su vez es definida por el contrato de acuerdo con lo siguiente:*

*“TKMZ i,k: Remuneración por kilómetro programado y efectivamente recorrido por los vehículos tipo “k” en la operación “i” (\$/km) , ajustada y revisada, vigente en el momento de calculo. A partir de la primera revisión de TKMZ en el cuarto (4) año de operación, la remuneración por vehículo se diferenciará por tipología de vehículo, revisión aplicable y tipo de combustible o fuente de energía empleado.”*

*“De acuerdo con los estudios previos, para la operación no troncal la tarifa TKMZ incorpora dentro de su pago los siguientes ítems de la operación:*

- 1. Costos variables de operación por kilómetro (combustibles, neumáticos, lubricantes)*
- 2. Costo de mantenimiento*
- 3. Costos de control*
- 4. Costos de Gestión de Flota (Programación)*
- 5. Costos de Conductores”*

Hechas las anteriores consideraciones, el perito procedió a tomar en cuenta las liquidaciones periódicas de la tarifa TMKZ para Tranzit por tipología de vehículo, luego de lo cual indicó que la determinación del valor es el producto de *“multiplicar mensualmente los Kilómetros en vacío calculados por el Perito Técnico y la remuneración por kilómetro (\$/km) de acuerdo con el Contrato de Concesión, para el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019”*, lo cual, de acuerdo con lo que aparece en el cuadro obrante en la página 10 y 11, asciende a la suma de Tres Mil Setecientos Treinta y Dos Millones Seiscientos Setenta y Un Mil Pesos (\$3.732.671.953,00), en pesos del 30 de septiembre de 2019.

Para el Tribunal el cálculo efectuado por el perito Strategas es acertado, está acorde con lo pactado en el Contrato de Concesión y se basa en los datos extraídos del dictamen elaborado por Cal y Mayor, conclusiones que se muestran pertinentes por la solidez de sus consideraciones; no obstante lo anterior, habida cuenta que el Tribunal solo puede fallar por el quantum de lo pretendido, al observarse que el valor probado por el perito supera lo previsto en la pretensión se procederá a imponer condena en contra de Transmilenio por la suma de Tres Mil Setecientos Ocho Millones Ochocientos Sesenta y Cuatro Mil Ciento Diez Pesos (\$3.708.864.110) con lo cual prospera la Pretensión Décima Segunda de la Demanda Reformada, y así aparecerá reflejado en la parte resolutive del laudo arbitral.

#### **11.1.2. La Pretensión Décima Tercera de Condena**

De acuerdo con lo expuesto en consideraciones precedentes, la pretensión quinta declarativa de la demanda está llamada a prosperar, según la cual se pidió declarar que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no se cumplieron los requisitos para la finalización de la Fase 2 de implementación del SITP, súplica que está relacionada con la

pretensión novena de la Demanda, la cual igualmente debe salir avante y en cuya virtud se pidió declarar que entre referido periodo no se cumplieron los requisitos para la integración total SITP.

Por lo anterior se hace necesario estudiar la pretensión de condena que resulta consecencial, esto es, la identificada como la décima tercera. En virtud de esta pretensión condenatoria se solicita la suma de Nueve Mil Setecientos Veintisiete Millones Cuatrocientos Noventa Y Tres Mil Novecientos Seis Pesos (\$9.727.494.906), por concepto de menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros, necesaria para restablecer el equilibrio financiero del Contrato, alterado por la no finalización de la Fase 2 de implementación del SITP, entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019.

En el dictamen pericial elaborado por Cal y Mayor al que tantas veces se ha hecho referencia, se estableció que Tranzit resultó afectado por la demora en la finalización de la implementación de la Fase 2 entre el 1º de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, afectación que estuvo representada en la pérdida de pasajeros, esto es, en el menor número de validaciones, que fueron establecidas en 55.506.551 pasajeros. En las páginas 90 y 91 del dictamen elaborado por Cal y Mayor Asociados se incluyen en los cálculos la pérdida de demanda por concepto de falta de implementación del SITP y desmonte del denominado SITP Provisional, *“ambos hechos derivados del incumplimiento de los concesionarios Egobús y Coobus y la prolongación del servicio del SITP Provisional”*.

Con base en dichos cálculos, concluyó el perito Cal y Mayor:

*“(…) que la falta de finalización del plan de implementación y el desmonte definitivo del Transporte Público Colectivo (SITP Provisional) ocasionados por el incumplimiento de Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S., han disminuido en promedio cincuenta y cinco millones quinientos seis mil quinientos cincuenta y un (55.506.551) pasajeros pagos la demanda a ser transportados por el Concesionario en su zona adjudicada entre el 1 Julio de 2017 y el 12 de Julio de 2019, determinándose además con un 95% de confianza estadística que esa pérdida de demanda ha sido como mínimo de 52.969.960 y que no ha sido superior a 58.043.138 para el periodo de reclamación, lo que permite dar seguridad al Honorable Tribunal sobre la magnitud de los impactos ocasionados.”*

Como se observa, entonces, para el perito Cal y Mayor el número total de pasajeros menos como consecuencia de la no implementación de la Fase 2 del SITP es de 55.506.551. Ahora bien, como lo señala con acierto el perito Strategas en la página 16 del dictamen, ese número incluye o contiene el número de pasajeros perdidos por las demoras en la implementación de las rutas compartidas con Coobús y Egobús, por lo que es necesario excluir estos últimos a fin de obtener un cálculo independiente y que corresponda



exclusivamente a la demora en la implementación de la Fase 2 del SITP, lo cual le arrojó un número de 29.994.872.

Dijo sobre el particular el perito Strategas:

*“Teniendo en cuenta que estos 55.506.551 de pasajeros perdidos contienen los pasajeros perdidos por demoras en la implementación de rutas compartidas con COOBÚS y EGOBÚS, afectación que se describe adelante, para tener los cálculos independientes es necesario valorar esta afectación sin los pasajeros perdidos por rutas compartidas.*

*“Al excluir de los pasajeros perdidos por la demora en la finalización de la Fase 2 de Implementación, los pasajeros perdidos por demora en la implementación de las 17 rutas compartidas con COOBUS y EGOBUS, el impacto en la menor demanda de pasajeros pagos es de 29,994,872 pasajes para toda la operación zonal.”*

A efectos de determinar la remuneración a la que tendría derecho el Concesionario conforme a lo establecido en la cláusula 64 del Contrato de Concesión, afirmó el perito Strategas que *“el valor resultante de multiplicar la demanda por la tarifa pasajero arroja el menor ingreso obtenido por TRANZIT desde el 1 de julio de 2017 hasta el 12 de julio de 2019 y por lo tanto el menor ingreso percibido por el concesionario, corresponde al impacto al concesionario y por ende el menor margen dejado de ingresar; es decir que la operación que TRANZIT llevó a cabo durante dicho periodo tiempo, con sus correspondiente costos y gastos asociados, fue absorbida con menores ingresos.”*

Por ello, prosigue en su análisis el perito financiero con base, a su vez, en los análisis efectuados por el perito técnico determinó que el cálculo de la pérdida real de 29.994.872 pasajeros es producto de establecer la demanda potencial de pasajeros y la demanda real, es decir, se estableció la demanda total perdida para todas las rutas zonales de Tranzit y se comparó con los pasajeros efectivamente transportados y remunerados, excluyendo las 17 rutas compartidas con Coobus y Egobus. En tal virtud, en la tabla No. 7 obrante en la página 18 del dictamen financiero se establece la mencionada diferencia (pasajeros efectivamente recibidos versus pasajeros potenciales) y se valoró con base en la TPASZ (Tarifa por Pasajero Zonal), lo cual arrojó un total de Diez Mil Ciento Cuarenta y Cuatro Millones Novecientos Catorce Mil Seiscientos Setenta Pesos (\$10.144.914.670,00.) con corte al 30 de septiembre de 2020.

Resulta necesario hacer referencia nuevamente al dictamen pericial de contradicción elaborado por Antonio Vargas del Valle, quien cuestionó varios aspectos del peritaje elaborado por Cal y Mayor en punto de la determinación del menor número de validaciones en razón de la no implementación de la Fase 2 del sistema.

