



PROCURADURIA SEXTA JUDICIAL II ADMINISTRATIVA DE BOGOTA

**DOCTOR
HERNAN GUILLERMO ALDANA DUQUE
ARBITRO PRESIDENTE**

**DOCTOR
MIGUEL H. GONZALEZ RODRIGUEZ
ARBITRO**

**DOCTOR
CAMILO CALDERON RIVERA
ARBITRO**

**REF: TRIBUNAL ARBITRAL SI-03 S.A VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL
TERCER MILENIO – TRASNMLENIO S.A. DEMANDAS 5406 Y 5407
ACUMULADAS.**

Como Agente del Ministerio Público asignada al Tribunal de Arbitramento de la referencia, como consta en Acta de reparto 09 del 13 de octubre de 2017, de la Delegada para la Conciliación Administrativa de la Procuraduría General de la Nación, dentro del término de ley procedo a emitir el concepto que en derecho corresponde

I. ANTECEDENTES:

1. Partes y representantes

1.1. Parte convocante:

La parte convocante es SI-03 S.A, sociedad domiciliada en Bogotá, representada por VICTOR RAUL MARTINEZ PALACIO. En el presente trámite actúa como apoderada la doctora MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR.

1.2. Parte convocada



EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A, sociedad por acciones creada entre entidades pública del orden distrital, bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos, representada por la Dra. JULIA REY BONILLA. En el presente tramite actúa como apoderado JUDICIAL, EL Dr. HECTOR EDUARDO PATIÑO DOMINGUEZ.

2. Contrato origen de las controversias

El contrato que da origen a las controversias es el Contrato denominado N° 449, celebrado el 12 de diciembre de 2003, cuyo objeto es:

"CLÁUSULA 2. EL presente Contrato tiene por objeto otorgar en concesión no exclusiva, la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones que sean previstas en el Contrato respectivo, otorgándosele al concesionario el permiso de operación para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá D.C. y su área de influencia, sobre las vías, servicios y recorridos que se requieran para la alimentación del Sistema Transmilenio dentro de la siguiente zona de alimentación [Zona Sur], delimitada según las Unidades de Planeación Zonal [UPZ]"

3. La cláusula compromisoria – que dio origen a la convocatoria del Tribunal Arbitral está contenida en:

Clausula 132 contentiva del pacto arbitral del contrato de concesión N° 449 de 2003 y de acuerdo con lo previsto en el reglamento de Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

"cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este contrato, que no sea posible solucionar amigablemente, mediante arreglo directo o conciliación, será dirigida por un Tribunal de Arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas:

132.1 El tribunal estará compuesto por tres árbitros designados de común acuerdo por las partes cuando la cuantificación de la pretensión o la



valoración del conflicto sea igual o superior a 2000 smlmv al momento de la presentación de la respectiva solicitud de citación del Tribunal. En el caso en que el valor de la estimación del conflicto o de las pretensiones se encuentre por debajo de tal valor, se designara un único árbitro.

132.2 la designación de los árbitros deberá realizarse dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que se entienda agotada la etapa de conciliación. Si tal acuerdo no se lograra, las partes recurrirán a la cámara de comercio de Bogotá para que sea esta quien los designe.

132.3 Los árbitros decidirán en derecho

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

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

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

132.7 Los gastos que ocasione el Tribunal de arbitramento, serán cubiertos por la parte que resulte vencida.

4. Tramite del Proceso Arbitral

4.1 – Instalación A la demanda inicial 5406, le fue acumulada la 5407, presentadas el 22 de septiembre de 2017; ambas admitidas por auto proferido el día 13 de diciembre de 2017. Posteriormente, ambas, fueron objeto de REFORMA DE LA DEMANDA y así presentadas en un solo texto, el día 10 de abril de 2018.

4.2 – Tramite – el 10 de abril de 2018 el apoderado de la convocada radico el escrito de contestación a las demandas iniciales y el 7 de junio se remitió escrito de la contestación de las reformas de las demandas, se corrió traslado.

4.3 – La audiencia de Conciliación - se citó por auto del 25 de junio de 2018, se celebró el día 9 de julio de 2018, declarándose fallida por ausencia de ánimo conciliatorio de las partes.



Se hizo control de legalidad y sin necesidad de la toma de medidas de saneamiento ante la ausencia de causal alguna de nulidad, se procedió a la fijación de honorarios, los que se dieron dentro del marco de la ley 1563 de 2012 y el Decreto 18439 de 2013 (artículo 32), que fue recopilado bajo el parágrafo 2 del artículo 2.2.4.26.2.1 del Decreto 1069 de 2016.

4.4 – La audiencia Inicial – se citó para la celebración de la audiencia inicial, la cual se celebró el día 4 de septiembre de 2018, en la que el Tribunal se declaró COMPETENTE para conocer y decidir en derecho las controversias expresadas en las demandas de conformidad con las contestaciones y/o excepciones propuestas.

4.5 – Terminó – se fija el término del tribunal en seis meses contados desde la celebración de esta audiencia.

5 La controversia

5.1 – Hechos generales a ambas demandas acumuladas

A.-- La convocante es una sociedad constituida, como se mencionó, mediante Escritura Pública No. 0002483 del 24 de octubre de 2003, otorgada en la Notaría 41 del Círculo Notarial de Bogotá D.C, registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá con la Matrícula Mercantil No. 01319696 del 29 de octubre de 2003, NIT 830.129.995-1. **El objeto social** de la sociedad SI 03 S.A. se describió en el acto de constitución, como la prestación de servicios de transporte público de pasajeros en sus diferentes modalidades, incluyendo la modalidad como alimentador del sistema de transporte masivo. 2. la participación en licitaciones públicas o concursos de méritos, presentando propuestas, ofertas, suscribiendo y ejecutando contratos de concesión y todos los demás contratos accesorios y complementarios. 3. ejecutar todos los actos, operaciones, negociaciones o contratos relacionados con la prestación de servicios de transporte público de pasajeros en desarrollo de su objeto social, la sociedad podrá:

B. La convocada por su parte, Sociedad Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A. - es una Sociedad por Acciones creada entre Entidades Públicas del orden Distrital, bajo la forma de Sociedad Anónima de carácter comercial con aportes públicos, autorizada mediante Acuerdo No. 004 del



4 de febrero de 1999 del Concejo de Bogotá, D.C, constituida mediante Escritura Pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999, NIT 830.063.506.

C En el año 2003, la sociedad SI 03 S.A. participó dentro del proceso de selección convocado mediante Resolución No. 223 del 2 de octubre de ese año por la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A. (Licitación Pública No. 05 de 2003), cuyo objeto fue otorgar en concesión la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo del Sistema Transmilenio sobre las zonas de alimentación del Sistema. En dicho proceso, la propuesta presentada por SI 03 S.A resultó favorecida con la adjudicación del Contrato, tal y como consta en la Resolución No. 286 del 5 de diciembre de 2003, concretamente para la prestación del servicio de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en la modalidad de alimentador, en la Zona Sur de Bogotá.

D. Como resultado de lo anterior, fue suscrito el Contrato de Concesión No. 449 del 12 de diciembre de 2003, entre TRANSMILENIO S.A. y SI 03 S.A.

E.- El valor del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 fue indeterminado, conforme a la cláusula 139 del mismo, El plazo, conforme a la cláusula 113., fue pactado en 10 años, a partir del inicio de la operación regular.

F. –Afirma la demandante que la suscripción del Acta de Inicio de la operación regular en realidad no se presentó como tal; mediante oficio 6721 del 24 de septiembre de 2004, el Director de Operaciones de TRANSMILENIO S.A. le informó al representante legal de SI 03 S.A. lo siguiente:

"En desarrollo de lo estipulado en los acuerdos contractuales vigentes, nos permitimos informarle que la Empresa SI 03 S.A. deberá iniciar la prestación del servicio de alimentación el día 26 de marzo de 2005".

G.- El día 26 marzo de 2005, SI 03 S.A. inició la operación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en la modalidad de alimentación, en la Zona Sur, Estaciones Calle 40 Sur y Portal Tunal.

5.2. DE LA DEMANDA IDENTIFICADA COMO 5406

5.2.1 HECHOS



5.2.1.1 RELATIVOS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 449 DE 2003 **GENERADO POR EL NO RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO - FINANCIERO DEL CONTRATO**

A. Se Sostiene en la demanda que La Sociedad SI 03 S.A. evidenció que los costos de operación que implicaba la prestación del servicio de transporte público de pasajeros resultaban superiores a los que pudo prever al momento de presentar su propuesta económica y de suscribir el Contrato de Concesión, reflejándose ello en el flujo de caja generado por el giro ordinario del negocio sobre el cual se estructuró financieramente la concesión del servicio.

Frente a tal situación, la firma Proyen Ingeniería Ltda. elaboró un análisis en relación con el mantenimiento primario que requería la estructura vial -zona sur- a ser utilizada por las rutas alimentadoras, estudio que presentó el 27 de septiembre de 2006, en el cual incorporó los resultados técnicos y económicos obtenidos al diagnosticar que el mantenimiento de esas vías requería una inversión de aproximadamente \$5.300 millones.

El estudio anterior fue dado a conocer a TRANSMILENIO S.A. el 11 de abril de 2007 por parte del Concesionario SI 03 S.A. y, ante la evidencia del desequilibrio económico del Contrato de Concesión que se presentaba, fue suscrito el Otrosí No. 06 del 27 de septiembre de 2007, mediante el cual se modificó la cláusula 96 del Contrato.

B. Que, a pesar de la existencia del Otrosí No. 06, y de que allí se tomaron medidas que conjurarían la inminencia de la continuación de la ruptura del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, dados los mayores valores que implicaba para SI 03 S.A. operar sus buses por vías en pésimas condiciones, nunca fue restablecido el rompimiento económico que ya había ocurrido por el hecho de haber operado buses desde el 26 de marzo de 2005 y hasta la fecha en que se empezó a pagar el ajuste de \$113.00 por pasajero, en las mismas condiciones que justificaron tal compensación que, como se vio, fue una medida para prever la ruptura del equilibrio en lo que restaba por ejecutar del Contrato, es decir, TRANSMILENIO S.A. está en la obligación de pagar al Concesionario SI 03 S.A. -por tratarse de un hecho cierto, además, reconocido, aceptado y pagado durante la ejecución del Contrato posterior a su implementación- la cifra que, se estima, debió reconocerse para restablecer el equilibrio económico del Contrato, en razón del desequilibrio ocurrido entre el 26 de marzo de 2005 y la fecha en que se hizo efectivo el ajuste de \$113.00 por pasajero, para, de esa manera, restablecer económicamente el equilibrio referido durante ese lapso de operaciones.

C. El Contrato de Concesión No. 449 de 2003, capítulo 10, cláusulas 104., 105., 106, 107 y 108. Regulan la distribución de riesgos del Contrato, y, en



relación con el desequilibrio económico el Contrato de Concesión No. 449 de 2003, trae prescripciones en su cláusula 3 y en la 2. Los principios.

D. Indica que durante la ejecución del Contrato ocurrió un desequilibrio económico, el que está regulado y sobre ellas se generaron las respectivas reclamaciones ante TRANSMILENIO S.A., tales como: **Escrito presentado el 11 de agosto de 2014 por el cual** el Concesionario SI 03 S.A., formuló reclamación formal por los hechos que consideró rompimiento del equilibrio económico del Contrato en relación con los mayores costos de operación reconocidos mediante Otrosí No. 06; **En el Acta de Liquidación y en el expediente administrativo del Contrato**, se formularon las reclamaciones correspondientes, las cuales fueron tramitadas bajo el procedimiento administrativo previsto en el Contrato como arreglo directo y, sobre la vigencia de esas inconformidades, dadas las decisiones que al respecto se adoptaron, se dejó constancia que aparece consignada en el Acta de Liquidación a folio 39.

Se afirma en la demanda que ninguna reclamación tuvo éxito.

Resalta que, más adelante por ser un tema que surgió al finalizar el contrato de Concesión 449 de 2003, en el Acta de Liquidación se consignó igualmente como objeto de discrepancias el tema relativo a la reversión de los vehículos automotores –buses alimentadores- frente al cual se efectuó una nueva reclamación

5.2.1.2.- HECHOS RELATIVOS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 449 DE 2003, POR CONCEPTO DE FALTA DE OPERACIÓN DE LA FLOTA BÁSICA O REFERENTE.

A. Sostiene la demandante que la iniciación del período contractual estaba determinada por la fecha en que se diera inicio a la "**operación regular**" de la flota vinculada al Sistema, es la fecha en la cual se incorpora flota del CONCESIONARIO en la operación del Sistema Transmilenio para la prestación efectiva del servicio de transporte público de pasajeros, cualquiera que sea el número de vehículos que conforme la flota que se vincule a la prestación del servicio.

C. Que conforme al Contrato, el Concesionario se obligó a tener vinculados al Sistema Transmilenio y listos para operar 80 vehículos definidos como Flota Referente para la Zona Sur, dentro de los seis (6) meses siguientes a la suscripción del Acta de Inicio.

Este requisito (la suscripción del Acta de Inicio) no se cumplió como tal, pues mediante oficio 6721 del 24 de septiembre de 2004 el Director de Operaciones de TRANSMILENIO S.A. le informó al representante legal de SI 03 S.A. que **como parte del Plan de Transición trazado para la incorporación de las Zonas de Alimentación adjudicadas mediante**



Licitación 005 de 2003, la Empresa SI 03 S.A. deberá iniciar la prestación del servicio de alimentación el día 26 de marzo de 2005, en el número de buses que contemple el Plan de Transición". (Negrilla propia del texto)

En este punto se destaca en la demanda:

-Entre la fecha del oficio que se ha transcrito (24 de septiembre de 2004) y la fecha que se indica como el día en que el Concesionario iniciará la prestación del servicio de alimentación (26 de marzo de 2005) existe un período de 6 meses, como lo señalaba el Contrato en relación al Acta de Inicio; no obstante, ese oficio no se constituye -en absoluto- en el Acta de Inicio que exigía éste para proceder a contabilizar los 6 meses definidos como el período dentro del cual el Concesionario debía tener la "flota definitiva" vinculada.

A pesar de lo expuesto, tal y como se probará, el Concesionario para esa fecha (26 de marzo de 2005) tenía vinculados al Sistema Transmilenio, no sólo los 80 vehículos que conformaban la Flota Básica Referente, sino 2 vehículos más como flota de reserva y poder cumplir así, satisfactoriamente, con las necesidades del servicio.

Se alude a lo anterior solamente con el interés de evidenciar como, desde el inicio de la "operación" TRANSMILENIO S.A. no observó la ley del Contrato, y aun así el Concesionario cumplió sus compromisos, esto refiriéndonos o que nunca existió un Acta de Inicio de operación tal como lo exigía el Contrato y aun así el Concesionario tuvo oportunamente preparada, vinculado y lista la flota para operar. De igual forma, tampoco para ese momento, inicio de la operación, fue entregado a SI 03 S.A. Plan de Transición alguno que estableciera el número de vehículos con que se iniciaría la operación, de ahí que, dando estricto cumplimiento a lo previsto en el Contrato, en cuanto concierne al número de vehículos que conformaba su Flota Referente, éste pusiera a disposición de la operación 80 vehículos, los cuales fueron vinculados por TRANSMILENIO S.A. al Sistema, en su totalidad.

Como ya se dijo, SI 03 S.A., inició la operación, 26 de marzo de 2005, con la totalidad de los vehículos que conformaban su Flota Básica Referente, en razón a que a ello lo obligaba el Contrato para dar inicio a la operación y dado que no le fue entregado el denominado "Plan de Transición" al que alude el oficio del 24 de septiembre de 2004. Sin embargo, para esa fecha no se había implementado por parte de Transmilenio S.A., el denominado Portal Sur del Sistema de Transmilenio, alterándose, lógicamente, el número de vehículos que en la Zona Sur debían transportar pasajeros en buses alimentadores conforme a la demanda proyectada del servicio que requería mínimo de 80 vehículos.



La carencia de infraestructura (Portal Sur) por incumplimiento de TRANSMILENIO S.A. causó, como efecto colateral, que el Sistema no tuviera la afluencia de usuarios del servicio público de transporte proyectada, lo que a su vez conllevó a que TRANSMILENIO S.A. no pusiera en operación los 80 buses que exigió al Concesionario como Flota Básica, como se desprende de la simple lectura del Acta de Liquidación del Contrato, generándose perjuicios de orden económico para el Concesionario -SI 03 S.A.-, en la medida en que, los vehículos restantes, no sólo se encontraban cesantes por causas que no le resultaban imputables a éste, sino que esa falta de operación impedía que, como bienes productivos, sirvieran para apalancar -desde el punto de vista financiero- los costos en los que había incurrido para cumplir el Contrato.

D. Afirma la sociedad demandante que es cierto que se constituía en un riesgo asumido por el Concesionario la mayor o menor demanda de usuarios que transportaría en sus vehículos, desde luego, siempre que estos últimos se encontraran en operación, pero la afectación económica para la sociedad Convocante se presentó por el hecho de no permitírsele operar la totalidad de la Flota Referente o Básica (80 vehículos), lo que implica un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Transmilenio S.A., como también lo constituye la carencia de infraestructura disponible a la fecha de inicio de la operación (puesta al servicio del Portal Sur), siendo así, la imposibilidad de operar los vehículos y, en consecuencia transportar pasajeros, ante la falta de infraestructura, un hecho constitutivo de incumplimiento del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 imputable a TRANSMILENIO S.A. generador de responsabilidad contractual a cargo de éste.

E.- El día 26 marzo de 2005, SI 03 S.A. inició la operación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en la modalidad de alimentación, en la Zona Sur, solamente en las Estaciones Calle 40 Sur y Portal Tunal, con vehículos en su capacidad de transporte de 80 pasajeros, inferior al que conformaba la Flota Referente -80 vehículos-, situación que se prolongó hasta el 14 de abril de 2006.

F. El 14 de abril de 2006 empezó a operar el 100% de la Flota Básica de operación o Flota Referente, gracias a que se superó el incumplimiento del contrato por parte de TRANSMILENIO S.A. (incumplimiento relativo a que el Portal Sur no se había puesto al servicio del público) y se dio inicio a la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en el Portal Sur.

G. Afirma que Transmilenio incumplió el Contrato al no permitir la operación de 80 vehículos alimentadores en la Zona Sur, cuya concesión fue adjudicada a SI 03 S.A., situación que, en abierto y claro desconocimiento de las normas contractuales, impidió que el Concesionario obtuviera la remuneración proyectada en la estructuración financiera del acuerdo negocial.



Conforme a la cláusula 39 del Contrato, TRANSMILENIO S.A. estaba en la obligación de poner en operación 80 vehículos para la Zona Sur determinada anteriormente y, por razones que son ajenas a la voluntad del Concesionario, pero sí al incumplimiento de TRANSMILENIO S.A., este último puso en operación un número inferior de vehículos alimentadores al establecido como Flota Referente.

La regla contractual es clara en señalar que, para cubrir las necesidades del servicio en la delimitada Zona Sur de Bogotá, se requerían 80 vehículos alimentadores, y bajo esa regla se presentó la propuesta económica del Contrato, es decir, con la certeza de que operaría, como mínimo ese número de vehículos.

H- El inicio de la operación fue anunciado por TRANSMILENIO S.A. a través del oficio 6721 del 24 de septiembre de 2004 (no mediante Acta de Inicio como lo exigía el Contrato) y en atención a ello el Concesionario SI 03 S.A. tuvo vinculados y listos para operar los 80 vehículos que correspondían a la Flota Referente que le fue adjudicada y exigida, tal y como se desprende de la lectura del Acta de Liquidación del Contrato donde consta que para marzo de 2005 el demandante tenía vinculados 82 vehículos automotores -buses alimentadores-.

