Bogotá D.C.

Doctores

**NICOLÁS GAMBOA MORALES**

Árbitro presidente

**FLORENCIA LOZANO REVEÍZ**

Árbitro

**JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ**

Árbitro

E. S. D.

**Ref: Tribunal de Arbitramento**

 **Expediente No.:** 4915

 **Convocante:** GMOVIL S.A.S

 **Convocado:** TRANSMILENIO S.A.

 **Asunto:** Alegatos de conclusión

Respetados Árbitros:

Dentro de la oportunidad concedida para alegar de conclusión, esta Procuraduría Judicial presenta el siguiente concepto en interés del orden jurídico y en ejercicio del derecho dispuesto.

**1. ANTECEDENTES**

* 1. **Síntesis de la demanda**

La sociedad GMOVIL S.A.S., presentó demanda contra la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., con el fin de que se despachen a su favor las siguientes pretensiones:

*“****PRETENSIONES GENERALES***

*Primero. Que se declare que el "CONTRATO NO. 004 DE 2010 DE CONCESIÓN PARA LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP PARA LA ZONA 2) ENGATIVÁ CON OPERACIÓN TRONCAL SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. - TRANSMILENIO S.A. Y LA SOCIEDAD GMÓVIL S.A.S." fue suscrito el 16 de noviembre de 2010 (en adelante "el Contrato"), o en la oportunidad que determine el Tribunal, el cual existe y se encuentra actualmente en ejecución.*

*Segundo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. es el Gestor y Titular del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) y su área de influencia de conformidad con lo dispuesto en la Definición 1.84. y Cláusulas 5, 12, 23, 24 y 91 del Contrato así como de las normas que regulan el asunto.*

*Tercero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. está obligada a integrar, evaluar y hacer el seguimiento de la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 486 de 2006 y demás normas pertinentes.*

*Cuarto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales en relación con el Contrato de Concesión No. 004 de 2010.*

*Quinto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales relacionadas con su condición de Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).*

*Sexto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. está obligada a indemnizar los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales.*

*Séptimo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. predispuso las condiciones contractuales, y en consecuencia el Contrato No. 004 de 2010 es de adhesión.*

*Octavo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. tiene posición contractual dominante dentro del Contrato No. 004 de 2010.*

*Noveno. Que se declare que el Contrato de Concesión No. 004 de 2010 coexiste con los contratos o concesiones actuales o futuros, para la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP y para el desarrollo de otras actividades conexas o complementarias (concesiones, publicidad, comercio, servicios, rotacionales, entre otros), a las actividades tanto de Recaudo como de transporte de pasajeros, necesarias para la funcionalidad del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP, así como con los Contratos de Concesión relacionados con el recaudo, la alimentación y la Operación Troncal de las Fases I y II del Sistema TransMilenio, y los demás que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. suscriba para el desarrollo y expansión del Sistema, de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 5 del Contrato, así como de las normas legales aplicables.*

*Décimo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. es responsable de la gestión, planeación y control de los contratos o concesiones actuales o futuros, para la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP y para el desarrollo de otras actividades conexas o complementarias (concesiones, publicidad, comercio, servicios, rotacionales, entre otros), a las actividades tanto de Recaudo como de transporte de pasajeros, necesarias para la funcionalidad del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP, así como con los Contratos de Concesión relacionados con el recaudo, la alimentación y la Operación Troncal de las Fases I y II del Sistema TransMilenio, y los demás que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. suscriba para el desarrollo y expansión del Sistema, y en consecuencia, es responsable frente a GMÓVIL S.A.S. de las decisiones y efectos que adopte dentro de los mismos, por acción u omisión.*

***PRETENSIONES PARTICULARES***

***Pretensiones relativas al Cierre Financiero***

*Undécimo. Que se declare que la Cláusula 17.5. del Contrato establece que GMÓVIL S.A.S. estaba obligado a cumplir con un Cierre Financiero, consistente en probar -a satisfacción de TRANSMILENIO S.A.- que contaba con compromisos a su favor que garantizaran el desembolso de recursos de deuda por la suma de ciento cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y cinco millones de pesos ($144.765.000.000) para la zona de Engativá.*

*Duodécimo. Que se declare que GMÓVIL S.A.S. dio cumplimiento a la cláusula 17.5 del Contrato acreditando compromisos a su favor por la suma de hasta doscientos sesenta mil millones de pesos ($260.000.000.000) para la zona de Engativá, el cual fue objeto de confirmación por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.*

*Decimotercero. Que como consecuencia de la ocurrencia de hechos imputables a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO -TRANSMILENIO S.A., o en todo caso no imputables a GMÓVIL S.A.S., hizo necesario para ésta última modificar el Contrato de Crédito Sindicado en plazo, disponibilidad y cuantía superiores a los previstos, con el fin de mitigar los efectos generados, causando así perjuicio a GMÓVIL S.A.S.*

*Decimocuarto. Que como consecuencia de la ocurrencia de hechos imputables a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. o, en todo caso, no imputables a GMÓVIL S.A.S., se generó un desplazamiento del cronograma de desembolsos de los recursos de crédito obtenidos para la ejecución del Contrato, causando así perjuicio a GMÓVIL S.A.S.*

***Pretensiones relativas a la Falta de Implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP***

*Decimoquinto. Que se declare que a la fecha de presentación de la propuesta de GMÓVIL S.A.S. se encontraba vigente el Parágrafo del Artículo 19 del Decreto 309 de 2009 que establecía que al 15 de octubre de 2011 estarían implementadas las Fases 1 y 2 de la gradualidad del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP.*

*Decimosexto. Que se declare que a la fecha no se han cumplido los requisitos para la finalización de la implementación o implantación, del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP.*

*Decimoséptimo. Que la no finalización de la implementación o implantación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP ocurrió por hechos imputables a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. o en todo caso no imputables a GMÓVIL S.A.S.*

*Decimoctavo. Que se declare que a la fecha no se han cumplido los requisitos para la integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).*

*Decimonoveno. Que la no integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP ocurrió por hechos imputables a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. o en todo caso no imputables a GMÓVIL S.A.S.*

*Vigésimo. Que se declare que los vehículos del denominado "SITP Provisional" no operan bajo las condiciones del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP, incluyendo sin limitarse a ello, no utilizar los medios de pago del SITP (tarjetas), operar con tarifas al usuario inferiores a los vehículos del SITP, no destinar los recursos recaudados a la Fiducia del SITP, no contar con equipos de control de flota y validación, y no ser objeto de desincentivos operativos y niveles de servicio.*

*Vigésimo primero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al haber emitido la Orden de Inicio de Operación Troncal y Zonal sin el cumplimiento de los requisitos previstos para ello.*

*Subsidiaría de la Pretensión Vigésimo primera: Que se declare que la expedición de la Orden de Inicio de Operación Troncal y Zonal sin el cumplimiento de los requisitos previstos para ello, alteró la ejecución del Contrato y condujo a un desequilibrio financiero del mismo, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.*

*Vigésimo segundo. Que se declare que la demora en el inicio del Cronograma de Implementación de Rutas del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP ocurrió por hechos imputables a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. o en todo caso no imputables a GMÓVIL S.A.S.*

*Vigésimo tercero. Que se declare que la demora en el inicio de las rutas PS00 y SElO de GMÓVIL S.A.S. ocurrió por hechos imputables a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. o en todo caso no imputables a GMÓVIL S.A.S.*

***Pretensiones relativas a la No Integración de la Programación Troncal del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP con las Fases I y II del Sistema TransMilenio***

*Vigésimo cuarto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no haber adoptado oportunamente la decisión de realizar la implementación de la programación y distribución unificada de los servicios troncales del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP con las Fases I y II.*

*Subsidiaria de la Pretensión Vigésimo Cuarta: Que se declare que la adopción no oportuna de la decisión de realizar la implementación de la programación y distribución unificada de los servicios troncales del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP con las Fases I y JI, es un evento ajeno y no imputable al Contratista que alteró el equilibrio financiero del Contrato a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.*

***Pretensiones relativas al Incumplimiento de TRANSMILENIO en relación con la Entrega del Patio Troncal Calle 26 - El Dorado***

*Vigésimo quinto. Que se declare que el Contrato de Concesión también tiene por objeto, "otorgar en concesión la dotación y administración de la infraestructura de los patios y talleres para la Operación Troncal que los concesionarios deberán incorporar en la Zona 2) ENGATIVÁ para la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP" en los términos previstos en la Cláusula 1 Numeral 1.2 del Contrato.*

*Vigésimo sexto. Que se declare que GMÓVIL S.A.S. tiene ''derecho a operar y administrar el Patio de Operación Troncal entregado en Concesión "en los términos previstos en la Cláusula 16 del Contrato.*

*Vigésimo séptimo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió su obligación de entregar de forma definitiva, oportuna y completa del Patio Troncal a GMÓVIL S.A.S.*

*Subsidiaria de la Pretensión Vigésimo Séptima: Que se declare que la no entrega definitiva, oportuna y completa del Patio Troncal a GMÓVJL S.A.S. es un evento ajeno y no imputable al Contratista que alteró el equilibrio financiero del Contrato a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.*

***Pretensiones relativas a la Ampliación Indefinida de la Etapa de Transición***

*Vigésimo octavo. Que se declare que la Etapa de Transición está contractualmente prevista en el numeral 14.1 inciso 1° del Contrato de Concesión, con una duración de cinco (5) años contados a partir de la adjudicación del mismo, esto es hasta el 2º de noviembre de 2015, o la oportunidad que determine el Tribunal.*

*Vigésimo noveno. Que se declare que GMÓVIL S.A.S. no recibió aviso oportuno de la ampliación de la Etapa de Transición en los términos de la Nota 2 Inciso 4º de la Cláusula 14.1 del Contrato.*

*Trigésimo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. está obligada a soportar las consecuencias económicas que genere para GMÓVIL S.A.S., la no entrega de los Patios Zonales a partir de la finalización de la Etapa de Transición contractualmente prevista, es decir, desde el 3º de noviembre de 2015, hasta que se verifique la entrega de los terminales definitivos, o durante el periodo que establezca el Tribunal.*

*Primera subsidiaria de la Pretensión Trigésima. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. está obligada a soportar las consecuencias económicas que genere para GMÓVIL S.A.S. la no entrega de los Patios Zonales definitivos.*

*Segunda subsidiaría de la Pretensión Trigésima. Que se declare que la no entrega a GMÓVIL S.A.S. de los Patios Zonales definitivos es un evento ajeno y no imputable al Contratista que alteró el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.*