Específicamente cuestionó el método utilizado al efecto por Cal y Mayor, afirmando que *“El modelo utilizado por el perito, parte de un supuesto en el que hace una abstracción de la forma en que funciona un sistema de movilidad urbano y trata el problema del transporte público como un hecho aislado y controlado, lo que produce errores desde el planteamiento del análisis, principalmente porque las matrices de base utilizadas en la modelación no son obtenidas de trabajos de campo en los horizontes temporales de estudio (...)”*. Igualmente señaló que *“ (...) los modelos de transporte son herramientas de predicción útiles para el análisis de alternativas posibles y el diseño de soluciones de movilidad a futuro, que, si bien pueden utilizarse para evaluar situaciones en el pasado, no presentan la precisión y certidumbre que el Perito de TRANZIT asegura en sus escritos (...)”*. En consecuencia, concluyó el perito Vargas del Valle que *“Dado que la metodología empleada por el Perito no permite concluir que las cifras obtenidas en sus análisis sean precisas, la demanda potencial de usuarios aquí presentada no tiene sustento técnico para la cuantificación de perjuicios.”*

En la diligencia de interrogatorio del perito encargado por Cal y Mayor para la elaboración del dictamen, celebrada el 26 de enero de 2021, se hizo referencia a la fiabilidad de los modelos de transporte utilizados por el perito, así:

*“DR. MOLANO: Muchas gracias Miguel, en otra oportunidad pues tal vez en distintos momentos del interrogatorio el doctor Benavides hacía referencia cuál era si se quieren las fuentes de información a partir de la cual Cal y Mayor construyó su modelo de transporte y en distintos ejercicios eso fue lo cuestionado un poco que Cal y Mayor se hubiera tomado una fuente directa en estudios de campo que respondió que usted había tomado información del Distrito y del ente gestor, yo le quiero preguntar a usted desde el punto de vista técnico y en su experiencia qué relevancia y qué seguridad tiene para un estudio de estos que la información provenga del propio ente gestor de un sistema de transporte masivo?”*

*“SR. CASTILLO: Claro, en términos de ingeniería de transporte, siempre se debe funcionar o recopilarse esta información, proveniente de las autoridades, por qué, porque gozan de la mayor credibilidad a la hora de utilizarla en cualquier estudio y naturalmente en este dictamen con mas ver, digamos nosotros tuvimos la decisión de partir de esto, por qué, es información que se recopila con unos presupuestos importantes, esto digamos para ilustración del honorable Tribunal, la información que nosotros estamos utilizando le costó miles de millones de pesos al Distrito, esto no es una información que se recopiló ni en una semana, ni en un mes, estos son años de monitoreo que hace el gobierno del Distrito a través de Transmilenio a través de la Secretaria de Movilidad en donde*

*esas autoridades donde contrata gente que tiene que seguir unos estándares también de calidad, esto es algo importante destacar.*

*“No es que un funcionario de Transmilenio nada más se para en una esquina y cuenta carros, esto tiene una interventoría normalmente, esto tiene una supervisión y esto tiene unos procedimientos de cómo tomar la información que quien la toma debe seguirlo de hecho ese es un paso que es un manual que definió Cal y Mayor para Bogotá o sea la toma de información que se hace para Bogotá la hace con un manual que elaboró en 2006 Cal y Mayor y en ese sentido, nosotros como poco conocemos cómo se hace esa información y le creemos a la información porque se realiza bajo estos protocolos bajo estos estándares porque se contratan firmas especializadas en el tema para tomar esa información.*

*“Dicho esto, creemos, nosotros siempre utilizamos esta información desde las fuentes oficiales en nuestros proyectos, para citarles un ejemplo les decía que eventualmente nosotros nos encontramos realizando la primera línea de estudio de Metro Bogotá, el estudio de registrando el incidente el estudio del norte, en estos tres proyectos que como se podrán imaginar ustedes son los más importantes para la administración y para la ciudad región en estos momentos nosotros estamos utilizando información secundaria capturada y recopilada por las entidades y goza de la total credibilidad de nosotros en cualquier consultor porque es la autoridad la que está publicando esta información.”*

En consecuencia, encuentra el Tribunal que la metodología utilizada por el perito Cal y Mayor ofrece credibilidad; cosa diferente es que en el peritaje de contradicción se haya ofrecido una alternativa diferente, pero en modo alguno le resta verosimilitud a los modelos de transporte tenidos en cuenta.

Así las cosas, para el Tribunal esos cálculos resultan ajustados y no ofrecen dudas en cuanto a su veracidad, a lo cual debe agregarse que los reparos efectuados por Transmilenio están más orientados a establecer la inexistencia de incumplimiento de su parte por la no implementación del SITP, pero no de la veracidad de las cifras. En este punto tanto el dictamen técnico como el financiero fueron bastante explicativos y las conclusiones aparecen debidamente sustentadas, por lo que el Tribunal, en aplicación de lo previsto por el artículo 232 del Código General del Proceso, les otorga plena credibilidad a los aludidos dictámenes.

De lo anterior, la Pretensión Décima Tercera de la Demanda Reformada está llamada a prosperar y se impondrá condena contra Transmilenio por valor de Diez Mil Ciento Cuarenta y Cuatro Millones Novecientos Catorce Mil Seiscientos Setenta Pesos (\$10.144.914.670,00.), de acuerdo a lo demostrado a lo largo del proceso.

### **11.1.3. La Pretensión de Condena Décima Cuarta**

Como las pretensiones sexta, séptima y octava de la demanda reformada están llamadas a prosperar y, por ende, el Tribunal declarará que entre el 1º de julio de 2019 y el 12 de julio de 2019 no se adjudicaron a un nuevo concesionario las zonas de Suba Centro, Perdomo y Fontibón que fueron adjudicadas COOBUS y a EGOBUS S.A.S., cuyos contratos fueron terminados y que entre la misma fecha no fueron implementadas las rutas que la Convocante debía compartir con dichos concesionarios, la pretensión décima cuarta de condena igualmente prosperará.

En virtud de dicha pretensión condenatoria se solicitó al Tribunal ordenar el pago de Ocho Mil Trescientos Cuarenta y Ocho Millones Novecientos Veinticinco Mil Dieciséis Pesos (\$8.348.925.016,00), con el fin de reestablecer el equilibrio económico alterado como consecuencia de la terminación de los contratos de concesión con COOBUS y a EGOBUS S.A.S.

Obra en el proceso, como ya se indicó al resolver la pretensión relacionada con el detrimento experimentado por el Concesionario como consecuencia de la no implementación de la Fase 2 del SITP, prueba de que existió pérdida de pasajeros pagos como consecuencia de la demora en la implementación del plan de rutas compartidas por parte de Tranzit con Coobus y Egobús.

En efecto, Cal y Mayor, a partir del modelo de transporte elaborado, se determinó que, en efecto, existió un menor número de pasajeros por no haberse adjudicado a nuevos concesionarios las zonas de Suba Centro, Perdomo y Fontibón, circunstancia que tramo como consecuencia que no se hayan implementado las rutas que Tranzit debía compartir con Coobús y Egobús entre el 1º de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019.

Con este propósito dijo el perito Cal y Mayor en la página 92 de su dictamen:

*“Conforme se indicó anteriormente, en el caso particular de Tranzit S.A.S. el treinta y cinco por ciento (35%) de sus rutas (17 en total) son compartidas con Egobús S.A.S. o Coobús S.A.S., lo cual compromete de manera directa la operación de doscientos setenta y seis (276) vehículos asignados a la zona de Usme e implica una pérdida de demanda para Concesionario.*

*“Para calcular el impacto directo que ocasiona sobre el Concesionario la pérdida de demanda de pasajeros pagos ocasionada por el incumplimiento de Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S. en las diecisiete (17) rutas que comparten en Usme, se partió de la estimación hecha para todas las rutas asignadas al Concesionario (Tabla 15) y se calculó cuál fue el impacto atribuible únicamente a las diecisiete (17) rutas que debían*

*ser compartidas con Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S. La siguiente tabla presenta el cálculo referenciado.”*

Como resultado de la aplicación de la metodología descrita en el dictamen, se concluyó que el impacto fue de 25.511.679 pasajeros dejados de transportar, cálculos que, como ya se indicó en esta laudo no fueron desvirtuados con el dictamen elaborado por el Ingeniero Antonio Vargas del Valle, dado que no se demostró que el modelo de transporte y las modulaciones efectuadas por Cal y Mayor fuesen absolutamente contrarias a la realidad, que partieran de bases equivocadas o que se basaran en suposiciones huérfanas de respaldo, que es lo que constituye un verdadero error grave.

Con base en esos cálculos, en el dictamen pericial financiero elaborado por Strategas se determinó la remuneración a la que tendría derecho el Concesionario, lo cual constituye el perjuicio indemnizable que habrá de reconocer el Tribunal para el periodo correspondiente al 1º de julio de 2017 y 12 de julio de 2019.

En este sentido, en el dictamen financiero se midió el impacto económico de la menor demanda (páginas 19 y 20) y se concluyó:

*“Como resultado, se observa una pérdida de 25,511,679 pasajeros menos al corte de 12 de julio de 2019, ocasionada por el incumplimiento de la implementación de Egobús S.A.S. y Coobús S.A.S. en las diecisiete (17) rutas que comparten en zona de Usme. Al valorar dicho impacto, la suma por menores pasajeros asciende a \$8.606.054.801,00 pesos del 30 de septiembre de 2020.”*

En consecuencia, se impondrá condena por valor de Ocho Mil Seiscientos Seis Millones Cincuenta y Cuatro Mil Ochocientos Un Pesos (\$8.606.054.801,00), suma que está debidamente probada en este proceso, dado que la cuantificación elaborada por el perito Strategas no fue desvirtuada. Con lo anterior prospera la Pretensión de Condena Décima cuarta, que en materia de cuantía si bien indicó un valor, señaló como opción aquella que resultara probada.

