

TRIBUNAL ARBITRAL

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

Demandante y Demandada en Reconvención

CONTRA

SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.

Demandada y Demandante en Reconvención

TRANSINNOVA USME S.A.S.

Llamada en garantía

Radicación 129597

LAUDO ARBITRAL

ÍNDICE

I – PARTES Y SU REPRESENTACIÓN	6
II – LLAMADA EN GARANTÍA	7
III – ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO	7
A. Solicitud de convocatoria y conformación del Tribunal Arbitral	7
B. Instalación del Tribunal Arbitral, admisión y notificación del auto admisorio de la demanda.....	9
C. Contestación de la demanda, demanda de reconvención y llamamiento en garantía .	9
D. Reforma de la demanda de reconvención y su contestación.....	10
E. Audiencia de conciliación y fijación de honorarios	11
F. Primera Audiencia de Trámite.....	11
G. Práctica de las pruebas	12
H. Alegatos finales	17
I. Término de duración del Proceso.....	17
IV - SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA	18
A. La demanda arbitral	18
B. La contestación de la demanda.....	24
C. La demanda de reconvención.....	25
D. La contestación de la demanda de reconvención reformada	32
E. El llamamiento en garantía a TRANSINNOVA	33
V – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	37
A. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES	37
B. ASPECTOS PROBATORIOS.....	39
B.1. Sobre la prueba pericial.....	39
B.1.1. Posición de las partes y del Ministerio Público	40
B.1.2. Consideraciones del Tribunal sobre la prueba pericial	40
C. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL CONTRATO DE CONCESIÓN	43
C.1. El Contrato de Concesión	43
C.2. Los riesgos en la contratación estatal, su asignación y sus efectos.....	46
C.3. Estipulaciones sobre la fuerza mayor con ocasión de la asignación de riesgos contractuales	58
D. PRETENSIONES DECLARATIVAS SOBRE LA EXISTENCIA Y NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 688 DE 2018	63
D.1. Pretensiones relativas a la existencia del Contrato de Concesión No. 688 de 2018	63
D.1.1. Posición de las partes	63
D.1.2. Consideraciones del Tribunal.....	64
D.1.3. Conclusión.....	65
D.2. Pretensiones y excepciones sobre la naturaleza del Contrato de Concesión No. 688 de 2018.....	65
D.2.1. Posición de las partes	65
D.2.2. Consideraciones del Tribunal.....	66
D.2.3. Conclusiones	74
E. PRETENSIONES RELATIVAS A LA NO ENTREGA DEL NUEVO PATIO	75

E.1. Pretensiones relativas a la integración normativa del Contrato de Concesión No. 688 de 2018.....	75
E.1.1. Posición de las partes.....	75
E.1.2. Consideraciones del Tribunal.....	77
E.1.3. Conclusión.....	79
E.2. Pretensiones declarativas relativas a la responsabilidad por la no entrega del Patio de Operación Nuevo La Reforma.....	80
E.2.1. Posición de las partes.....	80
E.2.2. Consideraciones del Tribunal.....	84
E.3. Pretensiones relativas al cumplimiento de TRANSMILENIO como ente gestor	94
E.3.1. Posición de las partes.....	94
E.3.2. Consideraciones del Tribunal.....	96
E.4. Pretensiones relativas al cumplimiento del principio de planeación.....	103
E.4.1. Posición de las partes.....	103
E.4.2. Consideraciones del Tribunal.....	104
E.5. Pretensiones relativas a la advertencia del Concesionario sobre una posible afectación por la entrega tardía del patio nuevo La Reforma.....	106
E.5.1. Posición de las partes.....	106
E.5.2. Consideraciones del Tribunal.....	107
E.6. Pretensiones relativas a las consecuencias por la no entrega del Patio de Operación Nuevo La Reforma.....	107
E.6.1. Posición de las partes.....	107
E.6.2. Consideraciones del Tribunal.....	109
E.7. Pretensión Vigésima Primera de condena de la demanda de reconvención reformada de Somos U.....	110
E.7.1. Posición de las partes.....	110
E.7.2. Consideraciones del Tribunal.....	114
E.7.2.1. Sobre los perjuicios reclamados por mayores inversiones por la adecuación del Patio Calle Sexta y alquiler de bodegas alternas.....	115
E.7.2.2. Sobre los perjuicios reclamados por los Kilómetros en Vacío derivados del incumplimiento de TRANSMILENIO en la entrega de la infraestructura.....	133
E.7.3. Conclusión.....	144
E.8. Pretensiones Décima Séptima y Décima Octava de la demanda inicial presentada por TRANSMILENIO.....	148
E.8.1. Posición de las partes.....	148
E.8.2. Consideraciones.....	150
F. PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE TRANSMILENIO EN LA LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LA RETRIBUCIÓN.....	151
F.1. Posición de las partes.....	151
F.2. La controversia sobre los Kilómetros en Vacío derivados de las declaraciones contenidas en las pretensiones novena y décima.....	153
F.3. Conclusiones del Tribunal.....	158
G. PRETENSIONES RELATIVAS A LA NO ENTREGA DEL SUB-LOTE 2 DE LA FLOTA	163

G.1. Posición de las partes	163
G.2. Concepto del Ministerio Público.....	168
G.3. Problema jurídico y metodología de análisis	170
G.4. Consideraciones del Tribunal	170
G.4.1. La obligación de entrega del Sub-Lote 2 de la Flota en los términos inicialmente pactados en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018.....	171
G.4.2. El Otrosí No. 2 y sus antecedentes: el Evento Eximente de Responsabilidad respecto del Contrato de Concesión No. 687 de 2018.....	176
G.4.3. La excepción relativa a la aplicación de la teoría de los actos propios	183
G.4.4. La ausencia de un incumplimiento imputable a TRANSMILENIO por la falta de entrega del Sub-Lote 2 el 18 de julio de 2020	195
G.4.5. La indemnización o compensación por los efectos generados por el Otrosí No. 2	204
G.5. Conclusión.....	220
H. SOBRE EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA A TRANSINNOVA	221
H.1. Posición de las partes	221
H.1.1. Posición de la Convocante (Convocada en Reconvención)	221
H.1.2. Posición de la Llamada en Garantía	223
H.2. Problema jurídico y metodología de análisis	223
H.3. Consideraciones.....	223
H.4. Conclusión	225
I. PRETENSIONES RELATIVAS A LOS EFECTOS GENERADOS POR LA EMERGENCIA SANITARIA DESATADA POR LA PANDEMIA COVID 19	225
I.1. Posición de las partes.....	225
I.2. Concepto del Ministerio Público	230
I.3. Problema jurídico y contexto para el análisis	231
I.4. Consideraciones del Tribunal	233
J. PRETENSIONES DECLARATIVAS RELATIVAS A LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS	243
J.1. Posición de las partes	243
J.1.1. Posición de la Convocante en Reconvención.....	243
J.1.2. Posición de la Convocada en Reconvención.....	245
J.2. Problema jurídico y metodología de análisis	246
J.3. Consideraciones.....	246
J.3.1. Los incumplimientos tipificados como causales de imposición de Multas	246
J.3.2. El “no cumplimiento” de los parámetros legales en el desarrollo del procedimiento sancionatorio contractual	252
J.3.3. La celebración de los contratos de mutuo con SOMOS K como un incumplimiento grave del Contrato en el marco del procedimiento sancionatorio	256
J.4. Conclusión.....	260
VI – CONDUCTA DE LAS PARTES	261
VII – JURAMENTO ESTRIMATORIO	261
VIII – COSTAS	263
IX – DECISIÓN.....	265

A. Pretensiones Declarativas sobre la existencia y naturaleza del Contrato de Concesión No. 688 de 2018.....	265
B. Pretensiones relativas a la no entrega del Nuevo Patio de Operación	266
C. Pretensiones de la demanda de reconvencción reformada relativas al incumplimiento en la liquidación y pago de la retribución a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.	268
D. Pretensiones relativas a la no entrega del Sub-Lote 2 de la Flota.....	268
E. Pretensiones relativas a los efectos generados por la emergencia sanitaria desatada por la pandemia COVID-19.....	269
F. Pretensiones relativas a los procedimientos sancionatorios	269
G. Excepciones formuladas por SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. respecto de la demanda inicial	270
H. Excepciones formuladas por TRANSMILENIO S.A. respecto de la demanda de reconvencción	271
I. El llamamiento en garantía	272
J. El juramento estimatorio.....	272
K. Las costas del proceso	272
L. Aspectos administrativos	272

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede este Tribunal Arbitral a proferir el Laudo que pone fin a la actuación procesal surtida entre **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**, como parte Convocante, y **SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.**, como parte Convocada, con la participación de **TRANSINNOVA USME S.A.S.** como llamada en garantía.

I – PARTES Y SU REPRESENTACIÓN

1. Las Partes son personas jurídicas plenamente capaces, y han acreditado en legal forma su existencia y representación, así:
 - 1.1. **Parte Convocante:** La Convocante es EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. (en adelante, la “Convocante”, la “Demandante”, la “Convocada en Reconvención”, la “Demandada en Reconvención” o “TRANSMILENIO”), sociedad anónima de carácter público, constituida mediante escritura pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999 otorgada ante la Notaría 27 del Círculo de Bogotá, identificada con el NIT No. 830.063.506-6, domiciliada en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por Álvaro José Rengifo¹.
 - 1.2. **Parte Convocada:** La Convocada es SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. (en adelante, la “Convocada”, la “Demandada”, la “Convocante en Reconvención”, la “Demandante en Reconvención” o “SOMOS U”), sociedad por acciones simplificada constituida mediante documento privado de 7 de noviembre de 2018, inscrito el 9 de noviembre de 2018 en la Cámara de Comercio de Bogotá, identificada con el NIT No. 901.229.878-2, domiciliada en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por Enrique Wolff Marulanda en su condición de Gerente General².
2. En ejercicio del derecho de postulación procesal, actúan por la Convocante y por la Convocada sus correspondientes apoderados judiciales, de conformidad con los

1 Expediente Digital. Principal 2. 81_CORREO_TRANSMILENIO_DOCUMENTOS_AUDIENCIA_CONCILIACION__25112022.

2 Expediente Digital. Principal 1. 01 PRINCIPAL No 1 DOCUMENTOS VIRTUALES RADICACION DEMANDA. 2 Certificado Somos Usme.

poderes especiales que constan en el expediente digital³ y a quienes en su oportunidad se les reconoció personería.

II – LLAMADA EN GARANTÍA

3. TRANSMILENIO llamó en garantía a TRANSINNOVA USME S.A.S. (en adelante, “TRANSINNOVA”), sociedad por acciones simplificada constituida mediante documento privado de 9 de noviembre de 2018, inscrito el 13 de noviembre de 2018 en la Cámara de Comercio de Bogotá, identificada con el NIT No. 901.230.213-7, domiciliada en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por María Cristina Guerrero⁴.
4. En ejercicio del derecho de postulación procesal, actúa por la llamada en garantía su apoderado judicial, de conformidad con el poder especial que consta en el expediente digital⁵ y a quien en su oportunidad se le reconoció personería.

III – ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO

A. Solicitud de convocatoria y conformación del Tribunal Arbitral

5. El 6 de abril de 2021 la Convocante presentó demanda arbitral en contra de SOMOS U.
6. Las diferencias sometidas al conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del Contrato de Concesión No. 688 de 2018 (en adelante, el “Contrato” o el “Contrato de Concesión”), cuyo objeto es: *“otorgar al Concesionario de Operación la concesión no exclusiva para (i) la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros del Sistema TransMilenio en el componente de Operación; (ii) el Mantenimiento de la Flota; (iii) la Adecuación, Operación y Mantenimiento de los Patios de Operación; y (iv) la ejecución de las Obras e Intervenciones (...)”*.
7. En el Capítulo XVIII denominado “SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS”, las partes acordaron el siguiente pacto arbitral:

“18.1. Cláusula Compromisoria

3 Expediente Digital. Principal 1. 01 PRINCIPAL No 1 DOCUMENTOS VIRTUALES RADICACION DEMANDA. 02 PRINCIPAL No 1 DOCUMENTOS VIRTUALES INSTALACIÓN. 09 PODER Y CERL CONVOCADO SOMOS BOGOTA USME SAS.

4 Expediente Digital. Principal 2. 23_CAMARA_DE_COMERCIO_TRANSINNOVA_USME.

5 Expediente Digital. Principal 2. 34_RECURSO_AUTO_ADMISORIO_LLAMAMIENTO_TRANSINNOVA.

“18.1.1. Salvo por las controversias con (sic) surjan con ocasión de la medición del ETIC, todas las controversias que surjan entre las Partes con ocasión del presente Contrato, serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento Nacional de conformidad con la ley 1563 de 2012 o en las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan y las reglas que a continuación se establecen y conforme con las reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

“18.1.2. El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros los cuales serán designados de común acuerdo por las Partes. Para ello las Partes elaborarán listas de candidatos con idoneidad en el objeto y las características del Contrato. En caso de no llegarse a un acuerdo el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, designará los árbitros por sorteo de acuerdo con su reglamento.

“18.1.3. Los árbitros decidirán en derecho.

“18.1.4. El inicio del procedimiento arbitral no inhibirá el ejercicio de las facultades excepcionales al derecho común de que disponga TMSA conforme al Contrato y la Ley Aplicable. Los actos administrativos fruto del ejercicio de facultades excepcionales no podrán ser sometidos a arbitramento por ser competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

“18.1.5. Los árbitros designados harán una declaración de independencia e imparcialidad respecto de las Partes al momento de aceptar la designación, situación que deberá mantenerse de su parte en todo momento del proceso. En todo caso, ningún árbitro podrá ser empleado, socio o contratista del Concesionario, de los miembros o socios del Concesionario, de TMSA, de la Secretaría de Movilidad, del Ministerio de Transporte o sus entidades descentralizadas o adscritas o de los apoderados de las Partes. Tampoco podrán ser accionistas del Interventor o del Concesionario de Operación o de cualquiera de las empresas que sean socias de éstos, ni podrán tener parentesco hasta de cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil con los empleados de nivel directivo de TMSA, del Concesionario, del Interventor, de los accionistas del Concesionario, del Interventor o de los apoderados de las Partes. Igualmente, no podrá ser árbitro quién al momento de la designación sea coárbitro en los procesos que (sic) los apoderados de las Partes sean a su vez coárbitros o apoderados en aquellos procesos.

“18.1.6. El término del proceso arbitral así como las suspensiones del proceso se regirán por lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012 o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan. En todo caso, las Partes de común acuerdo y previo a la audiencia de instalación, podrán conceder al tribunal un término mayor al señalado en la Ley, para lo cual bastará la suscripción de un memorial conjunto que así lo informe a los árbitros designados.

“18.1.7. Las Partes acuerdan que en el evento en que se convoque el Tribunal de Arbitramento, los efectos de la cláusula compromisoria serán extensivos a aquellas empresas, sociedades o personas naturales que hayan presentado

conjuntamente la Oferta, en la medida que dichos sujetos prestaron su consentimiento por referencia al momento de la presentación de la Oferta”.

8. Las partes designaron de común acuerdo, como árbitros principales, a los doctores María Cristina Morales de Barrios, Alier Eduardo Hernández Enríquez y Arturo Solarte Rodríguez, quienes aceptaron oportunamente la designación y dieron cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012.
9. Para intervenir en el presente trámite, el Ministerio Público designó a la doctora Jerly Lorena Ardila Camacho, Procuradora 134 Judicial II para la Conciliación Administrativa.

B. Instalación del Tribunal Arbitral, admisión y notificación del auto admisorio de la demanda

10. El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 31 de mayo de 2021. En esta audiencia se designó como Secretaria a la doctora Andrea Atuesta Ortiz, quien, habiendo dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, tomó posteriormente posesión de su cargo ante el Tribunal. Así mismo, en esta providencia se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría del Tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá ubicado en la Calle 76 No. 11-52, sin perjuicio del funcionamiento del Tribunal mediante el uso de las tecnologías de la comunicación y la información.
11. Mediante providencia del 31 de mayo de 2021, el Tribunal inadmitió la demanda (Auto 2 – Acta 1), la cual, subsanados los defectos indicados, fue admitida mediante auto del 15 de junio de 2021 (Auto 3 – Acta 2).
12. El 16 de junio de 2021 se notificó el auto admisorio de la demanda a la parte Convocada y al Ministerio Público. Esta providencia fue recurrida por la Convocada.
13. Surtido el traslado del recurso presentado, mediante providencia del 6 de julio de 2021 (Auto 4 – Acta 3) el Tribunal confirmó el auto admisorio de la demanda.

C. Contestación de la demanda, demanda de reconvenición y llamamiento en garantía

14. El 5 de agosto de 2021, la Convocada contestó en tiempo la demanda, formuló excepciones de mérito y solicitó el decreto y la práctica de pruebas. Adicionalmente, presentó demanda de reconvenición.

15. Mediante providencia del 10 de agosto de 2021, el Tribunal admitió la demanda de reconvención (Auto 5 - Acta 4).
16. El 7 de septiembre de 2021, TRANSMILENIO contestó en tiempo la demanda de reconvención, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó el decreto y la práctica de pruebas. Adicionalmente, presentó llamamiento en garantía respecto de TRANSINNOVA y del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU (en adelante, el “IDU”).
17. Mediante providencia del 15 de septiembre de 2021 el Tribunal inadmitió los llamamientos en garantía presentados (Auto 6 - Acta 5). Subsanados los defectos indicados, mediante auto del 24 de septiembre de 2021 (Auto 7 – Acta 6) el Tribunal admitió los llamamientos en garantía.
18. El 27 de septiembre de 2021 se notificó el auto admisorio de los llamamientos en garantía a TRANSINNOVA y al IDU. Esta providencia fue recurrida por TRANSINNOVA.
19. Surtido el traslado del recurso presentado, mediante providencia del 14 de octubre de 2021 (Auto 8 – Acta 7) el Tribunal confirmó el auto admisorio del llamamiento en garantía a TRANSINNOVA.
20. El 16 de noviembre de 2021, el IDU contestó en tiempo el llamamiento en garantía, formuló excepciones de mérito, y solicitó el decreto y la práctica de pruebas. En esta misma fecha, TRANSINNOVA contestó oportunamente el llamamiento en garantía, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio, y solicitó el decreto y la práctica de pruebas.
21. Mediante providencia del 19 de noviembre de 2021 se corrió traslado de las excepciones formuladas en las contestaciones de: (i) la demanda; (ii) la demanda de reconvención; y (iii) los llamamientos en garantía. Adicionalmente, se corrió el traslado de las objeciones al juramento estimatorio formuladas por la Demandada en Reconvención y por TRANSINNOVA (Auto 9 – Acta 8).
22. El 29 de noviembre de 2021, la Convocante se pronunció sobre las excepciones de mérito formuladas y las objeciones al juramento estimatorio, y solicitó el decreto y la práctica de pruebas adicionales. En esta misma fecha, la Convocada describió el traslado conferido, y solicitó el decreto y la práctica de pruebas adicionales.

D. Reforma de la demanda de reconvención y su contestación

23. El 12 de enero de 2022 SOMOS U reformó la demanda de reconvencción, que fue inadmitida mediante providencia del 20 de enero de 2022 (Auto 11 – Acta 10). Subsanaos los defectos advertidos, mediante auto del 17 de febrero de 2022 (Auto 13 – Acta 12) el Tribunal admitió la reforma de la demanda de reconvencción.
24. El 7 de febrero de 2022, TRANSMILENIO, TRANSINNOVA y el IDU contestaron oportunamente la reforma de la demanda de reconvencción.
25. Mediante providencia del 8 de marzo de 2022 se corrió traslado de las excepciones formuladas en las contestaciones de la reforma de la demanda de reconvencción, y de las objeciones al juramento estimatorio formuladas por TRANSMILENIO y por TRANSINNOVA (Auto 15 – Acta 13).
26. El 11 de marzo de 2022, TRANSMILENIO se pronunció sobre las excepciones de mérito formuladas por los llamados en garantía.
27. Por solicitud de las partes, el proceso estuvo suspendido entre el 14 de marzo y el 10 de octubre de 2022.
28. El 12 de octubre de 2022 SOMOS U presentó solicitud de pruebas adicionales. En esa misma oportunidad, SOMOS U presentó solicitud de medida cautelar innominada de urgencia, la cual, previo traslado a TRANSMILENIO, fue negada por el Tribunal mediante providencia del 27 de octubre de 2022 (Auto 20 – Acta 18).

E. Audiencia de conciliación y fijación de honorarios

29. La Audiencia de Conciliación se surtió el 1° de diciembre de 2022, declarándose fracasada mediante providencia de esa fecha (Auto 22 – Acta 19). En esta misma audiencia el Tribunal procedió a fijar las sumas correspondientes a los honorarios y gastos del Tribunal (Auto 23 – Acta 19). Las partes y TRANSINNOVA consignaron oportunamente los honorarios y gastos a su cargo. TRANSMILENIO consignó dentro de la oportunidad legal los honorarios fijados a cargo del IDU, dado que esta última no efectuó el pago correspondiente.

F. Primera Audiencia de Trámite

30. El 17 de enero de 2023 inició la primera audiencia de trámite (Acta 20). En esta fecha, previo control de legalidad, el Tribunal asumió competencia para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre las Partes de que dan cuenta: (i) la demanda formulada por TRANSMILENIO y su contestación; (ii) la demanda de reconvencción reformada formulada por SOMOS U y su contestación, con las

precisiones y la exclusión que el Tribunal expuso en la parte motiva de esa providencia⁶; y (iii) el llamamiento en garantía formulado por TRANSMILENIO a TRANSINNOVA y su contestación. El Tribunal declaró que carecía de competencia para conocer de las controversias planteadas en el llamamiento en garantía efectuado por TRANSMILENIO al IDU.

31. La decisión del Tribunal de asumir competencia para pronunciarse sobre la demanda formulada por TRANSMILENIO fue recurrida por SOMOS U, quien solicitó que se excluyera del ámbito de competencia del Tribunal el conocimiento de la cuarta pretensión de la demanda de TRANSMILENIO. Adicionalmente, TRANSMILENIO interpuso recurso de reposición en cuanto a la decisión del Tribunal de no asumir competencia respecto del llamamiento en garantía al IDU.
32. Surtido el traslado de los recursos de reposición presentados frente al auto de competencia, mediante providencia del 18 de enero de 2023 (Auto 26 – Acta 21), el Tribunal confirmó el auto recurrido. En esta misma fecha, el Tribunal solicitó a los intervinientes algunas aclaraciones sobre sus solicitudes probatorias y dispuso la suspensión de la primera audiencia de trámite (Auto 27 – Acta 21).
33. El 10 de febrero de 2023 continuó la primera audiencia de trámite, oportunidad en la que el Tribunal decretó, mediante auto que no fue recurrido, las pruebas solicitadas por los intervinientes (Auto 28 - Acta 22). En consecuencia, la primera audiencia de trámite finalizó el 10 de febrero de 2023.

G. Práctica de las pruebas

34. Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente manera:

Documentales:

35. Se ordenó tener como pruebas documentales, con el valor que la ley les asigna:

6 En esta providencia el Tribunal dispuso: “15.2.2.6. Sin perjuicio del pronunciamiento de fondo que surtido el debate probatorio corresponda hacer en el laudo arbitral, en relación con las mencionadas pretensiones observa el Tribunal que:

- (i) *En cuanto a la pretensión décima novena entiende el Tribunal que en principio el asunto cuya declaración se solicita no hace parte de los que se encuentran excluidos del alcance del pacto arbitral, entendiéndose, en todo caso, que el pronunciamiento del Tribunal se circunscribirá al régimen que según el contrato sea aplicable a esa materia.*
- (ii) *En cuanto a la pretensión vigésima entiende el Tribunal que en principio el asunto cuya declaración se solicita no hace parte de los que se encuentran excluidos del alcance del pacto arbitral, salvo la frase que dice “ni generador de caducidad en los términos previstos en las cláusulas 14.1.2.(d) y 20.4. del Contrato de Concesión”. En efecto esta expresión se refiere a aspectos que las partes excluyeron de la competencia del Tribunal al ser la caducidad un asunto sobre el cual el Tribunal no puede pronunciarse”.*

a) Las aportadas por TRANSMILENIO junto con:

- i) La demanda, que obran en el expediente digital en la carpeta electrónica denominada “01. 129597 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL”.
- ii) La contestación de la demanda de reconvencción y los llamamientos en garantía, que obran en el expediente digital en las carpetas electrónicas denominadas “03_PRUEBAS_CONT_DDA_RECONVENCION_Y_LLAMAMIENTOS” y “04_PRUEBAS_NUMERAL_4.2_RECONVENCION”.
- iii) La contestación de la demanda de reconvencción reformada, que obran en el expediente digital en la carpeta electrónica denominada “08_PRUEBAS_CONTESTACION_TRANSMILENIO_REFORMA_RECONVENCION”.
- iv) El memorial del 31 de enero de 2023, que obran en el expediente digital en la carpeta electrónica denominada “12_PRUEBAS_TRANSMILENIO_LINK_SECOP”.

b) Las aportadas por SOMOS U junto con:

- i) La contestación de la demanda y la demanda de reconvencción, que obran en el expediente digital en la carpeta electrónica denominada “02_PRUEBAS_CONTESTACIÓN_RECONVENCION”.
- ii) La reforma de la demanda de reconvencción, que obran en el expediente digital en la carpeta electrónica denominada “07_PRUEBAS_REFORMA_RECONVENCION_SUBSANADA”.
- iii) El escrito mediante el cual recorrió el traslado de la contestación de la demanda de reconvencción reformada, que obran en el expediente digital en la carpeta electrónica denominada “10_PRUEBAS_SOMOS_BOGOTA_USME_TRASLADO_CONTESTACION_REFORMA_RECONVENCION”.

c) Las aportadas por TRANSINNOVA junto con:

- i) La contestación del llamamiento en garantía, que obran en el expediente digital en la carpeta electrónica denominada “06_PRUEBAS_CONTESTACION_LLAMAMIENTO_TRANSINNOVA”.

- ii) La contestación de la reforma de la demanda de reconvención, que obran en el expediente digital en la carpeta electrónica denominada “09_PRUEBAS_CONTESTACION_TRANSINNOVA_REFORMA_RECONVENCION”.

Interrogatorios y declaraciones de parte

36. El 17 de abril de 2023 se recibió el interrogatorio y la declaración de parte de los representantes legales de SOMOS U y de TRANSINNOVA (Acta 32). La grabación y la transcripción de estas declaraciones se incorporaron al expediente digital en la carpeta No. 20 de las Pruebas, con la advertencia de que las transcripciones no sustituyen la grabación, que constituye el registro de las declaraciones practicadas.

Interrogatorio y declaración de parte de TRANSMILENIO (artículo 195 del C.G.P.)

37. En los términos del artículo 195 del Código General del Proceso, el representante legal de TRANSMILENIO rindió informe escrito que se incorporó al expediente digital en la carpeta No. 14 de las Pruebas, y se puso en conocimiento de los intervinientes mediante providencia del 21 de abril de 2023 (Auto 36 – Acta 28). En el término del traslado, SOMOS U presentó solicitudes de aclaración y complementación, las cuales fueron decretadas y rendidas por TRANSMILENIO. Las aclaraciones y complementaciones se incorporaron al expediente digital en las carpetas Nos. 23 y 25 de las Pruebas.

Testimonios

38. Se recibieron los testimonios decretados así:

TESTIGO	FECHA DE LA DECLARACIÓN
ALEJANDRO OSORIO CALLE	18 de abril de 2023
IVAN ANDRÉS LUQUE RODRÍGUEZ	18 de abril de 2023
RUBEN ORLANDO CHACÓN GIRALDO	20 de abril de 2023
NICOLÁS VELÁSQUEZ	3 de mayo de 2023
JAIME MONROY GARAVITO	3 de mayo de 2023

39. Las declaraciones de Enrique Wolff Marulanda y María Cristina Guerrero se recibieron en su condición de representantes legales.

40. Las transcripciones de los testimonios se incorporaron en la carpeta No. 20 de las Pruebas, y en relación con estas el Tribunal advirtió que ellas no sustituyen la grabación, que constituye el registro de la declaración practicada.
41. Se aceptaron los desistimientos de los testimonios de: Nicolás Adolfo Correal, Julia Rey Bonilla, Carlos Enrique Pérez, Sofía Zarama Valenzuela, Luis Riveros, Devy Velandia, Carlos Enrique Pérez, Armando Espitia Arévalo, Claudia Patiño, José Gabriel Becerra, André Marques, Xiomara Valderrama, Andrés Camacho, Juan Francisco Copelo y James Posada.
42. Se agregaron al expediente los documentos aportados por los testigos Jaime Monroy y Rubén Chacón (carpeta No. 20 de Pruebas).

Exhibiciones de documentos

43. Se practicó la exhibición de documentos por parte de SOMOS U. Se incorporaron al expediente los documentos seleccionados por TRANSMILENIO de esta exhibición de documentos, que obran en la carpeta No. 17 de las Pruebas.
44. Se practicó la exhibición de documentos por parte de TRANSMILENIO. Se incorporaron al expediente los documentos seleccionados por SOMOS U de esta exhibición de documentos, que obran en las carpetas Nos. 18, 22 y 26 de las Pruebas.
45. Se practicó la exhibición de documentos por parte del IDU. Se incorporaron al expediente los documentos seleccionados por SOMOS U de esta exhibición de documentos, que obran en la carpeta No. 27 de las Pruebas.
46. Mediante providencias del 31 de mayo de 2023 (Auto 43 – Acta 31), 9 de junio de 2023 (Auto 44 – Acta 32) y 27 de julio de 2023 (Auto 47 – Acta 35) se tuvieron por concluidas las exhibiciones de documentos.

Inspección judicial a los patios

47. Se incorporaron al expediente digital, en la carpeta No. 13 de las Pruebas, los videos allegados por TRANSMILENIO respecto del Patio La Reforma.
48. Mediante providencia del 24 de mayo de 2023 (Auto 40 – Acta 30), el Tribunal dispuso que, verificados el video y las fotografías aportados por SOMOS U con la contestación de la demanda y la demanda de reconvención, los videos que fueron allegados por TRANSMILENIO atendiendo lo dispuesto en el decreto de pruebas,

y las demás pruebas recaudadas en el proceso, en los términos del artículo 236 del Código General del Proceso resultaba innecesario el decreto y la práctica de la prueba de inspección judicial al Patio Nuevo de Operación “La Reforma” y a los patios actuales. Frente a esta decisión los intervinientes no hicieron manifestación alguna.

Prueba por informe

49. Se recibieron los siguientes informes decretados por el Tribunal:
- (i) Informe por parte de la Financiera de Desarrollo Nacional - FDN, que se incorporó al expediente digital en la carpeta No. 15 de las Pruebas.
 - (ii) Informe por parte del IDU, que se incorporó al expediente digital en la carpeta No.16 de las Pruebas.
50. Mediante providencia del 21 de abril de 2023 (Auto 36 – Acta 28) se corrió traslado a los intervinientes de los informes rendidos por la FDN y el IDU. En el término del traslado, SOMOS U presentó solicitudes de complementación del informe del IDU, las cuales fueron decretadas y rendidas por el IDU. Las aclaraciones y complementaciones se incorporaron al expediente digital en la carpeta No. 21 de las Pruebas.

Dictámenes periciales

51. SOMOS U allegó los siguientes dictámenes periciales:
- a. Dictamen pericial financiero rendido por Guillermo Sarmiento Useche, que obra en el expediente digital en la carpeta No. 11 de las Pruebas.
 - b. Dictamen pericial técnico rendido por el Ingeniero Miguel Andrés Castillo Rangel, que obra en el expediente digital en la carpeta No. 11 de las pruebas.
52. TRANSMILENIO allegó los siguientes dictámenes periciales de contradicción:
- a. Dictamen pericial financiero rendido por SOLUCIONES FINANCIERAS LTDA. - SOLFIN, que obra en el expediente digital en la carpeta No. 19 de las Pruebas.
 - b. Dictamen pericial técnico rendido por el Ingeniero Vladimir Castro Mendoza, que obra en el expediente digital en la carpeta No. 19 de las Pruebas.

Declaraciones de los peritos

53. Para la contradicción de los dictámenes se recibieron las declaraciones de los peritos, así:
- a. El 24 de mayo 2023 se recibieron las declaraciones de los peritos técnicos Miguel Andrés Castillo Rangel y Vladimir Augusto Castro Mendoza. Se incorporaron al expediente digital los documentos que acreditan la experiencia académica y profesional del perito Vladimir Augusto Castro Mendoza en la carpeta No. 24 de Pruebas. La grabación de esta diligencia y la correspondiente transcripción obran en el expediente digital en la carpeta No. 24 de las Pruebas.
 - b. El 24 de mayo 2023 se recibieron las declaraciones de los peritos financieros Guillermo Sarmiento Useche y SOLUCIONES FINANCIERAS LTDA. - SOLFIN. La grabación de esta diligencia y la correspondiente transcripción obran en el expediente digital en la carpeta No. 24 de las Pruebas.

H. Alegatos finales

54. Mediante providencia del 27 de julio de 2023, previo control de legalidad, el Tribunal dispuso el cierre de la etapa probatoria y señaló fecha y hora para la audiencia de alegatos de conclusión (Auto 49 – Acta 35).
55. El 4 de septiembre de 2023 se surtió la audiencia de alegatos de conclusión, actuación ésta en la que los apoderados de los intervinientes formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron la versión escrita de los mismos, que forman parte del expediente digital. Igualmente, la señora Agente del Ministerio Público rindió su concepto final. En esta misma oportunidad, el Tribunal fijó la fecha para la lectura de la parte resolutive del Laudo.

I. Término de duración del Proceso

56. El término de duración del presente proceso es de seis (6) meses, y su cómputo inició a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, esto es, el 10 de febrero de 2023. A dicho término, por mandato del artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, deben adicionarse los ciento trece (113) días hábiles durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud de las partes y la llamada en garantía, como se precisa a continuación:

Durante el proceso se han solicitado y decretado las siguientes suspensiones:

AUTO	FECHAS	DÍAS HÁBILES SUSPENDIDOS
Auto No. 30 del 13 de marzo de 2023	Entre el 14 y el 20 de marzo, ambas fechas inclusive; y entre el 22 de marzo y el 13 de abril de 2023, ambas fechas inclusive	19
Auto No. 39 del 3 de mayo de 2023	Entre el 5 y el 14 de mayo de 2023, ambas fechas inclusive	6
Auto No. 45 del 20 de junio de 2023	Entre el 21 de junio y el 13 de julio de 2023, ambas fechas inclusive	16
Auto No. 49 del 27 de julio de 2023	Entre el 28 de julio y el 1 de septiembre de 2023, ambas fechas inclusive	24
Auto 50 del 4 de septiembre de 2023	Entre el 5 de septiembre y el 14 de noviembre de 2023, ambas fechas inclusive	48
	TOTAL DÍAS HÁBILES SUSPENDIDOS	113

57. En consecuencia, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, el término se extiende hasta el veintiséis (26) de enero de 2024.
58. Por lo anterior, la expedición del presente Laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

IV - SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

A. La demanda arbitral

59. TRANSMILENIO formuló las siguientes pretensiones en la demanda arbitral subsanada⁷:

3.1. Declarativas.

“PRIMERA. Que se declare que el 19 de noviembre de 2018, la empresa TRANSMILENIO S.A. y SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. celebraron el Contrato de Concesión N° 688 de 2018, cuyo objeto es:

“El objeto del presente Contrato es otorgar al Concesionario de Operación la concesión no exclusiva para (i) la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros del Sistema TransMilenio en el componente de Operación; (ii) el Mantenimiento de la Flota; (iii) la Adecuación, Operación y Mantenimiento de los Patios de Operación; y (iv) la ejecución de las Obras e Intervenciones. En desarrollo del objeto señalado TMSA entrega en concesión el uso y Control Total de la Flota descrita en el Anexo G del presente Contrato.

7 Expediente Digital. Principal 02. 05_SUSANACION_DEMANDA.

“4.1.2. En los términos de la Ley Aplicable, por el presente Contrato TMSA otorga el Permiso de Operación al Concesionario de Operación para la prestación, no exclusiva, del servicio público de Transporte Masivo de pasajeros terrestre automotor urbano en la ciudad de Bogotá D.C. y su área de influencia, sobre los Corredores Troncales, y respecto de los grupos de servicios que se originen en las Estaciones que conforman o llegaren a conformar el Sistema TransMilenio, de acuerdo con la Resolución N° 675 del 2 de noviembre de 2018 de adjudicación de la Licitación, aclarada mediante resolución 688 del 9 de noviembre de 2018. Todo lo anterior, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente Contrato.

“4.1.3. El presente Contrato de Concesión instrumenta la relación de carácter contractual que vinculará a TMSA y al Concesionario, como Partes que son del Contrato (las “Partes”). Dicha relación contractual estará sometida a las disposiciones, reglas y principios que rigen los contratos celebrados por entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentran expresamente regulados por la Ley 80 de 1993, la Ley 105 de 1993, la Ley 1753 de 2018, el Decreto Distrital 309 de 2009 y las demás normas que las sustituyan, desarrollen o reglamenten.

“4.1.4. Para los efectos del numeral 5 del artículo 15 del Decreto 170 de 2001, compilado por el Decreto 1079 de 2015, la certificación sobre la existencia de los contratos de vinculación de los vehículos que conforman la Flota de propiedad del Concesionario de Provisión, se hará a través del Acuerdo Entre Privados’.

“**SEGUNDA.** Que se declare que al contrato de concesión No. 688 de 2018 se le integran las normas vigentes al momento de su celebración.

“**TERCERA.** Que se declare que al contrato de Concesión No. 688 de 2018 se le integra el artículo 15 del Decreto 831 de 1999, por el cual se reglamentó el Acuerdo 4 de 1999.

“**CUARTA:** Que se declare que de conformidad con el artículo 15 del Decreto 831 de 1999, por el cual se reglamentó el Acuerdo 4 de 1999, del Concejo de Santa Fe de Bogotá y se dictan otras disposiciones, le corresponde al Instituto de Desarrollo Urbano - IDU - la construcción, mantenimiento y mejora de la infraestructura específica y exclusiva que se utilizará en la operación del Sistema Transmilenio.

“**QUINTA:** Que se declare que TRANSMILENIO S.A. no es la entidad responsable del diseño, contratación y construcción del Nuevo Patio de Operación a ser entregado por Transmilenio S.A. al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.

“**SEXTA:** Que se declare que el Nuevo Patio de Operación a serle entregado al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME, es parte de la infraestructura específica y exclusiva que se utilizará en la operación del Sistema Transmilenio de conformidad con el artículo 15 del Decreto 831 de 1999.

“SÉPTIMA: Que se declare que TRANSMILENIO S.A. en cumplimiento de las obligaciones normativas a su cargo adelantó las gestiones necesarias para que en los tiempos previstos en el contrato de concesión No. 688 de 2018, se llevaría (sic) a cabo la contratación y las obras relacionadas con el Nuevo Patio de Operación a ser entregado al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.

“OCTAVA: Que se declare que el numeral 3.114 del Contrato de concesión No. 688 de 2018 señaló el 1 de junio de 2020 como fecha de entrega del Patio Nuevo de Operación al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.

“NOVENA: Que se declare que en el proceso de estructuración que resultó en la adjudicación del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, Transmilenio cumplió con el principio de planeación.

“DÉCIMA: Que se declare que en el proceso de licitación que resultó en la adjudicación del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, el proponente hoy concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. no advirtió sobre la posible configuración de afectación alguna al desarrollo del objeto del Contrato No. 688 de 2018 por la entrega tardía del Patio Nuevo de Operación.

“DÉCIMA PRIMERA: Que se declare que a la fecha de la radicación de esta demanda a Transmilenio S.A. no se le ha hecho entrega del Patio Nuevo de Operación que debía, a su vez, entregársele al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.

“DÉCIMA SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se declare que el 1° de junio de 2020, TRANSMILENIO S.A. no pudo hacer entrega del Patio Nuevo de Operación al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. por un hecho que no le es imputable.

“DÉCIMA TERCERA: Que se declare que el Patio Nuevo de Operación se requería para soportar la operación del segundo sub lote de flota previsto en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018.

“DÉCIMA CUARTA: Que se declare que de conformidad con el otrosí No. 2 al Contrato de Concesión No. 688 de 2018, la entrada definitiva en operación del segundo sub lote de flota era el 26 de septiembre de 2020.

“DÉCIMA QUINTA: Que se declare que TRANSMILENIO S.A. en cumplimiento de su deber legal de gestión, organización y planeación del Sistema Transmilenio adelantó las acciones necesarias para mitigar las consecuencias por la no entrega del Patio Nuevo de Operación al Concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. poniendo a disposición del Concesionario el patio garaje de la Calle Sexta y la operación compartida desde El Dorado, desde donde efectivamente ha podido realizar su operación sin inconvenientes.

“DÉCIMA SEXTA: Que en virtud de lo anterior, se declare que desde el 1° de junio de 2020 y a la fecha de radicación de esta demanda, la totalidad de buses cuya operación está a cargo del Concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. ha operado y sigue operando sin inconveniente alguno.

“DÉCIMA SÉPTIMA: *Que se declare que la entrega oportuna del Patio Nuevo de Operación al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. habría generado la asunción de unos costos y gastos a cargo del concesionario.*

“DÉCIMA OCTAVA: *Que se declare que Transmilenio S.A. no ha causado daño cierto, directo y personal al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S que deba ser resarcido al concesionario como consecuencia de la no entrega el 1 de junio de 2020 del Patio Nuevo de Operación.*

“3.2. De Condena.

“DÉCIMA NOVENA: *Que se condene en costas a la parte demandada y las mismas se liquiden por el Tribunal con arreglo a la ley”.*

60. Los 84 hechos que sustentan las pretensiones se relataron pormenorizadamente en la demanda subsanada, fueron clasificados conforme a la siguiente estructura temática, y se resumen a continuación:

4.1. Antecedentes generales (hechos 1 a 35)

Hechos 1 y 2. Se refieren a la Licitación Pública TMSA-LP-002-2018, cuyo objeto era seleccionar la Propuesta más favorable para la Adjudicación de seis (6) Contratos de Concesión, que tenían por objeto “[e]l otorgamiento de una concesión al Concesionario para la prestación del Servicio Público de Transporte Público de Pasajeros en su componente de Operación del Sistema TransMilenio, incluyendo el Mantenimiento de la Flota, la adecuación, operación y mantenimiento del(los) Patio(s) de Operación asociado(s)”.

Hecho 3. Se señala que “[e]n el marco del proceso de selección TMSA-LP-002-2018, se definió que cada lote de flota a adjudicar tendría un patio existente asociado y/o un patio temporal y/o un patio nuevo”.

Hechos 4 y 5. Se citan algunos apartes de los pliegos de condiciones referentes a los patios y al mecanismo de remuneración de las adecuaciones y operación de los diferentes patios.

Hecho 6. Hace referencia a las observaciones formuladas en el proceso licitatorio relacionadas con el patio Nuevo.

Hechos 7 y 8. El contrato fue adjudicado al proponente ESTRUCTURA PLURAL CONFORMADA POR SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A., ASESORÍAS E INVERSIONES BAQUERO TORRES & CIA. S. EN C. y ARIAS REYES UNIDOS S.A.S., quienes constituyeron la sociedad concesionaria SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.

Hechos 9 a 15. Aluden a la suscripción del Contrato de Concesión No. 688 de 2018 entre TRANSMILENIO y SOMOS U, y se citan algunas de sus cláusulas (definiciones, sección 4.4.1. literal (o), derechos y obligaciones (secciones 7.3, 8.3 y 8.4.), y bienes entregados (9.1.8)).

Hecho 16. El 25 de enero de 2019 se suscribió el Acta de Inicio con el Concesionario de Operación.

Hecho 17. El 4 de julio de 2019 se suscribió el Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión 688 de 2018 mediante el cual se adicionó la sección 10.10 al Contrato de Concesión.

Hechos 18 y 19. El 30 de julio de 2019 fue entregado al Concesionario de Operación el Patio existente, y el 28 de septiembre de 2019 la flota del Sub-Lote 1.

Hecho 20. *“El 12 de octubre de 2019, inició la Etapa de Operación y Mantenimiento del Contrato de Concesión”.*

Hechos 21 a 25. Hacen referencia a las comunicaciones cruzadas entre las partes respecto de la entrega del Patio la Reforma.

Hecho 26. *“El 1 de junio de 2020, no se entregó el Patio Nuevo al Concesionario SOMOS USME por parte de Transmilenio”.*

Hecho 27. Hace referencia a la suscripción del Otrosí No 2 al Contrato de Concesión —3 de agosto de 2020—, en el que se modifica la Fecha Máxima de Recepción del Sub-Lote 2, y se citan algunas de sus cláusulas.

Hecho 28. *“El 28 de agosto de 2020, se suscribe el acta de entrega del Patio de la Calle Sexta entre Transmilenio y el Concesionario Somos Usme”.*

Hechos 29 a 31. Aluden al cruce de comunicaciones entre las partes en relación con la suscripción de un otrosí *“para efectos de regular los aspectos contractuales que se veían afectados por la no entrega del Patio La Reforma”.*

Hechos 32 y 33. Se refieren a las comunicaciones cruzadas entre las partes en torno al Patio Américas y la disponibilidad de la estación de servicio de este patio.

Hecho 34. El 26 de septiembre de 2020 se da el inicio de operación del Sub-Lote 2.

Hecho 35. *“Ante la imposibilidad de hacer entrega del Patio ‘La Reforma’ el Concesionario y Transmilenio acordaron la operación de la flota asociada al sublote 2 del contrato de concesión desde el Patio de la Calle Sexta y el Patio El Dorado”.* Se precisa la forma en que se distribuyen los buses en los tres patios y los servicios a los que se tiene acceso en cada patio.

4.2. *Antecedentes diseño, contratación y construcción patio “La Reforma”* (hechos 36 a 64)

Hechos 36 y 37. Hacen referencia a la construcción de la infraestructura para el Sistema Integrado de Transporte Público del Distrito Capital, precisando que se encuentra a cargo del IDU de conformidad con lo establecido en el Convenio 01

de 2000 y sus modificatorios. Se cita la cláusula sexta del Convenio 01 de 2000 y la cláusula primera del modificatorio No. 9.

Hechos 38 a 64. Se refieren a la entrega por parte de TRANSMILENIO al IDU de los requerimientos para la contratación de los estudios y diseños, la solicitud de adquisición del predio Usme II (La Reforma), los contratos de estudios y diseños suscritos por el IDU, las comunicaciones cruzadas con el IDU en torno al patio La Reforma y su entrega, así como los comités en que trató este asunto.

4.3. Antecedentes, reclamaciones y controversia entre el Concesionario Somos Usme y Transmilenio (hechos 65 a 84)

Hecho 65. *“Evidenciando el incumplimiento del IDU en la entrega del Patio ‘La Reforma’, Transmilenio S.A., en cabeza de la Subgerencia Técnica y de Servicios, adelantó una serie de mesas de trabajo tanto con el Concesionario como con otros actores del Sistema para adoptar las acciones necesarias que garantizaran la operación del segundo sub lote de flota a cargo de Somos Usme”.*

Hechos 66 y 67. Se alude a las alternativas que se plantearon para garantizar la prestación del servicio considerando la no entrega del Patio la Reforma, y se relacionan las reuniones, mesas de trabajo y visitas de campo que se llevaron a cabo, *“que resultaron en la operación efectiva de la totalidad de la flota que integra el segundo sub lote del Concesionario”.*

Hechos 68 a 70. Se hace referencia a las comunicaciones cruzadas entre las partes en torno a los requerimientos que hizo el Concesionario sobre el Patio Nuevo.

Hecho 71. El 3 de junio de 2020 el Concesionario de Provisión remitió a Transmilenio la información de entrega del segundo sub lote. *“[s]e adjuntaron los correos cruzados en el mes de mayo, en los cuales se señaló que la flota del segundo sub lote como consecuencia del Covid terminaría de ser vinculada hacía (sic) mediados de septiembre”.*

Hecho 72. *“Mediante oficio 2020EE06649 de fecha 2 de junio de 2020, Transmilenio dio respuesta al oficio del concesionario con radicado 2020ER14952 resumiendo lo siguiente: i) sobre la gestión y disponibilidad de la infraestructura asociada al Patio de Operación Troncal - La Reforma; ii) la posible afectación operacional expuesta por el Concesionario de Operación; iii) la entrada en operación del Sub-Lote 2 asociado a los contratos de concesión 687 y 688 de 2018; y iv) algunas conclusiones sobre la situación expuesta”.*

Hecho 73. *“El 26 de agosto de 2020, el Concesionario solicitó a Transmilenio que le apruebe, para efectos de su reconocimiento económico, la ampliación del pódico del Patio Existente de Usme, señalando la necesidad de esta obra toda vez que por la no entrega del Patio [La] Reforma habría un mayor flujo vehicular (oficio 2020ER23703). A esta solicitud Transmilenio le requirió al Concesionario, mediante oficio 2020EE14249, para que ‘amplié la información suministrada sobre la necesidad de la adecuación planteada, acompañada de las evidencias técnicas que soporten la generación del problema logístico por ustedes invocado con ocasión de la redistribución del segundo sub lote de flota de Concesionario.’ Esta*

Información requerida oportunamente por Transmilenio a la fecha de radicación de esta demanda no ha sido recibida”.

Hechos 74 a 84. Se refieren a los cruces de comunicaciones y mesas de trabajo que sostuvieron las partes en relación con los perjuicios reclamados por el Concesionario por la no entrega del patio La Reforma, y la operación desde los patios Américas, El Dorado y Calle Sexta.

B. La contestación de la demanda

61. Según se relató en el capítulo de antecedentes, SOMOS U contestó oportunamente la demanda, se pronunció sobre las pretensiones y los hechos, formuló las siguientes excepciones de mérito, y solicitó pruebas⁸:

“5.1. Falta de jurisdicción y competencia parcial del Tribunal para conocer la pretensión Cuarta de la demanda subsanada

“5.2. Las pretensiones no cumplen con los requisitos formales debido a que las pretensiones Novena y Decimoséptima son amplias, generales e indeterminadas

“5.3. El artículo 15 del Decreto 831 de 1999 no exime de responsabilidad contractual a TRANSMILENIO S.A. en materia de entrega de la infraestructura

“5.4. Incumplimiento de TRANSMILENIO S.A. en las obligaciones legales y contractuales en materia de entrega de la infraestructura a SOMOS U S.A.S. (Patio de Operación Nuevo Usme II/La Reforma)

“5.5. La ejecución de las obligaciones del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) no constituye exoneración o eximente de responsabilidad de TRANSMILENIO

“5.6. Incorporación del artículo 17 del Decreto 831 de 1999

“5.7. TRANSMILENIO S.A. incumplió con sus obligaciones de gestión y coordinación interinstitucional en materia de infraestructura

“5.8. TRANSMILENIO S.A. adquirió sus obligaciones en materia de infraestructura con SOMOS U S.A.S. con base en el principio de planeación

“5.9. SOMOS U S.A.S. no condonó anticipadamente los perjuicios causados por TRANSMILENIO S.A.

“5.10. TRANSMILENIO S.A. ha sido pasivo en la mitigación parcial de perjuicios causados a SOMOS U S.A.S.

“5.11. El incumplimiento en la entrega de la infraestructura (Patio de Operación Nuevo Usme II/La Reforma) por parte de TRANSMILENIO S.A. a SOMOS U

8 Expediente Digital. Principal 2. 15_CONTESTACION_DEMANDA.

S.A.S. causó (y sigue causando) daño y genera afectación del concesionario y su operación

“5.12. TRANSMILENIO S.A. actúa en contra de sus propios actos

“5.13. Excepción denominada como ‘genérica’”.

C. La demanda de reconversión

62. SOMOS U formuló las siguientes pretensiones en la reforma de la demanda de reconversión subsanada⁹:

“4.1. Pretensiones Generales Declarativas

“Primero. Declarar que el Contrato de Concesión No. 688 de 2019, fue suscrito el 19 de noviembre de 2018, o en la oportunidad que determine el Tribunal, existe y se encuentra actualmente en ejecución (en adelante ‘el Contrato’ o ‘el Contrato de Concesión’).

“Segundo. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. predispuso las condiciones del Contrato de Concesión No. 688 de 2019, en consecuencia, es contrato de adhesión, respecto del cual EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO -TRANSMILENIO S.A. tiene posición contractual de dominio.

“Tercero. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. en su condición de Ente Gestor, está obligado a la organización, planeación, gestión y control del Sistema TransMilenio y el Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) en los términos establecidos en el Capítulo 2 y en las cláusulas 4.1., 8.4.1., 8.4.14., 8.4.17. del Contrato de Concesión, y las demás disposiciones legales y contractuales aplicables.

“4.2. Pretensiones Declarativas relativas al incumplimiento de TRANSMILENIO en materia de Infraestructura (Patio Usme II/La Reforma)

“Cuarto. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. está obligada a entregar la infraestructura a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. en los términos establecidos en las cláusulas 3.114., 3.165., 8.4.15. y 9.1.5. del Contrato de Concesión, y las demás disposiciones legales y contractuales aplicables.

“Quinto. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no entregar la Infraestructura al Concesionario, en particular, el Patio Usme II/La Reforma.

9 Expediente Digital. Principal 2. 55_SUBSANACION_REFORMA_RECONVENCION_31012022.

“Sexto. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor y Titular del Sistema Transmilenio en relación con la falta de entrega de la Infraestructura al Concesionario, en particular, el Patio Usme II/La Reforma a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S.

“Subsidiaria a la Pretensión Sexta: Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. está obligada a soportar las consecuencias económicas que genera para SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. la falta de entrega de la Infraestructura al Concesionario, en particular, el Patio Usme II/La Reforma a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S.

“4.3. Pretensiones Declarativas relativas al incumplimiento de TRANSMILENIO en materia de entrega del Segundo Sublote de flota

“Séptimo. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. se obligó a entregar la flota que integra el Sub-Lote 2 a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. en los términos establecidos en la cláusula 3.117. inicial del Contrato de Concesión, y las demás disposiciones legales y contractuales aplicables.

“Octavo. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no entregar el Sub-Lote 2 a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S., y/o al no indemnizar ni compensar al Concesionario por los efectos generados por las modificaciones contractual (sic) objeto del Otrosí No. 2 al Contrato de Concesión.

“4.4. Pretensiones Declarativas relativas al incumplimiento de TRANSMILENIO en la liquidación y pago el pago (sic) de la retribución (Kilómetros en vacío)

“Noveno. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no liquidar ni remunerar los Kilómetros en Vacío efectivamente recorridos por la flota de SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S., en los términos contractuales, incluyendo sin limitarse a ello, los previstos en las cláusulas 3.139., 3.192., 6.3., 8.3.16., 8.4.19. del Contrato de Concesión.

“Décimo. Declarar que las expresiones ‘kilómetros programados en el Subsistema de Control de Flota provisto por el Concesionario del SIRCI’ contenida en el numeral 3.139. y ‘en ningún caso se remunerará al Concesionario de Operación un número de Kilómetros en Vacío superior a aquel estipulado por TMSA en el Programa de Servicios de Operación’ contenida en la Cláusula 6.3.3. del Contrato, no pueden ser entendidas como una autorización anticipada para que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. remunerare Kilómetros en Vacío inferiores a los efectivamente recorridos por la flota de SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S.

“4.5. Pretensiones Declarativas relativas a los efectos generados por la emergencia sanitaria desatado (sic) por la pandemia COVID 19.

“Undécimo. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. es responsable de compensar los efectos desfavorables causados por Eventos de Fuerza Mayor no asegurables en los términos de la cláusula 16.3. literal (l) del Contrato de Concesión, tales como generados (sic) para la operación de SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. por la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales y distritales que afectaron el transporte masivo urbano de pasajeros. metropolitanas y municipales que afectaron el transporte masivo urbano de pasajeros (sic).

“Duodécimo. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. está obligada a reestablecer el equilibrio del Contrato de Concesión por los efectos generados para la operación de SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. por la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales y distritales que afectaron el transporte masivo urbano de pasajeros.

“Decimotercero. Declarar que SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. solicitó a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. el restablecimiento del equilibrio del Contrato de Concesión en relación con los efectos generados para la operación de SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. por la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales, y distritales que afectaron el transporte masivo urbano de pasajeros, el cual no ha sido restablecido.

“Decimocuarto. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. no utilizó los fondos autorizados por el Decreto 575 de 2020 (art. 5º) para mitigar el déficit de la operación del Sistema TransMilenio para SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S., lo cual constituye un incumplimiento del Contrato de Concesión.

“Decimoquinto. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. no utilizó los fondos autorizados por la Ley 2155 de 2021 (art. 28) y/o de la Resolución No. 202113040052145 del Ministerio de Transporte para cofinanciar el déficit operacional o de implementación originado por las medidas de restricción del nivel de ocupación de la oferta de sus servicios dirigidas a contener la propagación del SARS-COVID-2 (Covid 19) durante la vigencia de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para mitigar la afectación generada a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S., lo cual constituye un incumplimiento del Contrato de Concesión.

“Decimosexto. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. no ha cumplido con su obligación de restablecer íntegramente el equilibrio económico del Contrato de Concesión en los términos de la Pretensión Duodécimo lo cual constituye un incumplimiento del Contrato de Concesión por parte de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

“Decimoséptimo. Declarar que, como consecuencia del incumplimiento de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. al no haber asumido su obligación de restablecer íntegramente el equilibrio económico del Contrato de Concesión en los términos de las Pretensiones Duodécimo a Decimosexto, EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. causó un daño antijurídico que debe ser indemnizado a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S.

“4.6. Pretensiones Declarativas relativas al inicio de un procedimiento sancionatorio que tiene por objeto la caducidad del Contrato de Concesión como retaliación por las reclamaciones presentadas por SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S.

“Decimoctavo. Declarar que el eventual incumplimiento de las obligaciones previstas en las definiciones 3.73., 3.167. y cláusulas 5.1.2., 5.3.2. y 8.3.14. del Contrato de Concesión no están tipificadas como generadoras de multas de apremio en ninguna de las causales 13.4. y 13.5. del Contrato de Concesión.

“Decimonoveno. Declarar que procedimiento (sic) sancionatorio iniciado por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. por presunto incumplimiento de las cláusulas antes mencionadas, no cumple con los lineamientos legales previstos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

“Vigésimo. Declarar que la suscripción de los contratos de mutuo entre SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. y SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES SOMOS K S.A. no constituye un incumplimiento, ni mucho menos grave, ni generador de caducidad en los términos previstos en las cláusulas 14.1.2.(d) y 20.4. del Contrato de Concesión.

“4.7. Pretensiones de Condena

“Vigésimo primero. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a indemnizar a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. los perjuicios generados como consecuencia de sus incumplimientos legales y contractuales, de todo orden, según se pruebe en el proceso, para lo cual además, habrá de estarse a lo resuelto por el Tribunal para las liquidaciones y pagos que se causen con posterioridad a la presentación de la reforma de la demanda.

“Vigésimo segundo. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. las sumas a que hubiere lugar por restablecimiento del equilibrio del Contrato de Concesión así como las compensaciones de todo orden, según se pruebe en el proceso, para lo cual además, habrá de estarse a lo resuelto por el Tribunal para las liquidaciones y pagos que se causen con posterioridad a la presentación de la reforma de la demanda.

“Vigésimo tercero. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. –

SOMOS U S.A.S. las costas del proceso, incluyendo agencias en derecho, honorarios y gastos del Tribunal.

“Vigésimo cuarto. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U 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”.

63. Los hechos que sustentan las pretensiones se relataron pormenorizadamente en la reforma de la demanda de reconvención subsanada, fueron clasificados conforme a la siguiente estructura temática, y se resumen así:

5.1. El Contrato de Concesión No. 688 de 2018 (hechos 5.1.1. a 5.1.5.)

Hechos 5.1.1. a 5.1.3. Se refieren a la licitación pública que abrió TRANSMILENIO para la contratación de la operación de Flota.

Hechos 5.1.4 a 5.1.5. Aluden a la suscripción del Contrato de Concesión No. 668 de 2018, su objeto, y los derechos y obligaciones asumidos por TRANSMILENIO.

5.2. Hechos relativos a los incumplimientos de TRANSMILENIO respecto a la entrega de la Infraestructura, y en particular, el patio de Operación Usme II/La Reforma (hechos 5.1.6. a 5.2.21)

Hechos 5.2.1. a 5.2.8. Se señala que la infraestructura del sistema TRANSMILENIO está comprendida por los Patios de Operación, que incluyen los Existentes, Nuevos y Temporales. A continuación, se citan los apartes del Contrato referentes al Patio de Operación Nuevo, los Bienes Entregables, la obligación a cargo de TRANSMILENIO de entregar el Patio de Operación Nuevo, la fecha máxima de entrega de este patio, el Acta de Entrega del Patio de Operación Nuevo, y las condiciones de su recibo.

Hechos 5.2.9. y 5.2.10. El 25 de enero de 2019 las partes suscribieron el Acta de Inicio, y el 12 de octubre de 2019 inició la Etapa de Operación y Mantenimiento.

Hechos 5.2.1. a 5.2.17. Se refieren al incumplimiento en la entrega de la infraestructura del Patio de Operación Nuevo Usme II/La Reforma, las comunicaciones cruzadas entre las partes en relación con la entrega de este Patio, y las acciones realizadas por SOMOS U para mitigar los perjuicios.

Hechos 5.2.18. y 5.2.19. Se precisa que *“los daños principales del incumplimiento consisten en tener que operar no en dos (2) sino en tres (3) patios diferentes, incluyendo Calle Sexta y El Dorado que no cuentan con las especificaciones técnicas de tanqueo, mantenimiento y alistamiento del Patio de Operación Nuevo Usme II/La Reforma, todo con el fin de garantizar la prestación del servicio de transporte masivo y mitigando los perjuicios”*. A continuación, se especifican los problemas que se presentan en la operación desde los Patios Usme I (existente),

Calle Sexta y El Dorado, y se cita el correo electrónico del 25 de septiembre de 2020.

Hechos 5.2.20 y 5.2.21. Se pone de presente que TRANSMILENIO, a la fecha de la demanda, no ha entregado el Patio de Operación Nuevo, y que este incumplimiento le ha causado perjuicios que han sido reclamados mensualmente.

5.3. Hechos relativos al incumplimiento de TRANSMILENIO en materia de entrega del Segundo Sublote de flota (hechos 5.3.1. a 5.3.6)

Hecho 5.3.1. TRANSMILENIO se obligó a entregar la Flota del Sub-Lote 2 a SOMOS U el 18 de julio de 2020 (cláusula 3.117 inicial del Contrato de Concesión).

Hecho 5.3.2. TRANSMILENIO no cumplió con la fecha de entrega del Sub-Lote 2 *“por asuntos que el Concesionario de Provisión -de TRANSMILENIO- imputó a retrasos originados por la emergencia sanitaria global”*.

Hecho 5.3.3. Hace referencia a las reclamaciones remitidas por SOMOS U a TRANSMILENIO *“para que indemnizara o compensara los efectos del incumplimiento en la entrega del Sub-Lote 2”*, y destaca la comunicación No. 2020-ER-19657.

Hechos 5.3.4 a 5.3.5. Hacen referencia a la suscripción del Otrosí No. 2 el 3 de agosto de 2020, *“con el objeto de dividir de la flota que integra el Sub-Lote en varias entregas y aplazar la Fecha Máxima de Recepción del Sub-Lote 2 para el 18 de septiembre de 2020, así como el inicio de operación”*, en el que SOMOS U dejó constancia expresa de su reserva a reclamar.

Hecho 5.3.6. Se refiere a los intentos de arreglo directo con SOMOS U, y al arreglo al que se llegó con el Concesionario de Provisión de Flota.

5.4. Hechos relativos al incumplimiento de TRANSMILENIO en la liquidación y pago el pago (sic) de la retribución (Kilómetros en vacío) a SOMOS U S.A.S. (hechos 5.4.1. a 5.4.6.)

Hechos 5.4.1. a 5.4.4. Se citan las cláusulas contractuales correspondientes al derecho del Concesionario a recibir la Retribución y la remuneración de los kilómetros en vacío (cláusulas 8.3.16, 8.4.19, 3.192, 3.139 y 6.3.3.).

Hechos 5.4.5. y 5.4.6. Se hace referencia a que *“las actas de liquidación de TRANSMILENIO han determinado los Kilómetros en Vacío pagos exclusivamente a partir de su programación de servicios”*, y pone de presente que no se han pagado los kilómetros en vacío efectivamente recorridos.

5.5. Emergencia sanitaria y las medidas gubernamentales que afectaron el transporte masivo urbano de pasajeros y el Contrato de Concesión (hechos 5.5.1. a 5.5.10)

Hechos 5.5.1. a 5.5.5. Aluden a los actos administrativos y medidas adoptadas por el gobierno en el año 2020 con ocasión de la emergencia sanitaria, que, según lo

señala la Convocante, constituyen un evento de fuerza mayor no asegurable en los términos de la cláusula 16.3.1 literal (I) del Contrato de Concesión.

Hechos 5.5.6. Pone de presente que “[l]a cantidad de viajes (kilómetros comerciales) que se movilizan fueron reducidas drásticamente. TRANSMILENIO definió los planes de servicios, los cuales introdujeron reducciones drásticas en las frecuencias de las rutas, los horarios de cobertura de operación y en la cantidad de servicios de todas las rutas habituales del Sistema TransMilenio”.

Hecho 5.5.7. “SOMOS U S.A.S. reclamó a TRANSMILENIO las afectaciones generadas por la emergencia sanitaria y las medidas adoptadas (...) representadas en el déficit operacional”.

Hecho 5.5.8. Señala que “el Decreto Legislativo 575 de 2020 (art. 5º) reconoció adicionalmente la afectación y ofreció la obtención de recursos al menos parciales para cumplir su obligación y cubrir el déficit”, y se cita el Artículo 5º.

Hecho 5.5.9. Menciona “la Ley 2155 de 2021 (art. 28) y la Resolución No. 202113040052145 del Ministerio de Transporte que establecieron la viabilidad expresa [de] que el Gobierno Nacional financiara al menos parte del déficit generado, y compensará a los concesionarios de transporte masivo por los efectos generados por la emergencia sanitaria”, y cita el artículo 28.

Hecho 5.5.10. Manifiesta que TRANSMILENIO no ha compensado a SOMOS U.

5.6. Inicio de procedimiento sancionatorio a SOMOS U S.A.S. como retaliación por sus reclamos (hechos 5.6.1. a 5.6.7)

Hechos 5.6.1 a 5.6.4. Hacen referencia a las comunicaciones remitidas por la Interventoría y TRANSMILENIO relativas a la concesión de un plazo de cura por posibles incumplimientos de las obligaciones —Cláusulas 5.1.2 y 8.4.14—, la orden de rescindir los contratos de mutuo celebrados con SOMOS K, y la respuesta dada por SOMOS U.

Hecho 5.6.5. Señala que “SOMOS U S.A.S. suscribió un convenio con el Concesionario de Provisión de Flota que le está generando uno (sic) ingresos adicionales a los que conforman la Retribución, que a su turno emplea como fuente de pago de unos créditos con los BANCOS SANTANDER y DE BOGOTÁ, que fue el origen de las sumas utilizadas en los contratos de mutuo con su matriz (SOMOS K), lo que en ningún modo afecta financieramente la concesión”.

Hecho 5.6.6. “TRANSMILENIO remitió comunicación del 30 de diciembre de 2021 con la cual ‘se da inicio al procedimiento sancionatorio’ (...)”.

Hecho 5.6.7. Manifiesta que “TRANSMILENIO ahora alega que los incumplimientos imputados tendrían la connotación de grave que podría dar lugar a la caducidad en los términos de las cláusulas 14.1.2.(d) y 20.4. del Contrato de Concesión, razón que obliga a SOMOS U S.A.S. a acudir al Tribunal para que dirima el asunto e inhiba la competencia de TRANSMILENIO para que no afecte las resultas del presente arbitraje”.

D. La contestación de la demanda de reconvención reformada

64. TRANSMILENIO contestó oportunamente la demanda de reconvención reformada, se opuso a todas las pretensiones, se pronunció sobre las pretensiones y los hechos, solicitó el decreto y la práctica de pruebas y formuló las siguientes excepciones de mérito¹⁰:

“5.1. NATURALEZA DEL CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN

“5.2. EL CONTRATO ESTATAL NO ES DE ADHESIÓN.

“5.3. ALCANCE Y LIMITACIÓN DE FUNCIONES DE TRANSMILENIO S.A.

“5.4. MALA FE CONTRACTUAL

“5.5. EXISTENCIA Y APLICABILIDAD DEL CONVENIO NO. 01 DE 2001.

“5.6. TEORÍA DE ACTOS PROPIOS RESPECTO AL RECONOCIMIENTO DEL IDU COMO ENTIDAD COMPETENTE DE LA CONSTRUCCIÓN DEL PATIO DE OPERACIÓN POR PARTE DEL CONVOCANTE EN RECONVENCIÓN.

“5.7. INIMPUTABILIDAD DE TRANSMILENIO POR LAS DEMORAS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL PATIO LA REFORMA.

“5.8. INEXISTENCIA DE PERJUICIO POR LA NO ENTREGA DEL NUEVO PATIO DE OPERACIÓN ‘LA REFORMA’.

“5.9. IMPROCEDENCIA DE APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL

“5.10. AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA NO ENTREGA DE PATIO Y LA PANDEMIA COVID-19

“5.11. TEORÍA DE ACTOS PROPIOS RESPECTO AL CAMBIO DE LA FECHA DE ENTREGA DE LA FLOTA DEL SUBLOTE 2.

“5.12. INEXISTENCIA DE PERJUICIO POR EL CAMBIO EN LA FECHA DE ENTREGA DEL SUBLOTE 2 DE FLOTA

“5.13. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE A TRANSMILENIO POR EL CAMBIO DE FECHA DEL SUBLOTE 2

“5.14. RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO DE PROVISIÓN POR EL CAMBIO DE FECHA DE ENTREGA DEL SUBLOTE 2 DE FLOTA.

“5.15. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO EN LA LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LOS KILÓMETROS EN VACÍO (SIC).

10 Expediente Digital. Principal 2. 58_TRANSMILENIO_CONTESTACION_REFORMA_RECONVENCION.

“5.16. INEXISTENCIA DE PERJUICIO POR PANDEMIA COVID-19.

“5.17. IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DE EVENTOS DE FUERZA MAYOR NO ASEGURABLE EN LOS TÉRMINOS DE LA CLÁUSULA 16.3 LITERAL (L) DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

“5.18. INEXISTENCIA DE LOS SUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO POR COVID-19.

“5.19. INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 5 DEL DECRETO 575 DE 2020.

“5.20. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN LEGAL DE TRANSMILENIO DE INDEMNIZAR AL CONCESIONARIO SOMOS USME S.A.S. POR COVID-19.

“5.21. CONGRUENCIA DE QUE CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE INCUMPLIMIENTO GRAVE NO SEAN SUSCEPTIBLES DE MULTA.

“5.22. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA LEGALIDAD DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO EN CURSO.

“5.23. PACTA SUNT SERVANDA - DETERMINACIÓN QUE VULNERACIÓN A LA CLÁUSULA 8.3.14. ES INCUMPLIMIENTO GRAVE ESTÁ EN LA CLÁUSULA 20.4 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

“5.24. IMPROCEDENCIA DE CAUSACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE INTERESES DE MORA.

“5.25. IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS DEL PROCESO Y AGENCIAS EN DERECHO Y GASTOS DEL TRIBUNAL.

“5.26. EXCEPCIÓN GENÉRICA”.

E. El llamamiento en garantía a TRANSINNOVA

65. TRANSMILENIO formuló llamamiento en garantía a TRANSINNOVA, que abarca las pretensiones declarativas y de condena de la demanda de reconvención presentada por SOMOS U relativas al cambio en la fecha de entrega del Sub-Lote 2 de la Flota. En el llamamiento en garantía subsanado se plantearon las siguientes pretensiones¹¹:

“PRIMERA. Que se declare que entre TRANSMILENIO S.A. y TRANSINNOVA USME S.A.S. se suscribió el Contrato de Concesión No. 687 de 2018 el 21 de noviembre de 2018.

11 Expediente Digital. Principal 2. 31_SUBSANACION_LLAMAMIENTOEN GARANTIA_TRANSINNOVA.

“SEGUNDA: Que se declare que el objeto del Contrato de Concesión No. 687 de 2018 suscrito entre TRANSMILENIO S.A. y TRANSINNOVA USME S.A.S. es:

“El presente Contrato de Concesión tiene por objeto el otorgamiento de una concesión para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en forma no exclusiva en la ciudad de Bogotá D.C. en el componente de Provisión de Flota, para que de conformidad con lo previsto en este Contrato, el Concesionario de Provisión, por su cuenta y riesgo (i) compre la Flota; (ii) haga la supervisión de la fabricación, montaje, ensamblaje, montaje de la carrocería, entre otros; (iii) haga su importación; (iv) obtenga las Licencias y Permisos necesarios, incluyendo la matrícula de cada uno de los buses que componen la Flota en el Registro Distrital Automotor; (v) vincule la Flota al Sistema TransMilenio; (vi) entregue la Flota a TMSA para su Operación en el Sistema TransMilenio; y (viii) Desvincule la Flota conforme a las instrucciones que le imparta TMSA.

“4.1.2. El Concesionario de Provisión deberá adelantar todas las actuaciones necesarias para que la Flota se entregue a más tardar en la Fecha Máxima de Entrega, por lo que la obligación de entrega a TMSA es una obligación de resultado. Lo anterior, en la medida en que las Partes conocen y aceptan que la Flota está destinada y afecta a la prestación de un servicio público esencial y por ende que las fechas previstas en el Plan de Entrega de Flota son de la esencia del presente Contrato.

“4.1.3. En los términos del artículo 871 del Código de Comercio, las Partes se comprometen a ejecutar el presente Contrato de buena fe. Así mismo, para la obtención del resultado esperado por TMSA es entendido que el presente Contrato incorpora todas aquellas obligaciones y deberes necesarios para el cumplimiento del objeto contractual.

“4.1.4. Para los efectos del numeral 5 del artículo 15 del Decreto 170 de 2001, compilado por el Decreto 1079 de 2015, la vinculación de los vehículos que conforman la Flota a la Sociedad Concesionaria constituida por el Concesionario de Operación, se hará a través del Acuerdo Entre Privados, del cual es parte el Concesionario de Provisión, cuya propuesta fue acoplada con la Oferta del Concesionario de Operación en el marco de las Licitaciones TMSA-LP-001-2018 y TMSA-LP-002- 2018’.

“TERCERA: Que se declare que en el marco del contrato de Concesión No. 687 de 2018, TRANSINNOVA USME S.A.S. es responsable de la entrega de la totalidad de la flota objeto de operación del Contrato de Concesión No. 688 de 2018.

“CUARTA. Que se declare que en el Anexo H del Contrato de Concesión No. 687 de 2018, se definió la fecha de la segunda entrega de flota para el 18 de julio de 2020.

“QUINTA: Que se declare que la segunda entrega de flota no se realizó el 18 de julio de 2020 conforme preveía el Anexo H del Contrato de Concesión No. 687 de 2018.

“SEXTA: Que se declare que de conformidad con la cláusula 13.2 del Contrato de Concesión, TRANSINNOVA USME S.A.S. está obligado a mantener indemne a TRANSMILENIO S.A. de cualquier reclamación proveniente de terceros y que se deriven de sus actuaciones o de las sus subcontratistas o dependientes.

“SÉPTIMA. Que se declare que TRANSINNOVA USME S.A.S. está obligado a indemnizar los daños que resulten probados en este proceso a favor de TRANSMILENIO S.A. y, por su conducto, de la sociedad Convocante en Reconvencción Somos Bogotá Usme S.A.S., como consecuencia de la no entrega el 18 de julio de 2020 de la segunda entrega de flota.

“OCTAVA. Que se declare que de conformidad con la cláusula 13.2. del Contrato de Concesión No. 687 de 2018, TRANSINNOVA USME S.A.S. es responsable de asumir los valores por concepto de indemnización que se tengan que pagar como consecuencia de la no entrega el 18 de julio de 2020 de la segunda entrega de flota al Concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.

“NOVENA. Que se condene a TRANSINNOVA USME S.A.S. al pago de los perjuicios que resulten probados en el proceso a favor de TRANSMILENIO S.A. y, por su conducto, de la sociedad Convocante en Reconvencción SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. asociados a la no entrega el 18 de julio de 2020 de la segunda entrega de flota.

“DÉCIMA. Que se condene a TRANSINNOVA USME S.A.S. al pago de costas y agencias en derecho”.

66. El llamamiento en garantía se sustenta en veintitrés hechos que, entre otros, desarrollan los siguientes temas:

- Las licitaciones públicas Nos. TMSA-LP-001 y TMSA-LP-002 del 2018.
- El Contrato de Concesión de Provisión de Flota suscrito entre TRANSMILENIO y TRANSINNOVA, y la fecha máxima establecida para la entrega de la Flota.
- El Acuerdo entre Privados suscrito el 28 de noviembre de 2018 entre el Concesionario de Provisión y SOMOS U.
- El Acta de Entrega de Flota del Sub-Lote 1 del Contrato de Concesión suscrita el 27 de septiembre de 2019 entre el Concesionario de Provisión, el Consorcio CSJ Interventoría y TRANSMILENIO.
- El Acta de Inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento del Contrato de Concesión suscrita el 12 de octubre de 2019.

- La comunicación a TRANSMILENIO por parte del Concesionario de Provisión relativa a la configuración de un Evento Eximente de Responsabilidad en marzo de 2020.
 - El Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión suscrito el 3 de agosto de 2020, en el que se acordó con TRANSMILENIO la modificación de la fecha de entrada en operación del segundo Sub-Lote, y la modificación del Acuerdo entre Privados suscrito entre TRANSINNOVA y SOMOS U.
 - Las fechas en que fue entregado el segundo Sub-Lote de Flota por parte de TRANSMILENIO a SOMOS U.
67. TRANSINNOVA contestó oportunamente el llamamiento en garantía, se pronunció sobre los hechos y las pretensiones, objetó el juramento estimatorio, solicitó el decreto y práctica de pruebas y formuló las siguientes excepciones de mérito¹²:
- “A. INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL*
- “B. EL LLAMANTE NO CUMPLIÓ LOS REQUISITOS CONTRACTUALES PARA HACER EXIGIBLE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIDAD*
- “C. MALA FE DEL LLAMANTE EN GARANTÍA*
- “D. EXCEPCIÓN INNOMINADA”.*
68. TRANSINNOVA contestó igualmente la reforma de la demanda de reconvención en los términos en los que fue subsanada y propuso las siguientes excepciones de mérito¹³:

“A. INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

“B. MALA FE LA DE CONVOCANTE EN RECONVENCIÓN

“C. EXCEPCIÓN INNOMINADA”.

12 Expediente Digital. Principal 2. 41_TRANSINNOVA_USME_CONTESTACION_LLAMAMIENTO.

13 Expediente Digital. Principal 2. 59_TRANSINNOVA_CONTESTACION_REFORMA_RECONVENCIÓN.

V – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

A. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

69. Del recuento realizado en acápite anteriores se desprende que la relación procesal existente en el presente caso se constituyó regularmente, y que en su desenvolvimiento no se configuró defecto alguno que, de acuerdo con la ley, pueda invalidar en todo o en parte la actuación surtida y que, por no haber sido saneado, le imponga al Tribunal el deber de darle aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso.
70. Cabe agregar que, durante las etapas procesales correspondientes, el Tribunal realizó los respectivos controles de legalidad y ninguna de las partes hizo manifestación alguna al respecto.
71. El Tribunal advierte que se encuentran reunidos los presupuestos procesales. En efecto, tanto la Convocante como la Convocada, y la sociedad llamada en garantía, han demostrado su existencia y representación legal, son titulares de la relación jurídica sustancial que se debate en este trámite, pueden disponer libremente de sus derechos, y han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales, quienes otorgaron poder a los apoderados judiciales, como se relató en los antecedentes de este Laudo.
72. En cuanto al presupuesto de demanda en forma, observa el Tribunal que tanto la demanda inicial como la demanda de reconvenición reformada y el llamamiento en garantía, fueron presentados en debida forma, con observancia de los requisitos establecidos en la ley, como lo advirtió el Tribunal cuando determinó su admisión. Lo anterior, sin perjuicio del análisis que en este Laudo se hará al estudiar las pretensiones novena y décimo séptima de la demanda inicial teniendo en cuenta la excepción planteada por la Convocada denominada *“5.2. Las pretensiones no cumplen con los requisitos formales debido a que las pretensiones Novena y Decimoséptima son amplias, generales e indeterminadas”*.
73. Respecto del presupuesto procesal de competencia, la Convocada discutió la competencia del Tribunal para conocer de la pretensión cuarta de la demanda inicial subsanada, tanto en la primera audiencia de trámite como al plantear la excepción denominada *“5.1. Falta de jurisdicción y competencia del Tribunal para conocer de pretensión cuarta de la demanda subsanada”*. Sin perjuicio del análisis que en acápite posterior de este Laudo el Tribunal hará sobre la pretensión cuarta

y la citada excepción, el Tribunal reitera lo expresado en los Auto Nos. 25 y 26¹⁴ del 17 y 18 de enero de 2023, en el sentido de que el análisis de esta pretensión no desborda el alcance del pacto arbitral invocado.

