

**CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**  
**CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN**

**LAUDO ARBITRAL**

**GMÓVIL S.A.S.**

**VS.**

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

**RADICACIÓN 4915**

**ÍNDICE**

	<b>PÁGINA</b>
<b>CAPÍTULO I – TÉRMINOS DEFINIDOS -----</b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO II – PARTES Y APODERADOS -----</b>	<b>21</b>
<b>CAPÍTULO III – ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO-----</b>	<b>23</b>
A. Solicitud de convocatoria y conformación del Tribunal Arbitral -----	23
B. Instalación del Tribunal Arbitral -----	25
C. Admisión de la Demanda Inicial. Contestación. Reconvención Inicial. Admisión y Contestación -----	26
D. Medida cautelar solicitada por Gmóvil-----	27
E. Reformas de la Demanda Inicial y de la Reconvención Inicial. Contestaciones-----	29
F. Audiencia de Conciliación. Fijación y pago de honorarios -----	32
G. Primera Audiencia de Trámite. Competencia y decreto de pruebas -----	32
H. Práctica de pruebas -----	36
I. Alegatos. Audiencia de Laudo-----	40
J. Control de legalidad -----	45
K. Término de duración del Proceso -----	45
<b>CAPÍTULO IV – ANTECEDENTES Y CIRCUNSTANCIAS QUE ENMARCAN LA CONTROVERSI-----</b>	<b>47</b>
A. Antecedentes del sistema de transporte público en la ciudad de Bogotá -----	47

TRIBUNAL ARBITRAL

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

---

B. Creación de Transmilenio -----	48
C. Implementación del Sistema Transmilenio. Adjudicaciones-----	49
D. Sistema SITP -----	50
E. Desarrollo del SITP -----	52
F. Relación fáctica de Gmóvil -----	53
G. Relación fáctica de Transmilenio-----	56
<b>CAPÍTULO V – PRETENSIONES Y EXCEPCIONES DE LAS PARTES -----</b>	<b>57</b>
A. Pretensiones de Gmóvil -----	57
B. Pretensiones de Transmilenio-----	61
C. Contestación de la Demanda y Excepciones de Transmilenio-----	62
D. Contestación de la Reconvención y Excepciones de Gmóvil -----	67
<b>CAPÍTULO VI – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL -----</b>	<b>69</b>
A. Aspectos procesales -----	69
A.1 <i>Aspectos generales</i> -----	69
A.2 <i>Excepción de Transmilenio sobre falta de competencia del Tribunal respecto de ciertas Pretensiones de la Demanda</i> -----	71
A.3 <i>Objeción por error grave del Dictamen Técnico</i> -----	72
A.4 <i>Tacha de Testigos</i> -----	74
A.5 <i>Documentación sujeta a confidencialidad</i> -----	74
B. Consideración básica sobre el alcance de las Pretensiones de las Partes -----	75
C. El Contrato de Concesión. Naturaleza y alcance obligacional -----	77
C.1 <i>La concesión como modalidad de la contratación estatal</i> -----	77

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

---

C.2	<i>La incorporación normativa a partir del artículo 38 de la Ley 153 de 1887</i>	83
C.3	<i>La buena fe como integrante de las obligaciones contractuales</i>	91
D.	<i>Evaluación y conclusiones sobre las Pretensiones declarativas de la Demanda</i>	95
D.1	<i>Observación preliminar</i>	95
D.2	<i>Pretensiones de la Demanda aceptadas por Transmilenio</i>	95
D.3	<i>Pretensiones relacionadas con la asignación de riesgos en el Contrato 004-2010 y, en particular, la nulidad o no de la Matriz de Riesgos</i>	96
D.4	<i>Pretensiones generales</i>	113
	Pretensión No. 1	113
	Pretensión No. 2	114
	Pretensión No. 3	122
	Pretensión No. 4	125
	Pretensión No. 5	127
	Pretensión No. 6	128
	Pretensión No. 7	129
	Pretensión No. 8	131
	Pretensión No. 9	132
	Pretensiones Nos. 10, 11 y 12	134
D.5	<i>Pretensiones particulares – Relativas al Cierre Financiero</i>	140
	Pretensión No. 13	141
	Pretensión No. 14	142
	Pretensión No. 15	145

---

TRIBUNAL ARBITRAL

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

---

Pretensiones Nos. 16 y 17 -----	146
<i>D.6 Pretensiones particulares – Relativas a la falta de Implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP)-----</i>	<i>147</i>
Pretensión No. 18-----	148
Pretensión No. 19-----	149
Pretensión No. 20-----	150
Pretensión No. 21 y subsidiaria-----	154
Pretensión No. 22 y subsidiaria-----	156
Pretensión No. 23-----	159
Pretensiones Nos. 24 y 25 -----	162
<i>D.7 Pretensiones particulares – Relativas a la No Integración de la Programación Troncal del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP con las Fases I y II del Sistema Transmilenio-----</i>	<i>165</i>
Pretensión No. 26 y subsidiaria-----	165
<i>D.8 Pretensiones particulares – Relativas al incumplimiento de Transmilenio en relación con la Entrega del Patio Troncal Calle 26 – El Dorado-----</i>	<i>172</i>
Pretensión No. 27-----	172
Pretensión No. 28-----	173
Pretensión No. 29 y subsidiaria-----	173
<i>D.9 Pretensiones particulares – Relativas a la Infraestructura Transitoria – Ampliación Indefinida de la Etapa de Transición-----</i>	<i>179</i>
Pretensión No. 30-----	179
Pretensión No. 31-----	180

TRIBUNAL ARBITRAL

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

---

Pretensión No. 32 y subsidiaria-----	181
<i>D.10 Pretensiones particulares – Relativas a los incumplimientos legales y contractuales de Transmilenio asociados a la gestión de los contratos de concesión Nos. 005, 012 y 013 de 2010 suscritos con Coobus y/o Egobus, respectivamente, y los efectos que desencadenó para el Sistema y particularmente para Gmóvil -----</i>	<i>190</i>
Pretensión No. 33 y subsidiaria-----	190
Pretensión No. 34 y subsidiaria-----	194
Pretensión No. 35 y subsidiaria-----	196
Pretensiones Nos. 36 a 40 -----	199
<i>D.11 Pretensiones particulares – Relativas a la desintegración física de vehículos (Chatarrización)-----</i>	<i>201</i>
Pretensiones Nos. 41 y subsidiaria y 42-----	201
Pretensiones Nos. 43 y 44 -----	206
Pretensión No. 45 y subsidiaria-----	209
Pretensión No. 46-----	210
<i>D.12 Pretensiones particulares – Relativas al Cruce de Flota -----</i>	<i>217</i>
Pretensiones Nos. 47, 48, 49 y subsidiaria -----	217
<i>D.13 Pretensiones particulares – Relativas a la insuficiente socialización del Sistema y del acceso al Medio de Pago -----</i>	<i>221</i>
Pretensión No. 50-----	221
<i>D.14 Pretensiones particulares – Relativas al Sistema Integrado, Control e Información y Servicio al Usuario – SIRCI y el Concesionario SIRCI -----</i>	<i>222</i>
Pretensión No. 51 y subsidiaria-----	223
Pretensión No. 52-----	225

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. vs EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