#### **11.1.4. Las Pretensiones de Condena Décima Quinta y Décima Sexta**

En lo que atañe a las pretensiones de condena Décima Quinta (relacionada con el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, alterado por el ingreso dejado de percibir como consecuencia de los pasajeros transportados sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal, entre el 1 de agosto de 2015 y el 30 de junio de 2017) y Décima Sexta (relacionada con el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato alterado por el ingreso dejado de percibir como consecuencia de los pasajeros transportados sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal,

entre el 1 de julio de 2017 y el 28 de junio de 2019), se pronuncia el Tribunal en los siguientes términos:

Sobre la Pretensión Décima Quinta de Condena, esta no está llamada a prosperar tal como se sustentó en el acápite relativo al análisis de la cosa juzgada, toda vez que el Primer Tribunal ya se pronunció sobre el periodo comprendido entre 1° de agosto de 2015 y el 30 de junio de 2017.

En cuanto a la Pretensión Décima Sexta el Tribunal encuentra lo siguiente:

Se pretende la condena al pago a favor de Tranzit de la suma de Cinco Mil Quinientos Cincuenta Millones Quinientos Treinta y Un Mil Quinientos Treinta y Nueve Pesos (\$5.550.531.539) con el propósito de *“restablecer el equilibrio económico del Contrato alterado por el ingreso dejado de percibir como consecuencia de los pasajeros transportados sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal”*, entre el 1 de julio de 2017 y el 28 de junio de 2019.

Como se señaló anteriormente, el Tribunal denegó la pretensión décima quinta de condena pues ha operado el fenómeno de la cosa juzgada respecto de lo resuelto por el Laudo de 2018. Por su parte, frente a la pretensión de condena que ahora ocupa la atención del Tribunal, esto es, la décima sexta, por corresponder a periodos diferentes a los indicados en la Pretensión Décima Quinta, cabe resaltar que no opera el fenómeno de la cosa juzgada, como quedó definido en el acápite del análisis de la cosa juzgada, motivo por el cual no se volverá acerca de dicha institución jurídica y de su operancia o no frente a las mencionadas súplicas de la demanda reformada.

En este punto, vale la pena poner de presente que en el Primer Laudo, la pretensión atinente a la reparación del daño sufrido en razón del desequilibrio económico causado por los pasajeros transportados sin validación (evasión), correspondiente al periodo comprendido entre el 1° de agosto de 2015 y el 30 de junio de 2017, fue denegada, por cuanto dicho Tribunal Arbitral consideró que no se probó el valor con el cual el Concesionario quedaría en un punto de no pérdida.

En efecto, estimó dicho Tribunal de Arbitraje que la reparación a favor del Concesionario debía corresponder, conforme a la jurisprudencia vigente, a aquella que lo ubicara en un punto de no pérdida, para lo cual debía demostrarse que la Tarifa Pasajero, con la cual se calculó el valor indemnizatorio, no contara con un ingrediente tendiente a reconocer la utilidad. Expresado en otras palabras, aunque en dicho proceso arbitral se demostró que el Concesionario tenía derecho a ser reparado, no se probó que la tarifa con la que se le iba a reconocer las pérdidas experimentadas por la evasión no tuviese un componente de utilidad.

Se lee en el aparte respectivo (páginas 314 y 315) del laudo del 30 de noviembre de 2018 lo siguiente:

*“Ahora bien, el valor reclamado por la parte demandante lo obtiene multiplicando el número de pasajeros por la tarifa por pasajero y se solicita la actualización de ese valor.*

*“Sin embargo, para el Tribunal tal liquidación no corresponde al valor necesario para llevar al concesionario a un punto de "no pérdida" pues no ha quedado demostrado que la Tarifa Pasajero esté despojada de un ingrediente de remuneración a la inversión o utilidad.*

*“Por el contrario, en el hecho 918 de la demanda, se reconoce que la tarifa por pasajero transportado está destinada a remunerar, entre otros, la rentabilidad sobre capital invertido.*

*“En tales condiciones, al no haber quedado demostrado el valor de acuerdo con el cual el concesionario quedaría en un punto de "no pérdida", el Tribunal considera que la pretensión subsidiaria a la pretensión cuadragésima novena no podrá prosperar. En consecuencia, el Tribunal tampoco puede acceder a una condena derivada de esta pretensión subsidiaria a la pretensión quincuagésima novena, razón por la cual la pretensión centésima décima tampoco prospera.”*

Por lo anterior, entiende este Tribunal de Arbitraje que demostrado que en este proceso en el periodo correspondiente al 1 de julio de 2017 y el 28 de junio de 2019, la reparación igualmente debe dejar al Concesionario en un punto de no pérdida, para lo cual es menester que se acredite que en la Tarifa Pasajero no existe un componente de utilidad.

En consecuencia, partiendo de la base que conforme a lo resuelto en el Laudo Anterior, Tranzit tiene el derecho a ser reparado por el fenómeno de la evasión en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal, el éxito de la pretensión décimo sexta de la Demanda Reformada está condicionado a la plena demostración, en primer lugar, de la existencia del fenómeno de la evasión en el periodo indicado; y, en segundo lugar, a la acreditación de que la Tarifa Pasajero, con la cual se debe calcular la respectiva reparación económica a fin de restablecer el equilibrio económico alterado, no contiene un componente de utilidad o si, por el contrario, lo llegará a contener, establecer su valor para ser excluido. Si alguno de los mencionados presupuestos no está debidamente probado, no puede accederse a dicha reparación.

En el presente caso, no se probó que la Tarifa Pasajero esté desprovista del componente de utilidad, motivo por el cual, como sucedió en lo resuelto en el laudo arbitral del 30 de noviembre de 2018, no es posible determinar con precisión el monto dinerario con el cual

el Concesionario quedaría ubicado en un punto de no pérdida y, por ende, la Pretensión décima sexta será denegada. En efecto, apreciadas en conjunto las pruebas obrantes en el proceso, echa de menos el Tribunal Arbitral la prueba de que la Tarifa Pasajero no contiene un elemento de utilidad para el Concesionario, como pasa a ponerse de presente.

En primer lugar, en el dictamen pericial elaborado por Cal y Mayor, aportado al presente proceso por Tranzit, se determinó la metodología tendiente a establecer al número de pasajeros que no fueron objeto de validación, esto es, que evadieron, como se observa en las páginas 93 a 95 del referido dictamen, metodología y análisis que condujeron al perito a determinar el número de pasajeros transportados que evadieron el pago, tomando la demanda total de pasajeros movilizados y contrastándola con los que en realidad pagaron, lo cual arrojó una pérdida total de 17.045.393 pasajeros. Revisado el experticio, no se observa que se haya mención alguna en relación con la Tarifa Pasajero, que es la que, como se dijo, debe utilizarse para remunerar el menor número de validaciones, en punto si en ella va incorporada o no el componente de utilidad, aspecto fundamental, como se ha venido indicando, para la determinación de la reparación a la que tendría derecho el Concesionario.

Ese aspecto tampoco se evidencia en el dictamen financiero elaborado por Strategas, toda vez que la determinación del valor a reparar allí efectuada tampoco tuvo en cuenta la cifra tendiente a ubicar al Concesionario en un estado de no pérdida. Observa el Tribunal que la para tal efecto se tomó el número de pasajeros que evadieron “y se multiplicó con la tarifa por pasajero (TPASZ) que le corresponde a TRANZIT. La tarifa que remunera cada pasajero transportado es la aprobada para TRANZTI (Operador de Usme), debidamente ajustada”, sin que se hubiese hecho mención alguna al componente de utilidad que se le debía restar, como se evidencia en la conclusión obrante en la página 14 de dicho dictamen:

*“En consecuencia, como resultado del estudio realizado por el Perito Técnico, se observa que en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2017 y el 28 de junio de 2019, TRANZIT tuvo una pérdida de 17.045.393 pasajeros, los cuales en la operación de Usme utilizaron el sistema sin la validación del medio de pago (evasión), y que valorados a la tarifa pasajero (TPASZ) ascienden a la suma de \$5.754.611.508,00 pesos del 30 de septiembre de 2020.”*

Tampoco se hizo mención alguna al tema en comentario en la diligencia de interrogatorio que con fines de contradicción se llevó a cabo el 27 de enero de 2001. Al perito Edgard Enrique Leguizamón, encargado por Strategas de la elaboración del dictamen, ninguna pregunta se le formuló en tal sentido, circunstancia que igualmente se predica del dictamen de contradicción elaborado por Antonio Vargas del Valle, lo cual lleva a concluir al Tribunal que no hay en el proceso prueba alguna que acredite que la tarifa no cuenta con un componente de utilidad, de tal suerte que si ella se toma para remunerar al Concesionario, éste quedará en un estado de no pérdida.