74. Por su parte, la Demandada en Reconvención, en relación con la pretensión décimo novena formuló la excepción denominada “5.22 *Falta de competencia del Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre la legalidad de un procedimiento sancionatorio en curso*”, y al pronunciarse en la contestación de la demanda de reconvención reformada sobre la pretensión vigésima manifestó que “*el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre un contrato en el que Transmilenio no es parte en el marco de este trámite arbitral*”. En relación con estas alegaciones, sin perjuicio del análisis que más adelante se realizará al estudiar las pretensiones décimo novena y vigésima de la demanda de reconvención reformada, el Tribunal reitera lo señalado en el Auto No. 25 del 17 de enero de 2023, en el que asumió competencia para conocer de estas diferencias con la exclusión de la frase que en la pretensión vigésima dice: “*ni generador de caducidad en los términos previstos en las cláusulas 14.1.2.(d) y 20.4 del Contrato de Concesión*”, providencia que en este aspecto no fue discutida por las partes en la primera audiencia de trámite¹⁵.
75. Finalmente las acciones entabladas por las partes y por la llamante en garantía no se encuentran caducadas. Teniendo en cuenta que los contratos objeto de las controversias sometidas a este Tribunal se encuentran en ejecución, la caducidad

14 “12. Analizados los argumentos expuestos por el recurrente considera el Tribunal que el contenido de la pretensión cuarta de la demanda no desborda su competencia, en tanto se trata de una declaración sobre el alcance de unas normas jurídicas, dentro del entorno normativo del Contrato que vincula a las partes y que es objeto de la controversia. Teniendo en cuenta que se trata de una pretensión meramente declarativa sobre lo dispuesto en normas de carácter legal y reglamentario, su conocimiento, así como el pronunciamiento que al efecto realice el Tribunal, no implicarán que se adopten decisiones relacionadas con eventuales responsabilidades de terceros no vinculados al proceso, razón por la cual tampoco resulta contradictorio su conocimiento por parte del panel arbitral con la exclusión de la competencia del Tribunal para conocer el llamamiento en garantía al IDU.”

15 “15.2.2.6. Sin perjuicio del pronunciamiento de fondo que surtido el debate probatorio corresponda hacer en el laudo arbitral, en relación con las mencionadas pretensiones observa el Tribunal que:

- (i) En cuanto a la pretensión décima novena entiende el Tribunal que en principio el asunto cuya declaración se solicita no hace parte de los que se encuentran excluidos del alcance del pacto arbitral, entendiéndolo, en todo caso, que el pronunciamiento del Tribunal se circunscribirá al régimen que según el contrato sea aplicable a esa materia.
- (ii) En cuanto a la pretensión vigésima entiende el Tribunal que en principio el asunto cuya declaración se solicita no hace parte de los que se encuentran excluidos del alcance del pacto arbitral, salvo la frase que dice “*ni generador de caducidad en los términos previstos en las cláusulas 14.1.2.(d) y 20.4 del Contrato de Concesión*”. En efecto esta expresión se refiere a aspectos que las partes excluyeron de la competencia del Tribunal al ser la caducidad un asunto sobre el cual el Tribunal no puede pronunciarse.”

procede examinarla en los términos del artículo 164, numeral 2, literal j del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la cual, advierte el Tribunal no ha operado y tampoco ha sido alegada por las partes, ni por la llamada en garantía.

76. Por estos motivos hay lugar a decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje.

B. ASPECTOS PROBATORIOS

B.1. Sobre la prueba pericial

77. De manera previa al estudio de las pretensiones, debe referirse el Tribunal particularmente a la idoneidad de las pruebas periciales, dado que, en el caso de los dictámenes de contradicción aportados por TRANSMILENIO, tanto el Técnico como el Financiero, fueron objetados por error grave por el apoderado del Concesionario.
78. SOMOS U aportó al proceso, como dictamen técnico de parte, el realizado por Miguel Andrés Castillo Rangel, ingeniero de transportes, consultor, participe en elaboración de proyectos relacionados con transporte público, conforme se lee en su hoja de vida, quien dio respuesta escrita a las preguntas que se le formularon sobre varios aspectos de la controversia. También en audiencia citada por el Tribunal en el ámbito de la contradicción de la prueba, dio las explicaciones que se le solicitaron sobre distintos temas por parte de los árbitros y de los apoderados y sobre los conceptos rendidos en el dictamen de contradicción aportado por TRANSMILENIO.
79. El peritaje de contradicción aportado por la Convocante fue elaborado por Vladimir Augusto Castro Mendoza, ingeniero industrial, especialista en diseño y gestión en diversos programas de control de operaciones, con amplia experiencia en diferentes sistemas de transporte, según registra en su hoja de vida. El perito asistió a la audiencia presencial citada por el Tribunal, con el propósito de sustentar las “(...) *falencias identificadas en el estudio realizado en el informe técnico de peritaje, debido a que se omitieron criterios técnicos claves que permitan determinar con claridad si los datos, cálculos, efectivamente muestran los efectos operacionales que el perito le asigna a las decisiones tomadas desde Transmilenio S.A.*” (pág. 4, Dictamen), para dar respuesta a las preguntas planteadas por el Tribunal y por los apoderados de las partes.

B.1.1. Posición de las partes y del Ministerio Público

80. Tanto en la audiencia en la que se realizó la contradicción de los dictámenes periciales, como en sus alegatos de conclusión, el apoderado de SOMOS U cuestionó la idoneidad de los dictámenes de contradicción, técnico y financiero. Respecto de la experticia rendida por el ingeniero Castro, manifestó, en primer lugar, que el perito no acreditó formalmente sus condiciones profesionales, además de que las respuestas no fueron de su propia autoría, sino que TRANSMILENIO las respondió, ya que los anexos de su informe están elaborados por la entidad convocante, según pretendió demostrar mediante análisis tecnológicos de los respectivos documentos. A juicio del apoderado, esta circunstancia elimina la independencia de las conclusiones del perito y, por supuesto, la eficacia para desvirtuar el dictamen pericial técnico aportado por el Concesionario como prueba de sus pretensiones. A su turno, sobre el dictamen de contradicción financiero rendido por SOLUCIONES FINANCIERAS LTDA. - SOLFIN, manifestó que, al basar sus cálculos en el informe técnico objetado, también está afectado en su alcance probatorio.
81. En su concepto, la señora agente de la Procuraduría manifiesta sobre este punto que el dictamen pericial rendido por el ingeniero Castillo no debe ser tenido en cuenta por el Tribunal dado que no cumple con las condiciones de claridad y precisión previstas en la ley para ser tenido como prueba pericial. Señala que contiene varios errores de metodología, que son los indicados por el perito de contradicción ingeniero Castro, relacionados con la medición de los kilómetros en vacío mediante los odómetros de los buses. En relación con la reclamación relativa a los kilómetros en vacío, considera que es errónea la comparación entre los datos obtenidos por los odómetros y la información registrada por TRANSMILENIO a través del sistema SIRCI, razón por la cual los resultados de la medición de los kilómetros en vacío no son confiables y arrojan un resultado que no puede ser tenido en cuenta por el Tribunal.
82. Hace referencia el Ministerio Público a otro error que aparece en la Tabla 17 del dictamen, referida a la columna ID de los buses, tema sobre el cual durante la declaración presencial en la audiencia de contradicción, el perito fue interrogado y rindió explicaciones sobre la metodología aplicada.

B.1.2. Consideraciones del Tribunal sobre la prueba pericial

83. En el sistema procesal vigente, según lo dispuesto en el artículo 227 del Código General del Proceso¹⁶, las partes pueden aportar dictámenes periciales como medio probatorio de los hechos que incorporen elementos de carácter técnico, científico o artístico que pretendan demostrar. Tales dictámenes son objeto de contradicción en el proceso y normalmente conducen a que el juez, para decidir, se encuentre frente a posiciones y análisis contradictorios sobre la materia objeto del debate. Por lo tanto, la valoración de cada una de las opiniones de los expertos requiere del estudio objetivo de los argumentos y de la metodología aplicada en las respectivas experticias, además del análisis de la lógica y coherencia de las conclusiones de cada opinión especializada, así como de su contraste con otros medios probatorios¹⁷.
84. Aunque el Código General del Proceso eliminó el trámite procesal de la objeción por error grave de los dictámenes periciales, el juez al valorarlos debe considerar en la sentencia los errores que las partes le hayan atribuido a las pericias, con el fin de establecer su aptitud probatoria. Por esta razón el Tribunal debe sopesar los cuestionamientos invocados, acudiendo a la regulación legal del dictamen pericial, iniciando el estudio por las condiciones profesionales de los expertos, que es el primer punto de la objeción referida al perito Vladimir Castro (artículos 226 y 233 del Código General del Proceso)¹⁸.

16 “Artículo 227. Dictamen aportado por una de las partes. La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. (...)”.

17 “...La convergencia entre distintas pruebas periciales enriquece indudablemente el debate procesal, ampliando también la información de que dispone el tribunal para fundamentar la decisión fáctica. De un lado se favorece la contradicción, pudiendo las partes aportar prueba pericial que fundamenta sus propias alegaciones, que contradiga las contrarias, o que incluso se dirija únicamente a desvirtuar la credibilidad de la prueba pericial aportada por la parte contraria.

“La dialéctica pericial constituye una de las ventajas indudables del nuevo modelo, que no hace más difícil sino más compleja, pero también más acertada, la decisión jurisdiccional. Y ello porque, frente al tradicional dictamen único, podrá ahora el tribunal contar con dictámenes contradictorios, que puedan poner de relieve los errores, defectos e irregularidades de opiniones periciales que antes carecían de la posibilidad de una respuesta crítica y técnica dentro del proceso...” Flórez Prada, Ignacio. *La Prueba Pericial de Parte en el Proceso Civil*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005 (citado por Bermúdez, Martín en su obra “*Del Dictamen Judicial al Dictamen de Parte*”, Net Educativa Editorial, Edición 2012 pág. 91).

18 “Art. 226. (...) El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:

1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.
2. La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.
3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.
4. La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.
5. La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen

85. Durante la audiencia en la que se realizó la contradicción de las experticias, el apoderado de SOMOS U señaló que se había omitido la tarjeta profesional del ingeniero Castro dentro de la información proporcionada en su hoja de vida. Como se lee en la transcripción de lo ocurrido en dicha oportunidad, el Tribunal solicitó la exhibición del documento, del cual estaba su número en el texto del dictamen, y, una vez le fue exhibida la referida tarjeta profesional, dejó constancia en el acta respectiva de la idoneidad del experto para los efectos requeridos.
86. Sobre todo lo anterior, advierte el Tribunal, que estudiadas las hojas de vida de los cuatro peritos que elaboraron los dictámenes aportados por SOMOS U y los de contradicción aportados por TRANSMILENIO, no se encuentra deficiencia por razón de las condiciones profesionales de los técnicos, dado que, en el caso de Vladimir Castro, la presentación material de su tarjeta profesional se realizó durante la audiencia correspondiente, eliminando toda duda sobre su aptitud para obrar como perito en el presente trámite arbitral.
87. En relación con los anexos 2 y 4 del dictamen de contradicción elaborado por el ingeniero Castro, debe señalarse que corresponden a información que únicamente TRANSMILENIO puede proporcionar, pues se trata de datos propios de la operación de transporte bajo su dirección, sin dejar de lado la consideración de que se trata de un dictamen de contradicción aportado precisamente por la entidad convocada en reconvencción.
88. Respecto de las objeciones señaladas por la señora agente de la Procuraduría, considera el Tribunal que precisamente el tema del reconocimiento de los kilómetros en vacío, sobre el cual su concepto es negativo, es una de las materias de fondo sobre las que versa esta controversia y que habrá de resolver este panel arbitral, por tratarse de aspectos técnicos respecto de los que cada una de las

pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.

6. Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.

7. Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente.

8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.”

Deber de colaboración de las partes. “Art. 233. - Las partes tienen el deber de colaborar con el perito, de facilitarle los datos, las cosas y el acceso a los lugares necesarios para el desempeño de su cargo (...).”

partes invoca metodologías contrarias. Para el Tribunal, además, fueron suficientes las explicaciones del perito Castro durante la audiencia correspondiente, sobre el método empleado para la identificación de los buses, que fue el aspecto que generó polémica en dicha oportunidad.

89. Por tanto, el Tribunal no encuentra fundamento para negar el valor probatorio de los dictámenes que fueron objetados, y, en consecuencia, tales estudios serán tenidos en cuenta al realizar el análisis de los hechos correspondientes, el que efectuará de conformidad con las reglas de la sana crítica. En cuanto a su eficacia para desvirtuar el contenido de los dictámenes técnico y financiero aportados por SOMOS U, al analizar cada uno de los asuntos sobre los que recaen, se determinará su alcance y valor probatorio.

C. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL CONTRATO DE CONCESIÓN

C.1. El Contrato de Concesión

90. De conformidad con lo establecido en el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹⁹, los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgarle a un tercero, denominado concesionario, la prestación u operación, total o parcial, de un servicio público o la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público. Lo anterior, a cambio de una remuneración que puede consistir, entre otras alternativas, en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue al particular en la explotación del bien. Estos contratos se caracterizan porque el concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, pero bajo la vigilancia y el control de la entidad concedente.
91. Con base en la definición legal del contrato de concesión, la doctrina administrativa ha identificado tres modalidades principales que puede revestir, y que corresponden a las siguientes: “(i) *concesión para la prestación de un servicio*

19 “ARTÍCULO 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación

“(…) 4. Contrato de concesión Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

público; (ii) concesión para la construcción de una obra pública, y (iii) concesión para la administración y explotación de un bien de carácter público”²⁰.

92. En cuanto a los elementos propios de este tipo contractual, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(…) la jurisprudencia de la Sección Tercera de ésta Corporación ha señalado como características propias del contrato de concesión que: i) dentro de su celebración interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y que v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato”²¹.

93. De las características antes citadas se destaca la relativa a la actuación por “cuenta y riesgo” del concesionario. Sobre el particular, la jurisprudencia ha precisado lo siguiente:

“(…) en lo atinente a (iii) la obligación, a cargo del concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo, se ha indicado que en cuanto, por definición legal al concesionario corresponde actuar por su cuenta y riesgo, ello significa que deberá disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra o la prestación del servicio, razón por la cual ha de tener derecho a las utilidades, en igual sentido, deberá asumir las pérdidas derivadas de la gestión del bien, de la actividad o del servicio concesionado e, igualmente, tiene la responsabilidad de retribuir al Estado la explotación que realiza de un bien de propiedad de éste o de un servicio cuya prestación normativamente ha sido asignada a una entidad estatal, con una contraprestación económica; tal consideración es la que permite distinguir, con mayor claridad, la naturaleza jurídica o la función económico social del contrato de concesión, respecto de la de otros tipos contractuales (...).

“Lo dicho pone de presente que la concesión, en cualquiera de sus modalidades, es un contrato que se distingue de otros tipos negociales con los cuales tiene cierta proximidad en punto a su objeto —obra pública, servicios públicos, etcétera— por razón del factor consistente en quién asume, entre otras responsabilidades, la de la financiación de la ejecución de la obra, de la asunción de la prestación del servicio o de la explotación del bien del cual se trate, toda vez que dicha

20 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 23 de agosto de 2013. Rad. No. 2148. C.P. William Zambrano Cetina (E).

21 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 23 de octubre de 2017. Rad. No. 53477. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

financiación correrá, en la concesión, por cuenta del concesionario, mientras que el repago de la misma es el que habrá de efectuarse por cuenta del usuario o beneficiario de la obra a largo plazo o por la entidad contratante misma, con el consiguiente margen de riesgo empresarial que asume el concesionario, dado que despliega una gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente; precisamente en la concesión la Administración encarga a un particular, quien se hará cargo de la consecución de los recursos, tanto técnicos como financieros, requeridos para su ejecución, asegurándole el repago de la inversión que él realiza mediante la cesión, por parte de la entidad concedente —o autorización de recaudo o pago directo— de ‘derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden’ (...).”²².

94. En providencia posterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló lo siguiente:

“64. A tono con lo anterior, la Sección Tercera ha dicho que el sintagma ‘por cuenta y riesgo’ del artículo 32.4 de la Ley 80 significa que el concesionario debe disponer y/o conseguir los recursos necesarios para financiar la ejecución de la obra, la prestación del servicio concesionado o la explotación del bien de propiedad estatal, mientras que el Estado se compromete a ejecutar las prestaciones necesarias para permitir -que no garantizar- el repago de la inversión, como la cesión de derechos, tarifas, tasas o la participación en la explotación del bien. En este sentido, la palabra riesgo tiene un significado que alude a la probabilidad de que, por variables fácticas diferentes a la conducta antijurídica de la entidad contratante, los resultados del contrato -los retornos de la inversión- sean diferentes a los esperados, situación que se presenta, principalmente, debido a las diferencias entre las estimaciones de costos e ingresos al momento de proponer o contratar (ex ante) y los que se causan durante su desarrollo (ex post). Desde este punto de vista, el incumplimiento de las obligaciones contractuales no constituye un riesgo. Además, si en un contrato se pactara que una de las contingencias que soporta una parte consiste en las consecuencias del incumplimiento de la otra, en el fondo se estaría ante una cláusula de exoneración de responsabilidad”²³.

95. De lo anterior se desprende que, debido a las particularidades propias del contrato de concesión, el concesionario es quien asume los riesgos inherentes a la financiación y ejecución de la obra, a la prestación del servicio o a la explotación del bien de que se trate, sin que la entidad estatal garantice el retorno de esa inversión y la obtención de las utilidades perseguidas por el contratista. Lo anterior, claro está, salvo que dichas expectativas se vean frustradas por un incumplimiento imputable a la entidad concedente, y sin perjuicio, como lo ha precisado la

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Rad. No. 14390. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 10 de septiembre de 2021. Rad. No. 51219. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

jurisprudencia, del derecho del concesionario a la preservación del equilibrio económico del contrato, así como de la distribución de los riesgos involucrados en la ejecución del contrato, como adelante se precisará. Se ha aclarado, entonces, que, *“aun cuando la tipología del contrato de concesión supone, entre otros aspectos, que el concesionario asume la adecuada prestación o funcionamiento de la obra, bien o servicio ‘por su cuenta y riesgo’, ello no equivale afirmar que por gracia de esa disposición se encuentre compelido a asumir todas las alteraciones que se presenten durante la ejecución del proyecto y que causen un efecto nocivo en su economía. En ese sentido, se advierte que dicho precepto legal necesariamente debe atemperarse al compendio regulatorio en el que se encuentra vertido, en cuyo contenido igualmente se halla inmerso un catálogo de reglas y principios que determinan un margen objetivo y razonable encaminado a impedir, por motivos de equidad y justicia, una distribución absoluta de riesgos en cabeza exclusiva de una sola de las partes del contrato”*²⁴.

96. Establecido el marco jurídico del contrato de concesión, seguidamente se analiza lo relativo a la tipificación y distribución de riesgos en el contexto de dicho tipo contractual.

C.2. Los riesgos en la contratación estatal, su asignación y sus efectos

97. Se señala generalmente que el contrato es un acto de previsión, pues las partes, en ejercicio de la autonomía privada, al disponer de sus intereses y fijar las reglas que habrán de regir su relación para efectos de que se obtenga la finalidad perseguida por ellas, anticipan las vicisitudes o contingencias que, durante la ejecución del contrato, razonablemente podrían afectar el cumplimiento de las prestaciones y la satisfacción de los derechos correlativos que para ellas surgirán del respectivo negocio jurídico. Tales vicisitudes o contingencias pueden ser, entonces, consideradas y valoradas por los contratantes al momento de establecer las condiciones de su relación. Al respecto, resulta ilustrativa la definición de negocio jurídico —del que los contratos son una especie— que ha elaborado la doctrina más representativa en la materia, según la cual se trata de *“actos con los que los particulares **disponen para el futuro** una regulación vinculante de intereses dentro de las relaciones recíprocas, y se desarrollan espontáneamente, bajo el impulso de las necesidades, para satisfacer variadas exigencias económico-sociales”*²⁵ (se destaca).

24 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 23 de noviembre de 2016. Rad. No. 52161. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

25 Betti, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Segunda edición. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid (1959). Pág. 41.

98. Ese ejercicio de anticipación o de previsión tiene como propósito, por regla general, evitar que, en caso de materializarse, aquellas vicisitudes o contingencias impacten negativamente los intereses involucrados en la contratación. En ese sentido, sostiene la doctrina que, al consentir en el contrato, las partes reconocen que las circunstancias que rodearon su celebración pueden variar en el futuro, de allí que se destaque que *“lo que prevé el acreedor, es precisamente que las cosas cambiarán, y se precave contra los inconvenientes de esa modificación al pactar desde ahora para una serie de operaciones. Sin duda el acreedor no ha previsto con exactitud las circunstancias futuras, pero ha previsto que habrá una modificación de las circunstancias presentes”*²⁶. Por lo tanto, se afirma que *“contratar es prever. El contrato es un compromiso para el porvenir. Todo contrato contiene una idea de asegurado”*²⁷.
99. Teniendo en cuenta lo anterior, desde hace algunos años ha adquirido particular relevancia la tipificación y asignación de los riesgos en los contratos, tanto en el marco de las relaciones negociales entre particulares, como en el de la contratación pública. Se trata de la problemática relativa a la existencia de contingencias que, entre el momento de la celebración del contrato y la oportunidad en la que deben cumplirse las prestaciones que de él nacen, pueden presentarse y afectar la normal ejecución de las obligaciones conforme a las condiciones en las que inicialmente se pactaron. Esto puede conducir, por una parte, a que una determinada obligación se vuelva excesivamente onerosa o de imposible cumplimiento —transitoria o definitivamente— para su deudor, y, por otra, a que el derecho de crédito correlativo resulte insatisfecho. Surgen, entonces, las inquietudes referidas a (i) quién debe soportar las consecuencias adversas que genera la materialización de una determinada contingencia (particularmente cuando se trata de contratos bilaterales), (ii) de qué forma debe asumirlas y (iii) hasta dónde o con qué alcance.
100. Sobre los anteriores interrogantes se profundizará seguidamente, con especial referencia a los contratos estatales, comoquiera que la controversia que aquí se estudia tiene su origen en un acuerdo de voluntades de esa naturaleza.
101. En el contexto de las relaciones contractuales del Estado con los particulares, la cuestión de la identificación de los riesgos y su distribución entre la entidad estatal contratante y el contratista debe examinarse, en primer término, teniendo en cuenta el propósito que se persigue con la contratación estatal. Al respecto, el artículo 3° de la Ley 80 de 1993 prescribe que, con la actividad contractual, *“las*

26 Ripert, Georges. La regla moral en las obligaciones civiles. Ed. La Gran Colombia. Bogotá (1946). Pág. 124.

27 *Ibidem*. Pág. 126.

entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. Según se desprende de la norma antes transcrita, el interés general está involucrado en los contratos que celebra la administración pública, particularidad de la que se deriva la imposición de dos exigencias de las que dependen la asignación de riesgos y sus efectos: (i) la planeación; y (ii) la preservación del equilibrio económico del contrato.

101.1. En primer lugar, el deber de planeación es una manifestación del principio de economía consagrado en los artículos 25 (numerales 7 y 12) y 30 (numeral 1°) de la Ley 80 de 1993, de conformidad con los cuales, de manera previa a la apertura de un proceso de selección, es necesario analizar la conveniencia del objeto que se va a contratar, y se deben elaborar los estudios, diseños y pliegos de condiciones requeridos para el efecto. En virtud de este deber, *“las actuaciones contractuales deben obedecer a razonamientos programados y preconcebidos, por lo que no pueden derivar del azar o de la improvisación”*²⁸. Se ha sostenido, entonces, que la planeación *“tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden”*²⁹.

101.2. Ahora bien, es importante tener en cuenta que el deber de planeación así entendido es exigible tanto de la entidad estatal como del contratista. En efecto, ha señalado el Consejo de Estado que *“si bien la planeación contractual le corresponde, principalmente, a las entidades contratantes, los deberes derivados de este principio no le son ajenos a los proponentes y a los contratistas, quienes, como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, también deben atenderlo. De manera que, si el contratista tenía algún tipo de prevención sobre*

28 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 24 de mayo de 2021. Rad. No. 56461. C.P. María Adriana Marín.

29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 28 de mayo de 2012. Rad. No. 21489. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

las posibilidades de hacer realidad el objeto contractual, ante la ausencia de un plan de implementación, debió manifestarlo desde la etapa precontractual, dado que, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado en diversas oportunidades, el contratista tiene el deber de colaborar con la administración, de manera que, entre otros, le corresponde ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que advierta para que sean subsanadas, además de abstenerse de participar en la celebración de un contrato en el que evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse”³⁰.

101.3. Adicionalmente, la doctrina arbitral ha explicado que el deber de planeación tiene “*un alcance distinto según el tipo de contrato de que se trate y el proceso de selección al que deba acudir la entidad estatal para efectos de escoger al contratista, comoquiera que en algunos casos es posible que el proponente participe, en mayor o menor medida, en la etapa de estructuración para efectos de definir las condiciones del futuro contrato*”³¹, caso en el que el referido deber le será igualmente exigible al contratista.

101.4. De lo expuesto anteriormente se desprende que la exigencia de una debida planeación tiene por objeto garantizar que el contrato estatal sea el resultado de un análisis previo y consciente sobre la necesidad de su celebración, la conveniencia de optar por un determinado tipo contractual y, en general, sobre las condiciones que se estiman indispensables para su adecuada ejecución. Lo anterior, con el propósito de que el fin perseguido con su perfeccionamiento sea alcanzado, para efectos de lo cual ambos extremos de la relación contractual deben colaborar. Esto significa que, desde la etapa precontractual, se hace necesario identificar, estimar y asignar entre las partes los riesgos inherentes al contrato del que se trate, con el objeto de evitar que, en caso de que se materialicen, se pueda ver afectado el cumplimiento del contrato y la correlativa consecución del interés público involucrado.

101.5. Por otra parte, en cuanto al equilibrio de la ecuación financiera del contrato y su preservación durante la vigencia de la relación contractual, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece que en “*los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo*

30 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 2 de junio de 2021. Rad. No. 49802. C.P. Alberto Montaña Plata.

31 Tribunal arbitral de CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. v. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI. Laudo de 28 de febrero de 2019. Árbitros: Juan Pablo Cárdenas Mejía, Samuel Chalela Ortiz y Arturo Solarte Rodríguez.

posible las medidas necesarias para su restablecimiento”. De la norma antes transcrita se deriva la regla conforme a la cual, en la ejecución del contrato, se debe propender por conservar la equivalencia de las prestaciones y cargas asumidas por las partes en los términos en los que fue inicialmente negociada y convenida.

101.6. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“12. El equilibrio económico del contrato corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra. Así, el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis de costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma.

“13. Para ello, tiene en cuenta todas las circunstancias imperantes en el momento de proponer, de índole material, jurídica, económica, social, laboral, etc., de tal manera que en la elaboración de los precios que ofrece a la administración, tiene en consideración factores tales como el sitio de ejecución contractual, la situación de orden público, los precios de los materiales y de la mano de obra, el costo de los equipos requeridos, las cargas tributarias que deberá asumir, etc., siendo uno de estos elementos a considerar para sus cálculos, el del tiempo que deberá invertir en la ejecución del objeto contractual, que constituye una variable importante en la determinación del valor de su oferta, que en virtud de la adjudicación, se tornará en el precio del contrato”³².

101.7. Cuando el equilibrio económico del contrato se ve afectado, habrá lugar a su restablecimiento en la medida en que concurren los requisitos para el efecto según la causa que haya producido su ruptura, de la que a su vez dependerá el alcance del restablecimiento.

101.8. De conformidad con la jurisprudencia contencioso administrativa, los hechos que pueden provocar la alteración del equilibrio económico del contrato corresponden a los siguientes: (i) el *“hecho del príncipe”*, que consiste en la adopción de medidas legales o administrativas, de carácter general, por parte de la entidad estatal contratante, que, aunque no modifican directamente el contrato, sí repercuten en

32 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 27 de marzo de 2014. Rad. No. 20912. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

él; (ii) el ejercicio del *ius variandi*, esto es, la introducción de modificaciones al contrato por la decisión unilateral de la entidad pública contratante; y (iii) la imprevisión, que se refiere a circunstancias extraordinarias, ajenas a las partes, imprevistas e imprevisibles que, con posterioridad a la celebración del contrato, hacen excesivamente oneroso su cumplimiento y alteran de manera grave la ecuación financiera.

101.9. De las distintas causas de desequilibrio contractual se destaca la relativa a la teoría de la imprevisión, toda vez que es la que mayor relación guarda con la asignación de riesgos en el contrato y sus consecuencias. Esto último, debido a que uno de los requisitos para que proceda su aplicación es el carácter imprevisible de los hechos o las circunstancias que son causa de la ruptura del equilibrio económico del contrato, lo que implica que debe tratarse de circunstancias que no pudieron ser anticipadas por las partes y que, por lo mismo, no hacen parte de los riesgos asumidos por ellas, sino que corresponden a aleas anormales, esto es, contingencias que escapan o exceden de lo que razonablemente se puede prever.

101.10. Sobre el particular, la jurisprudencia ha precisado que el restablecimiento del equilibrio financiero depende de que se acredite, entre otras condiciones, que los hechos o circunstancias sobrevinientes que generaron el desequilibrio *“hayan sido extraordinarios e imprevisibles para las partes en el contrato, es decir, que se salían de toda previsión, que no estuvieran comprendidos dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato ni debían ser asumidos por alguna de éstas, o que no hubieran tenido la posibilidad de evitar su ocurrencia, pues si una de las partes ya tenía conocimiento de los hechos al celebrar el contrato o razonablemente hubiera podido preverlos o evitarlos, «dicha parte habría podido tomar las medidas oportunas, por lo que no podría invocar la excesiva onerosidad»*³³.

101.11. Es claro, entonces, que uno de los presupuestos fundamentales de la teoría de la imprevisión es la materialización de un riesgo imprevisible. De allí que el Consejo de Estado haya estudiado lo relativo a la asignación de riesgos y sus efectos en el contexto de la ruptura del equilibrio económico del contrato. En efecto, en pronunciamiento posterior al anteriormente citado, para delimitar las condiciones en las que procedería el restablecimiento del equilibrio contractual, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló lo siguiente:

“Ahora bien, la institución del equilibrio financiero del contrato estatal no puede concebirse al margen de la distribución de los riesgos contractuales, y menos en

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 8 de febrero de 2017. Rad. No. 54614. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

este caso, pues el contrato de compraventa se celebró en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que le impuso a la[s] entidades estatales el deber de incluir en los pliegos de condiciones la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. Sobre la relación que hay entre el equilibrio financiero del contrato y la distribución de los riesgos previsibles, la Subsección ha precisado que el precio del contrato y, en general, la ventaja económica perseguida por el contratista, debe consultar la asunción previa del riesgo, en tanto la finalidad de su asignación radica en que la parte que lo asuma incorpore en el precio ofrecido los rubros dirigidos a soportar los efectos de su ocurrencia. Los riesgos tipificados y asignados integran, pues, el equilibrio económico que surge al momento de contratar, pues no de otra manera el contrato estatal también se explica como un sistema de asignación y reparto de riesgos.

“Así, al concebir el riesgo asumido como parte integral de las condiciones económicas convenidas ab initio por las partes, su concreción dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no permite alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato. Como se presume que el riesgo ya fue cubierto, los efectos de su concreción los debe asumir, en la estimación acordada, la parte a la que se le haya asignado”³⁴.

101.12. Según se observa, la cuestión relativa a la distribución de los riesgos en los contratos estatales está estrechamente ligada con la preservación de su equilibrio económico, pues permite incorporar las contingencias previsibles dentro de la ecuación financiera, de manera que solo las aleas anormales, extraordinarias e imprevisibles son las que, en sentido estricto, permitirían reclamar por las consecuencias que se derivan de la ruptura del equilibrio económico del contrato.

101.13. Por último, conviene recordar que, sobre las medidas que deben adoptarse para reajustar la ecuación financiera del contrato, la jurisprudencia ha establecido que *“el contenido del derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato varía de acuerdo con la causa de su alteración. Cuando se produce por actos unilaterales de la entidad contratante mediante los cuales se introducen modificaciones en ejercicio de la denominada potestas variandi, procede la reparación integral. Frente a los actos de carácter general expedidos por la entidad, ya no en su calidad de contratante sino en ejercicio de la función administrativa -supuesto al que se le denomina hecho del príncipe-, la reparación también es integral. Finalmente, si la alteración obedece a la ocurrencia de situaciones imprevistas que no son imputables al contratista, únicamente procede el restablecimiento ‘a un punto de no pérdida’³⁵. Así las cosas, cuando el desequilibrio de la ecuación financiera le es imputable a la entidad estatal*

34 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 16 de diciembre de 2020. Rad. No. 47997. C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 10 de septiembre de 2021. Rad. No. 51219. C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

contratante, surge para esta la obligación de repararle integralmente al contratista las afectaciones que haya padecido, lo que comprende, entre otros rubros, la utilidad esperada que se haya visto frustrada (*v. gr.* lucro cesante). Por el contrario, cuando la causa de la ruptura del equilibrio es ajena a la entidad pública, únicamente hay lugar a llevar al contratista a punto de no pérdida, pues en esos eventos lo que se busca es evitar la paralización del contrato y la afectación del interés general. De esta forma se reconoce, además, que el contratista, al ser un colaborador del Estado, no debe soportar aleas anormales o excepcionales, por lo que tiene derecho a ser compensado por las pérdidas que haya sufrido, aunque, precisamente por su calidad de colaborador, no puede reclamar la utilidad a la que aspiraba con la ejecución del contrato, según lo ha sostenido la jurisprudencia mayoritaria.

- 101.14. En síntesis, tratándose de los contratos estatales, que constituyen un instrumento para el cumplimiento de los fines del Estado y para la satisfacción del interés general, la determinación de los riesgos que razonablemente podrían afectar su ejecución debe estar orientada, principalmente, por esos propósitos de carácter superior, teniendo en cuenta el deber de planeación que deben observar ambos extremos de la relación —en lo que a cada uno corresponda— y el principio de preservación del equilibrio económico del contrato.
102. Delimitado el marco general dentro del que se inscribe el régimen de la asignación de riesgos en los contratos estatales, corresponde estudiar cuáles son los criterios para su asignación y las consecuencias que de ella se derivan, lo que dependerá de la contingencia de la que se trate y la parte a la que se le haya asignado.
103. Antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, en el Documento CONPES 3107 de 2001 se habían establecido los lineamientos para el manejo del riesgo contractual del Estado en el ámbito particular de los proyectos de infraestructura con participación privada, puntualmente en los sectores de transporte, energía, comunicaciones, y agua potable y saneamiento básico. El mencionado Documento CONPES se expidió en desarrollo de lo establecido en la Ley 448 de 1998, mediante la cual se adoptaron medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales, y del Decreto 423 de 2001, que la reglamentó. En este Decreto se estableció, en el artículo 15, que *“las entidades estatales sometidas al régimen aquí previsto, deberán ajustarse a la política de riesgo contractual del Estado, conformada por los principios, pautas o instrucciones que determine el Gobierno Nacional, para la estipulación de obligaciones contingentes”*. La orientación de esa política de manejo del riesgo contractual se delegó en el Consejo de Política Económica y Social – CONPES (artículo 16 del Decreto 423 de 2001).

104. En el referido Documento CONPES 3107 de 2001 se definió el concepto de riesgo en los siguientes términos: *“los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados. Para determinar cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se debe[n] identificar las principales variables que determinan estos flujos. El concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos”*. En los términos citados, los riesgos se conceptualizaron, en síntesis, como las circunstancias que, en caso de presentarse, podrían impedir la obtención de los resultados esperados con el contrato, además de afectar tanto los costos como los ingresos inicialmente contemplados.
105. Como criterio de asignación del riesgo, en el Documento CONPES 3107 de 2001 se acogió el siguiente: *“una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Esto se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla”*. Más adelante, en el citado Documento CONPES se señaló que *“los principios básicos de asignación de riesgos parten del concepto de 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 disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación”*. Por su parte, en el artículo 16 del Decreto 423 de 2001 ya se había señalado que, en materia de política de riesgo contractual del Estado, al CONPES *“orientará la política de riesgo contractual del Estado a partir del principio de que corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas aquéllos determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad”*.
106. De conformidad con los criterios antes expuestos, una asignación adecuada de los riesgos en un contrato consiste en situarlos en el ámbito de la parte que se encuentra en mejores condiciones para controlarlos, esto es, para adoptar medidas de mitigación teniendo en cuenta factores como: (i) las calidades particulares de cada uno de los contratantes y su actividad; y (ii) la posibilidad de diversificar o trasladar el riesgo (v. gr. la adquisición de un seguro).
107. Posteriormente, el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007 estableció que *“los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”*. De la norma antes transcrita se destaca la precisión que incluyó el legislador en el sentido de

que son los riesgos “previsibles” los que deben ser objeto de regulación contractual, concepto que sería reiterado luego en el Documento CONPES 3714 de 2011, en los términos que pasan a explicarse.

108. En efecto, en el Documento CONPES 3714 de 2011, en el que se consigna la política pública “*del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública*”, se señaló que “*los diferentes actores del proceso contractual, deben, bajo la propuesta y dirección de las Entidades Estatales, tipificar, estimar y asignar aquellas circunstancias, que siendo potenciales alteraciones del equilibrio económico, puedan preverse por su acaecimiento en contratos similares; por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que permitan su previsión. Dicha previsibilidad genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos de asignación y mitigación. Con lo anterior, se busca la determinación de responsabilidades en cabeza de cada una de las partes frente a la posible ocurrencia de riesgos propios de la ejecución del objeto contractual y el establecimiento de condiciones y reglas claras en materia de riesgos previsible que, al incluirse dentro de los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, excluyan dichas circunstancias -si ocurren- de la posibilidad de alegar desequilibrios económicos de los contratos, reduciendo las consecuencias económicas y litigiosas frecuentes en los mismos*”. Como se observa, la política en materia de riesgo contractual tiene por objeto, fundamentalmente, la preservación del equilibrio económico del contrato durante su ejecución. Esto, mediante la identificación, de manera previa a la celebración del contrato, de las contingencias que pueden alterar la simetría prestacional, con el fin de incorporarlas dentro de la ecuación financiera.
109. En línea con el planteamiento general antes citado, en el Documento CONPES 3714 se definió el “*riesgo previsible*” como “*todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales*”. Y más adelante se señala que “*los riesgos previsible tienen un tratamiento propio regido por las reglas consignadas en el contrato, incluyéndolos así dentro de la ecuación contractual, con lo cual, en caso de acaecer en la ejecución del contrato no afectarían el equilibrio económico y por tanto, no procedería su restablecimiento*”.
110. Finalmente, se destaca que en el artículo 2.2.1.1.3.1 de Decreto 1082 de 2015 se define el riesgo como “*el evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato*”.

111. Por su parte, sobre el concepto general de riesgo y las distintas referencias que de él se encuentran en el ordenamiento jurídico, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“62. El principio del equilibrio financiero del contrato estatal debe aplicarse tomando en consideración la distribución de los riesgos contractuales. En términos generales, los contratos y sus estipulaciones son actos de previsión de las partes e implican de una manera u otra la distribución de riesgos. La forma de pago de una obra es, por ejemplo, un instrumento de asignación de riesgos. Así, en el contrato de obra a precios unitarios, el riesgo de mayores cantidades de obra frente a las estimadas inicialmente lo asume el dueño de la obra, pero si se pacta un precio global este riesgo lo soporta el contratista. Con todo, debe tenerse en cuenta que a nivel legal se le adscribe más de un significado a la expresión riesgo.

“63. Los artículos 1607 del Código Civil y 929 del Código de Comercio emplean el término para referirse al peligro de que una cosa perezca o se pierda como consecuencia de un caso fortuito, colocando al deudor en la imposibilidad de cumplir la prestación que recae sobre ella. El artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993 también utiliza la expresión al definir el contrato de concesión, pero lo hace con un sentido diferente. Según esta disposición legal, la operación y explotación de un bien destinado al servicio o uso público -que es uno de los objetos sobre los que puede recaer el negocio concesional- se hace ‘por cuenta y riesgo del concesionario’. En este enunciado, la dicción riesgo tiene un significado diferente al que recibe en el artículo 1607 del Código Civil: no apunta a la pérdida de la cosa que se debe, sino al fracaso o éxito de la gestión del concesionario para recuperar las inversiones realizadas en desarrollo del contrato, que son las que definen el objeto de este tipo de negocio jurídico.

“(…)

“66. Una de las implicaciones que tiene esta comprensión del equilibrio financiero del contrato es que el precio ofertado y, en términos más generales, los ingresos que espera obtener el contratista por el cumplimiento de sus obligaciones, deben consultar la asunción de riesgos, ya que la finalidad de su distribución radica en que la parte que lo asuma soporte los efectos de su ocurrencia. Los riesgos asignados integran, en otras palabras, el equilibrio económico que surge al momento de contratar. Al concebir el riesgo asumido como parte integral de las condiciones económicas convenidas ab initio por las partes, su concreción no permite alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato a la parte que lo asumió. Como se presume que el riesgo ya fue cubierto, los efectos de su materialización los debe asumir, en la estimación acordada, la parte a la que se le haya asignado”³⁶.

112. Y, sobre el alcance y la interpretación de la asignación de riesgos en el contrato, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

36 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 10 de septiembre de 2021. Rad. No. 51219. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

“En ese sentido, se advierte que dicho precepto legal [numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993] necesariamente debe atemperarse al compendio regulatorio en el que se encuentra vertido, en cuyo contenido igualmente se halla inmerso un catálogo de reglas y principios que determinan un margen objetivo y razonable encaminado a impedir, por motivos de equidad y justicia, una distribución absoluta de riesgos en cabeza exclusiva de una sola de las partes del contrato”³⁷.

113. De lo expuesto anteriormente se colige que la noción de “riesgo”, en el contexto de las relaciones contractuales, hace referencia aquellas circunstancias, hechos o factores contingentes —que no se sabe si van a ocurrir o no—, que en caso de presentarse tienen la virtualidad de afectar la ejecución del contrato, así como el cumplimiento de las obligaciones que de él surgen y la satisfacción de los intereses de los contratantes. En el caso particular de los contratos estatales, esas contingencias pueden alterar la ecuación financiera, lo que a su vez podría impactar el logro de los fines propios de la contratación pública, en la que está involucrado el interés general. Por lo tanto, en la medida en que se trate de riesgos previsibles, es decir, de aleas que las partes razonablemente puedan anticipar al tiempo de celebración del contrato, se hace necesario identificarlos, tipificarlos y asignarlos a quien se encuentre en mejores condiciones de asumirlos, de manera que, en caso de que se concreten, no se genere una ruptura del equilibrio financiero que deba ser restablecido por otros mecanismos.
114. Tipificados los riesgos y distribuidos entre los contratantes, es claro, según se explicó, que el efecto principal que se produce es que su concreción o materialización en un caso determinado no permite que la parte afectada reclame el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, particularmente con apoyo en la teoría de la imprevisión. En efecto, comoquiera que los riesgos previsibles se entienden incorporados dentro de la ecuación financiera, su ocurrencia no debería conducir a una ruptura grave o significativa de ese equilibrio, pues la parte que los asumió ha debido adoptar las medidas de mitigación necesarias para contrarrestar sus efectos (v. gr. el contratista debió estimar los riesgos dentro de su propuesta económica, para que, en caso de que se presentaran, no se volviera excesivamente oneroso el cumplimiento de sus obligaciones). Lo anterior, se reitera, siempre se trate de riesgos previsibles. Por el contrario, si el alea que se estructura es de aquellas que no pudieron anticiparse o que, habiéndose anticipado, exceden el alcance o los efectos que razonablemente podían estimarse, el contratante afectado podrá solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

37 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 13 de noviembre de 2018. Rad. No. 55230. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

115. Además del efecto general antes mencionado, para determinar las consecuencias concretas que se derivan del acaecimiento de un riesgo previsible (de qué forma y con qué alcance debe ser asumido por la parte respectiva), será necesario examinar, en primer término, lo pactado por las partes, pues, se insiste, “*en todo contrato las partes contratantes pueden, e incluso deben -como una de sus cargas en la contratación-, prever cuáles son los riesgos inherentes a la respectiva operación y regularlos, en particular para distribuirlos o asignarlos entre las partes de conformidad con la lógica económica que tenga el respectivo negocio. En defecto de tal determinación, la ley se aplicará en forma supletiva en caso de que el asunto tenga regulación en la normatividad aplicable*”³⁸. Entonces, en segundo lugar, en ausencia de una regulación convencional, habrá que acudir a las normas y los criterios que resulten aplicables según el tipo de contrato del que se trate y la naturaleza del riesgo respectivo, principalmente. En todo caso, de manera general es posible afirmar que la materialización de un alea contractual puede producir dos tipos de efectos: (i) que la parte que lo asumió deba absorberlo y soportar, con cargo a su propio patrimonio, la afectación que haya podido generar (v. gr. el contratista que asumió la variación de los precios deberá asumir los sobrecostos); o (ii) que surja, para el contratante que haya asumido el riesgo, un deber de prestación en favor de la otra parte, que puede consistir, por ejemplo, en un reconocimiento económico dirigido a compensarle las pérdidas patrimoniales generadas por la estructuración de la contingencia.
116. Precisado lo relativo a la asignación de riesgos y sus efectos, en general, seguidamente se examina el caso particular de las estipulaciones de las partes sobre la fuerza mayor a propósito de la tipificación y la distribución de riesgos en el contrato.

C.3. Estipulaciones sobre la fuerza mayor con ocasión de la asignación de riesgos contractuales

117. La fuerza mayor (y, en el caso de la contratación privada, también el caso fortuito), definida en el artículo 64 del Código Civil como “*el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”, se presenta y produce efectos diversos en el ámbito de la contratación, de los que se destacan los siguientes: (i) es un eximente de responsabilidad cuando genera una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, caso en el que la obligación afectada se extingue (si la imposibilidad es definitiva) o se suspende temporalmente su exigibilidad (si

38 Tribunal arbitral de C&CO DRILLING S.A.S. v. TALISMAN COLOMBIA OIL & GAS LTDA. Laudo de 9 de diciembre de 2015. Árbitros: Marcela Monroy Torres, Arturo Solarte Rodríguez y Hernando Yepes Arcila.

es transitoria), hipótesis en las que corresponderá analizar qué ocurre con la prestación correlativa a cargo del otro contratante cuando la imposibilidad se presenta en un contrato bilateral; y (ii) puede ser causa de ruptura del equilibrio económico del contrato (teoría de la imprevisión) o de excesiva onerosidad sobreviniente.

118. En relación con la primera de las manifestaciones de la fuerza mayor, se observa que no existe un régimen general en el ordenamiento jurídico respecto del fenómeno de la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, sino que su desarrollo se ha dado a partir del análisis y la interpretación de las normas que regulan la pérdida del cuerpo cierto debido. Al respecto, el artículo 1729 del Código Civil dispone, de manera general, que si *“si el cuerpo cierto que se debe perece (...) se extingue la obligación (...)”*, mientras que el artículo 1731 del mismo estatuto establece que *“si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de este subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor”*. Se regula, entonces, el supuesto de imposibilidad definitiva de cumplimiento, pues ante la pérdida del cuerpo cierto debido, la prestación que tenga por objeto su entrega no es susceptible de cumplimiento, ni siquiera tardíamente. Habrá que distinguir, en todo caso, la causa de la pérdida. Se está ante un evento de fuerza mayor si la pérdida se da por una circunstancia imprevisible, irresistible y ajena al círculo de control del deudor, caso en el cual la obligación se extingue y el obligado no debe responder por los perjuicios que el acreedor haya podido padecer por la pérdida del cuerpo cierto, pues la falta de ejecución de la prestación no le es imputable; sin embargo, si la pérdida se presenta por culpa o durante la mora del deudor, este incurre en responsabilidad civil y debe reconocer al acreedor la indemnización de perjuicios, además de que sigue obligado al pago del equivalente pecuniario de la prestación (que, por regla general, estará comprendido dentro de la indemnización compensatoria).
119. No obstante, se reconoce también que la imposibilidad de cumplimiento puede ser apenas transitoria, lo que significa que las circunstancias que impiden la ejecución de la prestación no tienen vocación de perdurar y eventualmente se superarán. En ese caso, en la medida en que subsista el interés del acreedor en el pago tardío de la obligación, la fuerza mayor suspende temporalmente su exigibilidad, pero no la extingue. Al respecto, explica la doctrina que este fenómeno *“no extingue la obligación del deudor ni las obligaciones correlativas del acreedor insatisfecho, sino que las suspende hasta que cese el motivo causante de la imposibilidad”*³⁹.

39 Ospina Fernández, Guillermo & Ospina Acosta, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Ed. Temis S.A. Bogotá. Pág. 580.

Por esa razón, en sentido semejante a lo que ocurre con la imposibilidad definitiva, el deudor tampoco será responsable de la indemnización de los perjuicios que genera la imposibilidad transitoria.

120. Ahora bien, según lo precisa la doctrina, “(...) *ha de tenerse presente lo dispuesto por las partes, comoquiera que no es inusual que los contratos contengan definiciones de fuerza mayor o, más propiamente, que relacionen ciertos eventos, ora para excluirlos del alcance de fuerza mayor en sí o en determinadas formas en que pueden ocurrir, ora para considerarlos como fuerza mayor; y que, adicionalmente, en oportunidades el deudor de determinada prestación asume ciertos riesgos, todo dentro de la autonomía que expresamente le reconoce el ordenamiento a las partes a este propósito (arts. 1604 in fine y 1732 C.C.)*”⁴⁰. En efecto, el artículo 1604 del Código Civil, que regula la denominada teoría de la “*prestación de las culpas*”, establece que las reglas allí previstas se entienden sin perjuicio de las estipulaciones expresas de las partes. Por su parte, el artículo 1616 del estatuto civil dispone que lo relativo al alcance de la responsabilidad contractual del deudor en caso de incumplimiento puede ser modificado por los contratantes. Por último, el artículo 1732 de la misma codificación establece que, en virtud del pacto de las partes, el deudor puede hacerse “responsable” del caso fortuito.
121. Así las cosas, en cada caso será necesario analizar si las partes (i) previeron la existencia de una o varias circunstancias que podrían generar imposibilidad de cumplimiento, (ii) si las consecuencias de su materialización se le asignaron a alguna de las partes y, en caso afirmativo, (iii) con qué alcance.
122. Por otra parte, como se explicó en detalle en el acápite anterior, un evento que en principio sería constitutivo de fuerza mayor puede generar la excesiva onerosidad de las obligaciones a cargo de alguna de las partes —*alea anormal*—. En una hipótesis de ese temperamento, la prestación todavía es susceptible de cumplimiento, pero para el efecto el deudor debe asumir una carga desproporcionada en relación con lo que inicialmente se había previsto, por lo que hay lugar al reajuste de los términos económicos del contrato para darle viabilidad. Respecto de ese reajuste, cuando se trata de un contrato estatal y se reúnen los demás requisitos para la aplicación de la teoría de la imprevisión, que es la que regula el supuesto de la ruptura del equilibrio económico del contrato por hechos que configuren *aleas anormales* (imprevisibles, irresistibles y ajenas al control de las partes), la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que se

40 Hinebrosa, Fernando. Tratado de las obligaciones. Tomo I. Tercera Edición. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2007). Pág. 789.

concreta en llevar al contratista a punto de no pérdida. Al respecto se destaca el siguiente pronunciamiento:

“(…) los efectos de la aplicación de la teoría de la imprevisión son compensatorios, limitados a un apoyo parcial y transitorio que se le da al contratista para solventar el quebranto o déficit que el hecho económico le origina en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato, sin que, por tanto, haya lugar al reconocimiento de beneficios diferentes a los mayores gastos, costos o pérdidas que resulten de soportar la circunstancia imprevisible, extraordinaria, grave y anormal y que haya podido sufrir el cocontratante, o sea, como señala la doctrina, de llevarlo a un punto de no pérdida y no de reparar integralmente los perjuicios”⁴¹.

123. De la cita anterior se desprende que, por regla general, cuando el contratista se ve afectado por la ocurrencia de un evento imprevisible, irresistible y ajeno a su control, que no genera una imposibilidad de cumplimiento, sino una excesiva onerosidad, surge para la entidad estatal el deber de colaborarle mediante el reconocimiento de los mayores gastos o de las pérdidas que le haya causado ese evento, con el propósito de llevarlo al referido “*punto de no pérdida*”.
124. Para llevar al contratista esa específica situación —punto de no pérdida— es necesario, entonces, que este acredite cuáles fueron, en concreto, los costos que debió asumir por la fuerza mayor (alea anormal), que deben estar causalmente relacionadas con esta última. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*“No obstante, tratándose de un evento de responsabilidad contractual del que se pretende derivar una indemnización de perjuicios, consistentes, según la demanda, en los **sobrecostos que debió asumir el contratista por la mayor permanencia en la obra, en la parte actora recaía la carga de la prueba en relación con ese detrimento patrimonial aducido -lo que resulta igualmente predicable en caso de que la reclamación surja a título de restablecimiento contractual-**, toda vez que el solo incumplimiento de una de las partes no se traduce automáticamente en un perjuicio para la parte cumplida o que estuvo presta a cumplir en la forma y tiempo debidos, razón por la cual **tal afectación se debe acreditar dentro del proceso**”⁴² (se destaca y subraya).*

125. Ahora bien, las partes en un contrato, particularmente en el escenario de la distribución de riesgos, pueden convenir estipulaciones sobre la fuerza mayor. En

41 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 28 de junio de 2012. Rad. No. 21990. C.P. Ruth Stella Correo Palacio. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 13 de agosto de 2020. Rad. No. 46057. C.P. María Adriana Marín; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 10 de septiembre de 2021. Rad. No. 51219. C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

42 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 6 de julio de 2022. Rad. No. 54319. C.P. María Adriana Marín.

efecto, es claro que los contratantes pueden anticipar que, ante la ocurrencia de eventos que revistan esa naturaleza, la ejecución de las prestaciones derivadas del negocio jurídico se podrán ver afectadas, ya sea porque se vuelven de imposible cumplimiento, o porque su ejecución se convierta en excesivamente onerosa. En ese contexto, los contratantes podrán regular las consecuencias que entre ellos habrían de producirse si el evento efectivamente se materializa, así como quién las asume y su alcance.

126. En el campo específico de los contratos estatales, se observa que en el Documento CONPES 3107 de 2001 se identificó dicha contingencia y se la describió como un riesgo contractual, de la siguiente forma: *“los riesgos de fuerza mayor son definidos como eventos que están fuera del control de las partes, y su ocurrencia otorga el derecho de solicitar la suspensión de las obligaciones estipuladas en el contrato. Los eventos temporales de fuerza mayor, que causen demoras, pueden a menudo ser resueltos asignando los costos entre las partes. Eventos graves de fuerza mayor pueden conducir a la interrupción de la ejecución del proyecto”*. Sin embargo, nada se dijo respecto de los efectos de asignarle ese riesgo a alguno de los contratantes. En todo caso, se distinguió entre (i) los riesgos de fuerza mayor asegurables, que, precisamente porque son susceptibles de ser amparados por la vía de la contratación de un seguro, se le asignan al contratista, y (ii) los riesgos de *“Fuerza Mayor Políticos no asegurables”*, siendo estos últimos los que *“se refieren de manera exclusiva al daño emergente derivado de actos de terrorismo, guerras o eventos que alteren el orden público, o hallazgos arqueológicos, de minas o yacimientos”*. En relación con estos últimos riesgos, en el Documento CONPES 3107 de 2001 se señaló que, *“sólo si estos riesgos son acordados como tales contractualmente, estarán dentro de la categoría de riesgos de fuerza mayor y en los contratos se establecerá su mecanismo de cobertura”*.
127. Se destaca de lo anterior que la fuerza mayor, en línea con la conceptualización expuesta en líneas anteriores, es entendida, en el marco de la asignación de riesgos en los contratos estatales, como comprensiva de aquellos eventos que se encuentran fuera del control de las partes, cuyo efecto puede ser la suspensión o interrupción de los proyectos públicos, dependiendo de su magnitud. Esta regulación indica que las partes deben definir las pautas para la asignación de sus efectos y establecer los mecanismos de compensación a la parte afectada, cuyo objeto es, fundamentalmente, la recuperación de los costos (*“daño emergente”*) en los que se haya incurrido como consecuencia del acaecimiento de un alea asumida por algunas de las partes.
128. Teniendo en cuenta lo anterior, de manera general se concluye que, en los casos en los que las partes incluyen en su contrato una regulación sobre la asignación

de los efectos de la fuerza mayor, será necesario acudir, en primer término, al acuerdo de los contratantes en cuanto al contenido del deber de asumir los efectos adversos de la fuerza mayor, siempre que la estipulación se ajuste a los límites de la autonomía privada. En concepto del Tribunal, en ausencia de regulación contractual, deberán tenerse en cuenta los siguientes criterios: (i) que se trata de contratos estatales en los que está involucrado el interés público y que, en ese contexto, lo que se persigue con la asignación de riesgos es evitar la paralización del servicio o de la obra; (ii) el tipo de contrato del que se trate, pues de él dependen los riesgos que le son inherentes y también la distribución de los denominados “riesgos implícitos”; y (iii) el carácter particular de la fuerza mayor que, por sus elementos estructurales, es en sí misma ajena al control de las partes.

D. PRETENSIONES DECLARATIVAS SOBRE LA EXISTENCIA Y NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 688 DE 2018

129. Teniendo en cuenta el marco jurídico anteriormente reseñado, en este acápite el Tribunal se ocupará de resolver las pretensiones relativas a la existencia y naturaleza del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, por lo que al, tratar este núcleo común, se resolverán las siguientes pretensiones: (i) primera de la demanda inicial subsanada de TRANSMILENIO; (ii) primera de la demanda de reconvención reformada de SOMOS U; (iii) segunda de la demanda de reconvención reformada de SOMOS U; y (iv) las excepciones denominadas “5.1. NATURALEZA DEL CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN” y “5.2. EL CONTRATO ESTATAL NO ES DE ADHESIÓN” propuestas por TRANSMILENIO en su contestación a la demanda de reconvención reformada.

D.1. Pretensiones relativas a la existencia del Contrato de Concesión No. 688 de 2018

D.1.1. Posición de las partes

a) Posición de la Convocante (Convocada en Reconvención)

130. TRANSMILENIO, en la pretensión primera de la demanda inicial subsanada, solicitó declarar que las partes, el 19 de noviembre de 2018, firmaron el Contrato de Concesión No. 688 de 2018, con el siguiente objeto:

“4.1.1.El objeto del presente Contrato es otorgar al Concesionario de Operación la concesión no exclusiva para (i) la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros del Sistema Transmilenio en el componente de Operación; (ii) el Mantenimiento de la Flota; (iii) la Adecuación, Operación y Mantenimiento de los Patios de Operación; y (iv) la ejecución de las Obras e Intervenciones. En

desarrollo del objeto señalado TMSA entrega en concesión el uso y Control Total de la Flota descrita en el Anexo G del presente Contrato.

“4.1.2. En los términos de la Ley Aplicable, por el presente Contrato TMSA otorga el Permiso de Operación al Concesionario de Operación para la prestación, no exclusiva, del servicio público de Transporte Masivo de pasajeros terrestre automotor urbano en la ciudad de Bogotá D.C. y su área de influencia, sobre los Corredores Troncales, y respecto de los grupos de servicios que se originen en las Estaciones que conforman o llegaren a conformar el Sistema Transmilenio, de acuerdo con la Resolución N° 675 del 2 de noviembre de 2018 de adjudicación de la Licitación, aclarada mediante resolución 688 del 9 de noviembre de 2018. Todo lo anterior, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente Contrato.

“4.1.3. El presente Contrato de Concesión instrumenta la relación de carácter contractual que vinculará a TMSA y al Concesionario, como Partes que son del Contrato (las “Partes”). Dicha relación contractual estará sometida a las disposiciones, reglas y principios que rigen los contratos celebrados por entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentran expresamente regulados por la Ley 80 de 1993, la Ley 105 de 1993, la Ley 1753 de 2018, el Decreto Distrital 309 de 2009 y las demás normas que las sustituyan, desarrollen o reglamenten.

“4.1.4. Para los efectos del numeral 5 del artículo 15 del Decreto 170 de 2001, compilado por el Decreto 1079 de 2015, la certificación sobre la existencia de los contratos de vinculación de los vehículos que conforman la Flota de propiedad del Concesionario de Provisión, se hará a través del Acuerdo Entre Privados”.

b) Posición de la Convocada (Convocante en Reconvención)

131. SOMOS U, en la demanda de reconvención reformada, pretende lo siguiente:

“Primero. Declarar que el Contrato de Concesión No. 688 de 2019, fue suscrito el 19 de noviembre de 2018, o en la oportunidad que determine el Tribunal, existe y se encuentra actualmente en ejecución (en adelante ‘el Contrato’ o ‘el Contrato de Concesión’).”

132. SOMOS U coincide con la pretensión anterior de TRANSMILENIO, pues en la pretensión primera de la demanda de reconvención reformada solicita que se declare que el Contrato de Concesión No. 688 de 2018 fue suscrito por las partes el 19 de noviembre de 2018, que existe y que se encuentra actualmente en ejecución.

D.1.2. Consideraciones del Tribunal

133. Al respecto, procedió el Tribunal a verificar el texto del Contrato de Concesión No. 688 de 2018⁴³ que obra en el expediente del proceso y encuentra probado que éste fue suscrito por TRANSMILENIO, en su calidad de Concedente, y SOMOS U, en su calidad de Concesionario, el 19 de noviembre de 2018. Además, está acreditado que el mencionado negocio jurídico se encuentra actualmente en ejecución y que su objeto está consagrado en el Capítulo IV “ASPECTOS GENERALES”, numeral “4.1. Objeto”, el mismo que se desarrolla en las Cláusulas 4.1.1. a 4.1.4 del Contrato, en los términos en los que las cláusulas mencionadas fueron citadas en la pretensión primera de la demanda inicial subsanada.

D.1.3. Conclusión

134. En consecuencia, se accederá a las pretensiones primera de la demanda inicial subsanada y primera de la demanda de reconvención reformada.

D.2. Pretensiones y excepciones sobre la naturaleza del Contrato de Concesión No. 688 de 2018

D.2.1. Posición de las partes

a) Posición de la Convocante en Reconvención

135. SOMOS U, en la demanda de reconvención reformada, pretende lo siguiente:

“Segundo. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. predispuso las condiciones del Contrato de Concesión No. 688 de 2019, en consecuencia, es contrato de adhesión, respecto del cual EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. tiene posición contractual de dominio”.

136. En relación con la naturaleza del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, SOMOS U, en la pretensión anteriormente transcrita, solicitó que se declare que TRANSMILENIO *“predispuso las condiciones del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, en consecuencia es un contrato de Adhesión respecto del cual EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. tiene posición contractual de dominio”*. Si bien en la demanda de reconvención no sustentó su petición, sí lo hizo en los alegatos de conclusión en los que manifestó, de manera genérica, que el contrato estatal es de adhesión, para lo cual invocó una sentencia del Consejo de Estado y apoyó su tesis en otros casos resueltos por la justicia arbitral y la justicia ordinaria.

43 Carpeta 02 Pruebas, Carpeta 01. Pruebas aportadas con la demanda inicial.

b) Posición de la Convocada en Reconvención

137. TRANSMILENIO se opuso a la pretensión segunda de la demanda de reconvención reformada con las siguientes excepciones:

“5.1. NATURALEZA DEL CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN.

“5.2. EL CONTRATO ESTATAL NO ES DE ADHESIÓN”.

138. En los mencionados medios de defensa, TRANSMILENIO argumentó que el contrato estatal de concesión se encuentra regulado en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como un contrato conmutativo en el que las partes acuerdan una contraprestación a cambio de la operación de un servicio público, como es el caso del Contrato No. 688 de 2018. Adicionalmente, invocó la definición de los contratos de adhesión contenida en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, correspondiente al Estatuto del Consumidor, norma de la cual concluyó que *“deja muy clara la característica clave de los contratos de adhesión: en dichos contratos, todas las cláusulas son establecidas por la parte más fuerte, de tal forma que la otra no pueda sino decidir si las acepta o rechaza”.*

139. Particularmente, sobre el Contrato de Concesión No. 688 de 2018, TRANSMILENIO sostuvo que es producto de una licitación pública en la que se expidieron pluralidad de adendas y se recibieron más de quinientas observaciones, circunstancias que impiden concluir que las condiciones contractuales le fueron impuestas al concesionario.

D.2.2. Consideraciones del Tribunal

a) Consideraciones jurídicas sobre los contratos de adhesión a contenidos predispuestos

140. Teniendo en cuenta las pretensiones de las partes y sus fundamentos de hecho, según se anunció, le corresponde a este Tribunal decidir si el contenido del Contrato de Concesión No. 688 de 2018 fue predispuesto por TRANSMILENIO y si, en consecuencia, es de adhesión como lo sugiere SOMOS U, o si, por el contrario, corresponde a un contrato en el que el contenido, caracterizado por la conmutatividad, no fue impuesto por la entidad estatal, como lo argumentó TRANSMILENIO.

141. Salvo la definición legal del contrato de adhesión consagrada en la Ley 1480 de 2011 - Estatuto del Consumidor⁴⁴, han sido la jurisprudencia y la doctrina las que se han encargado de trazar los lineamientos sobre la formación y las consecuencias de aquella modalidad contractual, ubicando en la forma de manifestación de la voluntad de las partes el elemento diferenciador con los contratos derivados de la mutua negociación de las condiciones contractuales del negocio. Esto no significa que esté comprometida la autonomía de la voluntad de una de las partes al contratar cuando decide aceptar las condiciones preestablecidas por la otra, pues nadie está obligado a aceptar un contrato predispuesto unilateralmente. En los contratos de adhesión está presente la mutua voluntad de las partes para perfeccionarlos, sin que, en principio, esto implique vicio alguno de dolo, fuerza o error que conlleve el riesgo de nulidad del contrato; lo que ocurre es que el contratista adherente no ha tenido participación en la redacción de las cláusulas ni posibilidad material de discutir las condiciones del negocio por la naturaleza de éste, como ocurre, por ejemplo, en los contratos de seguro o en los de transporte, pues en estos no ha intervenido en la redacción del clausulado, admitiendo así la modalidad impuesta por el otro contratante, con excepción de estipulaciones particulares referidas a cuestiones accidentales del negocio.
142. Al respecto, la jurisprudencia ha explicado que *“irreductibles factores de índole económico la han consolidado [a la contratación mediante adhesión a estipulaciones predispuestas] como una modalidad característica de las operaciones jurídicas contemporáneas. En efecto, el inusitado incremento de la producción derivado del tránsito de la manufacturación artesanal a la industrial trajo consigo la necesidad de ofrecer, con la mayor eficacia y al menor costo posible, los bienes y servicios producidos, de manera que la distribución a grandes escalas impuso la negociación en masa, al punto que los modelos de mercado*

44 “Artículo 5 Definiciones. Para los efectos de esta Ley se entiende por : (...)

4. Contrato de adhesión: Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.”

“Artículo 37. Condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión. Las Condiciones Negociales Generales y de los contratos de adhesión deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos se utilizará el idioma castellano.

2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas.

3. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.

Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo.”

*prescindieron de los tratos individuales y de la intervención de personas con poder de negociación del contenido del acto jurídico y, en su lugar, surgió el contrato de adhesión caracterizado porque el empresario predisponente somete a consideración del potencial cliente un reglamento convencional inmodificable al cual queda vinculado por la mera aceptación*⁴⁵. La contratación por adhesión hace referencia, entonces, a la forma en la que se perfecciona el negocio jurídico, esto es, mediante la aceptación del adherente a un clausulado que ha sido predispuesto por su contraparte negocial y respecto del cual no tuvo posibilidad material de discusión.

143. Asimismo, explica la doctrina arbitral que se ha desarrollado el concepto de “*contratos de contenido predispuesto*” para hacer referencia “*a todos aquellos contratos cuyo clausulado es extendido por una de las partes. En algunos eventos, la parte contraria a quien ha predispuesto los correspondientes contenidos puede tener algún grado de capacidad de negociación, pero la estructura central del contrato no es modificada en su concepción inicial y permanece sin mayores variaciones*”⁴⁶. En ese orden de ideas, todo contrato de adhesión implica la existencia de un contenido predispuesto por uno de los contratantes, respecto del que únicamente cabe la posibilidad de aceptar o rechazar su contenido.
144. De conformidad con lo anteriormente expuesto, la particularidad del contrato de adhesión se refiere a la restricción o disminución de la participación del contratista en la redacción del clausulado del negocio, derivada de la preeminencia del otro contratante, desde el punto de vista comercial o económico, que no le permite la negociación igualitaria de las condiciones y prestaciones que asume por el contenido del contrato. Es esta la característica principal que convierte la relación jurídica en adhesiva, pues se origina en la desigualdad entre las partes, y tiene efecto ordinariamente en las dificultades que se presentan para interpretar el sentido de las obligaciones contraídas, al presentarse, en diversas ocasiones, ambigüedad en sus términos o estipulaciones que podrían considerarse abusivas.
145. No obstante, debe tenerse en cuenta la función social de los contratos de adhesión, que justifica esta específica forma de perfeccionamiento en las relaciones en las que se ofrecen bienes o servicios en forma masiva, tales como los bancarios o de suministro de bienes, como las ventas al por mayor o al detal de productos, o para el consumo de alimentos o de bienes de primera necesidad.

45 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de noviembre de 2009. Exp. No. 11001 3103 024 1998 4175 01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

46 Tribunal arbitral de A KORN ARQUITECTOS S.A.S. v. CÉSAR ANTONIO PÉREZ HEANO Y OTROS. Laudo de 13 de abril de 2021.

146. Adicionalmente, en el caso concreto de los contratos estatales, la doctrina arbitral ha destacado que *“aun en el limitado contexto de la autonomía de la voluntad en la contratación pública, es patente que se ha abierto una ventana para que el interesado pueda hacer presencia y debatir aspectos de la eventual relación”*⁴⁷, algunos de los cuales son, además, de carácter sustancial (v. gr. la asignación de riesgos). Con fundamento en lo anterior, al examinar un supuesto de hecho semejante al que es objeto de la pretense controversia, en la providencia antes citada se concluyó que el concesionario demandante *“no se sometió (...) irrestrictamente al clausulado formulado por Transmilenio para el Contrato de Concesión, sino que contó con oportunidades para expresar su parecer sobre las condiciones de la relación comercial y evaluar el alcance de las mismas (...): No se trató, entonces, del inexorable tómelo o déjelo, característico de los contratos de adhesión”*.
147. En el contexto que se ha mencionado, la condición de adhesión de los contratos puede generar estipulaciones ambiguas, que deberán ser interpretadas a favor del deudor cuando se trate de pactos en los que no se haya brindado la explicación correspondiente a su sentido y alcance. En ese sentido, el artículo 1624 del Código Civil⁴⁸ dispone, dentro de las reglas de interpretación de los contratos, una norma supletiva de las demás, prevista para los casos en que ninguna de ellas sea aplicable, tendiente a resolver la diferencia entre las partes acerca del correcto entendimiento del alcance o contenido de una o varias estipulaciones dudosas en su aplicación.
148. Como se desprende del texto del segundo inciso de la norma que se estudia, *“(…) las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”*. Esta disposición solo puede ser aplicada en los contratos de adhesión, pues en los demás casos las partes tienen oportunidad de sugerir correcciones y variaciones al texto acordado. De ahí que la doctrina señale que *“el agente que redacta una cláusula debe proceder con el cuidado necesario para que esta no adolezca de ambigüedad, dando para el efecto las explicaciones indispensables para disiparla. Si no lo hace, incurre en culpa que le acarrea responsabilidad que,*

47 Tribunal arbitral de GMÓVIL S.A.S. v. EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. Laudo de 30 de abril de 2019.

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

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

*para tal efecto, se traduce en que dicha ambigüedad se interpreta en contra suya*⁴⁹.

149. Entiende el Tribunal que ese es el propósito de la segunda pretensión de la demanda de reconvención reformada, en la que el Concesionario además afirma que TRANSMILENIO es la parte contractualmente dominante, y es lo que genera la desigualdad de los contratantes, todo lo cual se estudiará a continuación.

b) La posición contractual dominante

150. La posición de dominio en el ámbito contractual ha sido definida como *“la facultad de una parte para: (i) predeterminar unilateralmente e imponer al otro contratante las condiciones del negocio jurídico y (ii) administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha”*⁵⁰. Se trata, entonces, del predominio del que goza una de las partes frente a la otra por circunstancias variada índole (v. gr. sus conocimientos especializados en la materia de la que se trate, su capacidad económica, etc.), que le permite fijar unilateralmente las condiciones del contrato y dirigir su desarrollo.
151. Se ha señalado, entonces, que la posición dominante en las relaciones negociales *“se concreta en la hegemonía que pueden ejercer [quienes la ostentan] para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución”*⁵¹.
152. En todo caso, es importante precisar que, en términos generales, el derecho no censura o controla la existencia de una posición contractual de dominio, sino el abuso de esta⁵².

c) Antecedentes del Contrato de Concesión 688 de 2018

153. Con el fin de indagar sobre la actividad precontractual y la etapa de preparación de la celebración del Contrato No. 688 de 2018, para determinar el grado de negociación del mismo entre las partes, se destacan los siguientes pasos que se adelantaron en el referido proceso, relatados en su Capítulo II:

49 Ospina Fernández, Guillermo & Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría del Contrato y del Negocio Jurídico*. Editorial Temis. Quinta Edición. Bogotá, (1998). Pág. 411.

50 Tribunal arbitral de CONSULTORES EN COMUNICACIONES IN VOZ LTDA. v. COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A.S. E.S.P. Laudo de 12 de febrero de 2021.

51 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de diciembre de 2011. Exp. No. 1100131030142001-01489-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

52 Al respecto, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de octubre de 1994. Exp. No. 3972. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

“CAPÍTULO II CONSIDERACIONES

“Que el 7 de marzo de 2018 TMSA publicó en el SECOP II el proyecto de pliego de condiciones y estudios previos de la LICITACIÓN PÚBLICA No. TMSA-LP-002-2018 (la ‘Licitación de Operación de Flota’) cuyo objeto es: ‘Seleccionar las Propuestas más favorables para la Adjudicación de seis (6) Contratos de Concesión, cuyo objeto será “El otorgamiento de una concesión al Concesionario para la prestación del Servicio Público de Transporte Público de Pasajeros en su componente de Operación del Sistema TransMilenio, incluyendo el Mantenimiento de la Flota, la adecuación, operación y mantenimiento del(los) Patio(s) de Operación asociado(s)”’

(...)

“Que el 7 de junio de 2018 TMSA publicó en el SECOP II las respuestas a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones y Estudios Previos de la Licitación de Operación de Flota.

(...)

“Que mediante Resolución N° 348 del 6 de junio de 2018 publicada en el SECOP II, se ordenó la apertura y publicación de los pliegos definitivos de la Licitación de Operación de Flota.

(...)

“Que el 13 de junio de 2018 se realizó la audiencia de aclaración de pliegos definitivos y audiencia de riesgos de la Licitación de Operación de Flota.

(...)

“Que en cumplimiento del cronograma, el 5 de julio de 2018 TMSA publicó en el SECOP II las respuestas a las observaciones presentadas a los pliegos definitivos de la licitación pública No. TMSA-LP-001-2018 (la ‘Licitación de Provisión de Flota’) y de la Licitación de Operación de Flota.

(...)

“Que en desarrollo de la Licitación de Operación de Flota se expidieron diez (10) adendas las cuales fueron debidamente publicadas en el SECOP II.

(...)

“Que con fundamento en las múltiples solicitudes de los interesados en relación con la ampliación del plazo para presentar ofertas y la necesidad expresada por los interesados de contar con tiempo adicional para cumplir con los requisitos de capacidad financiera, en especial, con el cierre financiero, mediante Resolución 489 del 30 de julio de 2018, TMSA suspendió la licitación pública No. TMSA-LP-001-2018 y No. TMSA-LP-002-2018 por treinta (30) días calendario, reanudándose el 30 de agosto mediante Resolución 543 del 29 de agosto de 2018.

(...)

“Que el 11 de octubre de 2018 se realizó la recepción del Sobre Único de la Licitación de Operación de Flota, en el que los Proponentes incluyeron los originales de las Garantías de Seriedad de la Propuesta y de la carta de crédito o garantía bancaria mediante la cual debían acreditar la Capacidad Financiera. (17º párrafo)

(...)

“Que el 12 de octubre de 2018 se produjo el cierre de la Licitación de Operación de Flota presentándose siete (7) Propuestas Acopladas por parte de los siguientes Proponentes: (...) (18º párrafo)

(...)

“Que los siete (7) Proponentes de la Licitación de Provisión de Flota y de la Licitación de Operación de Flota se presentaron de manera acoplada así: (...) (19º párrafo)

(...)

“Que a través del SECOP II se dio traslado del informe de evaluación preliminar de la Licitación de Provisión de Flota, en el periodo comprendido entre el 13 y el 20 de septiembre de 2018, con el fin de que los Proponentes presentaran las observaciones que estimaran convenientes y subsanaran los requisitos habilitantes. Así mismo durante el periodo comprendido entre el 21 y el 24 de septiembre de 2018 los Proponentes tuvieron la oportunidad de presentar réplicas a las observaciones presentadas por otros Proponentes”.

154. Recalca el Tribunal que no hay ninguna discusión sobre la ocurrencia de estos hechos, todos los cuales están debidamente documentados en el SECOP, disponibles para su consulta por cualquier interesado y fueron incorporados como prueba⁵³. Destaca también que al responder varios de los hechos de la demanda de TRANSMILENIO, el Concesionario manifestó atenerse al tenor de los documentos de la Licitación.
155. En efecto, se observa que en el hecho No. 6. de la demanda se afirma lo siguiente: *“En el marco del proceso licitatorio, se formularon las siguientes observaciones relacionadas con el patio nuevo por parte del proponente que resultaría siendo el adjudicatario del contrato de concesión No. 688 de 2018, así: (...)”.*
156. Al responderlo, manifestó el Concesionario lo siguiente:

53 Expediente Digital. 02.Pruebas. 12_PRUEBAS_TRANSMILENIO_LINK_SECOP.

“Me atengo al tenor literal de los documentos de la Licitación, sin que por ello se condonen anticipadamente los incumplimientos de TRANSMILENIO S.A. ni los perjuicios causados al concesionario, puesto que la información de quien construiría el patio no desplaza a TRANSMILENIO S.A. de su condición de deudor de la infraestructura”.

157. Dentro de esta misma óptica, obra en el expediente la declaración del representante legal de SOMOS U, el señor Enrique Wolf⁵⁴, en la que manifestó que en el proceso de selección de la licitación pública para la celebración del Contrato de Concesión No. 688 de 2018 los oferentes tuvieron la oportunidad de presentar observaciones a los documentos precontractuales, lo que condujo a que, voluntariamente, decidieran presentar la propuesta que terminó siendo la seleccionada para realizar la respectiva adjudicación.
158. También existe evidencia de las diferentes observaciones presentadas por los proponentes que participaron en el proceso de licitación pública TMSA-LP-02-2018 y las correspondientes respuestas emitidas por TRANSMILENIO, proceso que finalizó con la definición de los pliegos de condiciones definitivos, la presentación de propuestas y la consecuente adjudicación y celebración del Contrato de Concesión No. 688 de 2018⁵⁵.
159. En consecuencia, se encuentra probado que SOMOS U tuvo la posibilidad de participar en la definición de los pliegos de condiciones de la licitación pública TMSA-LP-02-2018 y en consecuencia, libre y voluntariamente, decidió participar en el proceso de selección del que finalmente resultó adjudicatario y celebró el Contrato No. 688 de 2018; por lo tanto, considera este Tribunal que el acuerdo de voluntades al que llegaron las partes contiene la expresión libre de su capacidad de obligarse y no corresponde a un contrato de adhesión.
160. De otra parte, resulta pertinente hacer referencia a un reciente pronunciamiento de la justicia arbitral de 6 de septiembre de 2023, que resolvió la controversia suscitada entre Somos Alimentación S.A.S. y TRANSMILENIO, en el que se estudió la naturaleza del Contrato de Concesión No. 762 de 2019, similar al que hoy examina este Tribunal, y a partir de una pretensión también similar a la que ahora se resuelve. En la providencia mencionada se concluyó que el contrato que

54 *“DR. BENAVIDES: [00:06:09] Gracias, presidente buenos días, doctor Wolff vamos a hacer las preguntas como lo ordena el Tribunal y lo ordena la ley asertivas y generales. Entonces le ruego el favor usted me responda. Pregunta No. 1. Diga cómo es cierto sí o no que en la etapa precontractual, el oferente, hoy concesionario que usted representa, hizo observaciones dentro del proceso de licitación?”*

SR. WOLFF: [00:06:41] *Buenos días, doctor Benavides es cierto obviamente hicimos observaciones en la etapa precontractual. Igual que todos los demás interesados”.*

55 Expediente Digital. 02.Pruebas. 12_PRUEBAS_TRANSMILENIO_LINK_SECOP.

allí era objeto de examen no revestía las características de un contrato de adhesión:

“Por todo lo dicho, resumen de lo analizado y confrontado con lo acontecido en este proceso negocial entre TRANSMILENIO y E-SOMOS, el Tribunal encuentra que, para este caso, no se trata de un contrato que califique como de adhesión; no existe posición de dominio abusiva, ni menos, procede la aplicación del artículo 1624 del Código Civil, varias veces mencionado”⁵⁶.