Se afirma en la demanda que esa responsabilidad de vincular la flota Referente se cumplió por parte del Concesionario, pero, correlativamente, Transmilenio no cumplió con su obligación de disponer la operación de los 80 vehículos automotores –buses alimentadores-cuyo derecho a operar le fue adjudicado.

I:La lectura de la cláusula 1 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, integrada y armonizada con las demás cláusulas dan cuenta de la necesidad de cobertura del servicio de transporte de pasajeros a través de la operación de alimentación: El parámetro para determinar el inicio de la operación regular esta dad únicamente, por la incorporación de la flota del Concesionario a la operación del Sistema, sin disponer en ese momento de una cuantificación de los vehículos que conformarían la Flota, porque de esa cuantificación se encargó más adelante el Contrato, en el clausulado, donde definió el número de vehículos que operarían en cada una de las Zonas Norte, Suba, Calle 80, Américas, Sur y Usme, a lo que se denominó FLOTA BÁSICA REFERENTE DE OPERACIÓN (cláusula 39 ya transcrita) que, para el caso de la Zona Sur adjudicada al Convocante era de 80 vehículos.

J. El Contrato de Concesión No. 449 de 2003, establece en el Título 2., numeral 2.1.5, como uno de sus principios y objetivos, el de *costeabilidad*, dentro del cual se incluye la rentabilidad para los operadores del Sistema Transmilenio. En las cláusulas 6 y 8 se establecieron cuáles serían los ingresos del Concesionario SI 03 S.A. y cuáles los de TRANSMILENIO S.A.



K. La remuneración al concesionario durante la ejecución del contrato y, específicamente para efectos del tema que aquí se debate, durante el período comprendido entre el 26 de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2006, fue por pasajero transportado, conforme a la cláusula 96 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 (remuneración al operador de la alimentación) y dando aplicación a las fórmulas allí establecidas.

Conforme a la cláusula 98 (98.1) del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, la canasta de costos estaba conformada por los ítems y en los porcentajes.

L. Conforme al Contrato, el término o plazo de la operación regular de la totalidad de la flota referente fue establecido en 10 años a partir de la fecha de inicio de la operación de los vehículos alimentadores; dicho plazo fue recortado de forma equivalente a aquél tiempo en que no operó la totalidad de la Flota Referente, de manera que ello implicó que el tiempo de operación regular, en realidad, no fue de 10 años como se pactó para la totalidad de la Flota, sino que lo fue en un período menor, en la medida en que, en relación con los vehículos a los que inicialmente no se les permitió operar en el Sistema, el plazo debió contabilizarse a partir del **14 de abril de 2006**.

M. Resalta la demandante SI 03 S.A que dejó de percibir importantes sumas de dinero por concepto de prestación del servicio público de transporte de pasajeros en buses alimentadores, en la medida en que no se le permitió -por incumplimiento de TRANSMILENIO S.A.- iniciar la operación con la Flota Referente que le había sido adjudicada (80 vehículos automotores-buses alimentadores-), durante el período comprendido entre el 26 de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2006. Que, solamente le permite operar 2 o 4 o 10 o 20 vehículos automotores, Que ello genera efectos adversos a sus finanzas, alteración a la estructura de riesgos y enormes perjuicios dada la inversión realizada y las perspectivas económicas de utilidad que podía generar la garantía de operar como mínimo la Flota Referente -80 vehículos automotores -e inclusive más vehículos- en el Sistema TransMilenio como se pactó en el Contrato.

N. Indica que, efectuada la reclamación a TRANSMILENIO S.A., en la etapa de arreglo directo, fue desechada la petición del Concesionario, con el argumento, según el cual, tal como consta en "ACTA DE ARREGLO DIRECTO" del 10 de diciembre de 2014, ***se había operado inicialmente en régimen de excepción porque no existía la flota completa para la fecha de entrada en operación y ello permitía operar con un número menor a 80 vehículos.***

O. Sostiene la demandante que: *lo anterior no se ajusta a la realidad pues, de una parte, a la fecha de inicio de la operación el Concesionario -26 de marzo de 2005- disponía de 82 vehículos vinculados para la prestación del servicio, a más de que, de otra parte, y que es lo determinante para el*



argumento que aquí se expone, es que a la luz del Contrato, en lo único en que repercutía la situación excepcional era en que i) se permitía operar con vehículos usados (la exigencia era operar con vehículos -buses- nuevos), ii) que podrían ser arrendados o, en general, no pertenecer al Concesionario (cuando la exigencia era que fueran de propiedad del Concesionario) y, iii) que la remuneración, por tratarse de vehículos -buses- usados, se establecería conforme a las disposiciones de la cláusula 99 del Contrato.

P- Se afirma en la demanda que “En absoluto, por parte alguna del Contrato, se pactó que la excepcionalidad tuviese efectos sobre el número de vehículos al que tenía derecho a operar el Concesionario en virtud de la adjudicación de la Zona Sur (80 vehículos). Un criterio o una interpretación en contrario resulta totalmente opuesto a la lógica más elemental, máxime, cuando bajo la situación de excepción lo que se flexibilizaba eran las condiciones respecto de las características de los vehículos, definidas en el Contrato.

(...)

Si se hubiese pensado en que el Concesionario podía correr el riesgo de operar con un número menor de vehículos a los que conforme a la adjudicación tenía derecho -gracias a la situación excepcional- no se justificaría la permisión consistente en que éste vinculara vehículos -buses alimentadores- que no fueran de su propiedad (arrendados) o vehículos -buses alimentadores- usados, pues bastaría con que, teniendo un solo vehículo -bus alimentador- con las condiciones exigidas en el Contrato para la operación regular, iniciara la operación.

Lógicamente, el Contrato quiso liberar al Concesionario del cumplimiento estricto de las condiciones que debían reunir los vehículos -buses alimentadores- en caso de presentarse una situación de excepción (como ocurrió), pero ello no hace relación al número de vehículos proyectado, requerido y exigido por la misma empresa TRANSMILENIO S.A. porque, indudablemente, al adjudicarse el Contrato se consideró que se requería de esa cantidad para satisfacer -no afectar- la prestación del servicio público de transporte de pasajeros, por ello exigió al Concesionario que en cualquier caso (operación normal o excepcional) estuviera en capacidad de suministrar el número de vehículos exigido. No menos, pero sí más, esta última era una expectativa, o si se quiere, un riesgo para el Concesionario, es decir, que se le exigiera suministrar más vehículos de los determinados como Flota Básica Referente, dicho de otra manera, su expectativa o álea no era que TRANSMILENIO S.A. sólo le permitiera operar 6 u 8 o 10 vehículos, no, porque era claro que tenía el derecho de operar 80 vehículos, su expectativa o álea era que éste le exigiera 150 o 200 o 300 vehículos con las consecuencias que la no satisfacción de tal exigencia, o el incumplimiento, le acarrearían.



Afirma que la situación de excepción dice relación con las características establecidas para los vehículos, más nunca con la posibilidad de requerir un menor número de ellos.

Q. La remuneración que correspondía percibir al concesionario por el número de vehículos automotores (Flota Referente) que no operó, era la establecida en la cláusula 99 del contrato ("REMUNERACIÓN BAJO SITUACIONES DE EXCEPCIÓN") conforme a la cual, cuando quiera que se presente una situación de excepción en la, operación, ésta (la remuneración) se reduce, conforme a la fórmula allí establecida, en un 8%, porcentaje que dentro de la canasta de costos remuneraba los costos de inversión bajo el siguiente desarrollo:

Indica el demandante que el 100% de la canasta de costos está conformada por costos variables y costos fijos. A los costos fijos dentro de los que se encuentran, entre otros, los costos de capital le fue asignado un peso del 33,2% en la canasta de costos. Bajo situación de excepción se prevé que a la tarifa se le aplique un factor de descuento de 0.92 que aplicado a la fórmula establecida en el contrato se traduce en la disminución de la remuneración a un 92%, hallándose como diferencia un 8 %, porcentaje este último que debe aplicarse a los costos fijos así: $33,2\% - 8\% = 25,2\%$. El descuento del 8% se efectúa en atención a que, tratándose de operación en estados de excepción, no se remuneran costos de capital y es así como el 25,2% remuneran al operador los costos fijos, descontados los costos de capital.

Con gráfica, representa lo que en sentir del demandante, refleja la remuneración que debió percibir el Concesionario por concepto de vehículos –buses alimentadores-que no operaron por el periodo comprendido entre el mes de marzo de 2005 y el mes de abril de 2006, que arroja un total de: ***ingreso dejado de percibir \$878.626.542 y perdidas \$1.474.472.205.***

Sostiene que esas circunstancias ocurrieron en la ejecución del contrato y frente a ellas se hicieron las respectivas reclamaciones: la del 11 de agosto de 2014 y en la liquidación del contrato como arreglo directo, y se dejó la constancia en la respectiva acta.

Indica que también se dejó constancia de los procesos judiciales en curso y los que podrían sobrevenir.

5.2.2. _PRETENSIONES

5.2.2.1DECLARACIONES Y CONDENAS RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 449 DE 2003 GENERADO POR EL NO RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO - FINANCIERO DEL CONTRATO.



a. DECLÁRESE que entre la sociedad SI 03 S.A y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S.A.-, se celebró, el 12 de diciembre de 2003, el contrato de Concesión No. 449.

b.- DECLÁRESE que entre la sociedad SI 03 S.A y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.-, con fecha 27 de septiembre de 2007, se suscribió el Otrosí No. 06 al Contrato de Concesión No. 449 del 12 de diciembre de 2003.

c- DECLÁRESE que mediante el Otrosí No. 06 del 27 de septiembre de 2007, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.-reconoció que, a partir de la fecha de inicio de la operación (26 de marzo de 2005), **se configuró la ruptura del equilibrio económico - financiero del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.- y la sociedad SI 03 S.A., en perjuicio de esta última, en la medida en que, los costos reales de operación de los vehículos automotores -buses alimentadores- que operaron a partir de esa fecha, superaron los costos que por estos conceptos hicieron parte de la proyección financiera del Contrato.**

d. DECLARAR que, mediante el Otrosí No. 06 del 27 de septiembre de 2007, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.-implementó una medida de ajuste económico de \$113.00 sobre la tarifa reconocida por pasajero transportado, a la sociedad SI 03 S.A., para evitar que el equilibrio económico -financiero del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, a futuro, continuara alterado a partir de la fecha de la implementación de tal medida (9 de octubre de 2007).

e. DECLARAR que mediante el Otrosí No. 06 del 27 de septiembre de 2007, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.- no le restableció, a la sociedad SI 03 S.A., el equilibrio económico - financiero del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, por el período comprendido entre 26 de marzo de 2005 (fecha de inicio de la operación) y el 9 de octubre de 2007 (fecha a partir de la cual empezó a regir el ajuste económico antes mencionado).

f. DECLARAR que el no restablecimiento del equilibrio económico – financiero del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, se traduce en un incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley del Contrato, por parte de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, en detrimento de los intereses económicos de SI 03 S.A.

g.-CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de **TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL OCHOCIENTOS VEINTISEIS PESOS (\$3,674,570,826.00), equivalente a la suma en la que, en exceso, incurrió el Contratista por concepto de costos de operación de la flota de buses en operación, entre el 26 de marzo de 2005 (fecha de inicio de la operación) y el 9 de octubre de 2007 (fecha en la que se implementó la compensación de la tarifa por pasajero transportado).**



h. condénese a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de **DOS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO TRECE PESOS (\$2.238'339.113.00) equivalente a la actualización o indexación de la suma anteriormente señalada, al mes de marzo 2018** (dada la fecha en que se presenta la reforma a la demanda arbitral).

i. Condénese a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de OCHO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS CINCO PESOS (\$8.587'050.405.00), **equivalente a los intereses comerciales moratorios sobre el capital equivalente a los costos en los que, en exceso, tuvo que incurrir el Concesionario por concepto de operación de la flota de vehículos automotores -buses alimentadores- en operación, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma a la demanda arbitral).**

COMO SUBSIDIARIAS presentó:

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 1.i.

- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de CINCO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TRES MIL OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$5.997'903.084.00) **equivalente a los intereses establecidos por el artículo 4o numeral 8o. de la Ley 80 de 1993 sobre el capital debidamente indexado, desde el mes de marzo de 2005 (fecha en que inició la operación de la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).**

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 1.i.

- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de CINCO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS ONCE PESOS (\$5,278,262,611.00) **equivalente a los intereses comerciales corrientes sobre el capital dejado de percibir, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).**

j.- Todas las sumas que resulten de las condenas proferidas por el Tribunal deberán ser actualizadas entre el mes de marzo de 2018 y la fecha en que se profiera el respectivo laudo arbitral, y sobre dichas condenas se calcularán, por este período, los intereses comerciales moratorios o, en su defecto,* conforme a las pretensiones subsidiarias, los intereses previstos por el artículo 4o. numeral 80 de la ley 80 de 1993, o los intereses comerciales corrientes sobre el capital.

k.- Las condenas que se impongan en el laudo devengarán intereses comerciales moratorios conforme a la ley, desde la ejecutoria del laudo y hasta la fecha en que se verifique el pago.



I- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.- al pago de las costas y gastos del Proceso Arbitral, conforme a la ley.

5.2.2.2. DECLARACIONES Y CONDENAS RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 449 DE 2003, POR CONCEPTO DE FALTA DE OPERACIÓN DE LA FLOTA BÁSICA O REFERENTE.

a.- DECLÁRESE que entre la sociedad SI 03 S.A y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.-, se celebró, el 12 de diciembre de 2003, el contrato de Concesión No. 449.

b.- DECLÁRESE que, conforme al Contrato de Concesión No. 449 de 2003, suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.- y la sociedad SI 03 S.A., **el Concesionario tenía derecho a operar una Flota Básica o Referente de operación compuesta por 80 vehículos automotores -buses alimentadores-** que, conforme a la cláusula 39 del Contrato, era la establecida para atender el servicio de alimentación del Sistema Transmilenio en la Zona Sur de Bogotá.

c.- DECLÁRESE que la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.- incumplió el Contrato de Concesión No. 449 de 2003, al impedir al Concesionario Convocante -SI 03 S.A.- operar la totalidad de los 80 vehículos automotores - buses alimentadores - que conformaban la flota básica o referente de operación, entre el 26 de marzo de 2005 (fecha de inicio de la operación) y el 14 de abril de 2006 (fecha en que permitió la operación del 100% de la flota).

d.- DECLÁRESE que el INCUMPLIMIENTO del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, por parte de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.-, causó a la Convocante, sociedad SI 03 S.A., daños antijurídicos que generaron a ésta perjuicios de orden material que deben ser indemnizados integralmente.

e.-CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.-, a pagar, a título de indemnización de perjuicios, a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS VEINTISEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$878.626.542.00), o la que resulte probada, equivalente a lo dejado de percibir por ésta, por la inoperatividad de la totalidad de la Flota Básica o Referente de operación, es decir, 80 vehículos automotores -buses alimentadores- entre el 26 de marzo de 2005 (fecha de inicio de la operación) y el 14 de abril de 2006 (fecha en que TRANSMILENIO S.A. permitió la operación del 100% de la flota).

f. CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS



CUARENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (\$595'845.663.00), equivalente a la actualización o indexación de la suma anteriormente señalada, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

g. - CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de DOS MIL CIENTO SESENTA MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$2.160'281.875.00), equivalente a los intereses comerciales moratorios sobre el capital dejado de percibir, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 2.g.

- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de MIL QUINIENTOS OCHENTA MILLONES QUINIENTOS VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$1.580'529.631 .00) equivalente a los intereses establecidos por el artículo 4o numeral 8o. de la Ley 80 de 1993 sobre el capital debidamente indexado, desde el mes de marzo de 2005 (fecha en que inició la operación de la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 2.g.

- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de MIL TRESCIENTOS DIECISIETE MILLONES CIENTO NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS DOS PESOS (\$1.317'192.902.00) equivalente a los intereses comerciales corrientes sobre el capital dejado de percibir, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral)

h. - Todas las sumas que resulten de las condenas proferidas por el Tribunal deberán ser actualizadas entre el mes de marzo de 2018 y la fecha en que se profiera el respectivo laudo arbitral, y sobre dichas condenas se calcularán, por este período, los intereses comerciales moratorios o, en su defecto, conforme a las pretensiones subsidiarias, los intereses previstos por el artículo 4o. numeral 8o. de la ley 80 de 1993, o los intereses comerciales corrientes sobre el capital.

i.- Las condenas que se impongan en el laudo- devengarán intereses comerciales moratorios conforme a la ley, desde la ejecutoria del laudo y hasta la fecha en que se verifique el pago.

j.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.- al pago de la



5.3 DE DEMANDA IDENTIFICADA 5407

5.3.1 HECHOS RELATIVOS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 449 DE 2003 GENERADO POR LA REVERSION DE BIENES NO SUJETOS A ESTA DEMANDA ACUMULADA

A. Se sostiene en la demanda que el plazo del Contrato, conforme a su cláusula 113., se pactó en 10 años, a partir del inicio de la operación regular:

"... el plazo de duración de la concesión será de 10 años contados a partir del inicio de la operación regular.

"Para todos los efectos legales, y en especial para la interpretación de las estipulaciones contractuales en las cuales se haga referencia a un determinado número de años de la concesión, se entenderá por 'año' el período de doce meses corridos y subsiguientes, contados a partir de la fecha de iniciación de la etapa de operación regular de la concesión".

B. Vencido el plazo contractual pactado, las partes iniciaron las gestiones tendientes a liquidar el contrato y, dentro de ese período de gestiones, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.- exigió al Concesionario SI 03 S.A. la transferencia de la totalidad de los vehículos automotores -buses alimentadores- que Integraban su Flota en operación para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, **argumentando que sobre dichos bienes operaba la reversión.**

C. Que la exigencia realizada por la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A. consistente en que SI 03 S.A. transfiriera a ella la totalidad de los vehículos automotores -buses alimentadores- que componían la Flota en operación de SI 03 S.A., consta en los oficios Nos. 2014EE20282 del 21 de octubre de 2014, 2014EE20676 del 24 de noviembre de 2014, 2014EE22965 del 26 de noviembre de 2014, 2014EE25085 del 30 de diciembre de 2014, 2015EE1308 del 26 de enero de 2015, 2015EE1464 del 28 de enero de 2015, 2015EE2266 del 10 de febrero de 2015, 2015EE3030 del 20 de febrero de 2015, 2015EE3187 del 24 de febrero de 2015, 2015EE3690 del 3 de marzo de 2015, 2015EE4572 del 13 de marzo de 2015, 2015EE4987 del 19 de marzo de 2015 y 2015EE5173 del 24 de marzo de 2015, que se relacionan a folio 66 del Acta de Liquidación del Contrato.

D. En relación con el contenido de los oficios anteriormente relacionados, SI 03 S.A. manifestó su desacuerdo esgrimiendo las razones por las que consideró *que la figura de la reversión -y con ella la transferencia de la Flota de vehículos automotores -buses alimentadores- no operaba en el Contrato, tal y como, finalmente, quedó consignado en el Acta de Liquidación del Contrato.*

E. TRANSMILENIO S.A. fundamentó la procedencia de la reversión en los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 y en varias jurisprudencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado de las que dedujo que la



reversión, aunque no estuviese pactada expresamente en el Contrato, es de la esencia y de la naturaleza misma del contrato de concesión.