En este sentido, en el alegato de conclusión de la Convocante se indicó que el hecho de que el Concesionario reciba la remuneración pactada en la Cláusula 64 del Contrato de Concesión no implica que ello le deje una utilidad y muestra de ello es que su operación fue siempre deficitaria. Se lee en el alegato:

*“Que el Concesionario reciba esta remuneración no quiere decir que TRANZIT obtenga utilidades. Quiere decir que el componente de utilidad, llegado el caso, estaba llamado a provenir de esa forma de remuneración.*

*“Para poder establecer si con el pago de la remuneración a favor del Concesionario habría lugar a generar utilidades al Concesionario, no se puede observar el contenido de cada uno de los componentes de la tarifa, sino la situación del Concesionario mismo, se insiste, una cosa es que en uno de los componentes de la remuneración se busque compensar la utilidad del Concesionario, y otra muy diferente concluir que al compensarlo por dicho concepto se le estén generando utilidades.*

*“Basta con observar que la situación de TRANZIT siempre fue deficitaria, tanto así que el desastre en el SITP la llevó a entrar en liquidación por adjudicación (cosa que ya había ocurrido, aunque por razones distintas, a otros dos concesionarios). Esto hace evidente que las sumas de dinero que reciba TRANZIT por concepto de indemnización de perjuicios por concepto de evasión apenas servirán, y eso que parcialmente, para el pago de pasivos con terceros. Pero lo anterior, no es sólo la situación actual de TRANZIT, sino que ya lo era para la época de las afectaciones que aquí se busca reparar.”*

El Tribunal considera que el hecho de que la situación de Tranzit siempre haya sido deficitaria puede obedecer a múltiples razones, algunas de ellas imputables al propio reclamante, por ejemplo, porque estructuró equivocadamente su oferta; porque elaboró un plan de negocios equivocado, o porque adelantó una mala administración del negocio. El panel entiende que al hacerse referencia a colocar al afectado en una situación de no pérdida, no se hace alusión al estado financiero de toda la concesión, si no a la reclamación puntual que da lugar a la reparación, de manera que se busca que, respecto de la operación específica de que se trate, el concesionario obtenga la remuneración esperada, pero sin reconocerle utilidad por tal operación, lo que exige restar de la respectiva tarifa el monto correspondiente al factor de utilidad incorporado en ella; solo así se logra colocar al afectado en un punto de no pérdida.”

Para el Tribunal, el hecho de que Tranzit haya experimentado pérdidas durante los últimos cuatro años de operación, como quedó demostrado con el dictamen de Strategas, no es prueba de que la tarifa no contenga un elemento destinado a la utilidad; se insiste: echa de menos el Tribunal una prueba clara y precisa que demuestre esa circunstancia y que, por ende, permita concluir que si se toma la citada Tarifa Pasajero para calcular la reparación económica, el Concesionario quedará en estado de no pérdida, motivo por el cual la pretensión será denegada y así se dirá en la parte resolutive de este laudo.

#### **11.1.5. La Pretensión de Condena Décima Octava**

Mediante esta pretensión se solicita condenar a la “*EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. 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.*”

Teniendo en consideración todo lo expuesto y a la luz de lo consagrado en los artículo 1608 del Código Civil y el artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo dispuesto por la Ley 80 de 1993, aplicable en un todo al Contrato en análisis, se condenará a la Empresa Transmilenio S.A a pagar a Tranzit intereses moratorios desde la ejecutoria del presente Laudo hasta que se realice el pago total de la obligación a una tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, según lo previsto en el numeral 8 del artículo 4 del Estatuto General de la Contratación Administrativa<sup>152</sup>.

#### **11.1.6. Excepciones 5.14, 5.15 Y 5.16 de la Contestación de la Demanda Reformada**

En cuanto a las excepciones 5.14<sup>153</sup> y 5.15<sup>154</sup>, que versan sobre la figura del Cobro de lo No Debido, así como la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios, debe indicarse que toda vez que Transmilenio será condena a pagar las sumas que quedaron establecidas al decidir las respectivas pretensiones, las mismas no están llamadas a prosperar.

No puede olvidar el Tribunal que la pretensión Décima Octava de Tranzit hace referencia a los intereses de mora que se causen a partir de la ejecutoria del Laudo, en tal virtud la excepción de Transmilenio no está llamada a prosperar en tanto y en cuanto la solicitud no hace referencia a intereses moratorios anteriores a la ejecutoria del Laudo. De igual manera, como ya se señaló, se aplicará la tasa de mora adoptada en precedencia propia

---

<sup>152</sup> En caso de requerirse una actualización, la misma habrá de efectuarse de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.1.1.2.4.2 del Decreto 1082 de 2015.

<sup>153</sup> 5.14. Cobro de Lo No Debido.

<sup>154</sup> 5.15. Improcedencia De Reconocimiento De Intereses Moratorios.

de la Ley 80/93, dejándose plasmado que, una vez ejecutoriado el Laudo, de conformidad con los artículos 1608 C.C y 192 del CPACA el deudor queda constituido en mora, siendo el árbitro el determinador de la tasa moratoria, que en el caso en examen es la del Estatuto General de la Contratación.

En lo que respecta a las excepciones genéricas 3.9 formulada por Tranzit y 5.16 planteada por Transmilenio, este Tribunal no encuentra probada ningún otro hecho exceptivo que debiere tenerse en consideración ante la labor encomendada.

## **11.2. LAS PRETENSIONES DE CONDENA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

Transmilenio en su Demanda de Reconvencción propuso las siguientes pretensiones de condena:

*“**PRIMERA.** Que, como consecuencia de la pretensión décima primera declarativa, se condene a la sociedad TRANZIT S.A.S. a pagar a TRANSMILENIO S.A., la suma de **CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS VEINTITRES PESOS M/CTE (\$165.330.723.00)**, por concepto de los saldos pendientes por concepto de remuneración de pasajeros de alimentación, kilometraje y vehículos pagados en exceso, o la suma que se determine en el curso del presente proceso Arbitral.”*

*“**SEGUNDA.** Que, como consecuencia de la pretensión primera anterior, se condene a la sociedad TRANZIT S.A.S., a pagar la indexación del valor adeudado en cuantía de **diez millones ciento veintinueve mil cuatrocientos cincuenta y tres pesos (\$10.129.453)**, liquidada desde el momento en que se presentó la causación de lo adeudado y hasta la fecha del pago efectivo, o en la forma y valor que lo determine el Tribunal.”*

*“**TERCERA.** Que, como consecuencia de la pretensión primera anterior, se condene a la sociedad TRANZIT S.A.S., a pagar los intereses de mora en cuantía de **cincuenta y seis millones trescientos treinta mil doscientos noventa y siete pesos (\$56.330.297)**, liquidada desde el momento en que se causó lo adeudado y hasta la fecha del pago efectivo, o en la forma y valor que lo determine el Tribunal.”*

*“**CUARTA.** Condénese a la sociedad TRANZIT S.A.S. al cumplimiento de las obligaciones asumidas en el Acta de Liquidación Final del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, firmada el 29 de noviembre de 2019, en los términos solicitados en las pretensiones declarativas de esta demanda de reconvencción.”*

*“**QUINTA.** Que se condene en costas y agencias en derecho a la sociedad TRANZIT S.A.S., demandada en reconvencción, liquidadas por el Tribunal con arreglo a la ley.”*

Frente a las anteriores pretensiones, es claro para este Tribunal de Justicia concluir que efectivamente Tranzit adeuda a Transmilenio, de conformidad con el Acta de Liquidación Final del Contrato de Concesión, la suma de **“CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$165.330.723) MONEDA LEGAL COLOMBIANA”**, valor este que corresponde estrictamente a lo solicitado en la pretensión décima primera de la Demanda de Reconvencción Reformada que prospera. No puede desecharse así mismo que las tantas veces citada Acta de Liquidación presta mérito ejecutivo, con lo cual se procederá a dar prosperidad a dicha pretensión con el propósito de declarar que, en efecto, se adeuda dicha cantidad de dinero por parte de TRANZIT, prestación que nunca ha sido puesta en duda.

Ahora bien, debe tenerse presente que, como se lee en el acta de liquidación bilateral, *“La suma antes descrita se pagará conforme las reglas previstas en la Ley 1116 de 2006”*, toda vez que, para el momento en que se suscribió dicho negocio jurídico, la Convocante se encontraba en proceso de reorganización empresarial y, en este momento, en proceso de liquidación como consta con el Certificado de Existencia y Representación Legal, obrante en el expediente. Por esta razón, el Tribunal dispondrá que dicha suma debe pagarse con sujeción a las normas contenidas en la Ley 1116 de 2016 y a las demás normas que regulan los procesos de insolvencia y de liquidación.