D.2.3. Conclusiones

161. Así las cosas, no se requieren argumentos adicionales para tener la certeza de que el Concesionario sí fue partícipe activo en la formación del Contrato No. 688 de 2018. Por tanto, no hay lugar a declarar que el Contrato No. 688 de 2018 se perfeccionó como un contrato por adhesión, como lo solicita la pretensión segunda de la demanda de reconvención reformada.
162. Ahora bien, sobre la posición dominante de TRANSMILENIO señalada por el Concesionario, sí habrá lugar a su declaración, pues está acreditado que TRANSMILENIO fue quien fijó las reglas de la Licitación Pública No. TMSA-LP-002-2018, quien estableció el contenido inicial del Pliego de Condiciones y del que sería el contrato de concesión a celebrar con quien resultara adjudicatario, definió los criterios de selección aplicables a las ofertas, además de que en el Contrato de Concesión se reservó facultades unilaterales y excepcionales al derecho común, y es quien ejerce un control sobre el Contrato y su ejecución. Lo anterior, debido a su calidad de Ente Gestor, regulada por normas de orden público que le asignan la *“gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo la modalidad de transporte terrestre automotor, en las condiciones que señalan las normas vigentes, las autoridades competentes y sus propios estatutos”*, como lo dispone el Acuerdo 04 de 1999. Su posición de domino está justificada, entonces, en una atribución legal que se fundamenta, además, en la necesidad de proteger el interés público. No obstante, se aclara que la existencia de esa situación de preeminencia contractual no es censurada por el ordenamiento, ni tampoco la reprocha la Convocante en Reconvención.
163. Por lo antes expuesto se declarará que prospera parcialmente la pretensión segunda de la demanda de reconvención reformada por SOMOS U, únicamente en cuanto a la posición de dominio contractual de TRANSMILENIO y se declaran probadas las excepciones 1 y 2 formuladas en la contestación de la demanda de

⁵⁶ Tribunal arbitral de E – SOMOS ALIMENTACIÓN S.A.S. v. TRANSMILENIO S.A. Laudo de 6 de septiembre de 2023.

reconvención reformada propuestas por TRANSMILENIO relativas a la “*NATURALEZA DEL CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN*” y “*EL CONTRATO ESTATAL NO ES DE ADHESIÓN*”, respectivamente.

E. PRETENSIONES RELATIVAS A LA NO ENTREGA DEL NUEVO PATIO

E.1. Pretensiones relativas a la integración normativa del Contrato de Concesión No. 688 de 2018

164. Aquí se resuelven las pretensiones deprecadas por TRANSMILENIO en la demanda inicial subsanada relativas a la integración normativa del Contrato No. 688 de 2018 con las normas vigentes al momento de su celebración, particularmente, el Decreto 831 de 1999, cuyo artículo 15 reglamenta las competencias en materia de construcción de infraestructura del sistema de transporte masivo.

E.1.1. Posición de las partes

165. Concretamente, las pretensiones de la demanda inicial subsanada de TRANSMILENIO que se resuelven son:

“SEGUNDA. Que se declare que al contrato de concesión No. 688 de 2018 se le integran las normas vigentes al momento de su celebración.

“TERCERA. Que se declare que al contrato de Concesión No. 688 de 2018 se le integra el artículo 15 del Decreto 831 de 1999, por el cual se reglamentó el Acuerdo 4 de 1999”.

166. SOMOS U en la contestación a la demanda inicial subsanada se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones 5.3 y 5.6 que son del siguiente tenor:

“5.3. El artículo 15 del Decreto 831 de 1999 no exime de responsabilidad contractual a TRANSMILENIO S.A. en materia de entrega de la infraestructura”.

“5.6. Incorporación del artículo 17 del Decreto 831 de 1999”.

a) Posición de la Convocante

167. En el escrito de la demanda inicial subsanada, TRANSMILENIO no desarrolló los fundamentos fácticos o jurídicos sobre los que sustenta las pretensiones segunda y tercera, lo que sí hizo en los alegatos de conclusión. Sobre la pretensión segunda, sostuvo que no existe controversia entre las partes para aceptar que al Contrato de Concesión No. 688 de 1999 se deben integrar las normas vigentes al momento de su celebración de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de

la Ley 153 de 1887. Adicionalmente, hizo referencia al laudo arbitral de 21 de diciembre de 2016 que resolvió la controversia entre TRANSMASIVO S.A y SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A – SOMOS K S.A., por una parte, y TRANSMILENIO, por la otra.

168. En apoyo de la tercera pretensión, manifestó que, al momento de la celebración del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, se encontraba vigente el Decreto 831 de 1999, expedido el 3 de diciembre de 1999 y publicado en el Registro Distrital No. 2037 de esa misma fecha. Dijo que el mencionado Decreto reglamentó el Acuerdo 4 de 1999 que autorizó la creación de TRANSMILENIO, para concluir que la responsabilidad del componente de infraestructura del sistema masivo de transporte, específicamente los patios de operación del sistema, son de competencia exclusiva del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU). En ese sentido, manifestó que TRANSMILENIO ha adelantado las gestiones en el marco de sus competencias y no le corresponde asumir obligaciones propias del IDU en relación con la entrega de infraestructura.

b) Posición de la Convocada

169. SOMOS U se opuso a las pretensiones segunda y tercera formuladas por TRANSMILENIO pues considera que se trata de declaraciones generales de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. Adicionalmente, manifestó que se opone a cualquier pretensión de TRANSMILENIO que pretenda una supuesta integración normativa con el propósito de exonerarse de responsabilidad por el incumplimiento del Contrato de Concesión No. 688 de 2018 y adujo que el artículo 17 del Decreto 831 de 1999 establece la obligación de suscribir convenios interadministrativos en los que se establezcan plazos y periodos de entrega de la infraestructura.
170. Para respaldar la excepción 5.3. SOMOS U argumentó que la integración del artículo 15 del Decreto 831 de 1999 no implica una cesión de la posición contractual de TRANSMILENIO al IDU, tampoco una novación por cambio de contratante, ni renuncia o remisión de las obligaciones en materia de infraestructura. En su criterio, el artículo 15 del Decreto 831 de 1999 no releva a TRANSMILENIO de cumplir con la entrega de la infraestructura a la que se obligó en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018.
171. En relación con la excepción 5.6. manifestó que, de acuerdo con el artículo 17 del Decreto 831 de 1999, TRANSMILENIO debe suscribir los convenios interadministrativos con los plazos y periodos de entrega de la infraestructura sin que estos se hayan cumplido.

E.1.2. Consideraciones del Tribunal

172. Para resolver las pretensiones “segunda” y “tercera” de la demanda inicial subsanada relativas a la integración normativa del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, este Tribunal estima aplicable el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración; dice textualmente esta norma:

“ARTÍCULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

“Exceptúanse de esta disposición:

“1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

“2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido.”

173. En tanto que las pretensiones “segunda” y “tercera” versan sobre la incorporación de “las normas vigentes” al momento de celebrarse el Contrato de Concesión No. 688 de 2018 y, de manera especial, el artículo 15 del Decreto 831 de 1999, es preciso aclarar que la regla prevista por el legislador en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 no se circunscribe a la clásica definición de Ley como el acto expedido por el órgano legislativo en ejercicio de su función de producción normativa.
174. Entendido que el Decreto 831 de 1999 corresponde a la expresión del poder reglamentario de la Administración Pública, mediante el cual se establece la organización de competencias y funciones del Distrito Capital de Bogotá, es acertado considerar que este corresponde a la definición de Ley en sentido material, puesto que la distinción entre ley y reglamento únicamente obedece al reparto general de competencias entre el cuerpo legislativo y el Gobierno⁵⁷.
175. Sobre este particular, el Consejo de Estado ha considerado que la teoría del derecho público contemporáneo exige superar la clásica definición de “Ley” como expresión del poder legislativo para considerar la producción normativa en un sentido material y amplio e incluir bajo este concepto, los reglamentos:

“Abordar la noción de reglamento en el derecho público contemporáneo exige, como punto de partida, dejar atrás la clásica formulación del principio de

57 Sobre la distinción de competencias entre reglamento y ley puede verse entre otras la sentencia de la Corte Constitucional C – 234 de 2002.

separación de poderes, en virtud de la cual resultaba necesario atribuir a cada una de las tres ramas o poderes clásicos la responsabilidad de desplegar, en forma exclusiva, sendas tareas ontológicamente distintas: la ejecutiva, la legislativa y la judicial. De acuerdo con la aludida versión original de dicho principio estructural del Estado de Derecho, el Legislador fue instituido con el propósito de crear derecho, mientras que la Administración y la Jurisdicción fueron diseñadas “apenas” para aplicarlo, planteamiento que ha influido, de manera muy significativa, en la catalogación de las normas reglamentarias como relacionadas con materias que no son de naturaleza ‘legislativa’ sino ‘administrativa’ y en la consideración de acuerdo con la cual mediante el reglamento no se ‘crea’ derecho sino que se “aplica” el mismo.

“Sin embargo, carece a todas luces de sustento no sólo dogmático jurídico sino, además, evidentemente empírico, sostener, actualmente, que el reglamento no crea derecho por la sola circunstancia de no ser expedido por el Legislador formal. Desde el punto de vista dogmático, quizás los argumentos más sólidos enderezados a sustentar que la actividad reglamentaria comporta la creación de normas jurídicas los aporta la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, dentro de la cual se elabora una especial justificación y explicación del principio de separación de poderes en clave de distribución de funciones en el proceso de producción de normatividad por parte de los distintos órganos del Estado.

“Para Kelsen la división de poderes constituye un principio cuyo alcance no puede ser otro que el de identificar diversos grados de producción normativa jerarquizada dentro del Estado, de suerte que las tradicionalmente catalogadas como funciones distintas y separadas con el propósito de fungir como sistema de frenos y contrapesos, no son más que diversas instancias normativas instituidas por el ordenamiento jurídico con el propósito de estructurar el proceso de creación jurídica estatal. En ese orden de ideas, en la instancia normativa subsiguiente a la Constitución la cual ocupa la máxima posición en la correspondiente estructura jerárquica puede ubicarse la función legislativa, encargada de desarrollar la norma fundamental a través de normas generales; a renglón seguido y también con la virtualidad de desplegar procesos normativos generales distintos de los llevados a cabo por el Legislador, debe darse cuenta de la Administración, la cual, además de ejercer la potestad reglamentaria consecuentemente creadora de derecho, individualiza el derecho, al igual que lo hacen los jueces, concretándolo a cada supuesto específico⁵⁸. Las funciones legislativa, administrativa y judicial son, por tanto, distintos niveles positivos sub y supraordenados de creación normativa. Por lo demás, la simple constatación de la realidad actual, pletórica de regulaciones de indubitable alcance normativo expedidas por órganos constitucionales distintos

58 KELSEN, Hans, Teoría pura del Derecho, traducción de Roberto Vernengo, 5ª edición, UNAM, México, 1986, capítulo quinto. En la misma dirección anotada, señala el referido autor que “[l]as funciones fundamentales del Estado no son tres, sino dos: creación y aplicación (ejecución) de la ley, y estas funciones no se encuentran coordinadas, sino sub y supraordinadas. Además, no es posible definir las líneas que separan estas funciones entre sí, puesto que la distinción entre creación y aplicación del derecho que sirve de base al dualismo: poder legislativo y poder ejecutivo (en el sentido más lato) tiene solo un carácter relativo, ya que en su mayoría los actos del Estado son al propio tiempo de creación y de aplicación del derecho. Es imposible asignar en forma tan exclusiva la creación del derecho a un órgano y la aplicación (ejecución) del mismo a otro, que ninguno de los dos pueda cumplir simultáneamente ambas funciones”. Cfr. KELSEN, Hans, Teoría general del derecho .v del Estado, traducción de Eduardo García Maynez, 3ª reimpresión de la segunda edición, UNAM, México, 1983, p. 319.

*del Congreso (o Parlamento en otros sistemas político-jurídicos) al punto que la jurisprudencia constitucional sostiene la existencia de un reparto de competencias normativas entre la ley y el reglamento, evidencia el acierto del planteamiento kelseniano*⁵⁹.

176. En consonancia con lo dicho, se debe entender que en la expresión leyes vigentes al momento de la celebración del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, se entienden incorporadas las normas locales, en cuanto sean aplicables, incluyendo lo pertinente del Decreto 831 de 1999.
177. El propio Contrato de Concesión en la Cláusula 3.140 define la “Ley Aplicable” como “(...) cualquier ley, decreto, resolución, circular, concepto vinculante, reglamento, estándar, acto administrativo y en general cualquier disposición de carácter general o particular que sea de obligatorio cumplimiento en la República de Colombia”⁶⁰.

E.1.3. Conclusión

178. En consecuencia prosperan las pretensiones segunda y tercera de la demanda subsanada de TRANSMILENIO. Lo anterior, obviamente, no autoriza el desconocimiento de la voluntad libre de las partes de obligarse según lo pactado en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018, respecto de la entrega de la infraestructura del sistema de transporte masivo de la capital.
179. En cuanto a la excepción 5.3 propuesta por SOMOS U en la contestación a la demanda inicial subsanada, que se refiere a que la integración de las normas vigentes al momento de la celebración al contenido del Contrato 688 de 2018 no implica un desconocimiento de la voluntad de las partes al contraer obligaciones en materia de infraestructura, advierte el Tribunal que, aunque lo que se plantea en este medio de defensa es cierto, no enerva las pretensiones segunda y tercera de la demanda inicial, por lo que se declarará no probada. Sin embargo, según se aclaró, las pretensiones segunda y tercera prosperan en el entendido de que lo anterior no autoriza el desconocimiento de la voluntad libre de las partes de obligarse según lo pactado en el Contrato.
180. Por otra parte, no prospera la excepción 5.6. de SOMOS U, relativa a la incorporación del artículo 17 del Decreto 831 de 1999, expuesta en contestación a la demanda inicial subsanada, pues la facultad que tiene TRANSMILENIO de suscribir convenios interadministrativos con entidades o autoridades del Distritales

59 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 14 de agosto de agosto de 2008.

60 Expediente Digital.Carpeta 02 Pruebas, Carpeta 01. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Página 37.

no garantiza *per se* que los plazos previstos en ellos se cumplan necesariamente y que ello influya en la responsabilidad de TRANSMILENIO respecto de la entrega de la infraestructura del sistema de transporte masivo.

Lo anterior se puede verificar con la lectura del texto del artículo 17 del Decreto 831 de 1999, que prescribe:

“Artículo 17o.- Convenios Interadministrativos. Para efectos de la cesión, disposición, entrega, construcción, mantenimiento, mejora y administración de la infraestructura específica y exclusiva del Sistema Transmilenio, se celebrarán los convenios interadministrativos entre TRANSMILENIO y las demás entidades o autoridades Distritales, estableciéndose los plazos o períodos de entrega, las condiciones técnicas de construcción y mantenimiento, plazos, períodos y demás aspectos relacionados con la infraestructura del Sistema Transmilenio.

“En tales convenios se deberá detallar y especificar la infraestructura destinada de manera especial y exclusiva al Sistema Transmilenio”.

E.2. Pretensiones declarativas relativas a la responsabilidad por la no entrega del Patio de Operación Nuevo La Reforma

181. Se resuelven enseguida las pretensiones relativas a la responsabilidad de TRANSMILENIO respecto del diseño, contratación y construcción del Nuevo Patio de Operación denominado Patio La Reforma al concesionario SOMOS U.

E.2.1. Posición de las partes

182. En la demanda inicial subsanada, TRANSMILENIO formuló las siguientes pretensiones:

“CUARTA: Que se declare que de conformidad con el artículo 15 del Decreto 831 de 1999, por el cual se reglamentó el Acuerdo 4 de 1999, del Concejo de Santa Fe de Bogotá y se dictan otras disposiciones, le corresponde al Instituto de Desarrollo Urbano - IDU - la construcción, mantenimiento y mejora de la infraestructura específica y exclusiva que se utilizará en la operación del Sistema Transmilenio.

“QUINTA: Que se declare que TRANSMILENIO S.A. no es la entidad responsable del diseño, contratación y construcción del Nuevo Patio de Operación a ser entregado por Transmilenio S.A. al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.

“SEXTA: Que se declare que el Nuevo Patio de Operación a serle entregado al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME, es parte de la infraestructura específica

y exclusiva que se utilizará en la operación del Sistema Transmilenio de conformidad con el artículo 15 del Decreto 831 de 1999.

(...)

“OCTAVA: *Que se declare que el numeral 3.114 del Contrato de concesión No. 688 de 2018 señaló el 1 de junio de 2020 como fecha de entrega del Patio Nuevo de Operación al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.*

(...)

“DÉCIMA PRIMERA: *Que se declare que a la fecha de la radicación de esta demanda a Transmilenio S.A. no se le ha hecho entrega del Patio Nuevo de Operación que debía, a su vez, entregársele al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.*

(...)

“DÉCIMA SEGUNDA: *Que como consecuencia de lo anterior, se declare que el 1° de junio de 2020, TRANSMILENIO S.A. no pudo hacer entrega del Patio Nuevo de Operación al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. por un hecho que no le es imputable”.*

183. SOMOS U en la contestación a la demanda inicial subsanada propuso las siguientes excepciones respecto de las pretensiones de TRANSMILENIO antes reseñadas:

“5.1. Falta de jurisdicción y competencia parcial del Tribunal para conocer la pretensión cuarta de la demanda subsanada.

“5.4. Incumplimiento de TRANSMILENIO S.A. en las obligaciones legales y contractuales en materia de entrega de la infraestructura a SOMOS U S.A.S. (Patio de Operación Nuevo Usme II/La Reforma”.

“5.5. La ejecución de las obligaciones del IDU no constituye exoneración o eximente de responsabilidad de TRANSMILENIO.

“5.12. TRANSMILENIO S.A. actúa en contra de sus propios actos”.

184. SOMOS U, en la demanda de reconvención reformada, respecto de la entrega del Patio Nuevo La Reforma, solicitó:

“Cuarto. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. está obligada a entregar la infraestructura a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. en los términos establecidos en las cláusulas 3.114., 3.165., 8.4.15. y 9.1.5. del Contrato de Concesión, y las demás disposiciones legales y contractuales aplicables.

“Quinto. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no entregar la Infraestructura al Concesionario, en particular, el Patio Usme II/La Reforma.

“Sexto. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor y Titular del Sistema Transmilenio en relación con la falta de entrega de la Infraestructura al Concesionario, en particular, el Patio Usme II/La Reforma a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S.

“Subsidiaria a la Pretensión Sexta: Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. está obligada a soportar las consecuencias económicas que genera para SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. la falta de entrega de la Infraestructura al Concesionario, en particular, el Patio Usme II/La Reforma a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S.”.

185. TRANSMILENIO, en la contestación a la demanda de reconvención reformada, propuso las siguientes excepciones: (i) *“4. Mala fe contractual”*; (ii) *“5. Existencia y aplicabilidad del convenio No. 01 de 2001”*; (iii) *“6. Teoría de los actos propios al reconocimiento del IDU como entidad competente para la construcción del Patio de Operación”*; (iv) *“7. Inimputabilidad de Transmilenio por las demoras en la construcción del Patio Nuevo La Reforma”*; y (v) *“8. Inexistencia de perjuicio por la no entrega del patio nuevo de operación La Reforma”*.

a) Argumentación de TRANSMILENIO que fundamenta las pretensiones “Cuarta”, “Quinta” y “Sexta” de la demanda inicial subsanada

186. Sostiene TRANSMILENIO que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 831 de 1999, la competencia para desarrollar el componente de infraestructura del sistema de transporte masivo es del IDU, razón por la cual debe ser esta última entidad pública la que debe responder por el eventual incumplimiento en la entrega de los patios de operación del sistema. Agregó que TRANSMILENIO ha adelantado las gestiones, en el marco de sus competencias, y que no le corresponde asumir obligaciones propias del IDU en relación con la entrega de infraestructura. Trajo en apoyo de sus pretensiones la Cláusula 4.4.1. del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, relativa a la aceptación del concesionario de conocer las responsabilidades y competencias de TRANSMILENIO respecto de la coexistencia del contrato con otras concesiones y sobre las actividades que realiza como ente gestor y titular del sistema Transmilenio. Se refirió, además, textualmente a las cláusulas 7.3 y 8.3 del Contrato de Concesión que establecen las obligaciones principales de cada una de las partes.

187. En relación con el cumplimiento de la entrega del Patio Nuevo La Reforma, en el hecho 26 y siguientes de la demanda de TRANSMILENIO, acepta que debía entregarse el 1° de junio de 2020, fecha en la que dicha obligación no se cumplió, por lo que las partes entablaron negociaciones para modificar el Contrato y regular los aspectos relacionados con la no entrega del dicho Patio, particularmente, establecer una nueva fecha para el cumplimiento de esta obligación de acuerdo con la información remitida por el IDU. Esas negociaciones, indica la Convocante, se frustraron debido a la negativa del Concesionario.
188. En síntesis, la posición de TRANSMILENIO consiste en señalar que el único responsable de la construcción y entrega de la infraestructura para el Sistema Integrado de Transporte Público del Distrito Capital es el IDU y que no le es imputable la responsabilidad por el incumplimiento generado por la no entrega del Patio Nuevo La Reforma.
189. En los alegatos de conclusión TRANSMILENIO agregó que SOMOS U sabía de la inexistencia del Patio Nuevo La Reforma y que era un imposible material que, en menos de dos años, estuviera construido dicho patio (pág. 17).

b) Argumentación de TRANSMILENIO que fundamenta la pretensión “Octava” de la demanda inicial subsanada

190. En la pretensión octava de la demanda inicial subsanada TRANSMILENIO pretende que se declare que de acuerdo con el numeral 3.114 del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, el 1 de junio de 2020 era la fecha de entrega del Patio Nuevo de Operación a SOMOS U. Así lo hizo saber en los hechos 10 y siguientes de la demanda inicial subsanada.

c) Argumentación de TRANSMILENIO que fundamenta las pretensiones “Décimo Primera” y “Décimo Segunda” de la demanda inicial subsanada

191. Como fundamento de la pretensión décima primera TRANSMILENIO afirmó que a la fecha de radicación de la demanda inicial subsanada no había recibido el Patio Nuevo de Operación que a su vez tenía que entregar a SOMOS U y que como consecuencia de lo anterior, no había podido hacerle entrega de dicha infraestructura al concesionario.

d) Posición de SOMOS U

192. Manifestó que TRANSMILENIO contractualmente, de manera expresa, se obligó según consta en la Cláusula 8.4.15. a *“entregar al concesionario de Operación el Patio de Operación Nuevo en los plazos y condiciones señalados en el presente*

contrato”. El plazo de entrega del Patio Nuevo La Reforma según lo establecido en la Cláusula 3.114 del Contrato de Concesión era “*el 1 de junio de 2020 que corresponde al último día de entrega del Patio de Operación Nuevo al Concesionario de Operación por parte de TMSA*”. De acuerdo con lo pactado en la Cláusula 9.1.3. del Contrato de Concesión “*(...) el Acta de Entrega del Patio de Operación nuevo se suscribirá en o antes de la Fecha Máxima de Entrega del Patio de Operación Nuevo*”. Finalmente, la Cláusula 8.3.54. del Contrato establece que el Nuevo Patio de Operación debe ser recibido por SOMOS U en las condiciones en que TRANSMILENIO lo entregue y el acta de entrega debe ser firmada entre TRANSMILENIO, el interventor y el concesionario.

193. En ese contexto, afirma que TRANSMILENIO no ha cumplido con la entrega del Patio Nuevo de Operación ni ha indemnizado los perjuicios derivados del incumplimiento, responsabilidad de la que no puede ser eximido bajo el argumento de que se trata de obligaciones que normativamente le han sido asignadas al IDU en relación con la infraestructura del sistema de Transporte Masivo.
194. Arguyó que SOMOS U ha sido diligente en el desarrollo de actividades de mitigación de los perjuicios causados por la no entrega del Patio La Reforma a través de negociaciones con CAPITALBÚS para el uso del Patio Américas y ha operado desde tres patios (Usme, Calle Sexta y Dorado) dejando constancia de los perjuicios que esa situación le ocasiona.
195. Indicó que por la no entrega oportuna del Patio La Reforma se generan mayores desplazamientos que constituyen kilómetros en vacío no reconocidos por TRANSMILENIO y mayor costo en operadores.
196. Finalizó manifestando que TRANSMILENIO, a la fecha de presentación de la demanda de reconvención, no ha entregado el Patio Nuevo La Reforma y dicho incumplimiento le genera perjuicios que ha reclamado mensualmente con los soportes respectivos.
197. En los alegatos de conclusión SOMOS U manifestó que los incumplimientos de entrega de infraestructura fueron admitidos por TRANSMILENIO según consta en las pretensiones Undécima y Duodécima de la demanda.

E.2.2. Consideraciones del Tribunal

198. De entrada, debe reiterarse que este Tribunal considera que es competente para resolver la pretensión cuarta de la demanda inicial subsanada propuesta por TRANSMILENIO, tal como se expuso en la providencia mediante la cual asumió

inicialmente la competencia, en la medida en que la misma corresponde a la simple interpretación gramatical del texto del artículo 15 del Decreto 831 de 1999, respecto de las funciones del IDU.

199. En efecto, el artículo 15 del Decreto 831 de 1999, establece:

“Artículo 15º.- Construcción, Mantenimiento y Mejora de la Infraestructura del Sistema Transmilenio. Corresponde al Instituto de Desarrollo Urbano - IDU - la construcción, mantenimiento y mejora de la infraestructura específica y exclusiva que se utilizará en la operación del Sistema Transmilenio, a que se refiere el artículo 13 de este Decreto”.

200. Utilizando una interpretación gramatical del texto antes citado, es evidente que el artículo 15 del Decreto 831 de 1999 le asigna al IDU *“la Construcción, mantenimiento y mejora de la Infraestructura específica y exclusiva que se utilizará en la operación del Sistema Transmilenio”*. En consecuencia, se declarará que prospera la pretensión cuarta de la demanda inicial subsanada y no probada la excepción 5.1 propuesta por SOMOS U en la contestación de la demanda inicial subsanada.
201. De manera previa al estudio del mérito de las pretensiones relativas a la responsabilidad de TRANSMILENIO en relación con la entrega del Patio La Reforma, es necesario resolver la excepción propuesta por la Convocante en Reconvencción sobre la presunta conducta contradictoria de la Convocante. Según se señaló, con la excepción 5.12 antes transcrita, SOMOS U, en la contestación a la demanda inicial subsanada, solicita que se declare que TRANSMILENIO actuó en contra de sus actos propios al interponer la demanda arbitral que ocupa la atención de este Tribunal pese a haber reconocido que se encuentra obligado a la entrega del Patio Nuevo de Operación La Reforma. En consecuencia, este Tribunal debe ocuparse de establecer si la demanda de TRANSMILENIO configura una conducta contraria a los actos propios del demandante.
202. Sobre los aspectos generales y estructurales de la teoría de los actos propios, más adelante este mismo laudo se ocupa ampliamente del tema y a ellos se debe remitir en esta oportunidad.
203. La exigencia para las partes de obrar con coherencia y de actuar en forma consecuente y congruente con sus actuaciones previas y de no asumir conductas contrarias a ellas, se deriva del principio de la buena fe que encuentra fundamento constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política y, en el plano legal, en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

204. En su desarrollo, no resulta jurídicamente admisible que se asuma o desarrolle una conducta contradictoria con un comportamiento anterior, si la primera ha generado en la esfera del otro contratante una confianza legítima que le permita esperar que la conducta previa de su co-contractante se mantendrá inalterada durante la relación contractual. De este parámetro de comportamiento se deriva la regla expresada bajo el brocardo *“venire contra factum proprium non valet”*, conocida como la doctrina de los actos propios.
205. Precisado lo anterior, para que pueda declararse probada la excepción planteada por la Convocada, es menester llegar a la conclusión de que TRANSMILENIO obró en contra de sus propios actos al presentar la demanda que el Tribunal examina, y, para ello, es preciso establecer que, con su conducta anterior, creó la razonable, objetiva y fundada confianza de que no ejercería acciones para que se declare que no tiene la obligación de entrega del Patio Nuevo de Operación La Reforma o que dicha obligación fue cumplida.
206. Este Tribunal estima que las pretensiones de la demanda de TRANSMILENIO no están orientadas a desconocer la falta de entrega de la infraestructura a la que se obligó en virtud del Contrato de Concesión 688 de 2018, como lo muestra la pretensión octava de la demanda inicial subsanada en la que pretende:
- “OCTAVA: Que se declare que el numeral 3.114 del Contrato de concesión No. 688 de 2018 señaló el 1 de junio de 2020 como fecha de entrega del Patio Nuevo de Operación al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.”.*
207. En sentido similar, en las pretensiones décima primera y décima segunda de la demanda inicial subsanada, TRANSMILENIO solicita que se declare que, a la fecha de radicación de la demanda, no ha hecho entrega del Patio Nuevo de Operación La Reforma que debía entregarle al concesionario, por un hecho que no le es atribuible:
- “DÉCIMA PRIMERA: Que se declare que a la fecha de la radicación de esta demanda a Transmilenio S.A. no se le ha hecho entrega del Patio Nuevo de Operación que debía, a su vez, entregársele al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.*
- “DÉCIMA SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se declare que el 1° de junio de 2020, TRANSMILENIO S.A. no pudo hacer entrega del Patio Nuevo de Operación al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. por un hecho que no le es imputable”.*
208. Visto lo anterior, no se observa que TRANSMILENIO desconozca la obligación de entregar el Patio Nuevo de Operación La Reforma y que, de esta manera, se pueda entender vulnerado de algún modo su deber de coherencia obrando en contra de

sus propios actos. Por el contrario, las pretensiones octava, décima primera y décima segunda confirman que dicha obligación debía ser cumplida el 1 de junio de 2020, que él mismo no ha recibido la obra y que, en consecuencia, no ha podido hacerle entrega de ésta a SOMOS U.

209. Lo que se trasluce es, más bien, que TRANSMILENIO, con el ejercicio de la demanda arbitral, pretende, en síntesis, que se declare judicialmente que no le es atribuible el incumplimiento por la no entrega de infraestructura a la que se comprometió y que, en consecuencia, no está obligado a indemnizar perjuicios que el Concesionario pudiera haber sufrido y que la operación del sistema no ha tenido traumatismos.
210. Tampoco existe evidencia de que TRANSMILENIO hubiera manifestado o asumido conducta alguna tendiente a crear una confianza legítima de que renunciaría a ejercer una acción judicial con pretensiones como las que sometió a conocimiento de este Tribunal. En consecuencia, se declarará que no prospera la excepción 5.12 de SOMOS U de la contestación a la demanda inicial reformada.
211. Preciado lo anterior, en lo que atañe a las pretensiones declarativas sobre la responsabilidad por el incumplimiento de la entrega del Patio Nuevo La Reforma, este Tribunal considera que dicha obligación, **de acuerdo con el Contrato**, se encuentra en cabeza de TRANSMILENIO y debió cumplirse el 1° de junio de 2020, tal como se expondrá más adelante.
212. Sin perjuicio de lo anterior, con el fin de resolver las pretensiones quinta, sexta y octava de la demanda inicial subsanada de TRANSMILENIO, este Tribunal encuentra necesario referirse al Decreto 831 de 1999, por medio del cual “se reglamenta el Acuerdo 4 de 1999, del Concejo de Santa Fe de Bogotá y se dictan otras disposiciones”.
213. De acuerdo con el artículo 1° de dicho Decreto, su objeto general consiste en reglamentar las competencias y funciones de las entidades distritales que intervienen para garantizar la eficiencia, eficacia, economía y continuidad en la prestación del servicio público esencial masivo de pasajeros en el Distrito Capital, así:

“Artículo 1º.- Objetivo General. Las competencias y funciones que se reglamentan por medio (Sic) este Decreto, tienen por finalidad garantizar la eficiencia, eficacia, economía y continuidad en la prestación del servicio público esencial masivo de pasajeros, en la modalidad terrestre automotor, en el Distrito Capital y su área de influencia a cargo de TRANSMILENIO S.A., bajo la coordinación institucional de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe

de Bogotá, como máxima autoridad rectora del tránsito y transporte del Distrito y Autoridad Única de Tránsito”.

214. Por su parte, el artículo 13 define la infraestructura del sistema en los siguientes términos:

“Artículo 13º.- Infraestructura y otros Componentes del Sistema Transmilenio. De conformidad con la Ley 86 de 1989 y el Acuerdo 6 de 1998 del Concejo de Bogotá, forman parte del Sistema Transmilenio el conjunto de predios, infraestructura vial, corredores troncales especializados, carriles de uso exclusivo del sistema, equipos, señales, paraderos, estaciones, puentes, plazoletas de acceso peatonal especial y demás bienes utilizados para la prestación del Servicio de Transporte Público Urbano de Pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo la modalidad de transporte terrestre automotor”.

215. Más adelante, el artículo 15 establece la competencia del IDU en cuanto a la construcción, mantenimiento y mejora de la infraestructura del Sistema Transmilenio, en los siguientes términos:

“Artículo 15º.- Construcción, Mantenimiento y Mejora de la Infraestructura del Sistema Transmilenio. Corresponde al Instituto de Desarrollo Urbano - IDU - la construcción, mantenimiento y mejora de la infraestructura específica y exclusiva que se utilizará en la operación del Sistema Transmilenio, a que se refiere el artículo 13 de este Decreto”.

216. Vistas las reglas anteriores, surge claro que el IDU es la entidad del Distrito Capital de Bogotá competente para ocuparse específicamente de la *“construcción, mantenimiento y mejora de la infraestructura específica y exclusiva que se utiliza en la operación del Sistema Transmilenio”.*

217. No obstante lo anterior, de acuerdo con los artículos 8 y 9 del mismo Decreto 831, la responsable de la operación del Sistema Transmilenio, como titular del mismo, es TRANSMILENIO quien *“determinará las condiciones y estándares de funcionamiento del Sistema Transmilenio en todos los aspectos que se relacionen con su operatividad en condiciones de seguridad, continuidad y regularidad del servicio”.*

218. En efecto, los artículos 8 y 9 del Decreto 831 de 1999, establecen las competencias de TRANSMILENIO con el siguiente alcance:

“Artículo 8º.- Condiciones Técnicas y Operativas del Sistema Transmilenio. Corresponde a TRANSMILENIO S.A., la determinación de las condiciones y estándares de funcionamiento del Sistema Transmilenio en todos los aspectos que se relacionen con su operatividad en condiciones de seguridad, continuidad y regularidad del servicio, y en consecuencia estará facultado para definir, entre otros aspectos, los recorridos, itinerarios, trayectos y servicios de la

operación, los estándares de cumplimiento y desempeño de las personas o sociedad operadoras, los tiempos de espera en estaciones, las velocidades máximas de operación, y los estándares, tipología, dotación mínima y características técnicas de la flota al servicio del Sistema.

“Artículo 9º.- Control de Operación. TRANSMILENIO S.A., como titular del Sistema Transmilenio, ejercerá el control de la operación, facultad que ejercerá en los términos y condiciones que determine a través de instructivos o reglamentos de carácter general, **o conforme a las condiciones que se prevean en los contratos de concesión, según el caso”.**

219. De esta manera, en ejercicio de sus funciones y competencias, TRANSMILENIO es la encargada de suscribir los contratos de concesión para la operación del sistema Transmilenio, contratos que se encuentran definidos en el artículo 6 del mencionado Decreto 831 de 1999, y en estos podrá establecer las condiciones en que ejecutará las funciones de control y gestión de la operación del Sistema Transmilenio, tal como lo establece el artículo 9 antes citado.
220. Los contratos de concesión para la operación del Sistema Transmilenio se encuentran definidos, así:

“Artículo 6º.- Contratos de Concesión para la Operación del Sistema Transmilenio. De conformidad con los Acuerdos 6 de 1998 y 4 de 1999, corresponde a TRANSMILENIO S.A., mediante contratos de concesión adjudicados en licitación pública vincular a la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, a las empresas interesadas en explotar económicamente dicha actividad dentro del Sistema Transmilenio. Igualmente, mediante el contrato de concesión, Transmilenio S.A., otorgará a los adjudicatarios de las licitaciones respectivas el permiso de operación para el desarrollo de la actividad de transporte público de pasajeros en el Sistema Transmilenio, tal como lo autorizan los artículos 19 de la Ley 336 de 1996 y 3 numeral 7 de la Ley 105 de 1993.

“En todo caso, conforme a lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 3 del Acuerdo 4 de 1999, la sociedad Transmilenio S.A., será responsable de la prestación del servicio cuando se declare desierto un proceso de selección, o cuando se suspendan o terminen anticipadamente los contratos o se declare la caducidad de los contratos con los operadores privados por las causas previstas en la ley o en los contratos, a efectos de lo cual podrá prestarlo directamente de manera transitoria”.

221. Con todo este fundamento normativo y en ejercicio de sus competencias, TRANSMILENIO adelantó el proceso de selección y suscribió el Contrato de Concesión No. 688 de 2018 y, en el libre ejercicio de la autonomía de su voluntad, se obligó a la entrega de la infraestructura al Concesionario SOMOS U, específicamente, la entrega del Patio Nuevo La Reforma.

222. En consecuencia, considera este Tribunal que, sin perjuicio de que el competente para la construcción de la infraestructura, desde el punto de vista normativo local, sea el IDU, y que la construcción de los patios respondan al concepto de “*infraestructura*”, TRANSMILENIO, en ejercicio de sus competencias como titular del Sistema de Transporte Masivo, suscribió el Contrato de Concesión No. 688 de 2018 y adquirió obligaciones con el concesionario SOMOS U, particularmente en materia de infraestructura, tal como pasa a exponerse.

223. Revisado el Contrato de Concesión No. 688 de 2018 en punto a resolver sobre la controversia por la no entrega de la infraestructura del sistema de transporte masivo, es relevante citar las definiciones que el propio contrato adopta sobre los Patios de Operación Existentes, los Patios de Operación Nuevos y los Patios de Operación Temporales, así:

La Cláusula 3.163 del Contrato define el Patio de Operación, así:

“Se refiere conjuntamente a los patios de Operación Existentes, Patios de Operación Nuevos y Patios de Operación Temporales en la medida en que el contexto lo permita”.

224. Como la controversia que debe resolver este Tribunal se circunscribe a la entrega del Patio de Operación Nuevo, es pertinente citar la definición que figura en la Cláusula 3.165 del Contrato de Concesión:

“Es la infraestructura descrita en el Anexo Técnico (Anexo A) del presente contrato que TMSA entregará en concesión al Concesionario de Operación en la Fecha de Entrega del Patio de Operación Nuevo, para su Operación y Mantenimiento durante la vigencia del Contrato, en la que se encuentran ubicadas las Áreas de Soporte Técnico y el Área de Parqueo de la Flota”.

225. Nótese cómo la estipulación contractual pactada por las partes establece, específica e incondicionalmente, que será TRANSMILENIO quién entregará al concesionario el Patio de Operación Nuevo, sin hacer ninguna referencia al IDU como entidad pública del Distrito competente para el desarrollo de la infraestructura del sistema de transporte masivo.

226. En cuanto a la fecha pactada para la entrega del Patio de Operación Nuevo, la Cláusula 3.114 del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, dispone de manera clara y precisa que sería el 1 de junio de 2020:

“3.114. Fecha Máxima de Entrega del Patio de Operación Nuevo

“Es el 1 de junio de 2020 que corresponde al último día de entrega del Patio de Operación Nuevo al Concesionario de Operación por parte de TMSA”.

227. La obligación de TRANSMILENIO de entregar el Patio de Operación Nuevo se encuentra reiterada en la Cláusula 8.4. *“Principales Derechos y Obligaciones de Transmilenio”*, específicamente, en el numeral 8.4.15. que dispone:

“Entregar al Concesionario el patio de Operación Nuevo en los plazos y condiciones señalados en el presente Contrato”.

228. Finalmente, en el Capítulo IX, Cláusula 9.1. Bienes Entregados del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, se explicitan los bienes que debe entregar TRANSMILENIO al Concesionario, con el siguiente alcance:

“9.1.1. Los bienes cuya tenencia se entrega en concesión por parte de TMSA al Concesionario de Operación son los Patios de Operación Existentes y el Patio de Operación Nuevo. Los bienes cuya tenencia entrega en administración es el Patio de Operación Temporal asignado al Concesionario. La Flota se entrega para su uso y Control Total.

(...)

“Los Patios de Operación existentes y los Patios de Operación Nuevos se entregarán debidamente cercados y pavimentados, dotados de las acometidas para los servicios públicos de energía eléctrica, acueducto y alcantarillado, tal como los mismos se describen en el Anexo Técnico (Anexo A)”.

229. Todo lo anterior permite concluir que TRANSMILENIO asumió la obligación contractual de entregar a SOMOS U el Patio de Operación Nuevo que, en el presente asunto, es el denominado Patio Nuevo La Reforma y nada se dijo o acordó sobre un eventual sometimiento a alguna condición que afectara dicha obligación, respecto de la entrega que haría el IDU a TRANSMILENIO de la infraestructura.

230. Adicionalmente, se observa que la obligación de entrega del Patio La Reforma es una obligación de resultado, pues para la obtención del fin práctico perseguido con dicha prestación, basta con el comportamiento del deudor, esto es, TRANSMILENIO, sin que dicho propósito y su satisfacción dependan de factores aleatorios. En consecuencia, para que TRANSMILENIO pueda exonerarse de responsabilidad por la falta de entrega del Patio La Reforma debe acreditar la existencia de una causa extraña, es decir, la ocurrencia de un evento imprevisible, irresistible y ajeno a su círculo de control que haya imposibilitado la ejecución oportuna de la prestación a su cargo. No es admisible, entonces, alegar la diligencia empleada en el cumplimiento de la obligación como medio de defensa orientado a desvirtuar una imputación de responsabilidad dada la específica clase de obligación de que se trata.

231. Sobre el particular, la jurisprudencia ha señalado que, en “*algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario*”⁶¹. La importancia de esta distinción radica en que, en las obligaciones de resultado, el deudor compromete su responsabilidad por el solo hecho de que se demuestre que el resultado no se obtuvo. Así las cosas, el deudor únicamente puede eximirse de las consecuencias indemnizatorias del incumplimiento si acredita la existencia una causa extraña.
232. De conformidad con los parámetros fijados por la jurisprudencia, es evidente que la obligación de entregar el Patio La Reforma es de resultado, comoquiera que para la satisfacción del interés primario de SOMOS U, que consiste en tener a su disposición la infraestructura que requiere para la operación de la flota que le fue entregada en concesión, basta con el comportamiento de TRANSMILENIO en el sentido de hacerle entrega física del patio que reúna las condiciones contractualmente pactadas. Por lo tanto, para exonerarse de responsabilidad por la falta de entrega oportuna del referido Patio, TRANSMILENIO debe demostrar que, efectivamente, el incumplimiento no le es imputable, es decir, que un evento imprevisible, irresistible y externo fue el que le impidió proceder de conformidad con lo convenido en el Contrato, requisitos que no se reúnen en el presente caso. En efecto, aunque TRANSMILENIO ha sostenido que la construcción del Patio La Reforma le corresponde al IDU, la eventualidad de que dicha entidad distrital no ejecutara sus compromisos no puede considerarse como una circunstancia ajena o externa a TRANSMILENIO, y, menos aún, imprevisible para ella.
233. Finalmente, del clausulado contractual que viene de citarse, específicamente de la Cláusula 3.114, la fecha cierta en que debía cumplirse la entrega del patio en

61 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 2013. Exp. No. 20001-3103-005-2005-00025-01.

controversia era el 1° de junio de 2020 y, según lo aceptó TRANSMILENIO en el hecho 26 y siguientes de la demanda, la obligación no se encuentra cumplida.

234. Con fundamento en las anteriores consideraciones este Tribunal encuentra próspera la sexta pretensión declarativa de la demanda subsanada de TRANSMILENIO. No prospera, en cambio, la pretensión quinta, por cuanto TRANSMILENIO sí es responsable en los términos establecidos en el Contrato por la no entrega del patio nuevo La Reforma.
235. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en la Cláusula Sexta del Convenio 01 de 2000 suscrito entre el IDU, el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público y TRANSMILENIO, en que se establece que el IDU *“tendrá a su cargo el diseño y construcción de los bienes de uso público que componen la infraestructura que será destinada de manera especial y exclusiva para la operación del Sistema de Transporte Público Masivo Urbano de Pasajeros en el Distrito capital y su área de influencia (...)”*, pues bajo la óptica de la responsabilidad contractual que le corresponde juzgar a este Tribunal, particularmente, en los términos acordados por las partes en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018, TRANSMILENIO sí asumió la obligación de entrega del Patio Nuevo de Operación, el que hace parte de la infraestructura específica que se utilizará para la operación del Sistema Transmilenio, independientemente de que sea el IDU, por distribución de competencias administrativas de entidades del Distrito quien tenga bajo su ámbito funcional el diseño, contratación y construcción de la infraestructura del Sistema Transmilenio.
236. En esa misma línea, se declarará que prosperan las pretensiones octava, décima primera y, parcialmente, la décima segunda de la demanda subsanada de TRANSMILENIO, en el entendido de que llegado el 1 de junio de 2020, TRANSMILENIO debía entregar al Concesionario SOMOS U el Nuevo Patio de Operación y se encuentra en mora de cumplir dicha prestación contractual debido a que no ha recibido del IDU dicha infraestructura. No obstante, el hecho de no haberla recibido no lo exime de las consecuencias del incumplimiento en los términos del Contrato de Concesión No. 688 de 2018.
237. Respecto de la pretensión décima segunda hay que agregar que solo prospera en cuanto TRANSMILENIO no entregó oportunamente el nuevo patio la reforma y no en cuanto se solicita que se declare que tal incumplimiento se debió a un hecho no imputable a ella, porque, como se ha visto, el incumplimiento de su obligación contractual sí le es imputable. En esa línea se declarará que prosperan las excepciones 5.4 y 5.5 propuestas por SOMOS U en la contestación de la demanda inicial subsanada.

238. En tales condiciones, se declarará que prosperan las pretensiones cuarta, quinta y sexta de la demanda de reconvención reformada, lo que impide que haya pronunciamiento sobre la pretensión sexta subsidiaria.
239. Así mismo no se encuentran probadas las excepciones 5.4. Mala fe contractual, 5.5. Existencia y aplicabilidad del convenio 001 de 2001, 5.6 Teoría de los actos propios al reconocimiento del IDU como entidad competente para la construcción del Patio de Operación, 5.7. Inimputabilidad de TRANSMILENIO por las demoras en la construcción del Patio Nuevo La Reforma propuestas por TRANSMILENIO a la demanda de reconvención reformada.

E.3. Pretensiones relativas al cumplimiento de TRANSMILENIO como ente gestor

240. Por tener idéntico fundamento, en el presente acápite se resolverán las pretensiones relacionadas con el cumplimiento de TRANSMILENIO como ente gestor del sistema de Transporte Masivo.

E.3.1. Posición de las partes

241. SOMOS U en la demanda de reconvención reformada, en relación con las funciones de TRANSMILENIO en la gestión y control del Sistema de Transporte Masivo, pretende:

“Tercero. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. en su condición de Ente Gestor, está obligado a la organización, planeación, gestión y control del Sistema TransMilenio y el Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) en los términos establecidos en el Capítulo 2 y en las cláusulas 4.1., 8.4.1., 8.4.14., 8.4.17. del Contrato de Concesión, y las demás disposiciones legales y contractuales aplicables”.

242. TRANSMILENIO en la contestación a la demanda de reconvención reformada propuso la siguiente excepción:

“5.3. Alcance y limitación de funciones de Transmilenio S.A.”.

243. Por su parte, TRANSMILENIO en la demanda inicial subsanada, en relación con las funciones de gestión del sistema de Transporte Masivo, pretende:

“SÉPTIMA: Que se declare que TRANSMILENIO S.A. en cumplimiento de las obligaciones normativas a su cargo adelantó las gestiones necesarias para que en los tiempos previstos en el contrato de concesión No. 688 de 2018, se llevará a cabo la contratación y las obras relacionadas con el Nuevo Patio de Operación a ser entregado al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.

“DÉCIMA QUINTA: *Que se declare que TRANSMILENIO S.A. en cumplimiento de su deber legal de gestión, organización y planeación del Sistema Transmilenio adelantó las acciones necesarias para mitigar las consecuencias por la no entrega del Patio Nuevo de Operación al Concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. poniendo a disposición del Concesionario el patio garaje de la Calle Sexta y la operación compartida desde El Dorado, desde donde efectivamente ha podido realizar su operación sin inconvenientes”.*

a) Posición de Somos U S.A.S.

244. SOMOS U se opuso a la pretensión décima quinta de la demanda inicial subsanada con las siguientes excepciones:

“5.7. TRANSMILENIO S.A. incumplió con sus obligaciones de gestión y coordinación interinstitucional en materia de infraestructura.

“5.10. TRANSMILENIO S.A. ha sido pasivo en la mitigación parcial de perjuicios causados a SOMOS U S.A.S.”.

245. En los fundamentos fácticos de sus pretensiones, SOMOS U manifestó que, de acuerdo con lo establecido en las Cláusulas 8.4.1 y 8.4.14 del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, TRANSMILENIO tiene la obligación de obrar como titular y ente gestor del Sistema de Transporte Masivo. En dicha condición, no ha cumplido sus obligaciones relacionadas con la entrega de la infraestructura y tampoco ha realizado gestiones para presentar alternativas a SOMOS U tendientes a disminuir los perjuicios que se ocasionan con el incumplimiento de la entrega del Patio Nuevo La Reforma.

246. En los alegatos de conclusión manifestó que TRANSMILENIO, una vez tuvo certeza de que no cumpliría con la obligación de entrega de la Infraestructura, no propuso una solución adecuada al problema o una suspensión del contrato u otro mecanismo de compensación.

247. En apoyo de su tesis, en los alegatos de conclusión citó la declaración del señor Alejandro Osorio en la que afirmó que nunca se planteó como una posible solución la suspensión del contrato; hizo referencia a las actas de comité entre IDU y TRANSMILENIO en las que consta que esta última anuncia su preocupación por el incumplimiento de la entrega del Patio Nuevo de Operación, pese a lo cual nunca existió una solución o compensación. En consecuencia, solicitó que se nieguen las pretensiones séptima y décimo quinta de la demanda inicial subsanada de TRANSMILENIO, y explicó que el incumplimiento de las obligaciones contractuales y de gestión del Sistema de Transporte Masivo implicó que el concesionario se encuentre operando no en dos Patios sino en tres incluyendo la Calle Sexta y El Dorado que no cuentan con las especificaciones técnicas de

tanqueo, mantenimiento y alistamiento, condiciones que sí debe tener el Nuevo Patio de Operación La Reforma.

248. Para respaldar las excepciones 5.7 y 5.10 adujo que TRANSMILENIO no solo incumplió con la entrega de la infraestructura, sino que no ha sido diligente en mitigar las consecuencias del incumplimiento de la entrega del Patio Nuevo La Reforma y que, por el contrario, le ha causado perjuicios que no le han sido indemnizados.

b) Posición de TRANSMILENIO

249. TRANSMILENIO, en la excepción 5.3 a la demanda de reconvención denominada “*Alcance y limitación de las funciones de TRANSMILENIO*”, expuso que la pretensión tercera de la demanda de reconvención reformada propuesta por SOMOS U lo único que pretende es omitir la integración normativa propia de este contrato de concesión.
250. Manifestó, asimismo, como fundamento de la pretensión séptima de la demanda inicial subsanada, que el hecho de que TRANSMILENIO sea el ente gestor del Sistema de Transporte Masivo no implica que sea el responsable de ejecutar absolutamente todas las acciones necesarias para el funcionamiento y operación del sistema. En consecuencia, las obligaciones de TRANSMILENIO, respecto al Patio Nuevo de Operación, se circunscriben a gestionar y presionar al IDU para que adelante lo correspondiente en el marco de sus funciones y en consecuencia tiene una obligación de medio y no de resultado. Sin perjuicio de lo anterior, sostuvo que realizó todas las gestiones necesarias para que el IDU entregara la infraestructura del Patio Nuevo La Reforma en los tiempos previstos en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018.
251. Adicionalmente, en apoyo de la pretensión décima quinta de la demanda inicial subsanada TRANSMILENIO afirmó que adelantó acciones encaminadas a que se realizara por parte de SOMOS U la operación compartida desde el Patio Américas, pero las negociaciones resultaron infructuosas debido a que el Concesionario prefirió adelantar la operación compartida desde el patio El Dorado.

E.3.2. Consideraciones del Tribunal

252. Para resolver la pretensión tercera de la demanda de reconvención reformada el Tribunal considera oportuno reiterar las consideraciones expuestas en relación con el contenido y alcance de los artículos 3, 8 y 9 del Decreto 831 de 1999, que establecen las competencias de TRANSMILENIO como titular del Sistema Transmilenio, así:

“Artículo 3º.- *Gestión del Sistema Transmilenio. De conformidad con los Acuerdos del Concejo de Santa Fe de Bogotá 6 de 1998 y 4 de 1999, y con el presente Decreto, le corresponde a TRANSMILENIO S.A., la gestión, organización, planeación, supervisión, regulación, control y responsabilidad del Sistema de Transporte Público Masivo Urbano de Pasajeros en el Distrito Capital bajo la modalidad de transporte terrestre automotor, en las condiciones que señalen las normas vigentes y según las políticas generales que determine la Secretaría de Tránsito y Transporte.*

(...)

“Artículo 8º.- *Condiciones Técnicas y Operativas del Sistema Transmilenio. Corresponde a TRANSMILENIO S.A., la determinación de las condiciones y estándares de funcionamiento del Sistema Transmilenio en todos los aspectos que se relacionen con su operatividad en condiciones de seguridad, continuidad y regularidad del servicio, y en consecuencia estará facultado para definir, entre otros aspectos, los recorridos, itinerarios, trayectos y servicios de la operación, los estándares de cumplimiento y desempeño de las personas o sociedad operadoras, los tiempos de espera en estaciones, las velocidades máximas de operación, y los estándares, tipología, dotación mínima y características técnicas de la flota al servicio del Sistema.*

“Artículo 9º.- *Control de Operación. TRANSMILENIO S.A., como titular del Sistema Transmilenio, ejercerá el control de la operación, facultad que ejercerá en los términos y condiciones que determine a través de instructivos o reglamentos de carácter general, o conforme a las condiciones que se prevean en los contratos de concesión, según el caso”.*

253. Según se desprende del artículo 9 del Decreto 831 de 1999, TRANSMILENIO, en su condición de titular del Sistema de Transporte Masivo, ejercerá el control de la operación en los términos y condiciones que se determinen a través de instructivos, reglamentos o según se estipule en las condiciones y obligaciones que acuerde en los Contratos de Concesión, circunstancia ésta que obliga a examinar el Contrato de Concesión No. 688 de 2018 para determinar las obligaciones y condiciones que asumió TRANSMILENIO respecto del ejercicio de sus competencias como ente titular y gestor del sistema.
254. La Cláusula 8.4.1 del Contrato establece que TRANSMILENIO “ejercerá los derechos y obligaciones que le corresponden conforme a la Ley aplicable y su condición de titular y Ente Gestor del Sistema Transmilenio”. Por la cláusula 8.4.14, TRANSMILENIO se encuentra obligado a: “Adelantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión, planeación y control del Sistema Transmilenio que permitan al Concesionario de Operación el desarrollo de la actividad de transporte que es objeto del presente contrato”. De acuerdo con la Cláusula 8.4.17, le corresponde a TRANSMILENIO “Tramitar diligentemente las apropiaciones

presupuestales que se requieran para solventar las prestaciones económicas que surjan a su cargo en desarrollo del presente Contrato, cuando a ello haya lugar”.

255. Sobre este concreto aspecto, tiene pertinencia el Laudo Arbitral de 6 de septiembre de 2023 que resolvió una pretensión similar sobre las funciones de TRANSMILENIO como ente gestor del Sistema de Transporte Masivo y se accedió a lo pretendido, por la siguiente consideración:

“Así las cosas, a TRANSMILENIO se le asignó la gestión, organización y planeación del servicio público masivo urbano de pasajeros del Distrito Capital y su área de influencia, bajo la modalidad de transporte automotor. De manera específica, en el aludido Acuerdo 004 de 1999 se dispuso que TRANSMILENIO no podrá ser operador ni socio del transporte masivo terrestre por sí mismo o por interpuesta persona, ya que la operación estará contratada con empresas privadas, salvo cuando la prestación del servicio se afecte por inconvenientes contractuales.

(...)

“Significa lo anterior que, desde su origen, TRANSMILENIO fue concebido como el ente rector – en sentido amplio- de la operación del sistema público de transporte, controlando, armonizando y seleccionando a los operadores privados asignados a las diversas áreas de este servicio público. Esto se ratificaría, por demás, en el artículo 3 del Decreto 831 de 1999, reglamentario del Acuerdo 004 de 1999, en el que se estableció que TRANSMILENIO tendría como obligaciones “la gestión, organización, planeación, supervisión, regulación, control y responsabilidad del Sistema de Transporte Público Masivo Urbano de Pasajeros en el Distrito Capital.

(...)

“Es claro sí, como lo propone TRANSMILENIO que el alcance de la función de Gestor del Sistema se refiere al marco geográfico y de competencia de las autoridades del Distrito Capital a su turno delegadas específica y concretamente, como se ha visto, a TRANSMILENIO.

“Así las cosas, lo que se pretende que sea declarado en tanto corresponde textualmente a lo plasmado en las normas legales y Distritales que regulan la materia y el contrato y sus modificaciones y nada se pide adicionalmente, habrá de accederse, sin más.

“En cuanto a la excepción propuesta por TRANSMILENIO es claro que ella resulta improcedente. En primer lugar, porque en parte alguna la demandante pide que “sin límites como lo señala TMSA puede TMSA ejercer la función de “Gestor”. No corresponde, en primer lugar, a lo pedido: la condición de gestor, dentro del marco normativo en que se define esta condición y el ámbito territorial dentro del cual puede ejercer esa condición, surgen de las disposiciones legales y contractuales

a que se ha hecho referencia y ello es lo que solicita la parte demandante sin llegar al extremo que se alega en la excepción⁶².

256. En consecuencia, considera este Tribunal que prospera la pretensión tercera de la demanda de reconvención reformada de SOMOS U en cuanto a las funciones de ente gestor y titular del Sistema de Transporte Masivo que le corresponden a TRANSMILENIO son las establecidas en el Decreto 831 de 1999 y las que se encuentran consignadas en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018.
257. Adicionalmente, no prospera la excepción 5.3. expuesta en la contestación a la demanda de reconvención reformada propuesta por TRANSMILENIO, por cuanto las funciones como ente gestor y titular del Sistema Transmilenio se encuentran reguladas en el Decreto 831 de 1999 y desarrolladas como obligaciones en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018.
258. En relación con la pretensión séptima de la demanda inicial subsanada, obran en el expediente diferentes comunicaciones enviadas por TRANSMILENIO al IDU en las que lo insta para que se adelanten las acciones tendientes a contratar la construcción del Patio Nuevo La Reforma, tales como las siguientes:
- Oficio 2019EE12399 de 11 de julio de 2019, en el que recordó al IDU que tiene el compromiso de entregar el Patio Nuevo de Operación en junio de 2020.
 - Oficio 2019EE15846 de 10 de septiembre de 2019, en el que resaltó la importancia de la ejecución de los proyectos de infraestructura de transporte a cargo del IDU en el marco del Convenio 20.
 - Oficio 2019EE22115 de 26 de diciembre de 2019 que requirió al IDU la fecha de entrega del Patio la Reforma.
 - Oficio 2020EE06049 de 18 de mayo de 2020 en el que requiere de nuevo al IDU el cronograma del proceso de licitación para la construcción del Patio Nuevo de Operación La Reforma.
 - Oficio 2020EE09436 que requirió al IDU la entrega del Patio Las Américas por cuanto consideraba que podía generar una solución al incumplimiento del Patio Nuevo de Operación que debía entregar a SOMOS U.
259. De otro lado, obra en el expediente la comunicación suscrita por el IDU identificada con el Radicado 2020ER20625 de 24 de julio de 2020⁶³ en el que informa el cronograma del proceso de adjudicación de la construcción del Patio Nuevo La

62 Tribunal arbitral de E-SOMOS ALIMENTACIÓN S.A.S. v. TRANSMILENIO. Laudo de 6 de septiembre de 2023.

63 Expediente digital. 01. 129597 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL. 01 Pruebas aportadas con la demanda inicial. 26_36 2020-ER-20625.

Reforma, que en su duración supera significativamente la fecha de entrega prevista en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018, así:

ACTIVIDAD	FECHA
<i>Inicio del proceso de Estructuración</i>	<i>26 de agosto de 2020</i>
<i>Estructuración y Publicación Aviso de Convocatoria</i>	<i>15 de septiembre de 2020</i>
<i>Expedición y Publicación Acto Administrativo de apertura del proceso y Pliego Definitivo</i>	<i>30 de septiembre de 2020</i>
<i>Fecha de Cierre</i>	<i>15 de octubre de 2020</i>
<i>Audiencia de Ejecución</i>	<i>14 de noviembre de 2020</i>
<i>Firma del Contrato</i>	<i>19 de noviembre de 2020</i>
<i>Aprobación de garantías y Acta de Inicio</i>	<i>24 de noviembre de 2020</i>

260. En este panorama, resulta que, si bien está acreditado que TRANSMILENIO adelantó ciertas gestiones ante el IDU relacionadas con la construcción y entrega del Patio la Reforma, no se demostró que estas efectivamente hubieran sido las “*necesarias para que en los tiempos previstos en el contrato de concesión No. 688 de 2018, se llevara a cabo la contratación y las obras relacionadas con el Nuevo Patio de Operación*”, como lo sostiene la Convocante. Adicionalmente, según se precisó anteriormente, la obligación de TRANSMILENIO es de resultado, y es claro, en ese contexto, que las gestiones que adelantó no fueron suficientes para lograr su cometido. Por lo tanto, se impone negar la pretensión séptima de la demanda inicial subsanada.
261. Ahora bien, respecto de la pretensión décima quinta de la demanda inicial subsanada, observa este Tribunal que el incumplimiento de la obligación de entrega del Patio Nuevo de Operación La Reforma condujo a que, tanto TRANSMILENIO como el concesionario SOMOS U, buscaran alternativas que permitieran garantizar la continuidad de la prestación del servicio de transporte masivo de pasajeros, con las restricciones generadas por el hecho de operar en condiciones contractuales anormales por no contar con la infraestructura que se había comprometido a entregar TRANSMILENIO.
262. Pese a que existe evidencia de reuniones y mesas de trabajo en las que participaron TRANSMILENIO, SOMOS U y otros concesionarios de Operación, tales como Capital Bus que administra y opera desde el Patio Américas, con el fin de buscar una alternativa que permitiera al Concesionario mitigar los perjuicios causados por el incumplimiento en la entrega de la Infraestructura, lo cierto es que no existe prueba de que TRANSMILENIO, en cumplimiento de sus funciones de

gestión del Sistema de Transporte, haya brindado una solución o alternativa adecuada y eficaz a SOMOS U para operar la totalidad de la flota entregada, en las mismas o similares condiciones a las acordadas en el Contrato de Concesión.

263. Por el contrario, existe evidencia de las diferentes reclamaciones que ha elevado el Concesionario a TRANSMILENIO en las que ha resaltado cómo se encuentra incurriendo en costos adicionales y no previstos para operar en razón del incumplimiento de la entrega del Patio Nuevo de Operación, entre otras, el Oficio Radicado con el número 2020ER32435⁶⁴ en el que SOMOS U reconoció que TRANSMILENIO ha propuesto acciones para mitigar los perjuicios derivados de la no entrega del Patio La Reforma y que, sin embargo, se encuentra incurriendo en sobrecostos por:

- Sobrecostos mensuales administración de patio Calle Sexta.
- Inversiones para adecuación Patio Calle Sexta.
- Sobrecostos mensuales en personal.
- Sobrecostos mensuales en servicios.
- Sobrecostos kilometraje en vacío adicionales.
- Incumplimiento en la compensación de sobrecostos generados por la Emergencia sanitaria y sus efectos.

264. Este Tribunal resalta que la obligación de entrega de la infraestructura para que el concesionario pudiera operar la totalidad de la flota entregada en concesión no fue acordada como una obligación condicionada a que dicha infraestructura fuera entregada por el IDU a TRANSMILENIO, pues, tal como se encuentra consignada en el contrato, constituye una obligación sometida únicamente a un plazo cuyo acaecimiento, sin que dicha entrega se produjera, generó su incumplimiento.

265. Ahora bien, la pretensión décima quinta de la demanda inicial subsanada busca que se declare que el concesionario SOMOS U, desde el Patio Garaje de la Calle Sexta y el Patio el Dorado —en operación compartida—, *“ha podido realizar su operación sin inconvenientes”*; frente a esta petición, este Tribunal observa que obra en el expediente el informe rendido por el señor Orlando Santiago Cely, en calidad de representante legal de TRANSMILENIO en el que manifestó que el ente gestor adelantó las gestiones para que el concesionario pudiera utilizar los patios Usme, Calle Sexta y el Dorado, *“situación que ha permitido su operación normal”*, así:

64 Expediente digital. 01. 129597 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL. 01 Pruebas aportadas con la demanda inicial. 44_52 2020-ER-32435.

"(iii) Informe si el Patio Usme II/La Reforma ha sido entregado al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S., y de ser afirmativa su respuesta, la fecha y soporte de la misma. Por el contrario, de ser negativa, la fecha prevista para su entrega juntamente con un cronograma de avance de la obra y la fecha estimada para la entrega del mismo."

Sea lo primero señalar que si bien el contrato establecía la entrega de un patio nuevo, es preciso enfatizar que TRANSMILENIO S.A. entregó otras áreas para la operación lo cual no ha sido impedimento para que el concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. pueda realizar la operación, el estacionamiento y las labores de mantenimiento de la flota asociada al contrato de concesión 688 de 2018, puesto que TRANSMILENIO S.A. adelantó las gestiones necesarias para que ese Concesionario pudiera utilizar los patios Usme Existente, Calle 6 y El Dorado, situación que ha permitido su operación normal.

266. Adicionalmente, obra en el expediente la declaración de parte del representante legal de TRANSMILENIO en la que manifestó lo siguiente:

"2. Dígame al Tribunal si ¿Desde la entrada en operación del concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S., se ha operado la totalidad de la flota a cargo del mismo?"

Según lo informado por la Dirección Técnica de BRT, los buses que han sido vinculados al sistema por TRANSINNOVA USME S.A.S. y que deben ser operados por SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S., han operado sin inconveniente desde la fecha de inicio de operación, correspondiente a cada entrega de flota.

267. Si bien el representante legal de TRANSMILENIO en la declaración de parte y en el informe rendido a este Tribunal afirmó que la operación del sistema se ha dado en condiciones normales o sin inconvenientes, dicha aseveración no da la certeza suficiente de que SOMOS U haya desarrollado la operación de tal manera que permita acceder a la pretensión décima quinta, relativa a que la operación se haya realizado "sin inconvenientes".
268. Por el contrario, se encuentra probado en el expediente que si bien SOMOS U operó la totalidad de la flota y prestó el servicio de transporte público masivo de pasajeros en cumplimiento del Contrato de Concesión, lo cierto es que el incumplimiento en la entrega de la infraestructura a cargo de TRANSMILENIO generó que la operación a cargo de SOMOS U se tenga que realizar desde dos patios no previstos en el contrato, el Patio de la Calle Sexta y el Patio el Dorado, además de haber incurrido en costos adicionales como la inversión en adecuaciones y alquiler de bodegas alternas.
269. En consecuencia, no prospera la pretensión décima quinta de la demanda subsanada de TRANSMILENIO en razón a que no existe prueba de que TRANSMILENIO, en cumplimiento de sus funciones de gestión del Sistema de

Transporte, haya brindado una solución o alternativa adecuada y eficaz a SOMOS U para operar la totalidad de la flota entregada, en las mismas o similares condiciones a las acordadas en el Contrato de Concesión y, en todo caso, sin inconvenientes.

270. Adicionalmente, se declararán probadas las excepciones 5.7. y 5.10 propuestas por SOMOS U en la contestación de la demanda inicial subsanada.

E.4. Pretensiones relativas al cumplimiento del principio de planeación

E.4.1. Posición de las partes

271. En la demanda inicial subsanada, TRANSMILENIO en la pretensión novena solicitó:

“NOVENA: Que se declare que en el proceso de estructuración que resultó en la adjudicación del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, Transmilenio cumplió con el principio de planeación”.

272. SOMOS U en la contestación a la demanda inicial subsanada propuso las siguientes excepciones:

“5.2 Las pretensiones no cumplen con los requisitos formales debido a que las pretensiones Novena y Décimo Séptima son amplias, generales e indeterminadas”.

“5.8. Transmilenio adquirió obligaciones en materia de infraestructura con Somos U S.A.S. con base en el principio de Planeación”.

273. En los alegatos de conclusión TRANSMILENIO manifestó que, en principio, no existe controversia en relación con el cumplimiento del principio de planeación, pues SOMOS U en la excepción 5.8. ratifica que las acciones adelantadas por TRANSMILENIO en el proceso de licitación Pública No. TMSA-LP-002-2018 se dieron en cumplimiento del principio de planeación. Luego de hacer referencia a declaraciones como la del representante legal de SOMOS U respecto del cumplimiento de etapas del proceso de selección y la adecuada ejecución del contrato de concesión, señaló:

“En la información del proceso, se observa que el proceso de selección cumplió con la totalidad de etapas y requisitos de ley, así mismo generó la totalidad de documentos para la adjudicación de la totalidad de patios y la llegada oportuna de la flota a la ciudad en aras de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de transporte en la ciudad.”

“Por ende, en el laudo arbitral que ponga fin a este proceso deberá reconocerse la procedencia de la pretensión novena”.

274. En la contestación a la demanda inicial subsanada, SOMOS U manifestó que la pretensión relacionada con el principio de planeación no cumple con lo establecido en el artículo 82 del Código General del Proceso que dispone, entre los requisitos de la demanda, que las pretensiones deben ser precisas y claras.
275. En la excepción 5.2. de la contestación a la demanda inicial subsanada SOMOS U se opuso las pretensiones novena y décima séptima al afirmar que:

“Ambas pretensiones tienen un grado de amplitud tal que es imposible entender cuáles son las medidas que Transmilenio S.A. estima cumplidas respecto del principio de planeación en la pretensión Novena, o mucho menos la redacción hipotética - habría generado- y cuáles son los costos y gastos a que se refiere la pretensión Decimoséptima”.

E.4.2. Consideraciones del Tribunal

276. Si bien el principio de planeación es basilar en la contratación estatal, este no encuentra una tipificación específica en el ordenamiento jurídico, pero irradia los diferentes principios y reglas que rigen la contratación estatal, en especial cuando se trata del principio de economía que encuentra regulación específica en la Constitución Política en el artículo 209 y de manera particular en la Ley 80 de 1993, en el artículo 24.
277. Sobre el contenido de este principio, el Consejo de Estado se pronunció en el siguiente sentido:

“El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden”⁶⁵.

278. El principio de planeación representa una amplia gama de acciones, de obligatorio cumplimiento para las entidades estatales en su actividad contractual, por lo que

65 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 28 de mayo de 2012. Radicado interno No. 21.489.

antes de la celebración del contrato o adopción de un proyecto deben percatarse de cumplir con diversos elementos a ser tenidos en cuenta, tales como los procedimientos establecidos en la ley para cada una de las etapas de la celebración del negocio jurídico, la identificación y delimitación de la necesidad que se pretende satisfacer con la ejecución del contrato, la viabilidad y oportunidad del negocio jurídico, los requerimientos técnicos, financieros y legales, diseño, ejecución, evaluación, presupuesto, riesgos, impacto ambiental y en general todo aquello que se necesite para que la ejecución del contrato se realice de manera pacífica, eficaz y oportuna, de tal manera que se evite la improvisación y se asegure la eficacia y buena gestión de recursos públicos.

279. Consecuencia de lo anterior es que las entidades estatales, al momento de estructurar un contrato y ejecutar el proceso de selección del contratista deben realizar una minuciosa planeación en aras de cumplir con los postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales que les permita cumplir con los principios de la función administrativa de diversa índole y los específicos principios rectores de la contratación pública.
280. Para cumplir con una adecuada planeación, la Administración debe partir de la realización de una serie de actos indispensables para determinar la viabilidad y el éxito del proyecto, tales como los estudios técnicos, financieros y jurídicos que preceden al proceso de estructuración que indican la viabilidad económica, su necesidad y conveniencia, duración, cuantía, modalidad de selección del contratista, la debida apropiación de recursos necesarios para el pago de las obligaciones derivadas del contrato, los estudios previos que determinan el objeto del contrato, la elaboración de pliegos de condiciones con reglas claras y precisas, evitando la negligencia y la improvisación y asegurando la eficacia en los resultados que se quieren obtener.
281. De una diligente planeación depende que se eviten vicios, nulidad y problemas en la ejecución y realización de contratos.
282. En ese contexto, el Tribunal considera que la controversia planteada con el principio de planeación es en extremo abstracta y genérica para emitir un pronunciamiento definitivo y positivo, debido a que pueden confluir diversos escenarios que en este momento el Tribunal no conoce, razón por la cual no cuenta con los elementos de juicio suficientes para acceder a las pretensiones de las partes sobre el particular y emitir un pronunciamiento definitivo sobre el cumplimiento de la planeación en la estructuración, proceso de selección y celebración del Contrato de Concesión No. 688 de 2018.

283. Por lo dicho, se negará la pretensión novena de la demanda subsanada de TRANSMILENIO y en consecuencia se accede a la excepción 5.2. de la contestación de SOMOS U a la demanda inicial subsanada
284. Así mismo, se negará la excepción 5.8 de la contestación de SOMOS U a la demanda inicial subsanada relacionada con que se declare que TRANSMILENIO “*adquirió obligaciones en materia de infraestructura con Somos U S.A.S. con base en el principio de Planeación*”.

E.5. Pretensiones relativas a la advertencia del Concesionario sobre una posible afectación por la entrega tardía del patio nuevo La Reforma

E.5.1. Posición de las partes

285. TRANSMILENIO en la pretensión décima de la demanda inicial solicitó:
- “DÉCIMA: Que se declare que en el proceso de licitación que resultó en la adjudicación del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, el proponente hoy concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. no advirtió sobre la posible configuración de afectación alguna al desarrollo del objeto del Contrato No. 688 de 2018 por la entrega tardía del Patio Nuevo de Operación”.*
286. SOMOS U no propuso una excepción específica a esta pretensión que deba ser resuelta por este Tribunal.
287. Según se ha señalado, TRANSMILENIO, en la pretensión décima de la demanda inicial, solicitó al Tribunal que declare que el Concesionario no advirtió, en el proceso licitatorio, sobre alguna posible afectación al desarrollo del objeto del Contrato 688 de 2018 por la entrega tardía del Patio Nuevo La Reforma.
288. En los alegatos de conclusión manifestó TRANSMILENIO que la parte demandada no niega o contradice el supuesto fáctico y en el trámite arbitral se probó que ninguno de los intervinientes en el proceso de licitación hubiera realizado alguna observación respecto de las eventuales consecuencias o riesgos de que el Patio Nuevo La Reforma no existiera y que sería construido por el IDU.
289. Afirmó TRANSMILENIO que si el concesionario consideraba que existía un riesgo insalvable en caso de que no se le entregara el Patio Nuevo La Reforma debió advertirlo en el proceso de selección y consecuentemente debió negarse a aceptar la operación del segundo Sub-Lote de la flota de buses sin la entrega de la infraestructura por imposibilidad para prestar el servicio.

290. El Concesionario, en la contestación de la demanda inicial subsanada no propuso una excepción particular, pero se opuso a la prosperidad de la pretensión décima de la demanda inicial puesto que, en su criterio “(...) *con ella pretende la condonación de perjuicios por el incumplimiento en la entrega de la infraestructura por parte de Transmilenio, los cuales solo se configuraron y causaron de forma posterior a la celebración del contrato*”.

E.5.2. Consideraciones del Tribunal

291. Se procedió a revisar las pruebas que obran en el expediente relativas al proceso de Licitación Pública y no se encontró evidencia de que el concesionario haya manifestado, en una etapa previa a la celebración del contrato, el riesgo de incumplimiento de la obligación de TRANSMILENIO en la entrega del Patio Nuevo La Reforma. Lo anterior, como resulta lógico, pues es claro que la consecuencia ordinaria que se produce por la inobservancia de un deber de prestación es la lesión del derecho de crédito correlativo y, en ese sentido, ninguna advertencia debe hacer el acreedor a su deudor en el sentido de que la falta de cumplimiento podrá afectar su interés particular y, en general, el desarrollo del objeto del contrato del que se trate. Esto, salvo casos excepcionales en los que las partes anticipadamente pretendan regular los efectos del incumplimiento, como ocurre, por ejemplo, cuando pactan cláusulas penales o limitaciones de responsabilidad.
292. En consecuencia, prospera la pretensión décima de la demanda subsanada de TRANSMILENIO, con la precisión a que se ha hecho referencia.

E.6. Pretensiones relativas a las consecuencias por la no entrega del Patio de Operación Nuevo La Reforma

293. El presente acápite se ocupará de resolver las pretensiones relacionadas con las consecuencias de la no entrega del Patio Nuevo La Reforma, cuyo incumplimiento se encuentra probado en el proceso y fue aceptado por las partes.

E.6.1. Posición de las partes

294. TRANSMILENIO en la demanda inicial solicitó que se declaren las siguientes pretensiones:

“DÉCIMA TERCERA: Que se declare que el Patio Nuevo de Operación se requería para soportar la operación del segundo sub lote de flota previsto en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018.

(...)

“DÉCIMA SEXTA: *Que en virtud de lo anterior, se declare que desde el 1° de junio de 2020 y a la fecha de radicación de esta demanda, la totalidad de buses cuya operación está a cargo del Concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. ha operado y sigue operando sin inconveniente alguno”.*

295. SOMOS U no manifestó oposición a la pretensión décima tercera de la demanda inicial. En relación con las pretensiones décima quinta y décima sexta de la demanda inicial subsanada propuso la siguiente excepción:

“5.11. El incumplimiento en la entrega de la infraestructura (Patio de Operación Nuevo Usme II/La Reforma) por parte de TRANSMILENIO S.A. a SOMOS U S.A.S. causó (y sigue causando) daño y genera afectación del concesionario y su operación”.

296. TRANSMILENIO se opuso a las pretensiones indemnizatorias de la demanda de reconvención reformada con la siguiente excepción:

“5.7 Inimputabilidad de Transmilenio por las demoras en la construcción del Patio La Reforma – Hecho de un tercero”.

297. TRANSMILENIO, en la demanda inicial subsanada, afirmó que la entrega del Patio Nuevo La Reforma serviría para soportar la entrada en operación del Segundo Sublote de la flota que sería entregada a SOMOS U. Adicionalmente, respecto de la pretensión décima sexta manifestó que, en cumplimiento del deber legal de gestión, organización y planeación del Sistema Transmilenio adelantó las acciones necesarias para mitigar las consecuencias por la no entrega del Patio Nuevo de Operación poniendo a disposición del Concesionario el Patio Garaje de la Calle Sexta y la operación compartida desde el patio El Dorado.

298. SOMOS U no se opuso a la pretensión décima tercera de la demanda, relativa a que el Patio Nuevo La Reforma se requiere para la operación del Segundo Sublote de la flota, pues en la contestación a la demanda inicial subsanada manifestó: *“Es cierto, para lo cual aclaro que se requería y se requiere”.*

299. Adicionalmente, se opuso a la prosperidad de la pretensión décima sexta de la demanda inicial subsanada y afirmó que SOMOS U para operar la flota ha tenido que distribuir su operación en tres (3) patios, para lo cual ha tenido que incrementar su personal operativo, adquirir más equipos, realizar adecuaciones, y disponer el cumplimiento de obligaciones ambientales, entre otros.

300. Como fundamento de la excepción 5.11 a la demanda inicial subsanada SOMOS U manifestó que TRANSMILENIO pretende inducir a error al Tribunal alegando que la flota de SOMOS U ha operado y sigue operando sin inconveniente alguno.