---

Pretensión No. 53-----	234
Pretensión No. 54 y subsidiarias-----	236
<i>D.15 Pretensiones particulares – Relativas a la evasión en el componente zonal y piratería -----</i>	<i>238</i>
Pretensión No. 55 y subsidiaria-----	238
Pretensión No. 56 y subsidiaria-----	241
<i>D.16 Pretensiones particulares – Relativas a otros reconocimientos pendientes tales como la Flota Nueva – Sistema Euro V y Mantenimiento de los Mecanismos de Accesibilidad -----</i>	<i>243</i>
Pretensión No. 57 y subsidiaria-----	244
Pretensiones Nos. 58 y 59 y subsidiaria-----	249
<i>D.17 Pretensiones particulares – Relativas a la asignación de riesgos del Contrato ---</i>	<i>-----</i>
<i>-----</i>	<i>254</i>
Pretensiones Nos. 60 a 65 y 68-----	254
Pretensiones Nos. 66 y 67 -----	254
<i>D.18 Pretensiones particulares – Relativas a la velocidad comercial y sus efectos</i>	<i>257</i>
Pretensión No. 69 y subsidiaria-----	257
<i>D.19 Pretensiones particulares – Relativas al valor de los derechos de participación del Concesionario (Tarifa)-----</i>	<i>260</i>
Pretensión No. 70-----	260
Pretensión No. 71-----	262
Pretensiones Nos. 72 y 73 -----	263
Pretensiones Nos. 74 y 75 -----	265
Pretensiones Nos. 76, 77 y 78 -----	274

---

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

---

Pretensiones Nos. 79, 80 y 81 -----	277
Pretensiones Nos. 82, 83 y 84 -----	281
Pretensiones Nos. 85, 86 y 87 -----	283
Pretensión No. 88 -----	285
Pretensión No. 89 -----	287
Pretensión No. 90 -----	288
Pretensión No. 91 y subsidiaria -----	289
<i>D.20 Pretensiones particulares – Relativas a Desincentivos, Manual de Operaciones y Manual de Niveles de Servicio -----</i>	<i>291</i>
Pretensión No. 92 -----	291
Pretensión No. 93 y subsidiarias -----	294
Pretensión No. 94 y subsidiaria -----	300
Pretensiones Nos. 95 a 98 -----	305
Pretensión No. 99 y subsidiaria -----	308
Pretensión No. 100 -----	310
<i>D.21 Pretensiones de condena -----</i>	<i>312</i>
Pretensiones Nos. 107 y 108 -----	312
Pretensión No. 109 y subsidiaria -----	315
Pretensiones Nos. 121, 122 y 123 -----	317
Pretensiones denegadas -----	321
E. Evaluación y conclusiones sobre las Pretensiones de la Reconvención -----	323
<i>E.1 Observación preliminar -----</i>	<i>323</i>

---

TRIBUNAL ARBITRAL

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

---

E.2	§ 6.1 – Pretensiones Principales -----	324
	Pretensión No. 1 - Principal -----	324
	Pretensiones Nos. 2, 3 y su subsidiaria - Principal -----	325
E.3	§ 6.2 – Pretensiones relacionadas con hitos contractuales – Integración -----	338
	Pretensión No. 1 - Integración -----	339
	Pretensión No. 2 y su subsidiaria – Integración -----	340
	Pretensiones Nos. 3, 4, 5 y 6 – Integración -----	342
	Pretensiones Nos. 7 y 8 – Integración -----	343
E.4	§ 6.2 - Pretensiones relacionadas con hitos contractuales – Implementación ----	345
	Pretensiones Nos. 9, 10, 11 y 15 y su subsidiaria – Implementación -----	345
	Pretensiones Nos. 12, 13 y 14 – Implementación -----	347
	Pretensiones Nos. 16 y 17 – Implementación -----	349
	Pretensiones Nos. 18 y 19 – Implementación -----	351
E.5	§ 6.3.– Pretensiones relativas a la solicitud de nulidad del parágrafo 1º de la Cláusula 119.1 del Contrato 004-2010-----	353
E.6	Pretensiones de condena-----	356
	Pretensiones No. 4 y subsidiarias (grupo Principal) y Nos. 1 y 2 (grupo Condena) ---	356
	Pretensiones Nos. 3 y 4 – Condena -----	361
	Pretensión No. 5 – Condena -----	362
F.	Excepciones-----	363
G.	Juramentos estimatorios -----	366
H.	Conducta de las Partes-----	369

---

TRIBUNAL ARBITRAL

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

---

I. Costas del Proceso -----	369
<b>CAPÍTULO VII – DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL-----</b>	<b>371</b>
A. Sobre las pretensiones de la Demanda: -----	371
A.1 <i>Pretensiones Generales</i> -----	371
A.2 <i>Pretensiones Particulares</i> -----	372
A.2-1 Relativas al Cierre Financiero -----	372
A.2-2 Relativas a la falta de Implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP)-----	373
A.2-3 Relativas a la No Integración de la Programación Troncal del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP con las Fases I y II del Sistema Transmilenio-----	373
A.2-4 Relativas al incumplimiento de Transmilenio en relación con la Entrega del Patio Troncal Calle 26 – El Dorado -----	374
A.2-5 Relativas a la Infraestructura Transitoria – Ampliación Indefinida de la Etapa de Transición -----	374
A.2-6 Relativas a los incumplimientos legales y contractuales de Transmilenio asociados a la gestión de los contratos de concesión Nos. 005, 012 y 013 de 2010 suscritos con Coobus y/o Egobus, respectivamente, y los efectos que desencadenó para el Sistema y particularmente para Gmóvil -----	375
A.2-7 Relativas a la desintegración física de vehículos (Chatarrización) -----	375
A.2-8 Relativas al Cruce de Flota -----	376
A.2-9 Relativas a la insuficiente socialización del Sistema y del acceso al Medio de Pago -----	376
A.2-10 Relativas al Sistema Integrado, Control e Información y Servicio al Usuario – SIRCI y el Concesionario SIRCI-----	376
A.2-11 Relativas a la evasión en el componente zonal y piratería-----	376

---

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

---

A.2-12	Relativas a otros reconocimientos pendientes tales como la Flota Nueva – Sistema Euro V y Mantenimiento de los Mecanismos de Accesibilidad -----	376
A.2-13	Relativas a la asignación de riesgos del Contrato -----	376
A.2-14	Relativas a la velocidad comercial y sus efectos -----	377
A.2-15	Relativas al valor de los derechos de participación del Concesionario (Tarifa) -----	377
A.2-16	Relativas a Desincentivos, Manual de Operaciones y Manual de Niveles de Servicio -----	378
A.3	<i>Pretensiones de Condena</i> -----	378
B.	Sobre las pretensiones de la Reconvención: -----	379
B.1	<i>Pretensiones Principales</i> -----	379
B.2	<i>Pretensiones relacionadas con hitos contractuales – Integración</i> -----	380
B.3	<i>Pretensiones relacionadas con hitos contractuales – Implementación</i> -----	380
B.4	<i>Pretensiones relativas a la solicitud de nulidad del parágrafo 1º de la Cláusula 119.1 del Contrato 004-2010</i> -----	382
B.5	<i>Pretensiones de condena</i> -----	382
C.	Sobre las Excepciones: -----	382
D.	Sobre los juramentos estimatorios: -----	383
E.	Sobre costas del Proceso: -----	383
F.	Sobre pago de las condenas: -----	384
G.	Sobre tacha de Testigos y objeción al Dictamen Técnico: -----	384
H.	Sobre aspectos administrativos: -----	384

**TRIBUNAL ARBITRAL**

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

---

**CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ  
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN  
LAUDO**

**Bogotá, 30 de abril de 2019**

Toda vez que corresponde a la oportunidad procesal pertinente, el Tribunal Arbitral expide el Laudo que se expresa a continuación, a través de los diversos capítulos que integran el mismo.