En todo caso, a esa suma de dinero debe reconocerse su actualización con base en el Índice de Precios al Consumidor, indicador económico del orden nacional que no requiere prueba al tenor de lo establecido por el artículo 180 del CGP. Esta actualización debe realizarse por parte del Tribunal como un reconocimiento por la pérdida del valor adquisitivo del dinero y a fin de asegurar que el pago se efectúe de manera integral, todo conforme a lo señalado por el artículo 187 del CPACA, norma que ordena que *“Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.”*

Adicionalmente, es de señalar por parte de este Panel que la petición segunda de Transmilenio no se considera como un accesorio o un incremento de la obligación principal, sino parte de esta misma, para restablecer el poder de compra original erosionado por la inflación. En este sentido, la jurisprudencia nacional, particularmente la de la Corte Suprema de Justicia, ha permitido el reconocimiento de oficio de la indexación, para cuyo cálculo debe aplicarse la variación del índice de precios al consumidor IPC, dato que se considera como ya se anotó, un hecho notorio que, por tanto, no requiere ser probado.

Para tal efecto, se utilizará la fórmula jurisprudencialmente aceptada, que es la siguiente:

VA = VH x [IPC Final / IPC Inicial]

Aplicando a la fórmula señalada a los valores correspondientes y tomando en cuenta el IPC, el resultado es el siguiente:

\$173.697.856,36 (VA): 165.330.723 (VH) x 108.78 (IPC FINAL) /103.54 (IPC FINAL)

En consecuencia, se condenará a Tranzit a pagar a la suma de Ciento Setenta y Tres Millones Seiscientos Noventa y Siete Mil Ochocientos Cincuenta y Seis Pesos con Treinta y Seis Centavos (\$173.697.856,36), suma cuyo pago deberá realizarse en la forma y término en que se establezca por el juez del concurso o de la liquidación, según sea el caso.

Por lo dicho, prospera la Pretensión Primera de condena de la Demanda de Reconvención y parcialmente la pretensión segunda de condena, en tanto que la cifra que se reconoce es inferior a la en ella planteada por la parte convocada, y así se dispondrá en la parte resolutive de este Laudo.

En cuanto atañe con la Pretensión Tercera, en cuya virtud se solicita el pago de intereses de mora respecto de la anterior suma, el Tribunal la denegará por cuanto estima que dadas las condiciones ya señaladas con anterioridad, este no es el escenario en donde deberá disponerse la forma de pago y la manera como habrá de ordenarse el mismo, así como la procedencia o no de intereses de mora y demás aspectos relacionados con dicha suma de dinero.

Finalmente, en cuanto toca con la Pretensión Cuarta de condena, por medio de la cual se pide condenar a “*TRANZIT S.A.S. al cumplimiento de las obligaciones asumidas en el Acta de Liquidación Final del Contrato de Concesión N° 011 de 2010*”, el Tribunal la denegará en la medida en que, revisado dicho negocio jurídico, no aparece ninguna otra prestación a cargo de TRANZIT, distinta al pago de la suma de dinero indicada en párrafos precedentes.

Por todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal de Justicia declarará procedentes las excepciones 3.5, 3.6 y 3.8 presentadas por la Convocante y parcialmente la 3.7, en la medida en que se reconoce la procedencia de indexación de la suma contenida en el Acta de Liquidación Final, en los términos descritos en precedencia.

## **12. JURAMENTO ESTIMATORIO**

Corresponde al Tribunal determinar si hay lugar o no a aplicar las sanciones que consagra la ley en relación con el juramento estimatorio, para lo cual son procedentes las siguientes consideraciones:

El artículo 206 del Código General del Proceso establece la obligación de realizar el juramento estimatorio a cargo de quien “*pretenda el reconocimiento de una indemnización,*

*compensación o el pago de frutos o mejoras” y prevé entre sus consecuencias unas sanciones, las que según se indicó en el informe de ponencia del proyecto en el Congreso de la República y ha destacado la Corte Constitucional<sup>155</sup> buscan “desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias”.*

A tal efecto el Código establece que *“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.”* (Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014). Agrega el párrafo del mismo artículo que *“También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.”*

De esta manera, la imposición de sanciones procede en dos casos: cuando *“la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada”*, o cuando se niegan *“las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios”*. En la medida en que la norma es sancionatoria es claro que su interpretación es restrictiva y no procede la aplicación de sanciones en otros supuestos.

Ahora bien, en Sentencia C-175 de 2013 la Corte Constitucional declaró exequible condicionalmente el párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso *“bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios- no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”*.

En las consideraciones de esa sentencia la Corte precisó que para efectos de la aplicación de las sanciones por razón del juramento estimatorio debe distinguirse entre las dos siguientes hipótesis: (i) si *“los perjuicios no se demostraron por el obrar culpable de la parte a la que le correspondía hacerlo”*, o (ii) si *“los perjuicios no se demostraron pese al obrar exento de culpa de la parte a la cual correspondía hacerlo.”*

Indicó la Corte que *“Si la carga de la prueba no se satisface por el obrar descuidado, negligente y ligero de la parte sobre la cual recae, valga decir, por su obrar culpable, al punto de que en el proceso no se logra establecer ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios, aunque sea posible que sí hayan existido en la realidad, de esta situación deben seguirse consecuencias para la parte responsable”*, pero *“si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de*

---

<sup>155</sup> Sentencia C-175 de 2013.

*prueba, es necesario hacer otro tipo de consideración”, para lo cual debe tomarse en cuenta si la contingencia a que está sujeto el medio de prueba existía antes de iniciar el proceso y era conocida por la parte. Agregó la Corte que cuando se está “ante un fenómeno que escapa al control de la parte o a su voluntad, y que puede ocurrir a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado. En este escenario hipotético la sanción prevista en la norma demandada sí resulta desproporcionada y, por tanto, vulnera el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte. Dado que esta interpretación de la norma es posible, la Corte emitirá una sentencia condicionada”.*

Considera el Tribunal que, por las anteriores razones, no hay lugar a aplicar las sanciones previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso, dado que, de una parte, las pretensiones condenatorias de la demanda reformada que alcanzaron éxito superan el cincuenta por ciento (50%) de la estimación incorporada en el juramento estimatorio, circunstancia que no se incorpora en el supuesto fáctico de la norma; y, de otra parte, aunque las pretensiones de la reconvencción no prosperaron no fue por ausencia de prueba del perjuicio sino por otras razones jurídicas que ya fueron ampliamente expresadas en esta providencia.

Lo anterior implica que los supuestos de hecho contemplados en la norma para la aplicación de las sanciones allí previstas, motivo por el cual el Tribunal se abstendrá de imponer condena alguna en este particular tópico.

### **13. CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES**

El artículo 280 del C.G.P. –referente al contenido de las sentencias– establece en la parte final de su inciso primero que “[e]l juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas.”

En el caso que ocupa al Tribunal, las Partes y sus Apoderados tuvieron un comportamiento ceñido a la ética y a las prácticas de buena conducta procesal que eran de esperarse de unas y de otros, motivo por el cual no cabe censura o reproche alguno, y menos la deducción de indicios en su contra.

### **14. COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO**

Concluido el análisis de las pretensiones y excepciones propuestas por las Partes y de los respectivos juramentos estimatorios, procede el Tribunal a ocuparse de las solicitudes de condena en costas presentadas por Tranzit en la Demanda Principal Reformada y por Transmilenio en la Demanda de Reconvencción Reformada.

En efecto, en el capítulo “III. PRETENSIONES” de la demanda principal reformada, la convocante solicitó al Tribunal lo siguiente: “Décima Séptima. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. las costas del proceso, incluyendo agencias en derecho, honorarios y gastos del Tribunal.”

Por su parte, en el capítulo “4.2. De condena” de la demanda de reconvenición reformada, la convocada solicitó al Tribunal lo siguiente: “QUINTA. Que se condene en costas y agencias en derecho a la sociedad TRANZIT S.A.S., demandada en reconvenición, liquidadas por el Tribunal con arreglo a la ley.”

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como “los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso.”

En materia de costas y agencias en derecho, este proceso se regula por la Ley 1563 de 2012 y por el Código General del Proceso.

El Código General del Proceso dispone en su artículo 365 lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

*“5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*



Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

“6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

“7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

“8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

“9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”

Efectuada la evaluación de las pretensiones y defensas de las Partes y teniendo en cuenta lo que para cada una de ellas representa el resultado del proceso, en aplicación del artículo 365 del C.G.P., el Tribunal concluye que resulta aplicable una relación del 40% a cargo de Tranzit y el 60% a cargo de Transmilenio atinente a las costas del presente trámite arbitral.