E.6.2. Consideraciones del Tribunal

301. Encuentra el Tribunal que prospera la pretensión décima tercera de la demanda subsanada de TRANSMILENIO pues las partes manifiestan estar de acuerdo con que el Patio Nuevo La Reforma se requería para la entrada en operación del segundo Sub-Lote de la Flota previsto en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018.
302. Para resolver la pretensión décima sexta de la demanda inicial subsanada de TRANSMILENIO que versa sobre la operación continua de la totalidad de la flota de buses “*sin inconveniente alguno*” desde el 1 de junio de 2020, este Tribunal observa que dicha petición corresponde a la manifestación contenida en el informe y en la declaración de parte rendidos por el representante legal de TRANSMILENIO, según los cuales SOMOS U ha desarrollado la operación de la totalidad de la flota entregada en concesión, sin inconvenientes; no obstante, se reiteran las consideraciones expuestas para resolver la pretensión décima quinta de la demanda inicial subsanada, en cuanto la simple aseveración del representante legal de TRANSMILENIO según la cual, la operación se realizó en condiciones normales o sin inconvenientes, no genera en el Tribunal certeza sobre dicha situación, tal como pasa a exponerse.
303. En efecto, obra en el expediente el informe rendido por el señor Orlando Santiago Cely, en calidad de representante legal de TRANSMILENIO, en el que manifestó que el ente gestor adelantó las gestiones para que el concesionario pudiera utilizar los patios Usme, Calle Sexta y el Dorado, “*situación que ha permitido su operación normal*”, así:

“(iii) Informe si el Patio Usme II/La Reforma ha sido entregado al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S., y de ser afirmativa su respuesta, la fecha y soporte de la misma. Por el contrario, de ser negativa, la fecha prevista para su entrega juntamente con un cronograma de avance de la obra y la fecha estimada para la entrega del mismo.”

Sea lo primero señalar que si bien el contrato establecía la entrega de un patio nuevo, es preciso enfatizar que TRANSMILENIO S.A. entregó otras áreas para la operación lo cual no ha sido impedimento para que el concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. pueda realizar la operación, el estacionamiento y las labores de mantenimiento de la flota asociada al contrato de concesión 688 de 2018, puesto que TRANSMILENIO S.A. adelantó las gestiones necesarias para que ese Concesionario pudiera utilizar los patios Usme Existente, Calle 6 y El Dorado, situación que ha permitido su operación normal.

304. Adicionalmente, obra en el expediente la declaración de parte del representante legal de TRANSMILENIO en la que manifestó lo siguiente:

"2. Dígame al Tribunal si ¿Desde la entrada en operación del concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S., se ha operado la totalidad de la flota a cargo del mismo?"

Según lo informado por la Dirección Técnica de BRT, los buses que han sido vinculados al sistema por TRANSINNOVA USME S.A.S. y que deben ser operados por SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S., han operado sin inconveniente desde la fecha de inicio de operación, correspondiente a cada entrega de flota.

305. Con fundamento en los medios de prueba que anteceden, el Tribunal concluye que está acreditado el hecho de que la Flota de buses entregados en concesión ha sido operada por SOMOS U, en los términos previstos en el Contrato de Concesión, en cuanto la misma debe operar de forma continua, pese a lo cual no se acreditó que esta operación se haya cumplido *"sin inconveniente alguno"* como lo pretende TRANSMILENIO en la pretensión décima sexta de la demanda inicial subsanada. Por el contrario, está probado que el incumplimiento en la entrega del Patio Nuevo de Operación La Reforma generó inconvenientes para el concesionario, tales como el hecho de que haya tenido que recurrir a negociaciones privadas con otros operadores para realizar una operación compartida desde patios alternos o que haya debido incurrir en gastos extraordinarios, tales como las inversiones para la adecuación del Patio de la Calle Sexta y el alquiler de bodegas alternas.
306. En consecuencia se declarará que prospera parcialmente la pretensión décima sexta de la demanda inicial en cuanto SOMOS U ha cumplido con la operación de la flota de forma continua desde el inicio del contrato tal como lo afirmó el propio representante legal de TRANSMILENIO, no obstante lo cual esta operación no se cumplió *"sin inconveniente alguno"*.

E.7. Pretensión Vigésima Primera de condena de la demanda de reconvención reformada de Somos U

E.7.1. Posición de las partes

307. SOMOS U, en la demanda de reconvención reformada, solicitó que, como consecuencia de los incumplimientos *"legales y contractuales"*, se condene a TRANSMILENIO al pago de la correspondiente indemnización de perjuicios, así:

"Vigésimo primero. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a indemnizar a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. los perjuicios generados como consecuencia de sus incumplimientos legales y contractuales, de todo orden, según se pruebe en el proceso, para lo cual además, habrá de estarse a lo resuelto por el Tribunal para

las liquidaciones y pagos que se causen con posterioridad a la presentación de la reforma de la demanda”.

(...)

“Vigésimo cuarto. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U 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”.

308. Así mismo, en la contestación a la demanda inicial subsanada SOMOS U propuso las siguientes excepciones que tratan sobre la responsabilidad de TRANSMILENIO respecto del incumplimiento de la entrega de la infraestructura:

“5.9 SOMOS U S.A.S. no condonó anticipadamente los perjuicios causados por Transmilenio S.A.”

“5.11 El incumplimiento en la entrega de la infraestructura (Patio de Operación Nuevo Usme II/La reforma) por parte de Transmilenio S.A. a Somos U S.A.S. causó (y sigue causando) daño y genera afectación del concesionario y su operación”.

309. Para oponerse a las pretensiones indemnizatorias, TRANSMILENIO propuso las siguientes excepciones:

“5.8. INEXISTENCIA DE PERJUICIO POR LA NO ENTREGA DEL NUEVO PATIO DE OPERACIÓN “LA REFORMA”.

“5.9. IMPROCEDENCIA DE APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL”.

a) Posición de SOMOS U

310. En relación con los incumplimientos en la entrega de la infraestructura, en los hechos 5.2 y siguientes de la demanda de reconvención reformada, SOMOS U adujo que TRANSMILENIO incumplió la obligación de entrega del Patio de Operación Nuevo La Reforma, cuya obligación de entrega se había pactado, en el numeral 3.114 del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, para el 1º de junio de 2020.
311. A partir del hecho 5.2.18, en adelante, arguyó que los daños generados por el incumplimiento de TRANSMILENIO se traducen en verse abocado a operar no en dos (2) si no en tres (3) patios diferentes, incluyendo los patios de la Calle Sexta y El Dorado que no cuentan con especificaciones técnicas de tanqueo,

mantenimiento y alistamiento, con las que sí debe contar el Patio de Operación Nuevo La Reforma.

312. Así mismo, adujo, en síntesis, las siguientes circunstancias que catalogó como causantes de perjuicios:
- i. En el Patio Existente (Usme I) hay hacinamiento de flota ya que su capacidad total normal es para 111 buses, 5 articulados y 106 biarticulados y se están guardando 190 buses de ambas categorías.
 - ii. El Patio de la Calle Sexta puede recibir hasta 26 buses para parqueo y mantenimientos menores pero no dispone de instalaciones para suministro de combustibles, *“no cumple con las condiciones mínimas de operación, lavado y tanqueo, no tiene cárcamos, ni plataforma de lavado de vehículos, ni cumple la regulación y está expuesto a vandalismo”*.
 - iii. El Patio el Dorado se comparte con Gmovil; en él se pueden localizar hasta 46 buses, lo que ha generado mayores gastos. En este patio solo se puede lavar y abastecerse de combustible siempre que Gmovil haya terminado esas tareas.
 - iv. Se generan mayores desplazamientos que generan kilómetros en vacío no reconocidos por TRANSMILENIO y mayores costos en operadores.
 - v. Fue necesario realizar inversiones para cumplir con *“los requerimientos de operación y tiene mayores gastos de personal”*.
313. Concretamente, SOMOS U pretende que, como consecuencia del incumplimiento en la entrega del Patio de Operación Nuevo La Reforma, se le indemnicen los perjuicios ocasionados por los kilómetros en vacío, las inversiones que ha tenido que realizar para cumplir los requerimientos de operación y el mayor costo de personal, así lo solicitó en la demanda de reconvención reformada y en la excepción 5.10 de la contestación de la demanda inicial subsanada, en la que afirmó que el incumplimiento de TRANSMILENIO causó y sigue causando daños y genera afectación al concesionario y su operación.
314. De acuerdo con el juramento estimatorio SOMOS U pretende que se le indemnicen los siguientes perjuicios derivados de la no entrega de la infraestructura a la fecha de presentación de la demanda de reconvención:

Reclamación	Concepto	Valor	Intereses moratorios
<i>Incumplimiento en la entrega del Patio de Operación Nuevo Usme II/La Reforma</i>	<i>Sobrecostos mensuales administración Patio Calle Sexta</i>	\$625.650.753	\$83.663.345
	<i>Sobrecostos mensuales en personal</i>	\$1.296.017.355	\$177.046.072
	<i>Sobrecostos mensuales en servicios</i>	\$73.332.264	\$13.499.359
	<i>Sobrecostos por alquiler bodega alterna</i>	\$52.594.228	\$6.296.439
	<i>Inversiones adecuación Patio Calle Sexta</i>	\$19.071.725	\$ -
	<i>Kilometraje en vacío adicional por falta de infraestructura</i>	\$430.825.644	\$59.985.958

315. Adicionalmente, SOMOS U adujo en la excepción 5.9 de la contestación de la demanda inicial subsanada que en el proceso licitatorio no condonó anticipadamente los perjuicios que causó TRANSMILENIO con el incumplimiento de la entrega de infraestructura.

b) Posición de TRANSMILENIO

316. TRANSMILENIO se opuso a estas pretensiones con el argumento de que el concesionario SOMOS U no ha sufrido ningún perjuicio por la no entrega de la infraestructura y, para soportar su tesis, afirmó que, de acuerdo con los estados financieros de los años 2019, 2020 y con corte a junio de 2021, los ingresos del concesionario van en ascenso. Adicionalmente, el margen operacional del concesionario es “alto” y refleja aumentos importantes pasando del 26.49% en 2019 al 33.04% en junio de 2021; así mismo, la utilidad y el margen netos del concesionario evidencian que ha tenido resultados muy favorables, razón por la cual no existe prueba de un impacto negativo o pérdida operacional por la no entrega del Patio de Operación Nuevo La Reforma.

317. De otra parte, TRANSMILENIO afirmó que no es procedente la aplicación del inciso segundo del artículo 1604 del Código Civil, puesto que dicha norma, en su criterio, se refiere “a aquellos eventos de caso fortuito donde la cosa debida se pierde o daña estando aún en manos del deudor. El inciso establece entonces que el deudor no será responsable ante el acreedor en estas circunstancias, a no ser que haya estado en mora de entregar la cosa (y que, de haberse entregado, se

*habría evitado la pérdida o daño de la cosa) o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa*⁶⁶.

E.7.2. Consideraciones del Tribunal

318. Dando por descontado que, en el presente asunto, se encuentra probado que TRANSMILENIO incumplió con la entrega de la infraestructura relativa al Patio Nuevo de Operación La Reforma, como se dijo antes, es del caso entrar a valorar las pruebas que obran en el expediente para resolver la pretensión vigésima primera de condena, formulada en la demanda de reconvención reformada.
319. De acuerdo con el juramento estimatorio de la demanda de reconvención reformada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la entrega del Patio Nuevo de Operación La Reforma son los siguientes:
- i) Sobrecostos mensuales en administración del Patio Calle Sexta por la suma de SEISCIENTOS VEINTICINCO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$625.650.753).
 - ii) Sobrecostos mensuales en personal por la suma de MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DIECISIETE MIL TRECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$1.296.017.355).
 - iii) Sobrecostos mensuales en servicios por la suma de SETENTA TRES MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$73.332.264).
 - iv) Sobrecostos por alquiler de bodega alterna por la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$52.594.228).
 - v) Inversiones en adecuación del Patio de la Calle Sexta por la suma de DIECINUEVE MILLONES SETENTA Y UN MIL PESOS SETECIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$19.071.725).
 - vi) Kilómetros en vacío adicionales por falta de entrega de infraestructura por la suma de CUATROCIENTOS TREINTA MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$430.825.644).
320. Es preciso advertir que, en los alegatos de conclusión, SOMOS U únicamente se refirió a las afectaciones por la no entrega del Patio Nuevo de Operación La Reforma relacionadas con i) las mayores inversiones por la adecuación del Patio

66 Contestación de Transmilenio a la demanda de reconvención reformada. Página 30.

de la Calle Sexta, ii) por el alquiler de las bodegas alternas y iii) los perjuicios por el no reconocimiento de kilómetros en vacío.

E.7.2.1. Sobre los perjuicios reclamados por mayores inversiones por la adecuación del Patio Calle Sexta y alquiler de bodegas alternas

321. Observa este Tribunal que el perito financiero Guillermo Sarmiento Useche fue indagado por los sobrecostos en que habría incurrido el concesionario por la no entrega del Patio Nuevo de Operación La Reforma y asociados con la entrega temporal de la Calle Sexta.
322. En su respuesta, el mencionado perito se refirió a i) mayores inversiones por adecuación del Patio Calle Sexta y ii) sobrecostos por alquiler de la bodega alterna, sin que se haya pronunciado sobre los otros sobrecostos pretendidos y enlistados en el juramento estimatorio.
323. El perito, en relación con las inversiones por la adecuación del Patio de la Calle Sexta, afirmó que se realizaron inversiones por la suma de DIECIOCHO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y UN MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$18.631.743)⁶⁷. Así mismo, los sobrecostos por alquiler de la bodega alterna los cuantificó en SESENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA MIL QUINIENTOS PESOS (\$66.460.500)⁶⁸.
324. Más adelante, el perito financiero Guillermo Sarmiento Useche fue indagado sobre los intereses moratorios así:

“10. Para las afectaciones económicas estimadas en los numerales anteriores, sírvase estimar intereses de mora tomando como referencia la tasa establecida en el contrato, desde la fecha ocurrencia de la afectación hasta la fecha de corte de su dictamen”.

325. La metodología explicada por el perito para calcular los intereses moratorios fue la siguiente:

“La estimación de los correspondientes intereses procede de la siguiente manera:

- *La afectación económica estimada en cada mes es la base sobre la cual se estiman los correspondientes intereses.*

67 Dictamen Pericial Financiero rendido por Guillermo Sarmiento Useche, página 18.

68 Dictamen Pericial Financiero rendido por Guillermo Sarmiento Useche, página 18.

- El costo de oportunidad se determina con base en la tasa del DTF + 10% establecida en el numeral 6.11.1 del contrato que indica que: “La tasa de mora aplicable a los pagos debidos por las Partes bajo el presente Contrato será la equivalente a DTF más diez puntos porcentuales (10%), pero en ningún caso una tasa mayor que la máxima permitida por la Ley Aplicable.

En consecuencia, se toma la tasa DTF + 10% aplicable a cada mes durante el periodo de estimaciones de intereses, precisando que en ningún caso la tasa puede ser mayor a la máxima permitida por la ley aplicable, es decir 1.5 veces el interés bancario corriente.

- El periodo durante el cual se calculan los intereses correspondientes inicia pasados 30 días el mes en que tiene lugar el pago de las obligaciones objeto de la pregunta, siguiendo lo establecido en el numeral 6.11.2.
- Finalmente, la tasa DTF es la certificada por el Banco de la República⁶⁹.

326. Luego de aplicar la metodología citada para calcular los intereses moratorios, en relación con los sobrecostos por inversiones para la adecuación del Patio de la Calle Sexta y sobrecostos por alquiler de bodega alterna, expuso:

10.3 Intereses por mayores inversiones por adecuación Patio Calle Sexta (numeral 4.1).

Tabla No. 37 – Intereses por mayores inversiones Patio Calle Sexta

Fecha	Capital sobre el cual se estiman los intereses	Fecha Inicio Intereses	Fecha Fin Intereses	Días de Intereses	Tasa diaria Interés aplicable al periodo	Valor Intereses de Mora
sep-20	11.720.429	31-oct-20	30-sep-22	700	0,0361%	2.960.865
oct-20	1.240.000	30-nov-20	30-sep-22	670	0,0363%	301.684
dic-20	3.310.283	31-ene-21	30-sep-22	608	0,0369%	741.745
feb-21	2.361.031	31-mar-21	30-sep-22	549	0,0375%	486.306
Total	18.631.743					4.490.599

Fuente: Tasa DTF+10% - Anexo No. 8 / Cálculos propios - Anexo No. 9

Los intereses por las mayores inversiones de adecuación del Patio Calle Sexta ascienden a la suma de \$4.490.599.00 pesos a septiembre de 2022.

69 Dictamen Pericial Financiero rendido por Guillermo Sarmiento Useche, página 35.

10.4 Intereses por sobrecostos alquiler de bodega alterna (numeral 4.2).

Tabla No. 38 – Intereses por sobrecostos alquiler de bodega alterna

Fecha	Capital sobre el cual se estiman los intereses	Fecha Inicio Intereses	Fecha Fin Intereses	Días de Intereses	Tasa diaria Interés aplicable al periodo	Valor Intereses de Mora
jul-20	1.368.000	31-ago-20	30-sep-22	761	0,0357%	372.074
ago-20	1.168.000	30-sep-20	30-sep-22	731	0,0359%	306.398
sep-20	1.168.000	31-oct-20	30-sep-22	700	0,0361%	295.065
oct-20	1.368.000	30-nov-20	30-sep-22	670	0,0363%	332.825
nov-20	1.368.000	31-dic-20	30-sep-22	639	0,0366%	319.668
dic-20	1.368.000	31-ene-21	30-sep-22	608	0,0369%	306.532
ene-21	1.368.000	28-feb-21	30-sep-22	580	0,0371%	294.759
feb-21	1.368.000	31-mar-21	30-sep-22	549	0,0375%	281.769
mar-21	1.368.000	30-abr-21	30-sep-22	519	0,0379%	269.210
abr-21	1.368.000	31-may-21	30-sep-22	488	0,0384%	256.171
may-21	5.058.000	30-jun-21	30-sep-22	458	0,0389%	900.169
jun-21	6.623.500	31-jul-21	30-sep-22	427	0,0394%	1.115.231
jul-21	4.599.000	31-ago-21	30-sep-22	396	0,0401%	729.926
ago-21	3.690.000	30-sep-21	30-sep-22	366	0,0408%	550.989
sep-21	3.690.000	31-oct-21	30-sep-22	335	0,0416%	514.699
oct-21	3.690.000	30-nov-21	30-sep-22	305	0,0425%	478.432
nov-21	3.690.000	31-dic-21	30-sep-22	274	0,0435%	439.748

GUILLERMO SARMIENTO USECHE

38

Fecha	Capital sobre el cual se estiman los intereses	Fecha Inicio Intereses	Fecha Fin Intereses	Días de Intereses	Tasa diaria Interés aplicable al periodo	Valor Intereses de Mora
dic-21	3.690.000	31-ene-22	30-sep-22	243	0,0446%	399.971
ene-22	3.690.000	28-feb-22	30-sep-22	215	0,0456%	361.976
feb-22	3.690.000	31-mar-22	30-sep-22	184	0,0468%	318.060
mar-22	3.690.000	30-abr-22	30-sep-22	154	0,0480%	272.935
abr-22	3.690.000	31-may-22	30-sep-22	123	0,0492%	223.392
may-22	3.690.000	30-jun-22	30-sep-22	93	0,0506%	173.636
Total	66.460.500					9.513.634

Fuente: Tasa DTF+10% - Anexo No. 8 / Cálculos propios - Anexo No. 9

Los intereses por sobrecostos de alquiler de bodega alterna son por valor de \$9.513.634.00 pesos a septiembre de 2022.

327. Adicionalmente, este Tribunal procedió a verificar las certificaciones del revisor fiscal de SOMOS U, Juan Felipe Ojeda Pescador, en las que manifestó que el contenido de sus afirmaciones “*se fundamentan en los libros de contabilidad. La información requerida que no es de carácter contable fue verificada con las fuentes indicadas*” y se encontró lo siguiente:

(i) En relación con los sobrecostos por alquiler de bodega alterna:

**EL SUSCRITO REVISOR FISCAL DE SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. CON NIT No. 901.229.878-2
JUAN FELIPE OJEDA PESCADOR, IDENTIFICADO CON CÉDULA DE CIUDADANÍA
No. 1.018.439.494 Y TARJETA PROFESIONAL No. 235.383-T EXPEDIDA POR LA JUNTA CENTRAL DE
CONTADORES**

CERTIFICA QUE:

La compañía **SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.** de acuerdo con la información suministrada por la administración, incurrió en costos asociados al alquiler de dos bodegas para el almacenamiento de llantas propios a la operación, durante el periodo comprendido entre septiembre de 2020 y mayo de 2022 relacionados a continuación:

Cifras expresadas en pesos colombianos

No.	MES	VALOR MENSUAL ALQUILER BODEGA 1	VALOR MENSUAL ALQUILER BODEGA 2	MOVIMIENTO DE LLANTAS DE BODEGA 1 A BODEGA 2
1	jul-20	1.368.000		
2	ago-20	1.168.000		
3	sep-20	1.168.000		
4	oct-20	1.368.000		
5	nov-20	1.368.000		
6	dic-20	1.368.000		
7	ene-21	1.368.000		
8	feb-21	1.368.000		
9	mar-21	1.368.000		
10	abr-21	1.368.000		
11	may-21	1.368.000	3.690.000	
12	jun-21	1.368.000	3.690.000	1.565.500
13	jul-21		3.690.000	909.000
14	ago-21		3.690.000	
15	sep-21		3.690.000	
16	oct-21		3.690.000	
17	nov-21		3.690.000	

Crowe Co S.A.S. is member of Crowe Global

No.	MES	VALOR MENSUAL ALQUILER BODEGA 1	VALOR MENSUAL ALQUILER BODEGA 2	MOVIMIENTO DE LLANTAS DE BODEGA 1 A BODEGA 2
18	dic-21		3.690.000	
19	ene-22		3.690.000	
20	feb-22		3.690.000	
21	mar-22		3.690.000	
22	abr-22		3.690.000	
23	may-22		3.690.000	
TOTAL		16.016.000	47.970.000	2.474.500
TOTAL A LA FECHA				66.460.500

En cumplimiento del artículo 2 de la ley 43 de 1990, mi firma como Revisor Fiscal en las certificaciones se fundamenta en los libros de contabilidad. La información requerida que no es de carácter contable fue verificada con las fuentes indicadas.

La presente certificación se expide en Bogotá a los trece (13) días del mes de septiembre de 2022, a solicitud de la administración de la compañía.


JUAN FELIPE OJEDA PESCADOR
 Revisor Fiscal
 Tarjeta Profesional No. 235.383-T
 Designado por **CROWE CO S.A.S**

(ii) En relación con las inversiones realizadas en adecuaciones del Patio de la Calle Sexta:

www.Crowe.com.co

EL SUSCRITO REVISOR FISCAL DE SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. CON NIT No. 901.229.878-2
JUAN FELIPE OJEDA PESCADOR, IDENTIFICADO CON CEDULA DE CIUDADANIA
No. 1.018.439.494 Y TARJETA PROFESIONAL No. 235.383-T EXPEDIDA POR LA JUNTA CENTRAL DE
CONTADORES

CERTIFICA QUE:


La compañía **SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.** de acuerdo con la información suministrada por la administración, la compañía realizó inversiones por concepto de adecuación del patio Calle Sexta tal y como se relaciona a continuación:

****Cifras expresadas en pesos colombianos****

No.	Concepto	Fecha	Valor
1	Concertina seguridad reja	02/09/2020	\$ 11.312.616
2	Señalización carriles de circulación	01/12/2020	\$ 3.310.283
3	Recolección y almacenamiento temporal residuos	01/02/2021	\$ 2.361.031
5	Factura 2 Kid de Derrames	17/09/2020	\$ 407.813
6	Recolección y clasificación residuos	14/10/2020	\$ 1.240.000
Total			\$ 18.631.743

En cumplimiento del artículo 2 de la ley 43 de 1990, mi firma como Revisor Fiscal en las certificaciones se fundamenta en los libros de contabilidad. La información requerida que no es de carácter contable fue verificada con las fuentes indicadas.

La presente certificación se expide en Bogotá a los trece (13) días del mes de septiembre de 2022, a solicitud de la administración de la compañía.


JUAN FELIPE OJEDA PESCADOR
Revisor Fiscal
Tarjeta Profesional No. 235.383-T
Designado por **CROWE CO S.A.S**

328. Para este Tribunal los sobrecostos relacionados con el alquiler de la bodega alterna de la Calle Sexta⁷⁰ y los sobrecostos por las inversiones realizadas para las adecuaciones en la Calle Sexta⁷¹ descritos en el dictamen pericial, se encuentran debidamente probados, de un lado con las facturas y cuentas de cobro que fueron allegadas como anexos del dictamen pericial y que obran en el expediente⁷² y, adicionalmente, con los extractos de las cuentas bancarias en los que se observa la erogación de cada rubro de inversión⁷³ y con la certificación del revisor fiscal de SOMOS U según la cual: i) SOMOS U realizó las inversiones para la adecuación del Patio de la Calle Sexta e incurrió en erogaciones para el alquiler de las bodegas alternas, y ii) dicha información se encuentra debidamente registrada en los libros de comercio y cuenta con los respectivos soportes contables.
329. Una vez acreditada la certeza de los referidos sobrecostos, procede este Tribunal a verificar que los mismos tengan una relación de causalidad adecuada con el incumplimiento de TRANSMILENIO en la entrega de la infraestructura, particularmente, del Patio Nuevo de Operación La Reforma.

70 Anexo 6 del Dictamen Financiero – Sobrecostos por alquiler bodega alterna. Sub Carpetas – Bodega Aurora y Bodega Centenario.

71 Anexo 5 – del Dictamen Financiero.

72 Anexos 4 y 5 del Dictamen Financiero.

73 Expediente Digital. Documentos Exhibidos por SOMOS U Subcarpeta “2) Sub Total 2” – Subcarpeta “Inversiones Patio Calle 6Ta”. Subcarpeta “5) Sub total 5” Subcarpeta “2020” “2021” “2022” Cuentas de cobro por Alquiler de bodega.

330. Al respecto, es relevante reiterar la definición de “Patio de Operación” que establece el Contrato de Concesión en la Cláusula 3.163, así:

“Se refiere conjuntamente a los patios de Operación Existentes, Patios de Operación Nuevos y Patios de Operación Temporales en la medida en que el contexto lo permita”.

331. Para este Tribunal es evidente que el Contrato de Concesión No. 688 de 2018 previó la operación del concesionario desde el patio de operación existente y el patio de operación nuevo que, de acuerdo con el contrato, se denominó Patio de Operación Nuevo La Reforma.

332. En esa línea, la Cláusula 9.1 del Capítulo IX del Contrato de Concesión No. 688 de 2018 establece, de manera específica, que la infraestructura que debe ser entregada a SOMOS U para que opere y ejecute el contrato la componen los patios de operación existentes y el patio de operación nuevo, así:

“9.1.1. Los bienes cuya tenencia se entrega en concesión por parte de TMSA al Concesionario de Operación son los Patios de Operación Existentes y el Patio de Operación Nuevo. Los bienes cuya tenencia entrega en administración es el Patio de Operación Temporal asignado al Concesionario. La Flota se entrega para su uso y Control Total.

(...)

“Los Patios de Operación existentes y los Patios de Operación Nuevos se entregarán debidamente cercados y pavimentados, dotados de las acometidas para los servicios públicos de energía eléctrica, acueducto y alcantarillado, tal como los mismos se describen en el Anexo Técnico (Anexo A)”.

333. Se destaca que las partes acordaron que la operación del concesionario SOMOS U se debía ejecutar en condiciones normales, es decir, únicamente desde dos patios, el patio existente y el patio nuevo de operación, mas no desde un tercer o cuarto patio de operación. En consecuencia, la operación desde un patio diferente y adicional a los contemplados en el contrato de concesión es un evento anormal y circunstancial generado como consecuencia del incumplimiento de TRANSMILENIO en la entrega del Patio de Operación Nuevo La Reforma.

334. Así lo afirmó SOMOS U en sus alegatos de conclusión:

“Los daños principales del incumplimiento consisten en tener que operar no en dos (2) sino en tres (3) patios diferentes, incluyendo Calle Sexta y El Dorado que no cuentan con las especificaciones técnicas de tanqueo, mantenimiento y alistamiento del Patio de Operación Nuevo Usme II/La Reforma, todo con el fin de garantizar la prestación del servicio de transporte masivo y mitigando los perjuicios”.

335. Obra en el expediente el acta de entrega del Patio de la Calle 6 en cuyo considerando No. 22 se expuso lo siguiente⁷⁴:

22. Que en atención a los hechos expuestos anteriormente, **TRANSMILENIO S.A.** consideró que un esquema de mitigación de su incumplimiento dentro del contrato de concesión 688 de 2018 y de optimización en los tiempos de sus obligaciones con respecto a la entrega del Patio de Operación Usme II a **EL CONCESIONARIO** en los tiempos establecidos, es la de entregar el patio de la sexta ubicado en la AC 6 No: 15-33.

336. Adicionalmente, en el mismo documento se observa que el numeral 27 contiene una consideración especial sobre la responsabilidad de las inversiones a realizar en Patio de la Calle Sexta, así⁷⁵:

27. Que en reunión virtual de 20 de agosto de 2020 **EL CONCESIONARIO** y **TRANSMILENIO S.A.**, acordaron que en caso de que el Patio Calle 6 requiera una adecuación necesaria, pertinente y vital para la funcionalidad del predio, la cual demande una alta inversión económica, esta deberá ser previamente aprobada por **TRANSMILENIO S.A.**, para que la ejecute **EL CONCESIONARIO** y sus costos serán asumidos por **TRANSMILENIO S.A.** Se aclara que se deberán surtir todos los procedimientos de ley para formalizar la autorización de la ejecución de cualquier obra civil.

337. Sobre esta situación es pertinente y útil transcribir en lo que atañe el testimonio del señor Alejandro Osorio, gerente de operaciones de SOMOS U, quien relató lo acontecido cuando se presentó el incumplimiento de la entrega del Patio Nuevo de Operación La Reforma:

“En diciembre arrancamos a mandar comunicaciones preguntando específicamente, en ese momento a Consuelo Araújo, que era la gerente del sistema en ese momento, después pasó a Felipe Ramírez, después vino el señor Nicolás y al final del ejercicio llegó mayo y nos encontramos en mayo con la gran sorpresa de que nos mandaron un documento, en el cual nos avisan que el patio no va a estar disponible para el inicio de operación el 01 de julio, y arranca el señor Ricardo Martínez, quien se encargaba de todos los procesos de manejo de los patios, a solicitar unas reuniones de acercamiento para que buscáramos estrategias de conciliación en donde pudiéramos operar esos 106 buses que teníamos por fuera, entonces...”

338. El citado testigo se refirió a las alternativas que encontró el concesionario para suplir la falta de entrega del Patio Nuevo de Operación La Reforma, especialmente, en cuanto a la necesidad de acudir al Patio de la Calle Sexta:

74 Pruebas numeral 4.2. Reconvencción. 4.2.6. Acta de entrega Patio Calle Sexta.

75 Pruebas numeral 4.2. Reconvencción. 4.2.6. Acta de entrega Patio Calle Sexta.

*“Finalmente, tenía todavía la incertidumbre de al menos 25 carros, casi 30 carros que no teníamos dónde parquear y al fin del ejercicio con Jorge Gutiérrez, que era el director de operaciones en ese momento y conmigo buscamos alternativas de parqueaderos que tuviera la entidad o que tuvieran acceso a la entidad, encontramos dos parqueaderos, uno que **se llamaba la Sexta, que es donde estamos ahora** y hay otro parqueadero que es subterráneo, que ahorita no recuerdo el nombre y nos ofrecieron esos dos parques, bueno, nos ofrecieron no, nosotros solicitamos que nos dejaran parquear ahí en esos dos sitios que tenían.*

“Hicimos las pruebas técnicas para ver si los vehículos entraban, encontrando que el que era más grande, más amplio, que era un parqueadero que tenía subterráneo, los buses tenían una dificultad para poder estacionar porque tenía muchas vigas en el techo y al final del ejercicio, después de muchas visitas y medir casi que con metro el patio de la vista, logramos acomodar ahí de forma complicada los 25 buses que tenemos en este momento ahí en operación, al final del ejercicio... (Interpelado)

“DRA. MORALES: [00:20:33] ¿Señor Osorio, ese par de patios los proporcionaba Transmilenio, su propuesta provino de Transmilenio?

*“SR. OSORIO: [00:20:40] Mi solicitud era que ellos tenían disponibilidad de parqueo en esos patios y que nos permitieran ingresar los carros ahí, al final del ejercicio, accedieron, **accedieron a darnos el patio de la Sexta bajo unas condiciones específicas y bajo una adecuación de parte nuestra, lo cual nosotros tuvimos que arreglar todo el tema del patio, las vías, arreglar las losas, hacer la delimitación de los parqueos de los buses, hacer todo el layout, nos tocó arreglar todas las oficinas administrativas, los baños, todo el tema de perimetría, arreglar las rejas, la puerta de entrada y colocar todos los temas de seguridad de cámaras de CCTV.***

“Entonces, pues al final del ejercicio se convirtió en un sobrecosto de armar un patio que no estaba proyectado y al final del ejercicio, sin una bahía de mantenimiento, sin una bahía de lavado para los vehículos, sin una estación de combustible, de tal forma que se convertiría en simplemente un parqueadero de paso para nosotros poder guardar esos 25 carros que no teníamos dónde meter”.

339. En relación con la necesidad de alquilar una bodega alterna, el mencionado testigo afirmó:

*“(...) el patio en la parte donde nosotros tenemos todo el tema de repuestos y mantenimiento no tiene sitios de almacenamiento, es una construcción demasiado antigua que no se pensó para una proyección tan grande como la que estamos manejando y **nos ha tocado alquilar una bodega desde hace tres años**, adicional en donde tenemos que guardar insumos, materiales, repuestos y demás (...).*

340. Está, pues, acreditada la certeza de los costos en que incurrió SOMOS U para poder utilizar el Patio de la Calle Sexta consistentes en las inversiones para la

adecuación del patio y el arriendo de la bodega alterna así como también el hecho de que tales costos se derivan causalmente del incumplimiento de TRANSMILENIO en la entrega de la infraestructura, pues si dicha entrega se hubiera cumplido en los términos acordados en el Contrato, el concesionario no habría tenido que recurrir a utilizar el Patio de la Calle Sexta y de realizar las inversiones necesarias para su adecuada operación.

341. El Tribunal considera, conforme lo ha establecido el Consejo de Estado, que los valores que se reconocerán a título de indemnización al concesionario deben ser actualizados. Teniendo en cuenta que en el dictamen allegado de Guillermo Sarmiento Useche se cuantifican los valores correspondientes a las inversiones para la adecuación del Patio de la Calle Sexta y al arriendo de la bodega alterna actualizados hasta el mes de septiembre de 2022, procederá el Tribunal a traer estas cifras a la fecha del laudo utilizando la fórmula repetidamente aplicada por el Consejo de Estado para ese propósito, donde el valor actualizado (Va) es igual al valor histórico (Vh) multiplicado por la cifra que arroje dividir el índice de precios al consumidor del mes anterior a este laudo (índice final) por el índice de precios al consumidor vigente al momento en que se causó el valor objeto de indemnización (índice inicial), así⁷⁶:

$$Va = Vh \frac{IPC (f)}{IPC (i)}$$

342. Procede entonces el Tribunal a actualizar el valor de las inversiones realizadas así:

(i) Actualización inversiones adecuación patio calle sexta

El perito Guillermo Sarmiento Useche cuantificó el valor actualizado a septiembre de 2022 para la adecuación del Patio de la Calle Sexta en \$21.534.414. Dice el perito:

“4.1 Mayores inversiones por adecuación patio calle sexta

Para la adecuación del Patio Calle La Sexta se realizaron inversiones por la suma de \$18.631.743.00, los cuales en pesos de septiembre de 2022 ascienden a la suma de \$21.534.414.00

Los valores y conceptos que componen este rubro son los siguientes:

76 Ver, entre otras muchas, Consejo de Estado. Sentencia de 30 de abril de 2020. Expediente No. 25000-23-42-000-2014-01302-01(2319-17).

Tabla No. 7 – Mayores inversiones Patio Calle Sexta

Concepto	Fecha	Valor	Factor Actualización a \$sep22	Afectación Económica a \$sep22
Concertina seguridad reja	sep-20	\$ 11.312.616	1,157584	\$ 13.095.301
Factura Kid de Derrames	sep-20	\$ 407.813	1,157584	\$ 472.078
Recolección y clasificación residuos	oct-20	\$ 1.240.000	1,153956	\$ 1.430.905
Señalización carriles de circulación	dic-20	\$ 3.310.283	1,156262	\$ 3.827.554
Recolección y almacenamiento temporal residuos	feb-21	\$ 2.361.031	1,147200	\$ 2.708.576
Total		\$ 18.631.743		\$ 21.534.414

Fuente: Facturas y Certificación Revisión Fiscal Anexo No.4 y 5

Este valor actualizado a la fecha del laudo aplicando el último índice reportado que es el de octubre de 2023 es equivalente a:

$$Va = 21.534.414 * \frac{\text{índice final octubre /2023 (136,45)}}{\text{Índice inicial septiembre /2022 (122,63)}}$$

$$21.534.414 * 1,11269673$$

$$\mathbf{Va= \$23.961.272}$$

(ii) Actualización del valor del arriendo de la bodega alterna

El perito Guillermo Sarmiento Useche determinó el valor actualizado a septiembre de 2022 para el valor del arriendo de la bodega alterna en \$73.459.120. Señala el perito:

“4.2 Sobrecostos por alquiler bodega alterna

A partir de los soportes de costos que reposan en el Anexo No. 6 y la certificación del revisor fiscal que reposan en el Anexo No. 4, se tiene sobrecostos asociados a la necesidad de alquilar una bodega para el almacenamiento de las llantas son por la suma de \$66.460.500.00, los cuales en pesos de septiembre de 2022 asciende a la suma de \$73.459.120.00.

Los valores y conceptos que componen este rubro son los siguientes:

Tabla No. 8 – Sobrecostos por alquiler bodega alterna

Mes	Bodega Aurora	Bodega Centenario		Total	Factor Actualización a \$sep22	Afectación Económica a \$sep22
	Alquiler Bodega	Alquiler Bodega	Movimiento de Llantas de Bodega 1 a Bodega 2			
jul-20	1.368.000			1.368.000	1,157474	1.583.424
ago-20	1.168.000			1.168.000	1,157474	1.351.929
sep-20	1.168.000			1.168.000	1,157584	1.352.058
oct-20	1.368.000			1.368.000	1,153956	1.578.611
nov-20	1.368.000			1.368.000	1,154614	1.579.512
dic-20	1.368.000			1.368.000	1,156262	1.581.766
ene-21	1.368.000			1.368.000	1,151877	1.575.768
feb-21	1.368.000			1.368.000	1,147200	1.569.370
mar-21	1.368.000			1.368.000	1,139989	1.559.505
abr-21	1.368.000			1.368.000	1,134242	1.551.643
may-21	1.368.000	3.690.000		5.058.000	1,127506	5.702.923
jun-21	1.368.000	3.690.000	1.565.500	6.623.500	1,116318	7.393.929
jul-21		3.690.000	909.000	4.599.000	1,116933	5.136.776
ago-21		3.690.000		3.690.000	1,113249	4.107.889
sep-21		3.690.000		3.690.000	1,108374	4.089.901
oct-21		3.690.000		3.690.000	1,104144	4.074.291
nov-21		3.690.000		3.690.000	1,103943	4.073.551
dic-21		3.690.000		3.690.000	1,098553	4.053.662
ene-22		3.690.000		3.690.000	1,090566	4.024.190
feb-22		3.690.000		3.690.000	1,072753	3.958.458
mar-22		3.690.000		3.690.000	1,055512	3.894.840
abr-22		3.690.000		3.690.000	1,045071	3.856.313
may-22		3.690.000		3.690.000	1,032198	3.808.810
Total	16.016.000	47.970.000	2.474.500	66.460.500		73.459.120

Fuente: Facturas y Certificación Revisión Fiscal Anexo No. 4 y 6

Este valor actualizado a la fecha del laudo aplicando el último índice reportado que es el de octubre de 2023 es equivalente a:

$$Va = 73.459.120 * \frac{\text{índice final octubre /2023 (136,45)}}{\text{Índice inicial septiembre /2022 (122,63)}}$$

$$73.459.120 * 1,11269673$$

$$\mathbf{Va= \$81.737.723}$$

343. En consecuencia los valores que se reconocerán actualizados a la fecha del laudo son los siguientes:

VALOR ACTUAL INVERSIONES PATIO CALLE SEXTA	\$ 23.961.272
VALOR ACTUAL ALQUILER DE BODEGAS	\$ 81.737.723

TOTAL PERJUICIOS ACTUALES	\$ 105.698.995
--------------------------------------	-----------------------

344. Por consiguiente, el valor actualizado de los perjuicios que se reconocerán a SOMOS U asciende a la suma de **\$105.698.995**.
345. Dicho lo anterior, para este Tribunal prospera la excepción 5.9. expuesta en la contestación a la demanda inicial subsanada relativa a que SOMOS U no condonó de forma alguna perjuicios derivados del incumplimiento de la entrega del Patio Nuevo de Operación La Reforma, pues, sobre este aspecto, no existe prueba alguna en el expediente que acredite que las partes hayan acordado que la no entrega de la infraestructura en los términos pactados en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018 no generaría responsabilidad patrimonial a cargo de la parte incumplida.
346. En ese mismo sentido encuentra este Tribunal que prospera la excepción 5.11 de la contestación de SOMOS U a la demanda inicial subsanada, en cuanto se encuentra probado que el incumplimiento en la entrega de la infraestructura causó un daño al Concesionario.
347. Por el contrario, los rubros correspondientes a: i) sobrecostos mensuales de administración; ii) sobrecostos mensuales en personal y iii) sobrecostos mensuales en servicios no cuentan con un soporte probatorio que acredite que efectivamente se hubiesen realizado con una erogación a cargo al patrimonio del Concesionario que impliquen un sobrecosto o que sean extraordinarios y, a su vez, que los mismos se hubieran causado por el incumplimiento de TRANSMILENIO en la entrega de la infraestructura, como pudiera ocurrir, por ejemplo, con el dictamen pericial y la certificación contable del revisor fiscal de SOMOS U.
348. Este Tribunal observa que la Demandante en Reconvención allegó diferentes reclamaciones que elevó a TRANSMILENIO en donde informó sobre los perjuicios derivados del incumplimiento de entrega de la infraestructura; entre ellas, se resalta el documento identificado con el Radicado No. 2020-ER-32435 de 12 de noviembre de 2019, en el que señaló los diferentes componentes de los supuestos sobrecostos en que estaba incurriendo para ese momento:
- i) Sobrecostos mensuales en administración del Patio Calle Sexta:

Servicio	Cantidad	Septiembre	Octubre
SEGURIDAD PATIOS (Sin Arma)	4	\$ 33.370.576	\$ 33.370.576
PERSONAL DE ASEO PATIOS	2	\$ 2.895.328	\$ 2.895.328
INSUMOS Y EQUIPOS REALIZAR ACTIVIDADES ASEO		\$ 2.000.000	\$ 2.000.000
ACUEDUCTO, ENERGIA, ASEO		\$ 1.372.398	
COMUNICACIÓN	1	\$ 300.000	\$ 300.000
		39.938.302	\$ 38.565.904
Sub total 1		\$ 78.504.206	

ii) Sobrecostos mensuales en personal:

Manifestó la necesidad de personal adicional para “*mover los buses dentro de los patios, hacer el alistamiento y así mismo, para hacer los desplazamientos de los buses en vacío para el abastecimiento de combustible y mantenimiento de la flota, por la imposibilidad de realizar estas tareas en los patios asignados, este personal adicional ha tenido el siguiente costo acumulado con corte a 31 de octubre de 2020:*”

Cargo	Cantidad	Septiembre	Octubre	Total Acumulado
OPERADOR DE BUS BIARTICULADO	8	34.711.336	33.759.733	68.471.069
TECNICO SEGURIDAD VIAL	2	-	6.144.719	6.144.719
TECNICO DE CARROCERIA B	2	6.638.216	7.566.455	14.204.670
TECNICO DE CARROCERIA C	1	3.153.512	3.050.493	6.204.005
TECNICO ELECTRICO C	2	7.227.905	6.761.047	13.988.951
TECNICO MECANICO B	3	11.901.862	11.196.795	23.098.656
SUPERVISOR DE MANTENIMIENTO	1	5.659.985	4.641.097	10.301.083
AUXILIAR DE MANTENIMIENTO	2	2.652.100	4.316.930	6.969.030
ANALISTA DE PROGRAMACION Y SOPORTE -COORDINADOR TICS	1	2.825.333	2.825.333	5.650.667
		74.770.249	80.262.601	155.032.850
Sub total 3		155.032.850		

iii) Sobrecostos mensuales en servicios

En relación con los servicios mensuales en ese momento advirtió a TRANSMILENIO que “*Debido a la operación en múltiples patios entre ellos algunos no administrados por SOMOS U S.A.S. se generan sobrecostos de servicios como lavado interno y/o externo de flota, abastecimiento de combustible, alquiler de equipos, aseo, entre otros servicios, al no poder contar con nuestros propios proveedores y tener diferencias en los precios. Los valores acumulados a 31 de octubre de 2020, son:*”

4.1. Lavado interno y/o externo de flota

MES	Patio Américas			Patio Dorado		
	Cantidad Lavado Externo Biarticulado	Cantidad Aseo Interno Biarticulado	Total Sobrecosto	Cantidad Lavado Externo Biarticulado	Cantidad Aseo Interno Biarticulado	Total Sobrecosto
ago-20	0	0	\$ -	0	0	\$ -
sep-20	31	33	\$ 203,557	556	568	\$ 668,780
oct-20	119	120	\$ 713,567	1041	1041	\$ 1,238,790
Subtotal			\$ 917,124			\$ 1,907,570

Sub total 4.1 2.824.694

4.2. Abastecimiento Combustible.

El sobrecosto de combustible se da con respecto al abastecimiento en Patio El Dorado

MES	Galones Consumidos	Sobrecosto /gal	Sobrecosto Total
Ago-20	2,398.43	\$ 165.47	\$ 396,874
Sep-20	33,093.50	\$ 165.47	\$ 5,476,048
Oct-20	65,535.10	\$ 165.47	\$ 10,844,224
		Sub total	\$ 16.717.146

Sub total 4.2 16.717.146

4.3. Herramientas alistamiento en el Patio Taller El Dorado

Para llevar a cabo el alistamiento de la flota de acuerdo con los requerimientos operacionales, debimos adquirir cierta herramienta, la cual se ve representada así:

Ítem	Costo
Compra de herramienta adicional para alistamiento en Patio Dorado	\$ 5,529,744
Compra de gabinete - puesto de trabajo para Patio Dorado	\$ 3,523,828
Compra toma corriente y extensiones para Patio Dorado	\$ 600,000

Sub total 4.3 \$9,653,572

Sub total 4 \$ 29.195.412

349. Así mismo, obra en el expediente el documento identificado con el radicado TMSA-0166-12112020 en el que TRANSMILENIO responde a las reclamaciones realizadas por SOMOS U en síntesis, de la siguiente manera:

- i) Respuesta de TRANSMILENIO respecto de los sobrecostos de administración del Patio Calle Sexta:

En la referida comunicación TRANSMILENIO informó que, de acuerdo con el Contrato de Concesión No. 688 de 2018, el concesionario tendría que encargarse del Patio Nuevo de Operación La Reforma que tiene un área de 51.100 mt² y por el momento se encuentra asumiendo los costos de operación del Patio Calle Sexta que tiene un área aproximada de 8.000 mt², por lo que se podría inferir que está teniendo un ahorro en el rubro de administración.

Para hacer un análisis de los sobrecostos que se manifiestan por parte del concesionario referentes a la administración del Patio, hay que tener en cuenta que en el Contrato 688 de 2018, el Concesionario tendría que encargarse del Patio La Reforma (51.100 m²), mientras que por el momento desde la Entidad se conoce que este solo está asumiendo los costos de administración del Patio Calle 6, que en comparación tiene un área inferior (aprox. 8.000 m²). De esta información, podría inferirse que posiblemente el concesionario esté teniendo un ahorro por rubros referentes a la administración del Patio.

De hecho, en relación con el servicio de vigilancia y el personal de aseo, el concesionario en el Excel adjunto a la comunicación 2020-ER-26347 enviada en el mes de septiembre de 2020, indicó que para el Patio La Reforma estimaba requerir más recursos a comparación de los costos reportados en el Patio Calle 6.

- ii) Respuesta de TRANSMILENIO respecto de los sobrecostos mensuales de personal:

En relación con los rubros de seguridad, TRANSMILENIO manifestó que su remuneración se encuentra incluida en la tarifa regulada por la Circular Externa No. 20201300000015 de 2020 y no depende de la ubicación en donde se preste el servicio, por lo que no puede ser considerado un sobrecosto derivado de la no entrega del Patio La Reforma.

En cuanto al servicio de aseo, manifestó que el concesionario no allegó evidencia de las facturas que ha cancelado por este servicio; respecto de la gestión ambiental, como es el caso de los costos asociados al transporte y recolección de residuos no encontró prueba de desplazamientos adicionales, volumen y tipo de residuos generados en el Patio Calle Sexta.

Finalmente, sobre el mantenimiento de infraestructura y dirección de patio, TRANSMILENIO manifestó que no existe evidencia que pruebe que *“bajo el esquema de operación de contingencia se estén teniendo mayores costos, en comparación con el esquema de operación establecido en el Contrato de 688 de 2018”*.

Luego de que TRANSMILENIO analizara la solicitud del Concesionario con sus respectivos soportes, llegó a la conclusión de que, si bien había un incremento de 35 personas vinculadas a la operación, esta se debía al incremento de la flota de buses biarticulados, en 106 buses, y que la cantidad de personas que el concesionario hubiese tenido que vincular para mantener la misma relación de buses/personas en cada uno de los perfiles de haberse entregado el Patio La Reforma arroja una cifra mayor, requiriendo una vinculación de 60 personas, por lo que estimó que no existe sobrecosto que se deba reconocer.

No obstante, TRANSMILENIO en la referida comunicación manifestó que comparó los perfiles de las personas adicionales en que habría incurrido el Concesionario como consecuencia del incumplimiento de la entrega de infraestructura, así:

Tabla 6. Ítems con personal adicional; comparación personal vinculado con corte al 30 de junio (154 buses), con corte al 20 de noviembre (260 buses); vs proyección escenario con Patio La Reforma

ITEM	30-jun-20		20-nov-20		PERSONA ADICIONAL AL VINCULO CON CORTE 20/11/20 (Reporte Interventoría)	DIFERENCIA PERSONAL ADICIONAL VS PROYECCION
	PERSONA (154 BUSES)	BUSES/PERSONA	PERSONAL ADICIONAL REFORMA (proyección 106 buses)	PERSONA (260 BUSES)		
Operadores bus biarticulado para alistamiento de flota (disponibles para movimiento en vacío)	8	19	6	15	7	1
Técnicos Tipo B Carrocería	4	39	3	8	4	1
Auxiliares de Mantenimiento	0	0	0	2	130	2
Total personal						4

Fuente: Dirección Técnica de BRT - TRANSMILENIO S.A.

- iii) Sobrecostos mensuales de servicio de lavado de buses y abastecimiento de combustible

TRANSMILENIO informó al concesionario que no fue allegada la evidencia necesaria para realizar un análisis de precio y cantidades que le permitiera tener certeza de que en efecto existió un sobrecosto:

Respecto al supuesto sobrecosto de servicio de lavado, se solicitan las facturas del mes de agosto, septiembre y octubre 2020 correspondientes al patio Américas, patio El Dorado y patio de Usme. Lo anterior, con el fin de validar el diferencial de precio y las cantidades. Respecto al rubro de combustible se solicitan los soportes del mes de agosto, septiembre y octubre de las facturas correspondientes a la compra de combustible de patio de Usme y patio El Dorado, con el fin de validar el diferencial de precio y las cantidades.

iv) Sobrecosto de redes inalámbricas

Para resolver este eventual sobrecosto, TRANSMILENIO acudió a la interventoría y llegó a la conclusión que no se hacía necesaria la instalación de redes inalámbricas para la descarga de videos adicionales a la red existente en el Patio Usme, la que está operativa y es funcional:

La interventoría Consorcio CJS Interventores dio respuesta a través de oficio con radicado ITS-CJS-P128-06625-2020/RAD-2020ER35393 de fecha 2 de diciembre del 2020, en donde se aprecia que la mencionada interventoría:

"(...) recomienda desarrollar el plan de contingencia propuesto por TRANSMILENIO y confirmado por el concesionario SOMOS, en cuanto a la utilización de la red inalámbrica (WIFI) del patio USME, para la descarga de los videos rotulados de toda su flota. El concesionario debe garantizar el cumplimiento del indicador "Cumplimiento de los tiempos de transmisión de imágenes y video". (...)"

En atención a lo aquí mencionado, no se hace necesario la instalación de redes inalámbricas, para la descarga de videos marcados (rotulados), adicionales a la red inalámbrica existente en el patio Usme, la cual está operativa y funcional.

350. Evaluados los elementos de juicio, se considera lo siguiente:

(i) Los sobrecostos mensuales por la administración del Patio Calle Sexta:

351. Este Tribunal no encuentra que exista certeza de que el Concesionario haya incurrido en sobrecostos mensuales por administración en el Patio Calle Sexta y que estos se deriven del incumplimiento de TRANSMILENIO en la entrega de la infraestructura, pues de haberse recibido el Patio La Reforma, debía haber incurrido en gastos relativos a la administración de ese patio.

352. En síntesis, este Tribunal no ve cómo se puede considerar este rubro como sobrecosto o costo adicional a los que normalmente asumiría el concesionario para desarrollar la operación de la flota, bien sea desde el Patio La Reforma o desde el Patio Calle Sexta; por lo tanto, no existe evidencia de que este perjuicio exista y que, de existir, sea derivado del incumplimiento de TRANSMILENIO y que, por lo mismo, deba indemnizarse.

(ii) Los sobrecostos por aseo y seguridad:

353. Este Tribunal procedió a valorar las pruebas allegadas con la demanda de reconvencción reformada por SOMOS U en el archivo "Reforma Reconvencción" la carpeta denominada "Reclamaciones" y en ella, en lo relativo al año 2021, encontró el archivo "Facturas Calle Sexta (Anexo 1 y 2)" en las que se encuentran facturas

de: i) aseo suministrado por la empresa Compañía Papelera Nacional S.A.S. ii) servicio de seguridad prestado por la compañía Lira Seguridad LTADA y iii) servicios de acueducto y alcantarillado. Adicionalmente, allegó un archivo en Excel denominado “Información Costo Personal Aseo Calle Sexta”.

354. De dicha documentación, este Tribunal concluye que, si bien existen documentos que dan cuenta del cobro, a través de facturas, de los distintos servicios de aseo y seguridad, los mismos no resultan suficientes para probar que existe un sobrecosto en que habría incurrido el Concesionario y que el mismo necesariamente se deba al incumplimiento en la entrega de la infraestructura, pues, en todo caso, SOMOS U, de haber recibido oportunamente, el Patio La Reforma, habría incurrido en costos operacionales por estos conceptos.

(iii) Los sobrecostos de personal:

355. Así mismo, con la demanda de reconvención en el archivo “Reclamaciones” en la carpeta “2021” se encuentra el archivo “Febrero 2021 (Anexo 3)” en el que constan los desprendibles de pago y aportes de seguridad del personal vinculado SOMOS U. No obstante, este Tribunal no encuentra en estos medios de prueba la certeza de que el Concesionario incurrió en el pago de personal como consecuencia del incumplimiento de la entrega del Patio Nuevo La Reforma y que necesariamente ese personal que aduce el concesionario, constituya un sobrecosto que permita su reconocimiento a título de indemnización de perjuicios.
356. Análisis similar hizo TRANSMILENIO respecto de los soportes probatorios allegados por SOMOS U en sus diversas reclamaciones. En efecto, al evaluar la reclamación de SOMOS U, específicamente la identificada con el Radicado 2020-ER-26347 encontró que *“en relación con el servicio de vigilancia y el personal de aseo, el concesionario en el Excel adjunto a la comunicación 2020-ER-26347 enviada en el mes de septiembre de 2020, indicó que para el Patio La Reforma estimaba requerir más recursos en comparación de los costos reportados”*.
357. Por lo tanto, encuentra este Tribunal que el Concesionario tenía proyectado incurrir en costos para la operación normal desde el Patio Nuevo de Operación La Reforma, incluso, por encima de los costos que reclama como indemnización de perjuicios.

358. A la misma conclusión se llega, en relación con los costos de personal, al valorar las pruebas que obran en otros archivos allegados por SOMOS U relativos a las planillas de pago de seguridad social y desprendibles de nómina de personal⁷⁷.

(iv) Costos mensuales del servicio de lavado de buses y combustible:

359. Si bien en el expediente obran las facturas por concepto del servicio de lavado de buses en el Anexo 4 de la demanda de reconvención reformada, archivo “Reclamaciones”, carpeta “2021”, archivo “Costos mensuales en Servicios”, emitidas por la empresa Quality Carwash Masivo & Asociados S.A.S. respecto del lavado externo e interno de los biarticulados, para este Tribunal no existe evidencia que este servicio se constituya como una verdadera erogación derivada del incumplimiento de TRANSMILENIO en la entrega de infraestructura y no corresponda, más bien, a una actividad propia de la operación a cargo de SOMOS U.

(v) Costos mensuales de redes inalámbricas y otros servicios

360. Este Tribunal procedió a valorar las pruebas respecto de los costos de redes inalámbricas y servicios de conectividad que adujo SOMOS U, con el carácter de sobrecostos, y no encuentra evidencia de que estos tengan tal naturaleza y sean extraordinarios o adicionales a los que debe incurrir normalmente el Concesionario en cumplimiento del Contrato de Concesión. Así las cosas, no está probado que el costo de servicios de redes inalámbricas y servicios de conectividad se deriven del incumplimiento de TRANSMILENIO en la entrega de infraestructura y que por esa razón constituyan un perjuicio que deba ser indemnizado.

361. En relación con la compra de combustible SOMOS U allegó con la demanda de reconvención facturas de la empresa Petromil en donde consta la facturación del producto “Bioacem”⁷⁸. No obstante dichos medios de prueba no acreditan que la erogación por estos conceptos sea un sobrecosto derivado del incumplimiento de la entrega de infraestructura de TRANSMILENIO.

E.7.2.2. Sobre los perjuicios reclamados por los Kilómetros en Vacío derivados del incumplimiento de TRANSMILENIO en la entrega de la infraestructura

⁷⁷ Archivo “Reclamaciones” en lo relativo a la carpeta “2021” se encuentra el archivo “Información Consolidada Septiembre a Diciembre”.

⁷⁸ Archivo “Reclamaciones” en lo relativo a la carpeta “2021” se encuentra el archivo “Facturas Reclamación Punto 4”.

362. Como atrás se definió al estudiar las pretensiones cuarta, quinta y sexta de la reforma de la demanda de reconvencción, TRANSMILENIO incumplió su obligación de entregar la infraestructura en los términos contractualmente acordados (Ver aparte E.2 de este Laudo relativo a las pretensiones declarativas relativas a la responsabilidad por la no entrega del patio). Conforme con el juramento estimatorio presentado por SOMOS U en su reforma de la demanda de reconvencción, por el concepto de la liquidación y pago de los kilómetros en vacío como uno de los perjuicios reclamados por la falta de entrega del Patio Usme II La Reforma, debe el Tribunal estudiar en este capítulo si están demostradas las cantidades de los kilómetros en vacío reclamados consecencialmente a la prosperidad de las citadas pretensiones, además de la relación de causalidad con los hechos que sirvieron de soporte a la declaración del incumplimiento de la entidad concedente.
363. La causación de tales perjuicios la deriva SOMOS U de varias circunstancias técnicas ocasionadas por la no entrega del Patio Nuevo La Reforma y por el desplazamiento de los buses entre patios, por no contar todos con estaciones de servicio para el abastecimiento de combustible.
364. En el juramento estimatorio se estiman los kilómetros en vacío por el concepto que se analiza en la suma de \$430.825.644 más los intereses calculados en \$59.985.958. La causación de este perjuicio la ubica SOMOS U básicamente en dos circunstancias: La primera de ellas se genera por los kilómetros en vacío recorridos por efecto de los movimientos y desplazamientos de los vehículos hacia un lugar diferente al previsto en la Licitación para el parqueo, alistamiento, mantenimiento, abastecimiento de combustible, etc., de la flota de buses asociada a la operación de SOMOS U; la segunda, es consecuencia de las vicisitudes que se presentan especialmente para los buses biarticulados que no tienen donde estacionar en el patio, razón por la cual se habilitó el patio de la Calle Sexta, que no tiene estación de servicio ni áreas para mantenimiento, lo que conlleva naturalmente a un aumento de desplazamientos en vacío.
365. Tales actividades se realizan actualmente en tres patios, que son: el de Usme, el de la Carrera Sexta y el de El Dorado, gestionados por el Concesionario mientras se produce la entrega del Patio Usme II (La Reforma) originalmente previsto⁷⁹. Ello da lugar, según la reclamación, a un aumento importante de las distancias que han de recorrer los buses en kilómetros en vacío, es decir, fuera del servicio de transporte de pasajeros, los cuales reclama el Concesionario.

79 Declaración de parte Enrique Wolf Marulanda (representante legal Somos Bogotá Usme): “Somos Bogotá Usme, como ya lo dije, opera desde el patio Usme actual o Usme I, desde el Patio de la Sexta y desde el Patio EL Dorado”.

366. Durante el tiempo de ejecución de la operación, el concesionario ha formulado constantemente dicho reclamo sin obtener un resultado concreto, a pesar de que TRANSMILENIO, en respuesta a repetidas comunicaciones que se le han enviado, no se ha negado a considerar la realidad de los perjuicios que puede ocasionar la falta de entrega completa de la infraestructura conforme con el Contrato, sino que ha solicitado repetidamente los soportes que demuestren los perjuicios, sin que haya habido respuesta⁸⁰, según sostiene en el proceso.
367. Al objetar el juramento estimatorio, TRANSMILENIO se refirió expresamente a las razones expresadas por la Entidad sobre estos aspectos, manifestadas en el Oficio de 4 de enero de 2021 No. 2021EE-0068⁸¹, así:

80 Ver comunicaciones aportadas con la reforma de la demanda de Reconvencción. A manera de ejemplo: SOMOSSU-TMSA-0017-21012021: *“Por medio de la presente comunicación, Somos Bogotá Usme SAS-SOMOS U SAS da un nuevo aviso formal de los incumplimientos de Transmilenio S.A. al contrato de Concesión 688 de 2018, por lo que presenta la Liquidación de los Perjuicios causados con corte a 31 de diciembre de 2020, con el fin de que cesen los incumplimientos, y se indemnicen oportunamente los perjuicios (...) Si bien, entendemos que Transmilenio SA propuso una serie de acciones para mitigar al menos parcial y provisionalmente los perjuicios, a la fecha la operación de nuestro concesionario se vio en la necesidad de tener una operación dividida así: Debido al acuerdo fallido con el Concesionario Capital Bus SAS para compartir la operación en el Patio Taller Américas, para que al menos 40 buses de nuestra flota pudieran parquear, abastecerse y realizar proceso de alistamiento, Somos U SAS planteó la acción a Transmilenio SA de tener una operación compartida en el Patio El Dorado, para lo cual empezamos a dejar 46 buses de nuestra flota desde el mes de noviembre de 2020.*

“A su vez continuamos con la operación en el Patio Calle Sexta en el cual solo 26 buses pueden parquear y realizar mantenimientos menores. Somos SAS realizo adecuaciones para que, en la medida de lo posible, el Patio pudiera cumplir medianamente con las condiciones de operación. Adicionalmente, la falta de estación de servicio para abastecimiento de combustible (Diesel) en la carrera sexta, ocasiona la imposibilidad de abastecimiento de la flota, la cual se ha transportado en vacío hasta el Patio Usme”.

“Estos kilómetros en vacío se seguirán causando de forma continua hasta que se entregue el Patio La Reforma y hasta que se cuente con las estaciones de servicios Diesel funcionando en todos los patios del sistema; por lo que periódicamente continuaremos actualizado los perjuicios sufridos por nuestro concesionario con ocasión del incumplimiento por parte de Transmilenio de sus obligaciones.

“En materia de mantenimiento, la infraestructura actualmente disponible en el Patio Taller Usme es insuficiente ya que está dispuesta para 154 buses, a pesar de que se requiere atender 260 buses.”

-Respuesta de Transmilenio a la comunicación TMSA 2021-ER06531 (Su oficio SOMOSSA-TMSA-0034-18022021) Reclamación y liquidación provisional de perjuicio ocasionado por incumplimiento del Contrato de Concesión 688 de 2018 actualizada a 31 de enero de 2021 de Somos: *“Respetado señor Wolf (...) “ De la lectura de su comunicación del asunto, se encuentra que no hay demostración alguna sobre los supuestos perjuicios reclamados, razón por la cual se hace necesario reiterar lo expresado en comunicación con radicado Transmilenio SA 2021-EE-00068 de 4 de enero de 2021, en la cual se citó: “Es necesario que se demuestre que cada aspecto mencionado es realmente adicional con respecto a los costos que se tendrían si se tuviese el Patio La Reforma bajo las condiciones establecidas en el Contrato 688 de 2018 (...) De ahí que sea relevante que se cuente con todos los soportes que permitan respaldar todos los costos de la operación de septiembre de 2020 a la fecha, donde se refleje y se puedan validar las cifras correspondientes al diferencial de precios, cantidades y cada periodo/mes.”*

81 Expediente Digital. 01. 129597 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL. 01 Pruebas aportadas con la demanda inicial. 45_53 2021-EE-00068.

“En lo referente al primer motivo, TRANSMILENIO SA entiende las condiciones en las que ha operado el concesionario de operación en los meses de septiembre y octubre de 2020, con mayor carga en el patio de Usme, restricciones para el mantenimiento, lavado y tranqueo en los patios de la calle 6 y El Dorado.

“Con el propósito de revisar y validar la información presentada por el Concesionario de Operación, es necesario que el concesionario aporte información detallada sobre los desplazamientos que los vehículos deben realizar entre los patios Usme, Calle 6 y El Dorado (incluyendo el patio Américas para el mes de septiembre y parte de octubre), para labores propias de alistamiento y mantenimiento. Información que como mínimo debe indicar para cada uno de los viajes adicionales: i) la fecha, ii) el bus que realiza el viaje, iii) la hora de inicio del viaje, iv) el patio en el que se inició el viaje, v) el patio en el que finalizó y vi) la actividad de avistamiento o mantenimiento que recibió el bus y el operador asignado para el movimiento.

“Por otra parte, respecto a los kilómetros generados por no tener las estaciones de diesel funcionales, se menciona que como resultado de la Licitación Pública TMSA-LP-002-2018, los contratos de concesión para la operación del Sistema en su Fase IV regularon el principio de colaboración entre los concesionarios. Esto, en aras de permitir una adecuada implementación de los mismos, destacándose entre otras la siguiente obligación:

“8.3.9. Permitir que los demás Concesionarios de Operación efectúen obras de adecuación en los Patios de Operación para la instalación de infraestructura para abastecimiento de combustibles o energía eléctrica.

(...)

“Bajo ese entendido, el cumplimiento de las adecuaciones para garantizar combustible diésel en los patios operacionales del sistema Transmilenio, supone una relación jurídica entre privados y una responsabilidad a cargo de cada concesionario, la cual escapa del alcance y obligaciones de TRANSMILENIO S.A.” (pág. 10) (se destaca).

368. Sobre la cantidad reclamada como perjuicio por la falta de la infraestructura, se remitió a lo expresado en el Oficio del 4 de enero de 2021, No. 2021EE-00068⁸², reiterando la improcedencia del cobro por las distancias recorridas a las estaciones de servicio Diesel, advirtiendo además la diferencia de la cantidad estimada en la demanda inicial de reconvencción en más de novecientos millones de pesos, y la reducción del rubro en la reforma de la demanda en más del 50%, para un mayor período de tiempo.

82 Expediente Digital. 01. 129597 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL. 01 Pruebas aportadas con la demanda inicial. 45_53 2021-EE-00068.

369. Sobre estos aspectos del reclamo, el perito Miguel Andrés Castillo, en el dictamen aportado por SOMOS U, luego de ilustrar al Tribunal sobre la importancia de la ubicación de los patios y su capacidad para la distribución de los servicios, concluye que:

“En definitiva, la problemática generada por la diferencia de las tecnologías de combustible y la limitación que esto establece en el préstamo de patio entre concesionarios, así como la propia limitación de capacidad de los patios existentes, debe ser considerado por Transmilenio S.A. en el reconocimiento de los kilómetros en vacío establecidos en su programación para que sobre esta base se puedan realizar optimizaciones por parte de los Concesionarios.” (pág. 51 Dictamen).

370. También el perito Castillo calculó los kilómetros adicionales por ausencia del Patio Usme II, así:

“10.1. Kilómetros adicionales por falta de consideraciones técnicas en la programación de servicios.

“La omisión por parte de TRANSMILENIO S.A. de las restricciones que existen en la capacidad de los patios existentes frente a la flota disponible y las limitaciones que existen en la práctica para el préstamo de patio talleres por la falta de estaciones de combustible en todos los patio talleres ha generado el recorrido de kilómetros en vacío adicionales para cada bus de los previstos por TRANSMILENIO S.A., reiterando que el Ente Gestor paga un máximo de kilómetros según su programación, obviando las omisiones técnicas que subyacen en su cálculo conforme se ha expuesto.

“Así, para calcular los kilómetros adicionales que ha recorrido en vacío el Concesionario por esta omisión se definió la siguiente ecuación:

$$KMVCD = \sum_{ti} KMO - KMVC6 - KMVP - KMCP - KMVD$$

“Donde:

KMO: es el kilometraje de toda la flota por odómetro para un tipo de día i-ésimo y una tipología vehicular t-ésima

KMVC6: km en vacío consecuencia de la falta de Patio Usme II

KMVP: km vacíos pagos

KMCP: km comerciales pagos

KMVD: km vacíos en descuento

“De acuerdo con lo anterior, a continuación, se describe la fuente y tratamiento para la estimación de cada componente de la ecuación planteada. Es así como el kilometraje de toda la flota (KMO) es un dato resultado de la sumatoria que se extrajo a partir de los consolidados diarios de kilómetros registrados por los odómetros de cada bus distinguiendo su tipología entre articulado y biarticulado.” (pág. 53)

(...)

“10.2. Kilómetros adicionales por ausencia de patio Usme II

*“Por otro lado, para calcular el eventual perjuicio ocasionado al concesionario SOMOS U S.A.S debido a la falta en específico del Patio Usme II (La Reforma), se determinó la sumatoria de la distancia de kilómetros en vacío entre patios que ha tenido que realizar el Concesionario para albergar su flota ante la falta de espacio en Usme, principalmente hacia el patio de la Calle 6, pero también a otros patios de apoyo. **Esta información se tomó a partir de los consolidados diarios de los desplazamientos bus a bus adicionales al inicio o final de la operación proporcionados por el concesionario, registrados desde el 1 de septiembre de 2020 hasta el 30 de junio de 2022.** El cálculo descrito anteriormente se expresa de la siguiente manera:*

$$KMVC6 = \sum_{tij} Dtij$$

Donde:

KMVC6 es el número de kilómetros en vacío consecuencia de la falta de Patio Usme II.

Dij: Es la distancia de cada despacho entre dos patios IJ.

T: es la tipología del bus.

“En la Tabla 17 se presenta el período en el que se registraron kilómetros en vacío entre el patio de inicio y fin de la maniobra de desplazamiento, destacando que algunos de estos movimientos son para realizar labores de mantenimiento y alistamiento que no se tienen disponibles en el patio de la Calle 6. Adicionalmente, en la tabla se observa que se registraron kilómetros en vacío únicamente para la tipología biarticulados, que son los afectados por la falta del nuevo patio, pues todo el segundo sub-lote de Usme es de esta tipología conforme se ha indicado previamente” (págs. 55, 56).

371. Sobre estas estimaciones de cantidades de kilómetros en vacío, el peritaje técnico de contradicción aportado por TRANSMILENIO, rendido por el ingeniero Castro, al elaborar sus observaciones a la respuesta número 10, concluye:

“De lo anterior se encuentra que metodológicamente se presentan dos tipos de errores. Primero, compara datos obtenidos con mecanismos de medición totalmente diferentes, con niveles de precisión significativamente alejados. Para hacer una analogía con lo que propone el perito en su metodología, desde luego guardando el orden de proporciones, se estarían comparando dos medidas de distancia, una tomada con la longitud del palmo de la mano y la otra tomada con la cinta métrica.

“Desde luego, para medir la misma distancia, se obtendrán dos valores diferentes, uno más preciso que el otro.

“Por una parte, la información contenida en las actas de liquidación de pagos tiene como base en la información registrada en el sistema SIRCI, que emplea

tecnología de posicionamiento global (GPS) para tomar y registrar los kilómetros recorridos por los buses” (pág. 40 peritaje).

372. A su vez, el dictamen financiero aportado por SOMOS U como base de la cuantía de sus pretensiones, en este caso, referidas al reclamo por kilómetros en vacío, fue rendido por Guillermo Sarmiento Useche, profesional financiero, con amplia experiencia en presentación de experticias ante diversos tribunales de arbitraje.
373. A su turno, para contradecir su contenido, TRANSMILENIO aportó, elaborado por la firma SOLUCIONES FINANCIERAS LTDA. – SOLFIN (en adelante, “Solfín”), un peritaje igualmente de contenido financiero, firmado por dos profesionales expertos, también con amplia trayectoria como peritos en tribunales de arbitraje.
374. Debe destacarse que las cifras que sirven de base a estos dos dictámenes son las proporcionadas por el dictamen técnico elaborado por el ingeniero Castillo, ampliamente descrito en los apartes anteriores.
375. El perito Sarmiento explica claramente cómo el Contrato prevé la estructura de la remuneración del Concesionario refiriéndose a cada uno de los conceptos que componen la fórmula correspondiente. Con base en la definición contractual (3.139) de los kilómetros en vacío, ilustra la forma como opera tal remuneración. Para la medición de los kilómetros en vacío, de acuerdo con las reclamaciones de la demanda de reconvenición reformada, se vale de la información suministrada por el perito Miguel Castillo sin desarrollar ninguna investigación o concepto adicional sobre sus operaciones, diferente al criterio de la no entrega del Patio USME II La Reforma en la fecha prevista contractualmente. Por tanto, los resultados económicos del peritaje se derivan directamente de los conceptos técnicos ya examinados (ver págs. 11 a 16 dictamen).
376. Sobre las tarifas contractuales el mismo perito ilustra al Tribunal, describiendo la fórmula contractual para remunerar los kilómetros en vacío:

“De igual manera, de acuerdo con lo expuesto en el numeral 6.3.3 los kilómetros en vacío (FAKmVact) se afectan por un factor de ajuste denominado FAKmVact, por la reducción de kilómetros en vacío en el programa de operación, factor que se determina con la aplicación de la fórmula expuesta en el numeral anterior y que se describe nuevamente a continuación:

$$FAKmVact = \frac{Kmvaciot(TMSA) + Kmvaciot(optimizado)}{2 \times Kmvaciot(optimizado)}$$

“Donde:

“Kmvaciot[TMSA]: Corresponde a los kilómetros en vacío programados por TMSA en el Informe de Planeación del Sistema Transmilenio que se describe en el Manual de Operaciones.

“Kmvaciot [optimizado]: Corresponde a los kilómetros en vacío optimizados por el Concesionario que se estipulen en el Programa de Servicios de Operación de acuerdo con el procedimiento descrito en el Manual de Operaciones.:

“En ningún caso se remunerará al Concesionario de Operación un número de Kilómetros en Vacío superior a aquel estipulado por TMSA en el Programa de Servicios de Operación” (pág. 10).

377. El dictamen financiero de contradicción, rendido por Solfín, también se fundamenta en las mediciones del peritaje técnico aportado por SOMOS U. Es crítico frente al mismo aspecto advertido por la señora Procuradora. Frente a los kilómetros en vacío calculados por estacionar en el Patio de la Calle 6ª, cuestiona la medición con odómetros empleada en el dictamen técnico, así como señala que la nomenclatura de los buses empleada no corresponde a la flota de SOMOS U (II pg. 9). También desvirtúa la causación de kilómetros en vacío por consideraciones técnicas, calculada en la cantidad de 819.172,13, mediante argumentos ajenos a criterios técnicos, entre otros, al manifestar que los desplazamientos entre patios, de acuerdo con las normas contractuales, no son reconocidos por TRANSMILENIO puesto que deben ser gestionados y minimizados por el Concesionario (III, pág. 9).
378. Respecto de la medición con odómetros empleada en el dictamen técnico, considera Solfín que es imprecisa frente a la utilizada por TRANSMILENIO, que emplea el posicionamiento global (GPS) para registrar los kilómetros recorridos por los buses; agrega que todas las mediciones de kilómetros en vacío del dictamen técnico aportado por SOMOS U, se obtienen mediante métodos estadísticos de estimación, en lugar de hacerlo por medición directa (págs. 8 y 9 Dictamen financiero de contradicción).
379. Del recuento probatorio realizado puede concluirse que la naturaleza de los **kilómetros en vacío reclamados como perjuicios** por SOMOS U no corresponde con el concepto de **Kilómetros en Vacío acordado en el contrato**. En efecto, su causación no ha sido programada en el Subsistema de Control de Flota, como lo define la cláusula 3.139 pactada, así como tampoco los recorridos alegados se derivan de una necesidad del servicio contenida en órdenes definidas en el Programa de Servicios de Operación estimado por TRANSMILENIO como lo determina la regla contractual. Su medición la realiza el concesionario con un método propio, desarrollado por los odómetros de cada uno de los buses, después

de cada recorrido, el cual está previsto en el contrato para establecer sus condiciones mecánicas.

380. En otras palabras, encuentra el Tribunal que se trata de un perjuicio que el concesionario considera haber padecido, causado por el incumplimiento de TRANSMILENIO en la entrega a SOMOS U del patio Usme II (La Reforma), cuya ocurrencia ha sido reiteradamente discutida y reclamada por SOMOS U durante el desarrollo de la operación mediante diversas comunicaciones aportadas al proceso. Advierte también el Tribunal que TRANSMILENIO, como se analizó previamente al hacer referencia a tales reclamos, solamente cuestionó su falta de soportes, más no se opuso a reconocer la situación planteada como una medida de mitigación del daño que se continuaba generando⁸³.
381. Por tanto, desde el inicio de la controversia, las partes han entendido que los parámetros que integran esos recorridos como kilómetros en vacío, son diferentes a los programados bajo los parámetros contractuales, pues no corresponden al esquema pactado en el contrato de Concesión de Operación No. 688 de 2018.
382. En el dictamen del ingeniero Castillo se expone la metodología para calcular, en primer lugar, los kilómetros en vacío recorridos por los desplazamientos por los aspectos técnicos, y en segundo lugar, por los desplazamientos al patio de la Calle 6ª.
383. El perito calculó los Kilómetros adicionales “... *por ausencia del patio Usme II*”, (10.2) así:

“Por otro lado, para calcular el eventual perjuicio ocasionado al concesionario SOMOS U S.A.S debido a la falta en específico del Patio Usme II (La Reforma), se determinó la sumatoria de la distancia de kilómetros en vacío entre patios que ha tenido que realizar el Concesionario para albergar su flota ante la falta de espacio en Usme, principalmente hacia el patio de la Calle 6, pero también a otros patios de apoyo. Esta información se tomó a partir de los consolidados diarios de los desplazamientos bus a bus adicionales al inicio o final de la operación proporcionados por el concesionario, registrados desde el 1 de septiembre de 2020 hasta el 30 de junio de 2022. El cálculo descrito anteriormente se expresa de la siguiente manera:

$$KMVC6 = \sum_{Tij} Dtij$$

“Donde:

83 Mencionadas en Nota de Pie de Página 80.

KMVC6 es el número de kilómetros en vacío consecuencia de la falta de Patio Usme II.

Dij: es la distancia de cada despacho entre dos patios IJ.

T: es la tipología del bus. (págs. 55 y 56)

“En la Tabla 17 se presenta el período en que se registraron los kilómetros en vacío entre el patio de inicio y fin de la maniobra de desplazamiento, para concluir que:

“(…) desde septiembre de 2020 el Concesionario SOMOS U S.A.S. tenía disponibles los patios de Dorado, Américas, Usme y Calle 6; posteriormente, en octubre de 2020 le fue retirada la opción de las Américas y en junio de 2021 el Concesionario no realizó desplazamientos adicionales a la operación al patio de el Dorado. Para el cálculo de la distancia de recorrido entre cada par de patio talleres se tomó como referente la propia matriz de distancias que emplea oficialmente el Sistema para su programación” (pág. 57).