***Pretensiones relativas a los Incumplimientos legales y contractuales de TRANSMILENIO asociados a la Gestión de los Contratos de Concesión No. 005 y 012 y 013 de 2010 suscritos con COOBÚS S.A.S. y/o EGOBÚS S.A.S., respectivamente, y los efectos que desencadenó para el Sistema y particularmente para GMÓVIL S.A.S.***

*Trigésimo primero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales derivadas de la gestión, planeación y control del Sistema en su condición de Ente Gestor del mismo, al no haber adoptado y empleado oportunamente las medidas y herramientas necesarias para evitar o mitigar los efectos adversos generados como consecuencia de la situación financiera y operativa de los Contratos de Concesión No. 005 y 012, y 013 de 2010, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES – COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S., respectivamente.*

*Pretensión Subsidiaría de la Trigésimo primera: Que se declare que la expedición y aplicación del Decreto 190 de 2015 y la expedición de permisos de operación especiales y transitorios a los que hace referencia el mismo a empresas del Transporte Público Colectivo para servir rutas en la ciudad Bogotá D.C;, constituyeron eventos ajenos y no imputables a GMÓVIL S.A.S. que alteraron el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.*

*Trigésimo segundo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. no ha dispuesto de un mecanismo de integración tarifaría en los términos del numeral 4° del Artículo 4º del Decreto 190 de 2015.*

*Trigésimo tercero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. tiene a su cargo la planeación y gestión de las rutas provisionales para que empresas del Transporte Público Colectivo (TPC) operen bajo la denominación "SITP Provisional", causando perjuicios a GMÓVIL S.A.S.*

***Pretensiones relativas al Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario - SIRCI y el Concesionario SIRCI***

*Trigésimo cuarto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales relacionadas con la entrada en operación oportuna de la Concesión del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (SIRCI).*

*Subsidiaría de la Pretensión Trigésimo cuarta: Que se declare que la entrada tardía en operación por parte de la Concesión del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (SIRCJ) alteró la ejecución del Contrato en perjuicio de GMÓVIL y condujo a un desequilibrio financiero del mismo, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.*

*Trigésimo quinto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no realizar las gestiones necesarias para evitar la existencia simultánea de varios medios de pago electrónicos (tarjetas), especialmente y sin que se limite a ello, durante los meses de junio de 2012 a diciembre de 2015, o durante el plazo que se pruebe en el Tribunal.*

*Trigésimo sexto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no gestionar el oportuno mantenimiento de los equipos que hacen parte del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (SIRCI).*

*Trigésimo séptimo. Que se declare que GMÓVIL S.A.S. no es responsable de la desinstalación de los equipos a bordo de flota a desvincular del Sistema y de la posterior instalación en la flota de reemplazo, ni de los costos derivados de dichas actividades.*

***Pretensiones relativas a la Desintegración Física de Vehículos (Chatarrización)***

*Trigésimo octavo. Que se declare que la obligación de GMÓVIL S.A.S. de desintegrar físicamente (chatarrizar) los vehículos, contenida en la cláusula 12 del Contrato será exigible con la finalización de la integración total del Sistema Integrado de Transporte de Bogotá, o en la oportunidad que determine el Tribunal.*

*Subsidiaria de la Pretensión Trigésimo octava. Que se declare que la expedición del Decreto Distrital 190 de 2015, así como los actos administrativos derivados del mismo, constituyen eventos ajenos y no imputables a GMÓVIL S.A.S. que generaron una alteración del equilibrio financiero del Contrato en perjuicio de GMÓVIL S.A.S., a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.*

*Trigésimo noveno. Que se declare que a la fecha GMÓVIL S.A.S. no se encuentra en mora de cumplir su obligación de chatarrización de flota prevista en la Cláusula* ***12*** *del Contrato de Concesión.*

***Pretensiones relativas a Otros Reconocimientos Pendientes tales como la Flota Nueva, Euro V, Elevadores e Híbridos***

***Pretensiones relativas al cambio de la Flota Nueva del Sistema Euro IV al Sistema Euro V***

*Cuadragésimo. Cuadragésimo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al haber ordenado a GMÓVIL S.A.S. que vinculara flota nueva con estándar de emisiones Euro V sin haber dado aplicación oportuna al mecanismo de pago de la mayor remuneración a favor de GMÓVIL S.A.S., según lo establecido en el Contrato de Concesión.*

*Cuadragésimo primero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus deberes legales y contractuales al no haber dado aplicación oportuna al mecanismo que permita el reconocimiento a favor de GMÓVIL S.A.S. de los mayores costos de operación y mantenimiento como consecuencia de "cambios en las especificaciones técnicas para los vehículos que se vinculen al SITP" por cambio de la flota de estándar de emisiones a Euro V, según lo establecido en el Contrato de Concesión.*

*Subsidiaria de la Pretensión Cuadragésima primera. Que se declare que la expedición de las Resoluciones No. 1304 de 2012 y 1223 de 2013 de la Secretaría Distrital de Ambiente, o de cualquier otra norma de carácter Distrital o Nacional aplicable, alteraron el equilibrio financiero del Contrato en pe/juicio de GMÓVIL S.A.S. a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.*

***Pretensiones relativas a la instalación de elevadores para las personas con discapacidad o movilidad y/o comunicación reducida***

*Cuadragésimo segundo. Que se declare que por instrucción de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a la fecha GMÓVIL S.A.S. ha instalado cincuenta y dos (52) equipos (elevadores) en igual número de vehículos para permitir el acceso a personas discapacitadas o con movilidad y/o comunicación reducida, adicionales a los inicialmente exigidos por el Contrato.*

*Cuadragésimo tercero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales al no haber dado aplicación oportuna al mecanismo que permita el reconocimiento a favor de GMÓVIL S.A.S. del costo de mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos a los que hace referencia la pretensión anterior.*

***Pretensiones relativas al mayor costo de operación de los buses híbridos***

*Cuadragésimo cuarto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no haber ajustado el costo por kilómetro para los vehículos híbridos vinculados a la Operación Troncal de acuerdo con lo dispuesto en la Nota No. 1 de la Cláusula 64 del Contrato de Concesión (modificada por el Otrosí No. 11).*

***Pretensiones relativas a la Insuficiente Socialización del Sistema y el Acceso al Medio de Pago***

*Cuadragésimo quinto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales relacionadas con la falta de gestión en materia de socialización, difusión y publicidad del Sistema Integrado de Transporte de Bogotá (SITP) y la adquisición y recarga de tarjetas que sirven como medio de pago.*

*Cuadragésimo sexto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO- TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales relacionadas con la falta de gestión asociada a la demarcación, señalización y señalética.*

***Pretensiones relativas a la asignación de riesgos previsibles del Contrato de Concesión***

*Cuadragésimo séptimo. Que se declare que son absolutamente nulas y en consecuencia, no producen efecto alguno, las siguientes cláusulas del Contrato o fragmentos de ellas:*

*“47.1. De la Cláusula 42 los siguientes apartes:*

*(…)*

*El valor efectivo del Contrato remunera todos los riesgos asumidos por el CONCESIONARIO de conformidad con lo establecido en este Contrato, incluyendo sin limitarse, los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el CONCESIONARIO por la preparación y celebración del Contrato, así como la ejecución y terminación del mismo, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la recuperación del capital invertido, las utilidades del CONCESIONARIO y, en general, incluye el valor de la remuneración por todas las obligaciones que adquiere el CONCESIONARIO en virtud del presente Contrato.*

*Así mismo, se entiende que el valor efectivo remunera todas las labores complementarias necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, sean que aparezcan o no de manera expresa en este Contrato o en los documentos que lo integran como obligaciones a cargo del CONCESIONARIO. Dentro de estas labores se incluyen, entre otras, la obligación a cargo del CONCESIONARIO de elaborar sus propios estudios, todas las obligaciones y actividades a cargo del CONCESIONARIO durante las diferentes etapas del Contrato, los gastos financieros y administrativos –directos e indirectos- y todos los demás que sean requeridos para la cabal ejecución del objeto contratado.*

*El valor efectivo de este Contrato remunera también la asunción de los riesgos comerciales, ambientales, de operación administrativos, financieros, tributarios, regulatorios, soberano, político y todos los demás que se desprenden de las obligaciones del CONCESIONARIO o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este Contrato, salvo por lo expresamente previsto en el mismo cargo de TRANSMILENIO S.A.*

*47.2. De la Cláusula 115 los siguientes apartes:*

*(…) El* ***CONCESIONARIO*** *y* ***TRANSMILENIO S.A.,*** *a partir de la fecha de suscripción del presente* ***Contrato de Concesión,*** *asumen los efectos derivados de los riesgos tipificados, estimados y asignados en la Matriz de Riesgos del* ***Contrato de Concesión*** *de Operación del* ***SITP,*** *anexa al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004-2009 de 2009, el cual es parte integral del presente* ***Contrato.*** *(…)*

*Por lo tanto, no procederán reclamaciones del* ***CONCESIONARIO*** *basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueron asumidos por él y consecuentemente,* ***TRANSMILENIO S.A.*** *no hará reconocimiento de alguno de los riesgos que fueron asumidos por él y consecuentemente,* ***TRANSMILENIO S.A.,*** *no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al* ***CONCESIONARIO,*** *que permita eliminar y/o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentre expresamente pactado en el presente* ***Contrato de Concesión.****”*

*47.3. La Cláusula 118 del Contrato –con excepción del Parágrafo-.*

*Cuadragésimo octavo. Que se declare que GMÓVIL S.A.S. está legalmente obligado a asumir únicamente los riesgos que esté en capacidad de administrar, controlar y mitigar y lo que no corresponda a ello infringe entre otras disposiciones, los artículos 83, 90, 95 Numeral 1º y 209 de la Constitución Política, 830 del Código de Comercio, 25, numeral 7° y 12° y 25 dela Ley 80 de 1993 y 4° de la Ley 1150 de 2007.*

°

*Cuadragésimo noveno. Que en consecuencia de lo anterior, se declare lo siguiente:*

*49.1. Que el riesgo de demanda sólo será asumido por GMÓVIL S.A.S., a partir de la implementación (implantación) total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP), o en la oportunidad que determine el Tribunal.*

*49.2. Que se declare que el riesgo de implementación (implantación) del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) no corresponde al Concesionario y está a cargo de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A., o de quien determine el Tribunal.*

*49.3. Que se declare que los efectos adversos generados a GMÓVIL S.A.S. como consecuencia de la celebración, ejecución y liquidación de los contratos celebrados entre EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. y otros Agentes del Sistema, no corresponden al Concesionario y su riesgo está a cargo de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A., o de quien determine el Tribunal.*

*Quincuagésimo. Que se declare que todos los riesgos no asignados conforme a las previsiones legales a GMÓVIL S.A.S. están a cargo de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.*