**CAPÍTULO I – TÉRMINOS DEFINIDOS**

1. Las palabras y expresiones definidas en este Laudo tendrán, sujeto a la clarificación que adelante se expone, el significado que aquí se les atribuye, precisándose que cuando haya un término definido con dos (2) o más acepciones se indicará, de ser necesaria, la correspondiente referencia *cruzada*.
2. Donde el contexto lo requiera, las palabras y expresiones en número singular incluirán el correspondiente plural y viceversa y las palabras en género masculino incluirán el correspondiente femenino y viceversa.
3. **Con el exclusivo propósito de facilidad de referencia y, desde luego, sin ningún otro efecto**, la tabla siguiente muestra los principales términos definidos:

Término Definido	Significado
"Acuerdo 04" o "Acuerdo 04 de 1999"	El Acuerdo 004 del 4 de febrero de 1999 expedido por el Concejo de Bogotá.
"Adenda"	Cualquiera de las Adendas al Pliego de Condiciones, o su combinación en cualquier forma.
"Alegato de Gmóvil"	El alegato escrito presentado por Gmóvil el 26 de noviembre de 2018, a continuación de la exposición oral hecha en la misma fecha.
"Alegato de Transmilenio"	El alegato escrito presentado por Transmilenio el 26 de noviembre de 2018, a continuación de la exposición oral hecha en la misma fecha, el cual tiene dos (2) textos, uno referido a la Demanda y otro referido a la Reconvencción.

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Término Definido	Significado
"Alegatos"	Conjuntamente el Alegato de Gmóvil y el Alegato de Transmilenio, e individualmente cualquiera de ellos.
"Angelcom"	Angelcom S.A.
"Apoderados"	Los apoderados judiciales de Gmóvil y de Transmilenio reconocidos y actuantes en este Proceso.
"Arbitraje" o "Proceso"	El presente proceso arbitral, promovido por Gmóvil contra Transmilenio.
"Árbitros"	Los árbitros que conforman este Tribunal.
"Audiencia"	Cualquier audiencia celebrada en el curso del Arbitraje.
"C.C."	Código Civil.
"C.C.A."	Código Contencioso Administrativo.
"C. Co."	Código de Comercio.
"C.G.P."	Código General del Proceso.
"C.N."	Constitución Política de Colombia.
"C.P.A.C.A."	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
"Cal y Mayor"	Cal y Mayor y Asociados S.C., sociedad autora del Dictamen Técnico.
"Centro" o "Centro de Arbitraje"	El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
"Cláusula Compromisoria"	La consignada en la cláusula 178 del Contrato, titulada <i>Tribunal de Arbitramento en Derecho</i> .
"Concepto del Ministerio Público"	El concepto presentado por el Representante del Ministerio Público el 26 de noviembre de 2018.
"CONPES"	Consejo Nacional de Política Económica y Social.
"Consejo de Estado" o "C. de E."	El Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera (salvo indicación en contrario).

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Término Definido	Significado
"Contestación de la Demanda" o "Contestación de la Demanda Reformada"	La contestación de la Demanda Reformada, presentada por Transmilenio el 3 de octubre de 2017.
"Contestación de la Reconvención" o "Contestación de la Reconvención Reformada"	La contestación de la Reconvención Reformada, presentada por Gmóvil el 12 de diciembre de 2017.
"Contestaciones"	La Contestación de la Demanda o la Contestación de la Reconvención, según sea el caso.
"Contrato" o "Contrato 004-2010" o "Contrato de Concesión"	El <i>Contrato de Concesión para la explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema de SITP para la Zona 2) Engativá con operación troncal</i> , suscrito el 16 de noviembre de 2010 entre Transmilenio y Gmóvil, incluyendo, según sea el contexto uno o más de sus Otrosíes.
"Convocada"	Transmilenio, sociedad anónima con domicilio en Bogotá.
"Convocante"	Gmóvil, sociedad por acciones simplificada con domicilio en Bogotá.
"Coobus"	Operador Solidario de Propietarios Transportadores – Coobus S.A.S.
"Corte Suprema" o "C.S.J."	Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil.
"Declaración"	Cualquier declaración decretada y rendida en el curso del Arbitraje diferente del Interrogatorio de Parte y de la Declaración de Parte.
"Declaración de Parte"	La declaración de parte decretada y rendida en el Proceso por el representante legal de Gmóvil.
"Declarante"	Cualquier declarante en este Proceso, incluyendo los Peritos, pero excluyendo el

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Término Definido	Significado
	representante legal a cargo de la Declaración de Parte y del Interrogatorio de Parte
"Decreto 309 de 2009"	El Decreto Distrital No. 309, expedido el 23 de julio de 2009, incluyendo, según sea el contexto, sus modificaciones o adiciones.
"Decreto 319 de 2006"	El Decreto Distrital No. 319, expedido el 15 de agosto de 2006, incluyendo, según sea el contexto, sus modificaciones o adiciones.
"Demanda Inicial"	La demanda presentada por Gmóvil el 1º de septiembre de 2016.
"Demanda Reformada" o "Demanda"	La <i>Reforma Integrada de la Demanda Arbitral</i> presentada por Gmóvil el 22 de agosto de 2017.
"Demandada en Reconvención"	Gmóvil.
"Demandante en Reconvención"	Transmilenio.
"Dictamen" o "Peritaje"	Cualquier dictamen pericial integrante del material probatorio del Proceso.
"Dictamen Financiero"	El Dictamen elaborado por Selfinver a solicitud de Gmóvil.
"Dictamen Integra"	El Dictamen rendido por Integra Auditores, incluyendo su aclaración y complementación.
"Dictamen Técnico"	El Dictamen elaborado por Cal y Mayor a solicitud de Gmóvil.
"Dólares" o "US\$"	Moneda legal de los Estados Unidos de América.
"Egobus"	Empresa Gestora Operadora de Buses Egobus S.A.S.
"Estatuto de Contratación Pública"	De manera genérica la Ley 80 de 1993, incluyendo sus adiciones y modificaciones.
"Excepciones"	Genéricamente, y en función de su contexto, las Excepciones de Gmóvil y/o las Excepciones de Transmilenio, o cualquiera de unas u otras.

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Término Definido	Significado
"Excepciones de Gmóvil"	Las excepciones y/o defensas formuladas por Gmóvil.
"Excepciones de Transmilenio"	Las excepciones y/o defensas formuladas por Transmilenio.
"Gmóvil"	Ver "Convocante".
"Hechos"	Los relatados en (i) la § V de la Demanda, o en (ii) la § IV de la Reconvención; o (iii) cualquier grupo de unos u otros; o (iv) cualquiera de unos u otros en forma individual.
"I.D.U."	El <i>Instituto de Desarrollo Urbano</i> .
"I.P.C."	Índice de Precios al Consumidor reportado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, o quien haga sus veces.
"Informe Juramentado"	El informe para ser rendido bajo juramento por el representante legal de Transmilenio.
"Integra Auditores"	Integra Auditores Consultores S.A., sociedad autora del Dictamen Integra, decretado por el Tribunal a solicitud de Transmilenio.
"Interrogatorio de Parte"	El interrogatorio de parte decretado y rendido en el Proceso por el representante legal de Gmóvil.
"I.V.A."	Impuesto al valor agregado.
"Laudo"	El laudo que emite el Tribunal Arbitral mediante esta providencia.
"Ley 80 de 1993"	Véase <i>Estatuto de Contratación Pública</i> .
"Ley 1150 de 2007"	Véase <i>Estatuto de Contratación Pública</i> .
"Ley 1563"	La Ley 1563 de 2012 y cualquier norma que la adicione o modifique.
"Licitación 004-2009" o "Licitación"	La Licitación Pública No. TMSA – LP -004 – 2009, abierta por Transmilenio a través de la Resolución 64 de 2010.
"Matriz de Riesgos"	El Anexo No. 5 del Contrato 004-2010.
"Medida Cautelar"	La medida cautelar innominada solicitada por Gmóvil el 2 de mayo de 2017.