F. Los 119 vehículos automotores - buses alimentadores- que integraban la Flota en operación para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, **fueron transferidos el 26 de marzo de 2015 por el Concesionario SI 03 S.A. a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A., como se reconoce y se hace constar en el Acta de Liquidación del Contrato.** Se elaboró la que se denominó "ACTA DE ENTREGA DE VEHÍCULOS RESTITUIDOS EN REVERSIÓN DENTRO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 449 DE 2003" donde se relacionó detalladamente cada uno de los 119 vehículos que integraban la Flota en operación (Número 1 del Acta).

Precisa la sociedad que en el número 1.2. Se relacionan 9 vehículos que no son objeto de reversión y obviamente se trata de buses distintos a **los 119 vehículos relacionados en el cuadro anterior que sí fueron objeto de reversión, según la exigencia de entrega efectuada por TRANSMILENIO S.A.**

El día 26 de marzo de 2015, fecha en la que fueron entregados los 119 vehículos automotores -buses alimentadores- por parte de SI 03 S.A. a TRANSMILENIO S.A., aquél entregó también. "2.1... los documentos individuales por vehículo tales como Licencia de Tránsito, SOAT, Certificado de Revisión Técnico-Mecánica y Tarjeta de Operación, así como la hoja de vida de mantenimiento de los 119 buses en medio físico (Carpetas).

"2.2. Respecto al Impuesto del Año Gravable 2015, el operador hace entrega del pago de Impuestos del año 2015.

"2.3. Si 03 S.A. hace entrega de los 119 formularios de traspaso debidamente diligenciados con improntas para legalizar los traspasos a nombre de TRANSMILENIO S.A."

Lo anterior se hace constar en el "ACTA DE ENTREGA DE VEHÍCULOS RESTITUIDOS EN REVERSIÓN DENTRO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 449 DE 2003".

H. En la fecha en que fueron revertidos los vehículos automotores -buses alimentadores- (26 de marzo de 2015), la propiedad de éstos la detentaba SI 03 S.A., y frente a algunos de ellos, en la actualidad, aparece como propietario TRANSMILENIO S.A. en virtud de la reversión misma.

Indica que existen 27 buses (que relaciona por placa) en los que no aparece SI 03 S.A. como su propietario, ello obedece a que se trataba de buses que fueron adquiridos mediante leasing sobre los que se ejerció la opción de compra y ante la imposición de la reversión se optó por que fuera traspasada su propiedad directamente de las compañías de financiamiento comercial a TRANSMILENIO S.A., tal como aparece en el



hecho 18 de esta demanda y se hizo constar en el punto 2.3 del Acta de Entrega de los vehículos.

I. El valor comercial de los 119 vehículos automotores -buses alimentadores-, objeto de reversión, que fueron transferidos por SI 03 S.A. a TRANSMILENIO S.A. asciende a la suma de ONCE MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$11.155' 979.946.00)

J. A folio 62 del Acta de Liquidación del Contrato se hace constar la orden impartida al Concesionario SI 03 S.A. de pago a TRANSMILENIO S.A. del valor de un vehículo automotor -bus alimentador- que, por causa de pérdida total por calcinamiento, no pudo ser entregado en reversión. La cuantificación de tal vehículo fue estimada en la suma de \$83'563. 200.

K.- Como se ha venido expresando, vencido el plazo contractual, el 25 de septiembre de 2015 fue liquidado el Contrato de Concesión No. 449 de 2003, conforme a las previsiones de la cláusula 124 del mismo, y conforme al Acta de Liquidación se dejó constancia (que el Concesionario SI 03 S.A., cumplió con todas y cada una de las obligaciones contractuales pactadas.

5.3.2 .PRETENSIONES DECLARACIONES Y CONDENAS RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO GENERADO POR LA REVERSION DE BIENES NO SUJETOS A ESTA.

1.- DECLÁRESE que entre la sociedad SI 03 S.A y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.-, se celebró, el 12 de diciembre de 2003, el contrato de Concesión No. 449.

2.- DECLÁRESE que el Contrato No. 449 de 2003, suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.- y la sociedad SI 03 S.A., es un Contrato de Concesión para la prestación de un servicio público, específicamente, un Contrato de Concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá D.C. y su área de influencia.

3.- DECLÁRESE que por tratarse de un Contrato para la prestación de un servicio público, específicamente, de un Contrato de Concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, no procede al finalizar la concesión, por disposición legal, la reversión de los vehículos automotores -buses alimentadores- que el Concesionario puso a disposición del Sistema Transmilenio S.A. para la prestación del servicio.

4.- DECLÁRESE que por tratarse de un Contrato para la prestación de un servicio público, específicamente, de un Contrato de Concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre



automotor urbano masivo de pasajeros, no procede al finalizar la concesión, por ausencia de disposición contractual, la reversión de los vehículos automotores -buses alimentadores- que el Concesionario puso a disposición del Sistema Transmilenio S.A. para la prestación del servicio.

5.- DECLÁRESE que no existió, ni existe, obligación a cargo de SI 03 S.A. y a favor de TRANSMILENIO S.A., de revertir la Flota compuesta por 119 vehículos automotores -buses alimentadores- de propiedad de SI03 S.A., Flota que se hallaba vinculada al Sistema Transmilenio al momento de la terminación del Contrato de Concesión No. 449 de 2003.

6.- DECLÁRESE que no existe obligación de pago del valor del vehículo automotor -bus alimentador- no revertido (fl. 71 Acta de Liquidación "3.11.6 Reposición de autobús incinerado"), a cargo de Si 03 S.A. y a favor de TRANSMILENIO S.A., por no existir obligación de reversión por parte de SI 03 S.A. a favor de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.-

7.- DECLÁRESE que la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.- incumplió el Contrato de Concesión No. 449 de 2003, al exigirle a la sociedad SI 03 S.A. la reversión de la flota de vehículos automotores -buses alimentadores- que se encontraba operando al vencimiento del plazo contractual pactado, exigencia que se hizo efectiva el 26 de marzo de 2015, Incurriendo en responsabilidad patrimonial.

8.- DECLÁRESE que el incumplimiento del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, por parte de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.-, causó a la Convocante, sociedad SI 03 S.A., daños antijurídicos que generaron a ésta perjuicios de orden material que deben ser indemnizados integralmente.

9.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.-, a pagar, a título de indemnización de perjuicios, a la sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de ONCE MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$1.155'979.946.00), o la que resulte probada, equivalente al valor de la Flota revertida, conformada por 119 vehículos automotores -buses alimentadores-, vinculada al Sistema TransMilenio al momento de la terminación del Contrato de Concesión No. 449 de 2003.

10.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO SETENTA Y DOS PESOS (\$1.850'233.172.00) equivalente a la actualización o indexación de la suma anteriormente señalada, desde el mes de abril de 2015 (fecha en que fue revertida la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

11.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de NUEVE MIL CIENTO CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SIETE



MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$9.147'607.245.00) equivalente a los intereses comerciales de mora sobre el capital, desde el mes de marzo de 2015 (fecha en que fue revertida la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 11.

- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de CUATRO MIL CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS (\$4,047,657,696.00) equivalente a los Intereses establecidos por el artículo 4° numeral 8o. de la Ley 80 de 1993 sobre el capital debidamente indexado, desde el mes de marzo de 2015 (fecha en que fue revertida la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 11.

- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.-, a pagar o ja sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$6,365,357,666.00) equivalente a los Intereses comerciales corrientes sobre el capital, desde el mes de marzo de 2015 (fecha en que fue revertida la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

12.- Todas las sumas que resulten de las condenas proferidas por el Tribunal deberán ser actualizadas entre el mes de marzo de 2018 y la fecha en que se profiera el respectivo laudo arbitral, y sobre dichas condenas se calcularán, por este período, los intereses comerciales moratorios o, en su defecto, conforme a las pretensiones subsidiarias, los intereses previstos por el artículo 4°. Numeral 8o. de la ley 80 de 1993, o los Intereses comerciales corrientes sobre el capital.

13.- Las condenas que se Impongan en el laudo arbitral devengarán intereses comerciales moratorios, conforme a la ley, desde la ejecutoria del laudo y hasta la fecha en que se verifique el pago.

14.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.- al pago de las costas y gastos del proceso arbitral, conforme a la ley.

6. DE LA CONTESTACION A LA DEMANDAS.

6.1 POSICION ASUMIDA POR LA CONVOCADA FRENTE A LA DEMANDA 5406

6.1.1. A LOS HECHOS



Señala como ciertos los que en este escrito se compendian como generales de ambas demandas, esto es, cierta la naturaleza de las partes intervinientes que se alude en el libelo; cierta la existencia del Contrato de Concesión 449 de diciembre de 2003. Igualmente cierto el plazo del contrato, 10 años a partir del inicio de la operación regular, y el precio indeterminado

6.1.1.1 A LOS HECHOS RELATIVOS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 449 DE 2003 GENERADO POR EL NO RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO – FINANCIERO DEL CONTRATO.

Frente a muchos supuestos enunciados como “hechos”, indica que son transcripciones de las cláusulas contractuales.

Resalta que la comunicación de Transmilenio al concesionario SI 03 S.A. que la operación debía iniciar el 26 de marzo de 2005, se presentó sin oposición de la sociedad Concesionaria.

Indica ser cierto lo que evidenció el concesionario SI 03 S.A. Así como la elaboración del Estudio por parte de la firma PROYEN INGENIERÍA LTDA y la presentación del mismo a TRANSMILENIO S.A; reconoce la celebración del Otrosí No. 06 del 27 de septiembre de 2007. Resaltando que ese OTRO SI NRO 6 *solucionó la controversia existente entre las partes referente al ajuste de la tarifa. La consideración sobre la obligación de pago de TRANSMILENIO del desequilibrio económico ocurrido entre el 26 de marzo de 2007 y el 9 de octubre de 2005 es una apreciación subjetiva de la parte convocante, al igual que la consideración según la cual que el Otrosí No. 06 del 27 de septiembre de 2007 no superó el desequilibrio económico. El Otrosí No. 06 de 2007 al solucionar la controversia entre las partes sobre .el ajuste de la tarifa no requería condonación alguna por parte del concesionario.*

Siguiendo con la contestación de los hechos relatados en la demanda, tenemos que TRANSMILENIO reconoce igualmente *como cierto que la sociedad SI 03 S.A. presentó reclamación el 11 de agosto de 2014 ante TRANSMILENIO S.A., pero en el Acta de Liquidación bilateral del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, en el punto 2.14 "PROCESOS DE ARREGLO DIRECTO", se registró la reclamación en relación con incumplimiento del Contrato y ruptura del equilibrio económico del Contrato, y se expuso que se entiende finalizada la etapa de arreglo directo.*



Precisa igualmente que en el Acta de Liquidación bilateral del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 la sociedad concesionaria SI 03 S.A. no plasmó de manera expresa como salvedad lo referente al desequilibrio económico que solicita en la reforma de la demanda, salvedad que si registró expresamente respecto a la reversión de los vehículos.

6.1.1.2. FRENTE A HECHOS RELATIVOS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 449 DE 2003, POR CONCEPTO DE FALTA DE OPERACIÓN DE LA FLOTA BÁSICA O REFERENTE.

De lo anunciado en la demanda de la Cláusula 82 del Contrato de Concesión y la 39, de a las obligaciones del concesionario respecto de la implementación del proyecto y la “Flota Básica Referente de Operación, TRANSMILENIO RESPONDE que, según el inciso sexto de dicha Cláusula 82 el concesionario SI 03 S.A. se obligó a tener listos para operar los vehículos correspondientes a la oferta a más tardar seis (6) meses calendario después de la firma del acta de iniciación del Contrato, inicio que ocurrió el 26 de marzo de 2005 según Oficio No. 6721 del 24 de septiembre de 2004, suscrito por el Director de Operaciones de TRANSMILENIO S.A. y dirigido al representante legal de SI 03 S.A. **El alistamiento de buses que integran la flota es diferente a la vinculación de los buses y su consecuente operación.**

Sostiene que *El numeral 1.24 de la Cláusula 1 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 preceptúa que la operación regular inicia con cualquier número de vehículos, y no exige que el número de vehículos que se requieren para el inicio de la operación regular sea igual al número de vehículos de la flota básica referente, número que según la Cláusula 39 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 para la Zona Sur era de ochenta (80). Nos remitimos a la literalidad de las Cláusulas 39 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003. **Se adiciona que la fecha de inicio de entrada en operación del Portal del Sur fue el 15 de abril de 2006 y El concesionario SI 03 S.A. inició la operación el 26 de marzo de 2005.***

Afirma Transmilenio que durante el período comprendido entre el 26 de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2006, no operaron los ochenta (80) vehículos de la flota referente, teniendo en cuenta que el Contrato de Concesión No. 449 de 2003 en



su Cláusula 1.24 no exigía iniciar la operación con la totalidad de la flota. La operación se inició con la flota básica inicial de operación, de conformidad con lo preceptuado en el inciso segundo de la Cláusula 39 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003.

Sostiene la convocada que en la demanda se confunden **las nociones de flota básica referente de la Cláusula contractual 39 con la de flota básica inicial de operación, confusión de la cual deduce equivocadamente un incumplimiento de TRANSMILENIO S.A.**

Reitera que según la Cláusula 115 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, la etapa de operación regular inicia a partir de la fecha determinada por TRANSMILENIO S.A. para que el Concesionario inicie la operación de su flota en el Sistema, norma contractual que no exige para operar el número de buses que integran la flota básica referente -ochenta (80) buses-, y que TRANSMILENIO S.A. mediante Oficio No. 6721 del 24 de septiembre de 2004, determinó como fecha de inicio de la operación el 26 de marzo de 2005.

Se insiste en la respuesta a la demanda que la operación regular inicia con cualquier número de vehículos, y no exige que el número de vehículos que se requieren para el inicio de la operación regular sea igual al número de vehículos de la flota básica referente, número que según la Cláusula 39 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 para la Zona Sur era de ochenta (80).

Según la Cláusula 115 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, la etapa de operación regular inicia a partir de la fecha determinada por TRANSMILENIO S.A. para que el Concesionario inicie la operación de su flota en el Sistema, norma contractual que no exige para operar el número de buses que integran la flota básica referente -ochenta (80) buses-.

Anota, que la remuneración del concesionario durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 se efectuó por pasajero, de acuerdo con la propuesta económica y lo estipulado en el Contrato; Que la canasta de costos es la establecida en la Cláusula 98.1 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003.

Indica que el (i) *plazo del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 por disposición de la Cláusula 113 era de diez (10) años a partir del inicio de la operación regular, plazo que en su inicio no estaba condicionado a la operación de la totalidad de la*



flota, (ii) TRANSMILENIO S.A. durante la ejecución del Contrato plurimencionado se sometió a las disposiciones contractuales, las cuales no estipularon que el inicio de la operación tenía que efectuarse con la flota referente que le había sido adjudicada -80 vehículos-, (iii) La flota referente del concesionario SI 03 S.A. no fue vinculada en su totalidad el 26 de marzo de 2005 ni el 14 de abril de 2006, según consta en los certificados de vinculación de la Flota que se arriman en la Prueba No. 21 y Anexo No. 21, luego en esas fechas la flota completa no podía operar; (iv) El hecho no menciona el número de vehículos que no operó la sociedad concesionaria durante el período comprendido entre el 26 de marzo de 2005 y el 14 de octubre de 2006, (v) Según la Cláusula 115 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, la etapa de operación regular inicia a partir de la fecha determinada por TRANSMILENIO S.A. para que el Concesionario inicie la operación de su flota en el Sistema, norma contractual que no exige para operar el número de buses que integran la flota básica referente -ochenta (80) buses-, (vi) Me remito al contenido literal del Acta de Arreglo Directo de fecha 10 de diciembre de 2014

Considera el apoderado de Transmilenio que las apreciaciones de la parte convocante sobre la situación excepcional del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 son subjetivas

Las apreciaciones sobre la aplicación de la Cláusula 99 "REMUNERACIÓN BAJO SITUACIONES DE EXCEPCIÓN" del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 y la remuneración que considera el Concesionario debió percibir él a título de los buses alimentadores que no operaron desde el mes de marzo de 2005 a abril de 2006, remuneración por valor de \$ 1.474.472.205, ***cifra que carece de fundamento contractual teniendo en cuenta que la Cláusula 115 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 dispone que la etapa de operación regular inicia a partir de la fecha determinada por TRANSMILENIO S.A. para que el concesionario inicie la operación de su flota en el Sistema, norma contractual que no exige para operar el número de buses que integran la flota básica referente -ochenta (80) buses.***

Resalta que no es cierto que la sociedad concesionaria en el acta de liquidación bilateral del contrato concesión 449 de 2003, fechada el 25 de septiembre de 2015 dejara salvedad alguna respecto al desequilibrio económico del contrato



mencionado por mayores costos de la operación. La única salvedad que formuló la sociedad concesionaria en el Acta de Liquidación Bilateral precitada fue la referente a su oposición a la reversión de los vehículos.

6.1.2 POSICIÓN DE TRANSMILENIO A LA LAS PRETENSIONES (5406)

6.1.2.1. No se opone a su declaración de las que son generales, esto es, las relativas a la existencia del contrato indicando que efectivamente entre las partes se celebró (i) el Contrato de Concesión No. 449 de 12 de diciembre 2003, y (ii) el Otrosí No. 06 de 2007 al Contrato de Concesión No. 449 de 12 de diciembre 2003.

6.1.2.2_A las pretensiones de la demanda 5406 por Desequilibrio Económico e incumplimiento contractual respecto de la Flota referente

Frente a estos puntos en concreto, Transmilenio se opone a su declaratoria y como defensa presenta argumentos que denomina excepciones de mérito, a saber:

- *Inexistencia de los presupuestos para decretar el desequilibrio económico del contrato de concesión 449 de 2003, porque no hay hechos imputables a la Administración que configuren un incumplimiento, ni circunstancias imprevisibles.*
- *Extemporaneidad de la pretensión de declaratoria del desequilibrio económico del contrato de concesión 003 de 2010 (sic) indicando que al suscribir el OTRO SI 06 del 27 de septiembre de 2007 no presentó reclamo alguno sobre desequilibrio económico del Contrato de Concesión y posteriormente suscribió 2 OTROS SI: El Nro 8 del 2 de febrero de 2009; el Número 9 del 12 de febrero de 2010 y en ninguno de ellos presentó reclamo o solicitud al respecto.*
- *Improcedencia de cobrar sobre un mismo concepto intereses e indexación, para lo cual cita jurisprudencia del Consejo de Estado al respecto.*
- *Improcedencia de reclamo en sede judicial de las pretensiones de incumplimiento y desequilibrio económico por ausencia de salvedad en el acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Concesión Nro. 449 de 2015. Afirmando que los reclamos para que se restablezca el equilibrio económico por no aplicar el reajuste tarifario estipulado en el otro sí Nro. 6 durante el 26 de marzo de 2005 y el 9 de octubre de 2007, son improcedentes porque la sociedad concesionaria no presento salvedad alguna sobre estos puntos en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de fecha 25 de septiembre de 2015.*
- *Caducidad de la acción respecto de las pretensiones principales a y b del numeral 1, primera pretensión subsidiaria a la pretensión 1.i. pretensión principal a del numeral 2. Y la primera pretensión subsidiaria la pretensión 2 g*



de la reforma a la demanda, sosteniendo que las pretensiones corregidas o adicionadas han sido presentadas por fuera del término que establece el artículo 94 del CGP. Considera que las referidas pretensiones de la reforma de la demanda son pretensiones formuladas por primera vez en la reforma a la demanda presentada el 10 de abril de 2018, luego operó la caducidad de la acción porque la liquidación Bilateral del contrato se celebró el 25 de septiembre de 2015 y, de conformidad con el artículo 164 del CPACA los dos años ya habían vencido

- *Inexistencia de fundamento para reclamar intereses sobre el valor de las sumas pretendidas (i) por el no restablecimiento económico del Contrato de Concesión 449 de 2003 y (ii) por el incumplimiento del Contrato por la no operación de la totalidad de la flota básica o referente entre el 26 de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2006.* Indicando que los intereses surgirían para la convocante en el caso de prosperar las pretensiones y son improcedentes antes de la ejecutoria del laudo
- *El Concesionario SI 03 SA no incorporó toda la flota referente el 26 de marzo 2005 y en consecuencia la indemnización de perjuicios solicitada es improcedente.* porque la totalidad de los buses alimentadores que integraban la flota del Concesionario SI 03 SA no tenían certificado de vinculación, según cláusula 1.10.
- *El inicio de la operación regular en el Contrato de Concesión no requiere ni exige la incorporación de la totalidad de la flota referente del concesionario,* indicando que el precepto contenido en la cláusula 1.24 del Contrato de Concesión 449 de 2003, enseña que la operación regular inicia con cualquier número de vehículos y no exige que el número de vehículos que se requiere para el inicio de la operación regular sea igual al número de vehículos de la flota básica referente (80). Al no exigirse que esos 80 buses alimentadores operaran desde el día 26 de marzo de 2005, el reclamo carece de fundamento jurídico.