*Quincuagésimo primero. Que se declare que, en todo caso, GMÓVIL S.A.S. no está obligado a asumir los efectos adversos generados por riesgos asignados a ella válidamente, cuando el hecho generador provenga del incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.*

***Pretensiones relativas a la Pérdida de Velocidad Comercial y sus Efectos***

*Quincuagésimo segundo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió su deber de planeación relativo a la Licitación Pública No. 004 de 2009, al no considerar el efecto de la velocidad comercial real de la ciudad.*

*Subsidiaría de la Pretensión Quincuagésima: Que se declare que la velocidad comercial real de la ciudad de Bogotá fue inferior a la prevista en el diseño operacional de la Licitación Pública No. 004 de 2009, lo cual constituye un evento ajeno y no imputable a GMÓVIL S.A.S. que alteró el equilibrio económico del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.*

*Quincuagésimo tercero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió su deber de gestión, planeación y control en su condición de Ente Gestor del Sistema, al no haber tomado las medidas correctivas necesarias derivadas de la existencia de una velocidad comercial diferente a la que fue tenida en cuenta en el diseño operacional del Sistema en la Licitación Pública No. 004 de 2009.*

*Subsidiaría de la Pretensión Quincuagésimo primera: Que la existencia de una velocidad comercial diferente a la que fue tenida en cuenta en el diseño operacional del Sistema en la Licitación Pública No. 004 de 2009, constituye un evento ajeno y no imputable a GMÓVIL S.A.S. que alteró el equilibrio económico del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.*

***Pretensiones relativas a la Remuneración del Concesionario (Tarifa) y las Condiciones de Equilibrio del Sistema hacia el futuro***

*Quincuagésimo cuarto. Que se declare que la Tarifa Técnica del SITP debe reflejar permanentemente el monto necesario para remunerar los costos de operación y garantizar la eficiencia del Sistema y, particularmente, del Contrato de Concesión suscrito con GMÓVIL S.A.S.*

*Quincuagésimo quinto. Que se declare que la Tarifa Técnica del SITP y el diseño tarifario deben permitir remunerar la totalidad de los costos operacionales en condiciones de eficiencia y equilibrio.*

*Quincuagésimo sexto. Que se declare que la Tarifa Técnica del SITP debe considerar para GMÓVIL S.A.S. en su condición de Concesionario de Transporte del SITP, "una adecuada estructura de costos, y una rentabilidad razonable conforme a las condiciones definidas en los pliegos de condiciones".*

*Quincuagésimo séptimo. Que se declare que en la tarifa mensual por vehículo (disponibilidad) se omitió incluir el valor de los seguros de vehículos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, así como el seguro contra todo riesgo, todos estos previstos en la cláusula 143 del Contrato.*

*Quincuagésimo octavo. Que se declare que en la tarifa mensual por vehículo (disponibilidad) se omitió liquidar la tasa de rentabilidad sobre capital mínimo del diez por ciento (10%) real, en lugar del nueve por ciento (9%).*

*Quincuagésimo noveno. Que se declare que la tarifa mensual por vehículo (disponibilidad) es insuficiente para remunerar el valor de adquisición de vehículos usados, contenido en la tabla de la Proforma 8 del pliego de condiciones.*

*Sexagésimo. Que se declare que la tarifa por pasajero debe compensar los ingresos que se dejen de percibir por menor demanda de pasajeros hasta la implementación total del Sistema, o en la oportunidad que el Tribunal indique.*

*Sexagésimo primero. Que se declare que, en todo caso, GMÓVIL S.A.S. no está obligado a recibir una menor remuneración, cuando el hecho generador provenga del incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. y/o de eventos ajenos y no imputables a GMÓVIL S.A.S.*

*Sexagésimo segundo. Que se ordene la revisión de las tarifas que integran la remuneración del Concesionario, para lo cual habrán de adoptarse las medidas necesarias para conseguir que las prestaciones de las partes sean equivalentes.*

*Sexagésimo tercero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. está obligado a reconocer a GMÓVIL S.A.S. el costo por kilómetro para los vehículos híbridos vinculados a la Operación Troncal de acuerdo con lo dispuesto en la Nota No. 1 de la Cláusula 64 del Contrato (modificada por el Otrosí No. 11) a partir de la ejecutoria del Laudo Arbitral de acuerdo con lo que se encuentre probado dentro del proceso.*

*Sexagésimo cuarto. Que se declare que las remuneraciones Fija Mensual por Vehículo y por Kilómetro deben reflejar los costos relacionados con los "cambios en las especificaciones técnicas para los vehículos que se vinculen al SITP" por cambio de la flota de estándar de emisiones a Euro V.*

***Pretensiones relativas al Ingreso no percibido por menor demanda de pasajeros***

*Sexagésimo quinto. Que se declare que como consecuencia de incumplimientos y obligaciones de restablecimiento declaradas por el Tribunal en relación con pretensiones hasta aquí formuladas, se ha producido una reducción en los ingresos del GMÓVIL S.A.S. consecuencia del menor número de validaciones por concepto demanda de pasajeros.*

*Subsidiaría de la Pretensión Sexagésimo quinta: Que se declare que la reducción en los ingresos de GMÓVIL S.A.S. consecuencia del menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros, constituye un evento ajeno y no imputable a GMÓVIL S.A.S. que generó un desequilibrio económico del Contrato en pe/juicio de ésta última, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. - TRANSMILENIO S.A.*

***Pretensiones relativas a Desincentivos, Manual de Operaciones y Manual de Niveles de Servicio***

*Sexagésimo sexto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al expedir la Resolución 714 de 2015, que corresponde a un Manual de Operaciones que no es compatible con los aspectos técnicos y operacionales del componente zonal del SITP.*

*Sexagésimo séptimo. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al señalar unilateralmente una unidad de sanción, denominada valor de tiquete.*

*Sexagésimo octavo. Que se declare que no produce efectos la unidad de sanción denominada valor de tiquete, contenida en el Manual de Operaciones, por tratarse de una disposición de carácter sancionatorio y pecuniario establecida de forma unilateral por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.*

*Subsidiaría a la Pretensión Sexagésimo octava. Que sólo en subsidio de lo anterior, se declare que el valor del Tiquete calculado con base en la Tarifa al Usuario es improcedente para la liquidación de imposición de desincentivas operativos, y en consecuencia de lo anterior, se declare que los desincentivas operativos deben liquidarse conforme a la Tarifa por Pasajero ($/pas) o TPASZ, o por referencia al parámetro que el Tribunal determine.*

*Sexagésimo noveno. Que se declare que los procedimientos de imposición de desincentivos adelantados por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. no tienen efecto alguno, por hacer uso de disposiciones de carácter sancionatorio y pecuniario establecidos de forma unilateral por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.*

*Primera Subsidiaria a la Pretensión Sexagésimo novena. Que sólo en subsidio de lo anterior, se ordene calcular nuevamente el valor de los desincentivos contenidos en informes preliminares y detallados correspondientes a situaciones anteriores a la fecha de expedición del Laudo utilizando como valor de referencia de sanción por desincentivo aquél definido por el Tribunal en el Laudo.*

*Septuagésimo. Que como consecuencia de la pretensión anterior, se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. deberá proceder a la devolución de cualquier suma de dinero a la cual haya lugar.*

*Septuagésimo primero. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al acumular múltiples procedimientos de imposición de desincentivos operativos sin conceder plazos procedentes para que el Concesionario pudiera pronunciarse sobre ellos.*

*Septuagésimo segundo. Que se declare que los procedimientos de imposición de desincentivos adelantados por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. no tienen efecto alguno, por haberse producido con acumulación de múltiples períodos sin haberse otorgado al Concesionario el plazo procedente para pronunciarse sobre ellos, viéndose así violado el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción de GMÓVIL S.A.S.*

*Subsidiaria a la Pretensión Septuagésimo segunda. Que sólo en subsidio de lo anterior, se declare que los procedimientos de desincentivos adelantados por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. no tienen efecto alguno, por haberse producido con acumulación de múltiples períodos sin haberse otorgado al Concesionario el plazo procedente para pronunciarse sobre ellos, viéndose así violado el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción de GMÓVIL S.A.S. y se declare que deberá dar inicio nuevamente a los procedimientos de imposición de desincentivos, desde la presentación del informe preliminar y detallado, concediendo a GMÓVIL S.A.S. los plazos procedentes de manera tal que el Concesionario cuente con plazos de tres (3) días para su atención por cada período quincenal contenido en el informe.*

*Septuagésimo tercero. Que si como consecuencia de cualquiera de las pretensiones anteriores la decisión del Tribunal es que se calcule nuevamente el valor de los desincentivos o que se reinicien los procedimientos de imposición de desincentivos, se declare que aplica a favor de GMÓVIL S.A.S. la oportunidad contractual para allanarse respecto de los mismos.*

*Septuagésimo cuarto. Que se declare que de conformidad con las disposiciones legales que le son aplicables a la materia, los intereses de mora generados como consecuencia de la objeción a desincentivos, sólo proceden a partir del momento en que se resuelva cualquier diferencia al respecto mediante la aplicación del mecanismo de solución de controversias correspondiente.*

*Septuagésimo quinto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus deberes legales y contractuales al haber aplicado un tope del diez por ciento (10%) al valor máximo de desincentivos aplicables a GMÓVIL S.A.S., calculado sobre el valor total de los ingresos de ésta, cuando el tope del diez por ciento (10%) ha debido aplicar a los ingresos correspondientes a la Tarifa por Pasajero ($/pas) o TPASZ, o a aquel componente que el Tribunal determine.*

*Septuagésimo sexto. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus deberes legales y contractuales al haber aplicado un tope del diez por ciento (10%) al valor máximo de desincentivas aplicables a GMÓVIL S.A.S., calculado sobre el valor total de los ingresos de la operación del Concesionario, cuando ha debido aplicar el tope de forma discriminada a los diferentes componentes de operación (troncal, zonal y alimentación) del Contrato de Concesión.*

*Septuagésimo séptimo. Que si como consecuencia de cualquiera de las pretensiones anteriores la decisión del Tribunal es que se calcule nuevamente el valor de los desincentivas o que se reinicien los procedimientos de imposición de desincentivas, se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A., deberá dar aplicación al tope del diez por ciento (10%) a los ingresos correspondientes a la Tarifa por Pasajero ($/pas) o TPASZ, o a aquel componente que el Tribunal determine.*

*Septuagésimo octavo. Que si como consecuencia de cualquiera de las pretensiones anteriores la decisión del Tribunal es que se calcule nuevamente el valor de los desincentivas o que se reinicien los procedimientos de imposición de desincentivas, se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A., deberá dar aplicación al tope del diez por ciento (10%) de forma discriminada a los ingresos correspondientes a los diferentes componentes de operación (troncal, zonal y alimentación) del Contrato de Concesión.*