**TRIBUNAL ARBITRAL**

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

<b>Término Definido</b>	<b>Significado</b>
<b>"Ministerio Público"</b>	La Procuraduría General de la Nación.
<b>"NIT"</b>	Número de Identificación Tributaria.
<b>"Otrosí"</b>	Cualquier modificación o adición al Contrato 004-2010, o a cualquier otro contrato o instrumento mencionado en el Laudo.
<b>"Partes"</b>	Gmóvil y/o Transmilenio, o cualquiera de ellas.
<b>"Pacios"</b>	Genéricamente, los <i>Terminales Zonales</i> o <i>Pacios Zonales</i> , definidos en la § 1.81 del Contrato 004-2010.
<b>"Pesos" o "\$"</b>	Moneda legal de la República de Colombia.
<b>"Perito"</b>	El autor de cualquier Dictamen presentado en el Proceso.
<b>"Pliego de Condiciones"</b>	El Pliego de Condiciones de la Licitación 004-2009, incluyendo, según el contexto, una o varias Adendas.
<b>"Pretensiones"</b>	Genéricamente, las Pretensiones de la Demanda y/o de la Reconvención, incluyendo grupos de las mismas, o cualquiera de ellas en forma individual.
<b>"Principios UNIDROIT"</b>	<i>Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales – Versión 2010.</i>
<b>"Profit"</b>	Profit Banca de Inversión S.A.S.
<b>"Recaudo Bogotá"</b>	Recaudo Bogotá S.A.S.
<b>"Reconvención Inicial"</b>	La demanda reconvencional presentada por Transmilenio el 12 de junio de 2017.
<b>"Reconvención Reformada" o "Reconvención"</b>	La <i>Reforma de la Demanda de Reconvención</i> , presentada por Transmilenio el 24 de noviembre de 2017.
<b>"Representante del Ministerio Público"</b>	Víctor David Lemus, Procurador Séptimo Judicial II Administrativo.
<b>"Resolución 64 de 2010"</b>	La Resolución 064, expedida por Transmilenio el 30 de enero de 2010 convocando a la Licitación 004-2009.

**TRIBUNAL ARBITRAL**

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

<b>Término Definido</b>	<b>Significado</b>
<b>"Resolución 447 de 2010"</b>	La Resolución 447, expedida por Transmilenio el 2 de noviembre de 2010, en cuya virtud se le adjudicó a Gmóvil parte de la Licitación 004-2009.
<b>"S.I.C."</b>	Superintendencia de Industria y Comercio.
<b>"S.P.T."</b>	Superintendencia de Puertos y Transporte.
<b>"Secretaria"</b>	La secretaria del Tribunal Arbitral.
<b>"Selfinver"</b>	Selfinver Banca de Inversión Ltda., sociedad autora del Dictamen Financiero.
<b>"SIRCI"</b>	Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario.
<b>"SITP"</b>	Sistema Integrado de Transporte Público.
<b>"SITP Provisional"</b>	El esquema de rutas provisionales, supuestamente complementario del SITP, que opera a través de un permiso otorgado por la Secretaría Distrital de Movilidad.
<b>"Testigo"</b>	Ver <i>"Declarante"</i> .
<b>"Testimonio"</b>	Ver <i>"Declaración"</i> .
<b>"Transmilenio"</b>	Ver <i>"Convocada"</i> .
<b>"Tribunal Arbitral" o "Tribunal"</b>	El tribunal arbitral a cargo de este Proceso.

4. En la parte resolutive del Laudo se podrán emplear las definiciones anteriores, exceptuando las de las Partes, que, en cuanto sea necesario, serán identificadas por su denominación completa. Asimismo las Pretensiones podrán ser identificadas como "No. 1", en lugar de "Primera" y así sucesivamente.
  
5. Las expresiones "Art." o "Par." o "§" significarán, según el contexto en que se empleen, cualquier artículo, sección, párrafo o capítulo de una disposición legal o de una cláusula o estipulación contractual, o de un escrito o decisión relativa a este Arbitraje.
  
6. En la medida de lo posible, y en cuanto sea práctico, las citas de documentos, escritos de las Partes, disposiciones del Tribunal, normatividad, jurisprudencia,

**TRIBUNAL ARBITRAL**

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

---

doctrina, etc. que se hagan en este Laudo seguirán el correspondiente formato original.

7. A su turno, por razones de facilidad, en caso de citas de documentos obrantes en el Proceso, se acudirá, indistintamente, a la mención de los cuadernos y folios del expediente, o a la página del correspondiente documento (escritos de las Partes y/o del Ministerio Público, Testimonios, Dictámenes, etc.).

**CAPÍTULO II – PARTES Y APODERADOS**

8. Son Partes en este Proceso:

a. Como **Convocante**:

**Gmóvil S.A.S.**, (atrás definida como "*Convocante*" o "*Gmóvil*"), sociedad por acciones simplificada, con domicilio en Bogotá y NIT 900.364.704-3, constituida mediante documento privado del 15 de junio de 2010, inscrita el siguiente 17 de junio en la Cámara de Comercio de Bogotá, bajo el número 01391921 del Libro IX, representada legalmente por su gerente general Juan Fernando Cajiao Pulido, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.<sup>1</sup>

b. Como **Convocada**:

**Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.**, (atrás definida como "*Convocada*" o "*Transmilenio*"), sociedad anónima, con domicilio en Bogotá y NIT 830.063.506-6, constituida mediante escritura pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999 de la Notaría 27 de Bogotá, representada legalmente por su gerente general, Alexandra Rojas Lopera, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.<sup>2</sup>

9. Los Apoderados en este Proceso han sido:

---

<sup>1</sup> Cuaderno Principal No. 1 – Folios 234 y siguientes.

<sup>2</sup> Ibid. – Folios 293 y siguientes.

**TRIBUNAL ARBITRAL**

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

---

- a. De Gmóvil, el doctor Edwin Cortés Mejía, a quien se le reconoció personería oportunamente, y ocasionalmente sustituyó su poder en el doctor David Yaya Narváez y en el doctor José Gutiérrez Mestre.
  
- b. De Transmilenio, el doctor Daniel Benavides Sanseviero, a quien se le reconoció personería oportunamente.

**CAPÍTULO III – ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO**

**A. Solicitud de convocatoria y conformación del Tribunal Arbitral**

10. El 1º de septiembre de 2016 la Convocante presentó ante el Centro de Arbitraje la Demanda Inicial con el objeto de dirimir por la vía arbitral sus diferencias con Transmilenio.<sup>3</sup>
11. A tal efecto invocó la Cláusula Compromisoria, cuyo tenor es:

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

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

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

---

<sup>3</sup> Ibíd. – Folios 1 a 233.

178.3. Los árbitros decidirán en derecho.

178.4. El Tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1.989, Ley 23 de 1.991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, y por las demás normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.

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

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

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

La intervención del Tribunal de Arbitramento no suspenderá la ejecución del Contrato.”

12. De conformidad con lo previsto en la precitada § 178.2, la doctora Florencia Lozano Revéz y los doctores Nicolás Gamboa Morales y Gilberto Peña Castrillón fueron designados de común acuerdo por las Partes como árbitros principales,<sup>4</sup> y aceptaron el nombramiento en la oportunidad legal correspondiente.
13. No obstante, el 23 de noviembre de 2016, el doctor Peña Castrillón presentó renuncia del cargo y en tal virtud, fue llamado el primer suplente, doctor Juan Carlos Expósito Vélez,<sup>5</sup> quien aceptó el 1º de diciembre de 2016 y dio

---

<sup>4</sup> Ibid. – Folio 292.

<sup>5</sup> Tanto el doctor Expósito Vélez, como la doctora Anne Marie Murrel y el doctor Jorge Suescún Melo fueron designados como árbitros suplentes (numéricos) en la misma oportunidad en que se seleccionaron los árbitros principales.

cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1563,<sup>6</sup> sin que las Partes hubieran hecho manifestación alguna.