6.2 POSICION ASUMIDA POR LA CONVOCADA FRENTE A LA DEMANDA 5407

6.2.1. FRENTE A LOS HECHOS

Indica Transmilenio que responde a los enunciados facticos en el orden en que fueron formulados; de los primero, esto es, a la naturaleza de las partes, la existencia del Contrato 449 de diciembre de 2003, su objeto Concesión, su plazo y su precio, son ciertos

Precisa que: .. *No es cierto que haya existido exigencia de parte de TRANSMILENIO S.A. Las partes contratantes, de común acuerdo, liquidaron el Contrato de Concesión No. 449 de 2003 el día 25 de septiembre de 2015, acto en el cual se estableció la reversión de los vehículos que integraban la flota de*



operación, y cada parte contratante expuso los parámetros legales que apoyaban sus posiciones en cuanto a la reversión de la flota, acto que conserva actual vigencia, y deberá seguir conservándola puesto que dicho acto no ha sido impugnado. De consiguiente, resulta totalmente inapropiado hablar de exigencia.

Reconoce como cierto que SI 03 dejó consignado en el Acta de Liquidación su desacuerdo por la figura de la reversión de la flota de vehículos automotores – buses alimentadores- y cierto que TRANSMILENIO fundamentó la reversión de los vehículos en los artículos 14 y 19 de la ley 80/93.

Que no es cierto que los 119 buses fueron transferidos el 26 de marzo de 2015 por el Concesionario SI 03 SA a TRANSMILENIO, lo que se registró en el Acta de Liquidación del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 es que los vehículos fueron entregados físicamente el día 26 de marzo y que fueron avalados por la sociedad SERTFIN LTDA., *pero no es cierto que la transferencia de la propiedad de la totalidad de los vehículos fue realizada a TRANSMILENIO S.A., porque de 119 vehículos revertidos **74 no son a la fecha propiedad de TRANSMILENIO S.A., según consta en los certificados de libertad y tradición que se aportan en el escrito de contestación de la reforma de la demanda.***

Respecto al Hecho 15 que contiene una tabla con la relación de los vehículos que se incorporan, resalta que no se incorporaron los 6040 y 60135. 15, en lo demás está conforme.

Reconoce como cierta la relación de vehículos entregados físicamente y que se relacionan en el acta, reiterando que la transferencia de 74 vehículos no se ha realizado, luego no ha existido reversión—afirma-

Precisa que la sociedad SI 03 S.A. no entregó a TRANSMILENIO S.A. el 26 de marzo de 2015 los documentos requeridos para realizar el traspaso de los vehículos objeto de reversión a TRANSMILENIO S.A., de acuerdo con lo establecido en la Resolución No. 0012379 de 2012 del Ministerio de Transporte "Por la cual se adoptan los procedimientos y se establecen los requisitos para adelantar los trámites ante los Organismos de Tránsito", según consta en las comunicaciones dirigidas por la sociedad concesionaria a la sociedad concédeme (i) de abril 17 de 2015, (ii) de abril 17 de 2015, (iii) de abril 22 de 2015, (iv) de junio



10 de 2015, (v) de junio 10 de 2015, (vi) de junio 10 de 2015, (vii) de agosto 18 de 2015, y (viii) de septiembre 2 de 2018; comunicaciones mediante las cuales se remiten documentos para realizar el traspaso de los buses alimentadores.

De los ciento diecinueve vehículos (119) objeto de reversión, solo se ha realizado el traspaso de la propiedad a TRANSMILENIO S.A. de cuarenta y cuatro (44) vehículos, según consta en los certificados de libertad y tradición que se aportan con este escrito de contestación de la reforma de la demanda. Respecto a los restantes vehículos TRANSMILENIO S.A. no tiene el derecho de propiedad y en consecuencia no han sido revertidos a la sociedad concedente.

En el Acta de Liquidación, página 62 en el numeral 3.9 "SALDO PENDIENTE", se estableció que existía un saldo a favor de TRANSMILENIO S.A., en relación con el alimentador 6040 de placas VDW 944, el cual estuvo involucrado en un incendio que produjo su pérdida total por calcinamiento. Como este automotor nunca fue repuesto por la concesionaria, se estableció un saldo a favor de mi poderdante por la cantidad de \$ 83.563.200, oo.

Es cierto que el Contrato de Concesión No. 449 de 2003 fue liquidado el 25 de septiembre de 2015, conforme a lo establecido en su Cláusula 124 del Contrato de Concesión y se atiene al contenido de la misma

6.2.2. RESPUESTA A LAS PRETENSIONES (5407)

Frente a las pretensiones concretas, TRANSMILENIO manifiesta su oposición, tanto a las pretensiones principales, subsidiarias, declarativas y de condena por carecer de fundamento constitucional, legal, contractual y factico, y solicita sean declaradas probados las excepciones de mérito propuestas bajo los siguientes argumentos:

- ***En el contrato de concesión para la explotación económica de servicios públicos procede la Reversión de los bienes utilizados en la prestación de los mismos.***

Sosteniendo al respecto que en el contrato de concesión 449 de 2003, las partes no acordaron un mecanismo de reversión de los bienes utilizados para la explotación del servicio público concesionado. Que ante ese vacío contractual debe atenderse la tesis jurisprudencial sobre este punto indicando que en reciente sentencia de la Sección tercera del tribunal



Administrativo de Cundinamarca, del 15 de febrero de 2018, se consignaron importantes lineamientos que deben atenderse por similitud fáctica y en el que el Tribunal consideró afirma Transmilenio-que la reversión de los bienes opera per se en los contratos de concesión, sean estos de construcción d una obra, de explotación económica de un bien o de un servicio público.

Por ello, considera el excepcionaste, TRANSMILENIO no ha incumplido ninguna obligación contractual porque a su cargo no estuvo ni ahora lo está obligada a reconocer valor pecuniario alguno a l recibir los vehículos alimentadores.

- ***Los bienes de la concesión fueron amortizados contra la tarifa y por tanto procede legalmente en reversión a TRANSMILENIO SA como quedo consignado en el Acta de Liquidación.***

Alega que el contrato 449 de 2003 fue un contrato conmutativo en el que los intereses de cada una de las partes fueron debidamente garantizados, por lo que concluye que *la contraprestación económica que durante la ejecución del contrato percibió la sociedad concesionaria, que obviamente estuvo pactada en el término de duración fue el producto de un riguroso examen por cada una de las partes de todas las variables que incidieran durante la vida del Contrato en la formulación de su ecuación financiera*

Afirma que dentro de la tarifa convenida entre las partes debían considerarse entre otros factores los costos de la operación. La ecuación financiera, afirma, determinante de la tarifa, por fuerza, debía contemplar primeramente el costo de adquisición de los vehículos. Por lo que, se dejó afirmado en el Acta de Liquidación que los vehículos fueron amortizados en su totalidad durante la ejecución del contrato a través de la tarifa, quiere decir que fueron adquiridos con dineros públicos, por lo que el verdadero titular del derecho de dominio - así en la ejecución del contrato estuvieran a nombre del concesionario- es la entidad pública concedente en este caso, TRANSMILENIO.

- ***En la celebración del Acta de Liquidación del Contrato de Concesión nro. 449 de 2003 TRANSMILENIO s.a. no incurrió en fuerza o dolo que pueda invalidarla.***

Indicando que la parte convocante intenta demostrar de que el Acta de Liquidación TRANSMILENIO exigió la reversión de los buses alimentadores, considera que no pudo haber exigencia siquiera a una fuerza invalidante del acto jurídico prueba de ello es que SI 03 SA suscribió el acta libremente dejando la salvedad que a bien consideró como necesaria, pudiendo dejar a la liquidación Unilateral.

No faltó Transmilenio a los postulados de la buena fe, ni el acto está viciado de dolo o fuerza.

- ***Caducidad de la acción respecto de las pretensiones principales 9, 10 y 11; primera y segunda subsidiarias de la pretensión principal 11 de la reforma de la demanda.***



Indica que el punto a resolver en este caso es que ocurre cuando habiendo sido presentada la demanda, el demandante la corrige, adiciona o modifica, quedando por fuera del término de caducidad de la acción. Que en el presente asunto, la reforma a la demanda en cuanto al *petitum*, comprende unas pretensiones en cuantía diferente a las originales, comprende a título de condena cantidades superiores a las originalmente recabadas. Y ese *petitum* fue pedido por fuera de los dos años contados desde la liquidación bilateral del contrato de Concesión nro. 449 de 2003 que ocurrió el 25 de septiembre de 2015.

- ***Improcedencia de cobrar sobre un mismo concepto intereses e indexación***

Indicando que ello, dicho cobro, no es permitido en el ordenamiento jurídico colombiano y al efecto cita apartes de la sentencia del Consejo de Estado referencia 29 de enero de 2016, Rd. 28055.

- ***Inexistencia de fundamento para reclamar intereses sobre el valor pretendido por los vehículos objeto de reversión.***

Que en evento de prosperar la pretensión 9 de la reforma de la demanda, los intereses se causarían a partir de la ejecutoria del fallo y no antes como equivocadamente lo pretende la convocante

- ***La sociedad SI 03 SA a la fecha no ha realizado la tradición a TRANSMILENIO de 74 buses alimentadores.***

Sostiene que según consta en los certificados de tradición de los vehículos que se aporta como prueba, 74 de los 119 relacionados por la convocante en reversión no han sido transferidos a TRANSMILENIO, lo que significa que no ha existido reversión en tanto y por cuanto la sociedad concedente no es la propietaria de los mismos

II CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Advirtiendo esta Agencia del Ministerio público que fueron decretadas las pruebas pedidas, decretadas y allegadas oportunamente, así como surtidos los traslados de Ley, no advierte anomalía o irregularidad procesal que amerite solicitud de saneamiento.

1. De la Competencia del Tribunal

Como se indicó al inicio de este concepto, la competencia del Tribunal surge a partir del pacto arbitral contenido en el contrato 449 de 2003, cláusula 132, suscrito por las aquí partes convocante y convocada, en su orden, Concesionario



sociedad SI 03 SA y Concedente TRANSMILENIO. Tribunal que ha sido debidamente conformado como lo estableció la referida cláusula.

Por otro lado, desde la primera audiencia de este trámite arbitral, TRANSMILENIO ha sostenido que el Acta de Liquidación bilateral del contrato 449 de 2003, suscrita por las partes el 25 de septiembre de 2015 es ineficaz porque las partes no se encontraban facultadas para disponer sobre prórrogas al término para la liquidación bilateral del contrato de concesión, que había sido fijada en 4 meses luego de la terminación del plazo contractual. Que el Acta se suscribió por fuera de ese término acordado por las partes (4 meses), según cláusula 124 del contrato. Insiste TRANSMILENIO, que el acta es ineficaz y por ello el Tribunal Arbitral no tendría competencia ante la ausencia de un acta de liquidación que produzca efectos ya que no se pide en este caso la liquidación judicial del contrato.

Pues bien, frente a esta inconformidad de la convocada, debe decirse que el marco normativo aplicable al contrato en cuestión, lo constituye la ley 80/93, vigente para el momento de su suscripción. El texto del artículo 60 de la citada ley 80 establece que la Liquidación de Los contratos (capítulo VI), en tratándose de los contratos de tracto sucesivo.. aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. ..” Conforme el texto, ningún mandato prohibitivo hace respecto a la imposibilidad de llegar las parte a extender el plazo convencional o de mutuo acuerdo.

El fin de la liquidación bilateral es lograr un paz y salvo respecto al cruce de cuentas de los contratantes y la naturaleza del Acta de Liquidación Bilateral de ser un negocio jurídico, debe concluirse que la voluntad común de las partes respecto a la prórroga de un plazo que igualmente se había impuesto de común acuerdo, no violenta ningún mandato legal y por el contrario respeta el querer de las partes. Por ello, lo alegado por una de ellas luego de la suscripción en la que por demás



no deja ninguna salvedad al respecto, como en este caso TRANSMILENIO, es desconocer su carácter vinculante y soslayar principio contractual como el de la buena fe que debe permear todas las etapas del contrato.

En ese sentido se advierte que en la cláusula 124 del contrato 449 de 2003 las partes acuerdan el plazo para esta etapa post contractual, indicando que la liquidación bilateral del contrato se realizaría dentro de los 4 meses siguientes al vencimiento del plazo del contrato, si vencido este no se lleva a cabo la bilateral, procedería la Entidad a realizar la liquidación unilateral, dentro de los 2 meses siguientes.

Bajo esa regla contractual, se tiene claro que, si el plazo del contrato se fijó en 10, se inició se dio el 26 de marzo de 2005, la terminación aconteció el 26 de marzo de 2015. A partir del día siguiente, 27 de marzo de 2015, comenzaba el término para la liquidación bilateral que vencía el 27 de julio de 2015. Pero, como lo reconoce TRANSMILENIO y se escucha en audio de la primera audiencia de trámite, el 21 de julio de 2015 las partes acuerdan prorrogar este plazo por 2 meses más. Entonces el periodo o plazo para la liquidación bilateral iría hasta el 27 de septiembre de 2015. Como se suscribió el Acta de liquidación Bilateral del Contrato 449 de 2003 el 25 de septiembre de 2015, debe entenderse en el tiempo oportuno según lo convenido por las partes quienes, por demás, se reitera, ninguna salvedad dejaron al respecto en el negocio jurídico que así formaban y por ello deben estarse a su contenido.

2. De la Caducidad-

En tanto constituye un presupuesto procesal para una decisión de fondo, es necesario establecer si el mecanismo judicial que nos ocupa fue propuesto en tiempo oportuno. Oportunidad que nos precisa el artículo 164 del CPACA que respecto de controversias contractuales, prescribe:

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(.....

. 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)



j) *En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente. En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así (...)*

iii) *En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;*

Dado que la parte convocada alega que hay pretensiones en la reforma que hace la convocante que resultan formuladas por fuera del término de ley, es menester indicar que la posición o criterio jurisprudencial sobre la caducidad de la acción en materia de Reforma de la Demanda ha sido ya un aspecto aclarado por el Consejo de Estado. En providencia de Sala Plena de la Sección Tercera, del veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00056-01(40077). Al resolver el problema jurídico.

“.. Con ocasión de que durante el término de fijación en lista es posible reformar la demanda con la finalidad de adicionar pretensiones para agregar integrantes a la parte activa y pasiva del litigio, así como objetos de disputa adicionales, tal como lo pretendió la parte demandante en el sub lite, la Sala debe determinar si resulta procedente admitir dichos aditamentos, a pesar de que para el momento de realizarlos ya hubiese transcurrido el plazo de caducidad de la acción.

8.1 De esta forma, le compete determinar si el fenecimiento del lapso preclusivo otorgado por la ley para el uso del derecho de acción y del medio de control correspondiente, impide que el juez se pronuncie favorablemente sobre las añadidura de peticiones que se hagan al escrito inicial sin distinción alguna - nuevos demandantes, nuevos demandados o nuevos puntos de discusión- o, si por el contrario, se puede colegir que quienes demandaron desde un comienzo interrumpen dicho instituto procesal a su favor, por lo que solamente a ellos les es posible modificar y adicionar su demanda sin miramiento a la caducidad de su derecho de acceder a la administración de justicia.”

Precisa, que esa limitante (la caducidad de la acción como un instituto en virtud del cual ese derecho de acceder a la jurisdicción se encuentra limitado en el tiempo, por lo que se pierde cuando no se utiliza en el período objetivo determinado por la ley para ello), *“...rige tanto para el momento en que se eleven pretensiones a través de la demanda que inicie un proceso jurisdiccional, como para cuando se pretenda adicionar nuevas peticiones a ese libelo introductorio para agregar nuevos demandantes, nuevos demandados y nuevos objetos de*



litigio -todo lo cual se hace a través de la manifestación de pretensiones procesales; en tanto en ambas situaciones se requiere del empleo de dicho derecho acción que de estar caducado, no puede ser válidamente utilizado.

(....)

Sostiene el Consejo de Estado, “... que *En este punto, conviene destacar que el término para ejercer el derecho de acción se diferencia completamente del plazo establecido por la ley para reformar la demanda, de manera que no pueden confundirse y mucho menos considerarse al último como una extensión del primero, en tanto ello no fue previsto por el ordenamiento jurídico y conllevaría igualmente a que se afecte la seguridad jurídica de manera irreflexiva e innecesaria, toda vez que los términos establecidos por el legislador para acudir a la administración de justicia que se cuentan a partir del mismo momento en que surge el interés para demandar, son los suficientemente amplios para que se eleven las solicitudes necesarias*¹

Anota además la jurisprudencia en cita, que no se puede perder de vista que el interregno para que se produzca la caducidad de la acción corresponde a un período fijado normativamente para utilizar el derecho de acción y así poder formular las pretensiones respectivas, mientras que el plazo para reformar la demanda se trata de un tiempo dentro del cual el extremo activo de un proceso puede modificar ciertos puntos de su escrito inicial antes de que se abra a pruebas dicho procedimiento, sin que de la disposición que permite tal actuación se derive la facultad de añadir pretensiones sin que se tenga en cuenta la habilitación del derecho para accionar, *por lo que a partir de una interpretación sistemática de las normas en comento, y con observancia de que cuando se agregan peticiones a una demanda también se requiere hacer uso del derecho de acción, es diáfano que para poder modificar el libelo introductorio y añadir las pretensiones que no se hubiesen manifestado al momento inicial de presentación de la demanda, el accionante se debe encontrar dentro del interregno en que dicho derecho puede ser usado.*²

Considera la jurisprudencia que la verificación de la caducidad de la acción únicamente se debe efectuar en relación con las **nuevas pretensiones** para cuya

¹ Ibídem

² Ibidem



manifestación se debe emplear el derecho de acceso a la administración de justicia, y no respecto de aquéllas que se hubiesen elevado y que luego se pretenda su modificación en el tiempo para reformar la demanda, en tanto como dichas peticiones ya se habrían formulado, para su alteración no es necesario utilizar el derecho de acción, sino que basta con acudir a las normas que regulan el instituto de enmendación de la demanda (...)³

Bajo este contexto interpretativo con autoridad, para esta Procuraduría es claro que la caducidad de toda **nueva pretensión** sin perjuicio de que ésta se formule al comenzar un proceso, o durante su trámite vía **reformulación** del libelo introductorio, debe ser verificada, aun de oficio. identificando si se trata de una nueva pretensión o en verdad de una reforma o enmienda de la ya formulada inicialmente, habida cuenta que, si solo se trata de una modificación, debe entenderse que el ejercicio de ella se dio al presentar la demanda original o primigenia, no así en tratándose de una NUEVA pretensión.