*Septuagésimo noveno. Que se declare la nulidad de las disposiciones contenidas en el Manual de Niveles de Servicio en virtud de las cuáles se incorporaron causales contractuales de caducidad automática del Contrato de Concesión en violación de las disposiciones legales de carácter taxativo contenidas en la Ley 80 de 1993.*

***PRETENSIONES DE CONDENA***

*Octogésimo. Que como consecuencia de las declaraciones de incumplimiento a que haya lugar dentro del presente acápite de Pretensiones, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar a GMÓVIL S.A.S. los perjuicios causados a título de daño emergente y lucro cesante de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas aplicables.*

*Octogésimo primero. Que como consecuencia de las declaraciones de desequilibrio a que haya lugar dentro del presente acápite de Pretensiones, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a restablecer el equilibrio financiero del Contrato para lo cual deberá adoptar todas las medidas necesarias a favor de GMÓVIL S.A.S. de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 5° Numeral 1° Inciso 2º, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993 y las demás normas aplicables.*

*Octogésimo segundo. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar a GMÓVIL S.A.S. las costas del proceso, incluyendo agencias en derecho, honorarios y gastos del Tribunal.*

*Octogésimo tercero. Condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar a GMÓVIL S.A.S. intereses moratorias 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.”*

* 1. **Síntesis de la contestación de la demanda y la demanda de reconvención**

TRANSMILENIO S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda mediante escrito separado y, adicionalmente presentó demanda de reconvención en contra de la sociedad GMOVIL S.A.S., formulando las siguientes pretensiones:

*“****6.1. PRETENSIONES PRINCIPALES:***

***PRIMERA:*** *Que se declare que la cláusula 121, y en particular su numeral 121.2 del contrato de concesión No. 004 de 2010, celebrado entre la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO S.A. y la sociedad GMOVIL S.A.S., conforme a la modificación introducida a la misma en virtud del otrosí No. 5 del 28 de diciembre de 2011, en la cual las partes regularon el procedimiento para la imposición de desincentivos operativos al Concesionario, es válida y eficaz.*

***SEGUNDA:*** *Que se declare que la cláusula 131, y en particular su numeral 131.2 del contrato de concesión No. 004 de 2010, celebrado entre la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. y la sociedad GMOVIL S.A.S., conforme a la modificación introducida a la misma en virtud del otrosí No. 5 del 28 de diciembre de 2011, en el cual las partes regularon el procedimiento para la imposición de desincentivos operativos al Concesionario, es válida y eficaz.*

***TERCERA:*** *Que declare que los desincentivos impuestos al concesionario, sociedad GMOVIL S.A.S., entre el 1º de febrero de 2013 y el 31 de diciembre de 2016, en aplicación de la cláusula 121 del contrato de concesión No. 004 de 2010, modificada unilateralmente mediante otrosí No. 5 de 2011, con sujeción al procedimiento establecido en la cláusula 131 del mismo contrato igualmente modificada mediante otrosí No. 5, y objetados por este, fueron debidamente impuestos y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO S.A. tiene el derecho contractual a obtener el pago de los mismos y a descontar su monto de la remuneración a que el Concesionario, sociedad GMOVIL S.A.S., tiene derecho de acuerdo a lo estipulado en el Contrato de Concesión, así como también a descontar los intereses de mora causados en relación con tales desincentivos, así como los que se causen con posterioridad a la presentación de esta demanda.*

***CUARTA:*** *Que como consecuencia de la declaración que se pide en la pretensión anterior, se condene a la sociedad GMOVIL S.A.S., a reconocer y pagar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL MILENIO –TRANSMILENIO S.A., por concepto de desincentivos impuestos entre el 1º de febrero de 2013 y el 31 de diciembre de 2016, la suma de* ***Treinta y cinco mil cuatrocientos siete millones seiscientos diecisiete mil ochocientos treinta y siete pesos m/cte ($35.407.617.837)****, o la que se determine en el curso del presente proceso Arbitral.*

***QUINTA:*** *Que como consecuencia de la declaración que se pide en la pretensión anterior, se condene a la sociedad GMOVIL S.A.S., a reconocer y pagar a la EMPRESA DE TRANSPORTES DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., por concepto de intereses moratorios sobre los desincentivos impuestos entre el 1º de febrero de 2013 y el 31 de diciembre de 2016, la suma de* ***Treinta y cinco mil cuatrocientos siete millones seiscientos diecisiete mil ochocientos treinta y siete pesos m/cte ($35.407.617.837)****, y por los demás intereses moratorios que se causen hasta que se configure el pago total de la obligación; o los que determine en el curso del presente proceso Arbitral.*

***SEXTA:*** *Que se declare y se ordene cancelar a favor de la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., por concepto de desincentivos e intereses moratorios sobre los mismos, impuestos entre el 1º de febrero de 2013 y el 31 de diciembre de 2016, la suma de* ***Cincuenta mil dos millones cuatrocientos cincuenta y tres mil doscientos sesenta y nueve pesos m/cte ($50.002.453.269)****, o la que se determine en el curso del presente proceso Arbitral.*

***SÉPTIMA:*** *Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada en reconvención, y las mismas sean liquidadas por el Tribunal con arreglo a la ley.*

***6.2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.***

***SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL:*** *Que se declare que los desincentivos impuestos al Concesionario, sociedad GMOVIL S.A.S., entre el 1º de febrero de 2013 y el 31 de diciembre de 2016, en aplicación de la cláusula 121 del Contrato de Concesión y con sujeción al procedimiento establecido en la cláusula 131 del mismo contrato, modificadas mediante otrosí No. 5 de 2011, y objetados por este, con las exclusiones que determine el Tribunal Arbitral, fueron debidamente impuestos y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO S.A., tiene el derecho contractual a descontarlos de la remuneración a que el Concesionario, sociedad GMOVIL S.A.S., tiene derecho de acuerdo a lo estipulado en el Contrato de Concesión.*

***SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEXTA PRINCIPAL:*** *Que como consecuencia de la declaración que se pide en la pretensión subsidiaria anterior, se condene a la sociedad GMOVIL S.A.S., a reconocer a la EMPRESA DE TRANSPORTE EL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO S.A., por concepto de desincentivos impuestos entre el* ***1º de febrero de 2013 y el 31 de diciembre de 2016,*** *la suma que determine el Tribunal Arbitral.*

***SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN QUINTA PRINCIPAL:*** *Que como consecuencia de la pretensión subsidiaria anterior, se condene a la sociedad GMOVIL S.A.S., a reconocer y pagar a la EMPRESA DE TRANSPORTES DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., intereses de mora a la tasa más alta admisible en la ley, conforme a lo pactado en el contrato de concesión No. 004 de 2010, sobre los desincentivos impuestos entre el 1º de febrero de 2013 y el 31 de diciembre de 2016, no excluidos por el Tribunal Arbitral; desde el momento en que se haya presentado el hecho o circunstancia que causó el desincentivo y hasta la fecha del pago, o en la forma que determine el Tribunal.*

***SEGUNDA:*** *Que se condene en costas y agencias en derecho a la convocada.”*

* 1. **La cláusula compromisoria**

La competencia del Tribunal de Arbitramento se encuentra estipulada en la cláusula trigésima octava del Contrato de Concesión No. 004 de 2010, que dispone lo siguiente:

*“―Cláusula 177. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.*

*Todas las disputas que surgieren entre las partes en relación con la interpretación o ejecución del presente Contrato, así como cualquier discrepancia relacionada con la existencia, validez o terminación del Contrato, serán resueltas a través de un Tribunal de Arbitramento.*

*Lo anterior, sin perjuicio de que puedan acudir a cualquiera de los mecanismos de solución de conflictos previstos en la normatividad."*

*Cláusula 178. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO EN DERECHO*

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

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

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

*178.3 Los Árbitros decidirán en derecho.*

*178.4 El Tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, el Decreto 2561 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, y por las demás normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.*

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

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

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

*La intervención del Tribunal no suspenderá la ejecución del Contrato"*

**2. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO**

**2.1. Planteamiento del problema jurídico**

Para el suscrito Agente del Ministerio público el problema jurídico principal consiste en determinar si se presentaron los incumplimientos del contrato de concesión No. 004 de 2010 alegados en la demanda principal y en la demanda de reconvención. De igual manera establecer si la cláusula que estableció los desincentivos económicos se encuentra viciada de nulidad absoluta o si se presenta un desequilibrio en la ecuación económica del contrato.

**2.2. Análisis jurídico y probatorio**

Para efectos de desarrollar el concepto, el Ministerio Público efectuará unas precisiones generales sobre el contrato de concesión celebrado y seguidamente, hará un análisis de las pretensiones agrupando aquellas que se encuentren relacionadas.

**2.2.1. Las características del contrato de Concesión No. 004 de 2010**

De acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de concesión se define en los siguientes términos:

*“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.”*

En el asunto que se estudia, el contrato de concesión celebrado entre GMOVIL S.A.S., y TRANSMILENIO S.A., tiene por objeto la prestación del servicio público de transporte de pasajeros a cambio de una remuneración, que consiste en una participación “*en los beneficios económicos derivados de la explotación comercial del Sistema durante el término de vigencia del presente contrato”* determinado con la fórmula establecida en la Cláusula 64, aplicando la tarifa a los componentes variables vehículos, pasajeros y kilómetros, conforme la operación sea o no troncal, y las rutas compartidas o no (Cláusula 64).

Ahora bien, en cuanto a los elementos o características esenciales que conforman el contrato de concesión la Corte Constitucional[[1]](#footnote-1) y el Consejo de Estado[[2]](#footnote-2) han extraído en sus pronunciamientos los siguientes:

1. Implica una convención entre un ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario;
2. La entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública;

1. Puede acudirse a ella también para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio;
2. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario;
3. El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo;
4. El particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien;
5. Deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad;
6. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas

Para el Ministerio Público recordar estos aspectos conceptuales del contrato resultan de especial importancia, toda vez que la parte convocante sustenta su demanda en la tesis de que el contrato celebrado con Transmilenio debe juzgarse desde una posición dominante de la entidad, y así lo incluyó dentro de las pretensiones generales. Para el Ministerio Público la parte actora incurre en un error de juicio al confundir la estipulación unilateral de la cláusulas por una de las partes, en este caso TRANSMILENIO S.A., con la obligación que tiene dicha entidad de que el contrato de concesión cumpla con los requisitos previamente definidos por el legislador, en aras del cumplir con el Interés Público involucrado en la prestación del servicio público de transporte de pasajeros.