14. En comunicación fechada 13 de enero de 2017, la Subgerente Jurídica de Transmilenio le solicitó al doctor Expósito Vélez reconsiderar su aceptación como árbitro y separarse del conocimiento de este Proceso por las razones allí expuestas, petición que fue declinada por este en comunicación del siguiente 19 de enero, donde expuso los motivos para ello.
15. El 23 de enero de 2017, Transmilenio planteó la recusación del doctor Expósito Vélez e indicó las causales y fundamentos de la misma, solicitándole, nuevamente, separarse del conocimiento de este Arbitraje, y a los restantes árbitros adoptar tal decisión, caso de que el doctor Expósito Vélez persistiera en conservar su condición de tal.
16. Con observancia del trámite correspondiente, el doctor Expósito Vélez, en escrito del 3 de febrero de 2017, rechazó la recusación propuesta en su contra y, los árbitros Lozano Revéz y Gamboa Morales, en decisión adoptada el siguiente 17 de febrero, denegaron la recusación y consiguiente separación del Proceso por parte del doctor Expósito Vélez.
17. De esta forma, el Tribunal quedó finalmente integrado por los Árbitros Florencia Lozano Revéz, Juan Carlos Expósito Vélez y Nicolás Gamboa Morales.

**B. Instalación del Tribunal Arbitral**

18. El 6 de marzo de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal.<sup>7</sup> Allí, mediante Auto No. 1, este dispuso:
  - a. Designar a la doctora Patricia Zuleta García como Secretaria;

---

<sup>6</sup> Ibid. – Folio 467.

<sup>7</sup> Ibid. – Folios 684 a 688.

- b. Establecer como lugar de funcionamiento y de secretaría del Tribunal el Centro de Arbitraje, localizado en la Calle 76 No. 11-52 de Bogotá; y
  - c. Reconocer personería a los Apoderados.
19. En la misma fecha, mediante Auto No. 2, se inadmitió la Demanda Inicial y se ordenó requerir la subsanación de la misma, concediendo a Gmóvil el término de cinco (5) días para ello.

**C. Admisión de la Demanda Inicial. Contestación. Reconvención Inicial. Admisión y Contestación**

20. El 13 de marzo de 2017, Gmóvil subsanó la Demanda Inicial de conformidad con lo ordenado por el Tribunal,<sup>8</sup> y este, mediante Auto No. 3, la admitió y ordenó su notificación y correspondiente traslado a Transmilenio, lo cual se surtió el siguiente 17 de marzo.
21. Mediante Auto No. 4 del 7 de abril de 2017, el Tribunal denegó el recurso de reposición interpuesto por Transmilenio contra el auto admisorio de la Demanda Inicial.<sup>9</sup>
22. El 12 de junio de 2017, de manera oportuna, la Convocada presentó la contestación de la Demanda Inicial, incluyendo la proposición de varias Excepciones y objetando el juramento estimatorio formulado por Gmóvil.<sup>10</sup>
23. Asimismo, dentro del término de contestación de la Demanda Inicial, Transmilenio presentó la Reconvención Inicial,<sup>11</sup> la cual fue admitida por el

---

<sup>8</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 17 y siguientes.

<sup>9</sup> Ibid. – Folios 82 y siguientes.

<sup>10</sup> Ibid. – Folios 173 a 289.

<sup>11</sup> Ibid. – Folios 148 a 172.

Tribunal mediante Auto No 7 de 16 de junio de 2017,<sup>12</sup> y contestada oportunamente por Gmóvil el siguiente 25 de julio de 2017, proponiendo varias Excepciones y objetando el juramento estimatorio formulado por Transmilenio.<sup>13</sup>

24. Mediante Auto No. 9 del 31 de julio de 2017,<sup>14</sup> se dispuso el traslado a las Partes de las Excepciones propuestas, así como el previsto en el artículo 206 del C.G.P., respecto de las objeciones al juramento estimatorio presentadas por cada una de ellas en su respectiva contestación.
25. En virtud del antedicho traslado, Transmilenio solicitó, de manera oportuna, pruebas adicionales relativas a las Excepciones planteadas por su contraparte y se pronunció frente a la objeción al juramento estimatorio formulado por Gmóvil,<sup>15</sup> quien, por su lado, no radicó escrito alguno.

**D. Medida cautelar solicitada por Gmóvil**

26. El 2 de mayo de 2017, Gmóvil presentó un escrito,<sup>16</sup> solicitándole al Tribunal lo siguiente:

“Decretar la medida cautelar innominada consistente en ordenar a TRANSMILENIO S.A. exhibir o, en subsidio, entregar a GMÓVIL S.A.S. dentro de un plazo perentorio que se estima en cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del Auto mediante el cual el Tribunal se pronuncie respecto de la presente solicitud, los siguientes documentos:

---

<sup>12</sup> Ibid. – Folios 143 a 144.

<sup>13</sup> Cuaderno Principal No. 3 – Folios 38 a 75.

<sup>14</sup> Ibid. – Folios 30 a 33.

<sup>15</sup> Ibid. – Folio 89 a 105.

<sup>16</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 92 a 103.

3.1.1. El modelo financiero utilizado para estructurar la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009.

3.1.2. El modelo de transporte con el cual se estructuró el diseño operacional del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP- incluyendo la red de transporte público considerada, las matrices de Viaje por segmento de demanda y los resultados de asignación para cada escenario de modelación.

3.1.3. Las bases de cálculo con el diseño operacional de cada ruta SITP y para cada escenario de modelación. Asimismo, las bases de cálculo con la delegación de pasajeros, Kilómetros y flota por zona concesionada y su expansión de la hora de modelación a valores diarios y anuales.

3.1.4. El estudio de mercadeo con base en el cual determinaron los rendimientos de combustible, lubricantes, neumáticos, mantenimiento y operadores necesarios para estructurar la tarifa por Kilómetro (TKMZ), de la operación del SITP.”

27. Mediante Auto No. 5 del 18 de mayo de 2017,<sup>17</sup> el Tribunal ordenó el traslado de la solicitud de la Medida Cautelar, que fue descorrido el siguiente 25 de mayo por Transmilenio, oponiéndose íntegramente.<sup>18</sup>
28. Mediante Auto No. 6 del 8 de junio de 2017,<sup>19</sup> el Tribunal no accedió al decreto de la Medida Cautelar, decisión que fue recurrida por Gmóvil el siguiente 14 de junio.
29. Con relación a este recurso de reposición:

---

<sup>17</sup> Ibid. – Folios 105 a 107.

<sup>18</sup> Ibid. – Folios 108 a 122.

<sup>19</sup> Ibid. – Folios 124 a 138.

- a. El 21 de junio de 2017,<sup>20</sup> el Representante del Ministerio Público describió el traslado del recurso, solicitando reponer el Auto No. 6 y decretar la Medida Cautelar.
  - b. El 22 de junio de 2017,<sup>21</sup> Transmilenio describió el traslado y se opuso a la prosperidad del recurso.
30. Mediante Auto No. 8 del 5 de julio de 2017,<sup>22</sup> el Tribunal denegó el recurso de reposición y confirmó en su totalidad el Auto No. 6.

**E. Reformas de la Demanda Inicial y de la Reconvención Inicial. Contestaciones**

31. Mediante Auto No. 9 del 31 de julio de 2017, el Tribunal, entre otros aspectos, señaló como fecha para llevar a cabo la Audiencia de Conciliación el 22 de agosto de 2017 a las 9:30 a.m.<sup>23</sup>
32. El 22 de agosto de 2017 a las 8:27 a.m., Gmóvil presentó la Demanda Reformada.<sup>24</sup>
33. Mediante Auto No. 10 del 1º de septiembre de 2017, se admitió la Demanda Reformada y se dispuso su notificación y traslado a Transmilenio.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> Cuaderno Principal No. 3 – Folios 9 a 14.