Pues bien, tenemos que en el presente caso SI 03 SA convocante, presentó demandas el día 22 de septiembre de 2017, como consta en los respectivos sellos de la Cámara y en las constancias secretariales dejadas en Actas. Demandas que fueron radicadas bajo los números 5406 y 5407. Posteriormente, la convocante hace uso de LA REFORMA DE LA DEMANDA, presentando en un solo cuerpo cada una de las demandas –EN LA OPORTUNIDAD DE REFORMAR-, la 5406 y 5407, Escritos que fueron recibidos en la Cámara de Comercio el día 10 de abril de 2018.

Según estas circunstancias, las pretensiones elevadas en la demanda original o primigenia resultan presentada en tiempo oportuno; toda vez de la fecha 25 de septiembre de 2015 en que se suscribió e Liquidación Bilateral del Contrato 449 de 2003, que marca el hito para el conteo del término legal de 2 años para demandar, para el 22 de septiembre de 2017, resultan presentadas en tiempo las pretensiones de la demanda original o primigenia, pues no habían transcurrido los dos años, no así para el 10 de abril de 2017, fecha de presentación de REFORMA A LA DEMANDA, ya sí había precluido la oportunidad de ley para que resultaran NUEVAS pretensiones.

³ *Ibíd*em



Por ello, lo relevante en este caso, es determinar si en la REFORMA A LA DEMANDA se incluyen nuevas pretensiones o solo constituyen modificaciones, a las ya planteadas en la demanda primigenia. En ese orden de ideas tenemos que frente a cada una de las demandadas se advierte:

- Respecto de la elevada con solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato e incumplimiento del contrato por no operación de toda la flota, al comparar las pretensiones originales y las planteadas en la Reforma a la demanda, solo las numeradas 1.a, 1.b., y Segunda pretensión subsidiaria de la 1.i., constituyen NUEVAS pretensiones respecto de las formuladas primigeniamente y por ello, conforme la línea jurisprudencial acaba de referenciar, debe declararse su caducidad. Respecto de las demás pretensiones lo que advierte esta agencia del Ministerio Público son alteraciones en cuanto a redacción y montos o cantidades que de manera alguna alcanzan a configurarse como una nueva pretensión.
- Respecto de la demanda con solicitud de improcedencia de reversión de la flota de buses alimentadores, de un análisis comparativo del acápite de pretensiones de la demanda inicial y la reformada, la pretensión PRIMERA -declarar la existencia del Contrato 449 de 2003, y la primera subsidiaria a la pretensión 11 (que incluye la condena por intereses contemplados por la ley 80/93), en verdad constituyen PRETENSIONES NUEVAS, no simples reformas como la presenta la convocante y por ello, al estar fuera del término que concede la ley para elevar su formulación como mecanismo judicial (2 años), deben declararse permeadas del fenómeno de la caducidad. Respecto de las demás pretensiones, con la reforma introducida solo presentan alteraciones en cuanto a resultados de liquidaciones que en todo caso debía hacerse, por ello no configuran una nueva pretensión y así resultan presentadas en tiempo oportuno, conforme el 164 del CPACA.

En suma, se declara la CADUCIDAD de la acción intentada por SI 03 SA, respecto a las pretensiones: De la Demanda sobre restablecimiento del Equilibrio económico, las numeradas 1.a, 1.b. y Segunda pretensión subsidiaria de la 1.i. y, Respecto de la demanda acumulada –Reversión- la pretensión primera y la



primera subsidiaria a la pretensión 11. Respecto de las demás, cumplido el requisito de presentación oportuna, se procede a su análisis y decisión.

3.DE LA DEMANDA NRO. 5406

DE LAS PRETENSIONES Y CONDENAS RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 449 DE 2003 GENERADO POR EL NO RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO Y POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN POR FALTA DE OPERACIÓN DE LA FLOTA BÁSICA REFERENTE.

- **Sobre la oportunidad de las reclamaciones en materia contractual-salvedades.**

Alega TRANSMILENNIO en sus argumentos defensivos que la pretensión respecto al desequilibrio económico y la pretensión declaratoria de incumplimiento del contrato por parte del concedente, elevadas por SI 03 SA resultan extemporáneas. Sostiene que estos aspectos quedaron superados con la suscripción del OTRO SI NRO. 6 del 27 de septiembre de 2007 y porque suscribe SI 03 SA posteriormente 2 OTROS SI más (el número 8 del 2 de 2009 y el número 9 del 12 de febrero de 2010) sin reclamo alguno.

Que además, sostiene TRANSMILENIO, es improcedente el cobro en sede judicial de las pretensiones de incumplimiento y desequilibrio económico por ausencia de salvedad en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Concesión 449 de 2015 (sic) (lo correcto es 2003)

Por su parte, afirma la CONVOCANTE que en relación con las pretensiones elevadas en su demanda respecto al desequilibrio económico del contrato, así como el incumplimiento del contrato por no operatividad de la totalidad de la flota básica de referencia por no estar habilitado un portal desde el inicio del contrato, marzo 26 de 2006, se generaron las respectivas reclamaciones ante TRANSMILENIO y se dejó constancia en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato.

Sostiene que las constancias respectivas se desprenden del contenido de los apartados: “verificaciones de las obligaciones contractuales” 2.1.4 Procesos de arreglo directo” y en “Constancia de Procesos Judiciales”.



Afirma la Convocante que cuando las partes convinieron en liquidar bilateralmente el contrato plasmaron de manera expresa la vigencia de las discrepancias que existían en relación con los temas planteados durante la ejecución del contrato de concesión 449 de 2003 y en el acta de liquidación, por ser un tema que surgió al finalizar el contrato de concesión 449 de 2003, se consignó como objeto de discrepancia el tema relativo a la reversión de los vehículos automotores –buses alimentadores.

Esta Agencia del Ministerio Público, antes de presentar su concepto en este punto, considera necesario traer a colación lo que el Consejo de Estado ha indicado, respecto al factor oportunidad, para la prosperidad de una pretensión luego de liquidado el contrato.

Precisa la jurisprudencia⁴ que tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...” Que es estando en ejecución el contrato el momento en que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

En el caso bajo análisis, se observa que SI 03 SA evidenció que los costos de operación que implicaban la prestación del servicio de transporte público de pasajeros resultaban superiores a los que pudo prever al momento de presentar su propuesta económica y de suscribir el contrato de Concesión (hecho A de la demanda). Como resultado del estudio contratado con la Firma PROYEN INGENIERIA LTDA, para sustentar este hecho, TRANSMILENIO reconoce que en efecto el mal estado de las vías representa mayores costos para la ejecución del contrato, lo reconoce como un imprevisto y de ahí surge el OTRO Si Nro 6 suscrito el 27 de septiembre de 2007, que modifica la cláusula sobre determinación de la

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2018, exp. 52.666



tarifa, incrementado su valor en \$113, la que comenzó a regir desde octubre de ese mismo año.

Posterior a este OTRO SI, el 2 y 8 de febrero del año 2009 suscribe otros y SI 03 SA no dejó salvedades sobre lo que hoy presenta como desequilibrio económico del contrato, siendo que para esa fecha tal inconformidad existía pues la predica desde el inicio mismo de la operación marzo de 2005. Ha indicado el Consejo de Estado⁵ que:

“En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

Dicha postura fue retomada posteriormente por la Subsección B de la Sección Tercera de ésta Corporación al señalar que:

“Así las cosas, es menester puntualizar los efectos jurídicos que en relación con reclamaciones pendientes tienen los negocios jurídicos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensiones suscritos por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad para adaptar el contrato a las exigencias que sobrevengan o sobre el reconocimiento debido de las prestaciones cumplidas, en el sentido de que no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.

Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venire contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.”

(...)

En conclusión, para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE.*

⁵ Ibidem.



2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico.

3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

4.- Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.

5. Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor. Es decir, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta. –negrilla fuera del texto original.

Es menester indicar que, conforme las pruebas allegadas al proceso, se evidencia que la Concesionaria SI 03 SA en el año 2014, mes de agosto, presento RECLAMACIÓN precisamente sobre lo que hoy es material de pretensiones en esta controversia:

“PRIMERA, Que se reconozca y cancele al Concesionario SI 03 SA por parte de Transmilenio SA l indemnización de perjuicios materiales causados por el incumplimiento por parte de Transmilenio del contrato de concesión 449 de 2003 “consistente en no haber permitido TRANSMILENIO SA al concesionario operar la totalidad de la flota básica inicial o flota referente, perjuicios que corresponden al valor de los costos fijos de los vehículos que no entraron en operación.....la cual asciende a \$3.972.939.156

SEGUNDA Que se restablezca el equilibrio económico financiero roto en la ejecución del contrato de concesión 449 del 12 de diciembre de 2003, por el periodo comprendido entre el 26 de marzo de 2005 y el 9 de octubre de 2007, reconociendo y cancelando a dicho titulo la suma de \$37.061.984.141,23.....”

Reclamación frente a la cual se surtió el trámite Administrativo de Arreglo Directo, y conforme el acta suscrita de esa etapa, el 10 de diciembre de 2014, terminó esa etapa administrativa de Arreglo directo sin resultados favorables para la concesionaria reclamante. Se dejó consignado en dicha ACTA DE ARREGLO DIRECTO que, “TRANSMILENIO “no acepta la reclamación ni por incumplimiento contractual ni por desequilibrio contractual radicada el 11 de agosto de 2014 y por lo tanto se entiende para todos los efectos agotada la etapa de arreglo directo entre las partes y los temas objeto de reclamación analizados en este trámite”

Con este acontecer factico, en sentir de esta Agencia del Ministerio Publico conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre oportunidad para



reclamaciones judiciales, que si persistía la inconformidad de la concesionaria sobre estos dos fenómenos (incumplimiento y desequilibrio del contrato), quedaba la etapa de liquidación bilateral para replantear la controversia o, a lo sumo dejar a salvo la posibilidad de acudir al juez del contrato para ser definida, dejando las salvedades del caso. Esto porque la liquidación bilateral de los contratos estatales, como etapa pos contractual, es aquella mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuánto.

En cuanto negocio jurídico, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 871 del Código de Comercio y el artículo 1603 del Código Civil, la liquidación bilateral del contrato estatal debe celebrarse y ejecutarse de buena fe. Se precisa que: “La buena fe contractual no consiste en un estado de creencia o convicción de actuar conforme a derecho sino “en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido y en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte. De manera que, conforme a la buena fe objetiva (como la denomina la jurisprudencia) cada una de las partes que acuerdan el finiquito de la relación contractual que las unió, tiene la obligación de enterar a la otra, de manera clara y expresa, de todas aquellas circunstancias o razones que den lugar a su inconformidad con la liquidación que se propone:

“Con otras palabras, en la liquidación bilateral del contrato, quien esté inconforme con las cuentas que se presentan y el finiquito que se propone debe ineludiblemente expresar con qué y por qué no está de acuerdo y por consiguiente pedir o exigir el respectivo reconocimiento, de todo lo cual debe dar cuenta el acta respectiva pues ésta será finalmente la prueba de que expresó su inconformidad y que exigió el derecho que creía tener.

Si no hay acuerdo sobre la reclamación, el inconforme deberá dejar la correspondiente constancia pues salvando la expresión de su designio negocial denotará su desacuerdo y la anotación que en este sentido contenga el acta será la demostración de su inconformidad y de que ésta no fue atendida por la otra parte.

Dicho de otra manera, toda reclamación en la liquidación bilateral de un contrato estatal supone no sólo que se consigne en el acta la correlativa salvedad sino también, y ante todo, la expresión clara y expresa de cuáles son los aspectos y puntos que motivan su inconformidad. Así que una



*salvedad sin que se hayan expresado de manera clara los aspectos y puntos que motivan la reclamación, así como la expresión de aspectos y puntos que motivan una reclamación sin que finalmente haya salvedad alguna, equivale lisa y llanamente a conformidad.*⁶

Entiende esta agencia del Ministerio Público que conforme el precedente jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se ha venido insistiendo en que quien no hace salvedades claras y expresas en el acta de liquidación no puede luego concurrir ante el juez del contrato a pretender el reconocimiento de derechos que al momento de la liquidación no reclamó ni salvó. Y la etapa administrativa que si bien fue adelantada en este caso sobre los puntos pretendidos en la demanda, no hace parte del acta de liquidación, negocio jurídico diferente e independiente. es menester insistir, que conforme criterio con autoridad jurisprudencial, la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo, es necesario que reúna las siguientes características:

“que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad... Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica, que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista; tal conducta impide la claridad necesaria en la conclusión de la relación negocial, bien porque las partes están de acuerdo en forma plena, o bien porque subsisten diferencias entre ellas.”

En el caso concreto, Transmilenio es incisivo desde la contestación de la demanda en que es inviable – en términos de oportunidad- el análisis por parte del Tribunal Arbitral de las pretensiones relativas al presunto desequilibrio económico e incumplimiento de TRANSMILENIO del contrato 449 de 2003 alegados por el Concesionario SI 03 SA tras sostener que no son idóneas las salvedades dejadas por la parte convocante en el Acta de Liquidación Bilateral suscrita por las partes el 25 de septiembre de 2015, respecto de los reclamos que eleva ante autoridad judicial como pretensiones declarativas y de condena que tienen que ver con estos hechos (demanda identificada 5406).

⁶ Sentencia del 29 de enero de 2018, exp 52.666 que venimos haciendo referencia.



Pues bien, como quedó sentado al decidir el Tribunal el recurso de reposición del auto admisorio de las demandas de este trámite arbitral, los efectos jurídicos de la liquidación bilateral del contrato estatal y de las salvedades que se consignan en dicho acto, la existencia o no de constancias o salvedades en relación con los asuntos que se someten a decisión es precisamente materia de la controversia a resolver en el laudo que ponga fin al trámite arbitral. Por ello, es esta la oportunidad, en que se analiza, por parte del Ministerio Público la queja de TRANSMILENIO.

Parte entonces nuestro argumento al respecto, de una premisa o regla jurisprudencial que nos precisa que la liquidación bilateral del contrato Estatal es un negocio jurídico y por ello vinculante en cuanto a su contenido; que se trata de un verdadero cruce de cuentas en el que pretenden las partes quedar a paz y salvo respecto de las obligaciones contractuales y por ello, como manifestación de voluntad de las partes, las inconformidades deben quedar a salvo para ser decididas por autoridad judicial. Por ello esas salvedades deben quedar no solo consignadas sino expresadas en forma clara, concreta y precisa- porque es finalmente la prueba de las inconformidades.

En razón de la naturaleza de negocio jurídico, de cara al principio de la buena fe y el deber que de él surge de comunicación entre las partes contratantes, las salvedades deben quedar plasmadas de manera tal que el co-contratante conozca las circunstancias precisas de esas inconformidades, *sin valor quedan entonces una salvedad genérica, pues esa indeterminación hace inválida la salvedad e inidónea para acudir posteriormente a un debate ante autoridad judicial pues lo que se protege no solo es la naturaleza de negocio jurídico sino también el principio de la buena fe que rige en toda relación bilateral.*⁷

Respecto de la demanda identificada como 5406, las pretensiones se elevan con fundamento en la inconformidad de la concesionaria SI 03 SA que constituyen dos fenómenos jurídicos y que cada uno de ellos responde a situaciones fácticas distintas, de la cual emergen igualmente pretensiones distintas. El primero (fenómeno) se trata de un incumplimiento del contrato por el hecho de no haber operado la totalidad de la flota de buses definida como flota básica referente de

⁷ Ibidem



operación en el momento mismo en que inicio la operación el concesionario y, el segundo, se trata de la ruptura del equilibrio económico- financiero determinado por el incremento en los costos de operación y mantenimiento de los vehículos.

Para abrirse paso a instancias judiciales estos reclamos, esas inconformidades en la ejecución del contrato 449 de 2003 ya en la etapa final –Liquidación del contrato Bilateralmente,- debían consignarse en forma clara, precisas y bien concreta en la respectiva Acta, pues, era finalmente la oportunidad para estos reclamos.

La Convocante afirma que, respecto a estas pretensiones, las salvedades quedaron consignadas y se desprenden de varios acápites contenidos en el Acta. Son ellos en su contenido:

VERIFICACIÓN DE OBLIGACIONES CONTRATUALES
2.1-4 PROCESOS DE ARREGLO DIRECTO

<i>Nro de proceso</i>			<i>Abogado sustanciador</i>	<i>Amparo Alvis Padreros</i>
<i>Contrato Nro.</i>		<i>449 de 2003</i>	<i>Concesionario</i>	<i>SA 03 SA</i>
<i>Proceso sancionatorio</i>			<i>Arreglo directo</i>	<i>X</i>
<i>Descripción</i>			<i>Reclamación en relación incumplimiento del contrato y ruptura del equilibrio económico del contrato</i>	
<i>Audiencia 1</i>	<i>fecha</i>	<i>27-11-2014</i>	<i>Descripción</i>	<i>Primera reunión arreglo directo. Se solicita suspensión para revisar los argumentos adicionales del operador y se fija fecha para la continuación de la reunión para el 10 de diciembre de 2014</i>
<i>Audiencia 2</i>	<i>fecha</i>	<i>10-122014</i>	<i>Descripción</i>	<i>Se lleva a cabo la reunión en donde se le expone al operador la posición de Transmilenio SA, señalando que no procede la reclamación y en ese sentido se declara fallida la etapa de arreglo directo</i>
<i>Audiencia 3</i>	<i>Fecha</i>		<i>Descripción</i>	
<i>Actividades a desarrollar</i>				<i>Se entiende finalizada la etapa de arreglo directo entendiéndose fallida dicha etapa</i>

2.15 JUDICIALES



A la fecha de suscripción de la presente acta figuran procesos judiciales en curso; no obstante podrían sobrevenir reclamaciones o procesos futuros: / se relacionan en imagen

ilegibles advierte esta Agencia del Ministerio Público, logrando extraer que; es una ficha que hace referencia a un Proceso Contencioso Administrativo de Reparación Directa que se adelanta en el Juzgado 16 Administrativo Oral-

En el Sistema de Información de Procesos Judiciales SIPROJ, se logró ubicar una conciliación, la cual se hace referencia a continuación: en imagen-

(ficha ilegible de la que solo se extrae Conciliación Extrajudicial que se ubica en la procuraduría Administrativa 146 Judicial Administrativa, en la descripción alude a que un menor fue trasladado al Hospital, falleció en junio 204... Concesionario SI 03 SA.)

Y en el apartado 3.11 SALVEDADES DEL CONCESIONARIO S.A. 03. SA, se lee varios apartados respecto a salvedad sobre LA REVERSION, 3.11.1..... *Con relación a la obligación de reversión de los vehículos, SI 03 S,A. Manifiesta que no comparte la existencia de, esta obligación y se opone a la misma/ haciendo las siguientes salvedades;*

*3.11.2. La reversión en los contratos de servicios:
(...)*

Claramente se observa que a SI 03 S.A. se le otorgó la concesión consistente en un permiso de operación para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, y en ningún caso se le otorgó la concesión para la explotación de un bien del Estado, donde, por, mandato legal, es obligatorio incluir la cláusula de reversión. Señala la Ley 80 en el artículo 1.4, Que en los contratos "de-suministro y prestación de servicios" se podrá pactar la cláusula de reversión. Al revisar el contrato 449 de 2003, en ninguno de sus apartes se observa que se haya pactado o previsto la reversión de los bienes a la finalización del contrato.