Así por ejemplo, aspectos tales como la dirección, inspección y vigilancia de la labor del concesionario o la ejecución del contrato por su cuenta y riesgo no tienen como fundamento una estipulación redactada unilateralmente por TRASNMILENIO S.A., para colocarse en una posición dominante propia de los contratos de adhesión, sino que se trata de una condición predefinida por el Legislador para este tipo de contratos estatales. Si bien es cierto, en el contrato estatal existe la adhesión del contratista a las condiciones previamente definidas por el Estado, a través de sus entidades públicas, se diferencia del contrato de adhesión regido por el Derecho Privado en que la entidad pública no persigue un lucro o beneficio propio desde una posición de preeminencia, sino garantizar la adecuada prestación de un servicio público. Sobre el particular, el jurista argentino Héctor Jorge Escola precisa que *“su objeto es la organización y prestación de un servicio público, el cual, no obstante la concesión, sigue siendo un servicio público”.* Es por ello que TRANSMILENIO S.A., se constituyó simplemente como “gestor”, es decir, ni siquiera persigue un beneficio patrimonial directo del contrato celebrado con GMOVIL S.A.S., tal y como se aprecia en la cláusula 91 del contrato concesión:

 *“TRANSMILENIO S.A., como* ***ente gestor*** *del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP,* ***tiene a su cargo la planeación estructural del Sistema y la definición del régimen técnico que regula la operación y control del sistema.***

*En ejercicio de sus funciones y en caso de presentarse controversias entre concesionarios de operación o entre concesionarios de operación y el concesionario del SIRCI, TRANSMILENIO S.A. resolverá dichas controversias con* ***la finalidad exclusiva de evitar la afectación del servicio****, sin perjuicio de los derechos de las partes de resolver el conflicto y reclamar los perjuicios que le correspondan ante la autoridad competente” (Se resalta).*

**2.2.2. Necesidad de distinguir entre los deberes, cargas y obligaciones de las partes así como de los hechos externos, para definir el estudio de la responsabilidad contractual**

Un segundo aspecto sobre el cual el Ministerio Público considera que debe organizarse el juicio, para efectos de facilitar su análisis y resolución, es el de distinguir las diversas pretensiones planteadas en la demanda inicial y en la reconvención, las cuales se englobaron como obligaciones contractuales, cuando la técnica del derecho civil permite distinguir los conceptos de **deber jurídico, obligación** y **carga;** distinciones que tienen importantes consecuencias jurídicas y prácticas en materia de exigibilidad y de los efectos derivados del cumplimiento o incumplimiento del contrato.

En esta perspectiva, se apelará a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que en la sentencia del 30 de septiembre de 2004, con ponencia del Magistrado Pedro Octavio Munar, retoma el desarrollo doctrinal sobre el tema explicando que mientras en los **deberes jurídicos** se protege un interés general, en **las obligaciones** se busca proteger de manera directa e inmediata un interés particular, generalmente de contenido patrimonial. Así mismo, se distinguen los dos conceptos anteriores de **las cargas** definidas por el Alto Tribunal como *“aquellos comportamientos que un sujeto ha de observar con carácter necesario para alcanzar un determinado fin jurídico o una ventaja, sin que, en todo caso, su libertad de obrar sufra mengua, motivo por el cual puede aseverarse sin incurrir en desatino que este es libre de enderezar su conducta en el sentido que mejor le parezca”*. De este modo, a diferencia del deber jurídico y de la obligación, en la carga no hay coerción ni indemnizaciones por incumplimiento, pues la conducta no corresponde a un derecho subjetivo ajeno ni a la posibilidad de ejercer una acción judicial por su inobservancia.

En estas condiciones, el análisis de esta Agencia Fiscal se efectuará agrupando las pretensiones según sean deberes jurídicos, obligaciones o cargas pues ello permite determinar claramente la responsabilidad contractual que le asistiría a las partes en este juicio arbitral. Adicionalmente, habría un grupo adicional de aquellas pretensiones que se derivan de hechos ajenos a las partes y sobre los cuales se soportarían las pretensiones subsidiarias de equilibrio económico del contrato.

**2.2.3. Pretensiones relativas a obligaciones patrimoniales**

De la lectura de las pretensiones de la demanda se advierte que aquellas en las cuales se encuentra involucrado un contenido patrimonial son las siguientes:

* En las relativas a Desincentivos, Manual de Operaciones y Manual de Niveles de Servicio.

* En las relativas a la nulidad de la asignación de riesgos previsibles del Contrato de Concesión

En ambas pretensiones se solicita declarar la nulidad absoluta de la cláusula de asignación de riesgos, así como de los desincentivos aplicados por TRANSMILENIO S.A. El dictamen pericial de la sociedad Integra Auditores Consultores S.A., expuso sobre este particular, los siguientes aspectos:

1. *“Se evidencia que en el Manual de operaciones SITP, con fecha de aprobación 28 de enero de 2010, se indica en el capítulo 9. MULTAS OPERATIVAS, en la cual para vehículos troncales relaciona el código de la infracción con la equivalencia en SMLMV de la multa y para el caso de los vehículos no troncales relaciona cada código de la infracción con la equivalencia en tiquetes de la multa.*
2. *La liquidación de la multa se hace expresado en tiquetes.*
3. *En cuanto a la eficacia del proceso, el objetivo del mismo es lograr la prestación del servicio de transporte en condiciones de calidad óptima para los usuarios, desde el punto de vista técnico de procesos, este objetivo queda impactado al concluir cada ciclo de proceso en una resolución de conflicto, lo cual, por el tiempo transcurrido operando de la misma manera, no permite evolucionar en el desarrollo del mismo. Cabe mencionar que estamos en total acuerdo, en cuanto a que el proceso se cumple otorgando las garantías en derecho necesarias.”*

Por otra parte, tenemos que se definió contractualmente al desincentivo en los siguientes términos:

*“****DESINCENTIVO:*** *Descuentos generados por cualquier incumplimiento de los requisitos, parámetros y conductas contenidos en el manual de operaciones y en los contratos de concesión cuando guarden correspondencia con el citado manual, así como los que se fijen y determinen en el Comité de operadores con Operación Zonal del SITP de acuerdo con la resolución 302 de 2012.”[[3]](#footnote-3)*

Pues bien, en cuanto a la errada asignación de riesgos advierte este Ministerio Público que no constituye causal de nulidad del contrato ni de la matriz correspondiente, que pueda incluirse en algunas de las causales previstas en el artículo 44 de la ley 80 de 1993, el cual dispone lo siguiente:

*“ARTICULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

*1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*

*2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;*

*3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;*

*4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*

*5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.”*

Adicionalmente el artículo 46 de la misma ley dispone que *“Los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio.”*

En el presente caso el demandante considera que existe nulidad absoluta de la matriz de riesgo por violación de normas imperativas. Por ello, el demandante no solicita la nulidad por alguna de las cinco causales que establece el artículo 44 de la ley 80 de 1993, sino que para él se trata de uno de *“los casos previstos en el derecho común”.*

A este respecto es pertinente recordar que el Código Civil establece en su artículo 1741 que hay nulidad absoluta cuando existe objeto o causa ilícita; se omite algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, o, finalmente, cuando se trata de un acto o contrato celebrado por una persona absolutamente incapaz. Por su parte, el artículo 899 del Código de Comercio precisa que será nulo absolutamente el negocio jurídico “*Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;” “Cuando tenga causa u objeto ilícitos”*, y “*Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz*”. Como se puede apreciar, la regulación de la nulidad absoluta no es idéntica en el Código Civil y en el Código de Comercio, pues este último distingue entre los casos de violación de una norma imperativa y los eventos en los cuales el contrato tiene objeto o causa ilícita.

Comoquiera que si el contrato no se hubiere celebrado con una parte estatal, el régimen aplicable al contrato sería el derecho mercantil, deben entonces tenerse en cuenta las disposiciones de este ordenamiento. En todo caso como se verá la aplicación del Código Civil conduciría a la misma solución. Por consiguiente bajo la perspectiva del Código de Comercio el contrato sería absolutamente nulo si contrariara una norma imperativa, salvo que la ley dispusiera otra cosa. A este respecto debe señalarse que si bien la Ley 1150 ordena incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes “*la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”,* ni dicha Ley 1150 ni su decreto reglamentario contienen una regla que indique que los riesgos deben asignarse a quien mejor los pueda administrar. Ello implica, entonces, que en este punto no existe una violación de una norma imperativa que de origen a una nulidad. Lo anterior sería suficiente para negar la pretensión de nulidad, la cual se fundamentó de acuerdo con su texto en la violación de la Ley 1150 de 2007 y del Decreto 2478 de 2008. Vale la pena agregar que a una conclusión semejante se llega si se aplican las normas del Código Civil.

Igual consideración habría que hacer respecto de los desincentivos teniendo en cuenta que dentro del principio de autonomía de la voluntad que rige el contrato resulta procedente que las partes puedan disponer sanciones patrimoniales distintas a las multas, pues no existe norma alguna que lo prohíba y tampoco resulta extraño a los contratos de concesión, como lo expone el jurista argentino Héctor Jorge Escola, soportándose en Bielsa y Sayagués Laso:

*“Las sanciones que la administración puede imponer al concesionario son, en principio, las mismas admitidas en todos los contratos administrativos, es decir, sanciones pecuniarias, coercitivas y rescisorias, si bien algunas de ellas pueden aparecer con modalidades especiales, lo que justificaría una denominación también diferente, como ocurre en el caso del secuestro o la caducidad. La sanción más frecuente es, tal vez, la multa, que nunca habrá de tener un carácter puramente patrimonial sino el de una manifestación de la potestad sancionatoria de la administración pública, que busca lograr por ese medio la ejecución regular del servicio. Otras sanciones que pueden utilizarse son la suspensión de los beneficios económicos otorgados al concesionario, la ejecución directa por la administración, e incluso la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados.”[[4]](#footnote-4)*

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, eventualmente, podría predicarse una nulidad relativa en cuanto al debido proceso en el trámite de las objeciones u observaciones a favor de GMOVIL S.AS., y que el Honorable Tribunal tendría la competencia de regular mediante laudo, con el fin de sanear este vicio que afectaría un derecho constitucional, para cumplir con el alcance genérico referido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-1010 de 2008:

*“Implica no solo la necesidad de diseñar un debate procesal que se muestre apto para la confrontación dialéctica de los planteamientos eventualmente incompatibles entre sí y la evaluación razonada de hipótesis acerca de la cuestión problemática, sino además que dicho debate se realice con observancia de todas las oportunidades y formas legítimamente establecidas con carácter general y abstracto, para garantía y adecuada defensa material de los intereses en discusión.”*

**2.2.4. Pretensiones relativas a deberes jurídicos**

Establecen como propósitos del contrato celebrado con GMOVIL SAS, entre otros, los de *“[g]arantizar la prestación del servicio público esencial urbano masivo de pasajeros en condiciones de seguridad, comodidad y accesibilidad, bajo los derechos y principios consagrados en los artículos 24, 209 y 365 de la Constitución Nacional, la Ley 105 de 1993 y la Ley 336 de 1996, o cualquier otra que las modifique o sustituya”, “[i]mplementar un sistema de transporte público de pasajeros organizado, eficiente y sostenible para la ciudad de Bogotá e incentivar su optimización y actualización tecnológica para garantizar su continuo mejoramiento”, “ [o]ptimizar la flota y su utilización en la prestación del servicio de transporte urbano masivo de pasajeros y efectuar la desintegración física de los vehículos de transporte público, una vez cumplida su vida útil máxima (12 años) (…)”* (Cláusula 3), y dispone su interpretación conforme a su naturaleza, alcance y propósitos, entendiendo los términos incluidos en sus cláusulas y anexos en su sentido natural y obvio, salvo las palabras definidas en el mismo o en el pliego de condiciones que se entenderán según el alcance y significado dado, prevaleciendo en todo caso, el texto del contrato (Cláusula 4).