<sup>21</sup> Ibid. – Folios 15 a 23.

<sup>22</sup> Ibid. – Folios 1 a 8.

<sup>23</sup> Ibid. – Folios 29 a 33.

<sup>24</sup> Cuaderno Principal No. 4 - Folios 1 a 343.

<sup>25</sup> Cuaderno Principal No. 6 – Folios 3 y siguientes.

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

---

34. El 3 de octubre de 2017, de manera oportuna, Transmilenio presentó la Contestación de la Demanda, incluyendo la proposición de varias Excepciones.<sup>26</sup>
35. Revisadas las pruebas aportadas por Transmilenio con la Contestación de la Demanda, el Tribunal observó que dicha Parte no había adjuntado el modelo financiero y los estudios de transporte que sirvieron de base para diseñar el SITP, los cuales habían sido solicitados por Gmóvil, y ordenada su entrega, y que tampoco había habido manifestación concreta sobre cuáles de ellos no estaban en su poder.<sup>27</sup>
36. En consecuencia, mediante Auto No. 12 del 11 de octubre de 2017, se requirió a Transmilenio para que diera cumplimiento a la orden impartida y aportara en el término de cinco (5) días el modelo financiero y los estudios de transporte que sirvieron de base para diseñar el SITP o, en su defecto, manifestara de manera concreta cuál o cuáles de ellos no están en su poder.<sup>28</sup>
37. El 20 de octubre de 2017, Transmilenio presentó un escrito mediante el cual, en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal en el Auto No. 12, allegaba los documentos requeridos.<sup>29</sup>
38. Mediante Auto No. 13 del 31 de octubre de 2017, el Tribunal dispuso que la información contenida en los documentos entregados por Transmilenio solo podría ser utilizada por Gmóvil para los fines relacionados con el debate probatorio de este Arbitraje, comprometiéndose a mantenerla bajo **estricta**

---

<sup>26</sup> Cuaderno Principal No. 5 – Folios 1 a 158.

<sup>27</sup> En el Auto No. 10 del 1 de septiembre de 2017 se dispuso (y confirmó en el Auto No. 11 del siguiente 19 de septiembre):

“3. Ordenar a Transmilenio que, de conformidad con lo previsto tanto en el primer inciso del artículo 90 como en el inciso final del artículo 96, ambos del C.G.P., acompañe a la contestación de la Reforma de la Demanda los documentos que estén en su poder y que han sido solicitados por Gmóvil, en su defecto, manifieste de manera concreta cual o cuales de ellos no están en su poder.”

<sup>28</sup> Cuaderno Principal No. 6 – Folios 35 a 38.

<sup>29</sup> Cuaderno Especial Confidencial – Folios 1 a 3 (10 DVDs).

**confidencialidad**, compromiso que hizo extensivo a sus funcionarios y/o sus Apoderados y/o sus asesores y, desde luego, a las personas o entidad a cargo de la complementación y actualización de los Dictámenes presentados por la Convocante, precisándose que una vez concluido el Proceso, se devolvería la documentación a Transmilenio, sin dejar copia en el expediente.<sup>30</sup>

39. Adicionalmente, en el Auto No. 13 del 31 de octubre de 2017,<sup>31</sup> se fijó plazo a las Partes hasta el 22 de noviembre de 2017, así:
- a. A Transmilenio para presentar las experticias de parte anunciadas en la Contestación de la Demanda Reformada; y
  - b. A Gmóvil para actualizar y complementar los Dictámenes presentados el 22 de agosto de 2017, junto con la Demanda Reformada.
40. El 31 de octubre de 2017, Gmóvil, de manera oportuna, solicitó pruebas adicionales en relación con la Contestación de la Demanda Reformada y la objeción al juramento estimatorio formulada por Transmilenio.<sup>32</sup>
41. Mediante escrito del 14 de noviembre de 2017, Transmilenio desistió de las experticias de parte anunciadas en la Contestación de la Demanda Reformada, en tanto que el 22 del mismo mes, Gmóvil presentó la actualización y complementación de sus Dictámenes.<sup>33</sup>
42. El 24 de noviembre de 2017, Transmilenio presentó la Reconvención Reformada.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Cuaderno Principal No. 6 – Folios 49 a 52.

<sup>31</sup> Ibid. – Folios 49 a 52.

<sup>32</sup> Ibid. – Folios 68 a 83.

<sup>33</sup> Ibid. – Folios 89 a 99 y Cuaderno de Pruebas No. 9 – Folios 87 a 101.

<sup>34</sup> Cuaderno Principal No. 6. – Folios 100 a 163.

43. Mediante Auto No. 14 del 27 de noviembre de 2017,<sup>35</sup> se admitió la Reconvención Reformada y se dispuso su notificación y traslado a Gmóvil, quien presentó el 12 de diciembre de 2017 la Contestación de la Reconvención Reformada,<sup>36</sup> incluyendo la formulación de varias Excepciones.
44. El 20 de diciembre de 2017, dentro del término legal, la Convocada recorrió el traslado de las mencionadas Excepciones y solicitó pruebas adicionales.<sup>37</sup>

**F. Audiencia de Conciliación. Fijación y pago de honorarios**

45. El 9 de febrero de 2018, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, programada desde el 27 de noviembre de 2017, la cual fue declarada fallida mediante Auto No. 17.<sup>38</sup>
46. En tal virtud, a través del Auto No. 18 del 9 de febrero de 2018, el Tribunal señaló las sumas correspondientes a los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y los gastos de secretaría, los cuales fueron atendidos oportunamente por las Partes en la correspondiente proporción.<sup>39</sup>

**G. Primera Audiencia de Trámite. Competencia y decreto de pruebas**

47. El 15 de marzo de 2018 se inició la Primera Audiencia de Trámite,<sup>40</sup> a cuyo efecto el Tribunal, mediante Auto No. 20 –que no tuvo reparo por las Partes–

---

<sup>35</sup> Ibid. – Folios 61 a 67.

<sup>36</sup> Ibid. – Folios 167 a 237.

<sup>37</sup> Ibíd. – Folios 240 a 249.

<sup>38</sup> Ibid. – Folio 267.

<sup>39</sup> Ibíd. – Folios 269 a 272.

<sup>40</sup> Cuaderno Principal No. 7 – Folios 1 a 24.

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

se declaró competente, en los términos allí consignados, para conocer y resolver la Demanda, la Reconvención y las respectivas Contestaciones, incluidas las Excepciones.

48. A su turno, el 4 de abril de 2018, tuvo lugar la continuación de la Primera Audiencia de Trámite,<sup>41</sup> cuando el Tribunal, mediante Auto No. 22, resolvió sobre las pruebas pedidas por las Partes, decretando y teniendo como tales las siguientes:

a. **Documentales:**

Las aportadas por las Partes en la Demanda Inicial, en la Demanda Reformada, en la Reconvención Inicial, en la Reconvención Reformada, en las Contestaciones y en los escritos relativos a las Excepciones

b. **Oficios:**

Los solicitados por las Partes, según aparece en la siguiente tabla:

Convocante	Convocada
Secretaría Distrital de Movilidad	Fiduciaria de Occidente
Alcaldía Mayor de Bogotá	Fiduciaria Popular
Secretaría Distrital de Planeación	Banco Davivienda S.A.
Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible	Banco Corpbanca Colombia S.A. (antes Helm Bank)
Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia	
Secretaría Distrital de Gobierno	
Superintendencia de Puertos y Transporte	
Superintendencia de Sociedades	

<sup>41</sup> Ibíd. – Folios 100 a 125.

c. **Interrogatorio de Parte y Declaración de Parte:**

El del representante legal de la Convocante, solicitados por Transmilenio y por Gmóvil, respectivamente.

d. **Informe Juramentado:**

El solicitado por Gmóvil, para ser rendido por el representante legal de Transmilenio.

e. **Testimonios:**

Los de las personas indicadas en la tabla que sigue, todos requeridos por la Convocante.