Como obligación contractual, contenida en el contrato de concesión, SI 03 S, Á., debía enviar un reporte Anual sobre los bienes que estaba utilizando para la ejecución del contrato, indicando cuáles bienes debía revertir y cuáles no, .y en este reporte nunca se incluyeron los vehículos con los cuales se estaría prestando el servicio de alimentación como bienes objeto de reversión, situación que nunca fue objetada ni cuestionada por Transmilenio S.A.

Tampoco aparece acreditado que .los bienes (autobuses) fueran amortizados durante, la vigencia del contrato de concesión, se está asumiendo, por parte de Transmilenio S.A., que con la finalización de] contrato se produce la amortización de los bienes, sin entrar a analizar, si efectivamente-el concesionario Si 03 SA., pudo amortizar los bienes durante la ejecución del contrato ó por el contrario existen saldos no recuperados, además de la recuperación de la inversión y la obtención de utilidades, hechos que tampoco



han sido acreditados y que el concesionario SL03 S.A, procederá a reclamar ante el correspondiente juez del contrato.

(.....)

Analizados estos apartes del Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 449/2003, en sentir de esta Agencia del Ministerio Público no contienen los requisitos mínimos para calificarse como Salvedades o inconformidades que, en atención a la buena fe del co-contratante, precisen *el con qué y por qué* no está de acuerdo respecto a lo que hoy reclama –demanda 5406- por desequilibrio económico e incumplimiento contractual respecto a la Flota Básica de referencia; máxime cuando conoció en la etapa de arreglo directo que TRANMILENIO no aceptaba sus reclamos. Ello por cuanto aquella **etapa administrativa** había sido fallida y no hacía parte de la **etapa pos contractual de liquidación bilateral del contrato 449 de 2003, salvo que en la respectiva acta se dejan las salvedades claras y expresas.**

En efecto, si persistían las inconformidades o reclamos, en el negocio jurídico ACTA BILATERAL DE LIQUIDACIÓN debía motivar suficientemente cualquier salvedad al respecto de estos dos fenómenos que alegaba se habían presentado y causado perjuicios materiales. Lo que se observa del contenido del Acta Bilateral de Liquidación del contrato 449 DE 2003 es que omitió referirse en forma clara, precisa, concreta a los motivos –facticos-jurídicos- que sustentaban esa inconformidad. Una alusión como la que anotó de *proceder a reclamar ante Juez* correspondiente sobre unos costos no reconocidos-hablando respecto a la Reversión y la amortización de los buses, no dice nada; como tampoco en los otros apartes del Acta se desprende nada al respecto. Esta agencia del Ministerio Público no advierte expresiones claras del *por qué* no está de acuerdo con esa liquidación Bilateral respecto a los dos fenómenos jurídicos que precisa la convocante como desequilibrio económico del contrato e incumplimiento del mismo –pretensiones demandada 5406- se relacionan en Procesos judiciales – una reparación directa y una conciliación. Y en Arreglo Directo, las fechas de audiencia sobre el tema, y su resultado en sede administrativa fallido.

Ahora, si bien es cierto que el negocio jurídico LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO puede ser invalidado por vicios del consentimiento (error fuerza y dolo) ante la autoridad correspondiente, ello no ha acontecido hasta el momento



en lo que respecta a la liquidación del contrato de concesión 449 de 2003, suscrita por las partes el 25 de septiembre de 2015; debe presumirse su validez y ser vinculante para las partes.

Aun en el caso de no haberse discutido en la etapa pos contractual de liquidación bilateral, porque las partes no llevaron a la mesa el tema, en todo caso sí debía SI 03 SA dejar la salvedad consignada en la documentación de esta etapa, en el Acta respectiva, respecto a ese derecho u obligación específica para legitimar sus pretensiones ante el Juez del Contrato.

En conclusión, analizado todo el contexto del Contrato 449/2003 y en especial de los apartados que refiere la parte convocante como constancias de sus inconformidades y/ salvedades, advierte esta agencia del Ministerio que no satisfacen los requisitos mínimos de claridad, concreción, que exige la jurisprudencia, razón por la cual no produce efectos jurídicos de legitimar la reclamación judicial, pues ni de modo elemental identifica el problema, ni precisa los motivos de su inconformidad y la indefinición de la salvedad la torna inocua .

4. DE LAS PRETENSIONES Y CONDENAS RELATIVAS AL ALEGADO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, GENERADO POR LA REVERSIÓN DE BIENES NO SUJETOS A ESTA. (Demanda 5407)

Como se dejó claro en el apartado 1 de este concepto, no procede análisis respecto de las pretensiones incluidas en la REFORMA de la demanda, numeradas 1 – Declarar existencia del contrato 449 de 2003- y la Primera subsidiaria a la 11, con inclusión de CONDENA al pago de intereses establecidos por el artículo 4 numeral 8 de la Ley 80/1993 sobre el capital indexado desde el mes de marzo 2015, fecha en que fue revertida la Flota hasta marzo de 2018- por constituir NUEVAS pretensiones y haber operado el fenómeno de la caducidad de la acción. No obstante, debe precisarse que TRANSMILENIO acepta la existencia del contrato expresamente, y por ello no hay lugar a dudar de su existencia contrato 449 de diciembre de 2003.

Como pretensión Segunda se solicita en la demanda: *declarar que el contrato celebrado entre las partes 449 de diciembre 27 de 2003 es un contrato de*



*Concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá y su área de influencia. Pretensión a la cual TRANSMILENIO no se opone y del texto mismo del Contrato 449 se extrae su naturaleza - y la modalidad la **explotación económica del servicio público de transporte terrestre**, por lo que resulta procedente acceder a dicha pretensión.*

Siguiendo el orden de la formulación de las Pretensiones, se tiene que las Declarativas numeradas 3 a 7 apuntan a que se declare que no procede, ni por disposición contractual ni legal, la reversión de los vehículos automotores –buses alimentadores- al finalizar el contrato 449 de 2003; que no existe dicha obligación a cargo del Concesionario SI 03 SA y, por el contrario, con esta exigencia en el Acta de Liquidación Bilateral, Transmilenio incumple el contrato. Incumplimiento que afirma la convocante le generaron perjuicios cuya indemnización demanda.

Pues bien, deprecia la convocante SI 03 SA que se declare no estar obligada a la Reversión de los vehículos usados en la ejecución del contrato 449 de 2003, porque no fue pactado por las partes y no opera por virtud de la Ley, que a SI 03 SA no se le otorgó la concesión para la explotación de un bien del Estado donde surge por mandato legal la obligación de reversión. Que SI 03 SA *enviaba el reporte anual sobre bienes que estaba utilizando para la ejecución del contrato, indicando cuales bienes debía revertir y en él nunca incluyó los vehículos y Transmilenio nunca objeto esta situación.* Afirma haber dejado las salvedades al respecto en el Acta de liquidación bilateral suscrita el 25 de septiembre de 2015.

TRANSMILENIO por su parte, se opone a estas declaraciones indicando que en el contrato de concesión para la explotación económica de servicios públicos procede la reversión de los bienes utilizados en la prestación del mismo conforme los artículos 14 y 19 de la Ley 80/93; que si bien en el contrato 449 de 2003 celebrado con SI 03 SA no se acordó el mecanismo de reversión (afirmación contenida en la excepción 1) debe atenderse la jurisprudencia de la Jurisdicción Contenciosa que es vinculante y que aluden a la reversión como cláusula que opera *per se* en todos los contratos de concesión, sean estos de construcción de obra de explotación económica de un bien o de un servicio público, por la



preservación de los recursos públicos, los que sufrirían detrimento si los bienes no retornaran al patrimonio de la entidad.

Pues bien, lo primero que debe precisar esta agencia del Ministerio Público es que no hay discusión en cuatro aspectos que reconoce como ciertos Transmilenio: Uno. La existencia del contrato 449 de diciembre de 2003, Dos: que se trata de un contrato de concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de Transporte Terrestre automotor. Tres: Regulado por la Ley 80/93 y, Cuatro, que en dicho contrato no se pactó como cláusula la Reversión de los buses alimentadores o vehículos utilizados para la prestación del servicio de transporte Público de Pasajeros. (Respuesta al hecho 19)

Advierte esta Agencia del Ministerio Público que, en efecto, no aparece en el texto del contrato 449/2003 acuerdo o manifestaciones de voluntad dirigidas a la REVERSION de la flota de buses a la terminación del contrato. Esta exigencia fue consignada como salvedad por Transmilenio en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Concesión 449 de 2003, suscrita por las partes el 25 de septiembre de 2015, apartado 3 Liquidación del contrato. Salvedades de Transmilenio 3.1. Reversión. 3.1.1. y sobre la cual la concesionaria SI 03 SA dejó una clara, extensa y motivada salvedad, con la cual en sentir de esta Agencia del Ministerio Público se legitima para acudir a la autoridad judicial para la decisión final frente a la discrepancia o inconformidad que presentaba frente a la REVERSIÓN.

En efecto, la salvedad o constancia que aparece plasmada en el Acta de Liquidación Contrato 449 /2003 es clara, expresa y bien motivada legal y jurisprudencialmente. Respecto del *con que* está inconforme SI 03 SA y el *por-qué* de ese desacuerdo con el concedente; se lee en los apartes más sobresalientes:

3.11 SALVEDADES DE L CONCESIONARIO SI 03 S.A.

3.11.1. Con relación a la obligación de reversión de los vehículos, SI 03 S,A. Manifiesta que no comparte la existencia de, esta obligación y se opone a la misma/ haciendo las siguientes

Salvedades;

3.11.2. La reversión en los contratos de servicios:



TRANSMILENIO S.A., cita como soporte legal para solicitar que los vehículos que fueron adquiridos por SI 03 S.A., para la ejecución del contrato de concesión 449 de 2003, el artículo 14 de la ley 80 de 1993, que dispone:

..” “

Claramente se observa que a SI 03 S.A. se le otorgó la concesión consistente en un permiso de operación para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, y en ningún caso se le otorgó la concesión para la explotación de un bien del Estado, donde, por, mandato legal, es obligatorio incluir la cláusula de reversión. Señala la Ley 80 en el artículo 1.4, Que en los contratos "de-suministro y prestación de servicios" se podrá pactar la cláusula de reversión. Al revisar] contrato 449 de 2003, en ninguno de sus apartes se observa que se haya pactado o previsto la reversión de los bienes a la finalización del contrato;

Como obligación contractual, contenida en el contrato de concesión, SI 03 S, Á., debía enviar un reporte Anual sobre los bienes que estaba utilizando para la ejecución del contrato, indicando cuáles bienes debía revertir y cuáles no, .y en este reporte nunca se incluyeron los vehículos con los cuales se estaría prestando el servicio de alimentación como bienes objeto de reversión, situación que nunca fue objetada ni cuestionada por Transmilenio S.A.

Tampoco aparece acreditado que .los bienes (autobuses) fueran amortizados durante, la vigencia del contrato de concesión, se está asumiendo, por parte de Transmilenio S.A., que con la finalización de] contrato se produce la amortización de los bienes, sin entrar a. analizar, si efectivamente-el concesionario Si 03 SA., pudo amortizar los bienes durante la ejecución del contrato ó por el contrario existen saldos no recuperados, además de la recuperación de la inversión y la obtención de utilidades, hechos que tampoco han sido acreditados y que el concesionario SL03 S.A, procederá a reclamar ante el correspondiente juez del contrato.

Transmilenio S.A... Solicitó la reversión de los autobuses alimentadores, entre otras, mediante las siguientes comunicaciones números: (i) 2Ü14EE20282 del 21 de octubre de 2014, (ji) 20I4EE20676 del 24 de noviembre de 2014, (iii) 20Í4EE22965 del 26 de noviembre de 2014, (v) 2014EE25085 del 30 de diciembre de 2014, (vi) 20.15EE1308 del 26 de enero, de. 2015, (vii) 2015ÉEI464 del 28 de enero de 20! 5,.(viii) 20152266 del 10 de febrero de 2015, (ix) 2ÓI5EE3030 del 2.0 de febrero de 2015,.(x).215EE3187 del 24 de febrero de 20 I 5, (xi) 2015EJB3690 del 3 de marzo de 2015,, (xí) 20Í5EE4572 del 13 de marzo de 2015, (xiii) 2015EE49.S7 de) 19 de marzo de 2015 y (xiv) 20 I55EE5Í73 del 24 de marzo de 2015. Entrega a la que SI 03 .S.A. a pesar de no estar de acuerdo por las razones que aquí se expresan y las que en oportunidad, procesal se indicarán, accedió, reservándose el 'derecho a presentar las reclamaciones pertinentes ante los jueces competentes,

Salvedad que, en sentir de esta agencia del Ministerio Publico, legitima a la concesionaria SI 03 SA para acudir a una decisión judicial, adquiriendo competencia el Tribunal Arbitral a pronunciarse respecto de las pretensiones relacionados con este tema **-Rdo. 5407.**



Ahora, el problema que es más jurídico que factico, es entonces determinar si, la obligación de REVERTIR los vehículos de la flota de buses que utilizó para la ejecución del Contrato de Concesión 449 de 2003 para la exportación y prestación del servicio público de transporte Terrestre de pasajeros, opera por virtud de la ley, conforme lo alega la parte convocada O, por el contrario, no opera per-se en esta modalidad de concesión y no se pactó en el contrato, por ello no está obligada SI03SA a revertir la flota de buses (119)

Lo primero es precisar que es la ley 80 de 1993 régimen legal aplicable para la vigencia del Contrato 449 de 2003, Estatuto de la Contratación que preceptúa: en su numeral III. DEL CONTRATO ESTATAL

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

(....)

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

En su artículo 14, establece:

ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

(....)

- 2o. *Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.*



Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente. (negrilla adrede)

Respecto a la Reversión el artículo 19 de la citada Ley precisa que; en Los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

Bajo este marco normativo, como lo ha venido sosteniendo la doctrina, los contratos de concesión son aquellos 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 de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como 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 contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, 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.

Así mismo, de estas normas se reconoce que existen tres eventos en que puede operar la concesión: 1. Concesión de un servicio público; 2. Concesión de un bien del Estado y 3. Concesión de obra.

A partir del tenor literal del artículo 14 y 19 de la Ley 80/93 sustenta TRANSMILENIO su exigencia de REVERSIÓN fijada en el Acta Bilateral de liquidación, acudiendo además a lo indicado en la sentencia de la Corte Constitucional C 250/96 y algunos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Argumentos de los cuales, lo primero que debe decirse, no se comparte por esta Agencia del Ministerio Público toda vez que se tratan de normas que NO



reglamenten el evento de **concesión para a explotación del servicio público de transporte terrestre de pasajeros** y la jurisprudencia traída a cita que interpreta las normas 14 y 19, se refieren en **concreto** a la concesión de bienes del Estado que, se reitera, no es el objeto del contrato 449 de 2003.

En segundo lugar, la conclusión de la labor hermenéutica que se expone en los fallos de la jurisdicción contenciosa citada por TRANSMILENIO tampoco se comparte por esta Agencia del Ministerio Público; pues indiciando que acuden a criterio gramatical, gramatical y/o apoyado en criterios de autoridad, le da un sentido a las normas 14, 19 y 32 de la Ley 80/93 que no tiene; el sentido de las normas es claro, no presenta vacíos, y por ello debe estarse al contenido del texto. Que no es otro que LA REVERSION está incluida- por ley- en los contratos de concesión de explotación bienes del Estado, de manera que quien acepta participar en la licitación para la adjudicación de estos contratos, conoce las condiciones de los mismos; pero no en todas las modalidades que puede presentar esta clase de contratación estatal, como es el caso que nos ocupa CONTRATO 449 DE 2003 para explotación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros. Por ello, no encontrándose además norma especial que lo contemple, lo cierto es que si TRANSMILENIO pretendía esa REVERSIÓN de los 119 buses debía haberse incluido desde la licitación misma y con mayor razón fijarse como Cláusula contractual.

En efecto, los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado señaladas por Transmilenio como sustento de sus afirmaciones de REVERSIÓN que alega TRANSMILENIO *opera per-se* en todo contrato de concesión, considera esta Procuradora, no tiene una similitud con el punto en discusión en este proceso arbitral, que se centra en establecer si la cláusula de Reversión aplica por mandato de la Ley en la modalidad de concesión explotación del servicio público terrestre de pasajeros. El análisis plasmado en la C 250/96 parte de un problema jurídico respecto a la concesión para la explotación de bienes del Estado, y si el operar por ministerio de la Ley constituye o no una forma de expropiación. Por otro lado, los Fallos del Consejo de Estado y del Tribunal Contencioso de Cundinamarca, remiten a esa sentencia de constitucionalidad, pero sobre las generalidades no sobre la *ratio decidendi* que es la parte vinculante.



Por lo anterior, ese análisis no puede traerse como precedente en tanto no es vinculante; habida cuenta que los dichos de paso sólo constituyen doctrina probable. Y en todo caso, para tenerse como doctrina probable debe guardar relación con el problema que se trata de resolver en la providencia –analogía-, de lo contrario, resultan dichos de paso descontextualizado, citas caóticas.

La Corte Constitucional ha precisado:

“..... La Ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los obiter dicta o “dichos de paso” no tienen poder vinculante sino una fuerza persuasiva” que depende del prestigio y Jerarquía del Tribunal y constituye criterio auxiliar de interpretación

Encontramos que el sustento jurisprudencial que alega TRANSMILENIO para la exigencia de la reversión de la flota de buses con que operó SI 03 SA el contrato de concesión 449 de 2003 de explotación de servicio público de Transporte Terrestre de pasajeros, es acudiendo a un criterio auxiliar de interpretación pero respecto a un dicho de paso u obiter de una providencia, pues aparece en las generalidades del Fallo C 250, y no fue la razón del mismo, por lo que ninguna fuerza vinculante tiene como bien lo han precisado Laudos Arbitrales que, en este punto se comparten, entre ellos el análisis que se hace en el Laudo Arbitral de Transporte Masivo Alimentador ETMA SA contra Transmilenio SA, del 29 de marzo de 2017, que concluye precisamente que no es incito en los contratos de concesión de servicios públicos de transporte la cláusula de reversión, ni menos bajo el criterio de autoridad de la Corte Constitucional en la C 250: Así se expuso en el citado Laudo:

“ (.....)

Considera también Transmilenio S.A. que la Corte, al referirse al carácter esencial de la cláusula de reversión, no distinguió entre las diversas modalidades sobre las cuales puede versar este tipo de contrato, lo cual conduce a la empresa pública a señalar que, en consecuencia, lo dicho en la providencia en el literal g) del acápite tercero antes transcrito, debe entenderse referido, en general, a cualquier clase de concesión.



Este argumento no resulta de recibo por este Tribunal, puesto que, según lo que ha quedado expuesto, la Corte no distinguió respecto de las diversas modalidades de concesión porque el estudio que le competía abordar de acuerdo al problema jurídico planteado no recaía sobre este aspecto, pero, además, queda demostrado que tal afirmación la extrajo de providencias del Consejo de Estado referidas expresamente al caso de concesiones de explotación de bienes estatales.

Es más, al resolver el problema jurídico que le fue planteado, se puede constatar que lo dicho por la Corte en aquella oportunidad no desbordó el contenido del artículo 19 demandado que, se insiste, se refiere expresamente a la concesión para la explotación de bienes del Estado.....

(..)

De esta manera, aun cuando se admitiera lo dicho por Transmilenio S.A. respecto de las implicaciones y alcances de la sentencia C-250 de 1996 en relación con la cláusula de reversión como elemento esencial de todo contrato de concesión, lo cierto es que, atendiendo el marco establecido por el problema jurídico que resolvió la Corte en esa oportunidad, esa interpretación se debería considerar como una obiter dicta carente de efectos vinculantes, a pesar de estar contenida en una providencia de constitucionalidad." .