En consecuencia, Transmilenio S.A. habrá de asumir el 60% de las costas del proceso conforme a la liquidación que aparece a continuación:

1. Honorarios y Gastos del Trámite Arbitral

<b>Concepto</b>	<b>Valor</b>
Honorarios de los 3 Árbitros	\$ 1.672.260.000
IVA 19%	\$ 317.729.400
Honorarios de la Secretaria	\$ 278.710.000
IVA 19%	\$ 52.954.900
Gastos de Administración - Centro de Arbitraje	\$ 278.710.000
IVA 19%	\$ 52.954.900
Gastos de funcionamiento del Tribunal	\$ 20.000.000
<b>Total</b>	<b>\$ 2.673.319.200</b>

Teniendo en cuenta que cada una de las Partes pagó el 50% de los honorarios y gastos del proceso, y que de acuerdo con la decisión adoptada a la Convocante le corresponde asumir el cuarenta (40%), para dar cumplimiento a la decisión del Tribunal se condenará a Transmilenio S.A. a pagar a favor de la parte convocante el diez por ciento (10%) de los honorarios y gastos del trámite arbitral, correspondiente a la suma de doscientos sesenta y siete millones trescientos treinta y un mil novecientos veinte pesos (\$267.331.920).

2. Agencias en derecho

Para la fijación de las agencias en derecho a que hace referencia el artículo 365 del G.G.P., el Tribunal acudirá a un criterio de razonabilidad, toda vez que no advierte tacha en la conducta procesal de las partes o de sus apoderados, quienes, por el contrario, actuaron a lo largo del proceso con apego a la ética y al profesionalismo. Por lo anterior, considera razonable establecerlas en un total de quinientos cincuenta y siete millones cuatrocientos veinte mil pesos (\$557.420.000), monto que debe ser asumido en un sesenta por ciento (60%) por Transmilenio S.A., de manera tal que esta deberá pagar a Tranzit la suma de trescientos treinta y cuatro millones cuatrocientos cincuenta y dos mil pesos (\$334.452.000).

3. Condena en costas total

De acuerdo con la liquidación anterior, Transmilenio S.A. deberá pagar en favor de Tranzit S.A.S. por concepto de costas del proceso, las siguientes sumas de dinero:

Honorarios y Gastos del Tribunal:	\$ 267.331.920
Agencias en derecho:	\$ 334.452.000
<b>Total:</b>	<b>\$ 601.783.920</b>

**III. PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre **Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.** y la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**, en decisión unánime, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**A. SOBRE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA**

1. **NEGAR** las excepciones planteadas por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A. en la contestación de la Demanda Principal Reformada identificadas como “5.1 *Improcedencia de cualquier tipo de reclamación por carecer el acta de liquidación final suscrita el 29 de noviembre de 2019, de salvedades de acuerdo con lo ordenado en la ley y reiterado por la jurisprudencia del consejo de estado.*”; “5.2 *Quebrantamiento del deber de obrar con buena fe objetiva. desconocimiento del principio de buena fe.*”; “5.4 *La obligación*

*relacionada con la entrega de los patios o terminales zonales definitivos no se encuentra en cabeza de Transmilenio S.A. ya que de acuerdo con el Contrato de Concesión n° 011 de 2010, esa era una responsabilidad del Distrito.”; “5.5. Falta de legitimación en la causa por pasiva.”; “5.6. La implementación del sistema se previó gradual y progresiva, sin un límite de tiempo definido para su terminación, y sin que exista una disposición contractual en ese sentido.”; “5.7 La integración del sistema se produjo en los términos y condiciones del contrato, sin que para ningún efecto en el contrato se haya dispuesto nada sobre la existencia de “integración total” que pueda ser exigible a Transmilenio.”; “5.8 Las actuaciones adelantadas por Transmilenio S.A. en relación con Egobús y Coobús tienen pleno respaldo legal y contractual no teniendo obligación ninguna frente a lo que se pretende por Tranzit S.A.S.”; “5.9 Las rutas asignadas a las empresas Coobus y Egobus fueron debidamente implementadas y operan sin inconveniente alguno.”; “5.10 Ningún “evento ajeno” en materia de validación de medio de pago (alimentación) está probado y puede ser asumido por Transmilenio s.a. en los términos de la ley, del contrato de concesión y del funcionamiento del sistema.”; “5.11 Tranzit asumió el riesgo de demanda y en tal virtud las implicaciones de su ocurrencia hasta la liquidación final del contrato.”; “5.12. Inexistencia De Los Supuestos Legales Y Jurisprudenciales Para Declarar El Restablecimiento Del Esequilibrio (sic) Económico Del Contrato Solicitado Por Tranzit S.A.S. En Las Pretensiones De Condena.”; “5.13 Tranzit S.A.S. asumió el riesgo de evasión y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia.” “5.14. Cobro de Lo No Debido”; “5.15. Improcedencia De Reconocimiento De Intereses Moratorios”, y “5.16. Excepción Genérica”*

2. **ACOGER** parcialmente la excepción planteada por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A. en la contestación de la Demanda Principal Reformada como “5.3 *El laudo arbitral del 30 de noviembre de 2018 - y las aclaraciones del 11 de diciembre de 2018 -, se encuentra ejecutoriado, en firme e hizo tránsito a cosa juzgada.*” en cuanto a que efectivamente el laudo arbitral del 30 de noviembre de 2018 y las aclaraciones del 11 de diciembre de 2018 se encuentra ejecutoriado y en firme, pero no en lo relativo a que todas las pretensiones planteadas por la convocante en la demanda que mediante este Laudo se decide se encuentran afectadas por Cosa Juzgada derivada de tal Laudo, argumento que no resulta procedente.
3. **DECLARAR** que el Contrato de Concesión No. 011 de 2010 “PARA LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP PARA LA ZONA 13) USME SIN OPERACIÓN TRONCAL SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A. Y LA SOCIEDAD TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S.” suscrito el 17 de noviembre de 2010 se encuentra, actualmente

liquidado, pero a la fecha no existe, con lo cual prospera parcialmente la Pretensión Primera de la demanda principal reformada.

4. **DECLARAR** que el 30 de noviembre de 2018 fue expedido Laudo Arbitral, que puso fin a unas controversias contractuales surgidas entre TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN – TRANZIT S.A.S. y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. y en desarrollo del Contrato. Con lo anterior prospera la Pretensión Segunda de la Demanda Principal Reformada.
5. **DECLARAR** que el Laudo Arbitral emitido el 30 de noviembre de 2018, por el Tribunal de Arbitramento, convocado por TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN – TRANZIT S.A.S. para dirimir las controversias contractuales presentadas con la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., se encuentra en firme desde el 11 de diciembre de 2018. Con lo anterior prospera la Pretensión Tercera de la Demanda Principal Reformada.
6. **DECLARAR** que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron entregados a TRANZIT S.A.S. los patios o terminales zonales definitivos. Con lo anterior prospera la Pretensión Cuarta de la Demanda Principal Reformada.
7. **DECLARAR** que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no se cumplieron los requisitos para la finalización de la Fase 2 de implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP). Con lo anterior prospera la Pretensión Quinta de la Demanda Principal Reformada.
8. **DECLARAR** que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron adjudicadas a un nuevo concesionario o nuevos concesionarios, las zonas de Suba Centro, Perdomo y Fontibón que fueron adjudicadas en la Licitación No. TMSA-LP-004 de 2009 a OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES -COOBUS S.A.S.- y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES - EGOBUS S.A.S.-, cuyos contratos fueron terminados. Con lo anterior prospera la Pretensión Sexta de la Demanda Principal Reformada.
9. **DECLARAR** que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron implementadas las rutas que TRANZIT S.A.S. debía compartir con OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES -COOBUS S.A.S. Con lo anterior prospera la Pretensión Séptima de la Demanda Principal Reformada.
10. **DECLARAR** que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, no fueron implementadas las rutas que TRANZIT S.A.S. debía compartir con EMPRESA