No.	Nombre
1	Andrés Oyola
2	Jorge Larreamendy
3	Javier Márquez
4	Jonnathan Vargas
5	Diana Aldana
6	Diana Parra
7	Diana Milena Igua
8	Hidier Rodríguez
9	Alirio García
10	Claudia Mercado

f. **Dictámenes:**

Los aportados por Gmóvil dentro de la oportunidad legal correspondiente.

**g. Contradicción de Dictámenes:**

La de los Dictámenes (Financiero y Técnico), según solicitud de Transmilenio.

**h. Dictamen a solicitud de parte:**

El solicitado por Transmilenio, a cargo de un perito técnico, experto en materias financieras y/o económicas y/o contables en movilidad y/o sistemas de transporte masivo, para cuyo efecto el 4 de abril de 2018, mediante Auto No. 22 de la misma fecha, se designó a Integra Auditores.

**i. Prueba por Informe:**

El informe a cargo de la Secretaria Distrital de Movilidad, según solicitud de Transmilenio.

**j. Prueba Traslada:**

A solicitud de Gmóvil, el traslado de las siguientes pruebas:

- i. La grabación y transcripción del testimonio rendido por Carlos Alfonso Garzón, así como el auto con el que se corrió traslado del mismo, prueba rendida dentro del arbitraje *Recaudo Bogotá S.A.S. vs. Empresa de Transporte Del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.*, el cual fue adelantado en el Centro de Arbitraje.
- ii. La grabación y transcripción de los testimonios de Manuel Salazar, Libardo Polanco y Jairo Angarita, así como los autos con los que se corrió traslado de los mismos, pruebas rendidas en el arbitraje *Organización Suma S.A.S. vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.*, el cual fue adelantado en el Centro de Arbitraje.

**H. Práctica de pruebas**

49. La práctica de las pruebas se llevó a cabo, en lo pertinente, de la siguiente manera:

**a. Interrogatorios de Parte y Declaración de Parte:**

El 9 de mayo de 2018, se practicaron tanto el Interrogatorio de Parte del representante legal de Gmóvil, Juan Fernando Cajiao, solicitado por la Convocada, como la Declaración de Parte del mismo, solicitada por la Convocante.<sup>42</sup>

**b. Informe Juramentado:**

El 23 de abril de 2018 se recibió el Informe Juramentado requerido al representante legal de Transmilenio,<sup>43</sup> el cual se puso en conocimiento de las Partes mediante Auto No. 32 del 24 de mayo de 2018.<sup>44</sup>

**c. Testimonios:**

Se recibieron los Testimonios que se relacionan en la tabla siguiente con inclusión de la fecha de comparecencia:

Testigo	Fecha Testimonio
Andrés Oyola – Director de Planeación de Gmóvil	26 de abril de 2018

<sup>42</sup> Ibid. – Folios 261 a 262.

<sup>43</sup> Cuaderno de Pruebas No. 11 – Folios 23 a 34.

<sup>44</sup> Cuadernos de Pruebas No. 8 – Folios 9 a 13.

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Testigo	Fecha Testimonio
Jorge Larreamendy – Director de Planeación de Gmóvil	26 de abril de 2018
Javier Márquez – Director Financiero de Gmóvil	30 de abril de 2018
Jonnathan Vargas – Director del Centro de Control Zonal de Gmóvil	30 de abril de 2018
Diana Aldana – Asesora Jurídica de Gmóvil	30 de abril de 2018
Diana Parra – Sub Gerente Económico de Transmilenio	7 de mayo de 2018

Los Testigos Oyola, Larreamendy, Márquez, Vargas y Aldana fueron tachados por la Convocada, por considerar comprometida su imparcialidad en los términos del artículo 211 del C.G.P.

A su turno, Gmóvil desistió de la práctica de las declaraciones de Hidier Rodríguez, Alirio García,<sup>45</sup> Diana Milena Igua y Claudia Mercado.<sup>46</sup>

Los Testimonios fueron grabados y la transcripción correspondiente puesta a disposición de las Partes.<sup>47</sup>

d. **Contradicción de Dictámenes:**

- i. El 7 de mayo de 2018, y en relación con el Dictamen Técnico,<sup>48</sup> se llevó a cabo la diligencia de Declaración de los ingenieros Geovanni Infante y Miguel Andrés Castillo, sobre los temas y conclusiones relacionadas con el Dictamen.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> Cuaderno de Pruebas No. 7. – Folio 240.

<sup>46</sup> Ibíd. – Folio 251.

<sup>47</sup> Cuaderno de Testimonios – Folios 1 a 295.

<sup>48</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folios 1 a 259.

<sup>49</sup> Cuaderno Principal No. 7 – Folios 256 a 257.

- ii. El 24 de mayo de 2018, y en relación con el Dictamen Financiero,<sup>50</sup> se llevó a cabo la Declaración del ingeniero Guillermo Sarmiento sobre los temas y conclusiones relacionadas con el antedicho Dictamen.<sup>51</sup>

Las Declaraciones de los Peritos fueron grabadas y las respectivas transcripciones puestas a disposición de las Partes.

e. **Dictamen a solicitud de parte:**

El 9 de julio de 2018, se recibió el Dictamen Integra,<sup>52</sup> y del mismo se corrió traslado a las Partes el 10 de julio de 2018, mediante el Auto No. 34.

Estas solicitaron aclaraciones y complementaciones del Dictamen, las cuales, una vez autorizadas por el Tribunal, fueron absueltas por el Perito el 24 de agosto de 2018, texto del cual se corrió traslado a las Partes el siguiente 27 de agosto.

f. **Prueba por informe:**

El informe a cargo de la Secretaria Distrital de la Movilidad se recibió el 15 de mayo de 2018,<sup>53</sup> y de éste se corrió traslado a las Partes mediante Auto No. 32 del 24 de mayo de 2018.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3 –Folios 1 a 80.

<sup>51</sup> Cuaderno Principal No. 8 – Folios 2 a 3.

<sup>52</sup> Cuaderno Principal No. 10 – Folios 1 a 467.

<sup>53</sup> Cuaderno de Pruebas No. 11 – Folio 115.

<sup>54</sup> Cuaderno Principal No. 8 - Folio 12.

g. **Prueba Traslada:**

El 23 de abril de 2018 se recibieron los documentos requeridos,<sup>55</sup> los cuales se pusieron en conocimiento de las Partes y se incorporaron al Proceso.<sup>56</sup>

h. **Oficios:**

Se recibieron las respuestas a los oficios según aparece en las siguientes tablas:

Solicitados por Gmóvil	Fecha de recibo
Secretaría Distrital de Movilidad	3 de mayo de 2018
Alcaldía Mayor de Bogotá	24 de abril de 2018
Secretaría Distrital de Planeación	8 de mayo de 2018
Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible	
Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia	19 de abril de 2018
Secretaría Distrital de Gobierno	16 de julio de 2018
Superintendencia de Puertos y Transporte	15 de mayo de 2018
Superintendencia de Sociedades	10 de julio de 2018

Solicitados por Transmilenio	Fecha de recibo
Fiduciaria de Occidente	16 de abril de 2018
Fiduciaria Popular	24 de abril de 2018
Banco Davivienda S.A.	2 de mayo de 2018

<sup>55</sup> Cuaderno Principal No. 11 – Folios 18 a 22.

<sup>56</sup> Ibid. – Folios 39 a 61.