En concordancia con lo anterior, encontramos en las “*Definiciones*”, 1.84 que se define a TRANSMILENIO S.A., como “ente Gestor del Sistema”; 1.76.; al “Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SIPT*-, “El “Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-comprende las acciones para la articulación, vinculación y operación integrada de los diferentes modos de transporte público, las instituciones o entidades creadas para la planeación, la organización, el control del tráfico y el transporte público; así como para la infraestructura requerida para la accesibilidad, circulación y el recaudo del sistema.”*

Estas cláusulas contractuales resultan concordantes con la regulación legal sobre la materia, comenzando por el Decreto 319 del 15 de agosto de 2006 que adoptó el Plan Maestro de Movilidad tuvo por objeto concretar las políticas, estrategias, programas, proyectos y metas relacionados con la movilidad del Distrito Capital y establecer las normas generales que permitieran alcanzar una movilidad segura, equitativa, inteligente, articulada, respetuosa del medio ambiente, institucionalmente coordinada y financiera y económicamente sostenible.

De igual manera, el Plan Maestro de Movilidad definió el objeto y alcance del denominado Sistema Integrado de Transporte Público “SITP” mediante la generación de un sistema de transporte público de pasajeros organizado, eficiente y sostenible para el perímetro urbano de la ciudad de Bogotá. El señalado sistema comprende las acciones para la articulación, vinculación y operación integrada de los diferentes modos de transporte público, las instituciones o entidades creadas para la planeación, la organización, el control del tráfico y el transporte público, así como la infraestructura requerida para la accesibilidad, circulación y el recaudo de sistema.

En desarrollo de la preceptiva anterior se expidió el Decreto 486 de 2006, el cual estableció a cargo de TRANSMILENIO S.A., la responsabilidad por la integración, evaluación y seguimiento de la operación del Sistema Integrado de Transporte Público –SITP, así como la de adelantar los procesos de selección necesarios para poner en marcha la integración del transporte colectivo con el actual sistema de transporte público masivo, bajo las condiciones previstas en el mencionado Plan Maestro de Movilidad, en la Ley 310 de 1996 y en sus normas complementarias y modificatorias.

Posteriormente, se expidió el Decreto 309 de 2009 *“por el cual se adopta el Sistema Integrado de Transporte Público para Bogotá D.C., y se dictan otras disposiciones”*, en el cual se definieron los principios y políticas necesarias para la implementación del mismo y se estableció que su desarrollo, expansión e implementación del mismo son un tema prioritario para la ciudad.

De acuerdo con lo anterior, en el asunto objeto de juzgamiento pueden considerarse como deberes de TRANSMILENIO S.A., las siguientes pretensiones, que se relacionan con deberes institucionales por parte de la Administración del Distrito Capital para asegurar la participación de los operadores privados y garantizar de manera permanente la auto sostenibilidad del sistema:

* Las relativas a la Falta de Implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP.
* Las relativas a la No Integración de la Programación Troncal del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP con las Fases I y II del Sistema TransMilenio.
* Las relativas a la Ampliación Indefinida de la Etapa de Transición.
* Las relativas al Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario - SIRCI y el Concesionario SIRCI.
* Así mismo se advierte como un deber conjunto de las partes, el que se refiere a las pretensiones relativas a la Flota Nueva, Euro V, Elevadores e Híbridos.

En congruencia con lo que se viene exponiendo encontramos en la Cláusula 23, “DERECHOS DE TRANSMILENIO”, sin limitarlos, en lo pertinente, enuncia:

*“La concesión que se otorga por medio del Contrato, implica para* ***TRANSMILENIO S.A****.,* ***los derechos que le corresponden conforme a la ley y a su condición de titular y ente gestor*** *del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP, entre los que se encuentran, sin limitarse a ellos, los siguientes:*

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

*El derecho a realizar la* ***planeación estructural*** *del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP.*

*El derecho a realizar* ***la supervisión, vigilancia y control d****el Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP.”*

En este punto debe observarse que si bien las autoridades distritales debían actuar para que se implementara el SITP, ello no significa que las mismas hubieran asumido una obligación de resultado en tal sentido. Lo anterior es aún más claro si se aprecia que el contrato contempló la posibilidad de que se presentaran contingencias en la implementación y le asignó el riesgo al concesionario. Además, que en parte alguna del contrato se previó que TRANSMILENIO sería un garante ante los concesionarios por la conducta de otros concesionarios que afectara la implementación del SITP.

Las Cláusulas 118 y 119 tratan del equilibrio económico y del restablecimiento de la ecuación contractual. La Cláusula 119 estipula que “*el riesgo de que existan retrasos en la implementación del Sistema es del concesionario. El único caso en el cual el Ente Gestor asumirá el riesgo de retrasos en la implementación será cuando éste dé instrucciones al concesionario para que ingrese vehículos nuevos al servicio, seis (6) meses antes de la entrada en operación (Cláusula 79 del contrato), y que el concesionario efectivamente los vincule al sistema sin que puedan operar. Frente a los vehículos de transporte público colectivo actual que se vinculen al SITP no se asume un riesgo de retrasos en la implementación dado que de solicitarse y no poder ingresar a la operación, esta flota deberá seguir siendo utilizada en la prestación del servicio de transporte público colectivo”.*

En punto de los vehículos con los cuales el concesionario debe prestar el servicio las clausulas pertinentes disponen:

1.88. *Vehículos SITP: Es la Flota de operación del Sistema, la cual debe cumplir con los requerimientos de homologación definidos por el Ministerio de Transporte y con las características y funciones establecidas en el presente Contrato y en los pliegos de condiciones de la licitación.*

*(…)*

*CLAUSULA 76. DESEMPEÑO AMBIENTAL DE LOS VEHICULOS.*

*El CONCESIONARIO deberá garantizar que el motor y los sistemas de control de los vehículos pertenecientes al SITP cumplen con las condiciones establecidas en la legislación ambiental y de tránsito y transporte* ***vigentes en cada momento, durante la ejecución del Contrato”.***

En igual dirección el manual de operaciones dispuso en el punto 7.2.1.3.7., que los vehículos deberían cumplir con las especificaciones de la Resolución 2604 de 2009 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan (c. p. 4 y 5 páginas 112 y sig. del manual).

Todo lo anterior permite señalar que en ninguna parte del contrato, se obligó a que las etapas consagradas en el Decreto 309 de 2009, debían adecuarse a las etapas contractuales o se fijaron tiempos. Mucho menos a que la implantación total del sistema (contenida en un acto administrativo de carácter general y que corresponde a una política no atada a tiempos) era un requisito para poder ejecutar el contrato y que debía darse en el año 1 del mismo; cuando el convocante cuenta con 25 años para ejecutar el contrato. Pretender que en ese marco ya se dio la implantación total del sistema y que para GMOVIL S.A.S., la implantación debe ser gradual, pero para TRANSMILENIO S.A., debe ser instantánea y que los traumatismos generados por ello deben indemnizarse al año 8 o 7 de una concesión de 25 años, a juicio del Ministerio Público, desnaturaliza el contrato de concesión y la implantación gradual del sistema.

En síntesis, no encuentra por tanto esta Agencia Fiscal acreditado en el expediente que TRANSMILENIO S.A., tenga un deber contractual con el alcance que señala la demandante, con lo cual se rompería el nexo causal con las pretensiones perseguidas en la demanda.

**2.2.5. Pretensiones relativas a cargas contractuales**

Ahora bien, siguiendo la clasificación propuesta al inicio de esta intervención, encontramos que las pretensiones que podrían considerarse como cargas contractuales del concesionario GMOVIL S.A.S., son las siguientes:

* Las relativas al Cierre Financiero.
* Las relativas a la Desintegración Física de Vehículos (Chatarrización)

En la cláusula 17.5. Cierre Financiero, del Contrato de Concesión No. 004 de 2010, firmado entre TRANSMILENIO S.A. y GMOVIL S.A.S., se estipuló:

*“…Sólo se entenderá cumplido el Cierre Financiero, si el CONCESIONARIO prueba – a satisfacción de TRANSMILENIOS S.A.- que cuenta con compromisos a su favor que garanticen el desembolso de recursos de deuda por la suma que se establece a continuación…”*

En lo que se refiere al cierre financiero, existe un primer obstáculo de orden probatorio, destacado por el perito de Integra Auditores Consultores S.A:

*“Debido a las características propias de la hoja de cálculo de Excel, no es posible para el perito establecer, si efectivamente el modelo financiero de estructuración y el modelo de cierre financiero del contrato son el mismo. No obstante, lo anterior, mediante comunicado GM-GE-PT-2018-352 (Anexo Financiero No. 3) dirigido al perito por el representante Legal de GMOVIL, manifiesta que el modelo financiero usado como base de estudio para la estructuración de la Licitación corresponde al mismo presentado a las instituciones financieras que acreditaron el cierre financiero.”*

Desde la anterior perspectiva, si no existe certeza sobre el cumplimiento de la carga contractual por parte del concesionario GMOVIL S.A.S resulta imposible analizar si TRANSMILENIO S.A. ha impedido, obstaculizado o dificultado de alguna manera el cumplimiento del cierre financiero, como para predicar la existencia de una responsabilidad contractual.