384. A su vez, la tabla 18 (pág. 57) muestra el resumen mensual de la distancia que se recorrió entre cada uno de estos patios, por buses biarticulados arrojando la cantidad de 247.162 kilómetros adicionales recorridos. Debe anotarse que este cálculo se refiere solamente a buses biarticulados que corresponden a la entrega del segundo Sub-Lote de flota (pág. 58, Dictamen).
385. El dictamen de contradicción elaborado por el ingeniero Vladimir Castro se refirió a los cálculos y metodologías aplicadas por el perito Castillo en las respuestas anteriormente referidas, cuestionando, en primer lugar, la confiabilidad de los odómetros para medir las distancias calculadas por considerar que:

“... los odómetros de los buses miden la distancia a partir de un sensor que registra la velocidad de giro del eje del motor, es una medición tomada a partir de un componente mecánico. Los sistemas de medición de kilometro odómetro en vehículos de transporte se basan en cálculos a parte de la medición de la velocidad de giro del eje del motor propulsor con otros parámetros como la relación de transmisión y el diámetro de las llantas; así las cosas, estas mediciones indirectas de distancias recorridas están sujetas a variaciones, como por ejemplo, la disminución del diámetro de las llantas por su desgaste natural o imprecisiones en las lecturas de velocidad de rotación de los motores” (pág. 40).

386. De sus Conclusiones, destaca el Tribunal:

“Metodológicamente los cálculos presentados por el perito presentan deficiencias que no permiten identificar con claridad la manera en que se realizaron las estimaciones y por lo tanto no se pueden replicar a cabalidad, dado que la información suministrada carece de detalle.

“... En este sentido, no se desconoce la existencia de un posible efecto en el aumento de los kilómetros en vacío como consecuencia de la ausencia del

patio taller Usme II, sin embargo, la información suministrada no permite determinar con claridad que la cifra presentada corresponda con la realidad. Para validar esto se requiere analizar el registro detallado de cada bus por ubicación satelital, tal como lo realiza TRANSMILENIO, dado que, al usar el odómetro, como lo presenta el perito, lleva a presentar valores que no tienen concordancia con la realidad, tal como se evidenció, ya que hay información de ID para 702 buses, cuando la flota biarticulada del Consorcio (sic) SOMOS U es de 164 biarticulados”. (págs. 55 y 56 dictamen) (se destaca).

387. En la audiencia presencial desarrollada durante el trámite arbitral para realizar la contradicción de las experticias, el perito Castillo se refirió expresamente al tema de la identificación de los buses, entendiendo el Tribunal que, en efecto, corresponde a un criterio propio del perito y que lo señalado con la inconsistencia del bus fue un error aritmético el incurrido en relación con el biarticulado ID 44107.
388. Derivado de los cálculos y explicaciones periciales anteriormente reseñadas el Tribunal concluye:
- a. El perjuicio alegado por SOMOS U por la no entrega del patio la Reforma, denominado kilómetros en vacío adicionales, se integra por unos recorridos diferentes de los programados conforme a lo dispuesto en el Contrato de Concesión No. 688, puesto que no obedecen a las definiciones contractuales de dicho concepto.
 - b. La medición pericial de las distancias recorridas no proporciona al Tribunal la seguridad sobre la realidad de su ocurrencia puesto que la metodología empleada contiene elementos basados en estimaciones, promedios y estadísticas que no permiten conferir al medio probatorio la certeza requerida para fundamentar la demostración de los kilómetros en vacío adicionales, alegados por SOMOS U como base del perjuicio cuya indemnización reclama.
 - c. La cuantificación económica del perjuicio derivado de los kilómetros en vacío elaborada por el dictamen pericial financiero se basa en los resultados del mecanismo de medición contenido en el dictamen aportado por SOMOS U (perito Castillo). Se destaca que la metodología de cálculo utilizada en este dictamen se elaboró con la fórmula aplicable a los kilómetros en vacío dispuestos contractualmente.

Durante la declaración del perito Sarmiento en el proceso, fue preguntado sobre este tema por el abogado de SOMOS U:

“Usted para su pericia tuvo en cuenta un límite máximo de kilómetros en vacío para arribar a una conclusión de la elaboración de los números y de las cifras? Respondió: “No señor, yo simplemente tomé los kilómetros suministrados y certificados por el perito y apliqué la fórmula contractual”.

- d. En concordancia con el análisis que realizará el Tribunal en el siguiente aparte del Laudo, referido a la naturaleza de los kilómetros en vacío en el contexto de las pretensiones de la demanda de reconvención que a ellos se refieren, es del caso anticipar el criterio del panel arbitral en el sentido de que no es correcto aplicar para la cuantificación de los perjuicios la fórmula contractual prevista para los kilómetros en vacío que se reconocen y retribuyen al Concesionario al tenor de las normas contractuales.
- e. No están demostrados en el proceso los costos y gastos en que incurrió el Concesionario para el recorrido de las distancias adicionales por el desplazamiento de los buses hasta las estaciones de abastecimiento de combustible y entre los patios de la operación, por la falta de entrega del Patio Usme II La Reforma. Dado que la cuantificación económica de los kilómetros en vacío se realizó en el dictamen financiero aportado por SOMOS U, con base en las tarifas contractuales, no puede el Tribunal acoger dicho criterio para estimar el reclamo en cuestión.

E.7.3. Conclusión

- 389. Con base en todo lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta las particularidades anteriormente reseñadas que se derivan de lo acreditado en este trámite arbitral, el Tribunal negará en la parte resolutive del laudo la condena a TRANSMILENIO por razón de los kilómetros en vacío, derivados de las pretensiones cuarta, quinta y sexta ya definidas, solicitadas en el marco de la pretensión de condena vigésima primera.
- 390. En cuanto a los demás perjuicios pretendidos por la Demandante en Reconvención por el incumplimiento en la entrega del Patio La Reforma, distintos de aquellos correspondientes al alquiler de la Bodega y las inversiones por la adecuación del Patio de la Calle Sexta, de cuanto se ha dicho se puede concluir que no se encuentra prueba que muestre que SOMOS U incurrió en verdaderos sobrecostos derivados del incumplimiento de TRANSMILENIO y, que de haber recibido oportunamente el Patio La Reforma no se habrían generado. En ese escenario, para este Tribunal, de conformidad con el análisis realizado en párrafos anteriores, no se encuentran probados los perjuicios que dice haber padecido el Concesionario en relación con los sobrecostos mensuales de: a) administración,

b) aseo y seguridad, c) personal, d) servicio de lavado de buses y abastecimiento de combustible, y e) redes inalámbricas y otros servicios.

391. En ese sentido, se accederá parcialmente a la pretensión vigésima primera de la demanda de reconvención respecto del alquiler de la bodega alterna del Patio de la Calle Sexta por la suma actualizada de OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$81.737.723) y los sobrecostos por las inversiones realizadas para las adecuaciones del Patio de la Calle Sexta por el valor actualizado de VEINTITRÉS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y UN MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$23.961.272). Se declarará que prospera parcialmente la excepción 5.8 de la contestación de TRANSMILENIO a la demanda de reconvención reformada.
392. Respecto de los intereses moratorios que calculó el perito financiero Guillermo Sarmiento Useche aplicando la fórmula establecida en la Cláusula 6.11.1 del Contrato de Concesión 688 de 2018, a juicio de este Tribunal, no es procedente acoger el criterio del experto para su cálculo, en primer lugar, porque la pretensión vigésima cuarta de la demanda de reconvención reformada solicita el reconocimiento de intereses de mora a la *“máxima tasa legal aplicable, o la que ordene el Tribunal”* desde la ejecutoria del laudo y, en segundo lugar, porque existe una norma legal expresa e imperativa en el CPACA que reglamenta el reconocimiento de intereses en sentencias judiciales.
393. En la pretensión vigésima cuarta de la demanda de reconvención reformada SOMOS U solicitó que se condene a TRANSMILENIO a pagar intereses moratorios, así:

“Vigésimo cuarto. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U 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”.

394. TRANSMILENIO, en la excepción 5.24, sostuvo que no existe un incumplimiento contractual que le sea imputable, razón por la cual no es procedente ningún tipo de reconocimiento de interés moratorio, al tiempo que hizo referencia a los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
395. Dado que se encuentran probados el incumplimiento de TRANSMILENIO en la entrega de la infraestructura correspondiente al Patio Nuevo de Operación La

Reforma, así como el perjuicio y el nexo de causalidad entre uno y otro, circunstancias que determinaron la condena en perjuicios consistentes en el pago de las inversiones y el alquiler de bodega alterna, este Tribunal estima procedente acceder al reconocimiento de intereses moratorios en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establecen:

“ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.

“Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada.

“Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código.

“Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud.

“En asuntos de carácter laboral, cuando se condene al reintegro, si dentro del término de tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, este no pudiese llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo.

“El incumplimiento por parte de las autoridades de las disposiciones relacionadas con el reconocimiento y pago de créditos judicialmente reconocidos acarreará las sanciones penales, disciplinarias, fiscales y patrimoniales a que haya lugar.

“Ejecutoriada la sentencia, para su cumplimiento, la Secretaría remitirá los oficios correspondientes.

(...)

“ARTÍCULO 195. TRÁMITE PARA EL PAGO DE CONDENAS O CONCILIACIONES. El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:

“1. Ejecutoriada la providencia que imponga una condena o apruebe una conciliación cuya contingencia haya sido provisionada en el Fondo de Contingencias, la entidad obligada, en un plazo máximo de diez (10) días, requerirá al Fondo el giro de los recursos para el respectivo pago.

“2. El Fondo adelantará los trámites correspondientes para girar los recursos a la entidad obligada en el menor tiempo posible, respetando el orden de radicación de los requerimientos a que se refiere el numeral anterior.

“3. La entidad obligada deberá realizar el pago efectivo de la condena al beneficiario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los recursos.

“4. Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratoria a la tasa comercial.

“La ordenación del gasto y la verificación de requisitos de los beneficiarios, radica exclusivamente en cada una de las entidades, sin que implique responsabilidad alguna para las demás entidades que participan en el proceso de pago de las sentencias o conciliaciones, ni para el Fondo de Contingencias. En todo caso, las acciones de repetición a que haya lugar con ocasión de los pagos que se realicen con cargo al Fondo de Contingencias, deberán ser adelantadas por la entidad condenada.

*“**PARÁGRAFO 1o.** El Gobierno Nacional reglamentará el procedimiento necesario con el fin de que se cumplan los términos para el pago efectivo a los beneficiarios. El incumplimiento a las disposiciones relacionadas con el reconocimiento de créditos judicialmente reconocidos y con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos acarreará las sanciones penales, disciplinarias y fiscales a que haya lugar.*

*“**PARÁGRAFO 2o.** El monto asignado para sentencias y conciliaciones no se puede trasladar a otros rubros, y en todo caso serán inembargables, así como los recursos del Fondo de Contingencias. La orden de embargo de estos recursos será falta disciplinaria”.*

396. Como se puede ver, la norma transcrita establece que se causarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y, en esos términos, se accederá a la pretensión vigésima cuarta de la demanda de reconvención reformada de SOMOS U, y, por la misma razón, se negará la excepción 5.24 expuesta por TRANSMILENIO.
397. En relación con lo anterior, se aclara que, en el juramento estimatorio de la demanda de reconvención reformada, SOMOS U incluye, en la cuantificación de

los perjuicios cuya reparación reclama, un rubro correspondiente a los intereses moratorios que, en su concepto, se habrían causado hasta la fecha de presentación de aquella, calculados sobre el valor de los sobrecostos por el incumplimiento en la entrega del Patio La Reforma. Sin embargo, tratándose de la obligación de indemnizar los perjuicios por el incumplimiento de una prestación de hacer (la entrega de un inmueble, sin transferencia del derecho de dominio), que surge con ocasión de la decisión adoptada en el presente Laudo, y debido a las particularidades que se desprenden del carácter estatal de la parte a quien se le impondrá la condena - que impone la aplicación de lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -, solo procede el reconocimiento de intereses moratorios sobre el valor de los sobrecostos debidamente acreditados y a partir de la ejecutoria de esta providencia.

E.8. Pretensiones Décima Séptima y Décima Octava de la demanda inicial presentada por TRANSMILENIO

E.8.1. Posición de las partes

398. TRANSMILENIO en la demanda inicial subsanada pretende:

“DÉCIMA SÉPTIMA: Que se declare que la entrega oportuna del Patio Nuevo de Operación al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. habría generado la asunción de unos costos y gastos a cargo del concesionario.

“DÉCIMA OCTAVA: Que se declare que Transmilenio S.A. no ha causado daño cierto, directo y personal al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S que deba ser resarcido al concesionario como consecuencia de la no entrega el 1 de junio de 2020 del Patio Nuevo de Operación”.

a) Fundamentos de la pretensión décima séptima de la demanda inicial subsanada

399. En el hecho 83 de la demanda inicial subsanada, TRANSMILENIO invocó el documento identificado con el Radicado No. 2021EE04083 en el que solicitó a SOMOS U que allegara los soportes correspondientes de los perjuicios que reclama por la no entrega del Patio Nuevo de Operación La Reforma, descontando los costos de la operación que desde el referido nuevo patio se habrían generado, solicitud que, según ella, no había sido atendida hasta el momento de radicación de ese escrito.

400. Adicionalmente, en los alegatos finales citó los numerales 1.6.44 y 1.6.54 del Contrato de Concesión No. 688 de 2018 y sostuvo como probado que es *“una obligación del concesionario dotar y hacer alistamiento de la infraestructura de*

*soporte, o patio que se le entregue*⁸⁴. Así mismo, dijo que está probado que TRANSMILENIO ha venido remunerando las inversiones por adecuación, alistamiento y dotación de los patios conforme lo establecen los numerales 5.2.4, 5.2.5 y 5.2.6 del pliego de condiciones. La remuneración por vehículo que se le hace al concesionario de operación incluye los costos de intervenciones obligatorias y adecuaciones en patios de operación existentes y en patios nuevos de operación. En consecuencia, al remunerarse la operación de 260 vehículos, TRANSMILENIO ha remunerado la adecuación, alistamiento y operación del Patio La Reforma, sin perjuicio de que la entrega no se haya hecho. Por lo anterior, a juicio de TRANSMILENIO, debe prosperar la pretensión décima séptima de la demanda inicial subsanada.

401. Finalmente, TRANSMILENIO manifestó que “(...) *cómo mínimo Somos Bogotá Usme operaría desde dos patios, sin perjuicio que por necesidades del servicio tuviera operación compartida en otros patios de la ciudad conforme con los requerimientos en la prestación del servicio. Así mismo, se probó que era una obligación del concesionario adecuar, alistar y dotar los patios que le fueran entregados para su operación*”⁸⁵.

b) Fundamentos de la pretensión décima octava de la demanda inicial subsanada

402. En criterio de TRANSMILENIO, hasta la radicación de la demanda inicial subsanada habían transcurrido 6 meses de operación sin que el concesionario aportara ningún medio de prueba como soporte de su petición de indemnización de perjuicios. Antes, por el contrario, TRANSMILENIO ha remunerado plenamente al concesionario, incluyendo el componente de alistamiento, adecuación y dotación de patios, remuneración que resulta suficiente para garantizar la prestación del servicio, al punto de que el concesionario reconoce que no tiene pérdidas y que, en cambio, reporta un margen EBITDA del 30%, lo que significa que se encuentra en una situación financiera rentable y solvente.
403. Finalmente, para TRANSMILENIO no se encuentra acreditado ningún daño o perjuicio derivado de la no entrega del Patio Nuevo de Operación La Reforma.

c) Fundamentos de la oposición de SOMOS U

404. Respecto de la pretensión décima séptima, SOMOS U propuso la excepción 5.2 relativa a que esta pretensión no cumple con los requisitos formales en tanto es

84 Escrito de alegatos de conclusión de Transmilenio Vs SOMOS U S.A.S. página 57.

85 Escrito de alegatos de conclusión de Transmilenio Vs SOMOS U S.A.S. página 63.

amplia, general e indeterminada. Adicionalmente SOMOS U se opuso a las pretensiones décima séptima y décima octava. De la pretensión décima séptima, dijo que “*es amplia e indeterminada*” y que si lo pretendido por TRANSMILENIO es que se declare que SOMOS U no está experimentando los costos y gastos propios del patio objeto de incumplimiento, lo cierto es que los mismos no sustituyen ni compensan los perjuicios causados. Respecto de la pretensión décima octava, se remitió a la oposición a las pretensiones restantes y a lo dicho en la demanda de reconvención.

E.8.2. Consideraciones

a) Sobre la pretensión décima séptima

405. Inicialmente, conviene precisar que del texto de la pretensión décima séptima de la demanda inicial subsanada de TRANSMILENIO y de los hechos que le sirven de sustento, se deduce que la misma estaría orientada a que se declare que, en el caso hipotético de que se hubiera cumplido de manera oportuna con la entrega del Patio Nuevo de Operación La Reforma al Concesionario, éste habría tenido que incurrir en mayores costos y gastos para su operación de los que actualmente tiene, es decir, la operación que realiza sin contar con el Patio La Reforma y que el concesionario ha recibido la plena remuneración por la operación completa de la flota la cual retribuye los componentes de “*alistamiento, adecuación y dotación de los patios*”.
406. Este Tribunal no encuentra medio de prueba alguno que acredite que, en un evento hipotético, el Concesionario, de haber recibido oportunamente el Patio La Reforma, hubiera tenido que incurrir en mayores costos, pues no existe un documento contractual o medio de prueba que evidencie con certeza los costos exactos en que incurriría el concesionario de haber recibido la mencionada infraestructura y que estos fueran superiores a los que actualmente tiene en las condiciones en que se encuentra operando, es decir, desde tres patios y no desde dos como estaba previsto contractualmente.
407. En consecuencia, **la pretensión no prospera**, y en tanto la pretensión cumple con los requisitos formales no se encuentra probada la excepción 5.2 formulada por SOMOS U respecto de esta pretensión.

b) Sobre la pretensión décima octava

408. Tomando en cuenta que prosperan las pretensiones cuarta, quinta y sexta de la demanda de reconvención reformada de SOMOS U relativas al incumplimiento de TRANSMILENIO en la entrega de la infraestructura y que, consecuentemente,

prospera parcialmente la pretensión vigésima primera de condena de la demanda de reconvención reformada, fuerza concluir que no prospera la pretensión décima octava de la demanda subsanada de TRANSMILENIO mediante la cual se solicita que se declare que TRANSMILENIO no ha causado un daño cierto, personal y directo a SOMOS U.

409. En efecto, líneas atrás se dispuso la condena y el pago de los costos asumidos por el concesionario por concepto de alquiler de bodegas alternas así como de las inversiones efectuadas en el Patio de la Calle Sexta, porque se encontró prueba suficiente de los mismos así como de su enlace causal con el incumplimiento en la entrega del Patio La Reforma.
410. Por consiguiente, la pretensión no prospera.

F. PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE TRANSMILENIO EN LA LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LA RETRIBUCIÓN

F.1. Posición de las partes

411. En las pretensiones novena, décima y vigésima primera de la demanda de reconvención reformada, *“relativas al incumplimiento de TRANSMILENIO en la liquidación y pago de la retribución (Kilómetros en vacío)”*, SOMOS U solicita lo siguiente:

“NOVENO. Declarar que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no liquidar ni remunerar los Kilómetros en Vacío efectivamente recorridos por la flota de SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S., en los términos contractuales, incluyendo, sin limitarse a ello, los previstos en las cláusulas 3.139, 3.192, 6.3.,8.3.16, 8.4.19 del Contrato de Concesión.

“DÉCIMO. Declarar que las expresiones *“kilómetros programados en el Subsistema de Control de Flota provisto por el Concesionario del SIRCI”* contenida en el numeral 3.139. y *“en ningún caso se remunerará al Concesionario de Operación un número de Kilómetros en Vacío superior a aquel estipulado por TMSA en el Programa de Servicios de Operación”* contenida en la Cláusula 6.3.3. del Contrato, no pueden ser entendidas como una autorización anticipada para que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. remunere Kilómetros en Vacío inferiores a los efectivamente recorridos por la flota de SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S “

“VIGÉSIMO PRIMERO. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO -TRANSMILENIO S.A. a indemnizar a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. los perjuicios generados como consecuencia de sus incumplimientos legales y contractuales, de todo orden, según se pruebe en el proceso, para lo cual, además, habrá de estarse a lo resuelto por el Tribunal para las liquidaciones y

pagos que se causen con posterioridad a la presentación de la reforma de la demanda”.

412. Ordenados bajo el numeral 5.4. de la reforma de la demanda de reconvencción, bajo la denominación “*Hechos relativos al incumplimiento de Transmilenio en la liquidación y pago de la retribución (Kilómetros en Vacío) a SOMOS U.S.A.S.*”, los hechos 5.4.1. a 5.4.6. sustentan las pretensiones declarativas transcritas en la afirmación básica de que el pago de los kilómetros en vacío recorridos por la flota del concesionario, se basa exclusivamente en la programación elaborada por TRANSMILENIO, sin tener en cuenta consideraciones técnicas y operacionales, que dan lugar a que su remuneración sea inferior a los realmente recorridos.
413. Como parte del juramento estimatorio, fueron cuantificados por el concesionario dos rubros por concepto de kilómetros en vacío: el primero, denominado KILOMETRAJE EN VACÍO ADICIONAL POR FALTA DE INFRAESTRUCTURA, valorado en \$430.825. 644, más intereses a la fecha de la presentación de la reforma de la demanda, de \$59.985.958, sobre el cual ya se pronunció el Tribunal en capítulo anterior de este Laudo; el segundo, denominado INCUMPLIMIENTO EN LA LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LA REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO – KILÓMETROS EN VACÍO (según odómetro), valorado en \$1.864.444.645, más intereses moratorios calculados en \$399.356.933, que se trata a continuación.
414. TRANSMILENIO se opuso a la prosperidad de las pretensiones declarativas novena y décima, por cuanto afirma que no existe incumplimiento alguno de su parte, y se atiene a la aplicación del texto literal de las cláusulas contractuales invocadas; respecto del hecho 5.4.5, contesta que es parcialmente cierto, puesto que TRANSMILENIO sí ha remunerado los kilómetros en vacío estipulados en el Programa de Servicios de Operación, pero no es cierto que exista una obligación a su cargo de remunerar una cantidad de kilómetros en vacío superior de los allí programados. Sostiene que ha dado estricto cumplimiento a los pagos en el marco de la cláusula 6.3.3. del Contrato.
415. Propuso como excepción de mérito (5.15) la “*Inexistencia de incumplimiento en la liquidación y pago de los kilómetros en vacío*”⁸⁶, reiterando que TRANSMILENIO

⁸⁶ “5.15. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO EN LA LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LOS KILÓMETROS EN VACÍO (sic).

“Como fuera expuesto en el pronunciamiento a las pretensiones novena y décima, el concesionario pretende que, con ocasión a su deseo, Transmilenio S.A. al margen de las disposiciones contractuales, le pague todos los kilómetros en vacío. Sobre el particular, se debe destacar que Transmilenio en cumplimiento con el contrato ha remunerado los kilómetros en vacío en los términos precisos del contrato. Por ende, no es predicable la configuración de un incumplimiento por mi poderdante y en consecuencia se deberán negar las pretensiones novena y décima y así deberá declararlo el laudo arbitral que ponga fin a este proceso.”

ha remunerado a SOMOS U en los precisos términos del Contrato, razón por la cual no puede haber condena alguna a su cargo.

416. También en la contestación a la reforma de la demanda de reconversión, TRANSMILENIO objetó el juramento estimatorio, señalando que la falta de explicación y ausencia de prueba de la metodología para construir el monto del perjuicio que demanda hace imposible su valoración, advirtiendo lo incierto de la revisión de los odómetros, que hacen imprecisa la fuente de información.

F.2. La controversia sobre los Kilómetros en Vacío derivados de las declaraciones contenidas en las pretensiones novena y décima

417. Los mecanismos de medición de los kilómetros en vacío han sido un punto de controversia entre el Concesionario y TRANSMILENIO dentro del proceso, pues no hay prueba de que lo haya sido durante la ejecución contractual. A juicio del primero, ha sostenido en el proceso que las Actas de Liquidación de los kilómetros en vacío mediante las cuales TRANSMILENIO le ha venido reconociendo su retribución económica, solamente remuneran los kilómetros programados por la entidad, los cuales no corresponden a la realidad de los recorridos por cada bus, registrados por los odómetros, que son los instrumentos que miden la distancia recorrida por cada vehículo, marcando en kilómetros las distancias realmente transitadas. En criterio de SOMOS U, el sistema aplicado por TRANSMILENIO es equivocado y no atiende las normas contractuales dispuestas para ello, que se refieren específicamente a la utilización del odómetro como el instrumento idóneo, previsto en el Contrato.

418. Para este propósito, resalta las siguientes disposiciones:

“3.72. “Desvinculación de Flota”

*“Consiste en el retiro definitivo de un Bus que no se encuentre disponible para continuar operando o prestando el servicio público de transporte. La Desvinculación se realizará cuando se presente alguno de los siguientes casos: (i) **que el Bus haya recorrido más de un millón de kilómetros odómetro; (...)**”.*

“3.104. “Exclusión de Flota”

“Consiste en el retiro temporal de Buses que no se encuentren disponibles para prestar el servicio de transporte en condiciones de seguridad, operatividad, confiabilidad y funcionalidad.

*“La Exclusión de Flota podrá aplicarse en aquellos casos o situaciones en que: (...) (ii) **vehículos que no operen comercialmente más de 1200 kilómetros odómetro en tres (3) meses consecutivos;**”.*

“8.3. Principales Derechos y Obligaciones del Concesionario (...)

8.3.43 Operar cada uno de los Buses de la Flota como mínimo cinco (5) Días Hábiles por mes y mil doscientos (1.200) kilómetros odómetro por mes.”

“10.7 Desempeño Administrativo del Concesionario (...)

10.7.1. (e) Llevar permanentemente y de forma actualizada, en medio electrónico, registro del kilometraje odómetro diario de la Flota, (...)” (se destaca).

419. Por su lado, TRANSMILENIO sostiene que la medición de los kilómetros en vacío es realizada por el *Goal System* que es una herramienta técnica utilizada para la planeación general del sistema, con el propósito de programar anticipadamente, mediante un software, los kilómetros en servicio y los kilómetros en vacío que van a recorrer todos los vehículos de los concesionarios en un tiempo determinado.
420. Es decir, se trata de una programación teórica anticipada, sobre las distancias que deben recorrer todos los vehículos del sistema durante un período de tiempo fijado, según las necesidades de la demanda de transporte. Es una estimación del recorrido desde el principio hasta el fin de las rutas hacia los patios o talleres asignados a cada concesionario para ser sometidos a los mantenimientos, alistamientos técnicos y para el abastecimiento de combustible necesario para iniciar la prestación del servicio de transporte⁸⁷.
421. En el proceso rindió testimonio el ingeniero de transporte Jaime Enrique Monroy Garavito, especialista en diseño de vías urbanas, según informó. Desempeña actualmente el cargo de director técnico de BRT (Bus Rapid Transit) de TRANSMILENIO y explicó detalladamente al Tribunal el Sistema de Programación de las rutas y recorridos:

87 Dictamen Financiero de Contradicción Solfín aportado por TRANSMILENIO:

“En seguida se explica cómo opera la remuneración de kilómetros en vacío a favor de SOMOS U, para ello se parte del proceso descrito y un caso (sic) de la base de datos facilitada a Somos U (Tabla 4, fuente TMSA), mediante derecho de petición 2022-EE00424. Por ejemplo, para el domingo 19 de junio de 2022 (feriado, observar diferencia en KmC frente a días hábiles), TMSA estimó que de acuerdo con la demanda necesitaba programar 75.093,5 kilómetros comerciales (KmC) con 4.507,4 kilómetros en Vacío (KmV, o 6.0% de los KmC programados) cuya fuente es el software GoalBus®, este resultado consolida la flota de articulados de todos los concesionarios del Sistema Integrado de Transporte Público; similar proceso se aplica a los biarticulados.

“(…”

“TMSA envía esta programación (PSO) a los concesionarios, quienes se auto gestionaron, concertaron y decidieron repartir entre sí los mismos 75.093,5 KmC correspondientes al sistema de articulados, estimando también que recorrerían en total 6.791,9 KmV (1.5x los 4.507,4 KmV estimados por TMSA). De esta repartición, en el Informe de Planeación Horaria (IPH), Somos Usme S.A.S. como administrador de su flota y en forma autónoma decidió tomar 9.658,9 KmC, mientras que el Centro de Control le asignó otros 332,3 KmC para un total de 9.991,2 KmC; igualmente le informó a TMSA que para cumplirlos estimaba que necesitaba recorrer 862,1 KmV (8.9% de los 9.658,9 KmC), todo lo anterior velando por que durante el proceso se respete la proporcionalidad entre los despachos tomados y la participación de flota de Somos Usme S.A.S. (...)” (págs. 23, 24).

“Todo nace con los estudios y planificación de transporte que se hace desde Transmilenio, con la participación de diferentes áreas, en este caso la Subgerencia Técnica. Pero estos estudios están basados en la necesidad del usuario; nosotros en Transmilenio de alguna manera conocemos cual es esta necesidad y en función de eso se define ese diseño macro global del transporte, en dónde se necesita servicio, qué zonas de la ciudad requieren algún tipo de cobertura por rutas y allí se define esa primera necesidad macro.

(...)

“Luego, también en Transmilenio se pasa ese diseño operacional. Pasamos de esa necesidad global a un diseño más particular ya trasladado o plasmado en rutas y en horarios de operación. Entonces, si una comunidad o una localidad necesita un servicio en el diseño operacional ya definimos hacia dónde los trazados, la definición de esas rutas, los servicios y, pues cuál es la frecuencia que necesita para poder movilizarse en función de esa necesidad identificada”.

422. Sobre la participación de los concesionarios en esta programación, el ingeniero se refirió a unas mesas de trabajo conjuntas sobre las cuales explicó:

“Estas mesas de programación se programan con cierta regularidad y también en función de las necesidades del sistema y también de las dudas que puedan tener los concesionarios respecto a las programaciones. Recordemos que cada vez que se actualiza una programación es producto de una necesidad que tiene el sistema o que tienen los usuarios. En este caso, por ejemplo, en este año por el tema de las obras, vamos a tener diferentes cierres de las estaciones por la construcción del metro, por la adecuación de algunos carriles para la construcción de la carrera 68, por ejemplo. Y en ese sentido es necesario ir actualizando esa programación haciendo esos ajustes y se generan, por supuesto, los espacios para la participación no solamente de los concesionarios, sino de todas las áreas técnicas y pues, para poder cumplir con esa necesidad que tiene la ciudad”.

423. Acerca de la interacción de TRANSMILENIO con los demás agentes del sistema especialmente con los Concesionarios, informó:

“Bien. ¿Todo esto cómo se informa o cómo está definido? A través de nuestro Manual de Operaciones. El Manual de Operaciones no es nada más que un documento que hace parte de los anexos de los contratos y en el que se definen desde la entidad, para conocimiento de todos los actores incluyendo los concesionarios, esas políticas, pautas, especificaciones técnicas de los vehículos.”

(...)

“Eso está regulado en el Manual de Operaciones. El Manual de Operaciones dice que se debe informar con 10 días hábiles para cambios normales, habituales y es ningún hecho sobreviviente que podamos tener en el sistema. Entonces, el software de programación nos da ese resultado general de la, de los itinerarios de viaje, de servicio, las rutas y demás, y con 10 días hábiles se les informa a los

concesionarios, ya que ellos deben devolver ese resultado, esa distribución. Pues, para poder cumplir con los cambios y las fechas que se establecen para los cambios de estas rutas. El Manual de Operaciones también dice que ante un hecho sobreviviente que no podamos de alguna manera planificar en esos 10 días hábiles, pues se pueden hacer todos los ajustes correspondientes informándole a los concesionarios en ese sentido”.

424. También explicó el alcance de la programación general para todos los Concesionarios:

“(…) Transmilenio hace la programación general del sistema en función de las necesidades de la ciudad. No podemos pretender hacer una planeación para cada uno de los concesionarios porque ahí desviamos lo que es la optimización global del sistema y desviamos también esos requerimientos de la ciudadanía en cada una de las localidades. Entonces, nuevamente, Transmilenio hace esa planificación en el componente troncal a nivel global y los concesionarios en la etapa de distribución eligen cuáles son los servicios que van a hacer”.

425. En el dictamen aportado por SOMOS U, rendido por el ingeniero Miguel Andrés Castillo, se explicó al respecto:

“Teniendo presente cómo inciden los patios y su capacidad en la lógica de distribución de servicios y la determinación de los kilómetros en vacío del Sistema, es importante señalar que el Contrato de Concesión No. 688 de 2018 establece que TRANSMILENIO S.A. reconoce los kilómetros en vacío en los que incurre el Concesionario hasta un valor máximo determinado en su programación, de tal manera que si la optimización realizada por los Concesionarios en su distribución resulta en mayores valores de kilómetros en vacío, no se tendrá en cuenta este excedente, conforme se indica en el Contrato de Concesión en la sección de retribución económica” (pág. 46).

426. En el mismo sentido, el dictamen de contradicción elaborado por el ingeniero Vladimir Castro conceptuó:

“Así pues, el Manual de Operaciones del componente Troncal indica en el numeral 7.1.7. que ‘la programación de viajes deberá ser adelantada utilizando los algoritmos de utilización provistos por el software GoalBus o el software que defina Transmilenio SA según la solución proporcionada por el SIRCI, y que debe ser parametrizada de tal forma que minimice los tiempos de espera, desplazamientos en vacío y cualquier otro factor que reduzca el óptimo aprovechamiento de los recursos disponibles para la operación y prestación del servicio del transporte zonal’ (pág. 82).

“La función objetiva que tiene el software GoalBus es minimizar los costos, en donde se consideran tanto las variables económicas y de calidad de servicio que intervienen en la planificación (GoalBus 2022). Con esto se logra una planificación que busca minimizar los desplazamientos en vacío; sin embargo, como se ha indicado previamente, es labor de los concesionarios, una vez recibido el PSO por

parte de Transmilenio, acordar la asignación de los servicios, con lo cual se busca que los concesionarios puedan optimizar los desplazamientos y así no incurrir en kilómetros en vacío adicionales” (pág. 15).

427. Entiende el Tribunal, según los conceptos anteriormente citados, que no se presenta divergencia entre los peritos de las partes, en el entendimiento de la mecánica del Programa de Servicios de Operación, PSO. Ambos explican que la contabilización de los kilómetros en vacío, conforme al contrato, surge del complejo proceso de programación global de los servicios de toda la flota por parte de TRANSMILENIO, quien los distribuye entre los diferentes concesionarios, con el fin de repartir proporcionalmente entre ellos los kilómetros en servicio, y los kilómetros en vacío, en función de la demanda del transporte y del tamaño de la flota vinculada por cada uno.
428. El perito Castillo, así describe la programación de servicios (PSO) que remite TRANSMILENIO a los concesionarios:

“Para ilustrar esto es importante recordar que los vehículos vinculados por un concesionario no son exclusivos de un corredor troncal ni de una ruta en particular, sino que pueden ser empleados en cualquier servicio que disponga el sistema. En tal virtud, cuando el Ente Gestor del sistema define los servicios y los tamaños de flota requeridos por cada servicio, se establece un proceso de distribución de la flota entre los diferentes servicios, el cual parte de una propuesta inicial realizada por el Ente Gestor a ser revisada y posiblemente ajustada por los concesionarios, pudiéndose presentar varias propuestas de distribución entre los diferentes concesionarios; al final, se selecciona en un comité técnico la mejor forma de distribución; si se logra un consenso entre los concesionarios o la que mejor considere TRANSMILENIO S.A., si no se logra el consenso en dicho comité.

“La distribución de la flota entre los diferentes servicios comprende la consideración de una serie de variables que determinan la configuración óptima para el sistema, entre las cuales se distingue mantener la proporcionalidad de kilómetros en servicio asignados a cada concesionario en función del tamaño de su flota vinculada y la capacidad de cada patio, conforme lo indica el propio contrato de concesión y el Manual de Operación.” (pág. 45).

429. El peritaje aportado por SOMOS U explica que existen una serie de restricciones que TRANSMILENIO no tiene en cuenta, tales como la capacidad de los patios y la ubicación de las estaciones de tanqueo que hacen que en la realidad sean muchos más los kilómetros en vacío recorridos, que los programados por el sistema, todo lo cual se analizará posteriormente:

“Sin embargo, la realidad actual del Sistema es diferente por las limitaciones que impone la saturación de la capacidad de los patios frente a la nueva cantidad de flota concesionada, derivada de los retrasos en los nuevos patios como el de

Usme, y la falta de homogeneidad en los combustibles de la flota que condicionan la posibilidad de préstamo entre todos los Concesionarios.

“Para ilustrar esto es importante referirse a los archivos de programación de servicios (PSO) troncales que remite el Ente Gestor a los concesionarios, donde define los criterios técnicos que se deben tener en cuenta en la distribución, desconociendo la limitación que debe tenerse en cuenta en términos de tipo de combustible disponible en los patios y la flota de cada concesionario por citar un ejemplo. A continuación, se reproducen estos criterios señalados por el Ente Gestor en estas programaciones que omiten restricciones del sistema como lo señalado anteriormente con el combustible” (pág. 47).

430. Por el contrario, sobre este particular, el ingeniero Castro en el dictamen de contradicción, concluye sobre el proceso de planeación de la operación troncal de TRANSMILENIO, que en el análisis pericial del ingeniero Castillo se omiten elementos claves, dispuestos en el Manual de Operaciones Componente Troncal Versión 2019, en el cual se indica con claridad que el criterio principal para la programación es el comportamiento de la demanda y no la cantidad de buses del sistema. Destaca que en este sistema los Concesionarios son parte activa dentro del proceso de planeación de la operación, dado que pueden elevar sus observaciones al PSO con el fin de optimizar la operación. Finalmente, se refiere al numeral 6.3.3. del Contrato de Concesión que determina que en ningún caso la remuneración de los kilómetros en vacío puede superar a los programados por TRANSMILENIO (págs. 13 y 14).

F.3. Conclusiones del Tribunal

431. Queda demostrado entonces que TRANSMILENIO, conforme con el Contrato, programa las cantidades de kilómetros en servicio y en vacío, mediante la aplicación del PSO (Programas de Servicios de Operación), contenido en el Manual de Operaciones del Contrato, aportado por el ingeniero Castro con su dictamen, que corresponde a la distribución de servicios aceptada por los mismos concesionarios conforme con sus propias necesidades, según el tamaño de su flota, la cantidad de rutas asignadas, etc., y que, puede ser objeto de incentivos en caso de disminuirse los kilómetros en vacío recorridos programados, conforme con el citado Manual (pág. 15 dictamen contradicción).
432. Por tanto, es claro el sistema pactado para el cálculo de la distribución de servicios a los contratistas, previsto en el Contrato, sin que haya lugar a dudas sobre el mecanismo acordado, advirtiendo el Tribunal que la medición de kilómetros en vacío mediante la utilización de los odómetros de los buses, que SOMOS U pretende le sea reconocida judicialmente, es ajena a las disposiciones contractuales sobre la materia.

433. Sobre la realidad de los recorridos de kilómetros en servicio y en vacío estimada mediante el sistema contractual, fue preguntado por el Tribunal el perito Vladimir Castro:

“DR. HERNÁNDEZ: Perdón, ¿para esa programación qué método se usa, es un porcentaje de los kilómetros en servicio o qué método se utiliza para señalar los kilómetros en vacío?”

“SR. CASTRO: ¿Qué se usa para calcular los kilómetros en vacío dentro de una programación? realmente los kilómetros en vacío son una consecuencia, incluso podría decir, no deseada, imposible de evitar porque los buses no van a aparecer mágicamente en donde deben empezar servicio, pero es una consecuencia de la oferta que yo debo prestar, en términos de Goal yo hago, tengo una función objetivo que lo que busca es atender a través de una cantidad de servicios, una demanda que yo planteo, ese es el objetivo de Goal.

“Cuando él requiere buses para sacar un bus cada cinco minutos del Portal Usme, él tiene que sacarlos de algún lado, entonces ahí es donde se le dice el sistema, vea acá hay un patio, ese patio tiene diez buses, empiece a sacarlos de ahí porque es el más cercano, pero se le acaban estos buses, entonces tiene que ir a buscarlos en otro patio y ahí es donde se terminan programando esos kilómetros en vacío, o sea es como una consecuencia a partir de la necesidad o de la búsqueda de satisfacer una demanda de servicio expresada en una cantidad de buses cada minutos en un servicio determinado, pero no es que yo programe los buses en vacío como tal, es una consecuencia que se requiere para poder prestar el servicio de la manera más eficiente posible.”

“Dr. Solarte: (...) ¿Pero podría considerarse que eso es teórico?”

“Ing. Castro: Eso es teórico en el sentido de que no está ejecutado por un bus en particular, en ese sentido; yo lo podría llamar teórico porque está programado, igual que es teórica, la programación del servicio F14 del norte a las Américas; ya cuando se ejecuta y viene el conductor y hace un código y se empieza el servicio, ahí ya se vuelve real, actual”.

434. La definición contractual de kilómetros en vacío contenida en el punto 3.193. del Contrato proporciona sus elementos característicos, sin encontrarse ambigüedad en su descripción:

“3.139. “Kilómetros en Vacío”

“Es el número de kilómetros programados en el Subsistema de Control de Flota provisto por el Concesionario del SIRCI y recorridos por un Bus sin servicio hacia el usuario, que son necesarios para cumplir con las órdenes de servicio público de transporte masivo de pasajeros definidas en el Programa de Servicio de Operación”.

435. De esta definición se resalta la condición de **kilómetros programados por el Subsistema de Control de Flota**, como también la exigencia de **ser recorridos por un bus sin servicio hacia el usuario**, destacando, además, su directa relación con el cumplimiento de **las órdenes de servicio público de transporte**, definidas por TRANSMILENIO.
436. En las normas contractuales atrás transcritas señaladas por SOMOS U, con el fin de demostrar la pertinencia y eficiencia del odómetro como instrumento de medición de los kilómetros recorridos por cada uno de los buses, es fácil ver que sus funciones son utilizadas, en el marco del contrato, para medir la vida útil de los vehículos y las consecuencias mecánicas de las cantidades de kilómetros recorridas. No sucede lo mismo con la contabilización de los kilómetros en vacío, pues lo que está previsto contractualmente por el PSO, no es su medición física, sino la programación realizada por TRANSMILENIO mediante el uso del software *Goal System* para tiempos específicos, derivada de la conjunción de variables tales como la demanda del servicio, las rutas que han de asignarse según la localidad en que opere cada Concesionario y el tamaño de su flota, como ampliamente se expresó.
437. De este sistema de programación destaca el Tribunal la participación de los Concesionarios en la distribución formulada inicialmente por TRANSMILENIO, al concederles un espacio de tiempo (10 días) para presentar opciones alternas y acudir a la intervención de un comité técnico de no lograrse consenso entre ellos sobre la programación así estructurada, lo que confirma la aceptación general del sistema y su práctica reiterada.
438. Así las cosas, no declarará el Tribunal el incumplimiento de TRANSMILENIO en la liquidación y pago de la remuneración del Concesionario conforme con lo solicitado en la pretensión novena de la demanda de reconvención reformada, dado que no está demostrado que la liquidación de los kilómetros en vacío se lleve a cabo en forma diferente al sistema de medición acordado contractualmente, razón por la cual será negada en la parte resolutive del Laudo la pretensión novena de la demanda de reconvención reformada, prosperando a su vez la Excepción presentada por TRANSMILENIO, denominada INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO EN LA LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LOS KILÓMETROS EN VACÍO (5.15).
439. Examinado el texto de la pretensión novena, encuentra el Tribunal que se hace referencia a las cláusulas 3.139, 3.192, 6.3, 8.3.16 y 8.4.19 del Contrato de

Concesión⁸⁸, entendiéndose que se está solicitando su incumplimiento. Revisadas tales disposiciones se encuentra que la cláusula 3.139 atrás transcrita, contiene la definición de kilómetros en vacío estudiada en las consideraciones anteriores. También está referida la cláusula 3.192, como el beneficio económico representado en la contraprestación a la que tiene derecho el Concesionario, y uno de los elementos de dicha retribución es el reconocimiento de los kilómetros en vacío. A su vez, la cláusula 6.3, que determina “...el valor de la *Retribución del Concesionario de Operación no asociada a la ejecución de obras e intervenciones*”, ha ocupado este estudio en el marco de la pretensión novena bajo examen. En cuanto a las cláusulas 8.3.16, y 8.4.19 se anota que están referidas al derecho del Concesionario de recibir su remuneración y al correlativo deber de TRANSMILENIO de pagarla en los términos del Contrato, todas las cuales se entienden incluidas en la decisión anterior. Por tales razones, no declarará el Tribunal el incumplimiento de TRANSMILENIO, en el contexto de la pretensión novena, de las cláusulas 3.139, 3.192, 6.3, 8.316 y 8.4.19 del Contrato de Concesión.

440. En cuanto a los perjuicios reclamados como consecuencia de la pretensión novena, constituidos por los kilómetros realmente recorridos por la flota, no reconocidos según la medición de los odómetros como lo pretende la reforma de la demanda de reconvención, anota el Tribunal que su cuantificación en \$1.864.444.564 más los intereses de \$399.356.933 calculados, solamente obra en el Juramento Estimatorio. En sus alegatos finales, el apoderado de SOMOS U cuantificó este concepto en la cantidad de \$2.514.275.528 (ver pág.17), que corresponde a los cálculos realizados en la Tabla No.6 del dictamen financiero realizado por el perito Sarmiento, denominada Remuneración dejada de Percibir (págs.16 y 17). También en el Resumen de las afectaciones calculadas en este

88 “3.139. “Kilómetros en Vacío”

“Es el número de kilómetros programados en el Subsistema de Control de Flota provisto por el Concesionario del SIRCI y recorridos por un Bus sin servicio hacia el usuario, que son necesarios para cumplir con las órdenes de servicio público de transporte masivo de pasajeros definidas en el Programa de Servicio de Operación.”

“3.192. “Retribución”

“Es el beneficio económico representado en la contraprestación a la que tiene derecho el Concesionario de Operación por el cumplimiento del objeto del Contrato, en los términos de la Sección 6.3.”

“6.3. Valor de la *Retribución del Concesionario de Operación no Asociada a la Ejecución de Obras e Intervenciones*”

“8.3.16. El derecho a recibir la *Retribución* que obtenga como resultado de la *Operación Troncal*, siempre que atienda sus compromisos laborales, contractuales, de *Operación y Mantenimiento* en los términos y condiciones previstos en el presente Contrato de Concesión y se cumplan las disposiciones previstas en el *Patrimonio Autónomo del Proyecto* para el fondeo de las *Subcuentas de la Cuenta Concesionario*”

“8.4.19. *Pagar la Retribución al Concesionario de Operación conforme a las reglas previstas en el presente Contrato y en el Patrimonio Autónomo SITP.*”

mismo dictamen, en la Tabla No. 43, en su segundo renglón, está incluida la misma cifra, bajo la denominación “*Valor Km. En Vacío por suministro de combustible*”.

441. No es claro para el Tribunal el concepto anterior, puesto que en su desarrollo, contenido en el punto 3.2 del dictamen, denominado “*Kilómetros adicionales por falta de consideraciones técnicas en la programación de servicios*” (pág. 14), se “*indican los kilómetros en vacío por omisiones técnicas en el cálculo de la matriz de distancias y programaciones realizadas por TMSA, debido a la ausencia de estación de combustibles Diesel para el período comprendido entre marzo de 2020 y agosto de 2022*”.
442. Dado que no prospera la pretensión novena, como ya se estableció anteriormente, y aparte del análisis probatorio, no habrá condena a TRANSMILENIO, en desarrollo de la pretensión vigésima primera referida al reconocimiento de los perjuicios de todo orden a cargo de TRANSMILENIO.
443. Respecto de la pretensión décima de la reforma de la demanda de reconvención, ubicada dentro de este mismo contexto, SOMOS U solicita interpretar la cláusula 6.3.3. del Contrato que regula la composición de la retribución del contratista mediante la fórmula allí dispuesta, en el sentido de que las expresiones “*kilómetros programados en el subsistema de control de flota previsto por el Concesionario del SIRCI (cláusula 3.193) y “(...) en ningún caso se remunerará al Concesionario de Operación un número de kilómetros en vacío superior a aquel estipulado por TMSA en el programa de servicios de Operación*”, puedan ser entendidas como una autorización anticipada para que TRANSMILENIO remunere cantidades de kilómetros en vacío inferiores a las realmente recorridas por la flota de SOMOS U.
444. La interpretación de los contratos es una labor que corresponde a la autonomía del juez y cobra relevancia para entender la complejidad del negocio jurídico y para precisar el real sentido y alcance de sus estipulaciones. Se requiere, por regla general, cuando el contrato contiene cláusulas o disposiciones contradictorias, oscuras o ambiguas, o bien, cuando ellas son aparentemente claras, pero que no reflejan la voluntad de las partes. Igualmente, la labor hermenéutica del juzgador adquiere particular relevancia en variados eventos como, por ejemplo, cuando el negocio jurídico reúne prestaciones de distintos tipos contractuales o, cuando es atípico, es decir, cuando sus prestaciones no se enmarcan dentro de ningún esquema contractual consagrado por el ordenamiento jurídico.
445. Dicha actividad interpretativa puede recaer sobre la totalidad del contrato o, como en el presente caso, sobre una de sus cláusulas, lo cual requiere entender su

propio sentido, así como su alcance en relación con la totalidad del negocio jurídico.

446. Las pautas de interpretación están contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil y son reglas que el juez debe observar en la búsqueda de la voluntad real de las partes con el fin de eliminar la ambigüedad, oscuridad o contradicción de los términos empleados.
447. Para el análisis de esta pretensión, considera el Tribunal que la interpretación que se requiere realizar se enmarca en la llamada interpretación lógica, contenida en el artículo 1620 del Código Civil, por cuanto esta técnica desarrolla el principio de conservación del contrato según el cual el intérprete debe propender por mantener, tanto su objeto mismo, como sus efectos jurídicos y económicos, con el fin de no alterar sus resultados, los cuales deben ser garantizados judicialmente.
448. También en esta labor concreta, tiene en cuenta el Tribunal que las cláusulas de un contrato se subordinan unas a otras y no deben ser analizadas de manera aislada y autónoma, pues hacen parte de un conjunto dirigido hacia un propósito particular y específico (Interpretación sistemática, artículo 1622 del Código Civil).
449. La pretensión décima, bajo examen, solicita la interpretación aislada de una frase del texto de la cláusula 6.3.3, y la proyecta como la restricción a uno de los derechos del concesionario por parte de TRANSMILENIO.
450. En las consideraciones anteriores, el Tribunal, dentro de los términos contractuales, estudió el sistema de cálculo y pago de la remuneración del Concesionario, para determinar su mecánica, en la cual, como se vio, la contabilización de los kilómetros en vacío se programa anticipadamente por TRANSMILENIO, y es conocida previamente por los concesionarios de la operación para su análisis. Es decir, no están previstos recorridos mayores de los así proyectados, para ser reconocidos como generadores de Kilómetros en vacío adicionales, como claramente lo establece la disposición en cuestión.
451. Por las consideraciones anteriores, tampoco prosperará la pretensión décima de la reforma de la demanda de reconvención, formulada por SOMOS U.

G. PRETENSIONES RELATIVAS A LA NO ENTREGA DEL SUB-LOTE 2 DE LA FLOTA

G.1. Posición de las partes

a) Posición de la Convocante en Reconvención

452. En la demanda de reconvención reformada, SOMOS U solicita que se declare que TRANSMILENIO incumplió sus obligaciones legales y contractuales porque (i) no le hizo entrega del Sub-Lote 2 de la Flota y/o (ii) no indemnizó ni compensó al Concesionario por los efectos de las modificaciones introducidas al Contrato de Concesión mediante el Otrosí No. 2. En concreto, la Convocante en Reconvención formuló las siguientes pretensiones declarativas y de condena:

“4.3. Pretensiones Declarativas relativas al incumplimiento de TRANSMILENIO en materia de entrega del Segundo Sublote de flota

“Séptimo. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. se obligó a entregar la flota que integra el Sub-Lote 2 a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. en los términos establecidos en la cláusula 3.117. inicial del Contrato de Concesión, y las demás disposiciones legales y contractuales aplicables.

“Octavo. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no entregar el Sub-Lote 2 a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S., y/o al no indemnizar ni compensar al Concesionario por los efectos generados por las modificaciones contractual (sic) objeto del Otrosí No. 2 al Contrato de Concesión

“(…)

“Vigésimo primero. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a indemnizar a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. -SOMOS U S.A.S. los perjuicios generados como consecuencia de sus incumplimientos legales y contractuales, de todo orden, según se pruebe en el proceso, para lo cual además, habrá de estarse a lo resuelto por el Tribunal para las liquidaciones y pagos que se causen con posterioridad a la presentación de la reforma de la demanda.

“Vigésimo segundo. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. - SOMOS U S.A.S. las sumas a que hubiere lugar por el restablecimiento del equilibrio del Contrato de Concesión así como las compensaciones de todo orden, según se pruebe en el proceso, para lo cual además, habrá de estarse a lo resuelto por el Tribunal en las liquidaciones y pagos que se causen con posterioridad a la presentación de la reforma de la demanda”.

453. Como fundamento de sus peticiones, en el acápite *“5.3. Hechos relativos al incumplimiento de TRANSMILENIO en materia de entrega del Segundo Sublote de flota”* la Convocante en Reconvención señala, en síntesis, que TRANSMILENIO se obligó a entregarle la Flota que integra el Sub-Lote 2 el 18 de julio de 2020, de conformidad con lo establecido en la cláusula 3.117 del Contrato de Concesión. Sin embargo, en la fecha acordada la Convocada en Reconvención no cumplió

con la entrega “*por asuntos que el Concesionario de Provisión -de TRANSMILENIO- imputó a retrasos originados por la emergencia sanitaria global*”. SOMOS U sostiene que, ante esa situación, presentó múltiples reclamaciones a TRANSMILENIO para que le indemnizara o compensara las afectaciones que habría padecido por el incumplimiento de la obligación de entrega del Sub-Lote 2, entre las que destaca la contenida en la comunicación No. 2020-ER-19657. Adicionalmente, la Convocante en Reconvención manifiesta que el 3 de agosto de 2020 —vencida la Fecha Máxima de Recepción del Sub-Lote 2— las partes suscribieron el Otrosí No. 2 al Contrato, en el que acordaron: (i) dividir la flota en varias entregas y (ii) aplazar la Fecha Máxima de Recepción del Sub-Lote 2 para el 18 de septiembre de 2020. SOMOS U destaca que en el mencionado acuerdo modificatorio dejó expresa reserva de sus reclamaciones frente a TRANSMILENIO por el retraso en la entrada en operación del Sub-Lote 2 y sus efectos. Finalmente, el Concesionario sostiene que intentó promover mecanismos de arreglo directo con la Convocada en Reconvención, sin que las partes alcanzaran una solución. No obstante, afirma que TRANSMILENIO sí habría llegado a un acuerdo con el Concesionario de Provisión, esto es, TRANSINNOVA, para compensarlo por las demoras en la entrega del Sub-Lote 2.

454. Igualmente, en la contestación de la demanda inicial subsanada, en relación con la pretensión décima cuarta formulada por TRANSMILENIO, SOMOS U manifestó que era cierto que la entrada en operación del Sub-Lote 2 de la Flota se había previsto para el 26 de septiembre de 2020, en los términos del Otrosí No. 2. En todo caso, resaltó que se reservó el derecho a reclamar por la entrega por fuera del plazo inicial, lo que habría generado una “*diferencia en margen pendiente de indemnización*”.
455. En sus alegatos de conclusión, SOMOS U reiteró que TRANSMILENIO habría incumplido su obligación de entrega del Sub-Lote 2 de la Flota porque, llegada la Fecha Máxima de Entrega, no la realizó por retrasos del Concesionario de Provisión, quien los atribuyó a la emergencia sanitaria ocasionada por el Covid-19. La falta de entrega en la oportunidad inicialmente prevista en el Contrato, según lo afirma la Convocante en Reconvención, le generó una menor explotación de la Flota por no tenerla disponible en forma completa. También señaló que, con posterioridad al vencimiento de la fecha prevista para la entrega, se suscribió el Otrosí No. 2 al Contrato con el objeto de dividir la Flota para su entrega y de aplazar la Fecha Máxima de Recepción del Sub-Lote 2, sin que se reconociera indemnización o compensación alguna a favor de SOMOS U por la falta de entrega en tiempo, por lo que en la cláusula novena del mencionado Otrosí el Concesionario se reservó el derecho a presentar reclamaciones por el retraso en la entrada en operación del Sub-Lote 2 y sus consecuencias, además de que, en

oportunidades anteriores, ya había formulado requerimientos por ese concepto (v. gr. comunicaciones 2020-ER-10551 y 2020-ER-19657).

456. Por otra parte, también en sus alegatos de cierre, la Convocante en Reconvención expresó que, en el marco del Contrato de Concesión, las demoras en la entrega del Sub-Lote 2 corresponden a un riesgo asignado a TRANSMILENIO en los términos del literal (a) de la cláusula 16.3. Y, por último, insistió en que TRANSMILENIO sí accedió a ampliar la etapa de operación respecto del contrato celebrado con TRANSINNOVA para compensar al Concesionario de Provisión por las demoras —como lo habría manifestado la señora María Cristina Guerrero en su declaración—, pero se ha negado a aceptar las fórmulas de arreglo que SOMOS U le ha propuesto.
457. Con fundamento en lo anterior, la Convocante en Reconvención sostiene que tiene derecho a que se le indemnicen o se le compensen las afectaciones patrimoniales que sufrió por el incumplimiento de TRANSMILENIO, que corresponden a las siguientes: (i) el margen no obtenido por los kilómetros no recorridos por la flota, y sus intereses; y (ii) la remuneración asociada al Costo Operacional del Vehículo, junto con sus intereses.

b) Posición de la Convocada en Reconvención

458. En la contestación a la demanda de reconvención reformada, TRANSMILENIO se opuso a la prosperidad de las pretensiones séptima y octava declarativas porque considera que: (i) son violatorias de la buena fe contractual e implican un desconocimiento de los actos propios de SOMOS U, quien mediante comunicación 2020-ER-10551 de 1° de abril de 2020 apoyó la solicitud presentada por TRANSINNOVA en el sentido de que se declarara la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad respecto de la entrega del Sub-Lote 2; y (ii) no existe un incumplimiento imputable a TRANSMILENIO por el cambio de la fecha de entrega del Sub-Lote 2, toda vez que *“la obligación de entrega de la flota en unos tiempos específicos le correspondía [al] concesionario de provisión”*. Adicionalmente, en relación con las reclamaciones presentadas por SOMOS U para el reconocimiento de las afectaciones que le habría causado el aplazamiento de la entrega del Sub-Lote 2, la Convocada en Reconvención manifestó que fueron respondidas de manera precisa y negadas porque no contaban con pruebas que permitieran verificar la existencia de un perjuicio.
459. En línea con las anteriores manifestaciones, TRANSMILENIO propuso las siguientes excepciones de mérito respecto de las pretensiones séptima y octava de la demanda de reconvención reformada: (i) *“5.4. MALA FE CONTRACTUAL”*;

(ii) “5.9. IMPROCEDENCIA DE APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL”; (iii) “5.11. TEORÍA DE ACTOS PROPIOS RESPECTO AL CAMBIO DE LA FECHA DE ENTREGA DE LA FLOTA DEL SUBLOTE 2”; (iv) “5.12. INEXISTENCIA DE PERJUICIO POR EL CAMBIO EN LA FECHA DE ENTREGA DEL SUBLOTE 2 DE FLOTA”; (v) “5.13. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE A TRANSMILENIO POR EL CAMBIO DE FECHA DEL SUBLOTE 2”; y (vi) “5.14. RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO DE PROVISIÓN POR EL CAMBIO DE FECHA DE ENTREGA DEL SUBLOTE 2 DE FLOTA”.

460. En suma, en los medios de defensa enunciados TRANSMILENIO argumentó que SOMOS U tuvo conocimiento de las causas que retrasaron la entrega del Sub-Lote 2 —atribuibles a TRANSINNOVA— y participó activamente en las mesas de trabajo que se adelantaron con el Concesionario de Provisión para darle una solución a dicha problemática. Destacó que, además, SOMOS U envió una comunicación en la que ratificó su entendimiento sobre la necesidad de modificar la fecha de entrega, por lo que resulta contrario a sus propios actos pretender, por la vía de la demanda de reconvención, una indemnización de perjuicios por un presunto incumplimiento de la obligación de entrega del Sub-Lote 2 en la fecha inicialmente convenida, que fue modificada mediante el Otrosí No. 2 al Contrato de Concesión No. 688 de 2018. Por otra parte, la Convocada en Reconvención afirmó que el Concesionario no ha sufrido afectación económica alguna como consecuencia del cambio de la fecha de entrega del Sub-Lote al que se ha hecho referencia, pues sus estados financieros demuestran que no ha tenido una pérdida patrimonial, sino que, por el contrario, se proyectan utilidades. Finalmente, sostuvo que la entrega de la Flota es responsabilidad del Concesionario de Provisión, y comoquiera que el cambio en la fecha de entrega se originó en la solicitud expresa que este formuló, no existe incumplimiento ni responsabilidad alguna de TRANSMILENIO frente a SOMOS U, pues la tardanza no le es imputable.
461. Adicionalmente, TRANSMILENIO llamó en garantía a TRANSINNOVA en su calidad de concesionario de provisión. Respecto de este llamamiento, el Tribunal se pronunciará en acápites posteriores, pues este depende de la prosperidad de las pretensiones declarativas y de condena formuladas por SOMOS U respecto de TRANSMILENIO.
462. Por otra parte, en la demanda inicial subsanada, TRANSMILENIO solicitó que se declare que, de conformidad con lo pactado en el Otrosí No. 2, la entrada en operación del Sub-Lote 2 de la Flota se fijó para el 26 de septiembre de 2020. En concreto, TRANSMILENIO formuló la siguiente pretensión:

“DÉCIMA CUARTA: Que se declare que de conformidad con el otrosí No. 2 al Contrato de Concesión No. 688 de 2018, la entrada definitiva en operación del segundo sub lote de flota era el 26 de septiembre de 2020”.

463. En suma, sustenta su petición en que el 3 de agosto de 2020 las partes suscribieron el Otrosí No. 2 al Contrato, en el que se pactó que el Sub-Lote 2 se dividiría en tres entregas, y respecto de la tercera y última, prevista para el 18 de septiembre de 2020, se acordó que la operación iniciaría el 26 de septiembre de 2020, lo que efectivamente ocurrió.
464. En su alegato de conclusión, la Convocada en Reconvención reiteró que no existió un incumplimiento que le sea imputable por la falta de entrega del Sub-Lote 2 en la fecha inicialmente pactada en el Contrato. Al respecto, destacó que SOMOS U coadyuvó la petición que formuló TRANSINNOVA en el sentido de que se declarara la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad, lo que motivó la ampliación del plazo de entrega del Sub-Lote 2 en los términos del Otrosí No. 2 al Contrato de Concesión. En ese sentido, insistió en que la coadyuvancia de SOMOS U implicó eximir a TRANSMILENIO de toda responsabilidad por los hechos que dieron lugar al desplazamiento de la fecha de entrega. También señaló que la reclamación de una indemnización de perjuicios resulta contraria a la buena fe debido a que es contradictoria con la posición que inicialmente adoptó el Concesionario y de la que darían cuenta las declaraciones de los señores Nicolás Velásquez Cujar, María Cristina Guerrero Santacruz y Enrique Wolff. Además, expresó que no se probó la existencia de un menoscabo que deba ser compensado y precisó que, en todo caso, tratándose de un evento imprevisible, el Concesionario solo tendría derecho a ser llevado a punto de no pérdida, pero no puede perseguir el reconocimiento de la utilidad que esperaba obtener.
465. Por lo anteriormente expuesto, TRANSMILENIO concluyó que las pretensiones séptima y octava declarativas de la demanda de reconvención reformada no están llamadas a prosperar.

G.2. Concepto del Ministerio Público

466. La Procuradora 134 Judicial II para Asuntos Administrativos rindió concepto en el que solicitó, de manera general, que se nieguen las pretensiones de la demanda de reconvención reformada. En particular, en lo relativo al incumplimiento de la obligación de entrega del Sub-Lote 2 de la Flota manifestó que no se demostraron los kilómetros en servicio dejados de recorrer por la modificación de la fecha de entrega de dicho Sub-Lote, que *“generen remuneración o compensación en favor de SOMOS U y a cargo de TRANSMILENIO”.*

467. Como fundamento de su petición, la Procuradora Delegada precisó que, si bien es cierto que TRANSMILENIO no hizo entrega del segundo Sub-Lote en la oportunidad inicialmente pactada, esto se debió a que no lo recibió del Concesionario de Provisión, *“quien adujo retrasos a raíz de la pandemia generada por el Covid-19”*, de lo que darían cuenta los antecedentes que se consignaron en el Otrosí No. 2 al Contrato de Concesión No. 688 de 2018. Al respecto, destacó que en las consideraciones del mencionado acuerdo modificatorio se señaló que, ante la imposibilidad de entregar el Sub-Lote 2 como consecuencia de las medidas adoptadas en el marco de la pandemia generada por el Covid-19, que le impidieron al *“carrocero”* adelantar las actividades de fabricación y ensamble de la carrocería de la Flota, el Concesionario de Provisión le solicitó a TRANSMILENIO que reconociera la configuración de un Evento Eximente de Responsabilidad. Asimismo, resaltó que la mencionada solicitud fue apoyada por SOMOS U.
468. Teniendo en cuenta el anterior contexto, la delegada del Ministerio Público manifestó que resulta incoherente el comportamiento de la Convocante en Reconvencción, pues reconoció que la situación generada por la pandemia del Covid-19 constituía un eximente de responsabilidad respecto de las obligaciones de TRANSINNOVA, pero considera que se trata de un incumplimiento de TRANSMILENIO del que pretende derivar una compensación. Señaló, además, que, tratándose de un contrato estatal, el contratista se encuentra sometido al cumplimiento de los fines propios de la contratación pública, lo que debe orientar su comportamiento.
469. Concluyó, entonces, que TRANSMILENIO no incumplió su obligación de entrega del Sub-Lote 2, toda vez que *“el retraso en dicha entrega se derivó de la demora de TRANSINNOVA USME en la provisión de la flota a raíz de la emergencia sanitaria global generada por el Covid19, situación que fue pedida, y apoyada por SOMOS, como un eximente de responsabilidad, y así aceptada por el contratante. Reconocimiento que, además generó la suscripción del otrosí No. 2 (...)”*. Lo anterior, según lo manifestó la agente del Ministerio Público, excluiría cualquier reconocimiento de kilómetros en servicio dejados de recorrer por la falta de entrega el 18 de julio de 2020.
470. Por último, la Procuradora Delegada sostuvo que no se habría acreditado la pérdida por los 588.468 kilómetros en servicio reclamados por SOMOS U, debido a que, como se explicó en los dictámenes técnico y financiero de contradicción, la programación de los kilómetros se realiza a partir de la demanda, por lo que incluso si se hubiera entregado el Sub-Lote 2 el 18 de julio de 2020, no estaba garantizado un número determinado de kilómetros en servicio, además de que, para el periodo reclamado, se presentó un bajo nivel de utilización del sistema.

G.3. Problema jurídico y metodología de análisis

471. Delimitada la posición de las partes y del Ministerio Público en los términos antes expuestos, los problemas jurídicos que debe resolver el Tribunal corresponden a los siguientes: (i) determinar si TRANSMILENIO incumplió su obligación de entregar el Sub-Lote 2 de la Flota a SOMOS U, por no haberla realizado en la fecha inicialmente pactada, esto es, el 18 de julio de 2020; y (ii) establecer si TRANSMILENIO incumplió sus obligaciones por no indemnizar ni compensar a SOMOS U por los efectos que le generó la modificación que se introdujo al Contrato con el Otrosí No. 2, esto es, la división del Sub-Lote 2 en tres (3) entregas y el aplazamiento de la Fecha Máxima de Recepción hasta el 18 de septiembre de 2020, consistentes en (a) el margen que dejó de percibir el Concesionario por los kilómetros comerciales no recorridos con la Flota que conforma el Sub-Lote 2 y (b) la remuneración asociada al Costo Operacional de los Vehículos.
472. Para efectos de resolver las problemáticas antes planteadas, el Tribunal procederá de la siguiente forma: (i) en primer lugar, se estudiará lo relativo la obligación de entrega del Sub-Lote 2 de Flota en los términos en los que fue inicialmente convenida; (ii) seguidamente, se analizarán las modificaciones introducidas al Contrato de Concesión mediante el Otrosí No. 2 suscrito el 3 de agosto de 2020, así como los antecedentes que motivaron su celebración; (iii) establecido lo anterior, se examinarán las excepciones denominadas “5.4. MALA FE CONTRACTUAL” y “5.11. TEORÍA DE ACTOS PROPIOS RESPECTO AL CAMBIO DE LA FECHA DE ENTREGA DE LA FLOTA DEL SUBLOTE 2” propuesta por TRANSMILENIO, pues de su prosperidad depende el análisis del mérito de las pretensiones séptima y octava de la demanda de reconvención reformada; (iv) en caso de que se declare no probado el medio de defensa antes mencionado, se verificará si TRANSMILENIO efectivamente incumplió su obligación de entrega del Sub-Lote 2 en la fecha inicialmente pactada (18 de julio de 2020); y, finalmente (v), se analizará si, como consecuencia de las modificaciones pactadas en el Otrosí No. 2, SOMOS U tiene derecho a una indemnización o compensación por la utilidad dejada de percibir por los kilómetros no recorridos y por el Costo Operacional de los Vehículos, cuya falta de reconocimiento por parte de TRANSMILENIO pueda ser calificada como un incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales, que, a su vez, deba conducir a condenar a TRANSMILENIO a pagar la mencionada indemnización o compensación a favor de SOMOS U.

G.4. Consideraciones del Tribunal

G.4.1. La obligación de entrega del Sub-Lote 2 de la Flota en los términos inicialmente pactados en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018

473. En primer término, para efectos de definir si TRANSMILENIO incurrió en un incumplimiento contractual en relación con la obligación de entrega del Sub-Lote 2 de la Flota, el Tribunal debe delimitar el contenido de dicha prestación y definir, además, quién era el deudor responsable de su ejecución. Esto último, debido a que TRANSMILENIO sostiene que era TRANSINNOVA, en su calidad de Concesionario de Provisión, quien debía realizar la entrega. Al respecto, en la excepción denominada “5.13. *INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE A TRANSMILENIO POR EL CAMBIO DE FECHA DEL SUBLOTE 2*”, la Convocada en Reconvención afirma que SOMOS U siempre entendió que “*la provisión de la flota que operaría estaría a cargo de Transinnova Usme S.A.S. y, por ende, cualquier modificación en la fecha de entrega de la flota por parte de este último sería asunto de este y no de Transmilenio*”.
474. En el marco del plan de expansión del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, TRANSMILENIO adelantó simultáneamente dos procesos de selección correspondientes a las Licitaciones Públicas Nos. TMSA-LP-001-2018 y TMSA-LP-002-2018, que tenían por objeto adjudicar seis (6) contratos de concesión para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en sus componentes de (i) provisión de flota y (ii) operación del sistema, respectivamente. En efecto, en los numerales 1.2.1 y 1.2.2 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-002-2018⁸⁹, de redacción semejante a los numerales 1.2.1 y 1.2.2 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-001-2018⁹⁰, se explicó lo siguiente:

“1.2. Descripción de la Transacción.

“1.2.1. La presente Licitación cuyo objeto se describe más adelante tiene como finalidad adjudicar seis (6) contratos de concesión para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en el componente de operación. Simultáneamente a la presente Licitación, TMSA abre la Licitación de Provisión de Flota cuyo objeto es adjudicar seis (6) contratos para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en el componente de provisión de flota.

89 Expediente digital. 129597_CONTINUIDAD. PRUEBAS. 12_PRUEBAS_TRANSMILENIO_LINK_SECOP. PRUEBAS DOCUMENTOS LINKS SEOP TRIBUNAL SOMOS USME. b. Documentos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-002-2018. 109_Adenda6_PLIEGO OPERADOR.

90 Expediente digital. 129597_CONTINUIDAD. 02_PRUEBAS. 12_PRUEBAS_TRANSMILENIO_LINK_SECOP. PRUEBAS DOCUMENTOS LINKS SEOP TRIBUNAL SOMOS USME. A. Documentos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-001-2018. 117_Adenda7_PLIEGOS PROVISIÓN.

“1.2.2. Los contratos de concesión de provisión de flota y de operación son complementarios entre sí, en la medida en que solamente con una combinación de los dos contratos se puede prestar el servicio público de transporte masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá D.C. Por lo anterior, TMSA adelanta los procesos de selección de manera paralela y los adjudicará simultánea y dependientemente el uno del otro. Se reitera que un contrato de operación sin Flota y viceversa, no permite contar con los elementos necesarios para prestar el servicio”.

475. En los términos antes citados, TRANSMILENIO optó por contratar de manera separada y con contratistas distintos lo relativo a la provisión de la flota, por una parte, y su operación, por la otra, aunque los diferentes contratos de concesión que se suscribirían para el efecto estarían coligados, pues servirían a un mismo propósito común: la ampliación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá y la prestación del respectivo servicio público de transporte de pasajeros.
476. Surtidos los trámites correspondientes, mediante Resolución No. 675 de 2 de noviembre de 2018⁹¹, TRANSMILENIO adjudicó el lote No. 6 (Usme) de las licitaciones públicas Nos. TMSA-LP-001-2018 y TMSA-LP-002-2018 a TRANSINNOVA y SOMOS U, respectivamente. En consecuencia, se celebraron los siguientes contratos: (i) el Contrato de Concesión No. 687 de 2018 entre TRANSINNOVA (en su calidad de Concesionario de Provisión) y TRANSMILENIO, de 21 de noviembre de 2018⁹²; y (ii) el Contrato de Concesión No. 688 de 2018 entre SOMOS U (en su calidad de Concesionario de Operación) y TRANSMILENIO, de 19 de noviembre de 2018⁹³.
- 476.1. El primero tiene por objeto *“el otorgamiento de una concesión para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en forma no exclusiva en la ciudad de Bogotá D.C. en el componente de Provisión de Flota, para que de conformidad con lo previsto en este Contrato, el Concesionario de Provisión, por su cuenta y riesgo (i) compre la Flota; (ii) haga la supervisión de la fabricación, montaje, ensamblaje, montaje de la carrocería, entre otros; (iii) haga su importación; (iv) obtenga las Licencias y Permisos necesarios, incluyendo la matrícula de cada uno de los buses que componen la Flota en el Registro Distrital Automotor; (v) vincule la Flota al Sistema TransMilenio; (vi) entregue la Flota a TMSA para su Operación*

91 Expediente digital. 02_PRUEBAS. 04_PRUEBAS_NUMERAL_4.2_RECONVENCION. 4.2.8. RESOLUCION DE ADJUDICACION 675 DE 2018 TMSA-01-2018 Y TMSA-LP-02-2018.

92 Expediente digital. 02_PRUEBAS. 02_PRUEBAS_CONTESTACIÓN_RECONVENCION. 1. Licitaciones Operación y Provisión. TMSA-LP- 001-2018 Provisión. CTO687-18 CONTRATO PROVISIÓN - TRANSINNOVA USME S.A.S.

93 Expediente digital. 02_PRUEBAS. 01. 129597 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL. 02 1 CONTRATO Y MODIFICACIONES. 1_CTO688-18 CONTRATO Operación - SOMOS USME SAS.

en el Sistema TransMilenio; y (viii) Desvincule la Flota conforme a las instrucciones que le imparta TMSA”.

- 476.2. Por su parte, el Contrato de Concesión No. 688 de 2018 tiene por objeto “*otorgar al Concesionario de Operación la concesión no exclusiva para (i) la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros del Sistema TransMilenio en el componente de Operación; (ii) el Mantenimiento de la Flota; (iii) la Adecuación, Operación y Mantenimiento de los Patios de Operación; y (iv) la ejecución de las Obras e Intervenciones. En desarrollo del objeto señalado TMSA entrega en concesión el uso y Control Total de la Flota descrita en el Anexo G del presente Contrato*”.
477. De lo anterior se desprende que, para el cumplimiento de los fines perseguidos por TRANSMILENIO con la suscripción de los contratos de concesión anteriormente identificados —la expansión del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá— era necesaria la adquisición de una Flota adicional y su puesta en operación. Para efectos de lo primero, TRANSMILENIO contrató a TRANSINNOVA, quien en virtud de lo pactado en el Contrato de Concesión No. 687 se obligó a adquirir, por su cuenta y riesgo, los Buses que conforman la Flota del Lote No. 6 (Usme), y a entregárselos a TRANSMILENIO en las fechas definidas en el Anexo H. Por su parte, para la operación de dicha Flota la Convocada en Reconvencción contrató a SOMOS U, quien se obligó, principalmente, a prestar el servicio público de transporte masivo de pasajeros, para lo que requería de la entrega de la Flota por parte de TRANSMILENIO.
478. Sobre las condiciones de entrega de la Flota, se destaca que en el numeral 3.120 del Contrato de Concesión No. 688 de 2018 se definió dicho concepto como “*la Flota Operativa y la Flota de Reserva descritos en el Anexo G, de propiedad del Concesionario de Provisión, que son entregados al Concesionario de Operación por TMSA para su uso y explotación. La Flota estará destinada a ser Operada por el Concesionario de Operación o por el Concesionario de Reemplazo en el Sistema TransMilenio única y exclusivamente*”. Por su parte, la “Flota Operativa” se definió en el numeral 3.121 del referido negocio jurídico como “*el conjunto de Buses disponibles para la Operación, que cumplan con las características y especificaciones señaladas en el Apéndice 1 del Anexo B del presente Contrato. Este número de Buses no incluye la Flota de Reserva*”. Idénticas definiciones se encuentran recogidas en los numerales 3.74 y 3.76 del Contrato de Concesión No. 687 de 2018. Y, en cuanto al Sub-Lote de Flota, en el numeral 3.205 del Contrato de Concesión No. 688 de 2018 se definió dicho concepto como “*un número determinado de Buses que componen la Flota tal como éstos se indican a continuación (...)*”. El Sub-Lote 2, en los términos del mencionado numeral 3.205,

estaba conformado por 106 Buses Biarticulados. La definición antes transcrita se encuentra igualmente plasmada en el numeral 3.128 del Contrato de Concesión No. 687 de 2018.

479. Ahora bien, en lo que respecta a la oportunidad para la entrega del Sub-Lote 2, en el numeral 3.117 del Contrato de Concesión No. 688 se fijó la Fecha Máxima de Recepción del Sub-Lote 2 en los siguientes términos: *“es el 18 de julio de 2020 que es el último día en que TMSA hará entrega de la totalidad del Sub-Lote 2 al Concesionario de Operación”*. Por su parte, en el numeral 3.71 del Contrato de Concesión No. 687 se contempló, de manera general, una Fecha Máxima de Entrega de la Flota, que correspondería a *“la fecha señalada en el Anexo H como el último día de entrega de la totalidad de la Flota o de un Sub-Lote de Flota a TMSA”*, que, para el Sub-Lote 2, en los términos del mencionado Anexo H⁹⁴, era el 18 de julio de 2020.
480. De las definiciones anteriormente reproducidas se desprende que la Flota, aunque de propiedad del Concesionario de Provisión, debía ser entregada por TRANSMILENIO a SOMOS U, pues si bien existe una coligación entre el Contrato de Concesión No. 687 y el Contrato de Concesión No. 688, lo cierto es que el Concesionario de Provisión no adquirió una obligación con el Concesionario de Operación en el sentido de hacerle, directamente a este último, la entrega de la Flota. En efecto, en el citado numeral 3.120 del Contrato de Concesión No. 688 de 2018 expresamente se señaló que la Flota correspondía a los Buses que TRANSMILENIO le entregaría SOMOS U para que este último pudiera operarla en los términos convenidos. Asimismo, en el numeral 3.117 del referido Contrato se precisó que la Fecha Máxima de Recepción del Sub-Lote 2 correspondía a la oportunidad en la que TRANSMILENIO (no TRANSINNOVA) le haría entrega a SOMOS U de la totalidad de los Buses que conforman el mencionado Sub-Lote.
481. A lo anterior se suma que, si bien se celebró un Acuerdo entre Privados entre TRANSINNOVA y SOMOS U, en virtud de dicha vinculación no surgió en cabeza del Concesionario de Provisión la obligación de hacerle entrega a la Convocante en Reconvención del Sub-Lote 2 de la Flota. Al respecto, se observa que en el numeral 1.2.4 de los Pliegos de Condiciones de ambas licitaciones se señaló que *“por la naturaleza del servicio público que se presta, es fundamental que la relación entre los dos concesionarios (v. gr. el proveedor de flota y el operador) sea una relación regulada entre ellos con el ánimo y el espíritu de colaborar de buena fe en la consecución de los objetivos de cada uno de los contratos los cuales redundarán*

94 Expediente digital. 02_PRUEBAS. 02_PRUEBAS_CONTESTACIÓN_RECONVENCION. 1. Licitaciones Operación y Provisión. TMSA-LP- 001-2018 Provisión. Anexos Provisión. Adenda3_Anexo H_Fecha_Maxima_Entrega_Flota.

en una adecuada prestación del servicio público de pasajeros para la ciudad de Bogotá”. En esa misma línea, en el numeral 1.2.5 de los Pliegos de Condiciones se estableció que “para facilitar esta relación, TMSA ha diseñado el contenido mínimo y obligatorio del contrato denominado Acuerdo Entre Privados que deberá suscribirse entre los Adjudicatarios acoplados de las Licitaciones de Operación y de Provisión de Flota para cada uno de los Lotes de Flota. Este acuerdo busca regular aquellos aspectos de la relación jurídica entre los concesionarios que permitan ejecutar los contratos de concesión adjudicados por TMSA a cada uno de ellos de manera coordinada y procurando que no hayan (sic) reclamaciones”.