- GESTORA OPERADORA DE BUSES - EGOBUS S.A.S. Con lo anterior prospera la Pretensión Octava de la Demanda Principal Reformada.
11. **DECLARAR** que entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019 no se cumplieron los requisitos para la integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP). Con lo anterior prospera la Pretensión Novena de la Demanda Principal Reformada.
  12. **DECLARAR** que el ingreso al Sistema sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal (evasión alimentación), no era un riesgo que se encontraba tipificado y asignado en la matriz de riesgos del Contrato de Concesión No. 011 de 2010. Con lo anterior prospera la Pretensión Décima de la Demanda Principal Reformada.
  13. **DECLARAR** que el ingreso al Sistema sin validación del medio de pago en las plataformas de integración con servicios de alimentación a zona paga troncal (evasión alimentación), constituye un evento ajeno y no imputable a TRANZIT S.A.S. que alteró el equilibrio financiero del Contrato No. 011 de 2010, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A. Con lo anterior prospera la Pretensión Décima Primera de la Demanda Principal Reformada.
  14. **CONDENAR** a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. la suma de **tres mil setecientos ocho millones ochocientos sesenta y cuatro mil ciento diez pesos (COP\$3.708.864.110)**, por concepto de kilómetros en vacío, causados entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, como consecuencia de la no entrega de patios o terminales zonales definitivos. Con lo anterior prospera la Pretensión Décima Segunda de la Demanda Principal Reformada.
  15. **CONDENAR** a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. la suma de **Diez Mil Ciento Cuarenta y Cuatro Millones Novecientos Catorce Mil Seiscientos Setenta Pesos (\$10.144.914.670,00.)** por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros, necesaria para restablecer el equilibrio financiero del Contrato, alterado por la no finalización de la Fase 2 de implementación del SITP, entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019. Con lo anterior prospera la Pretensión Décima Tercera de la Demanda Principal Reformada.
  16. **CONDENAR**, de acuerdo con lo probado en este proceso, a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a

TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. la suma **de ocho mil seiscientos seis millones cincuenta y cuatro mil ochocientos un pesos (COP\$8.606.054.801)**, para restablecer el equilibrio financiero del Contrato No. 011 de 2010, alterado por la terminación de los Contratos de OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES -COOBUS S.A.S.- y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES - EGOBUS S.A.S, entre el 1 de julio de 2017 y el 12 de julio de 2019, o en la cuantía, oportunidad y condiciones que se encuentren probadas. Con lo anterior prospera la Pretensión Décima Cuarta de la Demanda Principal Reformada.

17. **NEGAR** la Pretensión Décima Quinta de la Demanda Principal Reformada por cuanto respecto de la misma aplica el fenómeno de cosa juzgada derivada del Laudo emitido el 30 de noviembre de 2018.
18. **NEGAR** por ausencia de prueba de la cuantía a indemnizar, la Pretensión Décima Sexta de la de la Demanda Principal Reformada.
19. **CONDENAR** a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. intereses moratorios a partir de la ejecutoria de este Laudo, a una tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, según lo previsto en el numeral 8 del artículo 4 del Estatuto General de la Contratación Administrativa. Con lo anterior prospera la Pretensión Décimo Octava de la Demanda Principal Reformada.

## **B. SOBRE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA**

1. **NEGAR** las excepciones planteadas en la contestación de la Demanda de Reconvencción Reformada identificadas como “3.1 *TRANSMILENIO sistemáticamente se ha abstenido de ejecutar la relación contractual de buena fe y continúa este actuar en la etapa procesal.*”; “3.3 *La interpretación que TRANSMILENIO pretende dar al Acta de Liquidación del Contrato 011 de 2010, constituye un abuso del derecho.*”; “3.9 *Excepción genérica.*”; y parcialmente la excepción 3.7 en lo referente a la “*imposibilidad de reconocimiento de indexación.*”
2. **ACOGER** la excepción de cosa juzgada formulada bajo el numeral 3.2 en la contestación de la Demanda de Reconvencción Reformada, derivada del Laudo de 30 de noviembre de 2018 en lo que tiene que ver con las consideraciones expuestas en materia de: (i) “La no entrega de patios o terminales zonales a partir de la finalización de la etapa de transición contractualmente prevista, es decir desde el 3 de noviembre de 2015, hasta que se verifique la entrega de los terminales definitivos; (ii) “La asignación de riesgos y el desequilibrio económico generado a Tranzit como consecuencia de la falta de implementación de las rutas compartidas con los

Concesionarios Coobús y Egobús”; (iii) “La asignación de riesgos frente a la obligación de implementación del Sistema, el tiempo previsto para la culminación de la Fase 2 de implementación y el desequilibrio económico generado a Tranzit como consecuencia de la no culminación de dicha Fase”; (iv) “La falta de asignación del riesgo de Evasión en el componente de alimentación”.

3. **ACOGER** las excepciones planteadas en la contestación a la Demanda de Reconvencción, contenidas en los siguientes numerales “3.4. *TRANSMILENIO desconoce sus propios actos y la confianza originada a partir de estos: aplicación de la teoría del non venire contra factum proprium.*” “3.5. *TRANSMILENIO pretende utilizar el presente proceso arbitral para desconocer la prelación de créditos establecida dentro del proceso de reorganización y posterior liquidación de TRANZIT.*”; “3.6. *Improcedencia de la compensación.*”; “3.8. *Improcedencia del cobro concomitante de indexación e intereses moratorios sobre la suma reconocida en el Acta de liquidación.*”; y parcialmente la excepción 3.7 en lo que tiene que ver con “*Imposibilidad del reconocimiento de (...) intereses.*”
4. **DECLARAR** que el 17 de noviembre de 2010, EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A. y la sociedad TRANZIT S.A.S. celebraron el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, con el objeto de:

*“Otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP, al **CONCESIONARIO**, en la **Zona, 13) USME** bajo los términos, condiciones y con las limitaciones previstas en el presente **Contrato** y en el pliego de condiciones de la licitación.*

*“Dicha concesión otorgará el derecho a operar de forma preferencial y no exclusiva al **CONCESIONARIO** las siguientes **Zonas** en que se ha dividido la ciudad, para la prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros bajo el esquema SITP: **5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLÍVAR Y 13) USME**, que hacen parte de las trece (13) zonas en las que se ha dividido la ciudad de Bogotá.*

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

Con lo anterior prospera la Pretensión Primera de la Demanda de Reconvencción Reformada.

5. **DECLARAR** que al haber estructurado y presentado su oferta en los términos del Pliego de Condiciones de la Licitación TMSA-LP-004 de 2009, y de la ley, TRANZIT S.A.S. asumió el deber de planeación, la carga de diligencia y cuidado, la previsión de riesgos, así como los demás deberes, cargas y obligaciones que como oferente dentro de un proceso de contratación estatal le correspondía cumplir. Con lo anterior prospera la Pretensión Tercera de la Demanda de Reconvención Reformada.
6. **DECLARAR** que *el Pliego de Condiciones, los documentos que integraron el mismo, la oferta del concesionario, el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, y cualquier otro acto precontractual o contractual proferido o aceptado por TRANSMILENIO S.A., de ninguna manera contemplaron la asunción de riesgos distintos a los expresamente asignados por el ordenamiento jurídico en los contratos de concesión o pactados en documentos contractuales.* Con lo anterior prospera la Pretensión Cuarta de la Demanda de Reconvención Reformada.
7. **DECLARAR** que el Laudo Arbitral proferido el 30 de noviembre de 2018, no modificó ni cambio la Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, Anexo 5 del mismo documento. Con lo anterior prospera la Pretensión Sexta de la Demanda de Reconvención Reformada.
8. **DECLARAR** que el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, se terminó unilateralmente de conformidad con lo señalado en la Resolución N° 657 del 15 de julio de 2019, la cual se encuentra en firme, ejecutoriada y revestida de presunción de legalidad. Con lo anterior prospera la Pretensión Octava de la Demanda de Reconvención Reformada.
9. **DECLARAR** que el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, se encuentra terminado y definitivamente liquidado conforme al *“Acta de Liquidación Final del Contrato de Concesión 011 del 17 de noviembre de 2010 suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A. y la sociedad Transporte Zonal Integrado S.A.S – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación”*, suscrita el 29 de noviembre de 2019. Con lo anterior prospera la Pretensión Novena de la Demanda de Reconvención Reformada.
10. **DECLARAR** que de conformidad con el numeral 11 “Salvedades o Manifestaciones” y el balance final del contrato de Concesión N° 011 de 2010, expresado en el Acta de liquidación Final del 29 de noviembre de 2019, TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. se encuentra obligada a mantener indemne a TRANSMILENIO S.A. por cualquier reclamación de responsabilidad civil contractual y extracontractual que se haga, de manera directa o indirecta, en relación con el Contrato de Concesión N° 011 de 2010,



ya terminado y liquidado. Con lo anterior prospera la Pretensión Décima Tercera de la Demanda de Reconvención Reformada.