Para el Ministerio Público, cobran relevancia las conclusiones de este Laudo, porque fueron usadas precisamente por TRANSMILENIO para que el Tribunal Arbitral en el proceso de Ciudad Móvil como convocante, se avalara una conciliación que apuntaba a no procedencia de la reversión sobre vehículos de propiedad de Ciudad Móvil, en el marco de un contrato de Concesión para la prestación del servicio público de Transporte terrestre Masivo Urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio-

Se apoya también Transmilenio en ese fin de aval conciliatorio en el criterio planteado en Laudo Arbitral del 30 de marzo de 2016, convocante Consorcio Aseo Capital SA ESP VS. Distrito Capital y UASSP, en que se discutía si debía entenderse que la Reversión era de aquellas obligaciones contractuales “..que se debían entender inherentes y necesarias por ministerio de la ley, en ausencia de una expresa estipulación contractual,..” Laudo en el que se puntualizó:

“....solo en los contratos expresamente señalados tanto en el artículo 14 como en el artículo 19 de la ley 80 de 1993 resulta imperativa la inclusión de la cláusula de reversión, de tal forma que si no se pactara de manera explícita se entiende pactada, y referida, en los contratos allí normados, es decir los de explotación o concesión de bienes estatales, a los bienes directamente afectados a la misma” con el efecto específico de que pasen dichos bienes a



ser propiedad de la entidad contratante sin que por ello ésta tenga que efectuar compensación alguna.

De las disposiciones legales, en armonía con lo expuesto, a juicio de este Tribunal, surge también de manera clara que, en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos, la ley no ha previsto la obligatoriedad de la cláusula de reversión ni la sujeción de bienes determinados a dicha medida; tampoco los efectos precisos que para los otros supuestos establece la ley.

(...).

En síntesis, se precisó en este Laudo, que para el Tribunal es claro que en el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, la reversión requiere de un pacto expreso y su aplicación se circunscribe a los bienes allí mismos relacionados, y no se extiende a otros.

Por otro lado, el fundamento de TRANSMILENIO en sentencias de la j Jurisdicción Contenciosa, como lo anotado en la providencia la proferida por Sección Tercera, Subsección A, del Tribunal Contencioso de Cundinamarca, el 15 de febrero del año próximo pasado⁸, no tiene ni fuerza vinculante ni persuasiva para la decisión en este caso, habida que parte de una fuente la C- 250/96 que no tiene analogía con el caso y porque además no consultan el texto íntegro de la sentencia y por tanto su verdadero alcance y obligatoriedad.

Por todo lo anterior, se considera por esta Agencia del Ministerio Público que no es cierto que a partir de la regulación del estatuto de la Contratación, ley 80/93 ni por norma especial, opere por ministerio de la ley la reversión para el concesionario en tratándose de contratos para la explotación del Servicio Público de transporte terrestre de pasajeros, como lo es el Contrato 449 de 2003 suscrito por las partes. Ahora, con fundamento en las pruebas que obran en el proceso, como son las cláusulas mismas del contrato 449, como bien plantea la parte convocante, no se avizora que esa obligación de reversión de los buses haya sido

⁸ “No cabe duda que con independencia de la clase de contrato de concesión que se celebre-servicio, obra o bien público-el concesionario tiene obligación de revertir todos los bienes y/o elementos afectados con la prestación del servicio aun cuando las partes no lo hayan dispuesto expresamente en la relación contractual o incluso hubiere realizado una manifestación contrario en la etapa precontractual o rendido concepto en ese sentido, por lo que debe omitirse cualquier interpretación cuando el sentido del legislador es claro.” (pie de página Código civil art. 27 Interpretación Gramatical y 28 Ibídem)



contemplada como querer de las partes. En el contrato se dan ciertas directrices que, por el contrario, demuestran que los buses son del concesionario; los puede gravar, y al final del contrato transferir o negociar los vehículos (con cualquier persona) la única limitante es que sea para el uso del mismo Sistema. Así claramente las resalta en su demanda la parte convocante y es el sentido que de ellas se desprende, se indica por ejemplo:

-Cláusula primera del contrato de concesión, el numeral 1.39 Definición- De Recuperación del valor de salvamento del equipo como resultado de la participación del Concesionario en el Sistema Transmilenio, el que debía asumir el concesionario, pues como lo sostiene la convocante y es la lectura que se le debe dar, Si desde el inicio del contrato existiera la obligación de revertir los Vehículos este riesgo no existiría ya que el concesionario desde el momento en que participa en la licitación es conocedor que los vehículos serán revertidos por lo que no tendría derecho a ningún valor por concepto del salvamento de los vehículos.

-En el Título 5. Vehículos de Operación del Sistema Transmilenio, se estableció "5.3. Los vehículos operan de manera exclusiva para el Sistema Transmilenio y son de propiedad u operados por los concesionarios.

" que incluso se acepta que los vehículos estén en leasing esto es sean de propiedad de tercero evento en el cual –como nuevamente bien lo precisa la convocante- no sería posible la reversión de estos vehículos- Adicionalmente quedó prevista Como obligación a cargo del Concesionario "...desintegrar físicamente cuando termine la vida útil convencionalmente establecida en el presente contrato de concesión.,".

" Si la reversión de los vehículos estuviera prevista o se hubiera pactado en el contrato de concesión, esta obligación no existiría en cabeza del concesionario ya que él debería entregar los vehículos a la entidad concédeme quien debería proceder a su desintegración" planteamiento de la convocante que tiene sentido

-La cláusula 34, aparte final indica "...una vez cumplida la vida útil de novecientos mil (900.000) kilómetros por bus alimentador, el vehículo será desvinculado por TRANSMILENIO S.A., y el concesionario deberá retirarlo del servicio público de transporte de Bogotá D.C. y proceder a su desintegración;

"Los buses que no hayan vencido su vida útil, a la terminación del contrato, podrán ser transados por el concesionario únicamente mediante venta de los mismos a otros alimentadores del Sistema Transmilenio de Bogotá, que requieran de tal flota para el desarrollo de su actividad".



No cabe la menor duda, retomando las palabras de la apoderada de SI 03 SA, que, del tenor literal de la cláusula 34, los vehículos que sean de propiedad, del concesionario a la finalización del contrato no son revertidos al concedente. En efecto, es clara la cláusula 34 en precisar que si el vehículo tiene vida útil a la finalización del contrato, pueda, ser vendido a otro operador de alimentación, que lo requiera, si el bien fuera de aquellos que deben ser revertidos, el concesionario no podría venderlo, debería revertirlo a Transmilenio S.A.

Esta Agencia del Ministerio Público, consecuentes con las motivaciones precedentes, advierte la improcedencia de la REVERSIÓN de los buses alimentadores (119); habida cuenta que no es una obligación ni legal ni contractualmente fijada en el contrato 449/2003 de Concesión para la explotación del servicio Público de Transporte Terrestre de pasajeros. Razón por la cual las pretensiones 3 a 7 de la demanda 5407, se tornan de recibo, como son DECLARAR:

- Que por tratarse el contrato 449 de diciembre de 2003 de un contrato de concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano de pasajeros no procede al finalizar la concesión, por disposición legal, la reversión de los vehículos automotores. buses alimentadores, que el concesionario puso a disposición del Sistema Transmilenio SA para la prestación del servicio.
- Que por tratarse el contrato 449 de diciembre de 2003 de un contrato de concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano de pasajeros no procede al finalizar la concesión, por ausencia de disposición contractual, la reversión de los vehículos automotores buses alimentadores, que el concesionario puso a disposición del Sistema Transmilenio SA para la prestación del servicio
- Que no existe ni existió obligación a cargo de SI 03 SA y a favor de TRANSMILENIO SA de revertir la flota compuesta por 119 vehículos automotores –buses alimentadores de propiedad de SI03 SA al momento de terminación del contrato de concesión 449 de 2003.
- Que no existe obligación de pago del valor del vehículo automotor -bus alimentador- no revertido (bus incinerado), por no existir la obligación de reversión por parte de SI 03 SA a favor de TRANSMILENIO. Y
- Que la Empresa de Transporte del Tercer Milenio TRANSMILENIO S.A. incumplió el Contrato de Concesión Nro. 449 de 2003, al exigirle a la sociedad SI 03 SA la Reversión de la Flota de vehículos automotores – buses alimentadores- con que se ha operado, al vencimiento del plazo contractual pactado, exigencia que se hizo efectiva el 26 de marzo de 2015.



Respecto de esa última declaración, la de incumplimiento del contrato por la exigencia de revertir los 119 buses, debe indicarse que en la misma pretensión se incluye *Declarar que TRANSMILENO incurrió en responsabilidad patrimonial*. Pues bien, según **ACTA DE ENTREGA DE VEHICULOS RESTITUIDOS EN REVERSIÓN DENTRO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 449 DE 2003**, suscrita en esta ciudad, el 26 de marzo de 2015 por JUAN CARLOS MELO-de parte de TRANSMILENIO – y VICTOR RAUL MARTINEZ PALACIO –por parte de SI 03 SA- se advierte la Entrega Física de los 119 rodantes y la jurídica de la mayoría (faltando algunos por estar en Leasing). Con esta esta exigencia de entrega⁹ Transmilenio, en efecto, le causo un daño antijurídico a SI 03 SA al sacar se su derecho de dominio y patrimonio los buses, sin contraprestación y, sin el deber de soportarlo la concesionaria en tanto no existía causa legal ni contractual para tal exigencia. De Ahí la viabilidad de declarar responsable a TRANSMILENIO por los perjuicios causados con este daño antijurídico. (Parte final pretensión 7). Consecuencia legal de esta declaración procede la indemnización del daño, lo que se hará en la medida de lo probado en el proceso (pretensión 8).

DE LA INDEMNIZACIÓN MATERIAL PEDIDA POR SI 03 SA.

PRETENSION 9 DE LA DEMANDADA 5407. Se solicita se condene a TRANSMILENIO a pagar a SI 03 SA a título de indemnización de perjuicios la suma de \$11.555.979 946, *o lo que resulte probado*, equivalente al valor de la flota revertida, conformada por 119 vehículos vinculados al Sistema Transmilenio al momento de la terminación del contrato 449 de 2003; por indexación pide condena por \$1.850.233.172, liquidada desde abril de 2015 (fecha en que fue revertida la flota) y hasta marzo de 2018 –fecha en que se presenta la demanda. Pretende, igualmente, se condene al pago de intereses comerciales de mora sobre el capital, desde el mes de marzo de 2015 y hasta mes de marzo de 2018 (presentación de la reforma de la demanda) O, en subsidio comerciales corrientes por el mismo periodo.

⁹ Que como le preciso Transmilenio al Concesionario SI 03 SA en misiva enviada a su Gerente Víctor Raúl Martínez, 06-09-2018, la entrega no era óbice para que la demanda no continuara su curso normal.



Con miras a probar que los perjuicios materiales cuya indemnización pretende ascienden a la suma de \$11.155.979.546, SI 03 SA allegó con la demanda dictamen pericial - rendido por A & G Ingeniería Aplicada Ltda, que denominó *Avalúo Flota de Alimentadores*, fecha de elaboración 3 de abril de 2018; OBJETO *Determinar el justiprecio o valor razonable de 119 buses urbanos adscritos al sistema de transporte masivo Transmilenio, utilizados para el sistema de buses alimentadores.* RAZON DEL ESTUDIO; *El presente estudio ha sido solicitado por la compañía SI 03 SA para actualizar su valor comercial a la fecha del 26 de marzo de 2015.*

➤ **LOS DICTAMENES DE PARTE como pruebas para acreditar el quantum indemnizatorio.**

1. **DICTAMEN DE PARTE CONVOCANTE.** Trabajo elaborado por A & G INGENIERIA APLICADA LTDA, suscrito por el Ingeniero HUGO ERNEY ACHURY RINCON que tiene por OBJETO: Determinar el justiprecio o valor razonable de 119 buses urbanos adscritos al sistema de transporte masivo Transmilenio, utilizado para el sistema de buses alimentadores. RAZON DEL ESTUDIO: actualizar su valor comercial a la fecha del 26 de marzo de 2015.

Se acreditación la idoneidad y experiencia del perito, quien declara no estar inmerso en causales de inhabilidad e incompatibilidad.

Desde la “introducción” de su dictamen indicó: “a pesar que nunca se tuvieron a la vista ninguno de los buses objeto del presente estudio, podemos afirmar que la labor valuatoria de la Flota de alimentadores de SI03 SA fue realizada basada en los conocimientos académicos técnicos y por demás dados por la experiencia teniendo en cuenta cada uno de los métodos sugeridos por las Normas Internacionales de Contabilidad NIIF IFRS para la determinación del valor razonable VRAZ, en esencial la IAS 16, en la cual en el artículo 62 sugiere como uno de los métodos valuativos, la depreciación lineal, que tradicionalmente ha sido tenido en



cuenta como primer opción para determinar el valor comercial (valor razonable) de activos en cuestión”.

- Igualmente sostiene que: “Pueden utilizarse diversos métodos de depreciación para distribuir el importe depreciable de un activo de forma sistemática a lo largo de su vida, entre los mismos se incluye el método lineal, el método de depreciación decreciente y el método de las unidades de producción....Afirma que el Método Lineal consiste en que, a partir de conocer el valor de Reposición (VR) (valor a nuevo) del activo y teniendo en cuenta la edad (€) y su vida útil (VU), se determina el valor razonable del activo en cualquier instante de su vida.

- Expuso, que la información resultado del estudio valuatorio se dividió así: Cálculos generados por valores proyectados. En la mayor parte de los casos se partió de los valores de Reposición obtenidos de las facturas de los vehículos y proyectados a la fecha del informe (marzo 26 de 2015), los valores se proyectaron utilizando las tablas del IPC emitidas por el DANE para las facturas que se encontraban liquidadas en pesos colombianos, y las que se presentaban en dólares americanos fueron proyectadas utilizando los índices de inflación de los Estados Unidos. Adicionalmente su deflactación, (es la operación por la cual una determinada cantidad de dinero se transforma expresada en términos monetarios nominales en otra en términos reales.... Y se utilizó el método de interpolación lineal utilizando cilindrajes diferentes (uno de mayor cilindraje y otro de menor cilindraje) pero dentro de las mismas marcas. Este procedimiento se practicó para los chasis Marca Chevrolet, de los que se tomó el valor de Reposición de la Revista Motor del mes de marzo de 2018.

- Que no tuvo los buses a la vista, para determinar su estado se tomó la información consignada en el acta de entrega de vehículos restituidos en reversión dentro del contrato de concesión 449 de 2003 y sus anexos. Se tomó como edad € los Kilómetros que constaban en actas, y la vida útil la señalada en el contrato 449 de 900.000 Kms.



- Anota, que no se tuvo en cuenta el factor de comercialización (FC), de los buses por desconocer el mercado de los mismos, FC que mide el grado de dificultad para comercializar un activo varía entre 0 (comercialización nula) y 1 (excelente comercialización). Y como factores de valuación, indico que para determinar el valor razonable (valor comercial) de los vehículos se tomaron en cuenta los siguientes factores:
 - Facturas de adquisición de los vehículos suministradas por SI 03 SA
 - Índices de inflación IPC para proyectar los valores de las facturas (presentadas en pesos colombianos) partiendo de la fecha de emisión de las mismas a la fecha de interés (26 de marzo de 2015)
 - Índices de Inflación de los EE UU, para proyectar los valores de las facturas presentadas en dólares norteamericanos partiendo de la fecha de la emisión de las mismas a la fecha de interés (26 de marzo de 2015)
 - Marca, año de fabricación y especificaciones de vehículo
 - Vida útil remanente (REM)
 - Depreciación del equipo por el sistema de línea recta
 - Información de los valores a nuevo valor (valor de reposición) consignados en la revista Motor (periódico El Tiempo), sección Utilitarios de septiembre de 2001 y marzo de 2018.

Finaliza con cuadro de Excel, en el que asignando valores a datos como: **PLACA #, CHASIS #, MOTOR #, MARCA, CILINDRAJE, KILOMETRAJE ACUMULADO, REMANENCIA, REMANENCIA EN %, VALOR UTIL, CLASE DE VEHICULO, LINEA MODELO DE CHASIS, VALOR REPOSICION CHASIS, VALOR REPOSICIÓN CARROCERIA, VAOR TOTAL DE REPOSICIÓN** de cada vehículo seguidamente se asigna al valor razonable. La sumatoria de esta casilla –valor razonable de los 119 buses identificados, le arroja un total \$11.155.979.546

1.1. DEL CONTRADICTAMEN ESCRITO. Presentado por la parte convocada TRANSMILENIO SA. Suscrito por el ingeniero GUILLERMO OROZCO PARDO, quien también acredita idoneidad y experiencia y manifiesta no tener inhabilidades ni incompatibilidades para presentar su trabajo.



La réplica al dictamen de parte convocante la centra en varios puntos a saber: En la norma Internacional de Contabilidad aplicada por el perito de parte convocante, la Nro. 16 –Propiedad Planta y Equipo que aplicó pues considera que la procedente es la Norma Internacional de Contabilidad Nro. 13 –Medición del Valor Razonable, porque es el objeto de la pericia, valor razonable de 119 buses entregados por SI 03 SA a Transmilenio. Califica de errado el método de depreciación Lineal para el cálculo del valor razonable de los automotores; errado también considera el determinar los valores de reposición a partir de las facturas de los vehículos proyectados a la fecha del informe (marzo 26 de 2015), porque en el glosario de términos utilizados en dicho trabajo consignó que el valor de reposición era el “valor nuevo conseguido en el mercado”.

Señala en contradicción del perito A & G Ingeniería Aplicada Ltda. al calcular el valor razonable de los 119 buses por el método de depreciación en línea recta, *pues confundió un sistema para el cálculo de la depreciación de activos con un método para la medición de su valor razonable utilizando para el efecto una fórmula que no se ajusta a ninguno de las técnica de medición a valor razonable contempladas en las Normas Internacionales de Información Financiera NIIF 13 y muy a pesar de afirmar que hizo dicho cálculo con sujeción a lo que dichas normas prescribe,*

Resalta que el dictamen analizado se basó en facturas de compra de los buses que datan de años anteriores a la fecha de la reversión de los automotores, que sería la fecha de la medición, efectuándoles ajustes por inflación y otros, ejercicio que, en sentir del perito de TRANSMILENIO *no da como resultado un valor de mercado en la fecha de medición, acorde con lo que contempla la NIIF 13, ni una valoración ajustada a alguna de las técnicas de valoración allí mencionadas (enfoque de mercado del costo o del ingreso).*

Concluye que: *el valor razonable calculado por A & G Ingeniería Aplicada Ltda. para los 119 buses revertidos a Transmilenio S.A, no se ajusta a ninguna de las técnicas de valoración contemplada en la NIFF 13 , que es la que consagra tales técnicas, confundiendo a la postre, un método para el cálculo de la Depreciación de un activo, con una técnica de medición de su valor razonable.*



Afirma que el dictamen solo proporciona los resultados de los cálculos que A & G dice haber efectuado y tampoco se anexan las facturas de compra de los 119 buses, solo se aportan 23 que corresponde a un 19%; lo que no hizo posible verificar si los valores que sirven de base a tales cálculos corresponden exactamente e precio de compra de los buses.