482. En cumplimiento de lo dispuesto en los Pliegos de Condiciones, TRANSINNOVA y SOMOS U suscribieron el Acuerdo entre Privados⁹⁵, motivados, entre otras razones, porque *“el Concesionario de Operación recibirá el uso y derecho a explotar la Flota de propiedad del Concesionario de Provisión y en ejecución de su Contrato de Concesión No. 688 deberá Operar y Mantener la Flota, en los términos y condiciones del Contrato de Concesión de Operación”*, como consecuencia de lo cual el Concesionario de Provisión adquirió *“ciertos derechos de supervisión sobre la ejecución por parte del Concesionario de Operación de las obligaciones de mantenimiento de la Flota en la medida que la nuda propiedad sigue”* en cabeza suya. En ese contexto, en el numeral 2.1 del Acuerdo entre Privados se delimitó su objeto en los siguientes términos: *“el objeto del presente Acuerdo es regular los términos y condiciones bajo los cuales el Concesionario de Provisión y el Concesionario de Operación coordinarán la relación que se crea entre ellos por cuenta de la entrega de la Flota por parte de TMSA al Concesionario de Operación, Flota de propiedad del Concesionario de Provisión y que ha sido entregada a TMSA para su uso y explotación”*. El propósito del citado Acuerdo era, entonces, establecer las reglas que regirían la relación que surgiría entre ambos concesionarios como consecuencia de la entrega que TRANSMILENIO le haría a SOMOS U de la Flota de propiedad de TRANSINNOVA. Lo anterior es claramente indicativo de que el deudor de la obligación de entrega de la Flota a SOMOS U para su operación era TRANSMILENIO y no el Concesionario de Provisión, si bien, para efectos del cumplimiento de dicha prestación, TRANSMILENIO contrató a un tercero (TRANSINNOVA).
483. De lo anteriormente expuesto se concluye que TRANSMILENIO se obligó a entregarle a SOMOS U el Sub-Lote 2 de la Flota, compuesto por 106 Buses Biarticulados. Dicha prestación debía cumplirse dentro de un plazo previamente

95 Expediente digital. 02_PRUEBAS. 09_PRUEBAS_CONTESTACION_TRANSINNOVA_REFORMA_RECONVENCION. Transinnova - contestación de la reforma de la demanda de reconvención. 3. Acuerdo entre privados entre Somos Bogotá Usme y Transinnova Usme.

definido en el Contrato de Concesión No. 688: el 18 de julio de 2020. No obstante, como se explica seguidamente, la fecha y la forma de entrega fueron modificadas con la suscripción del Otrosí No. 2.

G.4.2. El Otrosí No. 2 y sus antecedentes: el Evento Eximente de Responsabilidad respecto del Contrato de Concesión No. 687 de 2018

484. Ahora bien, precisado el contenido de la obligación de entrega del Sub-Lote 2 de la Flota y el responsable de su cumplimiento, con el fin de determinar si TRANSMILENIO incumplió su obligación de entrega de ese Sub-Lote porque no procedió de conformidad en la fecha inicialmente prevista en el Contrato de Concesión No. 688, esto es, el 18 de julio de 2020, resulta relevante tener en cuenta que las partes celebraron un acuerdo modificatorio en virtud del cual (i) dividieron el Sub-Lote 2 en tres entregas y (ii) aplazaron la Fecha Máxima de Recepción. Procede, entonces, el Tribunal a analizar los antecedentes que llevaron a las partes a la suscripción del Otrosí No. 2, así como el contenido de este último, particularmente en lo que respecta a la fecha en la que debía verificarse la entrega del Sub-Lote 2.
485. El 31 de marzo de 2020, mediante comunicación No. TIU-2020-E319⁹⁶, TRANSINNOVA le presentó a TRANSMILENIO una solicitud para que se reconociera la configuración de un Evento Eximente de Responsabilidad de conformidad con lo establecido en el Capítulo XIII del Contrato de Concesión No. 687 de 2018. En síntesis, en la misiva mencionada se señaló que, como consecuencia de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio adoptadas por el Gobierno Nacional ante la emergencia sanitaria producida por la pandemia del Covid-19, se presentaron, principalmente, las siguientes circunstancias que le impedían a TRANSINNOVA entregar el Sub-Lote 2 el 18 de julio de 2020: (i) suspensión de operaciones por parte de Superpolo S.A.S., “carrocero” de los buses que serían provistos por TRANSINNOVA; y (ii) indisponibilidad de logística de transporte que impedía el traslado de chasises. A lo anterior se sumaron las medidas adoptadas en Brasil para la contención del Covid-19 que afectaron la capacidad de producción de Volvo, igualmente Fabricante de los Buses. Con fundamento en esos antecedentes, TRANSINNOVA le solicitó a la entidad concedente declarar la existencia de un Evento Eximente de Responsabilidad por hechos imprevisibles, irresistibles y ajenos a su control que imposibilitaban el cumplimiento de su obligación de entrega del segundo Sub-Lote de la Flota, en los siguientes términos:

96 Expediente digital. 02_PRUEBAS. 06_PRUEBAS_CONTESTACION_LLAMAMIENTO_TRANSINNOVA. 14. TIU-2020-E319 SOLICITUD EER.

“(…) como se desprende de los hechos que dan origen a la solicitud, la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 en Colombia y en diversas jurisdicciones impide cumplir con el cronograma de fabricación del Sublote 2 de la Flota en las condiciones inicialmente planteadas. Lo anterior puesto que la imposibilidad de trasladar los chasis desde puerto y el cierre temporal de la fábrica de Superpolo retrasan el mencionado cronograma y, en última instancia, la fecha en que los Buses estarán dispuestos para su entrega a TMSA.

“En efecto, Transinnova se encuentra en imposibilidad de cumplir con dicho cronograma de Entrega de la Flota por cuenta de los eventos imprevisibles e irresistibles que han surgido en relación con el COVID-19, y en particular por cuenta de los actos de autoridad del Gobierno Nacional y las autoridades locales emitidos en el marco de la emergencia sanitaria declarada en el país desde el 12 de marzo del año en curso y de la emergencia económica, social y ambiental declarada el 17 de marzo de 2020.

“(…)”

“En esa medida, el Concesionario solicita a TMSA reconocer la configuración del Evento Eximente de Responsabilidad en los términos de la Sección 13.1.4 del Contrato de Concesión y que se le excuse así de cumplir con la Fecha Máxima de Entrega de la Flota mientras las medidas administrativas adoptadas por el gobierno nacional y en general la pandemia del COVID-19 impidan al Carrocero adelantar las actividades relacionadas con la fabricación y ensamble de la carrocería.

“(…)”

486. Posteriormente, mediante comunicación SOMOSU-TMSA-0046-01042020 (2020-ER-10551) de 1° de abril de 2020⁹⁷, SOMOS U le manifestó lo siguiente a TRANSMILENIO en relación con las medidas adoptadas por los Gobiernos Nacional y Distrital para efectos de evitar la propagación del Covid-19, y su impacto en lo relativo a las obligaciones que SOMOS U había asumido en virtud del Contrato de Concesión No. 688 de 2018:

“(…) como consecuencia de estas medidas, la economía e industria se han visto profundamente afectadas por la parálisis en la operación de varios sectores y empresas, como es el caso de Superpolo S.A. que se encarga de construir la carrocería de los buses. Para el caso de SOMOS U S.A.S. tales efectos resultan tener una incidencia directa en el cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión 688 de 2018, pues se retrasa el cronograma de recepción por parte nuestra de la flota, esto teniendo en cuenta que los buses deben pasar por un proceso de alistamiento e instalación de equipos SIRCI y STS, retraso que claramente se vería justificado por un evento de fuerza mayor eximente de responsabilidad, según lo estipulado en la Ley 95 de 1890.

97 Expediente digital. 02_PRUEBAS. 06_PRUEBAS_CONTESTACION_LLAMAMIENTO_TRANSINNOVA. 2020-ER-10551.

“Ahora bien, respecto a la solicitud realizada por TRANSINNOVA USME S.A.S., queremos informar que apoyamos de manera directa dicha solicitud, teniendo en cuenta que, nuestros contratos acoplados de provisión y operación se verán gravemente afectados por los hechos relatados, los cuales con (sic) totalmente ajenos a nuestra responsabilidad y gestión.

“Es así como, nos vemos en la obligación de solicitarle al Ente Gestor [que] acepte la configuración de un evento eximente de responsabilidad asociado a la epidemia del COVID-19, que también provocará demoras dentro de los cronogramas establecidos en nuestro contrato de concesión de O&M. Por lo que les solicitamos que se suspenda o prorrogue el plazo para la entrada en operación del segundo sub-lote hasta que se supere o se encuentre una solución al evento eximente de responsabilidad mencionado, esto sin afectar las garantías de retribución de nuestro concesionario de acuerdo con el proceso licitatorio TMSA-LP-002-2018”.

487. De la comunicación antes citada se destaca: (i) que SOMOS U coadyuvó la solicitud que presentó TRANSINNOVA en el sentido de que se aceptara la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad respecto del Contrato de Concesión No. 687 de 2018, derivado de las medidas de aislamiento adoptadas en el marco de la pandemia generada por el Covid-19, que le impedían al Concesionario de Provisión cumplir con la entrega del Sub-Lote 2 de la Flota en la oportunidad inicialmente convenida; (ii) que, debido a la tardanza en la entrega, SOMOS U anticipaba que también se retrasaría la entrada en operación del mencionado Sub-Lote, lo que podría afectar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo; y (iii) que, en todo caso, el Concesionario expresamente precisó que su solicitud de suspensión o prórroga del plazo de entrada en operación del Sub-Lote 2 se hacía *“sin afectar [sus] garantías de retribución”*. De esa forma, la Convocante en Reconvención anticipó que se presentaría un retraso en la entrega del Sub-Lote 2 por circunstancias ajenas al control de las partes involucradas en la operación, particularmente, por la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad que, de manera particular, afectaba al Concesionario de Provisión, pero que además impactaba, en general, la recepción del Sub-Lote por parte de SOMOS U.
488. Con posterioridad, mediante escrito No. 2020-ER-06269 de 21 de mayo de 2020⁹⁸, y luego de recibido el concepto favorable por parte de la Interventoría Consorcio CJS Interventores⁹⁹, TRANSMILENIO dio respuesta a la solicitud elevada por TRANSINNOVA sobre la configuración de un Evento Eximente de Responsabilidad, en el sentido de aceptar su estructuración en los siguientes términos:

98 Expediente digital. 02_PRUEBAS. 04_PRUEBAS_NUMERAL_4.2_RECONVENCION. 4.2.9. EER Transinnova. 2020-EE-06269.

99 Expediente digital. 02_PRUEBAS. 06_PRUEBAS_CONTESTACION_LLAMAMIENTO_TRANSINNOVA. 2020-EE-06269 ANEXO.

“TRANSMILENIO S.A., acoge los argumentos presentados por la Interventoría en su concepto y las conclusiones expuestas en el mismo.

“Conforme el precedente, puede entender que, atendiendo a la viabilidad de la figura de eximente de responsabilidad, emitida mediante concepto con número de radicado JCA-CJS-P128-04594-2020- Rad 2020-ER-12007 del 22/04/2020, rad 2020-ER-13625 11/05/2020, se establece el periodo de tiempo durante el cual, el Concesionario de Provisión quedaría excusado del cumplimiento de las obligaciones afectadas frente al cumplimiento de las obligaciones descritas en el presente análisis:

FECHA DE INICIO	FECHA FINAL MEDIDA	PERIODO ESPECIAL	DÍAS FALTANTES A 10-07-2020	FECHA CESACION DEL EVENTO PROGRAMADA A LA GENERACION DEL PRESENTE DOCUMENTO	FECHA MAXIMA NOTIFICACION CESACION	CRITERIO PARA REASUMIR CUMPLIMIENTO	FECHA MAX CUMPLIMIENTO OBLIGACION LUEGO DE AGOTARSE EL EER
19-03-2020	11-05-2020	Del 19-03-2020 al 11-05-2020	Desde el 19-03-2020 al 10-07-2020. 81 días hábiles	11-05-2020	22-05-2020	05/06/2020	37 días hábiles contados con el referente de la fecha en que se notifique la cesación y de reasumir cumplimiento.

“(…)

“En concordancia y atendiendo al contenido del numeral 13.1.5 el plazo del 11-05-2020 para el cumplimiento de la ejecución de las actividades propias para la entrega del segundo sub-lote, se entenderían prorrogadas por un término igual al del periodo especial, que en este caso será de 37 días hábiles.

“(…)

“Dando aplicación a lo pactado en el numeral 17.2.5 del Contrato de Concesión 687 de 2018 TRANSMILENIO S.A. no tiene responsabilidad por el reconocimiento de pérdidas, daños, gastos, cargos o expensas incurridos por concesionario TRANSINNOVA USME S.A.S. durante el Período Especial, incluyendo pero sin limitarse a los necesarios para mitigar, reducir y superar los efectos del Evento Eximente de Responsabilidad.

“El Evento Eximente de Responsabilidad únicamente se circunscribe a los hechos, consideraciones y alcance sobre los cuales se funda la solicitud presentada por el Concesionario de Operación, el seguimiento a las obligaciones especiales a cargo del concesionario con ocasión de la ocurrencia del Evento Eximente de Responsabilidad se realizará por parte de la Interventoría Consorcio CJS Interventores”.

489. De la valoración de las comunicaciones cruzadas entre TRANSINNOVA, SOMOS U y TRANSMILENIO entre los meses de marzo y mayo de 2020 se observa que, antes del vencimiento del plazo para la entrega del Sub-Lote 2 por parte del Concesionario de Provisión a TRANSMILENIO, y de este último a SOMOS U, se presentaron circunstancias imprevisibles, irresistibles y ajenas al círculo de control

de TRANSINNOVA que transitoriamente le imposibilitaron cumplir con la obligación mencionada. En concreto, debido a las medidas de aislamiento preventivo adoptadas para evitar la propagación del Covid-19, el Fabricante de los Buses que conformaban la Flota se vio obligado a suspender su operación, por lo que TRANSINNOVA no los recibiría a tiempo para proceder a entregárselos a TRANSMILENIO. Como consecuencia de lo anterior, el Concesionario de Provisión solicitó que se declarara la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad bajo el Contrato de Concesión No. 687 de 2018, petición que fue coadyuvada por SOMOS U y aceptada por TRANSMILENIO. Por lo tanto, la obligación de entrega del segundo Sub-Lote de la Flota estuvo suspendida por un periodo de 37 días desde el 19 de marzo de 2020 hasta el 11 de mayo de 2020, y el plazo máximo para el cumplimiento de la obligación de TRANSINNOVA se prorrogó por un periodo igual de 37 días hábiles contados a partir de la fecha de notificación de la cesión del Evento Eximente de Responsabilidad.

490. En el contexto antes reseñado, el 3 de agosto de 2020 se suscribió el Otrosí No. 2¹⁰⁰ al Contrato de Concesión No. 688 de 2018. Respecto de los motivos que llevaron a las partes a su celebración, se destacan los siguientes apartes de las “consideraciones” del citado acuerdo modificatorio:

“Que la sección 3.117 del Contrato de Concesión define como Fecha Máxima de Recepción del Sub-Lote 2 así: Es el 18 de julio de 2020 que es el último día en que TMSA hará entrega de la totalidad del Sub-Lote 2 al Concesionario de Operación.

“Que la sección 3.205 del Contrato de Concesión define el concepto de ‘Sub-Lote de Flota’ como el número determinado de buses que componen la Flota.

“(..)

“Que el 31 de marzo de 2020 el Concesionario de Provisión comunicó a TRANSMILENIO S.A. la configuración de un Evento Eximente de Responsabilidad en los términos de la sección 13.1 del Contrato de Concesión, lo anterior con respecto a la imposibilidad de entregar el Sub-Lote de Flota 2 en la Fecha Máxima de Entrega (...).

“Que el 1 de abril de 2020 el Concesionario de Operación mediante radicado 2020-ER-10551 respaldó la comunicación radicada por el Concesionario de Provisión (...).

“Que el 21 de mayo de 2020 mediante radicado 2020-EE-06269 TRANSMILENIO S.A. dio respuesta a la comunicación radicada por el Concesionario de Provisión

100 Expediente digital. 02_PRUEBAS. 01. 129597 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL. 02 1 CONTRATO Y MODIFICACIONES. 2_OTROSI 1 CTO DE CONCESION 688-2018.

con respecto a la configuración de un Evento Eximente de Responsabilidad, aceptando su ocurrencia (...).

“Que el 22 de mayo de 2020 mediante radicado 2020-EE-06478 TRANSMILENIO S.A. notificó al Concesionario de Operación el Evento Eximente de Responsabilidad correspondiente al Sub-Lote de Flota 2.

“(…)

“Que con el fin de garantizar la correcta ejecución del Contrato de Concesión y garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de transporte masivo en su componente de provisión de flota, las Partes entienden la necesidad de ajustar el (sic) la Fecha Máxima de Entrega y el Cronograma de Entrega de Flota – en lo referido al Sub-Lote 2 de Flota – viabilizando su entrega y vinculación en grupos y teniendo en cuenta las dinámicas actuales de la reactivación gradual y paulatina de diferentes sectores de la economía.

“(…)

“Que TRANSMILENIO S.A. estima que la entrega del Sub-Lote de Flota 2 en diferentes grupos mitiga y optimiza los eventuales efectos que tuvo el Evento Eximente de Responsabilidad con respecto a la Fecha Máxima de Entrega del Sub-Lote de Flota 2 y su inicio de operación.

“(…)

“Que teniendo en cuenta la propuesta presentada por el Concesionario de Provisión consistente en dividir el Sub-Lote de Flota 2 en tres (3) entregas, y una vez agotados los estudios respectivos al interior de TRANSMILENIO S.A. que viabilizan la adopción de esta propuesta, se requiere ajustar el Contrato de Concesión en aspectos relacionados con: i) la fecha de entrega de la flota y ii) la fecha de inicio de operación del Sub-Lote de Flota 2”.

491. Las consideraciones anteriormente transcritas en lo pertinente dan cuenta de que, ante la configuración de un Evento Eximente de Responsabilidad en relación con la obligación de TRANSINNOVA de hacer entrega del Sub-Lote 2 de la Flota, que se materializó con anterioridad al 18 de julio de 2020 (fecha inicialmente prevista para la entrega), se hizo necesario modificar: (i) la forma en la que se procedería a realizar la referida entrega; y (ii) la fecha final en la que debía verificarse la entrega total del Sub-Lote 2 a favor de SOMOS U, para que pudiera iniciar con su operación.
492. Así las cosas, en el marco de los efectos derivados del mencionado Evento Eximente de Responsabilidad, la Dirección Técnica de BRT, la Dirección Técnica de TICs, la Subgerencia Técnica y de Servicios, la Subgerencia Económica y la Subgerencia Jurídica aprobaron la modificación, tanto del Contrato de Concesión

No. 687 de 2018, como del Contrato de Concesión No. 688 de 2018. Respecto de este último, se modificaron las cláusulas 3.117 y 3.205 en los siguientes términos:

“CLÁUSULA PRIMERA. Modificar la sección 3.117 del Contrato de Concesión 688 de 2018 la cual quedará así:

“3.117. ‘Fecha Máxima de Recepción del Sub-Lote 2’

Es el 18 de septiembre de 2020 que es el último día en que TMSA hará entrega de la totalidad del Sub-Lote 2 al Concesionario de Operación.

“CLÁUSULA SEGUNDA. Modificar la sección 3.205 del Contrato de Concesión 688 de 2018 la cual quedará así:

“3.205 ‘Sub-Lote de Flota’

Es un número determinado de buses que componen la Flota tal como estos se indican a continuación

Sub-Lote	Buses Articulados	Buses Biarticulados
Sub-Lote 1	96	58
Sub-Lote 2	-	106

“Nota: El Sub-Lote 2 tendrá tres (3) entregas, a saber:

Entregas	Fechas de entrega	Fechas de inicio de operación
Primera entrega	03 de agosto de 2020	7 de agosto de 2020
Segunda entrega	28 de agosto de 2020	5 de septiembre de 2020
Tercera entrega	18 de septiembre de 2020	26 de septiembre de 2020

493. Del análisis conjunto de las pruebas anteriormente examinadas se concluye que la obligación de entrega del Sub-Lote 2 de la Flota, a cargo de TRANSMILENIO, fue objeto de dos modificaciones, pactadas en el Otrosí No. 2 de 3 de agosto de 2020: (i) en cuanto a la forma de entrega, pues el mencionado Sub-Lote se dividió en tres partes de 31, 36 y 39 Buses; y (ii) en lo relativo a la Fecha Máxima de Recepción, que se aplazó hasta el 18 de septiembre de 2020, oportunidad en la que debía surtirse la tercera y última entrega, lo que a su vez implicó un desplazamiento de la fecha de inicio de operación hasta el 26 de septiembre de 2020.
494. De conformidad con lo expuesto, el Tribunal declarará la prosperidad de la pretensión séptima declarativa, con la aclaración de que la cláusula 3.117 del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, de conformidad con “*las demás disposiciones legales y contractuales aplicables*” a las que hace referencia la

pretensión, fue modificada mediante Otrosí No. 2, por lo que la Fecha Máxima de Recepción del Sub-Lote 2 finalmente se fijó para el 18 de septiembre de 2020. Asimismo, se declarará la prosperidad de la pretensión décima cuarta de la demanda inicial, pues del texto del Otrosí No. 2 se desprende con facilidad que la fecha definitiva de inicio de operación del referido Sub-Lote se fijó para el 26 de septiembre de 2020, afirmación que, además, SOMOS U expresamente admitió como cierta al contestar la demanda inicial.

G.4.3. La excepción relativa a la aplicación de la teoría de los actos propios

495. Definido el contenido de la obligación de entrega del Sub-Lote 2 de la Flota, precisado que el deudor de dicha prestación respecto de SOMOS U era TRANSMILENIO y establecidas las modificaciones de las que fue objeto, de manera previa a determinar si existe un incumplimiento imputable a la Convocada en Reconvención en los términos solicitados por SOMOS U es necesario establecer si la reclamación elevada por la Convocante en Reconvención configura una conducta contraria a los actos propios que deba conducir a descartar sus pretensiones. Lo anterior, teniendo en cuenta que TRANSMILENIO formuló las excepciones que denominó “5.4. MALA FE CONTRACTUAL” y “5.11. TEORÍA DE ACTOS PROPIOS RESPECTO AL CAMBIO DE LA FECHA DE ENTREGA DE LA FLOTA DEL SUBLOTE”, en las que argumenta, en esencia, que las pretensiones sobre el incumplimiento de la obligación de entrega del Sub-Lote 2 “*atenta[n] contra la teoría de los actos propios*”, pues SOMOS U “*tuvo conocimiento en todo momento y participo (sic) activamente en las diferentes mesas de trabajo que se adelantaron con el concesionario de provisión para encontrar alternativas relacionadas con la entrega del segundo sublote de flota, envió un oficio ratificando su entendimiento sobre la necesidad de la modificación de la fecha y en cualquier caso, en contra de esos actos pretende vía la presente demanda de reconvención acreditar un incumplimiento inexistente y reclamar un perjuicio ficticio*”. En ese contexto, seguidamente se analiza si existió un comportamiento idóneo por parte de SOMOS U para crear en TRANSMILENIO la confianza de que no presentaría reclamaciones relacionadas con la tardanza en la entrega del Sub-Lote 2 de la Flota, debido a que su causa obedeció a circunstancias imprevisibles y ajenas a su control.
496. El principio de la buena fe contractual, consagrado normativamente en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, les impone a las partes de un determinado negocio jurídico una regla de comportamiento que se concreta en la necesidad de observar estándares de corrección y lealtad en sus actuaciones. En los términos de la jurisprudencia, la buena fe, en el ámbito contractual, “*presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia,*

diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identifícase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo ‘fe’, puesto que ‘fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará’¹⁰¹.

497. De este principio general se deriva, entre otros, el deber de coherencia, en virtud del cual se les exige a los contratantes comportarse de forma congruente y consecuente con sus actos previos, de manera que no resulta admisible el desconocimiento o la contradicción posterior con esa conducta inicial, particularmente cuando con esta se ha generado en el otro contratante una confianza legítima en el sentido de que dicho comportamiento se mantendrá inalterado durante la relación contractual. Con fundamento en este deber se ha estructurado la regla según la cual *“nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro”*¹⁰². Esta prescripción responde al vocablo latín que reza *“venire contra factum proprium non valet”* y se conoce actualmente como la doctrina de los actos propios, respecto de la que la doctrina especializada ha explicado, particularmente en el ámbito del ejercicio de los derechos —que es el que interesa en este caso—, que *“la interdicción de venire contra factum proprium significa que cuando una persona con su propio comportamiento ha creado en el sujeto pasivo la razonable, objetiva y fundada confianza en que el derecho no será ejercitado, o sólo lo será de una determinada manera, debe mantener un estándar de coherencia con su comportamiento, no defraudar la confianza que se pueda haber creado y, por consiguiente, no puede hacer valer unas pretensiones que resulten contrarias al sentido objetivo de su comportamiento anterior”*¹⁰³. Se censuran, entonces, los comportamientos contradictorios que vulneran el deber de coherencia al que se ha hecho referencia, en la medida en que lesionen la confianza legítimamente generada en el sujeto que ha sido destinatario de la conducta inicial.
498. En línea con los anteriores planeamientos, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

101 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 2 de agosto de 2001. Exp. No. 6146. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

102 López Mesa, Marcelo J. La Doctrina de los Actos Propios: Esencia y Requisitos de Aplicación. Pontificia Universidad Javeriana. Revista Vniversitas. N°. 119 (julio-diciembre de 2009). Pág. 191.

103 Díez-Picazo, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. III. Ed. Thomson-Civitas. España (2007). Pág. 63.

“(…) se encuentra dentro de las reglas que integran la buena fe contractual u objetiva la doctrina de los actos propios o ‘venire contra factum proprium non valet’ en cuya virtud se afirma que la conducta anterior de una parte – y la objetiva confianza que tal obrar inspiró en la contraparte- le vincula para sus actos posteriores, de modo tal que le está proscrito violar la legítima expectativa generada-.

“En este sentido, la doctrina ha considerado que este reproche radica en el hecho de alzarse contra la buena fe objetiva, ya que ‘cuando hablamos del deber de respetar la confianza generada en la contraparte, resulta evidente que la confianza es consecuencia de un deber objetivo, el deber de coherencia, que se traduce en deber de preservar la confianza suscitada con las propias actuaciones u omisiones’, nótese cómo este deber de coherencia refulge también desde la perspectiva discursiva, como arriba se vio, de modo tal que podría decirse, sin incurrir en equívoco alguno, que quien obra en sentido contrario a su actuar antecedente quebranta en un sentido relevante una regla fundamental del discurso y, con ello, la propia esencia de la argumentación jurídica (en este caso judicial), es por tal razón que se trata de una doctrina cuyo radio de acción supera, en creces, el ámbito negocial siendo evidente su observancia también en el contexto de las actuaciones administrativas y judiciales y, en general, en todo los escenarios de discusión jurídica”¹⁰⁴.

499. En similar sentido, la jurisprudencia civil se ha pronunciado sobre la doctrina de los actos propios y su fundamento, en los términos que se transcriben a continuación:

“5.2. Precisamente, con fundamento en el marco antes descrito, se ha desarrollado una regla jurídica de singular importancia en la actualidad para efectos de evaluar el comportamiento humano con trascendencia jurídica, que se conoce en el derecho contemporáneo como la ‘doctrina de los actos propios’ - venire contra factum proprium non valet manifestaban los juristas del medioevo-, conforme a la cual, en líneas generales, en virtud de la buena fe objetiva existe el deber de comportarse en forma coherente, de tal manera que una persona no puede contradecir injustificadamente sus conductas anteriores relevantes y eficaces, particularmente cuando con ellas se haya generado una confianza razonable en los otros en el sentido de que dicho comportamiento se mantendrá –expectativa legítima-, deber cuyo incumplimiento o desatención puede dar origen a consecuencias de diversa naturaleza, tales como la inadmisibilidad o rechazo de la pretensión o excepción que tenga como fundamento el comportamiento contradictorio, o, en su caso, la reparación de los daños causados por la infracción del deber jurídico en esos términos asumido y por la vulneración de los intereses legítimos de aquel cuya confianza se vio defraudada”¹⁰⁵.

500. En cuanto a los requisitos para que proceda la aplicación de la doctrina de los actos propios, o, expresado en otros términos, para que se configure una violación al deber de coherencia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

104 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 23 de octubre de 2017. Rad. No. 55855. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

105 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-10326 del 5 de agosto de 2014.

ha establecido que es necesario: “i) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; ii) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados; iii) que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, iv) que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio”¹⁰⁶.

501. Igualmente, el Consejo de Estado ha fijado los siguientes requisitos:

“Por último, debe señalarse que, dado que la aplicación de esta regla no abarca todo tipo de comportamientos, su aplicación está sometida a la concurrencia de los siguientes requisitos:

“a) La existencia de una conducta relevante y eficaz

“Se trata de una conducta jurídicamente vinculante, es decir con trascendencia en el mundo del derecho, como sucede por ejemplo con los actos administrativos que crean situaciones jurídicas particulares y concretas o las actas de liquidación. (...).

“b) El ejercicio de una facultad que implique una pretensión contradictoria, sin la autorización del ordenamiento, que esté en contravía de la buena fe.

Es el acto o conducta realizada con posterioridad, dirigido a obtener de otro sujeto un comportamiento determinado por vía judicial o extrajudicial, contradictoria frente a la actuación inicial en la que se ha confiado.

“c) La identidad de sujetos entre la conducta previa y la posterior

“Implica que las personas vinculadas por la conducta anterior y posterior coincidan. Es decir, el emisor ejerce la pretensión contradictoria y el receptor es el depositario de la situación vinculante y quien se ve compelido a soportar su desconocimiento”¹⁰⁷.

502. De la doctrina y la jurisprudencia anteriormente citadas se colige que, de conformidad con los postulados de la buena fe contractual, los contratantes tienen el deber de actuar con coherencia, lo que significa que su comportamiento debe ser constante e invariable durante el desarrollo de su relación, salvo que existan motivos que objetivamente justifiquen una variación en la conducta, o que las partes (dentro de los límites de su autonomía) o la ley hayan previsto dicha posibilidad. Lo contrario, esto es, una actuación injustificadamente incongruente, que no coincida con la que inicialmente se adoptó, resulta inadmisibles, siempre

106 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de enero de 2011. M. P. Pedro Octavio Munar.

107 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 2 de mayo de 2016. Rad. No. 34285. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

que ese proceder inicial sea relevante, es decir, que se trate de una conducta idónea para generar en otro sujeto la confianza de que perdurará en adelante, pues es la lesión de esa expectativa lo que reprocha el ordenamiento.

503. Con fundamento en el marco jurídico antes definido, procede el Tribunal a verificar si SOMOS U ha inobservado el deber de coherencia al pretender una indemnización o compensación por la falta de entrega del Sub-Lote 2 en la fecha inicialmente prevista o por el aplazamiento de esta última.
504. En primer término, observa el Tribunal que, en la comunicación SOMOSU-TMSA-0046-01042020 (2020-ER-10551) de 1° de abril de 2020 citada en párrafos anteriores, la Convocante en Reconvención apoyó la solicitud formulada por TRANSINNOVA en el sentido de que TRANSMILENIO aceptara la configuración de un Evento Eximente de Responsabilidad respecto de la obligación de entrega del segundo Sub-Lote por parte del Concesionario de Provisión. En dicha misiva, el Concesionario expresamente señaló lo siguiente:

“Ahora bien, respecto a la solicitud realizada por TRANSINNOVA USME S.A.S., queremos informar que apoyamos de manera directa dicha solicitud, teniendo en cuenta que, nuestros contratos acoplados de provisión y operación se verán gravemente afectados por los hechos relatados, los cuales con (sic) totalmente ajenos a nuestra responsabilidad y gestión.

“Es así como, nos vemos en la obligación de solicitarle al Ente Gestor [que] acepte la configuración de un evento eximente de responsabilidad asociado a la epidemia del COVID-19, que también provocará demoras dentro de los cronogramas establecidos en nuestro contrato de concesión de O&M. Por lo que les solicitamos que se suspenda o prorrogue el plazo para la entrada en operación del segundo sub-lote hasta que se supere o se encuentre una solución al evento eximente de responsabilidad mencionado, esto sin afectar las garantías de retribución de nuestro concesionario de acuerdo con el proceso licitatorio TMSA-LP-002-2018”.

505. Del escrito antes citado se destacan dos manifestaciones distintas de SOMOS U: (i) el reconocimiento de que las medidas adoptadas en el marco de la pandemia generada por el Covid-19 constituían un Evento Eximente de Responsabilidad que afectaba el cumplimiento de la obligación de entrega del segundo Sub-Lote por parte de TRANSINNOVA, como consecuencia de lo cual se hacía necesario suspender o prorrogar el plazo de entrada en operación de dicho Sub-Lote; y (ii) la advertencia de que, en todo caso, debían mantenerse las “*garantías de retribución*” a las que el Concesionario consideraba que tenía derecho.
506. Una vez reconocida la configuración del Evento Eximente de Responsabilidad mediante comunicación No. 2020-ER-06269 de 21 de mayo de 2020, SOMOS U se pronunció sobre el particular en escrito identificado con el radicado No.

SOMOSU-TMSA-0081-01062020 (2020-ER-15697) de 1° de junio de 2020¹⁰⁸, en el que manifestó lo siguiente:

“Resulta evidente que, debido a las medidas tomadas por el gobierno nacional para evitar la propagación del virus COVID-19, se generó un evento de fuerza mayor no asegurable en los contratos de concesión 687 de 2018 y 688 de 2018 suscritos entre TRANSINNOVA USME S.A.S. y SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. con TMSA, respectivamente, evento que, de acuerdo con lo contemplado [en] los mencionados contratos, específicamente en el capítulo de riesgos, está asignado a TRANSMILENIO S.A., por lo tanto, es esta entidad quien debe soportar los efectos negativos derivados el mencionado evento para lo cual también los prevenimos en relación con las compensaciones adicionales que se causen mientras no se cumpla lo allí previsto, en los términos de lo dispuesto en el artículo 1604 inciso 2° del Código Civil, incorporado al Contrato de Concesión por su condición de estatal.

“Lo anterior, nos lleva a notificarle a TMSA de manera formal que: el retraso en la entrega del segundo sub-lote de flota asignado a SOMOS U S.A. (sic), cronograma sobre el que, como ustedes mismos lo revelan, no existe aún certeza, podría generarle graves perjuicios a nuestra empresa y afectar sus compromisos y obligaciones.

“(..)

“La entrega del segundo sub-lote de flota a nuestra compañía es una obligación contractual de Transmilenio S.A., el retraso en la fecha de entrega que, al estar justificado por un evento de fuerza mayor no asegurable, librería al concesionario de provisión, no lo hace con Transmilenio S.A., tal como está establecido en la matriz de riesgos del contrato.

“Este evento traería serias afectaciones financieras y operativas a nuestra compañía, las cuales deben ser resarcidas por Transmilenio S.A. en aplicación de las disposiciones legales y contractuales y la matriz de riesgos del contrato.

“Entre otros, los principales efectos del retraso serían las (sic) siguientes:

“1. El margen EBIDTA dejado de percibir por estos buses, en el tiempo que dure el retraso desde el 1 de agosto de 2020, fecha contractual del inicio de operación del segundo sub-lote, hasta la fecha efectiva en que inicie su operación o al menos a la que se haga la entrega a satisfacción del sub-lote por parte de Transmilenio S.A. a Somos U. En el supuesto que se plantee reponer ese tiempo mediante una extensión de la etapa operativa del contrato de concesión, se debe tener en cuenta el valor del dinero en el tiempo y calcular su equivalencia en valor presente.

“2. Sobrecostos que se generen tanto en personal como en otros rubros, en el entendido que por no poder hacer toda la contratación de los operadores y técnicos simultáneamente antes de la fecha de inicio de la operación del sub-lote,

108 Expediente digital. 02_PRUEBAS. 03_PRUEBAS_CONT_DDA_RECONVENCION_Y_LLAMAMIENTOS. 6.1.4. Oficios relacionados con los hechos y la contestación a la demanda de reconversión. 2020-ER-15697.

nuestra compañía ha ido contratando paulatinamente el personal requerido para dar cumplimiento de sus obligaciones. Por lo tanto, se deberán tener en cuenta esos salarios adicionales que se pagarán desde el 1 de agosto de 2020 hasta la fecha real de inicio de la operación de la flota del segundo sub-lote, para el personal actualmente contratado y para el que ya se solicitó código hace unas semanas, y se contratará en el mes de junio de 2020.

“Reiteramos que no le corresponde a SOMOS U S.A.S., asumir los efectos y cargas que la fuerza mayor no asegurable descrita le vaya a generar, según lo establecido en el contrato de concesión 688 de 2018. (...)” (se destaca).

507. Con posterioridad, en comunicación No. SOMOSU-TMSA-017-16072020 (2020-ER-19657) de 16 de julio de 2020¹⁰⁹, SOMOS U reiteró que, respecto del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, se había configurado un evento de fuerza mayor no asegurable, que correspondía a un riesgo asumido por TRANSMILENIO (fuerza mayor no asegurable), entidad que debía asumir los efectos desfavorables de su materialización mediante el reconocimiento de la compensación que resultara necesaria para mantener la equivalencia de las prestaciones. Sobre este particular, en la comunicación antes referida, SOMOS U expresó lo siguiente:

*“SOMOS U S.A.S. apoyó de manera directa la solicitud realizada por TRANSINNOVA USME S.A.S., concesionario de provisión, en la aplicación de un evento eximente de responsabilidad para este concesionario y al tiempo, **un evento de fuerza mayor no asegurable en el contrato de concesión 688 de 2018**, como consecuencia de la emergencia sanitaria y las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional para evitar la propagación del virus COVID-19, junto con las circunstancias internacionales que rodean esta relación contractual, hechos de público conocimiento. Todo lo anterior quiere decir, que el mencionado evento debe ser tenido en cuenta como exoneración de responsabilidad del Concesionario de provisión y en lo pertinente a SOMOS U S.A.S. de sus obligaciones relacionadas, sin embargo, **esto no exonera al Concedente ‘TRANSMILENIO S.A.’ de su obligación de mitigar y compensar las afectaciones intrínsecas del Contrato, producto de la materialización de riesgos a su cargo.**”*

“(...)”

*“Es por ello, por lo que resulta evidente que la **configuración de este evento de fuerza mayor, fue totalmente imprevista e imprevisible**, y no imputable a nuestro concesionario, y además tiene claramente las características de gravedad, anormalidad y magnitud para generar un desequilibrio contractual en contra de SOMOS U S.A.S., motivo por el cual les exigimos el cumplimiento de las obligaciones del contrato, de modo tal que sea TMSA quien adopte las medidas entientes a conjurar los efectos negativos derivados del mencionado evento, para lo cual también lo prevenimos en relación con las compensaciones adicionales que se causen mientras no se cumpla lo allí previsto, en los términos de lo*

109 Expediente digital. 02_PRUEBAS. 03_PRUEBAS_CONT_DDA_RECONVENCION_Y_LLAMAMIENTOS. 6.1.4. Oficios relacionados con los hechos y la contestación a la demanda de reconversión. 2020-ER-19657.

dispuesto en el artículo 1604 inciso 2° del Código Civil, incorporado al Contrato de Concesión por su condición de estatal.

*“Ahora bien, adicionalmente a lo manifestado, **el evento de fuerza mayor no asegurable trajo consigo una serie de afectaciones financieras y operativas a SOMOS U S.A.S., las cuales, deben ser resarcidas por TMSA en aplicación de las disposiciones legales y contractuales, motivo por el cual nos permitimos enviar, un archivo adjunto donde encontrarán un modelo en Excel en el que presentamos nuestras proyecciones.***

“En dicho documento podrán encontrar los principales efectos del retraso, los cuales son:

“1. Disminución en los ingresos de la concesión, relacionados con los que no se generarán en los meses de agosto y septiembre de 2020 (si se cumple estrictamente el cronograma tentativo que nos han socializado en reuniones) lo que afecta el margen EBITDA con respecto al presupuestado originalmente si TRANSMILENIO S.A. hiciera entrega de los buses en la fecha inicialmente pactada. (...).

“2. Sobrecostos que se generen tanto en personal como en otros rubros, en el entendido que por no poder hacer toda la contratación de los operadores y técnicos simultáneamente antes de la fecha de inicio de la operación del sub-lote ya han (sic) sido contratado (sic) una gran cantidad de los necesarios.

(...).

*“Por lo anterior, insistimos que la entrega del segundo sub-lote de flota a SOMOS U S.A.S. es una obligación contractual de TMSA, **la no entrega en la fecha pactada contractualmente que, al provenir de un evento de fuerza mayor no asegurable, tal como está establecido en el contrato de concesión 688 de 2018 y el anexo de matriz de riesgos de este, es un hecho que debe ser compensado por TMSA para mantener el contrato en su estado original.***

“Así las cosas, debemos aclarar que la aceptación del evento eximente de responsabilidad para los concesionarios no releva a TMSA de dar cumplimiento de sus obligaciones y mucho menos en materia de compensación de los riesgos asignados a su cargo.

“Como conclusión, les reiteramos la propuesta hecho (sic) en nuestra reunión del lunes pasado, de pactar dentro del otrosí que, es necesario firmar para cambiar la fecha de entrega e inicio de operación de los buses, una extensión del término de la etapa operativa del contrato, hasta el 30 de noviembre de 2029 (...).” (se destaca).

508. En relación con las dos comunicaciones anteriormente citadas, ambas posteriores a que se declarara la configuración de un Evento Eximente de Responsabilidad que implicó la suspensión de la obligación de entrega del Sub-Lote 2 por parte de TRANSINNOVA, el Tribunal observa lo siguiente: (i) la Convocante en Reconvención insistió en que el hecho antes mencionado implicaba la materialización de uno de los riesgos tipificados en el Contrato de Concesión No.

688 de 2018, correspondiente a la fuerza mayor no asegurable, que, en los términos de la cláusula 16.3 literal (I), se le había asignado a TRANSMILENIO; y (ii), que como consecuencia de lo anterior, la entidad pública concedente debía asumir los efectos desfavorables por la ocurrencia de dicha contingencia, que, de conformidad con lo reclamado en las misivas citadas, correspondía al margen EBIDTA dejado de percibir y a los sobrecostos relacionados con el personal vinculado para la operación de la Flota.

509. En línea con las manifestaciones de SOMOS U, previas a la celebración el acuerdo modificatorio, en las consideraciones del Otrosí No. 2 se dejó constancia de lo siguiente:

“Que mediante radicado 2020-ER-15697 el Concesionario de Operación señaló entre otras consideraciones que: ‘Lo anterior, nos lleva a notificarle a TMSA de manera formal que: el retraso en la entrega del segundo sub-lote de flota asignado a SOMOS U S.A. (sic), cronograma sobre el que, como ustedes mismos lo revelan, no existe aún certeza, podría generarle graves perjuicios a nuestra empresa y afectar sus compromisos y obligaciones (...).’

“(..)

“Que el Concesionario de Operación mediante radicado 2020-ER-19657 presentó propuesta de modificación de la Etapa de Operación y Mantenimiento (...).

“Que una vez evaluada la propuesta presentada por el Concesionario por parte de TRANSMILENIO S.A., este último consideró que no existían los suficientes elementos de juicio a la fecha de evaluación de la propuesta para poder motivar la modificación de la Etapa de Operación y Mantenimiento hasta el 30 de noviembre de 2029.

“Que no obstante lo anterior, las Partes entienden que con ocasión del Evento Eximente de Responsabilidad ocurrido dentro del Contrato de Concesión 687 de 2018 y que afectó directamente el cumplimiento de la obligación a cargo de TRANSMILENIO S.A. en relación con la entrega del Sub-Lote de Flota 2 al Concesionario de operación según el Contrato de Concesión, es necesario ajustar el Contrato de Concesión conforme a la propuesta y planes de entrega presentados por el Concesionario de Provisión, que viabilicen la recepción en diferentes entregas con inicios de operación en los términos acordados en el presente Otrosí

“(..)

“Que TRANSMILENIO S.A. presentó al concesionario de Operación la suscripción del presente Otrosí, lo anterior con el objetivo de viabilizar la recepción en diferentes entregas con inicios de operación en los términos acordados en el presente Otrosí.

“Que el Concesionario de Operación accede a la suscripción del otrosí propuesto bajo el entendido que tiene por objeto habilitar el inicio de operación del Sub-Lote de Flota 2, de modo que pueda hacerse en tres partes, y no en una como establecía el Contrato de Concesión de Operación, sin que implique renuncia a la compensación a la que considera que tiene derecho por la no entrega del Sub-Lote de Flota 2 en la fecha inicialmente pactada en el Contrato de Concesión, ni por los demás asuntos reclamados a la fecha”.

510. Finalmente, en la cláusula novena del Otrosí No. 2 al Contrato de Concesión No. 688 de 2018 se estableció lo siguiente:

“CLÁUSULA NOVENA: El presente Otrosí modifica únicamente los aspectos aquí previstos y no implica renuncia de ninguna de las Partes sobre reclamación alguna, incluyendo pero sin limitarse a ello, el retraso en la entrada en operación del Sub-Lote de Flota 2 y sus efectos”.

511. Pues bien, del estudio de la correspondencia remitida por SOMOS U a TRANSMILENIO antes de la celebración del Otrosí No. 2, en concordancia con lo pactado en el mencionado acuerdo modificatorio, se desprende lo siguiente:

511.1. En primer lugar, SOMOS U reiteradamente manifestó que la configuración de un Evento Eximente de Responsabilidad en relación con el Contrato de Concesión No. 687 de 2018, que transitoriamente imposibilitó el cumplimiento de la obligación de TRANSINNOVA de hacer entrega del Sub-Lote 2 el 18 de julio de 2020, constituía un riesgo tipificado en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018. En concreto, la Convocante en Reconvención afirmó que *“se generó un evento de fuerza mayor no asegurable”* que justificaba la tardanza en la entrega del Sub-Lote 2, regulado en el literal (I) de la cláusula 16.3 del Contrato de Concesión de Operación.

511.2. Adicionalmente, y sobre la base de que lo ocurrido en relación con el retraso en la entrega del Sub-Lote correspondía a la materialización del riesgo de fuerza mayor no asegurable, SOMOS U le reclamó a TRANSMILENIO el reconocimiento de las compensaciones o indemnizaciones a las que consideraba que tenía derecho y de las que la Convocada en Reconvención sería responsable en la medida en que la contingencia mencionada se le había asignado a la entidad concedente. Esas compensaciones correspondían, como se advirtió en líneas anteriores, al margen EBITDA dejado de percibir y a los sobrecostos de personal.

511.3. En ese preciso contexto, en el Otrosí No. 2 el Concesionario hizo expresa reserva de sus derechos a reclamar por los efectos desfavorables que le hubiera podido generar el retraso en la entrada en operación del Sub-Lote 2, como consecuencia de la tardanza en su entrega.

512. Según se observa, existieron dos comportamientos relevantes de SOMOS U que deben ser analizados a la luz de los postulados de la buena fe contractual con el fin de verificar si la reclamación presentada en la demanda de reconvención reformada comporta, o no, un desconocimiento del deber de coherencia.

512.1. Por una parte, se encuentran las manifestaciones de la Convocante en Reconvención en el sentido de que la tardanza en la entrega del Sub-Lote 2 era atribuible a circunstancias constitutivas de fuerza mayor, y no a un incumplimiento contractual imputable a TRANSMILENIO. Sobre el particular, el Tribunal considera que las afirmaciones de SOMOS U durante la etapa previa a la suscripción del Otrosí No. 2 corresponden a un comportamiento jurídicamente relevante que generó en TRANSMILENIO la confianza de que, con posterioridad, no se le reclamaría una indemnización de perjuicios por un presunto incumplimiento contractual, es decir, que no se pretendería su responsabilidad civil contractual. En efecto, de forma reiterada y uniforme SOMOS U insistió en la materialización del riesgo de fuerza mayor no asegurable como fuente de sus reclamaciones patrimoniales, relacionado con la materialización de un Evento Eximente de Responsabilidad respecto del Concesionario de Provisión, pero en ningún momento aludió a un incumplimiento por parte de TRANSMILENIO de las obligaciones a su cargo, distintas de la obligación de asumir los efectos adversos del riesgo mencionado. Así se desprende, tanto de las comunicaciones anteriormente citadas, como de la declaración del señor Enrique Wolff en su calidad de representante legal de SOMOS U, quien manifestó lo siguiente:

“APODERADO TRANSMILENIO: Diga cómo es cierto que el 1° de abril de 2020, mediante una comunicación dirigida a TRANSMILENIO, el Concesionario que usted representa coadyuvó el Evento Eximente de Responsabilidad planteado por el Concesionario de Provisión de Flota.

“SR. WOLFF: Es cierto. Tengo entendido que se envió un documento en el cual se coadyuvó que el Concesionario de Provisión no era responsable de la pandemia, pero de ninguna forma se le perdonó o se le condonó a TRANSMILENIO su responsabilidad. Recordemos que estos son contratos independientes: un contrato de concesión que firma el Concesionario de Provisión con TRANSMILENIO y un contrato de operación que firma el Concesionario de Operación con TRANSMILENIO, y que se relacionan a través de un acuerdo entre privados en los cuales coordinan una serie de actividades que tienen que ver con la entrega de la Flota porque el Concesionario de Provisión compra la Flota, se la entrega a TRANSMILENIO, y obviamente el Concesionario de Operación tiene que estar en ese proceso revisando que la Flota sea la adecuada. Y después, en unas fechas determinadas, recibir la Flota. Entonces, entiendo que el Concesionario de Provisión, pues hubo una pandemia, que es una fuerza mayor no asegurable, no era su riesgo, tampoco era un riesgo del Concesionario de Operación, era un riesgo absolutamente pactado y en cabeza de

*TRANSMILENIO, que tiene que responder por los efectos de tal. Y en su momento se dijo ‘sí, Concesionario de Provisión, pues entendemos que no va a poder entregar la Flota’, porque pues pasó esto, se va a ver un retraso, pero TRANSMILENIO, y nosotros tanto en las comunicaciones como en un otrosí que firmamos con TRANSMILENIO, dijimos ‘los efectos negativos que tiene este retraso en la entrega de la Flota, al no ser un riesgo del Concesionario, pues nosotros tenemos libertad de reclamarlo’ (...)*¹¹⁰.

512.2. Se destaca, entonces, que las solicitudes que SOMOS U presentó no tuvieron como fundamento el incumplimiento (en sentido estricto) de la obligación de entregar el Sub-Lote 2 de la Flota el 18 de julio de 2020, pues, por el contrario, expresamente reconoció que la falta de entrega en esa oportunidad estaba “justificada” por el evento de fuerza mayor.

512.3. Así las cosas, resulta contradictorio con su comportamiento inicial el hecho de sustentar las pretensiones de la demanda de reconvención reformada en la falta de ejecución oportuna de la mencionada obligación de entrega, como si se tratara de un incumplimiento imputable a TRANSMILENIO, que compromete su responsabilidad civil. Esa falta de coherencia en su conducta será tenida en cuenta, entonces, al analizar el primero de los problemas jurídicos, esto es, si TRANSMILENIO incumplió su obligación de entrega del Sub-Lote 2 por no proceder al efecto el 18 de julio de 2020.

512.4. Por otra parte, y sobre la base de que lo ocurrido en relación con el retraso en la entrega del Sub-Lote correspondía a la materialización del riesgo de fuerza mayor no asegurable, SOMOS U le reclamó a TRANSMILENIO el reconocimiento de las compensaciones o indemnizaciones a las que consideraba que tenía derecho y de las que la Convocada en Reconvención sería responsable en la medida en que la contingencia mencionada se le había asignado a la entidad concedente. Esas compensaciones consistían, como se advirtió anteriormente, en el margen EBITDA dejado de percibir y en los sobrecostos de personal. En ese orden de ideas, respecto de este segundo comportamiento no existe contradicción alguna por parte de SOMOS U, pues de manera consistente y coherente, desde la comunicación en la que coadyuvó la petición de TRANSINNOVA en relación con la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad, ha formulado reclamaciones por los efectos desfavorables que la tardanza en la entrega le generaría y se ha reservado sus derechos respecto de estas. Por lo tanto, ninguna expectativa pudo generarse en TRANSMILENIO en el sentido de que la Convocante en Reconvención no reclamaría indemnización o compensación

110 Expediente digital. 129597_CONTINUIDAD. 03 AUDIOS Y VIDEOS. 20230417_PRUEBAS. 2023_04_17_PRUEBAS_P1. A partir del minuto 14:44.

alguna por el aplazamiento de la fecha de entrega del Sub-Lote 2, pues aunque admitió que este no le era imputable a TRANSMILENIO —sino a un evento constitutivo de fuerza mayor—, lo cierto es que expresamente manifestó que haría efectivos los derechos respectivos.

513. De conformidad con lo expuesto, el Tribunal concluye que la excepción denominada “5.11. *TEORÍA DE ACTOS PROPIOS RESPECTO AL CAMBIO DE LA FECHA DE ENTREGA DE LA FLOTA DEL SUBLOTE 2*” se encuentra parcialmente probada en lo que respecta a la imputación de un presunto incumplimiento contractual de TRANSMILENIO, que comprometería su responsabilidad civil, por la falta de entrega del Sub-Lote 2 de la Flota en la fecha inicialmente pactada en la cláusula 3.117 del Contrato, esto es, el 18 de julio de 2020. Por el contrario, en lo que respecta a la reclamación de una compensación por los efectos que habría producido el aplazamiento de la fecha de entrega, este panel arbitral concluye que la excepción enunciada no se encuentra probada por las razones antes expuestas. En cuanto a la excepción “5.4. *MALA FE CONTRACTUAL*”, observa el Tribunal que no se acreditó la mala fe de SOMOS U y que, además, comoquiera que en su desarrollo se hace referencia, de manera general, a una conducta contraria a los postulados de la buena fe contractual, basta con la demostración parcial de la excepción 5.11 en la que queda subsumido este último planteamiento.

G.4.4. La ausencia de un incumplimiento imputable a TRANSMILENIO por la falta de entrega del Sub-Lote 2 el 18 de julio de 2020

514. Precisado lo anterior, en el presente acápite procede el Tribunal a resolver el primer problema jurídico: la existencia, o no, de un incumplimiento contractual de TRANSMILENIO por la falta de entrega del Sub-Lote 2 el 18 de julio de 2020. Sobre el particular, anticipa el Tribunal la ausencia de un incumplimiento imputable a la Convocada en Reconvención por esa precisa circunstancia, toda vez que: (i) del análisis de las pretensiones séptima y octava declarativas de la demanda de reconvención reformada en conjunto con las pretensiones vigésima primera y vigésima segunda de condena, así como con los hechos que les sirven de sustento, se observa que lo que persigue SOMOS U es una indemnización de perjuicios como consecuencia de una responsabilidad civil contractual, por lo que es indispensable que la falta de ejecución oportuna de la prestación sea imputable a la conducta de la entidad estatal concedente, imputabilidad que está ausente en este caso; (ii) lo anterior, debido a que la coligación de los Contratos de Concesión Nos. 687 y 688 implicó, ante la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad respecto de TRANSINNOVA, la suspensión correlativa y transitoria de la obligación de TRANSMILENIO de hacerle entrega del Sub-Lote 2

a SOMOS U en la fecha inicialmente pactada; y (iii), adicionalmente, según se explicó al estudiar las excepciones relacionadas con el desconocimiento de los actos propios, resulta contradictorio con el comportamiento inicial de SOMOS U pretender ahora una declaratoria de incumplimiento contractual con consecuencias indemnizatorias. Seguidamente se desarrollan en detalle los fundamentos jurídicos y probatorios de las conclusiones mencionadas.

515. En términos generales, el incumplimiento contractual consiste en la falta de ejecución en tiempo y forma de los deberes de prestación asumidos por el deudor, con la correlativa insatisfacción del derecho de crédito del acreedor. Sobre la expresión “incumplimiento”, la jurisprudencia ha señalado que *“tiene un significado técnico preciso en derecho, en cuanto que con ella se hace referencia a la desatención por parte del deudor de sus deberes de prestación, que tiene como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor”*¹¹¹. En similar sentido, en pronunciamiento más reciente, la Corporación antes citada señaló que, *“paralelo al concepto de cumplimiento, referido a la actividad del deudor, específicamente al pago o ejecución de su deber de prestación (art. 1626 del C. C.), corre en el otro vértice el de incumplimiento, que genera la frustración del acreedor por no haberlo recibido, «bajo todos los respectos de conformidad al tenor de la obligación» (art. 1627 del C. C.)”*¹¹².
516. El incumplimiento, definido en los anteriores términos, puede generar diversas consecuencias y, en efecto, ante la falta de ejecución del comportamiento debido por el deudor, el ordenamiento jurídico contempla múltiples prerrogativas a favor del acreedor. Entre esas distintas alternativas con las que cuenta el titular del derecho de crédito insatisfecho se destacan las previstas en los artículos 1546 del Código Civil¹¹³ y 870 del Código de Comercio¹¹⁴, según los cuales, en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes en un contrato bilateral, el acreedor puede pedir el cumplimiento o la resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios, o, incluso, puede perseguir esta última de forma autónoma¹¹⁵. En cada caso, el acreedor deberá acreditar los requisitos que la ley

111 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2009. Exp. No. 1996-09616.

112 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC4902-2019 de 13 de noviembre de 2019. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

113 “ARTICULO 1546. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. // Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

114 “ARTÍCULO 870. En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.

115 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 3 de noviembre de 1977. M.P. Ricardo Uribe Holguín.

exige para la efectividad de cada uno de los derechos mencionados. Todo lo anterior, sin perjuicio del pacto de las partes en relación con el incumplimiento y sus efectos, que deberá sujetarse a los límites de la autonomía privada (v. gr. orden público, ley imperativa, buenas costumbres, buena fe y prohibición de abuso del derecho).

517. Cuando el acreedor opta por la indemnización de perjuicios, entre los distintos requisitos que deben concurrir se destaca el de la mora del deudor. Al respecto, el artículo 1615 del Código Civil establece que *“se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”*. Es necesario, entonces, que, además de la falta de ejecución de la prestación según fue pactada, se presente un *“retardo culpable del deudor en el cumplimiento de su obligación, unido a la reconvención de parte del acreedor”*¹¹⁶. Por lo tanto, para que surja en cabeza del deudor la obligación de reparar los daños sufridos por el acreedor, es necesario que el incumplimiento sea imputable a su comportamiento, activo u omisivo. De allí que el inciso segundo del artículo 1616 del Código Civil establezca que *“la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”*, pues, en ese caso, la inejecución de la prestación no le es imputable al deudor.
518. En línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que el *“incumplimiento de las obligaciones contractuales -inejecución, ejecución parcial, defectuosa o tardía- constituye uno de los elementos que estructuran la responsabilidad contractual. Si el incumplimiento es imputable al deudor y es la causa de un daño cierto, personal y directo, el acreedor tiene, entre otros remedios, el derecho a pedir la indemnización integral de los perjuicios. Tratándose de obligaciones positivas, la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor se constituye en mora”*¹¹⁷. En ese orden de ideas, cuando el incumplimiento obligacional es alegado por el demandante en un proceso como presupuesto de la reclamación de una indemnización de perjuicios, es necesario que aquel sea atribuible a la conducta del deudor, lo que descarta la falta de cumplimiento que obedezca a otras causas que le son ajenas, como sucede, por ejemplo, cuando se presenta un evento constitutivo de la fuerza mayor.
519. En relación con esta última hipótesis, la jurisprudencia contencioso administrativa, desde la perspectiva del análisis de la necesaria relación de causa a efecto que

116 Ospina Fernández, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Octava Edición. Ed. Temis S.A. Bogotá (2018). Pág. 94.

117 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 10 de septiembre de 2021. Rad. No. 51219. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

debe existir entre el incumplimiento y el daño reclamado por el acreedor, ha precisado que *“la fuerza mayor determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista [respecto de quien se demanda la indemnización]”*¹¹⁸.

520. Pues bien, en el caso concreto se observa que, cuando SOMOS U solicita que se declare que TRANSMILENIO incumplió su obligación de entregar el Sub-Lote 2, porque no lo hizo en la fecha inicialmente estipulada (18 de julio de 2020), lo que persigue es la efectividad de la consecuencia indemnizatoria a la que se ha hecho referencia. Al respecto, se observa que, aunque en las pretensiones y en los hechos de la demanda de reconvención reformada se alude de manera general a una “indemnización” o “compensación”, es claro que, en el escenario particular del incumplimiento obligación, esa “compensación” no es otra que la indemnización de perjuicios, en sentido estricto, que se deriva de la responsabilidad civil contractual del deudor incumplido. En efecto, en la pretensión vigésima primera de condena de la demanda de reconvención reformada se solicita que se condene a TRANSMILENIO a “indemnizar” a SOMOS U los perjuicios generados por el incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales. Asimismo, en sus alegatos de conclusión, en el capítulo *“VII. Incumplimientos de las obligaciones legales y contractuales de TRANSMILENIO por la no entrega oportuna del segundo sublote de flota”*, SOMOS U expresamente se refirió a *“7.3. los perjuicios pendientes de indemnización”* por la tardanza en la entrega del Sub-Lote 2.
521. Por consiguiente, para la prosperidad de la pretensión octava principal de la demanda de reconvención reformada, en lo que se refiere al incumplimiento que se analiza en este acápite, resulta indispensable demostrar que la falta de entrega del Sub-Lote 2 de la Flota es imputable a TRANSMILENIO. Sin embargo, como se precisa a continuación, lo cierto es que la demora en la ejecución de dicha obligación obedeció a hechos ajenos a su control: la configuración de un Evento Eximente de Responsabilidad que afectó las prestaciones a cargo de TRANSINNOVA y que, dada la coligación de los contratos de provisión y operación, implicó la correlativa suspensión transitoria de la exigibilidad de la obligación de TRANSMILENIO respecto de SOMOS U.
522. De manera general, la coligación contractual, también denominada *“conexidad contractual”*, corresponde al fenómeno jurídico que se presenta cuando distintas

118 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 11 de septiembre de 2003. Rad. No. 14781. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Reiterada en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 8 de febrero de 2017. Rad. No. 54614. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

relaciones jurídicas resultan vinculadas entre sí de manera que se crea entre ellas un nexo de interdependencia, pues se conciben como una unidad en la medida en que sirven a un propósito común. La mencionada vinculación puede darse por las características propias de la operación que subyace a los distintos contratos (coligación funcional o teleológica) o por determinación voluntaria de las partes (coligación convencional), principalmente. En todo caso, cada una de dichas relaciones conserva su autonomía, pues responde a una causa propia y se rige por las normas que le resulten aplicables según su naturaleza. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha definido la coligación contractual como *“aquella ligazón que se forma entre varios negocios jurídicos para efectos de alcanzar una finalidad económica común, de tal manera que ésta no se conseguiría con alguno de ellos individualmente considerados”*¹¹⁹. En similar sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que en los contratos coligados se presenta *“una pluralidad combinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja”*¹²⁰, caracterizada porque, *“aunque mantienen su autonomía y regulación legal propia, funcionalmente dependen recíprocamente, por virtud de la operación económica pretendida por las partes, de tal suerte que las contingencias de alguno pueden repercutir en los otros”*¹²¹. Finalmente, la doctrina arbitral explica que *“la coligación concierne a una pluralidad de relaciones jurídicas independientes y autónomas, que conservan su identidad pero que se vinculan por razón de un nexo funcional tendiente a obtener un único resultado económico, práctico, cuya realización solo es posible obtener por la conjunción coordinada de todas ellas”*¹²².

523. Para la configuración del fenómeno de la coligación, la jurisprudencia ha precisado que se requiere de la concurrencia de dos elementos estructurales: *“uno, la presencia de dos o más contratos y, el otro, el nexo entre ellos, el cual, pese a vincularlos entre sí, no da lugar a la conformación de un solo negocio jurídico, es decir, no anula la naturaleza y autonomía de cada uno de los contratos que intervienen en la relación negocial, los cuales, por tanto, mantienen su individualidad y se siguen rigiendo por las normas del derecho que le sean*

119 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 13 de junio de 2013. Rad. No. 23730. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

120 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 25 de septiembre de 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

121 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC5690-2018 de 19 de diciembre de 2018. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

122 Tribunal arbitral de BIOMAX BIOCMBUSTIBLES S.A. v. ESTACIONES DE SERVICIO EDS SAN NICOLÁS HNOS QUINDI S.A.S. Laudo de 2 de diciembre de 2020. Árbitros: Juan Carlos Varón Palomino, Carmenza Mejía Martínez y Jaime Alberto Arrubla Paucar.

*propias*¹²³. Es necesaria, entonces, la existencia (i) de una pluralidad de negocios jurídicos, que pueden haber sido celebrados por las mismas partes o con terceros (siempre que al menos uno de los contratantes sea común a los distintos acuerdos), y (ii) de un vínculo de dependencia entre ellos, que puede presentarse como subordinación de los distintos contratos a uno principal, o de forma recíproca.

524. En cuanto a sus efectos, el Consejo de Estado ha señalado que *“el principal efecto de la coligación negocial, es la reciprocidad, puesto que de la suerte de cada contrato depende la del otro, aunque existen situaciones en las que algunos aspectos específicos de cada contrato, permanecen por fuera de la interdependencia, manteniendo así su autonomía”*¹²⁴. Significa lo anterior que, debido a las características propias de la coligación, el principal efecto que se genera es, precisamente, el de la interdependencia de los distintos negocios jurídicos, debido a que cada uno depende de los demás para que el fin común perseguido con su celebración efectivamente se obtenga. Adicionalmente, se ha precisado que *“los efectos que la coligación origina no obedecen a prescripciones legales específicas de los tipos contractuales, sino a la interpretación de la común intención de contratantes y de la función práctica del negocio. La interdependencia de las relaciones es, como su nombre lo indica, recíproca, en el sentido que la suerte de cada contrato está condicionada a la del otro; no obstante, existen supuestos de coligación en los cuales sólo la suerte de un contrato depende de la del otro o solo algunos aspectos específicos de un contrato dependen de los del otro, mientras que el otro contrato u otros aspectos de ese contrato permanecen por fuera de tal dependencia”*¹²⁵.

525. Como consecuencia de ese efecto general, la doctrina y la jurisprudencia han identificado otras consecuencias que se derivan de la interrelación de los distintos contratos, entre las que se encuentran, principalmente, las siguientes:

525.1. La incidencia que la pérdida de eficacia (en sentido amplio) de uno de los negocios puede tener respecto de los demás, pues puede ocurrir que la ineficacia o nulidad de un contrato conduzca a la eventual extinción de los demás, particularmente cuando el acuerdo de voluntades afectado impida la continuidad del negocio concebido como un todo. Al respecto, la doctrina sostiene que, si a pesar de la pérdida de fuerza obligatoria de uno de los contratos, la finalidad común se

123 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 10 de septiembre de 2014. Rad. No. 25645. C.P. Hernán Andrade Rincón.

124 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 1° de julio de 2015. Rad. No. 34736. C.P. Olga Mérida Valle De La Hoz.

125 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 28 de febrero de 2013. Rad. No. 24266. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

mantiene, la nulidad o la ineficacia no generará consecuencias respecto de los demás, contrario a lo que ocurriría si se frustra ese fin. El criterio está dado, entonces, por la imposibilidad de la continuación del negocio concebido como un todo, es decir, porque *“haya devenido ineficaz uno o un número que haga imposible o notoriamente inconveniente la continuación”*¹²⁶.

525.2. Los efectos que el incumplimiento de las obligaciones de uno de los distintos contratos produce en relación con los demás, pues, como lo ha precisado la jurisprudencia, *“el coligamiento de contratos impone a quienes integren la cadena por ellos conformada, el deber de atender las obligaciones propias de las convenciones conjuntadas y, adicionalmente, las que se derivan de la integración misma, entendida como sistema, particularmente, las relacionadas con su adecuada conformación y su apropiado funcionamiento”*. Se distingue, entonces, entre las obligaciones que tienen su fuente en cada uno de los contratos, individualmente considerados, de los deberes de comportamiento que surgen para todos los intervinientes y que tienen por objeto el cumplimiento del fin perseguido con su vinculación. Respecto de las primeras, en principio el incumplimiento de uno de los contratos no afecta las prestaciones que surgen de los demás. Sin embargo, en materia arbitral se ha reconocido que, en algunos casos, es posible que el incumplimiento de una de las convenciones habilite la resolución de las demás. En concreto, se ha sostenido que *“las consecuencias de la coligación son variadas. Asuntos como la interpretación, la eficacia, el cumplimiento de los contratos involucrados, requieren ser examinados no de manera individual sino en su perspectiva de conexidad. Así, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato coligado, justifica la acción resolutoria del otro”*¹²⁷. En esa hipótesis, la prosperidad de la acción resolutoria por incumplimiento dependerá de que se presente una afectación grave al fin común que subyace a la operación económica.

525.3. En materia de interpretación contractual, precisa la doctrina que la coligación *“es un elemento importante para interpretar los grupos de contratos, puesto que hay una finalidad supracontractual que inspiró su celebración y debe guiar su interpretación”*¹²⁸. En consecuencia, los contratos vinculados entre sí deberán ser

126 Ariza, Ariel. La conexión de contratos. Revista Trabajos del Centro Número 2. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Argentina (1997). Pág. 26.

127 Tribunal arbitral de AUTOMOTORA NACIONAL S.A. - AUTONAL S.A. v. SOCIEDAD DE FABRICACIÓN DE AUTOMOTORES S.A. - SOFASA S.A. Laudo de 25 de abril de 2017. Árbitros: Guillermo Zea Fernández, Sergio Muñoz Laverde y Fernando Pabón Santander.

128 Lorenzetti, Ricardo Luis. Redes contractuales y contratos conexos. Revista Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del Consumidor. Perú. (2001). Pág. 133.

interpretados unos por otros, teniendo en cuenta el sentido de la operación económica global a cuyo propósito sirven.

526. Aplicado lo anterior al caso concreto se observa que, según se anunció en párrafos anteriores, los Contratos de Concesión Nos. 687 y 688 de 2018 son contratos funcionalmente coligados, pues ambos fueron celebrados por TRANSMILENIO con el propósito de cumplir un fin que es común a los dos: la ampliación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá. Para lograr esa finalidad, TRANSMILENIO requería, por una parte, de la adquisición de nuevos Buses para aumentar la Flota disponible, y, por otra, de la contratación del encargado de operar dicha Flota. En efecto:

526.1. En el numeral 1.2.2 de los Pliegos de Condiciones de ambos procesos de licitación se advirtió que *“los contratos de concesión de provisión de flota y de operación son complementarios entre sí, en la medida en que solamente con una combinación de los dos contratos se puede prestar el servicio público de transporte masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá D.C. Por lo anterior, TMSA adelanta los procesos de selección de manera paralela y los adjudicará simultánea y dependientemente el uno del otro. Se reitera que un contrato de operación sin Flota y viceversa, no permite contar con los elementos necesarios para prestar el servicio”*¹²⁹.

526.2. En el mismo sentido, en el literal (g) de la cláusula 4.4.1 del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, relativa a las declaraciones y garantías de las partes, SOMOS U declaró lo siguiente: *“Conocimiento del Contrato de Provisión de Flota: el Concesionario de Operación declara y garantiza que ha leído cuidadosamente los términos del Contrato de Concesión de Provisión de Flota adjudicado al Concesionario de Provisión cuya propuesta fue acoplada con la Oferta del Concesionario de Operación en el marco de la Licitación de Provisión, y ha analizado la coexistencia e interrelación que debe existir entre éste y el Contrato de Concesión, así como los efectos que su ejecución pueda tener en el cumplimiento del presente Contrato”*.

526.3. Adicionalmente, la celebración del Acuerdo entre Privados suscrito entre TRANSINNOVA y SOMOS U es igualmente indicativa de la coligación de ambos contratos de concesión, pues como expresamente se reconoció en las

129 Expediente digital. 129597_CONTINUIDAD. 02_PRUEBAS. 12_PRUEBAS_TRANSMILENIO_LINK_SECOP. PRUEBAS DOCUMENTOS LINKS SEOP TRIBUNAL SOMOS USME. A. Documentos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-001-2018. 117_Adenda7_PLIEGOS PROVISIÓN; Expediente digital. 129597_CONTINUIDAD. 02_PRUEBAS. 12_PRUEBAS_TRANSMILENIO_LINK_SECOP. PRUEBAS DOCUMENTOS LINKS SEOP TRIBUNAL SOMOS USME. b. Documentos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-002-2018. 109_Adenda6_PLIEGO OPERADOR.

consideraciones de dicho Acuerdo, como consecuencia de la adjudicación de las respectivas licitaciones públicas a ambos contratistas, “*el Concesionario de Operación recibirá el uso y derecho a explotar la Flota de propiedad del Concesionario de Provisión y en ejecución de su Contrato de Concesión No. 688 deberá Operar y Mantener la Flota, en los términos y condiciones del Contrato de Concesión de Operación*”. Por lo tanto, era necesario regular el vínculo que surgía entre ambos concesionarios.

526.4. Tratándose, entonces, de dos negocios jurídicos vinculados entre sí, para el Tribunal es claro que las vicisitudes que pudieran afectar la correcta ejecución de uno de ellos igualmente podrían impactar en el otro, particularmente cuando aquellas dificultaran o imposibilitaran la obtención del fin práctico común a ambos contratos. En concreto, en cuanto a la obligación de entrega del segundo Sub-Lote de la Flota, la relación de interdependencia entre los dos contratos de concesión implicaba que, en caso de presentarse circunstancias imprevisibles, irresistibles y ajenas al control de las partes que transitoriamente imposibilitaran el cumplimiento de la obligación de TRANSINNOVA, la prestación correlativa de TRANSMILENIO frente a SOMOS U seguiría la misma suerte. Esto, se reitera, debido a la reciprocidad existente entre ambas obligaciones en virtud de la vinculación funcional de ambos contratos. Por lo tanto, comoquiera que respecto del Contrato de Concesión No. 687 de 2018 se configuró un Evento Eximente de Responsabilidad, por las causas y con el alcance analizado en detalle en el numeral *G.4.2 “El Otrosí No. 2 y sus antecedentes: el Evento Eximente de Responsabilidad respecto del Contrato de Concesión”* de este laudo, la obligación de TRANSMILENIO de entregarle el Sub-Lote 2 del 18 de julio de 2020 a SOMOS U quedó transitoriamente suspendida. En efecto, la suspensión de la obligación a cargo de TRANSINNOVA, por causas que no le eran imputables, forzosamente afectaba la obligación que, por su parte, TRANSMILENIO había contraído con SOMOS U, pues, además, había identidad en las prestaciones, toda vez que ambas obligaciones (la de TRANSINNOVA frente a TRANSMILENIO y la de TRANSMILENIO frente a SOMOS U) consistían en el mismo comportamiento: la entrega de 106 Buses Biarticulados. En consecuencia, la tardanza en la entrega no le resulta imputable a la Convocada en Reconvención, por lo que no existe un incumplimiento contractual que comprometa su responsabilidad civil. Esto, claro está, sin perjuicio de lo que las partes hubieran pactado en caso de que una hipótesis como la anterior se presentara durante la ejecución del Contrato, sobre lo que el Tribunal profundizará más adelante.

527. A lo anterior se suma que, de conformidad con lo expuesto al analizar la excepción propuesta por TRANSMILENIO en relación con la inobservancia de los actos propios por parte de SOMOS U, la Convocante en Reconvención reconoció en

múltiples oportunidades que el retardo en la entrega del Sub-Lote 2 estaba “justificado” en la medida en que su causa radicaba en la materialización de un riesgo contractualmente previsto: la fuerza mayor no asegurable. Resulta, entonces, contradictorio que, con la demanda de reconvención reformada, SOMOS U ahora califique las demoras en la entrega como un incumplimiento contractual de TRANSMILENIO, cuando previamente había admitido que estas no le eran imputables pues obedecían a un evento ajeno a su control. Lo anterior, según se ha advertido, sin perjuicio de los efectos compensatorios que pudieran derivarse de la concreción de un riesgo contractual, que, en todo caso, no corresponden ni pueden confundirse, en su naturaleza ni en su contenido, con una obligación indemnizatoria por responsabilidad civil.

528. Por último, se estima que, según consta en las Actas de Entrega 3 de agosto de 2020¹³⁰, 28 de agosto de 2020¹³¹ y 18 de septiembre de 2020¹³², TRANSMILENIO entregó en su totalidad el Sub-Lote 2 de la Flota en las oportunidades pactadas en el Otrosí N° 2.
529. En consecuencia, se negará la pretensión octava declarativa de la demanda de reconvención reformada en lo que respecta a la solicitud de que se declare que TRANSMILENIO *“incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no entregar el Sub-Lote 2 a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.”*, toda vez que no existe un incumplimiento contractual imputable a la Convocada en Reconvención, que es presupuesto indispensable para que surja en su cabeza una obligación indemnizatoria.

G.4.5. La indemnización o compensación por los efectos generados por el Otrosí No. 2

530. Determinada la ausencia de un incumplimiento contractual imputable a TRANSMILENIO por no haber realizado la entrega del Sub-Lote 2 de la Flota el 18 de julio de 2020, corresponde definir el segundo problema jurídico, esto es, establecer si TRANSMILENIO incumplió su obligación de compensar o indemnizar a SOMOS U por las afectaciones que habría padecido por los efectos del Otrosí No. 2, es decir, por la división del Sub-Lote 2 en tres entregas y el aplazamiento de la Fecha Máxima de Recepción para el 18 de septiembre de 2020. Estas

130 Expediente Digital. 02. PRUEBAS. 11_PRUEBAS_PERITAJES_SOMOS_BOGOTA_USME. Dictamen Técnico. Anexo 2 Acta entrega flota. PRIMERA ENTREGA FLOTA.

131 Expediente Digital. 02. PRUEBAS. 11_PRUEBAS_PERITAJES_SOMOS_BOGOTA_USME. Dictamen Técnico. Anexo 2 Acta entrega flota. SEGUNDA ENTREGA FLOTA.

132 Expediente Digital. 02. PRUEBAS. 11_PRUEBAS_PERITAJES_SOMOS_BOGOTA_USME. Dictamen Técnico. Anexo 2 Acta entrega flota. TERCERA ENTREGA FLOTA.

afectaciones, de conformidad con lo expuesto en el juramento estimatorio incorporado en la demanda de reconvención reformada, corresponden a los *“ingresos que no se obtendrán por la vinculación tardía del sub lote, representados por el kilometraje que no se recorrerá y el valor fijo por bus que no se obtendrá”*.

531. Para resolver la problemática antes mencionada, observa el Tribunal que SOMOS U ha fundamentado su derecho a obtener una compensación o una indemnización por la fijación de una nueva fecha de entrega, en la materialización de un riesgo contractualmente tipificado y asignado a TRANSMILENIO. En particular, la Convocante en Reconvención ha hecho referencia a dos contingencias distintas: (i) en las comunicaciones previas a la suscripción del Otrosí No. 2, SOMOS U invocó la fuerza mayor no asegurable prevista en el literal (I) de la cláusula 16.3 del Contrato de Concesión No. 688 de 2018; y (ii), en sus alegatos de conclusión, el Concesionario manifestó que se habría estructurado el riesgo previsto en el literal (a) de la misma cláusula 16.3. Así las cosas, el Tribunal analizará si efectivamente se acreditó la existencia de un derecho a la compensación a favor de SOMOS U por la ocurrencia de alguna de dichas contingencias, teniendo en cuenta las consecuencias previstas al respecto en el Contrato.