En lo que se refiere a la chatarrización, que a juicio del Ministerio Público se encuentra ligado con el SITP Provisional, debe precisarse que buena parte del cumplimiento de dicha meta se encuentra a cargo de los propios concesionarios, tal y como lo señaló el dictamen del perito Integra Consultores:

*“El total de vehículos chatarrizados por GMOVIL S.A.S. entre los años 2010 a marzo de 2018 es de 696 vehículos de acuerdo a la información presentada y validada con TRANSMILENIO, lo cual representa el 72,96% del total de vehículos a desintegrar calculados al año 2017, cantidad que asciende a 954 vehículos.*

*En la etapa preoperativa el operador debía chatarrizar mínimo el 10% del total de la flota definida a chatarrizar, y el segundo momento está definido desde la finalización de la etapa preoperativa hasta cuando el sistema demuestre la integración total del Sistema, en los términos del contrato.”*

La carga contractual que asumió el convocante respecto de la chatarrización estaba claramente determinada en los documentos precontractuales y contractuales, con la precisión de que el cumplimiento de este proceso terminaba beneficiando al propio contratista, pues al incorporar a su flota de vehículos los del SITP Provisional estaba al mismo tiempo desapareciendo ese modelo paralelo de transporte, mejorando su flujo financiero. Sobre este particular el dictamen de Integra señaló lo siguiente:

*“La licitación contaba con un ANEXO 6 que contenía la lista de vehículos y propietarios registrados como parte del transporte público de la ciudad, el cual fue la referencia para que los proponentes realizaran las acciones necesarias para demostrar como parte de su oferta el control de un total de vehículos por zona.*

*Al ser adjudicada una zona a un concesionario, este debía incorporar a su flota de vehículos los presentados en la oferta.*

*Dichos vehículos contaban con una diversidad de modelos que iniciaban desde el año de 1975, con lo cual surge el tema de la desintegración o chatarrización.”*

En concordancia con lo anterior, la cláusula 12 del contrato objeto de juzgamiento estipuló sobre la ETAPA PREOPERATIVA, lo siguiente:

*“Durante esta etapa el CONCESIONARIO deberá cumplir con las siguientes obligaciones:*

*(…)*

*Desintegración física total o de la Flota Usada no disponible para operación y que no hará parte de la Flota de Reserva de Operación, de conformidad con lo establecido en las normas nacionales y distritales vigentes y dando cumplimiento al siguiente cronograma:*

*Desde el inicio del contrato hasta el inicio de la operación regular: 20% de la Flota Usada que se desintegrará.*

*Desde el inicio de la operación regular hasta la finalización de la integración total del sistema, el concesionario debe desintegrar el 80% de la flota Usada que se realizará, de tal forma que durante esta etapa no se afecte la continuidad en la prestación del servicio al usuario.”*

Dicha cláusula fue modificada en el Otrosí No. 2 del 18 de marzo de 2011, donde se observa en la cláusula segunda, que el porcentaje de desintegración disminuyó del 20% al 10% como justificación a mantener la continuidad del servicio de transporte.

Adicional a lo anterior, hay que considerar que en el ANEXO TÉCNICO parte integral de dichos contratos, en el aparte 2.6. VEHÍCULOS DE TPC ACTUAL QUE DEBE ADQUIRIR O INCORPORAR CADA OPERADOR ZONAL, se detalla por tipo de vehículo la flota total a vincular a cada una de las zonas, parámetro con el cual el concesionario debía conformar su flota.

En resumen, para esta procuraduría la chatarrización fue asumida por el contratista para su propio beneficio y tenía como finalidad mejorar el funcionamiento del SITP, que a su vez, terminaría reportándole un beneficio económico. De este modo no resulta endilgable responsabilidad contractual a TRANSMILENIO S.A., cuando esta carga contractual era simplemente un presupuesto necesario para que surgiera una situación favorable para el contratista. Por tal motivo, si existe un incumplimiento en el cronograma de desintegración, resulta un acto propio del convocante, tal y como lo concluyó el dictamen pericial de Integra Consultores:

*“En conclusión, a corte del año 2009 el total de vehículos a desintegrar por parte de GMOVIL era de 1.310 vehículos, actualizando el total de vehículos al año 2017, se incrementa la cantidad de vehículos a desintegrar al agregar vehículos cuyos modelos es anterior al año 2006 y pasa a 1.054, de los cuales se disminuye la cantidad de vehículos que ingresaron a la operación cuyos modelos son de 2002, 2003 y 2004, y finalmente, se llega a una cantidad de 954 vehículos pendientes de desintegrar.”*

*“En relación con la incosistencia detectada, coincidimos totalmente que la meta de desintegración al año 2009 corresponde a la cifra de 751 vehículos. Los datos incluidos en la tabla 56. Flota a desintegrar por GMOVIL a corte de 2009 y 2017 corresponde a la totalidad de vehículos incluidos en el anexo 6, el cual contiene la cantidad de vehículos por modelo y tipología que debía adquirir el concesionario GMOVIL al serle adjudicada la zona de Engativa.”*

**2.2.6. Pretensiones relativas a hechos ajenos a las partes –equilibrio económico del contrato-**

Antes de resolver el punto, se considera necesario recordar lo que sobre el equilibrio económico ha señalado en oportunidades anteriores la Sección Tercera del Consejo de Estado:

 *“(…) el mantenimiento de esas condiciones de ejecución dictadas desde el perfeccionamiento del negocio jurídico, en un momento dado puede resultar especialmente lesivo para una de las partes por la ocurrencia de sucesos imprevistos, posteriores, ajenos a su voluntad y no imputables a incumplimiento del otro contratante, pero que le reportan una mayor onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, y en consecuencia, se pierde esa equivalencia que se había formado a partir de la celebración del contrato”[[5]](#footnote-5)*

En el presente caso, algunos de los hechos que podrían dar lugar al restablecimiento del equilibrio económico serían aquellos atinentes a los eventos *“exógenos a las partes del negocio”*, en los cuales además se cumpla la condición de que resultaren, en relación con la sociedad demandante, *“imprevistos, posteriores, ajenos a su voluntad y no imputables a incumplimiento del otro contratante.”[[6]](#footnote-6)*

Ahora bien, en relación con la teoría de la imprevisión cabe señalar que su aplicación surgió dentro del ámbito de la contratación administrativa por vía jurisprudencial. Al respecto ha explicado la Sección Tercera de esta Corporación:

*“La teoría de la imprevisión persigue que las cosas vuelvan a su estado inicial cuando las bases económicas del contrato se afecten por hechos posteriores que revistan las características anotadas y sean de tal magnitud que ocasionen una ruptura grave de la simetría o igualdad de los derechos y obligaciones existentes al tiempo de su celebración, y aunque no impidan su cumplimiento, hacen excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes y, correlativamente, generan una ventaja indebida o en exceso para la otra.*

*De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, los requisitos para que se configure este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato que dé lugar a un reconocimiento económico a favor del contratista[[7]](#footnote-7) son los siguientes:*

*(i) Que con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho extraordinario, ajeno o exógeno a las partes, es decir, no atribuible a ninguna de ellas sino que provienen o son generados por terceros. No cabe invocar esta teoría cuando el hecho proviene de la entidad contratante, dado que ésta es una de las condiciones que la distinguen del hecho del príncipe, que es imputable a la entidad.*

*(ii) Que ese hecho altere de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato.*

*(iii) Que esa nueva circunstancia sea imprevista o imprevisible, esto es, que no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes, pues no es aplicable ante la falta de diligencia o impericia de la parte que la invoca, toda vez que nadie puede beneficiarse de su propia culpa. En otros términos, el hecho excede los cálculos que las partes pudieron hacer al contratar y que incluyen, normalmente, el álea común a toda negociación, que el cocontratante particular está obligado a tomar a su cargo.*

*(iv) Que esa circunstancia imprevista dificulte a la parte que la invoca la ejecución del contrato, pero no la enfrente a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación. La ayuda estatal procede sobre la base de que la situación sea parcial y temporal, de suerte que el contratista no suspenda la ejecución del contrato y continúe prestando el servicio. El hecho debe ser posterior a la celebración de un contrato, cuyas prestaciones no estén enteramente concluidas, pues el reconocimiento de la imprevisión busca que se brinde una ayuda al cocontratante para que éste no interrumpa el cumplimiento de sus obligaciones, y esa es la razón del apoyo económico.*

*Es decir, 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.”[[8]](#footnote-8)*

Por otra parte, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato[[9]](#footnote-9), puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato:

*“Habría que concluir entonces que las variaciones que eventualmente podrían sucederse dentro de una operación normal, bien sean favorables o desfavorables a los intereses económicos del concesionario, corresponderían a su riesgo negocial, es decir, al álea normal de los negocios y, por lo tanto, en manera alguna podría trasladarse los déficit respectivos a la entidad pública contratante, ni tampoco podría exigírsele al concesionario la entrega del superávit a la entidad concedente cuando los resultados superaren las proyecciones iniciales, puesto que tales medidas no resultan congruentes en un negocio en el cual los riesgos que cada una de las partes asume deben quedar definidos desde antes de la celebración del contrato, para que, de esta manera, cada una de ellas tenga suficiente claridad sobre los mismos y adopte los mecanismos necesarios para cubrirlos. Es claro que las deficiencias de una propuesta ni el álea normal del negocio pueden trasladarse a la entidad contratante so pretexto del rompimiento del equilibrio financiero del contrato (…)”[[10]](#footnote-10)*

Quiere decir lo anterior que las partes se obligan a través del contrato después de analizar las circunstancias existentes al momento de celebrarlo o de presentación de la respectiva oferta, según el caso, en todos los aspectos razonablemente previsibles que pueden tener incidencia en la ejecución de sus obligaciones. Así mismo, pactan las condiciones de ejecución del contrato teniendo en cuenta los riesgos que en el momento de su celebración podían –bueno es reiterarlo- razonablemente preverse.

Con base en toda esta información las partes hacen sus proyecciones y sus cálculos y acuerdan el contenido de sus respectivas obligaciones; es decir, se fija el contenido de las prestaciones y contraprestaciones: lo que una de las partes debe realizar y el precio que por ello recibirá de la otra parte y que, en consecuencia, considerará como equivalente. Se traba entonces una doble relación: en primer lugar, cada una de las partes considerará que existe una equivalencia entre los costos y gastos en que incurrirá y el beneficio o utilidad que para ella se derivará de la ejecución del contrato y, en segundo lugar, que es equivalente la obligación que cada una de ellas asume frente a la contraprestación a cargo de la otra parte, lo que da lugar al surgimiento de la ecuación contractual que se debe mantener a lo largo de toda la ejecución contractual. En este orden de ideas, puede el contratista invocar el restablecimiento del equilibrio contractual sobre la parte que efectivamente ejecutó, siempre y cuando cumpla con los demás requisitos para que prospere la teoría de la imprevisión.