Finaliza esta replica el perito Ingeniero OROZCO PARDO afirmando que: *considera que el dictamen de la firma A & G Ingeniería Aplicada Ltda. incurre en una serie de equivocaciones con respecto al entendimiento y aplicación adecuada de las normas internacionales de Información Financiera NIIF, generando así una valuación de los activos que no responde a ninguna de las técnicas contempladas en dichas normas. Adicionalmente no está acompañado de la totalidad de los documentos en los que dice estar sustentado (facturas, IP, tasas de cambio) ni de los cálculos realizados, lo que imposibilita validar el valor razonable calculado para cada uno de los buses objeto de dicho trabajo.*

Contradicción en Audiencia, El Ingeniero Perito HUGO ERNEY ACHURY RINCON, en la sustentación de su dictamen se refiere a otros métodos de valoración que no consignó en su experticia escrita. A la pregunta; ¿ qué método uso para su valuación del valor razonable de los 119 buses objeto del análisis? Responde refiriéndose al método o enfoque de costos, como uno de los tres que contempla la norma NIIF 13, y en el que “nos quedamos”, o uso para su dictamen; precisando que uso o se quedó en ese método por jerarquía y porque contaba con datos confiables del valor de reposición de los buses, afirmando que fueron las facturas de adquisición, indexando dicho valor a la fecha de interés marzo de 2015, y de algunos los Chevrolet, de los que no contaba con las facturas, uso para valor de reposición la revista motor de 2018.

En la audiencia, el perito alude al enfoque de costos, partiendo de un dato – facturas del chasis y de la carrocería; advierte que no contó con las facturas de todos. Acudió a la Revista Motor.



Las consideraciones del Ministerio Público para la valoración del dictamen de parte convocante parte de precisar que ab initio debe¹⁰ verificarse que la experticia técnica reúna los requisitos externos, como son la experiencia, idoneidad y viabilidad del perito para hacer la experticia; Que el procedimiento seguido tenga buena fundamentación basado en pruebas que obren en el proceso o se alleguen como anexos de su dictamen; su trabajo escrito y su exposición en audiencia debe ser coherente y con la exhaustividad que el tema amerita. Adicionalmente debe medirse resistencia a los cuestionamientos en la etapa de contradicción (audiencia).

Y lo más relevante, la claridad en la explicación del dictamen de parte (no judicial que es el que decreta el Juez) se traslada a la parte que lo aporta y es evidente que su cumplimiento será esencial para la decisión del litigio, pues solo en la medida en que la explicación técnica se haga con claridad, la parte logrará confirmar sus afirmaciones, logrará convencer al juez de que la opinión del perito que ella presenta, es la adecuada.

Pues bien, en sentir de esta Agencia del Ministerio Público, los reparos que la experticia para contradicción presento al Dictamen de parte convocante no fueron aclarados y menos desvirtuada su calificación de errados y contradictorios. Por el contrario, en la exposición verbal el perito trae nuevos métodos que no son coherentes con la exposición escrita, verbal alude a métodos de enfoque de mercado, de costos y de ingresos; cuando en forma escrita nos habla de *métodos lineales de depreciación. De depreciación decreciente y el método de las unidades de producción; luego habla del método de interpolación lineal utilizando cilindrajes diferentes, pero dentro de la misma marca, ...para tomar el valor de reposición de la Revista Motor.*

Falta de coherencia y claridad, no solo en la metodológica, sino también las bases a partir de las cuales las aplica, en veces facturas, ora revista Motor; quedando en evidencia la falta de respaldo de lo escrito con lo explicado en forma verbal en audiencia. Respuestas del perito que no resiste la contradicción de otro técnico y así la opinión del peritaje para contradicción allegado por TRANSMILENIO se

¹⁰ Del Dictamen Judicial al Dictamen de Parte, Bermúdez Muñoz Martín, Segunda Edición, Ed Legis, 2016



tornan de recibo para **concluir que el dictamen de parte convocante no dio cumplimiento a su objeto**, que no era otro que convencer al Tribunal de que el monto pedido por la convocante por indemnización por perjuicios materiales de \$11.155.979.546 era la adecuada como valor razonable de 119 buses.

2. DICTAMEN DE PARTE DE TRANSMILENIO.

Presenta Transmilenio Dictamen de Parte con el mismo objeto, establecer cuáles son los métodos para la determinación del valor de un activo de acuerdo con las normas internacionales de información financiera NIIF y explicar cuál es el método de valoración que refleje con mayor precisión el valor razonable de un bus de transporte público de pasajeros bajo las normas internacionales de información financiera NIIF y se determine el valor de los ciento diecinueve (119) buses entregados por la sociedad SI 03 SA a TRANSMILENIO SA el 25 de marzo de 2015, contrato de Concesión 449 de 2003, valoración que se debe realizar a 25 de marzo de 2015, utilizando el método de valoración que refleje con mayor precisión el valor razonable de los buses bajo las normas internacionales de información financiera NIIF.

- Dictamen realizado por el Ingeniero GUILLERMO OROZCO PARDO, el mismo que hizo la contradicción y, es esta nueva labor, al igual que en el de contradicción, alude que el valor razonable de acuerdo a las normas Internacionales NIIF, parte de la norma 13 de dicha normatividad titulada *Medición del Valor Razonable*. Lo define, y explica las técnicas.
- Precisa que la medición o valor razonable de un activo no financiero, (un bus) tiene que tener en cuenta su participación en el mercado activo, o mediante la venta a otro participante de ese mercado activo. Que la técnica de valuación del valor razonable, contemplada en la misma norma NIIF 13, en el apéndice B Guías aplicación parágrafo B 5 y B11; las técnicas que contempla identificándolas: enfoque de Mercado, Enfoque de Costo y Enfoque de ingresos.
- A la pregunta que método considera es el método de valoración que refleja con mayor precisión el valor razonable de un bus transporte público de



pasajeros bajo las normas internacionales de información financiera NIIF, indica que no existe un método de estimación razonable específicamente para un activo, en este caso los buses, respecto de los cuales el método a utilizar es el que permita, con la información obtenida, información que se tenga disponible para su medición y de la confiabilidad de la misma.

- Analiza los enfoques de medición del valor razonable, indica que consultó en el mercado sobre el precio de buses de 80 pasajeros para el transporte Público, pero no fue posible obtener el precio para este tipo de automotores, dado que no se mueven en el mercado activo, por lo que descartó el métodos o enfoques de mercado y el enfoque de costos, por falta de información.
- Pasando al análisis del enfoque de Ingresos, “valor actual de los flujos futuros esperados”, advirtió que considerando que se tenía la información de los Estados Financieros de SI 03 a marzo de 2015 y por lo tanto se conocen los flujos de efectivo de ingresos y gastos de SI 03 para ese mismo año, se pueden proyectar estos mismos flujos durante la vida útil de remanentes de los buses con una tasa de descuento y así se determinaría el valor presente de los buses revertidos. Precisó lo tres parámetros a tener en cuenta e este método, cada uno analizado respecto de la flota de buses entregada por SI 03 a Transmilenio, concluyendo:

“Con base en la información previamente presentada, a los parámetros antes explicados y excluyendo el bus con placa VDO 663 por su condición de entrega a Transmilenio (fuera de funcionamiento), se procede a calcular los ingresos futuros que podrían generar los 118 buses durante su vida útil remanente, dando como resultado bajo el enfoque del ingreso que el valor razonable de la flota de 118 buses asciende a \$7.540.784.725 a marzo 26 de 2015, monto que resulta de traer a valor presente todos los flujos futuros que pueden generar cada bus.”

Las Consideraciones al respecto del Ministerio Público, en esta oportunidad deben partir al igual que la anterior, de verificar los factores de claridad, coherencia, fundamentación y su exhaustividad, e igualmente dependerá de su resistencia a la contradicción que la contraparte ejercer, que la puede ejercer mediante interrogatorio en audiencia, o allegando contradictamen técnico escrito.



La contradicción de este dictamen por parte de SI 03 SA lo ejerce mediante interrogatorio en la audiencia que para tal fin se llevó a cabo. Etapa procesal en la que el perito Dr. OROZCO frente a los cuestionamientos de la convocante respecto a la información necesaria para determinar el método o enfoque a aplicar para el valor razonable de los vehículos, si debe ser el valor de mercado activo si o si; en forma coherente con lo expuesto en forma escrita, responde que tanto para el enfoque de mercado como para el enfoque de costo la información del valor de reposición debe provenir de un mercado activo, pero la diferencia es que en el segundo método –de costo- puede partir de conseguir en el mercado un activo con obsolescencia.

Frente al cuestionamiento del Imput de entrada de las NIIF 13 que según opinión de la parte convocante restaba valor a las facturas, aclaró que las facturas si permiten determinar un valor pero no un valor de mercado. Sobre que en el dictamen el Dr. Orozco no le da el valor razonable a la revista Motor (según afirmación de la apoderada de SI 03) precisó que no ha dicho nunca que no tiene respaldo, sino que había dicho que eso respalda la compra de 6 vehículos no de 119 vehículos.

Continuando con las respuestas a los cuestionamientos de la parte convocante, al del por qué si en la revista motor estaban valores de los vehículos tampoco utilizo el método de costo, explica que cuando se escoge una metodología que debe ser confiable y consistente, no puede utilizar para 6 vehículos una metodología y para 113 vehículos otra metodología, indica que eso no tiene sentido, debe hacerse algo confiable, consistente como dice la norma.

A la cuestión sobre el hecho de recurrir a los estados financieros de SI 03 del año 2015, pero solo de los últimos 3 meses para establecer los ingresos de los vehículos, explicó que utilizó la utilidad efectivamente de marzo de 2015 para el cálculo de la utilidad neta remanente de los buses y que si bien pudo haber utilizado 12 meses “no era nada beneficiosa para SI 03”y porque además era lo que más refleja la realidad en el último mes.



Sobre el hecho que se restan los impuestos para determinar el cálculo del valor, precisó que es metodología definida en los flujos de caja; que, para calcular la utilidad operativa de unos ingresos, se cogen los ingresos operacionales que se recibió, quitarle los costos y ese neto, esa utilidad antes de impuestos, hay que pagar impuestos, le queda la utilidad neta y sobre esa utilidad neta es la que va a recibir el dueño del bus.

Pues bien, de esta breve, pero concreta alusión al dictamen pericial presentado por TRANSMILENIO, que contiene la metodología, así como los puntos relevantes de la contradicción, bajo los mismos parámetros en que se valoró el peritaje de parte convocante, siguiendo Doctrina¹¹ autorizada se puede verificar del procedimiento adoptado en el dictamen allegado por Transmilenio, suscrito por el Dr Guillermo Orozco que se fundamenta en las Normas Internacionales de Información Financiera, con su claridad sobre modificaciones y/o cambios en sus denominaciones. Su coherencia a lo largo de su exhaustiva y clara exposición y argumentación del porque la Norma NIIF 13 y el método de Enfoque de Ingresos constituye de valoración que refleja con mayor precisión el valor razonable de los 118 buses que SI 03 entregó a Transmilenio en marzo de 2015 (excluyendo 1 por no funcionamiento). Se advierte también que el Dictamen del Dr. Orozco resistió a la contradicción de la contraparte, que se realizó a través de interrogatorio en audiencia.

Lo anterior, en sentir de esta Agencia de Ministerio Publico, permite asignarle valor probatorio a la conclusión a la que arribo el perito, esto es el valor razonable de los 118 buses (1 no por no ingreso en funcionamiento) es de \$ 7.540.784.725 (a marzo 26 de 2015), porque la experticia técnica reúne los requisitos externos que debe verificar el juzgador en esta clase de prueba –Dictamen de parte- como son la experiencia, idoneidad y viabilidad del perito para hacer la experticia; el procedimiento seguido por el Dr Orozco tiene como fundamentación las Normas Internacionales de Información Financiera y en pruebas que obran en el proceso y/o fueron allegadas como anexos de su dictamen; su trabajo escrito y su exposición en audiencia es coherente y con la exhaustividad que el tema amerita. Adicionalmente su resistencia a los cuestionamientos en la etapa de contradicción (audiencia).

¹¹ Ibidem



Conclusión final, respecto de la demanda 5407 es indicar que vistas las razones por las cuales se tornan procedentes las pretensiones declarativas de la demanda, esto es, no opera la de REVERSIÓN de los buses en este caso y por ello su exigencia a través del Acta de Liquidación Bilateral del contrato 449 de 2003 se torna en un incumplimiento del mismo por parte del Concedente TRANSMILENIO. Igualmente, en reconocer la causación del daño antijurídico al patrimonio de SI 03 SA por esta orden de entregar los 119 buses alimentadores, como en efecto se hizo físicamente en marzo de 2006, que torna procedente la pretensión indemnizatoria, esta será por el valor total asignado en el dictamen pericial de parte presentado por TRANSMILENIO, respecto del valor razonable de los 118 buses (no 119 por mal funcionamiento de uno, Placa VDO 663) que asciende a \$7.540.784.725, Suma en que procede condena a la convocada a favor de la convocante.

▪ **Sobre intereses e indexación (pretensiones 10, 11 y subsidiarias)**

Se depreca en la demanda que la suma en que se condene a la convocada por indemnización a favor de SI 03 SA, sea indexada -Pretensión principal 10- y condena al pago de intereses comerciales de mora desde marzo 26 de 2003 a la fecha de la reforma de la demanda marzo de 2018 –Pretensión 11 principal, o en intereses comerciales corrientes por el mismo periodo –Pretensión subsidiaria segunda de la principal 11¹²

Sobre el particular, considera esta Agencia del Ministerio Público, que de acuerdo con el Código Civil, art. 1617, los intereses moratorios se causan respecto de obligaciones liquidadas –dinera- y según el 1608, la mora supone que no se haya cumplido la obligación dentro del plazo pactado, por lo que, La mora en el pago solo llega a producirse cuando exista en firme una obligación- En ese orden e ideas, para que surja la obligación de pagar intereses moratorios de una suma líquida de dinero, la obligación en que se impone tal pago debe estar en firme, de plazo vencido.

¹² La primera subsidiaria de la principal 11, recordemos, que consideramos que como pretensión nueva de la reforma a la demanda, no fue presentada en tiempo. apartado 2 de este escrito)



En este caso, tenemos que la obligación de TRANSMILENIO a pagar la suma de dinero a favor de SI 03 SA, en que procede la condena por concepto de indemnización sólo surge con ocasión del Laudo¹³ que así lo determine y que cobre firmeza. Es por ello que no se torna viable reconocerse interés en esta modalidad por el lapso de tiempo que pretende la Convocante (Marzo 26 de 2015 a marzo de 2018) por cuanto la obligación no había nacido. Sería un contrasentido del espíritu de la naturaleza misma de la mora regulada por el Código Civil Colombiano.

Debe precisarse, que el artículo 305 del Código General del Proceso dispone:

“Procedencia

Podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas o a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso, y cuando contra ellas se haya concedido apelación en el efecto devolutivo.

Si en la providencia se fija un plazo para su cumplimiento o para hacer uso de una opción, este solo empezará a correr a partir de la ejecutoria de aquella o de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso. La condena total o parcial que se haya subordinado a una condición solo podrá ejecutarse una vez demostrado el cumplimiento de esta”.

En este orden de cosas, procede condenarse a la entidad convocada a pagar los intereses moratorios previstos en la ley comercial, pero a partir de la ejecutoria del laudo.

Por otro lado, desde el punto de vista de la Economía, de la cual proviene el término, la ***indexación*** es el procedimiento mediante el cual se trae a valor presente un rubro causado en el pasado, con el fin de evitar su devaluación por el paso del tiempo. Bajo este entendido, en el caso concreto tenemos que el valor razonable los 118 buses entregados por SI 03 SA a TRANSMILENIO el 26 de marzo de 2015, conforme ya se indicó, será de \$ 7.540.784.725, suma que fue determinada a partir del Método de *enfoque de ingresos*, el cual como lo precisa el Dr OROZCO, parte del cálculo de los ingresos futuros que podrían generar los

¹³ La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 6 de diciembre de 2013, exp. 27593, alude al tema.



118 buses durante su vida útil y en cual tuvo como base la utilidad o ingreso neto que generaba diariamente cada bus, según información tomada de los estados financieros de SI 03 SA a marzo de 2015.

Es así que, indicó el perito de parte, que la utilidad (o ingreso neto) que generaba cada bus diariamente es de \$65.031, que se traduce en unos ingresos anuales netos de \$27.366.309 por bus. De lo que claramente se advierte que el cálculo para determinar el valor razonable de los 118 buses fue a partir del valor peso colombiano a marzo de 2015, arrojando un valor que como dijimos de \$7.540.784.725, que responde al valor peso de esa anualidad pero que, por el mero paso del tiempo sufre devaluación. Razón por la cual, en sentir de esta Agencia del Ministerio Público, para una verdadera indemnización a quien se le causó daño en su patrimonio, esta cifra debe ser indexada al momento en que el H Tribunal la reconozca en el Laudo, por cuanto han pasado más de 3 años que en efecto han hecho que los \$7.540.784.725 pierdan poder adquisitivo.

Ahora, no puede hablarse de incompatibilidad de los intereses moratorios y la indexación del monto reconocido, de lo que se ha hablado en varios litigios¹⁴ porque no se reconocen concomitantemente. En efecto, Aquellos, los intereses de mora opera por la ley –art. 305 citado, y cubre la desvalorización de la moneda posterior a la ejecutoria del lado que profiera la condena; en tanto que la indexación que en este caso, en sentir de esta Procuradora, procede, cubre la desvalorización de la moneda antes del Laudo, entre éste y la fecha de reversión de cada vehículo, marzo de 2015, que fue para la cual se determinó el valor razonable, conforme se encomendó al perito de parte-, como lo precisa al inicio de su experticia, Parte 11. (iv) página 14 del su escrito.

Por todo lo expuesto, en las demandas acumuladas, esta agencia del Ministerio Público, considera PRIMERO. Frente a las Pretensiones de la demanda 5406, fenómenos de Desequilibrio Económico e incumplimiento por lo no operatividad del total de la flota básica referente desde el inicio del contrato, en términos de oportunidad, se torna extemporáneo el pedido, dado que no se observan

¹⁴ Uno de ellos el Tribunal Arbitral La nación –Ministerio e tecnología de la Información y las Comunicaciones contra Comunicación Celular SA –Comcel SA y Colombia Telecomunicaciones SA ESP, habiendo referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 19 de noviembre de 2001, exp. 6094.



salvedades en el Acta de Liquidación Bilateral suscrita por las partes en marzo de 2015. Por lo que se considera no es dable acceder a ellas, como lo plantea TRANSMILENIO en su defensa.

SEGUNDO: Respecto de la demanda 5407, no hay razones de índole legal, ni contractual ni factico para que opere la REVERSION a la terminación del contrato de concesión 449 de 2003, de los buses alimentadores con que opero el concesionario en el Sistema, la exigencia del concedente TRANSMILENIO al suscribir el Acta Bilateral del Contrato, constituye incumplimiento contractual, generó daño patrimonial a SI 03 SA, por lo que procede su reconocimiento. En este orden no se acogen los argumentos que en su defensa presentó TRANSMILENIO.

Consecuentes con el reconocimiento del daño y a título de indemnización, en sentir de esta Agencia del Ministerio Publico, procede la condena a cargo de TRANSMILENIO y a favor e SI 03 SA, de pagar la suma de \$7.540.784.725, como valor razonable de los 118 buses entregados en marzo de 2015. Suma de dinero que procede ser indexada desde esa fecha hasta aquella en que se profiera el Laudo Arbitral. Los intereses de mora, serán los comerciales que corren por disposición legal a la ejecutoria del Laudo.

Hasta aquí considera esta Procuradora Judicial obrando como Agente del Ministerio Publico haber analizado y definido la suerte de las pretensiones de las demandas 5406 y 5407, dejando constancia que se ha obrado con total independencia de las partes y alejado de todo interés personal, con el único fin de cumplir con mi función misional de intervenir en los procesos en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales- Art.277 CP y 303 del CPACA.

OLGA LUCIA JARAMILLO GIRALDO
Procuradora Sexta Judicial II Asuntos Administrativos