G.4.5.1. El riesgo de Fuerza Mayor no asegurable

532. En la etapa previa a la suscripción del Otrosí No. 2, SOMOS U sostuvo que, respecto del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, se había configurado el riesgo de Fuerza Mayor no asegurable en relación con el retardo en la entrega del Sub-Lote 2 de la Flota. En concreto, el evento de Fuerza Mayor habría consistido en que, ante las medidas de aislamiento preventivo adoptadas para evitar la propagación del virus del Covid-19, el Fabricante de la carrocería de los Buses (Superpolo S.A.S.) debió suspender sus operaciones, además de que se presentó una *“severa indisponibilidad logística”* de transporte dentro de Colombia y que en Brasil también se adoptaron medidas que afectaron la capacidad de producción del fabricante del chasis (Volvo).
533. Sobre el particular, mediante comunicaciones identificadas con los Nos. SOMOSU-TMSA-0081-01062020 (2020-ER-15697) de 1° de junio de 2020¹³³ y SOMOSU-TMSA-017-16072020 (2020-ER-19657) de 16 de julio de 2020¹³⁴, la Convocante en Reconvención le solicitó a TRANSMILENIO el reconocimiento de los efectos económicos que el retraso en la entrega del Sub-Lote 2 le estaría

133 Expediente digital. 02_PRUEBAS. 03_PRUEBAS_CONT_DDA_RECONVENCION_Y_LLAMAMIENTOS. 6.1.4. Oficios relacionados con los hechos y la contestación a la demanda de reconvención. 2020-ER-15697.

134 Expediente digital. 02_PRUEBAS. 03_PRUEBAS_CONT_DDA_RECONVENCION_Y_LLAMAMIENTOS. 6.1.4. Oficios relacionados con los hechos y la contestación a la demanda de reconvención. 2020-ER-19657.

generando. En la primera de dichas misivas, SOMOS U señaló que *“debido a las medidas tomadas por el gobierno nacional para evitar la propagación del virus COVID-19, se generó un evento de fuerza mayor no asegurable en los contratos de concesión 687 de 2018 y 688 de 2018 (...)”*, que *“de acuerdo con lo contemplado [en] los mencionados contratos, específicamente en el capítulo de riesgos, está asignado a TRANSMILENIO S.A., por lo tanto, es esta entidad quien debe soportar los efectos negativos derivados del mencionado evento”*. En la misma línea, en la comunicación de 16 de julio de 2020 invocó, como fundamento de sus peticiones, el literal (I) de la cláusula 16.3 del Contrato de Concesión No. 688 de 2018. Al respecto, SOMOS U expresó que los hechos relacionados con la pandemia generada por el Covid-19 que impidieron la entrega oportuna del Sub-Lote 2, *“hicieron que se configurara un evento de fuerza mayor dentro del contrato de concesión, el cual a todas luces no se encuentra dentro de los riesgos asegurables de este, ni asignados al concesionario de operación, sino un riesgo asignado a TMSA, quien es el llamado a soportarlo y mitigarlo, para mantener las condiciones financieras y operativas inicialmente planteadas desde el proceso licitatorio y la firma del contrato”*.

534. Respecto del riesgo de Fuerza Mayor no asegurable, en la cláusula 16.3 del Contrato de Concesión No. 688 de 2018 se pactó lo siguiente:

“16.3. Riesgos Asignados a TMSA.

“16.3.1. Los siguientes son los riesgos asignados a TMSA, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Anexos):

“(...)”

“(I) Los efectos desfavorables causados por Eventos de Fuerza Mayor no asegurables bajo el presente Contrato”.

535. Por su parte, en la cláusula 3.125 se definió la Fuerza Mayor en los siguientes términos: *“es el imprevisto a que no es posible resistir, de conformidad con lo estipulado en el artículo 1 de la Ley 92 de 1890”*.
536. Para comprender adecuadamente el alcance del riesgo correspondiente a la Fuerza Mayor no asegurable, así como las consecuencias de su materialización, se destaca que, en el Anexo III del Pliego de Condiciones¹³⁵, se calificó como una contingencia de categoría media-alta, y en cuanto a la justificación de la calificación de probabilidad e impacto del mencionado riesgo, se señaló lo siguiente:

135 Expediente Digital. 129597_CONTINUIDAD.02_PRUEBAS. 12._PRUEBAS_TRANSMILENIO_LINK_SECOP. PRUEBAS DOCUMENTOS LINKS SECOP TRIBUNAL SOMOS USME. B. Documentos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-002-2018. 102. Adenda 5_EP_404-Anexo III_Riesgos Contrato OF.pdf.

*“Dado que los eventos de fuerza mayor corresponden a **situaciones atípicas, imprevisibles e irresistibles**, que por su naturaleza, no se presentan con regularidad, se asigna una probabilidad de ocurrencia baja. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que (i) a excepción de los eventos de vandalismo que ya se encuentran especificados y reglados en un riesgo particular no han existido eventos de terrorismo, guerras o eventos que alteren el orden público y en consecuencia la operación normal del sistema, así mismo (ii) dado que el contrato actual contempla unas intervenciones mínimas en los Patios de Operación entregados al concesionario, la probabilidad de encontrar hallazgos arqueológicos, minas o yacimientos es muy baja.*

“Por su naturaleza la ocurrencia de un evento de fuerza mayor tiende a tener un impacto alto en el proyecto puesto que tiende a generar altas inversiones para reparar los daños ocasionados” (se destaca).

537. Sobre el esquema de mitigación de este riesgo, en el citado Anexo III del Pliego de Condiciones, así como en el Anexo 6 del Contrato de Concesión No. 688¹³⁶, se expresó lo siguiente:

“Por la misma naturaleza del riesgo, no hay forma de mitigarlo, razón por la que este deberá ser asumido por TMSA”.

538. De la regulación contractual relacionada con los eventos de Fuerza Mayor que pudieran afectar la ejecución del Contrato de Concesión se observa que las partes no previeron una consecuencia patrimonial específica en caso de que se presentaran circunstancias imprevisibles, irresistibles y ajenas al círculo de control de las partes que pudieran tener algún impacto en el Contrato y en la ejecución de las prestaciones a cargo de cada uno de los contratantes. Ante el silencio de las partes, el Tribunal considera pertinente precisar que, a diferencia de lo que ocurre con el incumplimiento contractual, debido a la naturaleza y finalidad de la asignación de riesgos en el marco de un contrato, cuando una contingencia previamente anticipada por las partes efectivamente se materializa no surge, en sentido estricto, una obligación indemnizatoria. Por el contrario, lo que ocurre en estos casos es que el contratante a quien se le asignó el riesgo debe soportar las consecuencias adversas de su ocurrencia, lo que, según el caso, implicará absorber una pérdida económica o reconocerle una compensación (en sentido amplio) a la otra parte, quien se habría visto afectada por esa circunstancia.

539. Ahora bien, tratándose de un riesgo asociado a un evento constitutivo de Fuerza Mayor, para determinar el alcance de la obligación que asume la entidad estatal

136 Expediente Digital. 129597_CONTINUIDAD.02_PRUEBAS. 12._PRUEBAS_TRANSMILENIO_LINK_SECOP. PRUEBAS DOCUMENTOS LINKS SECOP TRIBUNAL SOMOS USME. B. Documentos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-002-2018. 52. 133-Anexo 6_Matriz de riesgos del contrato.

contratante frente al contratista afectado por dicho evento, según se explicó en el acápite C.3. “*Estipulaciones sobre la fuerza mayor con ocasión de la asignación de riesgos*”, salvo que las partes expresamente prevean una consecuencia distinta, la materialización de una circunstancia constitutiva de fuerza mayor que genera la imposibilidad transitoria de cumplimiento de la prestación, implica que la parte que asumió este riesgo debe compensar a la otra parte por los gastos o las erogaciones que haya realizado con ocasión de aquella, sin que proceda el reconocimiento de la utilidad esperada.

540. En línea con lo anterior, el Tribunal observa que en el Anexo III del Pliego de Condiciones antes citados, aunque de manera general se hace referencia a circunstancias atípicas, imprevisibles e irresistibles, en la descripción del riesgo de Fuerza Mayor no asegurable las partes utilizaron expresiones propias del Documento CONPES 3107 de 2001, al que se hizo referencia en acápites anteriores del presente laudo. En ese Documento se define el “*Riesgo de Fuerza Mayor Políticos no asegurables*” de la siguiente forma: “***se refieren de manera exclusiva al daño emergente derivado de actos de terrorismo, guerras o eventos que alteren el orden público, o hallazgos arqueológicos, de minas o yacimientos***” (se destaca). Se trata, entonces, de un riesgo cuya tipificación tiene por objeto, fundamentalmente, compensarle al contratista el “daño emergente” derivado de la materialización de eventos de Fuerza Mayor, es decir, los gastos o erogaciones en los que haya incurrido como consecuencia de dicho evento, o la disminución de activos patrimoniales que haya padecido
541. La conclusión anterior se ve reforzada con el examen integral de lo pactado por las partes en el Capítulo XVI del Contrato de Concesión, relativo a la “*ecuación contractual y asignación de riesgos*”, en el que (i) se delimitó el contenido de la ecuación financiera del Contrato, (ii) se tipificaron y asignaron los riesgos entre las partes, y (iii) se estableció el procedimiento de reclamación para la “*compensación*” de los riesgos a cargo de TRANSMILENIO.
- 541.1. En relación con lo primero, en el literal (c) de la cláusula 16.1.1 se señaló que la “*ecuación contractual*” está conformada, entre otros factores, por el siguiente: “***TMSA asume el costo de los riesgos expresamente asignados al Ente Gestor, y el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, en los términos previstos en el Contrato***” (se destaca). Al respecto, sobresale el uso de la expresión “costo” para hacer referencia a la obligación que puede surgir en cabeza de TRANSMILENIO en caso de que se materialice un riesgo que le fue contractualmente asignado, que es indicativo de que debe asumir el pago de una compensación (no una indemnización) que cubra los gastos en los que haya incurrido el contratista afectado, mas no una utilidad esperada.

541.2. Adicionalmente, en la regulación concreta de los riesgos asignados a TRANSMILENIO no se hizo referencia alguna a un derecho a favor del Concesionario en el sentido de que le fuera reconocida la utilidad esperada. En efecto, según se desprende de la lectura de los distintos literales de la cláusula 16.3.3, ninguno de los riesgos allí tipificados generará como consecuencia el pago de un provecho económico a favor de SOMOS U, como si se tratara de una suerte de lucro cesante.

541.3. Por último, en la regulación del procedimiento para reclamarle a TRANSMILENIO la “*compensación*” por el acaecimiento de un riesgo a su cargo, se convino, en lo que resulta pertinente, lo siguiente:

*“16.4.1. Cuando de conformidad con la Sección 16.3 anterior, **se materialice un riesgo asignado a TMSA que cause sobrecostos y/o retrasos**, el Concesionario de Operación deberá enviar, dentro de los diez (10) Días Hábiles siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento del **sobrecosto y/o retraso** (o en la fecha en que razonablemente debió haber conocido el impacto de la ocurrencia del riesgo), una Notificación a TMSA. Dicha Notificación deberá contener una descripción detallada del evento ocurrido, **la estimación de los sobrecostos y/o retrasos causados por el riesgo**, las medidas que el Concesionario de Operación adoptó para evitarlo o mitigarlo, **junto con todos los soportes** que demuestren el impacto de la materialización del riesgo sobre el Contrato.*

“(..)

*“16.4.3. En caso de que TMSA no acepte que la ocurrencia del riesgo generó el impacto señalado por el Concesionario de Operación o considere que no es un riesgo de aquellos asignados a TMSA **o que el Concesionario de Operación no demostró los sobrecostos o retrasos generados por la materialización del riesgo** o que no adoptó las medidas para evitarlo o mitigarlo, así lo indicará al Concesionario de Operación y este podrá acudir al mecanismo de solución de controversias previsto en el presente Contrato para que resuelva la controversia.*

*“16.4.4. Si TMSA acepta, total o parcialmente, la reclamación del Concesionario de Operación, así lo indicará al Concesionario de Operación; indicando -en caso de aplicar- **los costos adicionales que le reconocerá al Concesionario (...)**” (se destaca).*

542. Se colige de los apartes antes citados que la compensación que TRANSMILENIO debe reconocerle al Concesionario por la concreción de un riesgo asumido por la entidad concedente se concreta en el pago de los “*sobrecostos*” — esto es, como los define el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, “*gasto[s] adicional[es] que no está[n] previsto[s] o establecido[s] inicialmente*”— y los “*retrasos*” causados por esa circunstancia. Esto significa que la obligación de TRANSMILENIO se circunscribe al reconocimiento de los gastos incurridos con

ocasión del evento de Fuerza Mayor no asegurable, que, además, deben estar debidamente soportados y guardar relación con este último.

543. Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra el Tribunal que SOMOS U pretende la compensación de una utilidad esperada que no es objeto de reconocimiento cuando la causa de su frustración es la materialización de un evento de Fuerza Mayor, así como el pago de unos costos fijos que no fueron probados en cuanto a su efectiva existencia, esto es, no se demostró que la Convocante en Reconvencción realmente haya incurrido en ellos como consecuencia de la tardanza en la entrega del Sub-Lote 2, según pasa a explicarse a continuación.

543.1. Respecto de la utilidad esperada, según se anunció en párrafos anteriores, SOMOS U solicita el reconocimiento de los ingresos que dejó de percibir por los kilómetros que no fueron recorridos con el Sub-Lote 2 entre el 18 de julio de 2020 y el 18 de septiembre de 2020. En ese sentido, como sustento de su pretensión allegó el dictamen pericial financiero elaborado por el perito Guillermo Sarmiento Useche¹³⁷, quien realizó un ejercicio de cuantificación de la “*remuneración dejada de percibir por parte del Concesionario*” por los 588.468 kilómetros comerciales que no se recorrieron, multiplicados por la tarifa TKMT pactada en la cláusula 6.3.5 del Contrato. Se trata, sin duda, de la reclamación de un lucro cesante, esto es, la ganancia que habría dejado de reportar SOMOS U por no poder operar el Sub-Lote 2 de la Flota entre la fecha inicialmente prevista para su recepción (18 de julio de 2020) y aquella en la que se verificó luego de suscrito el Otrosí No. 2. En efecto, en el dictamen pericial financiero el perito Guillermo Sarmiento Useche calculó el “*margen operacional del Concesionario asociado a la remuneración por kilómetro*”, estimado en un 43.80%, y lo aplicó a los “*ingresos dejados de percibir*” correspondientes a la tarifa TKMT. Lo anterior, con el fin de establecer “*el margen dejado de ingresar es decir el **lucro cesante por estos kilómetros***” (se destaca). No hay duda, entonces, de que una parte de la compensación que reclama SOMOS U consiste en la utilidad esperada por la operación del Sub-Lote 2. Por lo tanto, de conformidad con los criterios anteriormente mencionados, debe negarse su reconocimiento, pues la ocurrencia de un evento de Fuerza Mayor no habilita al Concesionario a solicitar el provecho económico que esperaba obtener con la ejecución del Contrato.

137 Numeral “6. De conformidad con la información suministrada por el Perito Técnico, determine el impacto económico para el Concesionario, como consecuencia de la entrada en operación tardía de la flota Biarticulada del segundo sub-lote” del dictamen pericial aportado por SOMOS U y elaborado por el perito Guillermo Sarmiento Useche. Expediente Digital. 02. PRUEBAS. 11_PRUEBAS_PERITAJES_SOMOS_BOGOTA_USME. Dictamen Financiero. Dictamen Técnico. Anexo 2 Actas entrega flota. Acta Entrega Sub-Lote 1 - CTO 688 de 2018.

543.2. Por otra parte, la Convocante en Reconvención solicita el “*valor fijo por bus que no se obtendrá*” correspondiente a la tarifa TOVT (Remuneración del Costo Operacional de Vehículo), que hace parte de la Retribución del Concesionario durante la Etapa de Operación y Mantenimiento en los términos de la cláusula 6.3.3 y que se define como “*la Remuneración del Costo Operacional de Vehículo Troncal de tipología k de tecnología x, expresado en Pesos/Bus por semana, en la semana t*”. Dicha Remuneración del Costo Operacional de Vehículo se fija en el Contrato con base en los valores de la Oferta Económica del Concesionario de Operación y comprende los siguientes componentes de la estructura de costos, gastos e inversiones del Contrato, discriminados en la cláusula 6.3.5: (i) conductores o personal de mantenimiento que debe estar capacitado y vinculado antes de la entrada en operación de la flota; (ii) costos fijos administrativos de personal y servicios públicos; (iii) revisiones y permisos; (iv) seguros a cargo del Concesionario asociados a la Flota; (v) servicio en patios; y (vi) telemetría y mantenimiento de equipos.

543.3. Pues bien, para determinar el valor de la Remuneración del Costo Operacional de Vehículo, SOMOS U aportó el citado dictamen pericial financiero elaborado por el perito Guillermo Sarmiento Useche¹³⁸, en el que, para calcular el valor de esos costos fijos, se procedió de la siguiente forma: (i) en primer lugar, el perito determinó el déficit en la vinculación de la Flota entre el 1° de agosto de 2020 y el 25 de septiembre de 2020, teniendo en cuenta la cantidad de Buses que debían entregarse; (ii) seguidamente, el experto calculó las tarifas TOVT diarias que remunerarían el costo operacional de los vehículos, con base en las estimaciones que indicó corresponden a las pactadas en el Contrato conforme a la oferta económica del Concesionario; y (iii), finalmente, las aplicó a la cantidad de vehículos integrantes de la Flota no vinculada para cada periodo. Según se observa, para su análisis, el perito Guillermo Sarmiento Useche no verificó si, efectivamente, SOMOS U incurrió en esos costos fijos asociados con la operación de una Flota que, por el contrario, no tuvo que operar durante el periodo comprendido entre el 1° de agosto de 2020 (fecha en la que habría iniciado la operación) y el 25 de septiembre de 2020. Por el contrario, las tarifas TOVT aplicadas son prácticamente idénticas durante los tres (3) periodos que fueron objeto de cálculo, según se evidencia en la siguiente tabla:

138 Numeral “7. *Determine el impacto económico para el Concesionario, en el pago del componente tarifario TOVT_{k,x,t}, como consecuencia de la entrada tardía de la flota Biarticulada del segundo sub-lote*” del dictamen pericial aportado por SOMOS U y elaborado por el perito Guillermo Sarmiento Useche. Expediente Digital. 02. PRUEBAS. 11_PRUEBAS_PERITAJES_SOMOS_BOGOTA_USME. Dictamen Financiero. Dictamen Técnico. Anexo 2 Actas entrega flota. Acta Entrega Sub-Lote 1 - CTO 688 de 2018.

Tabla No. 23 – Tarifa por Vehículo tipología Biarticulados

Periodo	TOVT BIA Semanal	TOVT BIA Diaria
10 jul 20 - 9 ago 20	\$ 5.181.275,61	740.182,23
10 ago 20 - 9 sep 20	\$ 5.181.275,61	740.182,23
10 sep 20 - 9 oct 20	\$ 5.181.270,67	740.181,52

Fuente: Liquidaciones Anexo No. 3

- 543.4. Igualmente, de la explicación sobre la metodología aplicada por el perito, y luego de verificar los anexos que hacen parte del dictamen, encuentra el Tribunal que el experto no hizo un ejercicio de validación de los costos y su valor real —de los que, además, no aportó soporte alguno—, sino que tomó un estimado con base en lo presupuestado en el Contrato de Concesión. En consecuencia, carece de certeza la reclamación elevada por SOMOS U respecto de los costos operativos asociados a los vehículos, teniendo en cuenta que su reclamación se fundamentó, durante la etapa previa a la celebración del Otrosí No. 2, en la ocurrencia de un evento de Fuerza Mayor que únicamente le permitiría recuperar los sobrecostos en los realmente hubiera tenido que incurrir como consecuencia del mencionado hecho imprevisible e irresistible.
544. De lo anterior se colige, entonces, que no está acreditada la existencia de una obligación a cargo de TRANSMILENIO consistente en compensar a SOMOS U por las utilidades dejadas de percibir y por los costos operacionales asociados a los vehículos, como consecuencia de la estructuración de una Fuerza Mayor no asegurable.

G.4.5.2. El riesgo por los efectos desfavorables por demoras en la suscripción del Acta de Entrega

545. Además del riesgo de Fuerza Mayor no asegurable, en sus alegatos de conclusión SOMOS U manifestó que, *“dentro de la concesión de operación (...) dichos retrasos corresponderían a riesgos asignados a TRANSMILENIO, en los términos de la cláusula 16.3 literal (a) del Contrato”*. La cláusula invocada por la Convocante en Reconvencción es del siguiente tenor:

“16.3. Riesgos Asignados a TMSA.

“16.3.1. Los siguientes son los riesgos asignados a TMSA, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Anexos):

“(a) Los efectos desfavorables por demoras en la suscripción del Acta de Entrega de la Flota de cualquier Sub-Lote de Flota con respecto a la Fecha Máxima de Recepción de Flota definida contractualmente, por causas no imputables al Concesionario de Operación, en tanto la asunción de este riesgo conlleva, exclusivamente, la obligación de TMSA de hacer los pagos, en las condiciones,

plazos y montos previstos expresamente en este Contrato, en los términos de la Sección 6.14 del presente Contrato”.

546. De manera concordante con la asignación de riesgos consignada en el Contrato de Concesión, en el Anexo III del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. TMSA-LP-002-2018¹³⁹, correspondiente a la matriz de riesgos del Contrato, se había identificado como “*riesgo de operación*” asociado al Contrato, el siguiente: “*9. Efectos desfavorables por demoras en la suscripción del Acta de Entrega de la Flota de cualquier Sub-Lote de Flota con respecto a la Fecha Máxima de Recepción de Flota definida contractualmente, por causas no imputables al Concesionario [de operación]*”. Este riesgo se le asignó a la entidad pública contratante y se calificó como un riesgo de categoría media. Sobre la justificación de la calificación de probabilidad e impacto, en el mencionado Anexo III del Pliego de Condiciones se estableció lo siguiente:

“En condiciones normales, los procesos asociados a la fabricación, importación, nacionalización, transporte y demás actividades o trámites que deben llevarse a cabo para poner la Flota en Bogotá, no deberían presentar demoras dado que son procesos estandarizados y conocidos por el Fabricante y/o el Concesionario Proveedor de Flota encargado de gestionarlos. Así mismo, de acuerdo con los procesos de vinculación de Flota que se han adelantado para los contratos de concesión anteriores por parte de TMSA, es poco común que se presenten retrasos en dichos procesos por causas imputables a TMSA, dado que estos son conocidos y estandarizados y se planifican con el objetivo de cumplir con la prestación del servicio en los tiempos estipulados por el Ente Gestor. De igual manera, de acuerdo con el Contrato de Concesión de SIRCI, la capacidad operativa del Concesionario SIRCI debe ser suficiente para atender la Flota prevista en los tiempos requeridos. Adicionalmente, la existencia de un cronograma de entrada de Flota distribuido en tiempo (de acuerdo con lo estipulado en el Contrato de Concesión del Proveedor de Flota), a partir del cual tanto TMSA como el Concesionario SIRCI pueden programar sus recursos con el fin de atender las necesidades de vinculación de Flota e instalación de equipos en los vehículos, respectivamente, así como la posibilidad de que el Concesionario SIRCI realice instalaciones en depósitos aduaneros o simultáneamente con el proceso de carrozado, reducen la probabilidad de ocurrencia de este riesgo.

“Las demoras en la suscripción del Acta de Entrega de la Flota por causas no imputables al Concesionario, podrá tener un impacto medio bajo para el proyecto, dado que en un escenario previsible se estima que dichas demoras no sean superiores a 6 meses”.

139 Expediente Digital. 129597_CONTINUIDAD.02_PRUEBAS. 12._PRUEBAS_TRANSMILENIO_LINK_SECOP. PRUEBAS DOCUMENTOS LINKS SECOP TRIBUNAL SOMOS USME. B. Documentos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-002-2018. 102. Adenda 5_EP_404-Anexo III_Riesgos Contrato OF.pdf.

547. En lo relativo al esquema de mitigación del riesgo al que se ha hecho referencia, en el citado Anexo III del Pliego de Condiciones, que fue reiterado en el Anexo 6 del Contrato, se señaló lo siguiente:

“TMSA puede (i) establecer un acompañamiento al Concesionario Proveedor de Flota durante la Etapa Preoperativa del Contrato y (ii) realizar un seguimiento al Plan de Entrega de Flota definido por el Concesionario respecto de las actividades y/o trámites que deberán ser realizados para traer la Flota a Bogotá. Frente a este último mecanismo, el Interventor podrá desarrollar informes que permitan detectar a tiempo potenciales demoras en el proceso de pedido y puesta de Flota, y en consecuencia gestionar actividades para evitarlas. Así mismo, TMSA podrá planificar internamente los procesos, recursos y tiempos requeridos para efectuar la vinculación de Flota en los tiempos especificados contractualmente, de manera que se cumplan los cronogramas de vinculación de la Flota en los tiempos especificados contractualmente, de manera que se cumplan los cronogramas de vinculación y entrega de Flota establecidos al momento de la suscripción del Contrato. Finalmente, a través del Contrato de Concesión SIRCI, TMSA podrá gestionar el riesgo asociado a las demoras que se puedan presentar en la instalación y entrega de los Equipos SIRCI a Bordo y los Equipos SIRCI a Bordo OP, con respecto al cronograma inicialmente establecido de común acuerdo entre el Concesionario, el Concesionario Operador, el Concesionario SIRCI y TMSA, y que puedan retrasar la suscripción del Acta de Entrega de la Flota. Esto deberá ser enmarcada (sic) bajo el Contrato de Concesión SIRCI, el Protocolo de articulación entre los concesionarios y el concesionario Recaudo Bogotá, y el Acuerdo entre Privados, los cuales son documentos anexos al Contrato de Concesión. TMSA establece en el Contrato un mecanismo de compensación por demoras en el inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento por causas no imputables al Concesionario”.

548. Finalmente, en el Anexo III del Pliego de Condiciones se precisó que las cláusulas contractuales en las que se regula el riesgo operativo consistente en los efectos desfavorables por demoras en la suscripción del Acta de Entrega de cualquier Sub-Lote de Flota, corresponden a las siguientes: (i) 4.4.1. Declaración y garantías de las Partes; (ii) 7.2. Principales Obligaciones del Concesionario durante la Etapa Preoperativa; (iii) 7.4. Periodo de Operación de Transición; (iv) 8.1. Condiciones Precedentes para el inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento; (v) 8.3. Principales Derechos y Obligaciones del Concesionario; (vi) 8.4. Principales Derechos y Obligaciones de TMSA; y (vii) 16.3 Riesgos Asignados a TMSA.
549. Del análisis de los documentos precontractuales y de lo pactado en el Contrato de Concesión se desprende que, debido a que la provisión de la Flota fue contratada con un concesionario distinto a aquel con el que se celebró el contrato para su operación, TRANSMILENIO asumió el riesgo relativo a que, por cualquier causa que no le fuera imputable a SOMOS U —ni tampoco, como resulta lógico, a un incumplimiento imputable a TRANSMILENIO, pues en este último caso se trataría de un asunto de responsabilidad contractual—, se presentara una tardanza en la

suscripción del Acta de Entrega de cualquier Sub-Lote de la Flota. Esa corresponde, en los términos de la cláusula 3.2 del Contrato de Concesión, al *“documento que suscribirán el Interventor (de haberlo), el Supervisor de TMSA y el Concesionario de Operación en donde se consignará la entrega del uso y control de la Flota al Concesionario de Operación”*. La contingencia mencionada se consideró, entonces, como un riesgo previsible en la medida en la tardanza tuviera una duración máxima de seis (6) meses.

550. En caso de que el riesgo antes expuesto se estructurara, en el citado literal (a) de la cláusula 16.3.1 se previó que TRANSMILENIO únicamente estaría obligado a realizar los pagos de que trata la cláusula 6.14 del Contrato, en las condiciones, plazos y montos allí previstos. En lo pertinente, en la cláusula 6.14, relativa a los *“efectos de las demoras en el inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento por causas no imputables al Concesionario de Operación”*, se estableció lo siguiente:

“6.14.2. El desplazamiento del Inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento del Contrato que se efectúe como consecuencia de un incumplimiento de las obligaciones de TMSA o como consecuencia de la materialización de alguno de los riesgos relativos a esta situación que se encuentren asignados a TMSA, generará una compensación a favor del Concesionario de Operación de acuerdo con las reglas establecidas a continuación:

“(..)

“(d) En caso dado que se presenten demoras en la suscripción del Acta de Inicio de la Etapa de Operación y mantenimiento, como consecuencia de demoras presentadas en la suscripción del Acta de Entrega de la Flota por causas no imputables al Concesionario de Operación, TMSA deberá compensarle al Concesionario de Operación los costos, gastos e inversiones en los que haya incurrido durante el tiempo que se generó la demora, de acuerdo con las reglas establecidas en el literal (e) siguiente.

“(e) Las reglas a las que se refieren las Secciones 6.14.2(c) y (d) anteriores serán las siguientes:

“(i) Se compensarán los costos asociados a la contratación del personal requerido por el Concesionario de Operación para dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en el presente Contrato. Será responsabilidad de TMSA verificar a través de la Interventoría del Contrato la existencia de contratos laborales y certificaciones de pago, así como los Estados Financieros Intermedios y de las cuentas, debidamente auditadas por el revisor fiscal, que validen la realidad de los costos de personal en los que efectivamente esté incurriendo el Concesionario de Operación (...).

“(ii) En caso de existir, los costos asociados a la contratación del personal requerido por el Concesionario de Operación para dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en el presente Contrato, serán compensados a favor del

Concesionario de Operación por el valor que sea previamente validado y aprobado por la Interventoría del Contrato.

“(…)

“(iv) Se reconocerán Intereses Remuneratorios al Concesionario de Operación a una tasa equivalente al DTF + cinco puntos porcentuales (5%), sobre el componente de la Remuneración del Costo Operacional de Vehículo Troncal que remunera la totalidad de las inversiones en Equipos del STS no SIRCI OP y los Equipos SIRCI a Bordo OP del Concesionario de Operación (...).”

551. Pues bien, contrastada la regulación contractual que las partes previeron en caso de que se presentara una tardanza en la entrega de cualquiera de los Sub-Lotes de la Flota por circunstancias no imputables a SOMOS U, con la reclamación que la Convocante en Reconvención ha formulado, el Tribunal observa: (i) que SOMOS U no observó el procedimiento previsto en la cláusula 16.4 del Contrato para reclamar de TRANSMILENIO una compensación por la materialización de ese específico riesgo, de manera previa a la demanda judicial de su reconocimiento, reclamación que, además, solo se planteó en los alegatos de conclusión sin que TRANSMILENIO hubiera podido pronunciarse sobre esta particular circunstancia; y (ii) que no se acreditó la existencia de una afectación patrimonial que, de conformidad con los parámetros anteriormente citados, deba ser compensada por TRANSMILENIO.
552. En primer lugar, según se anunció al estudiar lo relativo al riesgo de Fuerza Mayor no asegurable, en la cláusula 16.4 del Contrato se reguló el “*procedimiento de reclamación para compensación de riesgos de TMSA*”. En síntesis, de conformidad con lo establecido en la mencionada estipulación, para hacer efectiva la compensación que se hubiera causado a favor de SOMOS U por el acaecimiento de un riesgo asumido por TRANSMILENIO, se debía seguir el siguiente procedimiento contractual: (i) dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en la que SOMOS U hubiera tenido o debido tener conocimiento de los sobrecostos o retrasos generados por la naturalización del riesgo, el Concesionario de Operación debía notificarle a TRANSMILENIO dicha circunstancias, notificación en la que debía incluir una estimación de esos sobrecostos o retrasos junto con los soportes respectivos; (ii) seguidamente, TRANSMILENIO procedería a analizar la información suministrada por SOMOS U, y podía aceptar la reclamación, rechazarla o solicitar información adicional; (iii) si TRANSMILENIO no aceptaba la ocurrencia del riesgo o considera que no se trataba de un riesgo que le fue asignado o que el Concesionario no demostró los sobrecostos o retrasos, así se lo debía informar a SOMOS U, caso en el que este último podría acudir al mecanismo de solución de controversias pactado en el Contrato; (v) si TRANSMILENIO aceptaba, total o parcialmente, la reclamación,

debía proceder al pago de los costos adicionales a favor de SOMOS U; y (vi), finalmente, si transcurridos cuatro (4) meses desde la recepción por parte de TRANSMILENIO de la notificación no se hubiere llegado a un acuerdo entre las partes, cualquiera de ellas podía acudir al mecanismo de solución de controversias pactado.

553. Sobre el particular, observa el Tribunal que, respecto de la materialización del riesgo previsto en el literal (a) de la cláusula 16.3.1 del Contrato al que se hace particular referencia en este acápite, SOMOS U no siguió el procedimiento contractual para reclamarle primero a TRANSMILENIO el reconocimiento de la compensación respectiva, sino que dicho planteamiento vino a ser formulado por primera vez en los alegatos de conclusión rendidos en el presente trámite arbitral. En consecuencia, no resulta ajustado a lo convenido por las partes el pretender un reconocimiento económico con apoyo en el riesgo tipificado en el referido literal (a) de la cláusula 16.3.1, sin haberle permitido a TRANSMILENIO manifestarse al respecto y ejercer adecuadamente su derecho de defensa.
554. Adicionalmente, por expresa remisión del literal (a) de la cláusula 16.3.1 del Contrato, SOMOS U únicamente tendría derecho a solicitar el reconocimiento de los gastos en los que efectivamente hubiera incurrido durante el tiempo que tardó la entrega, de conformidad con lo acordado en la cláusula 6.14, y que corresponden a los siguientes: (i) gastos por la contratación de personal, caso en el cual se debe verificar la “realidad” de los costos, es decir, debe tratarse de erogaciones en las que efectivamente haya incurrido el Concesionario; y (ii), costos y gastos por la adquisición de seguros y garantías, supuesto en el que, igualmente, debe acreditarse la “realidad” de los costos. Adicionalmente, puede solicitar el pago de los Intereses Remuneratorios a la tasa pactada, aplicados sobre el componente de la Remuneración del Costo Operacional. Sin embargo, como se explica enseguida, SOMOS U solicita el reconocimiento de rubros que no están comprendidos dentro de aquellos que TRANSMILENIO se obligó a pagar.
555. En primer término, advierte el Tribunal que no le asiste razón a la Convocante en Reconvención cuando afirma, como lo hace en sus alegatos de conclusión, que *“en este caso no aplica el numeral 6.14.2 puesto que no se produjo un desplazamiento del Inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento del Contrato, pues sí hubo inicio, pero no fueron entregados oportunamente los vehículos que hacían parte del Sub-Lote 2”*. Sobre el particular, destaca que el Tribunal que, si bien es cierto que no se presentó un desplazamiento del Inicio de la Etapa de

Operación, pues esta comenzó el 12 de octubre de 2019¹⁴⁰, en todo caso la cláusula 6.14(a) expresamente remite a la estipulación contenida en la cláusula 6.14, sin distinguir entre sus distintos numerales, precisamente porque en ella se regulan las consecuencias de las demoras presentadas en la suscripción del Acta de Entrega de la Flota, que necesariamente conducen a una tardanza en el inicio de su operación. En consecuencia, aunque la Etapa de Operación del Contrato inició con la suscripción del Acta respectiva el 12 de octubre de 2019, la operación del Sub-Lote 2 se retrasó por la tardanza en la entrega de los Buses que la conforman, de allí que resulte aplicable lo dispuesto en la cláusula 6.14.2 para efectos de determinar el contenido de la compensación a la que tendría derecho el Concesionario.

556. Aclarado lo anterior, como se precisó al analizar lo relativo al riesgo de Fuerza Mayor no asegurable, es claro que el primero de los rubros que integran la reclamación de SOMOS U, esto es, la utilidad dejada de percibir por los kilómetros en servicio que se dejaron de recorrer con el Sub-Lote 2, excede el alcance y la finalidad que se persigue con la compensación por la materialización de un riesgo contractual. En efecto, según se explicó, ante el acaecimiento de una contingencia tipificada en el Contrato no hay lugar a reconocerle al contratista la utilidad esperada, como si se tratara de la indemnización de un lucro cesante. Por el contrario, lo que se pretende con la identificación y asignación de riesgos en el contrato estatal, particularmente cuando estos deben ser soportados por la entidad pública contratante, es colaborarle al contratista en la recuperación de los gastos en los que haya tenido que incurrir como consecuencia de la estructuración del riesgo. Por lo tanto, la reclamación calculada por el perito Guillermo Sarmiento Useche, consistente en “*el margen dejado de ingresar es decir el lucro cesante*”¹⁴¹ por los kilómetros que no se recorrieron entre el 18 de julio de 2020 y la fecha efectiva de entrega del segundo Sub-Lote, necesariamente debe ser descartada pues no corresponde al contenido de la compensación que podría exigir el Concesionario por la materialización de un riesgo asignado a TRANSMILENIO. Además, la utilidad por los kilómetros no recorridos no se encuentra contemplada en la cláusula 6.14 como uno de los conceptos que TRANSMILENIO deba reconocerle al contratista.

140 Expediente Digital. 02. PRUEBAS. 11_PRUEBAS_PERITAJES_SOMOS_BOGOTA_USME. Dictamen Financiero. Dictamen Financiero Somos U v11102022.

141 Numeral “6. De conformidad con la información suministrada por el Perito Técnico, determine el impacto económico para el Concesionario, como consecuencia de la entrada en operación tardía de la flota Biarticulada del segundo sub-lote” del dictamen pericial aportado por SOMOS U y elaborado por el perito Guillermo Sarmiento Useche. Expediente Digital. 02. PRUEBAS. 11_PRUEBAS_PERITAJES_SOMOS_BOGOTA_USME. Dictamen Financiero. Dictamen Técnico. Anexo 2 Actas entrega flota. Acta Entrega Sub-Lote 1 - CTO 688 de 2018.

557. Asimismo, en lo que respecta a la remuneración asociada al Costo Operacional de los Vehículos observa el Tribunal que estos no corresponden a las erogaciones que, en los términos de la cláusula 6.14 del Contrato, deban ser compensadas por TRANSMILENIO a favor de SOMOS U. En efecto, en el cuestionario realizado al experto, en el que se le pide que “7. *Determine el impacto económico para el Concesionario, en el pago del componente tarifario $TOVT_{k,x,t}$, como consecuencia de la entrada tardía de la flota Biarticulada del segundo sub-lote*”, el perito Guillermo Sarmiento Useche calculó la “*remuneración asociada al componente $TOVT_{k,x,t}$ (Costo Operacional de Vehículo) que es un pago fijo por vehículo vinculado y disponible para operar*”. Con ese propósito, tomó los costos descritos en la cláusula 6.3.5 del Contrato y calculó su valor conforme a la tarifa proyectada en el contrato multiplicada por la cantidad de Buses no vinculados, teniendo en cuenta el tiempo que tardó su vinculación. Dichos costos corresponden a los siguientes: (i) conductores y personal de mantenimiento; (ii) costo fijo administrativo por personal administrativo; (iii) costo fijo administrativo por servicios públicos; (iv) revisiones y permisos; (v) seguros a cargo del concesionario; (vi) servicio en patrios; y (vi) telemetría y mantenimiento de equipos ITS, Costo de adquisición y reposición equipos ITS y Adecuaciones de patrios de operaciones existentes y nuevos. Es evidente que, salvo por los numerales (i) y (iii), relativos al personal vinculado a la ejecución del Contrato, y por el numeral (v), los demás costos fijos no están comprendidos dentro del alcance de la compensación prevista en la cláusula 6.14. Y, en cuanto a los costos que sí estarían incluidos dentro de la compensación por la materialización del riesgo tipificado en la cláusula 16.3.1(a), la Convocante en Reconvención no acreditó haber incurrido en ellos, es decir, no demostró la “realidad” de los costos, como lo exige la mencionada cláusula 6.14, en concordancia con lo establecido en la cláusula 16.4.1, pues no se aportaron los soportes que den cuenta de los costos de personal y de adquisición de seguros en los que efectivamente haya incurrido SOMOS U entre el 18 de julio de 2020 y el 18 de septiembre de la misma anualidad y que correspondan a sobrecostos directamente relacionados con la materialización del riesgo al que se ha hecho referencia, rubros cuyo reconocimiento y pago, además, no fueron solicitados por SOMOS U como parte de la compensación que reclama por los efectos que habría generado el desplazamiento de la fecha de entrega del Sub-Lote 2.
558. En conclusión, SOMOS U no acreditó su derecho a obtener una compensación por los efectos desfavorables de las demoras en la suscripción del Acta de Entrega del Sub-Lote 2 de la Flota, en la medida en que, tratándose de un riesgo contractualmente asumido por TRANSMILENIO, la Convocante en Reconvención debía adelantar primero un procedimiento contractual de reclamación a TRANSMILENIO y, adicionalmente, demostrar que, efectivamente, incurrió en

costos expresamente fijados en el Contrato y directamente relacionados con la tardanza en la entrega.

G.5. Conclusión

559. Con fundamento en el análisis anterior, concluye el Tribunal que la pretensión séptima declarativa de la demanda de reconvencción reformada está llamada a prosperar y así lo declarará, pues se acreditó que TRANSMILENIO se obligó a entregarle a SOMOS U la Flota que integra el Sub-Lote 2 en los términos y la oportunidad pactada en la cláusula 3.117 del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, con la precisión de que esta estipulación fue modificada mediante Otrosí No. 2 de 3 de agosto de 2020. Igualmente se declarará la prosperidad de la pretensión décima cuarta de la demanda inicial, comoquiera que está acreditado que en el Otrosí No. 2 se pactó que la entrada en operación definitiva del Sub-Lote 2 tendría lugar el 26 de septiembre de 2020, luego de que se hubiera realizado la tercera y última entrega de dicho Sub-Lote.
560. En relación con lo anterior, teniendo en cuenta que en la excepción denominada “5.13. *INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE A TRANSMILENIO POR EL CAMBIO DE FECHA DEL SUBLOTE 2*”, TRANSMILENIO sostiene que la obligación de entrega estaba a cargo de TRANSINNOVA y que cualquier modificación en la fecha sería un asunto imputable al Contratista de Operación, se declarará no probado el mencionado medio de defensa, en cuanto el fundamento de la mencionada excepción no fue acreditado.
561. Por su parte, se negará la pretensión octava declarativa de la demanda de reconvencción reformada, toda vez que: (i) no existe un incumplimiento contractual imputable a TRANSMILENIO por la falta de entrega del Sub-Lote 2 de la Flota el 18 de julio de 2020, por las razones expuestas anteriormente; y (ii) TRANSMILENIO tampoco incumplió sus obligaciones legales ni contractuales al no indemnizar o compensar a SOMOS U por las presuntas afectaciones que habría padecido por el aplazamiento de la fecha de entrega del Sub-Lote 2 de la Flota, pues la Convocante en Reconvencción no demostró haber incurrido en erogaciones o costos comprendidos dentro del alcance de las compensaciones reguladas en el Contrato de Concesión No.688 en caso de que se materializara un riesgo asumido por TRANSMILENIO. En línea con lo anterior, se declara parcialmente probada la excepción denominada “5.11. *TEORÍA DE ACTOS PROPIOS RESPECTO AL CAMBIO DE LA FECHA DE ENTREGA DE LA FLOTA DEL SUBLOTE 2*” y, por las razones expuestas en líneas anteriores, se declara no probada la excepción denominada “5.4. *MALA FE CONTRACTUAL*”.

562. Como consecuencia de la falta de prosperidad de la pretensión octava declarativa de la demanda de reconvención reformada, no prosperan igualmente las pretensiones vigésima primera y vigésima segunda, ambas de condena, formuladas por SOMOS U, en cuanto se relacionan con la citada pretensión declarativa.
563. Finalmente, respecto de las excepciones “5.12. *INEXISTENCIA DE PERJUICIO POR EL CAMBIO EN LA FECHA DE ENTREGA DEL SUBLOTE 2 DE FLOTA*” y “5.14. *RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO DE PROVISIÓN POR EL CAMBIO DE FECHA DE ENTREGA DEL SUBLOTE 2 DE FLOTA*”, no hay lugar a un pronunciamiento, toda vez que la pretensión octava de la demanda de reconvención reformada no prosperó por razones distintas a las que fueron expuestas en dichos medios de defensa. De igual forma, se negará la excepción “5.9. *IMPROCEDENCIA DE APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1604 DEL CODIGO CIVIL*” toda vez que si bien en ella se señala que está dirigida a enervar la prosperidad de las pretensiones séptima y octava de la demanda de reconvención reformada, en su fundamentación no se hace referencia a estas específicas peticiones de la reconvención sino a la falta de entrega de la infraestructura. Por las mismas razones se negará la excepción “5.10. *AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA NO ENTREGA DE PATIO Y LA PANDEMIA COVID-19*” que fue formulada frente a las pretensiones séptima y octava.

H. SOBRE EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA A TRANSINNOVA

H.1. Posición de las partes

H.1.1. Posición de la Convocante (Convocada en Reconvención)

564. TRANSMILENIO llamó en garantía a TRANSINNOVA en relación con las pretensiones formuladas por SOMOS U respecto de aquella, tanto declarativas como de condena, relativas al presunto incumplimiento de la entrega del segundo Sub-Lote de la Flota. Lo anterior, con fundamento en la cláusula de indemnidad pactada en el Contrato de Concesión No. 687 de 2018. En concreto, en el llamamiento en garantía TRANSMILENIO formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. Que se declare que entre TRANSMILENIO S.A. y TRANSINNOVA USME S.A.S. se suscribió el Contrato de Concesión No. 687 de 2018.

“SEGUNDA. Que se declare que el objeto del Contrato de Concesión No. 687 de 2018 suscrito entre TRANSMILENIO S.A. y TRANSINNOVA USME S.A.S. es: (...).

“TERCERA. Que se declare que en el marco del contrato de Concesión No. 687 de 2018, TRANSINNOVA USME S.A.S. es responsable de la entrega de la totalidad de la flota objeto de operación del Contrato de Concesión No. 688 de 2018.

“CUARTA. Que se declare que en el Anexo H del Contrato de Concesión No. 687 de 2018, se definió la fecha de la segunda entrega de flota para el 18 de julio de 2020.

“QUINTA: Que se declare que la segunda entrega de flota no se realizó el 18 de julio de 2020 conforme preveía el Anexo H del Contrato de Concesión No. 687 de 2018.

“SEXTA: Que se declare que de conformidad con la cláusula 13.2 del Contrato de Concesión, TRANSINNOVA USME S.A.S. está obligado a mantener indemne a TRANSMILENIO S.A. de cualquier reclamación proveniente de terceros y que se deriven de sus actuaciones o de las sus subcontratistas o dependientes.

“SÉPTIMA. Que se declare que TRANSINNOVA USME S.A.S. está obligado a indemnizar los daños que resulten probados en este proceso a favor de TRANSMILENIO S.A. y, por su conducto, de la sociedad Convocante en Reconvención Somos Bogotá Usme S.A.S., como consecuencia de la no entrega el 18 de julio de 2020 de la segunda entrega de flota.

“OCTAVA. Que se declare que de conformidad con la cláusula 13.2. del Contrato de Concesión No. 687 de 2018, TRANSINNOVA USME S.A.S. es responsable de asumir los valores por concepto de indemnización que se tengan que pagar como consecuencia de la no entrega el 18 de julio de 2020 de la segunda entrega de flota al Concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.

“NOVENA. Que se condene a TRANSINNOVA USME S.A.S. al pago de los perjuicios que resulten probados en el proceso a favor de TRANSMILENIO S.A. y, por su conducto, de la sociedad Convocante en Reconvención SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. asociados a la no entrega el 18 de julio de 2020 de la segunda entrega de flota.

“DÉCIMA. Que se condene a TRANSINNOVA USME S.A.S. al pago de costas y agencias en derecho”.

565. Las pretensiones antes transcritas se fundamentaron, en síntesis, en que la tardanza en la entrega del Sub-Lote 2 de la Flota obedeció a la estructuración de un Evento Eximente de Responsabilidad que le imposibilitó a TRANSINNOVA hacer entrega oportuna del mencionado Sub-Lote a TRANSMILENIO. Debido a esa circunstancia, TRANSMILENIO no pudo entregarle a SOMOS U el segundo Sub-Lote en la fecha inicialmente pactada en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018, lo que motivó que el Concesionario de Operación le reclamara a TRANSMILENIO una indemnización de perjuicios por dicho concepto.

566. En consecuencia, TRANSMILENIO sostiene que TRANSINNOVA está obligada a indemnizarle los daños que le cause una condena en su contra y a favor de SOMOS U por el retardo en la entrega del Sub-Lote 2. Esto, de conformidad con lo pactado en la cláusula 13.2 del Contrato de Concesión No. 687 de 2018, en virtud de la cual TRANSINNOVA está obligada a mantener indemne a TRANSMILENIO por cualquier reclamación de terceros que se derive de sus actuaciones.

H.1.2. Posición de la Llamada en Garantía

567. TRANSINNOVA contestó el llamamiento en garantía mediante escrito en el que se opuso a la totalidad de las pretensiones de TRANSMILENIO porque considera que carecen de fundamento fáctico y jurídico. En particular, precisó que el responsable de la entrega de la Flota a SOMOS U es TRANSMILENIO y que, debido a la declaratoria de un Evento Eximente de Responsabilidad a su favor, cesó toda responsabilidad a su cargo en el sentido de mantener indemne a TRANSMILENIO por los hechos relacionados con la entrega del Sub-Lote 2.

568. En ese orden de ideas, propuso las excepciones de mérito que denominó “A. *INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL*”, “B. *EL LLAMANTE NO CUMPLIÓ LOS REQUISITOS CONTRACTUALES PARA HACER EXIGIBLE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIDAD*”, “C. *MALA FE DEL LLAMANTE EN GARANTÍA*” y “D. *EXCEPCIÓN INNOMINADA*”.

569. Asimismo, TRANSINNOVA contestó la demanda de reconvención reformada y, respecto de esta, planteó los siguientes medios de defensa: “A. *INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL*”, “B. *MALA FE LA DE (sic) CONVOCANTE EN RECONVENCIÓN*” y “C. *EXCEPCIÓN INNOMINADA*”.

H.2. Problema jurídico y metodología de análisis

570. Para efectos de examinar el mérito del llamamiento en garantía, lo primero que debe verificarse es la existencia de una condena efectivamente impuesta al llamante en garantía, pues de esta depende la prosperidad de aquel.

H.3. Consideraciones

571. El artículo 64 del Código General del Proceso establece que “*quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer*”

como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, (...) podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación” (se destaca). En concordancia con lo dispuesto en la norma antes transcrita, en el inciso final del artículo 66 de la misma codificación se señala que **“la sentencia se resolverá, cuando fuere pertinente, sobre la relación sustancial aducida y acerca de las indemnizaciones o restituciones a cargo del llamado en garantía”** (se destaca).

572. De lo anterior se desprende que la prosperidad del llamamiento en garantía está supeditada, en primer término, a que el llamante en garantía haya sido condenado a realizar un pago a favor del demandante. Lo anterior, toda vez que el derecho del llamante en garantía consiste en poder exigir del llamado en garantía la indemnización del perjuicio que haya sufrido o el reembolso de las sumas que haya tenido que pagar con ocasión de una condena judicial.
573. En ese sentido, la doctrina ha explicado que, *“tramitado el proceso, el juez en la sentencia resolverá los asuntos litigiosos en el siguiente orden: en primer lugar, definirá si las pretensiones del demandante deben prosperar, es decir, delantadamente le corresponde decidir la relación litigiosa entre demandante y demandado. Según se indicó, si se encuentra que las súplicas de la demanda no deben prosperar y el demandado debe ser absuelto, por sustracción de materia en la sentencia se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno sobre el llamamiento en garantía (...). Por tanto, la jurisprudencia ha indicado que la pretensión en contra del llamado en garantía es una pretensión de condena eventual o in eventum, es decir, que solo estará llamada a ser resuelta si el demandado es condenado, puesto que, como se ha venido indicando, si en contra del demandado no hay condena por el fracaso de las súplicas de la demanda, sobre el llamamiento en la sentencia nada deberá resolver el juez”*¹⁴².
574. Pues bien, en el caso concreto el Tribunal negó la pretensión octava declarativa de la demanda de reconvención reformada y, consecuentemente, las pretensiones vigésima primera y vigésima segunda de condena no prosperan en cuanto respectan a aquella, en los términos y por las razones expuestas en el acápite G *“Pretensiones relativas a la no entrega del Sub-Lote 2”*. Por tanto, como ninguna condena se le impondrá a TRANSMILENIO por la tardanza en la entrega del Sub-

142 Sanabria Santos, Henry. Derecho procesal civil general. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2021). Pág. 307. En el mismo sentido, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 1° de octubre de 2004. Exp. No. 7560. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia reiterada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC5885-2016 de 6 de mayo de 2016. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

Lote 2 de la Flota a SOMOS U, el llamamiento en garantía formulado respecto de TRANSINNOVA no está llamado a prosperar.

H.4. Conclusión

575. Con fundamento en el análisis anterior, el Tribunal declarará que no prospera el llamamiento en garantía de TRANSMILENIO frente a TRANSINNOVA.

I. PRETENSIONES RELATIVAS A LOS EFECTOS GENERADOS POR LA EMERGENCIA SANITARIA DESATADA POR LA PANDEMIA COVID 19

I.1. Posición de las partes

576. En la demanda de reconvención reformada SOMOS U, bajo el título “4.5 Pretensiones Declarativas relativas a los efectos generados por la emergencia sanitaria desatada por la pandemia COVID 19”, pretende:

“Undécimo. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. es responsable de compensar los efectos desfavorables causados por Eventos de Fuerza Mayor no asegurables en los términos de la cláusula 16.3. literal (I) del Contrato de Concesión, tales como generados para la operación de SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. por la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales y distritales que afectaron el transporte masivo urbano de pasajeros. metropolitanas y municipales que afectaron el transporte masivo urbano de pasajeros (sic).

“Duodécimo. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. está obligada a reestablecer el equilibrio del Contrato de Concesión por los efectos generados para la operación de SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. por la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales y distritales que afectaron el transporte masivo urbano de pasajeros.

“Decimotercero. Declarar que SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. solicitó a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. el restablecimiento del equilibrio del Contrato de Concesión en relación con los efectos generados para la operación de SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. por la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales, y distritales que afectaron el transporte masivo urbano de pasajeros, el cual no ha sido restablecido.

“Decimocuarto. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. no utilizó los fondos autorizados por el Decreto 575 de 2020 (art. 5º) para mitigar el déficit de la operación del Sistema

TransMilenio para SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S., lo cual constituye un incumplimiento del Contrato de Concesión.

“Decimoquinto. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. no utilizó los fondos autorizados por la Ley 2155 de 2021 (art. 28) y/o de la Resolución No. 202113040052145 del Ministerio de Transporte para cofinanciar el déficit operacional o de implementación originado por las medidas de restricción del nivel de ocupación de la oferta de sus servicios dirigidas a contener la propagación del SARS-COVID-2 (Covid 19) durante la vigencia de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para mitigar la afectación generada a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S., lo cual constituye un incumplimiento del Contrato de Concesión.

“Decimosexto. Declarar que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. no ha cumplido con su obligación de restablecer íntegramente el equilibrio económico del Contrato de Concesión en los términos de la Pretensión Duodécimo lo cual constituye un incumplimiento del Contrato de Concesión por parte de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.

“Decimoséptimo. Declarar que, como consecuencia del incumplimiento de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. al no haber asumido su obligación de restablecer íntegramente el equilibrio económico del Contrato de Concesión en los términos de las Pretensiones Duodécimo a Decimosexto, EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. causó un daño antijurídico que debe ser indemnizado a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – _SOMOS U S.A.S”.

a) Posición de la Convocante en Reconvención

577. Las pretensiones anteriores se sustentan en los hechos relacionados a partir del numeral 5.5., denominados “*Emergencia sanitaria y las medidas gubernamentales que afectaron el transporte masivo urbano de pasajeros y Contrato de Concesión*”.
578. Sostiene el Concesionario en su demanda de reconvención reformada, que el Gobierno Nacional profirió la Resolución No. 385 de 12 de marzo de 2020 que declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio colombiano ante la necesidad de adoptar medidas extraordinarias, estrictas y urgentes, relacionadas con la contención del virus del Covid 19, lo cual fue objeto también de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica (Decreto 417 de 2020) (Hecho 5.5.1). Agrega que la emergencia sanitaria y las afectaciones generadas a la operación de SOMOS U constituyen un evento de fuerza mayor no asegurable, en los términos de la cláusula 16.3.1. literal (I) del Contrato de Concesión (Hecho 5.5.4).

579. Como consecuencia de tales medidas, la cantidad de viajes (kilómetros comerciales) fue reducida drásticamente; TRANSMILENIO definió los planes de servicios, los cuales disminuyeron las frecuencias de las rutas, los horarios de cobertura de operación y la cantidad de servicios de todas las rutas habituales del Sistema de Transporte (Hecho 5.5.6), generando un déficit operacional al Concesionario que fue reclamado a la entidad concedente (Hecho 5.5.7).
580. A su vez, destaca que el Decreto Legislativo 575 de 2020 reconoció la afectación y ofreció la obtención de recursos a los Sistemas de Transporte Masivo con el objeto de cubrir su déficit. Esto fue previsto en el artículo 5 del citado decreto (Hecho 5.5.8).
581. Invoca el Concesionario el artículo 28 de la Ley 2155 de 2021 que establece la finalidad expresa del Gobierno Nacional de financiar parcialmente el déficit de los contratistas y la compensación a los concesionarios de transporte masivo por los efectos generados por la emergencia sanitaria (Hecho 5.5.9).
582. Finalmente, afirma que TRANSMILENIO no ha compensado a SOMOS U por las circunstancias anteriormente mencionadas, ni en los términos de las medidas gubernamentales correspondientes (Hecho 5.5.10).
583. En los alegatos de conclusión, el apoderado de SOMOS U, sobre el tema en cuestión, se refirió al Convenio de Cofinanciación para el Sistema Integrado de Transporte Masivo de Bogotá, suscrito entre la Nación, el Ministerio de Hacienda, y TRANSMILENIO, *“para solventar el déficit operacional, originado por las medidas de restricción del nivel de ocupación de la oferta”* del cual resaltó su Cláusula 3, que dice:

“CLÁUSULA 3. UTILIZACIÓN DE LOS APORTES: El Ente Gestor únicamente podrá utilizar los aportes de que trata el presente convenio para solventar el déficit operacional del sistema, originado por las medidas de restricción del nivel de ocupación de la oferta de sus servicios dirigidas a contener la propagación del coronavirus (Covid-19), durante la vigencia de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. En ningún caso, podrán ser utilizados para pagar laudos arbitrales, modificaciones contractuales encaminadas a reconocer posibles desequilibrios o costos adicionales a los pactados en los respectivos contratos en los que haya incurrido cualquiera de los agentes del sistema.

“El Ente Gestor deberá entregar al Ministerio de Transporte y al Distrito Capital las certificaciones correspondientes suscritas por el representante legal, en las que se deje constancia sobre la utilización de los aportes efectuados por dichas entidades. Las certificaciones deberán ser remitidas al Ministerio de Transporte o al Distrito Capital, según corresponda, dentro de los treinta (30) días hábiles

siguientes a la fecha en que se hubiere utilizado el aporte, y dentro los trescientos sesenta (360) días calendario siguientes a la fecha en que se realizó el giro de aportes por parte de la Nación o del Distrito Capital, según corresponda”.

584. A juicio de SOMOS U, ésta es la fuente de la autorización a TRANSMILENIO para la compensación del déficit operacional de los Concesionarios, mediante la cofinanciación, con recursos del orden nacional y distrital, lo cual no se ha efectuado en el caso de este Concesionario.
585. Concluye que el déficit operacional del Sistema fue calculado con base en la metodología del Ministerio de Transporte y el 50% fue de 1.1 billones, de los cuales le fueron asignados a TRANSMILENIO \$733.976.929.015 para cubrirlo entre febrero y mayo de 2022, según el informe juramentado rendido en el proceso por dicha entidad.

b) Posición de la Convocada en Reconvención

586. La entidad pública concedente confirmó la expedición de las normas citadas por parte del Gobierno Nacional y de las entidades territoriales, para el propósito del control y manejo de la pandemia generada por el virus del Covid 19.
587. En cuanto a la obligatoriedad de tales medidas, afirma que no todas tienen ese efecto, pues algunas como las circulares corresponden a la categoría de directrices que no tienen fuerza de ley. Al responder el hecho 5.5.5. de la reforma de la demanda de reconvención la Convocada en Reconvención se refirió expresamente a la Circular conjunta del Ministerio de Salud y Protección Social y del Ministerio de Transporte, que contempla las restricciones a la movilidad en el territorio nacional, agregando que el transporte público nunca cesó su operación de servicio público esencial.
588. Respecto de la obligación de compensación por la emergencia sanitaria, afirmó que el artículo 5º del Decreto Legislativo 575 de 2020 no está dirigido a los Concesionarios de Operación de Transporte, sino a los SISTEMAS DE TRANSPORTE MASIVO, enfatizando que SOMOS U no se desempeña como un Sistema de Transporte Masivo, sino que es un concesionario del mismo.
589. Con base en los artículos 3º y 4º del Decreto 3109 de 1997 que definen el Sistema de Transporte Masivo, manifestó que no existe obligación contractual ni legal de efectuar la compensación pretendida por el Demandante en Reconvención, como se deriva del texto de sus normas, así:

“Artículo 3º.- Se entiende por transporte masivo de pasajeros el servicio que se presta a través de una combinación organizada de infraestructura y equipos, en un sistema que cubre un alto volumen de pasajeros y da respuesta a un porcentaje significativo de necesidades de movilización.

“Artículo 4º.- Para los efectos previstos en la presente disposición el sistema está conformado por los componentes propios del mismo, es decir, por el conjunto de predios, equipos, señales, paraderos, estaciones e infraestructura vial utilizados para satisfacer la demanda de transporte en un área de influencia determinada”.

590. En los alegatos de conclusión, el apoderado de TRANSMILENIO, sin desconocer la existencia e incidencia de la pandemia del Covid 19 en el sistema de transporte, afirmó que ésta, automáticamente, no trajo consigo una afectación del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 688, como pretende el concesionario. Sostuvo que todas las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y Distrital estuvieron ajustadas a derecho, señalando que no es cierto que la disminución de usuarios del sistema como consecuencia de la pandemia afectara la remuneración del Concesionario, la cual continuó siendo básicamente la misma. De otra parte, advierte que no fue aportada prueba alguna sobre el desequilibrio económico del Contrato No. 688 de 2018, ocasionado por las medidas gubernamentales para el manejo de la pandemia. Por el contrario, hace notar que en el peritazgo financiero aportado por SOMOS U se muestra *“un alto nivel de rentabilidad como negocio”*.

591. Destaca, conforme con el peritaje de contradicción, que:

“Este concesionario inició sus operaciones el 12 de octubre de 2019, con tan sólo 80 días de operación tuvo un margen bruto de 39.4% (utilidades brutas de \$6.118 millones / \$15.540 millones de ingresos operativos), un margen operacional del 26,5% (utilidades operacionales de \$4.116 millones o \$15,8 millones por Bus) lo cual quiere decir que por cada peso de ingresos cubrió los costos operacionales y los costos fijos quedando un remanente de \$26/100. En 2020, con algo más de 1 año de operaciones e invirtiendo \$2.800 millones en 2019, obtuvo utilidades operacionales por bus de \$84.2 millones para 2020, \$128 millones para 2021 y \$127,4 en 2022, respectivamente.

“El EBITDA, cuantificador de los flujos de caja operativos, fue positivo en \$4.393 millones en 2019, \$24.090 millones en 2020 (año de la pandemia y de la entrada tardía de la flota de biarticulados), \$36.017 millones en 2021 y \$35.900 millones en 2022, implicando un margen EBITDA (EBITDA/Ingresos Operacionales) con tendencia positiva y estable; 28,3% (19), 27,9% (20), 32,8% (21) y 28,5% (22), indicando que la inflación afectó su margen en 2022, como también lo hizo en la mayoría de sectores productivos de la economía colombiana” (Dictamen Pericial Solfin. Pág. 17).

592. También TRANSMILENIO, en la contestación de la reforma de la demanda de reconvencción, formuló las siguientes excepciones:

“5.10. AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA NO ENTREGA DE PATIO Y LA PANDEMIA COVID-19.

“5.16. INEXISTENCIA DE PERJUICIO POR PANDEMIA COVID-19.

“5.17. IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DE EVENTOS DE FUERZA MAYOR NO ASEGURABLE EN LOS TÉRMINOS DE LA CLÁUSULA 16.3 LITERAL (L) DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

“5.18. INEXISTENCIA DE LOS SUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO POR COVID-19.

“5.19. INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 5 DEL DECRETO 575 DE 2020.

“5.20. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN LEGAL DE TRANSMILENIO DE INDEMNIZAR AL CONCESIONARIO SOMOS USME S.A.S. POR COVID-19.”

593. Asimismo, en la contestación de la Reforma de la Demanda de Reconvención, TRANSMILENIO objetó el juramento estimatorio, por considerar que la suma estimada no está fundamentada ni razonada la cuantía, como lo dispone la ley.

I.2. Concepto del Ministerio Público

594. Luego de un amplio análisis del equilibrio económico de los contratos como uno de los derechos de los contratistas en la contratación estatal (artículo 5 Ley 80 de 1993), el Informe de la Procuraduría señala:

*“En síntesis, cuando se invoque como factor de desequilibrio económico y financiero del contrato estatal, dentro de los requisitos necesarios para su reconocimiento y el consecuente restablecimiento de la ecuación contractual, existen unos elementos comunes que deben acreditarse en forma concurrente tales como la imprevisibilidad, la alteración extraordinaria **y fundamentalmente la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato**, pues no es viable inferir a priori que acontecido el hecho de la imprevisión haya necesariamente rompimiento del equilibrio contractual y surja el deber de reparar. (resaltado en el texto)*

“Esa comprobación de la pérdida real, grave y anormal de la economía del contrato precisamente es la que se echa de menos en este caso, pues ni en la demanda se argumentó ni en las pruebas aportadas, incluyendo las pericias, se demostró esa situación de ruptura de la ecuación económica, por el contrario resultó verificado con el dictamen de contradicción financiero que para la época reclamada en la empresa SOMOS U distribuyeron “utilidades por valor de \$45.293 millones en 3.8 años, faltando todavía 5.2 años de la Etapa de Operación y mantenimiento”, por lo que resulta impensable un desequilibrio económico del contrato cuando a pesar de las circunstancias que indudablemente se vivieron a raíz de la pandemia del Covid 19, no solo en Bogotá o en el país sino en el mundo,

dice el perito Solfín que el Concesionario como negocio tuvo una utilidad muy superior a la de la industria”.

I.3. Problema jurídico y contexto para el análisis

595. Las pretensiones de que se ocupa el Tribunal en este capítulo se sustentan en los hechos relativos a la pandemia del Covid 19 y su incidencia en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018. Considera SOMOS U al plantear la pretensión undécima que TRANSMILENIO no asumió el riesgo de fuerza mayor que le asigna el Contrato, conforme con lo pactado en la Cláusula 16.3, literal (I), pues no lo ha compensado por el déficit operacional causado por las medidas gubernamentales de reducción del servicio del transporte de pasajeros, adoptadas para su contención y manejo.
596. También las pretensiones décima cuarta y décima quinta solicitan declarar el incumplimiento de TRANSMILENIO al no cofinanciar el déficit operacional del Contrato conforme a las normas especiales contenidas en el Decreto legislativo 575 de 2020, específicamente en su artículo 5, a propósito de mitigar la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social (Ley 2122 de 2021), así como el incumplimiento de la entidad pública, al no darle los recursos proporcionados por la Nación con la finalidad de apoyar a los Sistemas de Transporte mediante operaciones de crédito, para cubrir su déficit operacional sino destinarlos a cubrir la diferencia tarifaria.
597. Dado que las pretensiones objeto de estudio se enfocan en causas jurídicas diversas y, por supuesto, formulan diferentes consecuencias a título de la “*responsabilidad*” de TRANSMILENIO que ha de definir el Tribunal, debe iniciarse este análisis por ubicar las fuentes de las obligaciones incumplidas, según el planteamiento de SOMOS U, así como las circunstancias relativas al supuesto desequilibrio financiero alegado también en las pretensiones duodécima, décima tercera, décima sexta y décima séptima como fuente de incumplimiento contractual al no haber procedido la concedente a enfrentarlo oportunamente.
598. Los elementos de la declaración contenida en la pretensión undécima, según su texto, se originan en la “*responsabilidad*” de TRANSMILENIO prevista en la Cláusula 16.3 del Contrato de Concesión, que establece los riesgos que la entidad pública asume, específicamente por la disposición contenida en el literal (I) referida a compensar: “*Los efectos desfavorables causados por Eventos de Fuerza Mayor no asegurable bajo el presente contrato*”.
599. Es decir, esta pretensión tiene su causa en el supuesto incumplimiento contractual por parte de TRANSMILENIO, al no asumir el riesgo constitutivo de la ocurrencia

de un evento de fuerza mayor no asegurable, el cual, en palabras del hecho 5.5.4 de la reforma de la reconvención, se origina en la emergencia sanitaria y en las afectaciones generadas a la operación del concesionario. Con base en lo anterior, SOMOS U sostiene que las consecuencias que se derivan de la responsabilidad de TRANSMILENIO en relación con la materialización del riesgo mencionado corresponden el derecho a obtener una compensación económica.

600. Por su parte, las pretensiones decimocuarta y decimoquinta ubican la responsabilidad contractual de TRANSMILENIO en la desatención de las medidas del gobierno referidas a cofinanciar el déficit operacional del Contrato por razón de los efectos de la reducción del servicio. Estas últimas, enmarcadas jurídicamente en un incumplimiento del Contrato de Concesión por no utilizar los fondos autorizados por el Decreto 575 de 2020, la Ley 2155 de 2021 y la Resolución 20211304452145 del Ministerio de Transporte, para mitigar la afectación generada a SOMOS U durante la pandemia.
601. Aunque no se formuló pretensión concreta de condena por tales hechos, las pretensiones vigésima primera y vigésima segunda solicitan genéricamente al Tribunal condenar patrimonialmente a TRANSMILENIO al pago de la indemnización de los perjuicios causados por los incumplimientos legales y contractuales que se le imputan en la demanda de reconvención reformada, y al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, *“así como las compensaciones de todo orden”*¹⁴³.
602. SOMOS U aportó con su reforma de la demanda de reconvención un dictamen pericial, de carácter técnico, en el que se realizan cálculos referidos a la reducción de los kilómetros en servicio por parte del Concesionario a raíz de la disminución de la operación de la flota y de los servicios programados durante la pandemia (Ver Tabla 7, págs. 32 y 33 dictamen Miguel Andrés Castillo).
603. Por su parte, el dictamen financiero, también aportado por SOMOS U, rendido por Guillermo Sarmiento Useche, cuantificó los kilómetros dejados de recorrer, con

143 *“Vigésimo primera. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A. a indemnizar a SOMOS BOGOTÁ USTE SAS -SOMOS U SAS los perjuicios generados como consecuencia de sus incumplimientos legales y contractuales, de todo orden, según se pruebe en el proceso, para lo cual además, habrá de estarse a lo resuelto por el Tribunal para las liquidaciones y pagos que se causen con posterioridad a la presentación de la reforma de la demanda”.*

“Vigésimo segundo. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. las sumas a que hubiere lugar por restablecimiento del equilibrio del Contrato de Concesión, así como las compensaciones de todo orden, según se pruebe en el proceso, para lo cual, además, habrá de estarse a lo resuelto por el Tribunal para las liquidaciones y pagos que se causen con posterioridad a la presentación de la reforma de la demanda”.

base en la metodología aplicada por el perito técnico. Al responder la pregunta 8 advirtió: “*Para efecto de atender la pregunta me remití a los cálculos realizados por el perito técnico Miguel Castillo, donde el perito determina un déficit de kilómetros comerciales realizados por la flota biarticulada realizado por el periodo comprendido entre marzo de 2020 y agosto de 2022 en razón a la menor programación de kilómetros comerciales*” (págs. 27 y 28). A su vez, en la Tabla 27, concluye, con base en el costo de la tarifa y el número de los kilómetros no recorridos, que su valor ascendería a \$26.919.981.509 (pág. 30).

604. Advierte el perito: “*Finalmente, teniendo en cuenta que dichos kilómetros no se recorrieron y en consecuencia no hay gastos operacionales asociados, tales como combustible, mantenimiento, desgaste de neumáticos, entre otros, el impacto que se genera al Concesionario es el margen dejado de ingresar, es decir el margen que queda disponible después de restar a los ingresos los costos asociados a la remuneración por kilómetro*” (pág. 30).
605. Las Tablas 9 y 10 del dictamen financiero incluyen unos listados de los sobrecostos incurridos por SOMOS U por la emergencia sanitaria, cuantificándolos en \$441.889.504, cantidad que actualizada al mes de septiembre de 2022, asciende a la suma de \$503.130.328 (págs. 20 y 21 Dictamen Perito Sarmiento).
606. No obstante las cifras anteriores, advierte el Tribunal que en el Juramento Estimatorio, el concesionario cuantifica estas pretensiones que denomina “*Compensación por emergencia Sanitaria y sus efectos en la Operación*” en un valor de \$3.238.044.645 (según diferencial), más intereses de \$305.961.908, cantidades que no coinciden con los resultados de los dictámenes periciales aportados.
607. Además, en los alegatos finales, la Demandante en Reconvención manifiesta lo siguiente:

“Perjuicios causados al Concesionario SOMOS U”:

“Los perjuicios ocasionados al Concesionario son los siguientes: Las sumas de \$441.889.504 derivados de la emergencia sanitaria, Dictamen Financiero, Pregunta No. 5, pag. 20 y \$11.848.484.896 por la menor programación de flota de Transmilenio (Dictamen Financiero Pregunta No.8, pg.33)”.

I.4. Consideraciones del Tribunal

608. Aunque es evidente la antitécnica formulación de las pretensiones que se estudian, el Tribunal aborda su análisis al haberse enmarcado en los mismos hechos

referidos a la pandemia, exentos de prueba, por tratarse de circunstancias de orden no sólo nacional sino mundial, que afectaron todas las actividades humanas por un término importante. Esto no significa que no deban examinarse los elementos de los incumplimientos alegados, los cuales el Tribunal separa en fuentes diferentes, según se interpreta en las solicitudes contenidas en las pretensiones en cuestión.

609. Siguiendo el orden de exposición de las pretensiones, las obligaciones incumplidas se establecen:

- i. En la Cláusula 16.3 del Contrato 688, literal I).
- ii. En la no atención de TRANSMILENIO a las medidas gubernamentales dictadas para cofinanciar el déficit operacional de los concesionarios del transporte, generado por la emergencia sanitaria.
- iii. En el incumplimiento del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, y
- iv. En la incorrecta destinación por parte de TRANSMILENIO de los recursos estatales asignados para mitigar los efectos de la pandemia.

610. Respecto de la primera fuente de incumplimiento alegada, esto es, la falta de compensación de los efectos de la Fuerza Mayor no asegurable, el Contrato de Concesión No. 688 de 2018 en su cláusula 16.3 trae la siguiente disposición:

“16.3. Riesgos asignados a TMSA

“16.3.1. Los siguientes son los riesgos asignados a TMSA, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus anexos):

(...)

“(I) Los efectos desfavorables causados por Eventos de Fuerza Mayor no asegurables bajo el presente Contrato”.

611. A su vez, la cláusula 3.125. define la fuerza mayor como: *“El imprevisto a que no es posible resistir, de conformidad con lo estipulado en el artículo 1 de la Ley 95 de 1890”.*

612. En capítulo anterior de este laudo, al analizar el Tribunal la indemnización o compensación solicitada por SOMOS U por los efectos generados por el Otrosí No. 2, suscrito respecto de la fecha de entrega del Sub-Lote 2 de la flota de buses, estudió los Anexos III del Pliego de Condiciones y 6 del Contrato de Concesión,

contentivos del esquema de riesgos del Contrato y de la Matriz de Riesgos asignada a las partes¹⁴⁴.

613. La pretensión undécima que se analiza está relacionada con los efectos de la pandemia en la ejecución del Contrato, y su planteamiento lo ubica SOMOS U en el marco de la ocurrencia del riesgo de fuerza mayor asignado a TRANSMILENIO, contenido en la misma cláusula invocada, como fuente de la obligación supuestamente incumplida por la entidad (16.3, literal I). Encuentra el Tribunal que, en efecto, la ocurrencia de la pandemia del Covid 19 y las medidas que se adoptaron para conjurar sus efectos constituyeron un hecho imprevisto que no era posible resistir, exento de prueba, dada la naturaleza de hecho notorio de conocimiento público, que en los términos de la citada cláusula es un evento de fuerza mayor. Por ello, es idéntico el razonamiento que hizo el Tribunal al analizar las pretensiones relativas a la entrega del Sub-Lote 2, reiterando que las partes no previeron en el Contrato una consecuencia patrimonial específica para el caso de presentarse el mencionado riesgo de fuerza mayor no asegurable, por lo que, también se reitera, en el evento de la pandemia, la asunción del riesgo no puede tener naturaleza o consecuencias indemnizatorias, por provenir de circunstancias imprevisibles, ajenas a TRANSMILENIO. Por tanto, la compensación del riesgo asumido por la entidad estatal, en este caso, es la de reconocer al concesionario los costos demostrados, causados por las medidas gubernamentales por la necesidad de adaptar la operación al manejo de la pandemia.
614. Como ya se expresó, este Tribunal considera que el alcance de la obligación por razón del acaecimiento de los eventos de fuerza mayor no asegurables que asume la entidad estatal es el reconocimiento de los costos generados en el manejo de la circunstancia constitutiva de aquélla; en este caso, los sobrecostos por razón de la pandemia del Covid 19. Esto significa que no es procedente el reconocimiento de la reparación del perjuicio reclamado por SOMOS U, consistente en indemnizarlo por los kilómetros no recorridos debido a la disminución de las rutas de su flota de buses, entendidos como recursos que no ingresaron a su patrimonio, calculados pericialmente en \$11.848.484.896, por cuanto, se reitera, la naturaleza

144 Anexo III Pliego de Condiciones: *“Dado que los eventos de fuerza mayor corresponden a situaciones atípicas, imprevisibles e irresistibles, que por su naturaleza, no se presentan con regularidad, se asigna una probabilidad de ocurrencia baja. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que (i) a excepción de los eventos de vandalismo que ya se encuentran especificados y reglados en un riesgo particular no han existido eventos de terrorismo, guerras o eventos que alteren el orden público y en consecuencia la operación normal del sistema, así mismo (ii) dado que el contrato actual contempla unas intervenciones mínimas en los Patios de Operación entregados al concesionario, la probabilidad de encontrar hallazgos arqueológicos, minas o yacimientos es muy baja.*

“Por su naturaleza la ocurrencia de un evento de fuerza mayor tiende a tener un impacto alto en el proyecto puesto que tiende a generar altas inversiones para reparar los daños ocasionados.” Anexo 6 del Contrato de Concesión No. 688: “Por la misma naturaleza del riesgo, no hay forma de mitigarlo, razón por la que este deberá ser asumido por TMSA”.

de la partida que se causaría por el acaecimiento de una fuerza mayor no asegurable no es de carácter indemnizatorio, y no corresponde a la compensación que se habría podido causar, como se explicó.

615. El otro de los conceptos económicos que hacen parte de los valores reclamados en el marco del riesgo de la ocurrencia de fuerza mayor (cláusula 16.3,l), corresponde a los gastos reportados en el peritazgo económico, relativos al cumplimiento de los protocolos de bioseguridad (Tabla No.9, pág. 20), el cual, por tratarse de un costo efectivamente incurrido con ocasión del acaecimiento del riesgo de que se trata, deberá ser reconocido.
616. El perito Guillermo Sarmiento en su dictamen determina que estos costos actualizados a septiembre de 2022 ascienden a la suma de \$503.130.328 así:

“5. Sírvase determinar los costos en que incurrió el Concesionario, derivados de la emergencia sanitaria y sus efectos.