Pues bien, a partir de los anteriores presupuestos encontramos pretensiones a partir de las cuales se sustentaría la pretensión general de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, que serían a juicio del Ministerio Público las siguientes:

* Las relativas a la Insuficiente Socialización del Sistema y el Acceso al Medio de Pago.
* Las relativas a la Pérdida de Velocidad Comercial y sus Efectos.
* Las relativas a la Remuneración del Concesionario (Tarifa) y las Condiciones de Equilibrio del Sistema hacia el futuro.
* Las relativas al Ingreso no percibido por menor demanda de pasajeros.
* Las relativas a los Incumplimientos legales y contractuales de TRANSMILENIO asociados a la Gestión de los Contratos de Concesión No. 005 y 012 y 013 de 2010 suscritos con COOBÚS S.A.S. y/o EGOBÚS S.A.S., respectivamente, y los efectos que desencadenó para el Sistema y particularmente para GMÓVIL S.A.S.

En punto del Transporte Público o “SITP Provisional” entre las normas que habría que considerar se encuentran el Decreto Distrital 156 de 2011 (abril 1), "*Por el cual se adoptan medidas para garantizar la adecuada transición del Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Colectivo al Sistema Integrado de Transporte Público - SITP, su implementación gradual, y se dictan otras disposiciones",* que dispuso normas para la etapa de transición y la coexistencia de servicios; el Decreto 190 de 2015 (mayo 28), *“Por el cual se definen los lineamientos para la finalización de la etapa de transición del transporte público colectivo al SITP, establecida mediante Decreto 156 de 2011 y se dictan otras disposiciones”,* y las Resoluciones 347 de 2015, “*Por medio de la cual se adopta el Reglamento Operativo de las Rutas Provisionales del SITP”* de Transmilenio, y 518 de julio 8 de 2015 de la Secretaría Distrital de Movilidad, “*Por medio de la cual se otorga, en la etapa final de transición del transporte público colectivo al SITP, un permiso de operación especial y transitorio para operar las rutas provisionales del Sistema Integrado de Transporte Púbico del Distrito Capital “SITP” y se dictan otras disposiciones.”*, conciernen al “*Sistema Integrado de Transporte Público Provisional*”.

Quiere decir lo anterior que, el SITP provisional, no es nuevo esquema de transporte, ni es una circunstancia imprevista, tampoco la necesidad de garantizar la prestación del servicio público de transporte urbano en la ciudad. La misma demandante, reconoce que, se trata de los mismos buses del Transporte Público Colectivo con letrero que indica que se trata de “SITP provisional”, pero que funciona bajo el mismo sistema antiguo de cobro mediante dinero en efectivo, que compite con los buses del SITP, y cuyos recursos no ingresan al Sistema Integrado de Transporte Público. Tal afirmación se encuentra ratificada en los testimonios recibidos.

De otra parte, la Flota vinculada por los Concesionarios a sus contratos para su operación o desintegración proveniente del Transporte Público continúa prestando el servicio, y el desmonte del TPC, implica actividades a cargo de los concesionarios, las autoridades de Movilidad y el Ente Gestor. De un lado, es evidente la necesidad de garantizar el servicio público en las rutas atendidas por el TPC, y de otro, la implementación de las rutas bajo el nuevo esquema de servicio del SITP. Sin embargo, la desintegración de Flota que presta el TPC, o su vinculación a la operación bajo el nuevo esquema, son una exigencia necesaria y la desintegración, es una carga como ya se indicó, asumida por los Concesionarios, cuya inobservancia contribuye a su continuidad e impide el desmonte del TPC, y la consiguiente implementación del SITP. Naturalmente el incumplimiento de la desintegración por uno, varios o todos los concesionarios contribuye decisivamente al mantenimiento del TPC135 y a la falta de implementación del nuevo esquema, situación que proyecta un efecto en todos los contratos en virtud de su coexistencia e interdependencia expresamente aceptada por los Concesionarios en la Cláusula 5ª.

La Secretaría Distrital de Movilidad adoptó tres cronogramas de desintegración, el último según oficio SDM-DTI-85709 de 03 de agosto de 2015, remitido a TRANSMILENIO mediante comunicado con radicado 25647 del 04 de septiembre de 2015, y por ésta a los concesionarios con oficio 2015EE17335 de 07 de septiembre de 2015, el cual ciertamente no incluyó a Coobus y Egobus por la intervención a que fueron sometidas por la Superintendencia de Puertos y Transportes. Para el Ministerio Público este cronograma y el oficio remisorio de Transmilenio, no modifica –ni tiene la virtualidad- de modificar unilateralmente los contratos de concesión de los operadores zonales al no constituir un acto administrativo de modificación unilateral del contrato proveniente de la entidad contratante en ejercicio de esa facultad excepcional prevista en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, como concluyó en situación similar el laudo arbitral definitorio de controversias entre Transmilenio y Recaudo Bogotá que modifique la condición de “integración total del Sistema” contemplada en el contrato para la desintegración del porcentaje restante de la flota.

Referente a la falta de iniciación de los procesos de selección y adjudicación de las zonas operadas por Coobus y Egobus, el Contrato no establece término al respecto, ni la obligación de hacerlo en un plazo determinado, tampoco las normas legales nacionales o distritales que sí imponen el deber de garantizar prestación del servicio público esencial de transporte. Por supuesto, esta situación impone una solución definitiva a las autoridades distritales e incide en las concesiones del sistema. Sin embargo, no procede el incumplimiento, en tanto la obligación de adjudicar esas zonas en un plazo no existe.

De otro lado, el Anexo 5 contiene la matriz de riesgos, en la cual el Concesionario, salvo los casos exceptuados, asumió, entre otros, los riesgos de:

i) Demanda por *“[m]enores ingresos que los previstos*”, porque “[*l]a estimación de la demanda no funcionó”, o “[l]a demanda cambió*”, o sea “*el efecto económico por aumento o disminución de la demanda proyectada*”, incluso por *“variación del interés de movilidad de los usuarios*”; por la presencia de otros modos de transporte no regulados *“(ilegalidad, vehículos particulares*)”, esto es, “*el efecto económico derivado de la disminución de la demanda, la presencia o participación de otros agentes que presten el servicio de manera informal o no regulado y la presencia de otros medios sustitutos de transporte (vehículos tipo motocicletas, vehículos particulares, etc.)*”;

(ii) Cambiario;

(iii) Operación, por “[*m]ayores egresos que los previstos*”, con “[*c]osto de operación mayor al previsto”*, con *“[m]ayores costos de personal*”, con “*chatarrización”,* consistente en “*el efecto económico originado en la falta de una estimación acertada de los costos de operación, en sobrecostos por operación o personal y, en general, mayores costos de los previstos en la operación*”, el relativo a “[*m]ayores costos de insumos y combustibles*”, consistente en “*el efecto económico originado en alzas en los precios de insumos y combustibles no esperados o proyectados, esto puede darse por incrementos del valor de los bienes en el mercado*”, o con *“[m]ayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales*”, referido al “*efecto económico originado en la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas lo que genera kilómetros en vacío durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales*”, o con “[*m]ayores costos por concepto del mal estado de la infraestructura vial*”, consistente “*en el efecto económico originado por el mal estado de las vías”;*

A lo anterior, debe sumarse la ausencia de una prueba sobre la afectación extraordinaria de la ecuación financiera de la empresa. En efecto, las declaraciones del Director Financiero de GMOVIL S.A.S., así como el interrogatorio del representante legal del convocante resultan coincidentes con el dictamen contable de Integra Consultores sobre la inexistencia de un déficit desproporcionado y extraordinario que cumpla con las condiciones de desequilibrio señaladas por la jurisprudencia. Evidentemente, se hace una proyección, según la cual, si no se revisan las condiciones del contrato se presentaría una grave afectación de la ecuación contractual, pero para el momento de la presentación de la demanda arbitral, lo cierto es que no se demostró que dicho desequilibrio ya existiera. Por tanto, no podría emitirse una condena sobre la base de un hecho hipotético y futuro, pues ello excedería la competencia del Tribunal Arbitral.

Lo mismo aplica para el porcentaje de kilómetros en vacío, los colados al sistema y los gastos de operación derivados del aditivo que debe añadirse al diésel para cumplir con los requerimientos de Euro V. Para estos eventos no se aportaron medios de prueba que den certeza sobre una afectación extraordinaria que altere de manera significativa la ecuación contractual. A lo sumo afecta la canasta de gastos de la empresa, pero ello forma parte de los riesgos de operación asumidos por el concesionario.

**2.3. El concepto**

Por las consideraciones expuestas, en concepto del Ministerio Público el Honorable Tribunal debe **ACCEDER** parcialmente a la pretensión de nulidad relativa de los desincentivos en cuanto al respeto del derecho a un debido proceso en los términos y condiciones que fije el mismo Tribunal, para la exigibilidad de los mismos y **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, en los términos explicados.

Atentamente,

**VÍCTOR DAVID LEMUS CHOIS**

**Procurador Séptimo Judicial II Administrativo**

1. Sentencia C-250 / 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara. Sentencia C-711 / 1996, M.P. Fabio Morón Díaz [↑](#footnote-ref-1)
2. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, diciembre 9 de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías, C. P. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia de 19 de junio de 1998, Radicación 10217, Actor: Alberto Antonio Mendoza Daza, Demandado: Beneficencia del Cesar Lotería “La Vallenata”, C.P. Ricardo Hoyos Duque [↑](#footnote-ref-2)
3. Manual de Operaciones Componente Zonal del 28 de febrero de 2018, pag. 248. [↑](#footnote-ref-3)
4. Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos, Volumen II,* Buenos Aires: Ed. Depalma, 2012, p. 89. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de septiembre de 2003, Radicación: 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119), Actor. Sociedad Castro Tcherassi y Compañía Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Vías, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Radicación: 25000-23-26-000-1991-07391-01(14043), Actor: Sociedad Viviendas y Construcciones de Hormigón Armado Ltda. Hora Ltda. Demandado: Caja de Vivienda Militar, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. [↑](#footnote-ref-6)
7. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido los requisitos expuestos como configurativos de la teoría de la imprevisión. Ver entre otras las sentencias de 18 de abril de 1989, expediente 5426; 29 de junio de 1989, exp. 5295; de 16 de abril de 1991, exp. 6102; de 27 de junio de 1991, expediente 3600; de 9 de mayo de 1996, exp. 10.151, y de 29 de mayo de 2003, exp. 14577. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de junio de 2012, exp. 21990, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-8)
9. Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pg. 524: “Debe recordarse que en la celebración y ejecución de los contratos, siempre hay una contingencia de ganancia o pérdida, un cierto grado de riesgo, es decir, un álea que es normal y que las partes deben asumir, como consecuencia de su decisión voluntaria de obligarse. En cambio, el “*Álea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato”*  [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, exp. 15.475. [↑](#footnote-ref-10)