11. **NEGAR** las Pretensiones Segunda, Quinta, Séptima, Décima y Décima Segunda de la Demanda de Reconvención Reformada.
12. **DECLARAR** que de conformidad con el balance final del contrato de Concesión N° 011 de 2010, expresado por las Partes en los Acuerdos Primero y Segundo del Acta de Liquidación Final del 29 de noviembre de 2019, TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. adeuda a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A. la suma de **CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS M/CTE (\$165.330.723.00)**, correspondiente a los saldos pendientes por concepto de remuneración de pasajeros de alimentación, kilometraje y vehículos pagados en exceso, más la suma de **OCHO MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO TREINTA Y TRES PESOS CON 36 CENTAVOS (\$8.367.133,36)** por concepto de la indexación de la suma debida, para un total de **CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS (\$173.697.856,36)** . Con lo anterior la pretensión undécima prospera en los términos definidos en la parte considerativa de este Laudo.
13. **CONDENAR** a la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN – TRANZIT S.A.S. a pagar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A., la suma de **CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS M/CTE (\$165.330.723.00)**, junto con la suma de **OCHO MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO TREINTA Y TRES PESOS CON 36 CENTAVOS (\$8.367.133,36)** por concepto de la indexación de la suma debida, pago que deberá hacerse con sujeción a las normas contenidas en la Ley 1116 de 2016 y en las demás normas que regulan los procesos de insolvencia y de liquidación. Con lo anterior prospera la pretensión primera de condena y parcialmente la pretensión segunda de condena de la demanda de reconvención.
14. **DENEGAR** las pretensiones tercera y cuarta de condena de la demanda de reconvención.

### **C. SOBRE LOS JURAMENTOS ESTIMATORIOS**

Abstenerse de imponer sanciones derivadas del artículo 206 del Código General del Proceso.

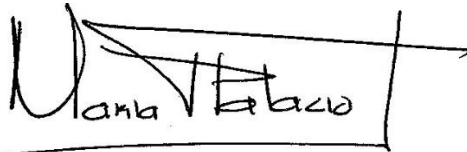
**D. SOBRE COSTAS DEL PROCESO:**

**CONDENAR** a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A. a pagar a Tranzit la suma de seiscientos un millones setecientos ochenta y tres mil novecientos veinte pesos (\$601.783.920) por concepto de costas y agencia en derecho.

**E. SOBRE ASPECTOS ADMINISTRATIVOS**

1. **DISPONER** que se expidan copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley.
2. **ORDENAR** que se rinda por la Presidente del Tribunal la cuenta razonada a las partes de lo depositado para honorarios y gastos y que se proceda a devolver las sumas no utilizadas de esta última partida, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.
3. **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 (Art. 47 de la Ley 1563 de 2012).

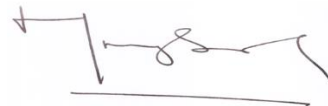
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**María Teresa Palacio Jaramillo**  
Presidente



**Jorge Suescún Melo**  
Árbitro



**Henry Sanabria Santos**  
Árbitro

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

*Gabriela Monroy T.*

**Gabriela Monroy Torres**  
Secretaria

## Índice

	<b>Pág.</b>
I.- ANTECEDENTES Y TRÁMITE PROCESAL	1
1. EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES Y LA CLÁUSULA COMROMISORIA	2
2. LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES	2
3. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO	3
4. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO	3
5. LA CONTROVERSIA	7
5.1 LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA	7
5.1.1 Pretensiones	7
5.1.2 Hechos	10
5.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA POR PARTE DE LA CONVOCADA Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES	14
5.2.1 Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio	14
5.2.2 Las excepciones formuladas	14
5.3 LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA	16
5.3.1 Pretensiones	16
5.3.2 Hechos	20

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

5.4	LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES	20
5.4.1	Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio	20
5.4.2	Las excepciones formuladas	21
6.	PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y ETAPA PROBATORIA	21
6.1	PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE	21
6.2	ETAPA PROBATORIA	22
6.2.1	Pruebas documentales	22
6.2.2	Oficio	22
6.2.3	Testimonios	22
6.2.4	Informe Juramentado	22
6.2.5	Dictámenes periciales de parte	23
7.	ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	23
8.	TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO	23
II.-	PRESUPUESTOS PROCESALES	24
III.-	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	25
1.	LAS OBJECIONES FORMULADAS POR TRASMILENIO CONTRA LOS DICTAMENES APORTADOS POR LA CONVOCANTE	25
1.1	LA OBJECION POR ERROR GRAVE FORMULADA POR LA PARTE CONVOCADA CONTRA EL DICTAMEN PERICIAL ELABORADO POR CAL Y MAYOR	25

---

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

1.1.1	Argumentos de la parte convocada	25
1.1.2	Planteamientos de la Convocante	28
1.2	LA OBJECCIÓN FORMULADA CONTRA EL DICTAMEN PERICIAL ELABORADO POR STRATEGAS CONSULTORES S.A.	29
1.2.1	Argumentos de las partes	29
1.3	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	30
2.	COSA JUZGADA	36
2.1	PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES	36
2.1.1	Parte Convocante	36
2.1.2	Parte Convocada	37
2.1.3	Ministerio Público	38
2.2	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	39
2.2.1	Los elementos estructurales de la cosa juzgada, según la ley y la jurisprudencia.	39
2.2.2	El análisis de las reclamaciones para definir la existencia o no de la cosa juzgada	41
3.	ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO ESTATAL	165
4.	DE LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	167
5.	EJECUTORIA DE LOS LAUDOS	170
6.	LIQUIDACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES	172
7.	BUENA FE Y TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS	175
8.	PLEITO PENDIENTE	182

---

Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

9.	OTROS ASPECTOS FORMULADOS POR LAS PARTES Y QUE DEBEN SER RESUELTOS POR EL TRIBUNAL	183
9.1	RESPECTO A LAS TACHAS POR SOSPECHA FORMULADAS POR LA CONVOCADA	183
9.2	SOBRE LA TACHA DE LA TESTIGO SUGEY ANDREA RODRÍGUEZ BERNAL	183
9.3	SOBRE LA TACHA DE LA TESTIGO MARÍA ISABEL PATIÑO	184
9.4	DECISIÓN DEL TRIBUNAL FRENTE A LAS TACHAS SEÑALADAS	185
10.	EL ESTUDIO Y DECISIÓN DE LAS PRETENSIONES	187
10.1	PRETENSIONES PRIMERA DE LA DEMANDA REFORMADA, Y PRETENSIONES PRIMERA, OCTAVA Y NOVENA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA	187
10.2	PRETENSIONES TERCERA Y CUARTA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA	190
10.3	PRETENSIONES SÉPTIMA Y DÉCIMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA, EXCEPCIONES 5.1 Y 5.2 FORMULADAS POR TRANSMILENIO EN SU ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA	196
10.4	PRETENSIONES SEGUNDA, DÉCIMA PRIMERA Y DÉCIMO SEGUNDA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA; EXCEPCIONES 3.5, 3.6 Y 3.8 FORMULADAS POR TRANZIT EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA	200
10.5	PRETENSÍÓN DÉCIMA TERCERA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA	205
10.6	PRETENSÍÓN SEGUNDA Y TERCERA DE LA DEMANDA REFORMADA, PRETENSÍÓN SEXTA DE LA DEMANDA DE	

RECONVENCIÓN REFORMADA, EXCEPCIÓN 5.3 FORMULADA POR TRASMILENIO EN EL ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA REFORMADA Y LA EXCEPCIÓN 3.2 FORMULADA POR TRANZIT EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	206
10.7 PRETENSIÓN CUARTA DE LA DEMANDA REFORMADA, EXCEPCIONES 5.4 Y 5.5 PROPUESTAS POR TRANSMILENIO EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA REFORMADA	210
10.8 PRETENSIONES QUINTA Y NOVENA DE LA DEMANDA REFORMADA Y EXCEPCIONES 5.6 Y 5.7 FORMULADAS POR TRANSMILENIO	218
10.9 PRETENSIONES SEXTA, SÉPTIMA Y OCTAVA DE LA DEMANDA REFORMADA; EXCEPCIONES 5.8 Y 5.9 FORMULADAS POR TRANSMILENIO EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA REFORMADA	226
10.10 PRETENSIONES DÉCIMA Y UNDÉCIMA DE LA DEMANDA REFORMADA, PRETENSÓN QUINTA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA, EXCEPCIONES 5.10, 5.11, 5.12 Y 5.13 FORMULADAS POR TRANSMILENIO EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA REFORMADA	227
11. LAS PRETENSIONES DE CONDENA	232
11.1 LAS PRETENSIONES DE CONDENA DE LA DEMANDA REFORMADA	232
11.1.1 La Pretensión Décima Segunda de Condena	234
11.1.2 La Pretensión Décima Tercera de Condena	239
11.1.3 La Pretensión de Condena Décima Cuarta	244
11.1.4 Las Pretensiones de Condena Décima Quinta y Décima Sexta	245

---



Tribunal Arbitral de  
**Transporte Zonal Integrado S.A.S. en liquidación por adjudicación – Tranzit S.A.S.**  
contra  
**Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.**

---

11.1.5	La Pretensión de Condena Décima Octava	250
11.1.6	Excepciones 5.14, 5.15 Y 5.16 de la Contestación de La Demanda Reformada	250
11.2	LAS PRETENSIONES DE CONDENA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	251
12.	JURAMENTO ESTIMATORIO	253
13.	CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES	255
14.	COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO	255
III.	PARTE RESOLUTIVA	258