A partir de los soportes de costos que reposan en el Anexo No. 7 y la certificación del revisor fiscal que reposan en el Anexo No. 4, se tienen los siguientes sobrecostos para dar cumplimiento a los protocolos de Bioseguridad:

Tabla No. 9 –Sobrecostos por emergencia Sanitaria

Conceptos	Valor
Adhesivos mensajes de prevención buses	2.103.920
Avisos aislamiento habitáculo operador	10.921.225

Conceptos	Valor
Bolsa para los buses y kit de bioseguridad	9.135.300
Cadena de aislamiento habitáculo operador	4.116.924
Guantes de nitrilo	116.654.000
Guantes marca EDGE	15.922.703
Guantes G40 flex poliuretano	16.577.652
Lavamanos portátil auto sostenible	9.639.000
Señales de prevención del COVID 19	1.288.175
Tapabocas desechables	183.380.405
Toallitas húmedas limpieza habitáculo del operador	72.150.200
Total	441.889.504

Fuente: Facturas y Certificación Revisión Fiscal - Anexos No.4 y 7

A partir de los soportes que reposan en los anexos No. 4 y 7, a continuación, se indica los meses en los cuales se causaron los costos descritos en la tabla anterior:

Tabla No. 10 – Fecha de Sobrecostos por emergencia Sanitaria

Fecha	Valor	Factor Actualización a \$sep22	Afectación Económica a \$sep22
mar-20	13.351.800	1,157804	15.458.774
abr-20	69.401.975	1,151331	79.904.671
may-20	22.453.360	1,149480	25.809.681
jun-20	25.783.580	1,153189	29.733.343
jul-20	31.239.900	1,157474	36.159.358
ago-20	22.846.458	1,157474	26.444.171
sep-20	39.580.760	1,157584	45.818.048
oct-20	22.723.520	1,153956	26.221.936
nov-20	25.720.600	1,154614	29.697.357
dic-20	29.857.978	1,156262	34.523.642
ene-21	6.186.792	1,151877	7.126.424
feb-21	14.755.370	1,147200	16.927.367
mar-21	20.208.050	1,139989	23.036.949
abr-21	5.372.275	1,134242	6.093.460
may-21	9.329.079	1,127506	10.518.589
jun-21	65.450	1,116318	73.063
jul-21	6.037.765	1,116933	6.743.781
ago-21	280.959	1,113249	312.777
sep-21	23.477.182	1,108374	26.021.507
oct-21	1.673.140	1,104144	1.847.387
nov-21	2.107.160	1,103943	2.326.185
dic-21	4.308.680	1,098553	4.733.315
ene-22	67.021	1,090566	73.091
feb-22	19.049.136	1,072753	20.435.017
Total	441.889.504		503.130.328

Fecha	Valor	Factor Actualización a \$sep22	Afectación Económica a \$sep22
mar-22	4.819.500	1,055512	5.087.041
abr-22	10.023.864	1,045071	10.475.654
may-22	11.168.150	1,032198	11.527.740
Total			

Fuente: Anexo Memorias de Cálculo Anexo No. 9

En consecuencia, los sobrecostos derivados de la emergencia sanitaria ascienden a la suma de \$441.889.504.00, los cuales en pesos de septiembre de 2022 ascienden a la suma de \$503.130.328.00.”

617. Procede el Tribunal a actualizar la suma que se reconocerá a SOMOS U hasta la fecha del laudo aplicando la fórmula que ha utilizado el Consejo de Estado para este efecto y el último índice reportado, así:

$$Va = 503.130.328 * \frac{\text{índice final octubre /2023 (136,45)}}{\text{Índice inicial septiembre /2022 (122,63)}}$$

$$503.130.328 * 1,11269673$$

$$\mathbf{Va= \$559.831.471}$$

618. En consecuencia se declarará la prosperidad parcial de la pretensión undécima analizada, y se condenará a TRANSMILENIO a pagar a SOMOS U la suma de \$559.831.471 por concepto de compensación por los costos incurridos por los

efectos desfavorables causados por eventos de fuerza mayor con ocasión de la emergencia sanitaria en el marco de la pretensión vigésima segunda, la cual prospera parcialmente, exclusivamente en cuanto a la compensación pretendida y no en lo que se refiere al restablecimiento del equilibrio del Contrato, como se expondrá a continuación. Tratándose de una obligación que surge con ocasión de la decisión adoptada en el presente Laudo, considerando lo solicitado en la pretensión vigésima cuarta y debido a las particularidades que se desprenden del carácter estatal de la parte a quien se le impondrá la condena, sobre las respectivas sumas de dinero procederá el reconocimiento de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta providencia conforme a lo previsto en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En la medida en que el Tribunal encuentra que en efecto ocurrió un evento de fuerza mayor no asegurable con ocasión de la emergencia sanitaria, se declarará no probada la excepción 5.17 formulada, denominada “*Improcedencia de reconocimiento de eventos de fuerza mayor no asegurable en los términos de la Clausula 16.3., literal (l) del contrato de Concesión*”.

619. Ahora bien, en cuanto a la ruptura del equilibrio económico del Contrato por la emergencia sanitaria, advierte el Tribunal, tal como lo destaca el contradictamen financiero aportado por TRANSMILENIO, que el Concesionario no registró durante los años 2020, 2021 y 2022 un déficit operacional que haya podido afectar el equilibrio económico del Contrato:

“Este concesionario inició sus operaciones el 12 de octubre de 2019, con tan sólo 80 días de operación tuvo un margen bruto de 39.4% (utilidades brutas de \$6.118 millones / \$15.540 millones de ingresos operativos), un margen operacional del 26,5% (utilidades operacionales de \$4.116 millones o \$15,8 millones por Bus) lo cual quiere decir que por cada peso de ingresos cubrió los costos operacionales y los costos fijos quedando un remanente de \$26/100. En 2020, con algo más de 1 año de operaciones e invirtiendo \$2.800 millones en 2019, obtuvo utilidades operacionales por bus de \$84.2 millones para 2020, \$128 millones para 2021 y \$127,4 en 2022, respectivamente.

“El EBITDA, cuantificador de los flujos de caja operativos, fue positivo en \$4.393 millones en 2019, \$24.090 millones en 2020 (año de la pandemia y de la entrada tardía de la flota de biarticulados), \$36.017 millones en 2021 y \$35.900 millones en 2022, implicando un margen EBITDA (EBITDA/Ingresos Operacionales) con tendencia positiva y estable; 28,3% (19), 27,9% (20), 32,8% (21) y 28,5% (22), indicando que la inflación afectó su margen en 2022, como también lo hizo en la mayoría de sectores productivos de la economía colombiana.

(...)

”De la relación entre estos indicadores se puede observar que SOMOS U ha sido una empresa rentable. Paso de generar \$0.67 en la operación a \$0.75, es decir

“cubrió holgadamente sus costos de operación y fijos de administración” (pág. 17 dictamen Solfín).

620. También en el Informe Juramentado proporcionado por TRANSMILENIO, están reportadas sus utilidades, en concordancia con el concepto pericial anterior¹⁴⁵.
621. Entiende el Tribunal que la obligación incumplida que reclama SOMOS U en las pretensiones décima segunda, décima tercera, décima sexta y décima séptima bajo estudio es de carácter legal, basada en el artículo 5º de la Ley 80 de 1993, que a juicio de SOMOS U es generadora del desequilibrio económico del contrato. Sobre el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio de la ecuación financiera del contrato durante toda su duración, en apartes anteriores de este laudo obra un completo análisis del régimen aplicable al tema en cuestión. Debe agregarse que tanto su ocurrencia como su exigibilidad, conforme a reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, requiere, en primer lugar, de la demostración del déficit ocasionado por la situación imprevista e imprevisible que afecta la ecuación contractual.
622. No obra en el expediente prueba alguna de los elementos que integran el desequilibrio económico invocado como fuente de incumplimiento de TRANSMILENIO. Por el contrario, como se vio, está probado que no ha existido una pérdida del contratista que haya alterado las condiciones económicas del contrato, tal como fueron pactadas desde su inicio. Por esta razón no prosperarán las pretensiones décima segunda, décima tercera, décima sexta y décima séptima y, se tendrá como demostrada la excepción numerada 5.18 formulada por TRANSMILENIO, y parcialmente probada la excepción 5.16 exclusivamente en lo relacionado con los perjuicios pretendidos por el alegado incumplimiento en el restablecimiento del equilibrio económico por la pandemia del Covid 19.
623. Otra de las fuentes de incumplimiento contractual alegadas, se refiere a la desatención de TRANSMILENIO de las medidas establecidas por el Decreto 575 de 2020, la Ley 2155 de 2021 y/o la Resolución 202113040052145 del Ministerio de Transporte, conforme se solicita en las pretensiones décima cuarta y décima quinta de la demanda de reconvención, así como de las demás normas dictadas para la mitigación del déficit operacional del Sistema.
624. Entiende el Tribunal que este incumplimiento de TRANSMILENIO se basa en la falta de mitigación del déficit de los Sistemas de Transporte Público, mediante operaciones de crédito con garantías del Fondo Nacional de Garantías o de la

145 Expediente Digital. Pruebas. 14_PRUEBAS_INFORME_TRANSMILENIO_20230313. Informe declaración de parte.

Nación, y la omisión de esquemas de cofinanciación de los déficits operacionales, como lo establecen las citadas normas.

625. TRANSMILENIO dio respuesta en el proceso, mediante varios Informes Juramentados, solicitados por SOMOS U en relación con diversos temas que son objeto de esta controversia, dentro de los cuales se destaca el referido a los recursos girados al Concesionario, dentro de la política de mitigación de los efectos de la reducción del servicio para la contención de la pandemia del Covid 19. Uno de ellos se refiere expresamente a los fondos girados por TRANSMILENIO al concesionario SOMOS U, por valor de \$338.710.074.878 con el propósito de mantener las tarifas de la operación (Ver Complementación Informe Juramentado Transmilenio). Se anota lo expresado por TRANSMILENIO en esta información:

“Por lo tanto los recursos adicionales que en su momento destinó el Gobierno Nacional mediante el FOME (Fondo para Mitigación de Emergencias) se asignaron con base en las necesidades operativas del Sistema que se generó como consecuencia de la pandemia Covid 19, se debe a que los ingresos vía tarifa de los usuarios son menores a los costos operacionales y dicha situación se ha mantenido en el tiempo.

“De esta manera entonces, se indica que ni al concesionario Somos Bogotá Usme S.A.S, ni a ninguno otro concesionario se le liquida el diferencial tarifario y que no se realiza ninguna remuneración de forma adicional, como desacertadamente lo indica el concesionario en su pregunta, puesto que se remuneró de acuerdo con lo estipulado contractualmente, como se hizo con todos los demás concesionarios del Sistema”.

626. Le asiste razón a TRANSMILENIO al afirmar que estas normas especiales se establecieron para dar soporte económico a los Sistemas de Transporte Masivo, por razón del manejo de la pandemia y no específicamente a cada uno de los concesionarios de operación, como se puede concluir de la respuesta a la pregunta formulada por SOMOS U, en el siguiente informe:

“b) En relación con la respuesta a la pregunta xiv "Informe cómo calculó el déficit operacional, cuál fue la contrapartida del Distrito y/o TRANSMILENIO y cómo fue destinada discriminando por concesionario y destacando los recursos pagados a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S." del informe precise de los recursos calculados y recibidos por el sistema calculados a favor de los concesionarios, cuánto le correspondería a SOMOS BOGOTÁ USME SAS y cuanto de eso pagó efectivamente al Concesionario”

Respuesta de la entidad:

“ (...)

“Ahora bien, desde el año 2020, con ocasión de la pandemia COVID 19, los Sistemas de Transporte Masivo vieron reducción de sus ingresos (por la

disminución de pasajeros), y la correspondiente falta de recursos (déficit o diferencial) para poder cubrir los costos de remuneración por la prestación del servicio.

$$\begin{array}{r} \text{DEFICIT} = \text{INGRESOS} - \text{COSTOS} \\ \text{(DIFERENCIAL (POR (POR LA REMUNERACIÓN A LOS} \\ \text{TARIFARIO VENTA CONCESIONARIOS)} \\ \text{O FALTANTE) PASAJES)} \end{array}$$

“Por lo que, mediante la Ley 2155 del 14 de septiembre de 2021 “Por medio de la cual se expide la Ley de Inversión Social y se dictan otras disposiciones” en el artículo 28 se estableció una cofinanciación para atender los diferenciales operacionales o de implementación, originados por las medidas de restricción del nivel de ocupación de la oferta de sus servicios dirigidas a contener la propagación del SARS-COVID-2 (Covid19) durante la vigencia de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para los Sistemas de Transporte Masivo, en los siguientes términos:

“Artículo 28º, Apoyo a los sistemas de transporte masivo y sistemas estratégicos de transporte. (...)

“Posteriormente, mediante Resolución 20213040052145 del 2 de noviembre de 2021 del Ministerio de Transporte (anexa) se estableció la metodología que debían utilizar los Entes Gestores (como TRANSMILENIO S.A.) para calcular el diferencial operacional de sus Sistemas Integrados de Transporte Masivo (SITM) y acceder a los recursos de la cofinanciación.

“Por lo que, se firmó el Convenio de cofinanciación entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Hacienda Distrital y TRANSMILENIO S.A., cuyo objeto era definir los montos, términos y condiciones bajo los cuales la Nación y el Distrito Capital concurrirán a la cofinanciación del diferencial operacional, y reglamentación del uso de los recursos, en el cual se delimitaba la utilización de los aportes para el diferencial operacional del sistema, conforme lo establece el convenio en la cláusula 3: (...)

“En consecuencia, TRANSMILENIO S.A. adelantó el correspondiente estudio de acuerdo con la metodología indicada para el otorgamiento de estos recursos de cofinanciación (comunicación 2021-EE-20463 con estudio, anexa) y recibió en el Fondo de Estabilización Tarifaria — FET¹ en el mes de diciembre de 2021 por diferencial operacional del sistema originado por las medidas de restricción del nivel de ocupación de la oferta de sus servicios dirigidas a contener la propagación del coronavirus (Covid19), la suma de \$733.976.929.015.00, recursos con los cuales se ha venido remunerando a los concesionarios, incluyendo a SOMOS USME SAS.

“En este sentido, se precisa que fue el Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá el que incurrió en un mayor déficit operacional al tener menos ingresos por tarifa y haber cumplido con la remuneración pactada en los contratos con los concesionarios, de modo que, la referida cofinanciación fue creada para cubrir ese diferencial y no para cubrir presuntos costos adicionales de los concesionarios alegados con ocasión de la pandemia del Covid-19.

“Es así como, con los recursos girados por la nación, más los recursos aportados por la Administración Distrital y los obtenidos por la venta de pasajes, se remunera a todos los concesionarios del Sistema, de conformidad con la fórmula de remuneración pactada en cada uno de los contratos de concesión, entre ellos, a SOMOS USME S.A.S.

“A continuación, se muestra el registro de recursos por año, y cuantos de estos recursos se han girado por remuneración al Concesionario SOMOS USME SAS

Año	Ingresos (por tarifa usuario)	Costos (Por remuneración a los diferentes agentes del sistema)	FET (Deficit)	Aportes de la nacion	Aportes del distrito	Remuneración pagada a Somos Usme
2.020	1.136.485.352.930	3.243.556.925.820	2.107.071.572.890		1.969.138.447.549	86.668.960.790
2.021	1.363.477.184.820	3.680.452.598.7,19	2.316.975.413.929		2.295.750.917.000	126.390,293.148
2.022	2.132.610.676.050	4.623.752.962.824	2.491.142.286.774	733.976.929.015	1.467.035.919.320	125.650.820 940
TOTAL	4.632.573.213.800	11.547.762.487.393	6.915.189.273.593	733.976.929.015	5.731.925.283.869	338.710.074.878

“En los anteriores términos damos cumplimiento a lo ordenado en el auto 38 del 3 de mayo de 2023” (se destaca).

627. Por tanto, encuentra el Tribunal plenamente demostrado el cumplimiento de TRANSMILENIO en cuanto al pago de la remuneración del Concesionario en el periodo de la emergencia sanitaria. Sobre las declaraciones solicitadas en las pretensiones décima cuarta y décima quinta relativas a la utilización de los fondos autorizados por el Decreto 575 de 2020, la Ley 2155 de 2021 y/o la Resolución 202113040052145 del Ministerio de Transporte, constituye un asunto que no es del resorte del Tribunal pues se refiere a la observancia de disposiciones legales y reglamentarias por la entidad estatal y referidas al Sistema de Transporte en su conjunto. En estos términos, no puede el Tribunal determinar que de allí se derive incumplimiento contractual alguno en relación con SOMOS U. Por tanto, no prosperarán las pretensiones décima cuarta y décima quinta formuladas, y el Tribunal encuentra probada la excepción 5.20.
628. Con relación a la excepción 5.19 alegada por TRANSMILENIO denominada *“Inaplicabilidad del artículo 5 del Decreto 575 de 2020”*, considera el Tribunal que en efecto, dicha disposición está dirigida a apoyar los Sistemas de Transporte Masivo, definidos en el Decreto 3109 de 1997, por lo cual no establece obligaciones especiales a cargo de TRANSMILENIO y a favor de cada uno de los Concesionarios del Sistema, por lo que se declarará demostrada, en la parte resolutive de este laudo.

629. Todo lo analizado, conduce igualmente a negar la pretensión vigésima segunda de la demanda de reconvención reformada, en lo relacionado con la condena a TRANSMILENIO derivada del incumplimiento del mantenimiento del equilibrio financiero del Contrato de Concesión.

J. PRETENSIONES DECLARATIVAS RELATIVAS A LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS

J.1. Posición de las partes

J.1.1. Posición de la Convocante en Reconvención

630. En la demanda de reconvención reformada, SOMOS U solicita, en relación con el procedimiento sancionatorio contractual iniciado en su contra por TRANSMILENIO, que se declare que los incumplimientos contractuales que se le atribuyen no están tipificados como generadores de multas de apremio y que, en particular, los presuntos incumplimientos que se le imputan por la celebración de contratos de mutuo con SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES SOMOS K S.A. (en adelante, “SOMOS K”) no constituyen un incumplimiento grave del Contrato, además de que el mencionado procedimiento sancionatorio no cumple con los requisitos legales aplicables. En concreto, la Convocante en Reconvención formuló las siguientes pretensiones:

“4.6. Pretensiones Declarativas relativas al inicio de un procedimiento sancionatorio que tiene por objeto la caducidad del Contrato de Concesión como retaliación por las reclamaciones presentadas por SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S.

“Decimoctavo. Declarar que el eventual incumplimiento de las obligaciones previstas en las definiciones 3.73., 3.167. y cláusulas 5.1.2., 5.3.2. y 8.3.14. del Contrato de Concesión no están tipificadas como generadoras de multas de apremio en ninguna de las causales 13.4 y 13.5. del Contrato de Concesión.

“Decimonoveno. Declarar que [el] procedimiento sancionatorio iniciado por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. por presunto incumplimiento de las cláusulas antes mencionadas, no cumple con los lineamientos legales previstos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

“Vigésimo. Declarar que la suscripción de los contratos de mutuo entre SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. y SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES SOMOS K S.A. no constituye un incumplimiento, ni mucho menos grave, ni generador de caducidad en los términos previstos en las cláusulas 14.1.2.(d) y 20.4. del Contrato de Concesión”.

631. En el acápite titulado “5.6. *Inicio de procedimiento sancionatorio a SOMOS U S.A.S. como retaliación por sus reclamos*”, la Convocante en Reconvención fundamentó sus pedimientos, en síntesis, en que celebró un contrato de mutuo con su matriz, esto es, SOMOS K, en virtud del cual SOMOS U le prestó a esta última sociedad unas sumas de dinero correspondientes a ingresos adicionales a los que conforman la Retribución. Al respecto, explicó que “*suscribió un convenio con el Concesionario de Provisión de Flota que le está generando uno (sic) ingresos adicionales a los que conforman la Retribución, que a su turno emplea como fuente de pago de unos créditos con los BANCOS SANTANDER y DE BOGOTÁ, que fue el origen de las sumas utilizadas en los contratos de mutuo con su matriz (...)*”.
632. Como consecuencia de la celebración de los contratos de mutuo antes mencionados, mediante comunicación 2021-ER-15429 del 27 de abril de 2021, la Interventoría del Contrato le recomendó a TRANSMILENIO concederle un plazo de cura a SOMOS U por considerar que dicho préstamo podría constituir un incumplimiento de las obligaciones previstas en las cláusulas 5.1.2 y 8.4.14 del Contrato de Concesión. Así procedió TRANSMILENIO mediante escrito 2021EE08225, en el que le otorgó a SOMOS U un término de diez (10) días hábiles para rescindir los contratos celebrados con SOMOS K. Sin embargo, mediante misiva 2021ER19812, la Convocante en Reconvención se opuso a dicho requerimiento porque considera que la referida operación no afecta financieramente la concesión.
633. En ese contexto, mediante comunicación de 30 de diciembre de 2021, TRANSMILENIO inició un procedimiento sancionatorio en contra de SOMOS U, con fundamento en que los incumplimientos imputados a esta última serían graves y, por consiguiente, podrían dar lugar a la caducidad del Contrato. Así las cosas, SOMOS U precisa se ha visto obligada “*a acudir al Tribunal para que dirima el asunto e inhiba la competencia de TRANSMILENIO para que no afecte los resultados del presente arbitraje*”.
634. En sus alegatos de conclusión, SOMOS U señaló lo siguiente: (i) en relación con la inexistencia de las conductas como fundamento para las multas tipificadas en el contrato, precisó que las cláusulas 13.4 y 13.5 del Contrato de Concesión no prevén, como causal para la imposición de una multa, el incumplimiento de lo pactado en la cláusula 8.3.14, e indicó que, con esa negación indefinida, estaría probada la pretensión decimoctava; (ii) en cuanto al incumplimiento de las pautas legales para el desarrollo del procedimiento sancionatorio contractual, reiteró que la operación de mutuo que dio lugar a su iniciación no afecta el Contrato de Concesión y no hay lugar a objetarla para los efectos de la cláusula 8.3.14 del Contrato; y (iii) por último, respecto de la suscripción de contratos de mutuo como

un incumplimiento grave que pueda conducir a la caducidad del contrato, insistió en que “*TRANSMILENIO ahora alega que los incumplimientos imputados tendrían la connotación de grave que podría dar lugar a la caducidad en los términos de las cláusulas 14.1.2.(d) y 20.4*”.

J.1.2. Posición de la Convocada en Reconvencción

635. En la contestación a la demanda de reconvencción reformada, TRANSMILENIO expresamente se opuso a la prosperidad de las pretensiones decimoctava, decimonovena y vigésima declarativas, porque (i) no se han declarado los presuntos incumplimientos a los que se refiere SOMOS U y, además, (ii) considera que el Tribunal carece de competencia para impedir el ejercicio de una potestad contractual y legalmente reconocida a TRANSMILENIO.
636. En línea con lo anterior, la Convocada en Reconvencción propuso las excepciones de mérito que denominó “5.21. *CONGRUENCIA DE QUE CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE INCUMPLIMIENTO GRAVE NO SEAN SUSCEPTIBLES DE MULTA*”; “5.22. *FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA LEGALIDAD DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO EN CURSO*”; y “5.23. *PACTA SUNT SERVANDA – DETERMINACIÓN QUE VULNERACIÓN A LA CLÁUSULA 8.3.14. ES INCUMPLIMIENTO GRAVE ESTÁ EN LA CLÁUSULA 20.4 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN*”. En suma, en los medios de defensa antes enunciados TRANSMILENIO argumentó lo siguiente: (i) que en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018 se pactó que el incumplimiento de la cláusula 8.3.14 sería calificado como “grave” en los términos de la cláusula 20.4, de manera que “*la conducta no sería susceptible de multa pero más bien resultaría en las consecuencias (sic) que el mismo contrato estipuló para los incumplimientos graves*”, como lo sería la caducidad del contrato, entre otras; (ii) que, en relación con el presunto incumplimiento de los lineamientos legales en el trámite del procedimiento sancionatorio, no se especificó en los hechos cuál es el reproche puntual, además de que, en todo caso, el Tribunal carecería de competencia para pronunciarse sobre el particular porque se trata de una actuación de trámite en desarrollo de una potestad legal y contractualmente asignada a la entidad contratante; y (iii) que SOMOS U habría celebrado unos contratos de mutuo con uno de sus accionistas, sin previa autorización de TRANSMILENIO, lo que constituye un incumplimiento grave de la cláusula 8.3.14 del Contrato de Concesión que puede afectar la prestación del servicio público de transporte de pasajeros.
637. En sus alegatos de cierre, la Convocada en Reconvencción reiteró que el Tribunal carece de competencia para pronunciarse “*sobre las conductas que dan lugar al*

inicio de un proceso sancionatorio administrativo y eventual imposición de multas”, y destacó que el representante legal de SOMOS U habría reconocido que la suscripción de los contratos de mutuo con sus accionistas fue un mecanismo de “distribución de los excedentes” del Contrato.

J.2. Problema jurídico y metodología de análisis

638. Precisada la posición de las partes en los términos anteriormente reseñados, el Tribunal encuentra que los problemas jurídicos sometidos a su decisión corresponden a los siguientes: (i) establecer si el incumplimiento de las obligaciones consagradas en las cláusulas 3.73, 3.167, 5.1.2, 5.3.2 y 8.3.14 del Contrato de Concesión está tipificado como causal para la imposición de multas de apremio en los términos de las cláusulas 13.4 y 13.5 del mencionado Contrato; (ii) determinar si el procedimiento sancionatorio contractual iniciado por TRANSMILENIO el 30 de diciembre de 2021 no cumple con los lineamientos legales previstos en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011; y (iii) definir si, en el marco del procedimiento sancionatorio y para sus efectos, la suscripción de los contratos de mutuo celebrados entre SOMOS U y SOMOS K constituye un incumplimiento grave del Contrato.
639. Corresponde advertir que el Tribunal, mediante Auto No. 25 de 17 de enero de 2023 proferido en la primera audiencia de trámite, determinó que carecía de competencia para pronunciarse sobre la frase *“ni generador de caducidad en los términos previstos en las cláusulas 14.1.2.(d) y 20.4. del Contrato de Concesión”* contenida en la pretensión vigésima de la demanda de reconvención reformada, pues estimó que *“se refiere a aspectos que las partes excluyeron de la competencia del Tribunal al ser la caducidad un asunto sobre el cual el Tribunal no puede pronunciarse”*.
640. Establecido lo anterior, con el propósito de revolver los anteriores interrogantes, el Tribunal procederá en el mismo orden en el que fueron enunciados.

J.3. Consideraciones

J.3.1. Los incumplimientos tipificados como causales de imposición de Multas

641. En el *“Capítulo XIII SANCIONES Y ESQUEMAS DE APREMIO”* del Contrato de Concesión se regula lo relativo a la imposición de Multas a cargo del Concesionario en caso de incumplimiento obligacional, y se las define en la cláusula 3.153 como *“las sanciones pecuniarias de apremio por incumplimiento del Contrato, que podrán ser impuestas al Concesionario de Operación por TMSA, de conformidad*

con este Contrato". Al respecto, en la cláusula 13.1.1 de manera general se establece que, "si durante la ejecución del Contrato se generan los incumplimientos de las obligaciones que se tipifican en la Sección 13.4 por parte del Concesionario", se causarían las Multas de conformidad con el procedimiento descrito en la cláusula 13.3. Seguidamente, en la cláusula 13.1.2. se precisó que las Multas "son apremios al Concesionario de Operación para el cumplimiento de sus obligaciones y, por lo tanto no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios, de manera que pueden acumularse con cualquier forma de indemnización, en los términos previstos en el artículo 1600 del Código Civil".

642. De lo pactado por las partes se desprende que, en caso de inobservancia por parte de SOMOS U de los deberes de prestación identificados en la cláusula 13.4 del Contrato, podría haber lugar a la imposición de Multas de apremio para conminarlo a corregir su comportamiento renuente a la observancia de lo convenido. Se destacan, entonces, dos características de las Multas: (i) la tipicidad del hecho generador, pues únicamente los incumplimientos específicamente definidos en el Contrato como causales de Multas pueden dar lugar a su imposición; y (ii) su carácter sancionatorio, toda vez que, como expresamente se señala en el Contrato, la Multas se pactaron en función de apremio y no como una estimación anticipada de perjuicios.
643. Teniendo en cuenta lo anterior, de manera previa a verificar si el incumplimiento de las obligaciones a las que se refieren las cláusulas 3.73, 3.167, 5.1.2, 5.3.2 y 8.3.14 del Contrato está comprendido dentro de los supuestos previstos en las cláusulas 13.4 y 13.5 como supuesto para la imposición de Multas, es necesario precisar que las sanciones contractuales, precisamente por su función "punitiva", son de interpretación y aplicación restrictivas. Al respecto, y con referencia particular a las multas pactadas en los contratos estatales, el Consejo de Estado ha señalado que "la Administración no solo tiene un poder de dirección y control en la ejecución del contrato, sino también con fundamento en el **ius puniendi** del Estado ciertas **potestades sancionatorias** que operan frente al incumplimiento de las obligaciones en que incurra el contratista y que se concretan en la adopción de medidas extintivas que comportan la terminación anormal y anticipada del contrato (como ocurre con el decreto de caducidad del mismo), o sin que impliquen su extinción, de **medidas coercitivas y apremiantes (como sucede con la imposición de multas), para compeler y conminar al contratista a realizar y ejecutar las prestaciones del contrato** y evitar así su incumplimiento total, de manera que no se trastorne o perturbe la prestación de los servicios o se impida

*la obtención de los bienes y obras del mismo*¹⁴⁶ (se destaca). En ese orden de ideas, las multas cumplen una función principalmente sancionatoria, que se concreta en apremiar al contratista para que cumpla sus obligaciones en caso de que se observe un comportamiento que podría conducir a la inejecución de lo pactado.

644. Teniendo en cuenta el contexto anteriormente mencionado, debe señalarse que las Multas previstas en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018 son de interpretación y aplicación restrictivas, lo que significa que no hay lugar a la analogía ni a su extensión a supuestos de hecho que no se encuentren explícitamente catalogados como generadores de dichas sanciones. Siguiendo estos derroteros, procede el Tribunal a determinar si en las cláusulas 13.4 y 13.5 del Contrato se estableció que el incumplimiento de las obligaciones consagradas en las cláusulas 3.73, 3.167, 5.1.2, 5.3.2 y 8.3.14 podría conducir a la imposición de Multas.
645. En primer término, en la cláusula 13.4 se consagran treinta y un (31) “*Causales de Imposición de Multas*” en las que se precisa tanto el hecho generador como la consecuencia sancionatoria respectiva. Por su extensión no se transcribirán en su integridad, pero pueden sintetizarse de la siguiente manera: (i) falta de elaboración de los estudios, planes o programas ambientales exigidos por la ley o por el Contrato; (ii) no permitirles a TRANSMILENIO, al Interventor o al Concesionario de Operación el ingreso a los Patios de Operación; (iii) incumplir las obligaciones relativas al Proceso de Retoma previstas en el Contrato y en el Anexo E; (iv) implementar prácticas administrativas y de registro contable que desvirtúen la fiabilidad de la información; (v) incumplimiento de la obligación de pago de salarios y demás prestaciones de los empleados; (vi) falta de operación de los Buses por incumplimiento de los empleados del Concesionario; (vii) falta de constitución, renovación o reemplazo de las pólizas y de los demás instrumentos de cobertura; (viii) modificación de la composición accionaria del Concesionario de Operación en contravención de lo dispuesto en la Sección 22.1.3 del Contrato; (ix) retraso en la entrega de la información completa que le solicite TRANSMILENIO en relación con el Contrato; (x) incumplimiento de las obligaciones ambientales; (xi) incumplimiento del Plan de Manejo de Residuos o convertidores y/o con el plan de gestión ambiental; (xii) incumplimiento del Plan de Mantenimiento o del Manual de Mantenimiento o de plan de capacitación de conductores y mecánicos; (xiii) no presentar los Buses a inspección periódica según lo establecido en el Apéndice 4 del Anexo B; (xiv) Buses que no aprueben la inspección periódica definida en el

146 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 10 de octubre de 2013. Rad. No. 2157. C.P. Álvaro Namén Vargas.

Apéndice 4 del Anexo B; (xv) ejecutar las Adecuaciones o las Obras e Intervenciones sin las Licencias y Permisos exigidos por la ley; (xvi) no recibir físicamente los Patios de Operación; (xvii) no entregar el Cronograma de Adecuación de Patios y/o el Cronograma de Obras e Intervenciones en los términos, oportunidades y condiciones señaladas en el Contrato; (xviii) no cumplir con los Cronogramas de Patios y/o el Cronograma de Obras e Intervenciones; (xix) no entregar los Diseños Definitivos de Adecuación o los Diseños de Obra e Intervenciones en los plazos previstos en el Contrato, o no cumplir con los que estén vigentes; (xx) no Operar cada Bus de la Flota, como mínimo, cinco (5) días por mes; (xxi) retraso en la entrega del Acuerdo entre Privados; (xxii) incurrir en los acuerdos, actos, prácticas o conductas señaladas en las Secciones 22.2, 22.2.4, 22.2.5, 22.2.6 y 22.2.6; (xxiii) incumplir el compromiso adquirido a través del Formato 5 aportado con la Oferta (Declaración Juramentada - Contratación Personal Colombiano); (xxiv) incumplir el compromiso adquirido en la Oferta Técnica; (xxv) no cumplir con el cronograma de instalación de los Equipos STS no ISRCI OP; (xxvi) no cumplir con el cronograma de instalación de los equipos SIRCI a Bordo o no acatar los requerimientos del Concesionario SIRCI para la incorporación de los dispositivos respectivos; (xxvii) presentar un inadecuado funcionamiento del control de Flota por causas atribuibles al Concesionario (Errores en programación); (xxviii) oponerse a recibir en sus instalaciones personal de fiscalización de TRANSMILENIO, ocultarle información o suministrar información parcial o equivocada; (xxix) no retirar un Bus que presente problemas mecánicos, en menos de 30 minutos desde que TRANSMILENIO le notifique; (xxx) no contar con grúa o contrato que certifique la disponibilidad de contar con una grúa que retire los Buses con problemas mecánicos; y (xxxi) incorporar en los Estatutos de la Sociedad Concesionaria disposiciones que contraríen lo dispuesto en el Acuerdo de Accionistas.

646. Por otra parte, en la cláusula 13.5 se tipificaron “*otras Multas*”, correspondientes a las siguientes situaciones: (i) omitir información a TRANSMILENIO o suministrar información parcial, equivocada, inexacta o incompleta; (ii) no permitir, obstruir o de cualquier manera afectar o retrasar la Auditoría del Patrimonio Autónomo del Proyecto; (iii) no cumplir con las especificaciones o normas previstas en los manuales y los reglamentos que no tengan una Multa o una Deducción Asociada; (iv) desconocer los principios de igualdad de acceso, respeto y dignidad de usuarios, o incumplir el manual de servicio y calidad al usuario; y (v) no cumplir con los Acuerdos de Niveles de Servicio (ANS) establecidos en el Contrato.
647. Pues bien, contrastadas las situaciones previstas en las cláusulas 13.4 y 13.5 del Contrato como generadoras de Multas con lo previsto en las cláusulas 3.73, 3.167, 5.1.2, 5.3.2 y 8.3.14, encuentra el Tribunal que le asiste razón a la Convocante en

Reconvención en el sentido de que el incumplimiento de lo pactado en estas últimas disposiciones contractuales no fue tipificado en el Contrato como una causal generadora de Multas. En efecto, en su orden, en las cláusulas antes mencionadas se estipuló lo siguiente:

“3.73. ‘Deuda’

“Para la ejecución de sus obligaciones bajo el presente Contrato, el Concesionario de Operación podrá tomar recursos en préstamo únicamente con Bancos Aceptables. Estos recursos deberán ingresar directamente al Patrimonio Autónomo del Proyecto, quien podrá ser el deudor directo de los Bancos Aceptables.

“(…)

“3.167. ‘Patrimonio Autónomo del Proyecto’

“Es el patrimonio autónomo que deberá constituir el Concesionario de Operación con la Fiduciaria a través de un contrato de fiducia mercantil de administración y pagos (podrá incluir en el objeto que también sea de garantía), que será el centro de imputación contable del Contrato. Los términos de obligatoria inclusión son los previstos en la Sección 5.3 del presente Contrato.

“(…)

“CAPÍTULO V CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO Y FUNCIONAMIENTO

“5.1. Obligación y Alcance

“(…)

“5.1.2. El Patrimonio Autónomo del Proyecto deberá ser el centro contable de la ejecución del Presente Contrato, por lo que la totalidad de los ingresos (provenientes de la Retribución, Aportes de Capital, Deuda) y egresos deberán canalizarse a través del mismo. La estructura del Patrimonio Autónomo del Proyecto será definida por el Concesionario de Operación siempre que cumpla con las reglas mínimas previstas en el presente Contrato.

“(…)

“5.3. Términos y Condiciones Obligatorios del Patrimonio Autónomo del Proyecto

“5.3.2. Cuenta Concesionario:

“(a) La Cuenta Concesionario se creará con la suscripción del contrato de fiducia mercantil, y se fondeará inicialmente con los Aportes de Capital y con los demás aportes que el Concesionario de Operación considere necesario hacer para el cumplimiento de sus obligaciones bajo este Contrato. A esta cuenta deberán ingresar los aportes de Capital, recursos de la Deuda, la Retribución del Concesionario de Operación, la Remuneración por Obras e Intervenciones y cualquier transferencia que de acuerdo con este Contrato deba hacerse de otras Cuentas del Patrimonio Autónomo del Proyecto. Cualquier otro pago previsto en

este Contrato a favor del Concesionario incluyendo el relativo a la liquidación del Contrato, será hecho a la Cuenta Concesionario. Los recursos disponibles en esta Cuenta Concesionario se destinarán única y exclusivamente a la atención de todos los pagos, costos y gastos a cargo del Concesionario de Operación que se deriven de la ejecución del presente Contrato y fondearán las subcuentas de la Cuenta Concesionario, en el orden previsto en la Sección 5.4.9, salvo que dichos pagos deban hacerse con cargo a otra de las cuentas o subcuentas de la Cuenta Concesionario de acuerdo con lo previsto en este Contrato. (...).

“(b) El Concesionario de Operación podrá crear más subcuentas de la Cuenta Concesionario, sin embargo, la prelación de fondeo prevista en el presente Contrato no podrá alterarse (...).

“(c) La Cuenta Concesionario por su vocación de ser fondeadora de las Subcuentas en que se divide, no podrá tener remanentes o excedentes.

“(...

“8.3. Principales Derechos y Obligaciones del Concesionario.

“(...

“8.3.14. Celebrar todos los contratos y operaciones que considere útiles y necesarias para la ejecución de las obligaciones del presente Contrato. En todo caso cualquier contrato que celebre el Concesionario de Operación con sus accionistas o Beneficiarios Reales deberá ser celebrado en condiciones de mercado, situación que será revisada por TMSA, para lo cual el Concesionario de Operación enviará a TMSA los términos y condiciones del respectivo contrato antes de su firma. TMSA tendrá cinco (5) Días Hábiles para revisar y aceptar u objetar el contrato. El silencio de TMSA será positivo. Si TMSA objeta, deberá sustentar los términos de la objeción y el Concesionario de Operación deberá acatar las instrucciones de TMSA o acudir a los mecanismos de solución de conflictos. En este último caso mientras se resuelve el conflicto, se aplicarán las condiciones de TMSA”.

648. Analizadas las cláusulas anteriormente transcritas se desprende que en ellas se regulan: (i) el manejo financiero de los recursos de la concesión, para efectos de lo cual se estableció que se constituiría un patrimonio autónomo a través del cual se canalizarían todos los ingresos (provenientes de la Retribución, los Aportes de Capital y los recursos de Deuda) y los egresos del Contrato; y (ii) el derecho del Concesionario a celebrar todos los contratos necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones, con una particular restricción respecto de aquellos que suscribiera con sus accionistas o Beneficiarios Reales, pues estos debían contar con la aprobación previa de TRANSMILENIO para garantizar que se celebraran en condiciones de mercado.
649. En relación con lo anterior, se observa que en las cláusulas 13.4 y 13.5 del Contrato no se hace mención alguna a las obligaciones del concesionario relativas

a la constitución del Patrimonio Autónomo del Proyecto y su adecuado manejo, ni tampoco al incumplimiento de los deberes derivados de lo establecido en las cláusulas 3.73, 3.167, 5.1.2 y 5.3.2 del Contrato. En igual sentido, nada se dice respecto de la inobservancia de lo acordado en la cláusula 8.3.14, esto es, la necesidad de contar con autorización previa por parte de TRANSMILENIO para efectos de que SOMOS U pudiera celebrar contratos con sus accionistas o Beneficiarios Reales. Adicionalmente, en las cláusulas 13.4 y 13.5 del Contrato, además de que no hay referencia alguna al Patrimonio Autónomo del Proyecto o a la celebración de contratos con los accionistas del Concesionario, tampoco hay una remisión expresa a las cláusulas anteriormente mencionadas.

650. En conclusión, el incumplimiento de lo estipulado en las cláusulas 3.73, 3.167, 5.1.2, 5.3.2 y 8.3.14 del Contrato de Concesión no se tipificó como un hecho que dé lugar a la imposición de una Multa en los términos de las cláusulas 13.4 y 13.5 del mismo negocio jurídico. En consecuencia, se declarará la prosperidad de la pretensión decimoctava declarativa de la demanda de reconvencción reformada.

J.3.2. El “no cumplimiento” de los parámetros legales en el desarrollo del procedimiento sancionatorio contractual

651. El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula el procedimiento que deben seguir las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, para efectos de declarar el incumplimiento, cuantificar los perjuicios que este cause, imponer las multas y las sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Según la norma mencionada, dicho procedimiento consiste en los siguiente:

“a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

“b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo

cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

“c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

“d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

“La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”.

652. Con fundamento en la disposición legal antes transcrita se puede señalar que, en el ejercicio de su potestad sancionatoria en el ámbito contractual, las entidades estatales deben observar, en esencia, las siguientes pautas: (i) citar al contratista a audiencia para debatir sobre el posible incumplimiento de las obligaciones a su cargo; (ii) la citación deberá contener, como mínimo (a) el detalle de los hechos en los que se fundamenta la imputación de incumplimiento; (b) el informe de interventoría o de supervisión respectivo; (c) las normas o cláusulas posiblemente violadas; y (d) las consecuencias que podrían derivarse del incumplimiento; (iii) en la audiencia, el jefe de la entidad tendrá que reiterar el detalle de la información que debe contener la citación; (iv) se le debe garantizar al contratista el derecho de defensa y contradicción, para efectos de lo cual se le concederá el uso de la palabra para que presente sus descargos, aporte pruebas y controvierta las de la entidad estatal; (v), también como garantía de los derechos del contratista, la decisión adoptada por la entidad contratante deberá estar debidamente motivada y contra ella procederá recurso de reposición; y (vi) el procedimiento debe contar con la participación del garante del contratista, en su caso.
653. En línea con lo anterior, respecto del procedimiento sancionatorio contractual de que trata el citado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Corte Constitucional ha explicado lo siguiente:

“5.5.5. El antedicho procedimiento, que debe seguirse de manera necesaria para que la entidad estatal pueda ejercer las facultades previstas en el artículo 86 de la

*Ley 1474 de 2011, garantiza que el contratista y su garante (i) serán informados en detalle y con los soportes correspondientes de los hechos en los que se funda la consideración de que el contrato se ha incumplido; (ii) tendrán la oportunidad de presentar sus descargos, dar explicaciones, aportar y controvertir pruebas; (iii) conocerán en la misma audiencia la resolución motivada de la entidad estatal y podrán presentar contra ella el recurso de reposición, que se tramitará y resolverá en la audiencia. Incluso, es posible suspender la audiencia, por razones de práctica de pruebas o por ‘cualquier otra razón debidamente sustentada’. (...)*¹⁴⁷.

654. En ese orden de ideas, es claro que la observancia del principio de legalidad y la efectividad de las garantías del debido proceso y del derecho de defensa son el eje sobre el que se estructura el procedimiento sancionatorio contractual, que deben ser garantizados por la entidad estatal. En ese sentido, se destaca lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que regula tales derechos en el contexto particular de los procedimientos sancionatorios de naturaleza contractual. Al respecto, la norma establece, en sus dos primeros incisos, lo siguiente:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. (...)”.

655. Ahora bien, es claro que el contratista que considera que sus derechos han sido vulnerados en el trámite de un procedimiento sancionatorio contractual o que estima que dicha actuación no se ajusta a los lineamientos legales a los que se ha hecho referencia, tiene la carga de probar el fundamento de sus afirmaciones. Esto significa, en primer lugar, que debe indicar, de forma precisa y clara, de qué forma han sido desconocidas sus garantías y en qué se concretó el incumplimiento de la entidad estatal en cuanto al acatamiento de las reglas que debía observar. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“(...) en todas las actuaciones referidas en la Ley 1474 de 2011 el debido proceso debe garantizarse de manera real y sustancial, esto es, que no se trata de que el Estado cumpla con un rito en la actuación administrativa, dado que para efectos

147 Corte Constitucional. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo.

de la protección efectiva del debido proceso se requiere que el Estado permita la defensa real y material del contratista, y, en su caso, la de la entidad garante del cumplimiento del contrato.

“Sin embargo, desde otro ángulo de la misma situación jurídica, con idéntico fundamento en el principio constitucional del debido proceso y en la garantía del derecho de defensa, se tiene que advertir que el afectado que impugna un acto administrativo invocando una irregularidad procedimental debe demostrar que la misma se produjo aparejada de una decisión que afectó materialmente sus derechos, para que esa irregularidad pueda ser considerada como constitutiva de la vulneración al debido proceso.

*“En otras palabras, de la misma manera que el Estado debe observar el debido proceso tanto en los aspectos formales como en los materiales de la actuación administrativa, **el administrado que pretende la anulación del respectivo acto administrativo debe desplegar la prueba, en dos sentidos: i) identificar la violación del procedimiento y ii) demostrar la consecuencia de la irregularidad sobre la decisión contenida en el acto administrativo**”¹⁴⁸ (se destaca).*

656. Si bien el pronunciamiento antes citado se dictó en relación con la nulidad de actos administrativos expedidos en ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración pública, es claro que los criterios que allí se mencionan sobre las cargas que le corresponden al demandante son igualmente aplicables cuando este alega alguna irregularidad en el procedimiento, aunque todavía no se haya proferido el acto administrativo que ponga fin a la actuación.
657. Aplicados los anteriores criterios al caso concreto, el Tribunal observa que SOMOS U no indicó, puntualmente, por qué ni cómo se habría apartado TRANSMILENIO de las pautas fijadas en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 en el procedimiento sancionatorio al que hacen referencia las pretensiones que se estudian. En efecto, analizados los hechos en los que se fundamenta la pretensión decimonovena declarativa de la demanda de reconvención reformada, consignados en el acápite “5.6. *Inicio de procedimiento sancionatorio a SOMOS U S.A.S. como retaliación por sus reclamos*”, se observa que en estos únicamente se narran los antecedentes que motivaron el inicio de un procedimiento sancionatorio en contra de SOMOS U, pero ningún detalle se ofrece en relación con su desarrollo ni tampoco se menciona la vulneración de sus garantías como contratista o la inobservancia por parte de TRANSMILENIO de las condiciones requeridas, tanto formales como materiales, para el ejercicio de su facultad sancionatoria.

148 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Rad. No. 53861. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia reiterada en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 1° de junio de 2020. Rad. No. 48945. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

658. Asimismo, en los alegatos de conclusión SOMOS U se limitó a señalar, en relación con la mencionada pretensión decimonovena, que *“no solo por las razones de atipicidad más básicas de que trata la pretensión anterior, sino por la oposición realizada durante el procedimiento, dicho procedimiento sancionatorio no cumple con los lineamientos legales”*, luego de lo cual describe nuevamente los antecedentes que condujeron al inicio del procedimiento sancionatorio contractual y concluye que *“las operaciones de mutuo NO afectan en modo alguno la operación, ni dan para objeción alguna por parte de TRANSMILENIO para los efectos contractuales (Cláusula 8.3.14), como en efecto, no la hubo dentro del término contractual”*.
659. Es claro, entonces, que en realidad se trata de una inconformidad de SOMOS U con los aspectos sustanciales de la imputación de incumplimiento que se formuló en su contra mediante comunicación 2021EE24381 de 30 de diciembre de 2021, con la que inició el procedimiento sancionatorio. Lo anterior, toda vez que lo que censura la Convocante en Reconvención es que se califique como un incumplimiento grave el hecho de haber celebrado contratos de mutuo con SOMOS K, mas no reprocha en modo alguno el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de TRANSMILENIO, ni que la tramitación del procedimiento respectivo se haya apartado de los lineamientos legales.
660. A lo anterior se suma que la ausencia de una imputación específica y clara que sirva de fundamento a la pretensión de que se trata, en la que se precisen los vicios con base en los que se afirma que el procedimiento sancionatorio no cumple con los lineamientos legales, impide un adecuado ejercicio del derecho de defensa que el asiste a TRANSMILENIO.
661. En consecuencia, comoquiera que la pretensión decimonovena declarativa de la demanda de reconvención reformada carece de todo fundamento fáctico, el Tribunal la decidirá de manera negativa.

J.3.3. La celebración de los contratos de mutuo con SOMOS K como un incumplimiento grave del Contrato en el marco del procedimiento sancionatorio

662. Según se precisó con anterioridad, en el estudio de la pretensión vigésima de la demanda de reconvención reformada el Tribunal se abstendrá de pronunciarse sobre la frase *“ni generador de caducidad en los términos previstos en las cláusulas 14.1.2.(d) y 20.4. del Contrato de Concesión”*, teniendo en cuenta que mediante Auto No. 25 de 17 de enero de 2023 el Tribunal determinó que ella “se

refiere a aspectos que las partes excluyeron de la competencia del Tribunal al ser la caducidad un asunto sobre el cual el Tribunal no puede pronunciarse”.

663. Aclarado lo anterior, se observa que el fundamento fáctico de la pretensión vigésima, dirigida a que el Tribunal declare que *“la suscripción de los contratos de mutuo entre SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. – SOMOS U S.A.S. y SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES SOMOS K S.A. no constituye un incumplimiento, ni mucho menos grave (...)”* del Contrato de Concesión, tiene como finalidad “inhibir” el ejercicio de una facultad legal y contractualmente reconocida a TRANSMILENIO en su calidad de entidad estatal contratante, que esta última ejerció antes de que se presentara la reforma de la demanda de reconvención y que tiene como fundamento la imputación de un presunto incumplimiento contractual respecto de obligaciones distintas a las que motivaron inicialmente la controversia que es objeto del presente trámite arbitral —que, según lo señala la Convocante en Reconvención, podrían conducir al ejercicio de una potestad excepcional como lo es la caducidad—, como pasa a explicarse.
664. En primer lugar, en los hechos de la demanda de reconvención reformada se señala que *“TRANSMILENIO ahora alega que los incumplimientos imputados tendrían la **connotación de grave** (sic) que **podría dar lugar a la caducidad** en los términos de las cláusulas 14.1.2.(d) y 20.4. del Contrato de Concesión, razón que obliga a SOMOS U S.A.S. a acudir al Tribunal para que dirima el asunto e **inhiba la competencia de TRANSMILENIO** para que no afecte los resultados del presente arbitraje”* (se destaca). Lo anterior fue reiterado en los alegatos de conclusión, en los que, además, SOMOS U manifestó que *“las operaciones de mutuo no constituyen incumplimiento de las obligaciones de la concesión, ni generan exposición alguna, y adicionalmente en **nada afectan de manera grave y directa la ejecución, ni muchísimo menos amenaza con conducir a la paralización**”* (se destaca).
665. De las expresiones utilizadas por la Convocante en Reconvención para sustentar sus pedimentos se colige que lo en realidad pretende es que el Tribunal declare que el presunto incumplimiento que TRANSMILENIO le imputó en el acto con el que dio inicio al procedimiento sancionatorio no se configuró o, en todo caso, que no es grave. Esto, con el propósito de evitar que la entidad concedente declare la caducidad del Contrato y, como explícitamente lo manifiesta SOMOS U, con la finalidad de “inhibir” la facultad de TRANSMILENIO en ese sentido.
666. Al respecto, considera el Tribunal que, debido a la forma en la que fue planteada la pretensión vigésima, con el alcance que se le dio en los hechos de la demanda de reconvención reformada, no hay lugar a declarar su prosperidad, toda vez que

la facultad legal y contractual que se pretende “inhibir”: (i) fue ejercida por TRANSMILENIO antes de que SOMOS U presentara la demanda de reconvencción reformada, por lo que no le corresponde al Tribunal arrogarse ahora esas facultades; y (ii) se refiere al incumplimiento de obligaciones que, antes de la mencionada reforma, no se debatían en el presente trámite arbitral, sino que, incluso con anterioridad a la presentación de la demanda de reconvencción inicial, ya eran objeto de controversia entre las partes y, no obstante, SOMOS U se abstuvo de someterlas a consideración del Tribunal antes de que TRANSMILENIO ejerciera sus prerrogativas en el sentido de iniciar un procedimiento sancionatorio que, eventualmente, podría conducir a la caducidad del Contrato (la que, se reitera, implica el ejercicio de una potestad exorbitante).

667. En efecto, mediante comunicación 2021EE08225¹⁴⁹ recibida por el Concesionario el 21 de mayo de 2021, TRANSMILENIO le otorgó a SOMOS U un “plazo de cura” de diez (10) días hábiles para subsanar el posible incumplimiento de las obligaciones contenidas en las cláusulas 5.1.2 y 8.3.14 del Contrato. Dentro del término mencionado, SOMOS U debía rescindir los contratos de mutuo que había celebrado con SOMOS K para efectos de que TRANSMILENIO pudiera revisarlos y aprobarlos u objetarlos según correspondiera. Lo anterior, en los términos que se transcriben a continuación:

*“En atención al radicado 2021-ER-15429 de fecha 27 de abril de 2021, remitido por la interventoría Consorcio CJS Interventores, relacionado con el contrato No. 688 de 2018, TRANSMILENIO S.A. se permite fijar el plazo de cura para el cumplimiento de las **obligaciones contenidas en la (sic) cláusulas No. 5.1.2 y 8.3.14 del contrato de concesión** ya referido, para que el Concesionario de Operación **rescinda los contratos de mutuo celebrados con su socio mayoritario ‘Sistemas Operativos Móviles S.A.’** y así las cosas vuelvan a su estado inicial, hasta tanto se revisen los contratos y estos sean aprobados u objetados por parte de la entidad contratante. (...).*

“Adicionalmente, es pertinente indicar que el Concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S., deberá quedar libre de deuda (...).

“Finalmente, atendiendo lo establecido en la Cláusula 13.2 del Contrato de Concesión, se fija un plazo de cura de diez (10) días hábiles contados a partir del recibo de la presente comunicación” (Se destaca).

668. Posteriormente, el 28 de mayo de 2021, mediante comunicación 2021-ER-19812¹⁵⁰, SOMOS U dio respuesta a la misiva en la que se le otorgó un plazo de

149 Expediente digital. 07_PRUEBAS_REFORMA_RECONVENCION_SUBSANADA/Proceso Sancionatorio. 10. 2021EE08225 Solicitud plazo de cura contrato No 688 de 2018 - Acreditación de ingresos.

150 Expediente digital. 07_PRUEBAS_REFORMA_RECONVENCION_SUBSANADA/Proceso Sancionatorio. 11. 2021ER19812-SOMOSU-TMSA-0102-27052021-Respuesta 2021 EE 08225 - Solicitud plazo de cura contrato No. 688 de 2018.

cura en el sentido de indicar que no se había configurado el incumplimiento de las cláusulas 5.1.2 y 8.3.14 del Contrato, por las razones que en detalle se explican en el mencionado documento. En concreto, en relación con los contratos de mutuo celebrados con SOMOS K, la Convocante en Reconvención expresó que *“no está relacionado, no tiene nada que ver ni afecta la ejecución del Contrato de Concesión 688 de 2018, al no usar los recursos de la concesión, por lo que no era necesaria (sic) ningún tipo de autorización ni revisión previa por parte de TRANSMILENIO y en tercer lugar, este contrato fue suscrito en condiciones de marcando (...)”*.

669. Luego de lo anterior, es decir, después de que TRANSMILENIO hubiera puesto en conocimiento de SOMOS U la existencia de un posible incumplimiento de las obligaciones contenidas en las cláusulas 5.1.3 y 8.3.14 del Contrato, como consecuencia de la celebración de los contratos de mutuo con SOMOS K, la Convocante en Reconvención presentó demanda de reconvención el 5 de agosto de 2021. Sin embargo, aunque ya existía entre las partes del Contrato una divergencia en cuanto a un eventual incumplimiento obligacional, SOMOS U se abstuvo de someterlo a la decisión de este panel arbitral en esa primera oportunidad.
670. Después de presentada la demanda de reconvención en sus términos iniciales, según consta en los antecedentes que se detallan en la misiva 2021EE24381¹⁵¹, entre TRANSMILENIO, SOMOS U y la Interventoría se cruzaron sendas comunicaciones en las que siguieron discutiendo lo relativo a la existencia o no de un incumplimiento contractual por la suscripción de los contratos de mutuo con SOMOS K. Particularmente, se hace referencia a los escritos 2021EE15599 de 17 de septiembre de 2021 de TRANSMILENIO, 2020ER38003 de 8 de octubre de 2021 de SOMOS U y 2021ER35727 de 22 de septiembre de 2021, principalmente.
671. De las comunicaciones antes relacionadas se destaca la número 2021EE15599 de 17 de septiembre de 2021, en la que TRANSMILENIO le advirtió al Concesionario que el incumplimiento imputado *“se encuentra calificado en la cláusula 8.3.14. del contrato de concesión, como un ‘incumplimiento grave’, en los términos de la cláusula 20.4 y con los efectos que ello mismo conlleva”*.
672. Finalmente, mediante comunicación 2021EE24381 recibida por SOMOS U el 30 de diciembre de 2021, TRANSMILENIO dio inicio a un procedimiento sancionatorio por el presunto incumplimiento de lo pactado en las cláusulas 3.73, 3.167, 5.1.2, 5.3.2 y 8.3 del Contrato de Concesión. Lo anterior, como consecuencia de la

151 Expediente digital. 07_PRUEBAS_REFORMA_RECONVENCION_SUBSANADA/Proceso Sancionatorio. 21. 2021EE24381 Proceso Sancionatorio No 12 - 2021 Requerimiento Contractual.

celebración de dos contratos de mutuo con SOMOS K, accionista mayoritario de SOMOS U, entre otros incumplimientos que se le atribuyen.

673. Pues bien, fue con posterioridad al inicio del procedimiento sancionatorio contractual que, mediante reforma de la demanda presentada el 12 de enero de 2022, SOMOS U sometió a la decisión del Tribunal la controversia relativa al presunto incumplimiento que TRANSMILENIO, en el marco de aquel trámite administrativo, le imputó al Concesionario. Por lo tanto, comoquiera que lo pretendido por la Convocante en Reconvención es que, mediante la declaratoria de que el incumplimiento no es grave, se inhiba una facultad contractual (con la finalidad, además, de evitar que se ejerza una facultad exorbitante) cuyo ejercicio se dio por parte de la entidad estatal antes de que la controversia fuera sometida a arbitraje, y que esta prerrogativa se refiere a incumplimientos que las partes estaban discutiendo desde antes de que se presentara la demanda de reconvención inicial, concluye el Tribunal que la pretensión vigésima de la demanda de reconvención reformada no está llamada a prosperar en cuanto se refiere y tiene como propósito *“que decida sobre el asunto e inhiba la competencia de TRANSMILENIO para que utilice un procedimiento sancionatorio con el fin de declarar un incumplimiento grave y caducar el Contrato de Concesión”*¹⁵².

J.4. Conclusión

674. De conformidad con lo expuesto, el Tribunal concluye que la pretensión decimoctava declarativa de la demanda de reconvención reformada está llamada a prosperar y así lo declarará. Por esta razón, se declarará no probada la excepción de mérito denominada *“5.21. CONGRUENCIA DE QUE CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE INCUMPLIMIENTO GRAVE NO SEAN SUSCEPTIBLES DE MULTA”*.
675. Las pretensiones decimonovena y vigésima declarativas de la demanda de reconvención reformada no están llamadas a prosperar, por las razones detalladas en los acápite anteriores de esta decisión. En consecuencia, serán negadas por el Tribunal. Comoquiera que las pretensiones decimonovena y vigésima declarativas serán negadas por motivos distintos a aquellos en los que se fundamentan las excepciones de mérito denominadas *“5.22. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA LEGALIDAD DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO EN CURSO”* y *“5.23. PACTA SUNT SERVANDA – DETERMINACIÓN QUE VULNERACIÓN A LA*

¹⁵² Demanda de Reconvención Subsanada, Numeral 1.2. del acápite denominado “I. Fundamentos y asuntos objeto de la reforma”.
Pág.4.

CLÁUSULA 8.3.14. ES INCUMPLIMIENTO GRAVE ESTÁ EN LA CLÁUSULA 20.4 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN”, estas se declararán no probadas.

VI – CONDUCTA DE LAS PARTES

676. En el primer inciso del artículo 280 del Código General del Proceso se establece que: *“El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella”.*
677. Al respecto el Tribunal observa que a lo largo del proceso las partes y sus apoderados obraron conforme a los principios de transparencia, lealtad procesal y buena fe, y con apego a las prácticas de buena conducta procesal, motivo por el cual no cabe censura o reproche alguno, ni tampoco la deducción de indicios en su contra.

VII – JURAMENTO ESTRIMATORIO

678. En primer lugar observa el Tribunal que las pretensiones de la demanda de TRANSMILENIO son de naturaleza declarativa, y en consecuencia no fueron objeto de juramento estimatorio.
679. En relación con la demanda de reconvención formulada por SOMOS U, en esta se incluyó el juramento estimatorio exigido por el artículo 206 del Código General del Proceso, el cual fue objetado por TRANSMILENIO y la llamada en garantía TRANSINNOVA USME.
680. El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, regula el juramento estimatorio en los siguientes términos:

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

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

“Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier

otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

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

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

“PARÁGRAFO. *<Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

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

681. Como se establece en el parágrafo de la norma citada, para determinar si hay lugar o no a aplicar la sanción indicada cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios, debe el Tribunal evaluar si la causa de la falta de demostración de los perjuicios es imputable al actuar negligente o temerario de la parte.
682. Adicionalmente advierte el Tribunal que en la sentencia C-157 de 2013, al analizarse la constitucionalidad del parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada en los siguientes términos: *“Declarar **EXEQUIBLE** el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, 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”.*

683. Considerando los anteriores planteamientos, advierte el Tribunal que en este caso no se cumplen los presupuestos para imponer sanción alguna por concepto de juramento estimatorio. En efecto, SOMOS U no obró con mala fe y/o temeridad al estimar los perjuicios que incluyó en el juramento estimatorio de la demanda de reconvencción reformada, además de que en el curso del proceso su conducta atendió los principios de transparencia, lealtad procesal y buena fe.
684. Por lo anterior no se impondrá la sanción consagrada en el artículo 206 del Código General del Proceso.

VIII – COSTAS

685. Las disposiciones contenidas en la Ley 1563 de 2012 no regulan de manera expresa los criterios y parámetros para la condena en costas. En consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 1º del Código General del Proceso¹⁵³, para este efecto el Tribunal tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso que en relación con las costas dispone lo siguiente:

“Artículo 365. Condena en costas. 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. (...)

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

(...)

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. (...) (se destaca).

686. Atendiendo lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, la prosperidad parcial tanto de las pretensiones formuladas en la demanda inicial como de las que fueron planteadas en la demanda reconvencción reformada, además de que la actuación de las partes se surtió conforme a los

¹⁵³ “Artículo 1o. Objeto. Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”.

principios de transparencia, lealtad procesal y buena fe, cada quien en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas a TRANSMILENIO y a SOMOS U respecto de las acciones que mutuamente se formularon.

687. Para esta determinación, el Tribunal tuvo en cuenta que tanto TRANSMILENIO como SOMOS U asumieron, cada una, la proporción que legalmente les correspondía de los honorarios y gastos del Tribunal.
688. Ahora bien, en cuanto al llamamiento en garantía formulado por TRANSMILENIO a TRANSINNOVA, que abarca las pretensiones declarativas y de condena de la demanda de reconvencción presentada por SOMOS U, relativas al cambio en la fecha de entrega del Sub-Lote 2 de la flota, al no haber prosperado la demanda de llamamiento en garantía, en los términos del numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, hay lugar a condenar en costas a TRANSMILENIO, las cuales se liquidan así:

La totalidad del valor asumido por TRANSINNOVA por concepto de honorarios y gastos del Tribunal incluido IVA que fue fijado en el Auto No. 23 del 1 de diciembre de 2023, así:

	HONORARIOS	IVA	TOTAL
Honorarios ÁRBITRO	\$18.000.000	\$3.420.000	\$21.420.000
Honorarios ÁRBITRO	\$18.000.000	\$3.420.000	\$21.420.000
Honorarios ÁRBITRO	\$18.000.000	\$3.420.000	\$21.420.000
Honorarios SECRETARIA	\$9.000.000	\$1.710.000	\$10.710.000
Gastos de Funcionamiento y Administración Centro de Arbitraje	\$9.000.000	\$1.710.000	\$10.710.000
Gastos del Proceso			\$500.000
		Total	\$86.180.000

Para la fijación de las agencias en derecho el Tribunal tiene en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado, conforme se indica en el inciso 4º del artículo 366 del Código General del Proceso. En cuanto a las tarifas previstas en el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior Judicatura, el Tribunal comparte la posición del Consejo de Estado planteada en reciente sentencia de fecha 26 de enero de 2023¹⁵⁴, en la que consideró que las

154 Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Radicación 11001-03-26-000-2022-00131-00 (68550), MP. Dr. Martín Bermúdez Muñoz. En esta sentencia se dijo: "... el recurrente señala que la tasación de las agencias en derecho no tuvo en cuenta el numeral 4 del artículo 366 del CGP ni el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura no resultan aplicables a los procesos arbitrales. Aplicando estos criterios al caso concreto se condenará en agencias en derecho a TRANSMILENIO, en la suma correspondiente al valor asumido por TRANSINNOVA por honorarios de un árbitro, equivalente a \$18.000.000, que se considera razonable atendiendo la gestión realizada por el apoderado y la complejidad del caso.

689. En consecuencia, se condenará a TRANSMILENIO a reconocer costas a TRANSINNOVA por un valor total de \$104.180.000.
690. Por lo anterior, no prospera la pretensión décima novena de la demanda inicial, ni la pretensión vigésima tercera de la demanda de reconvención reformada, y se declarará probada la excepción formulada por TRANSMILENIO denominada *“Improcedencia de condena en costas del proceso y agencias en derecho y gastos del tribunal”*, en tanto, como se expuso, en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso no haya lugar a imponer condena en costas a cargo de TRANSMILENIO y a favor de SOMOS U.

IX – DECISIÓN

En mérito de las precedentes consideraciones, el Tribunal de Arbitraje conformado para dirimir las controversias surgidas entre EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.-, como parte Convocante, y SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S., como parte Convocada, con la participación de TRANSINNOVA USME S.A.S., como llamada en garantía, decidiendo en derecho y mediante el voto unánime de sus integrantes, en cumplimiento de la misión encomendada y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

A. Pretensiones Declarativas sobre la existencia y naturaleza del Contrato de Concesión No. 688 de 2018

1. Declarar que el 19 de noviembre de 2018, TRANSMILENIO S.A. y SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. celebraron el Contrato de Concesión No. 688 de 2018, cuyo objeto es

“19.- Es cierto que el numeral 4 del artículo 366 del CGP indica que <<deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura>>. En todo caso, la decisión no comportaría un apartamiento manifiesto o evidente del derecho aplicable teniendo en cuenta el ámbito de aplicación del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura. Esta norma no señala que sea aplicable a los procesos arbitrales: <<ARTÍCULO 1º. Objeto y alcance. El presente acuerdo regula las tarifas para efectos de la fijación de agencias en derecho y se aplica a los procesos que se tramiten en las especialidades civil, familia, laboral y penal de la jurisdicción ordinaria y a los de la jurisdicción de lo contencioso administrativo>>.”

el consagrado en el Capítulo IV “ASPECTOS GENERALES” numeral 4.1., contrato que existe y se encuentra en ejecución. Prosperan las pretensiones **primera declarativa** de la **demanda inicial** y **primera declarativa** de la **demanda de reconvención reformada**.

2. Negar la pretensión **segunda** de la **demanda de reconvención reformada**, salvo en lo que se refiere a la posición contractual de dominio de TRANSMILENIO S.A. Respecto de este punto la pretensión prospera.

B. Pretensiones relativas a la no entrega del Nuevo Patio de Operación

B.1. Pretensiones de la demanda de TRANSMILENIO S.A. contra SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.

1. Declarar que al Contrato de Concesión No. 688 de 2018 se le integran las normas vigentes al momento de su celebración, y el artículo 15 del Decreto 831 de 1999, por el cual se reglamentó el Acuerdo 4 de 1999, en los términos expuestos en la parte motiva. En consecuencia, prosperan las pretensiones **segunda y tercera** de la **demanda inicial**.
2. Declarar que de conformidad con el artículo 15 del Decreto 831 de 1999, por el cual se reglamentó el Acuerdo 4 de 1999, le corresponde al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU – la construcción, mantenimiento y mejora de la infraestructura específica y exclusiva que se utilizará en la operación del Sistema Transmilenio. Prospera la pretensión **cuarta** de la **demanda inicial**.
3. Declarar que el Nuevo Patio de Operación a serle entregado al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S., es parte de la infraestructura específica y exclusiva que se utilizará en la operación del Sistema Transmilenio de conformidad con el artículo 15 del Decreto 831 de 1999. Prospera la pretensión **sexta** de la **demanda inicial**.
4. Declarar que el numeral 3.114 del Contrato de Concesión No. 688 de 2018 señaló el 1 de junio de 2020 como fecha de entrega del Patio Nuevo de Operación al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. Prospera la pretensión **octava** de la **demanda inicial**.
5. Declarar que en el proceso de licitación que resultó en la adjudicación del Contrato de Concesión No. 688 de 2018, el proponente hoy concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. no advirtió sobre la posible configuración de afectación alguna al desarrollo del objeto del Contrato No. 688 de 2018 por la entrega tardía del Patio Nuevo de Operación, con el alcance expuesto en la parte motiva. En estos términos prospera la pretensión **décima** de la **demanda inicial**.

6. Declarar que, a la fecha de la radicación de la demanda, a TRANSMILENIO S.A. no se le había hecho entrega del Patio Nuevo de Operación que debía, a su vez, entregársele al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S., con el alcance expuesto en la parte motiva. En estos términos prospera la pretensión **décima primera** de la **demanda inicial**.
7. Declarar, según lo expuesto en la parte motiva, que el 1º de junio de 2020, TRANSMILENIO S.A. no entregó el Patio Nuevo de Operación al concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. Prospera la pretensión **décima segunda** de la **demanda inicial**, pero de manera parcial por cuanto la falta de entrega no fue “*por un hecho que no le es imputable*” a TRANSMILENIO S.A.
8. Declarar que el Patio Nuevo de Operación se requería para soportar la operación del segundo Sub-Lote de flota previsto en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018. Prospera la pretensión **décima tercera** de la **demanda inicial**.
9. Declarar que desde el 1º de junio de 2020 y hasta la fecha de radicación de la Demanda, la totalidad de buses cuya operación está a cargo del Concesionario SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. ha operado y sigue operando. En estos términos prospera parcialmente la pretensión **décima sexta** de la **demanda inicial**, salvo en cuanto que la operación se haya desarrollado “*sin inconveniente alguno*”.
10. Negar las pretensiones **quinta, séptima, novena, décima quinta, décima séptima y décima octava** de la **demanda inicial**, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

B.2. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada

1. Declarar que a TRANSMILENIO S.A. en su condición de Ente Gestor y titular del Sistema de Transporte Masivo, le corresponden las funciones establecidas en el Decreto 831 de 1999 y las consignadas en el Contrato de Concesión No. 688 de 2018. En estos términos prospera la pretensión **tercera** de la **demanda de reconvención reformada**.
2. Declarar que TRANSMILENIO S.A. está obligada a entregar la infraestructura a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. en los términos establecidos en las cláusulas 3.114, 3.165, 8.4.15 y 9.1.5 del Contrato de Concesión y las demás disposiciones legales y contractuales aplicables. Prospera la pretensión **cuarta** de la **demanda de reconvención reformada**.
3. Declarar que TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no entregar la Infraestructura al Concesionario, en particular, el Patio

Usme II/La Reforma. Prospera la pretensión **quinta** de la **demanda de reconversión reformada**.

4. Declarar que TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor y Titular del Sistema Transmilenio en relación con la falta de entrega de la Infraestructura al Concesionario, en particular, el Patio Usme II/La Reforma a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. Prospera la pretensión **sexta** de la **demanda de reconversión reformada**.
5. Condenar a TRANSMILENIO S.A. a pagar a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. las siguientes sumas:
 - (i) **OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$81.737.723)** por concepto del alquiler de la bodega alterna del Patio de la Calle Sexta.
 - (ii) **VEINTITRÉS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y UN MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$23.961.272)** por concepto de los sobrecostos por las inversiones realizadas para las adecuaciones del Patio de la Calle Sexta.

En estos términos prospera parcialmente la pretensión **vigésima primera** de la **demanda de reconversión reformada**.

6. Declarar que el pago de la condena señalada en el numeral anterior se efectuará en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y se reconocerán intereses moratorios conforme a lo previsto en los citados artículos. En estos términos prospera la pretensión **vigésima cuarta** de la **demanda de reconversión reformada**.

C. *Pretensiones de la demanda de reconversión reformada relativas al incumplimiento en la liquidación y pago de la retribución a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S.*

Negar las pretensiones **novena y décima** de la **demanda de reconversión reformada**, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

D. *Pretensiones relativas a la no entrega del Sub-Lote 2 de la Flota*

1. Declarar que de conformidad con el Otrosí No. 2 al Contrato de Concesión No. 688 de 2018, la entrada definitiva en operación del segundo Sub-lote de flota era el 26 de septiembre de 2020. Prospera la pretensión **décima cuarta** de la **demanda inicial**.

2. Declarar que TRANSMILENIO S.A. se obligó a entregar la flota que integra el Sub-Lote 2 a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. en los términos establecidos en la cláusula 3.117 inicial del Contrato de Concesión, modificada mediante Otrosí No. 2 de 3 de agosto de 2020, y las demás disposiciones legales y contractuales. En estos términos prospera la pretensión **séptima** de la **demanda de reconvención reformada**.
3. Negar la pretensión **octava** de la **demanda de reconvención reformada**, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

E. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada relativas a los efectos generados por la emergencia sanitaria desatada por la pandemia COVID-19

1. Declarar que TRANSMILENIO S.A. es responsable de compensar los efectos desfavorables causados por Eventos de Fuerza Mayor no asegurables en los términos de la cláusula 16.3. literal (I) del Contrato de Concesión, ocasionados por la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19, con el alcance expuesto en la parte motiva. Prospera parcialmente la pretensión **undécima** de la **demanda de reconvención reformada**.
2. Condenar a TRANSMILENIO S.A. a pagar a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. la suma de **QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$559.831.471)** por concepto de la compensación de los costos incurridos con ocasión la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19. En estos términos prospera parcialmente la pretensión **vigésima segunda** de la **demanda de reconvención reformada**.
3. Declarar que el pago de la condena señalada en el numeral anterior se efectuará en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y se reconocerán intereses moratorios conforme a lo previsto en los citados artículos. En estos términos prospera la pretensión **vigésima cuarta** de la **demanda de reconvención reformada**.
4. Negar las pretensiones **décima segunda, décima tercera, décima cuarta, décima quinta, décima sexta y décima séptima** de la **demanda de reconvención reformada**, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

F. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada relativas a los procedimientos sancionatorios

1. Declarar que el eventual incumplimiento de las obligaciones previstas en las definiciones 3.73., 3.167. y cláusulas 5.1.2., 5.3.2. y 8.3.14. del Contrato de Concesión no están tipificadas como generadoras de multas de apremio en ninguna de las causales 13.4 y 13.5. del Contrato de Concesión. Prospera la pretensión **décima octava** de la **demanda de reconversión reformada**.
2. Negar las pretensiones **décima novena** y **vigésima** de la **demanda de reconversión reformada**, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

G. Excepciones formuladas por SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. respecto de la demanda inicial

1. Declarar, conforme a lo expuesto en la parte motiva, que prospera la excepción formulada por SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. en la contestación de la demanda inicial denominada “5.2. *Las pretensiones no cumplen con los requisitos formales debido a que las pretensiones Novena y Decimoséptima son amplias, generales e indeterminadas*”, exclusivamente en relación con la pretensión novena.
2. Declarar, conforme a lo expuesto en la parte motiva, que prosperan las siguientes excepciones formuladas por SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. en la contestación de la demanda inicial:

5.4. Incumplimiento de TRANSMILENIO S.A. en las obligaciones legales y contractuales en materia de entrega de la infraestructura a SOMOS U S.A.S. (Patio de Operación Nuevo Usme II/la Reforma).

5.5. La ejecución de las obligaciones del IDU no constituye exoneración o eximente de responsabilidad de TRANSMILENIO.

5.7. TRANSMILENIO S.A. incumplió con sus obligaciones de gestión y coordinación interinstitucional en materia de infraestructura.

5.9 SOMOS U S.A.S. no condonó anticipadamente los perjuicios causados por TRANSMILENIO S.A.

5.10. TRANSMILENIO S.A. ha sido pasivo en la mitigación parcial de perjuicios causados a SOMOS U S.A.S.

5.11 El incumplimiento en la entrega de la infraestructura (Patio de Operación Nuevo Usme II/la Reforma) por parte de TRANSMILENIO S.A. a SOMOS U S.A.S. causó (y sigue causando) daño y genera afectación del concesionario y su operación.

3. Desestimar, conforme a lo expuesto en la parte motiva, las restantes excepciones formuladas por SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. en la contestación de la demanda inicial.

H. Excepciones formuladas por TRANSMILENIO S.A. respecto de la demanda de reconvención reformada

1. Declarar, conforme a lo expuesto en la parte motiva, que prosperan las siguientes excepciones formuladas por TRANSMILENIO S.A. en la contestación de la demanda de reconvención reformada:
 - 5.1. *Naturaleza del contrato estatal de concesión.*
 - 5.2. *El Contrato estatal no es de adhesión.*
 - 5.15. *Inexistencia de incumplimiento en la liquidación y pago de los Kilómetros en Vacío.*
 - 5.18. *Inexistencia de los supuestos para el reconocimiento de ruptura del equilibrio económico del contrato por covid-19.*
 - 5.19 *Inaplicabilidad del artículo 5º del Decreto 575 de 2020.*
 - 5.20. *Inexistencia de obligación legal de Transmilenio de indemnizar al concesionario SOMOS USME S.A.S. por COVID-19.*
 - 5.25. *Improcedencia de condena en costas del proceso y agencias en derecho y gastos del Tribunal.*
2. Declarar conforme a lo expuesto en la parte motiva, que prosperan parcialmente las siguientes excepciones formuladas por TRANSMILENIO S.A. en la contestación de la demanda de reconvención reformada:
 - 5.8. *Inexistencia de perjuicio por la no entrega del nuevo patio de operación “La Reforma”.*
 - 5.11. *Teoría de actos propios respecto al cambio de la fecha de entrega de la flota del Sublote 2.*
 - 5.16. *Inexistencia de perjuicio por pandemia COVID-19.*
3. Por las razones expuestas en la parte motiva abstenerse de pronunciarse sobre las siguientes excepciones formuladas por TRANSMILENIO S.A. en la contestación de la demanda de reconvención reformada:

5.12. *Inexistencia de perjuicio por el cambio en la fecha de entrega del Sublote 2 de flota.*

5.14. *Responsabilidad del concesionario de provisión por el cambio de fecha de entrega del Sublote 2 de flota.*

4. Desestimar, conforme a lo expuesto en la parte motiva, las restantes excepciones formuladas por TRANSMILENIO S.A. en la contestación de la demanda de reconvención reformada.

I. El llamamiento en garantía

Declarar que no prospera el llamamiento en garantía formulado por TRANSMILENIO S.A. a TRANSINNOVA USME S.A.S.

J. El juramento estimatorio

Abstenerse de imponer a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. sanción alguna por el juramento estimatorio presentado en la demanda de reconvención reformada.

K. Las costas del proceso

1. Declarar que en relación con las demandas que mutuamente se interpusieron TRANSMILENIO S.A. y SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S., no hay lugar a imponer condena en costas y cada una debe asumir sus respectivos gastos. En consecuencia se niegan las pretensiones **décima novena** de la demanda inicial y **vigésima tercera** de la demanda de reconvención reformada.
2. Condenar a TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANSINNOVA USME S.A.S. la suma de **CIENTO CUATRO MILLONES CIENTO OCHENTA MIL PESOS (\$104.180.000)**, por concepto de costas. Este pago se efectuará en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

L. Aspectos administrativos

1. Declarar causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y de la secretaria. La Presidenta procederá a hacer estos pagos. Las partes deberán entregar a los Árbitros y a la Secretaria en un plazo de treinta (30) días contados a partir de la radicación de la factura correspondiente los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios.

2. Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y la Secretaria, para lo cual la Presidenta hará las deducciones y librára las comunicaciones respectivas.
3. Proceder, por intermedio de la Presidenta del Tribunal a realizar la correspondiente liquidación de gastos y a rendir cuenta razonada de los mismos, restituyendo los remanentes a que hubiere lugar así: (i) A TRANSMILENIO S.A. se le devolverá la suma de \$500.000 correspondiente a los gastos fijados a cargo de la llamada en garantía; y (ii) el saldo que quede de la partida de gastos se le restituirá a TRANSMILENIO S.A. y a SOMOS BOGOTÁ USME S.A.S. en proporciones iguales.
4. Ordenar que en la oportunidad que corresponda se proceda al archivo del expediente digital en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
5. Ordenar que por secretaría se haga entrega a cada uno de los intervinientes de ejemplar auténtico de este Laudo con las constancias del Ley.

Esta providencia quedó notificada en audiencia realizada por medios electrónicos y se suscribe con firmas digitalizadas, como lo autoriza la ley.

MARÍA CRISTINA MORALES DE BARRÍOS
Presidenta

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ
Árbitro

ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ
Árbitro

ANDREA ATUESTA ORTIZ
Secretaria