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Solicitados por Transmilenio	Fecha de recibo
Banco Corpbanca Colombia S.A. (antes Helm Bank)	29 de junio de 2018

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible no dio respuesta al oficio que le fue cursado y radicado por la Convocante el 11 de abril de 2018, con término de quince (15) días para responder, que venció el 3 de mayo de 2018.<sup>57</sup>

**I. Alegatos. Audiencia de Laudo**

50. Mediante Auto No. 38 del 4 de septiembre de 2018, el Tribunal dispuso el cierre de la etapa de instrucción y fijó el 26 de noviembre de 2018 para llevar a cabo la Audiencia de Alegatos de Conclusión.
51. En tal fecha las Partes hicieron sus exposiciones orales y entregaron los Alegatos, los cuales abordan de manera detallada la posición y fundamentos sostenidos por cada una de ellas a lo largo de este Proceso.
52. Así:
  - a. El Alegato de Gmóvil trae los siguientes capítulos:
    - i. El inicial, denominado "*Cuestiones Previas*" donde:

<sup>57</sup> Al respecto, el Tribunal, en Auto No. 32 del 24 de mayo de 2018, dispuso:

"Reiterar que, sin perjuicio de la imposición de sanciones, la falta de respuesta (o respuesta completa) por parte de las entidades destinatarias de los oficios a que se refieren el numeral (1) precedente no detendrá la marcha del Proceso, a cuyo efecto el Tribunal podrá dar aplicación a lo establecido en el último inciso del artículo 173 del C.G.P."

(Cuaderno Principal No. 8 – Folio 12).

TRIBUNAL ARBITRAL

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

---

- Analiza la competencia del Tribunal para conocer de las Pretensiones Nos. 100 y su subsidiaria, 101, 114, 130 y 132;
  - Se pronuncia sobre la tacha formulada por Transmilenio contra varios Testigos y sobre la objeción por error grave presentada contra el Dictamen Técnico; y
  - Se hace una exposición legal y jurisprudencial sobre la teoría de la imprevisión como causal del rompimiento de la ecuación económica del contrato estatal.
- ii. El segundo, donde:
- Se hace el análisis de las Pretensiones de la Demanda, explicando como todas ellas están llamadas a prosperar en virtud de lo "*alegado y probado*" a lo largo del Proceso; y
  - Se exponen las razones que, a su modo de ver, permiten descartar las Excepciones propuestas por Transmilenio.
- iii. El tercero, donde se hace un análisis de la Reconvención, solicitando se declare la prosperidad de las Excepciones propuestas por Gmóvil y, consecuentemente, el rechazo de las Pretensiones de Transmilenio
- b. Por su parte, el Alegato de Transmilenio incluye los siguientes capítulos:
- i. Respecto del texto enfocado a la Demanda:
- El primero, donde se refiere a la improcedencia de las Pretensiones de la Convocante, la falta de prueba en el Proceso y la procedencia de las Excepciones formuladas por Transmilenio, todo ello en relación tanto con las Pretensiones

generales, como frente a las Pretensiones particulares y a las de condena.

- El segundo, donde alude a los riesgos en el Contrato 004-2010, específicamente la Matriz de Riesgos y el Anexo Explicativo, haciendo énfasis sobre la distribución del riesgo en los contratos de concesión que celebró Transmilenio.
- El tercero, donde se concentra en el desequilibrio económico alegado por Gmóvil, planteando, de manera amplia, su carencia de fundamento y de prueba.
- El cuarto, donde con referencia a la falta de planeación de Gmóvil en la presentación de su propuesta en la Licitación 004-2009, puntualiza que a la Convocante hoy no le parece conveniente la tarifa licitada y pretende que se la reestructure, que se la *arregle*, llamando la atención de que al Contrato de Concesión aún le faltan dieciocho (18) años de ejecución.
- El quinto, donde se hacen una serie de consideraciones sobre los Dictámenes aportados por Gmóvil, su valoración, los requisitos para su apreciación, reiteración e insistencia de la objeción por error grave planteada en contra del Dictamen Financiero.
- El sexto, donde se pronuncia sobre la objeción al juramento estimatorio, para reiterar que, por la improcedencia de las Pretensiones de la Demanda, su cuantificación exorbitante y las razones expuestas en su Alegato, le solicita al Tribunal derivar las consecuencias procesales propias de una demanda temeraria, como es la presentada por Gmóvil.

- El séptimo y final, donde se refiere al que denomina "*Precedente judicial en materia arbitral*" e indica que, teniendo en cuenta que en varios apartes del Alegato se ha hecho mención a decisiones adoptadas mediante laudos arbitrales, ellos resultan relevantes para el presente Arbitraje.
  - Concluye esta parte del Alegato de Transmilenio con la solicitud que se nieguen en su totalidad las Pretensiones de la Demanda y se acceda a todas y cada una de las Excepciones propuestas por Transmilenio.
- ii. Respecto del texto enfocado a la Reconvención:
- El primero, donde se alude a la legalidad, validez, eficacia y expresa aceptación por parte de Gmóvil de las cláusulas 121, 121.2 y 131.2, del Contrato 004-2010, concluyendo, a grandes rasgos, que el sistema de *desincentivos operativos y su aplicación* se hizo dentro del marco contractual aceptado expresamente por Gmóvil.
  - El segundo, donde, con referencia al argumento denominado "*La regulación expresa de la integración del SITP en el Contrato No. 004 de 2010 suscrito entre Gmóvil y Transmilenio*", se puntualizan los supuestos incumplimientos de Gmóvil respecto de las obligaciones de vinculación de flota y chatarrización.
  - El tercero, donde se explica la naturaleza de la "*obligación de implementación del sistema*" y las consecuencias de su incumplimiento por parte de Gmóvil.
  - El cuarto, donde se analiza la valoración probatoria de los montos reclamados por Transmilenio con ocasión de la

implementación de los desincentivos que le fueron aplicados a Gmóvil desde febrero de 2013 y hasta abril de 2017.

- El quinto, donde se reitera lo argumentado en el curso del Proceso sobre la nulidad del parágrafo 1 de la Cláusula 119.1 del Contrato 004-2010 por violar el régimen de selección objetiva.
- Los sexto y séptimo, donde presenta sus argumentos en contra de la objeción realizada por Gmóvil al juramento estimatorio y solicita que se acceda a las Pretensiones de la Reconvencción.

53. Por su lado, el Ministerio Público, en la misma Audiencia de Alegatos, presentó el Concepto del Ministerio Público, donde:

- a. Indica que el problema jurídico a resolver se centra en determinar si se presentaron los incumplimientos del Contrato 004-2010 alegados por ambas Partes y si la cláusula que estableció los desincentivos económicos se encuentra viciada de nulidad absoluta, o si se presenta un desequilibrio en la ecuación económica del Contrato de Concesión.
- b. Analiza la naturaleza del contrato de concesión y la viabilidad de las diferentes Pretensiones, que clasifica en varios grupos, dependiendo de si se referían a deberes jurídicos, obligaciones patrimoniales o cargas, para concluir solicitando que se acceda parcialmente a la nulidad relativa de las cláusulas de desincentivos y se nieguen las demás Pretensiones de Gmóvil.

54. Por último, mediante Auto No. 40 del 26 de noviembre de 2018, se fijó fecha para la Audiencia de Laudo, la cual fue extendida mediante Auto No. 41 del 8 de marzo de 2019.

**J. Control de legalidad**

55. Al tenor de lo previsto en el artículo 132 del C.G.P., el Tribunal efectuó el control de legalidad en el Acta No. 16 del 9 de febrero de 2018 (Audiencia de Conciliación); en el Acta No. 18 del 4 de abril de 2018 (Continuación de la Primera Audiencia de Trámite – Decreto de Pruebas); en el Acta No. 29 del 4 de septiembre de 2018 (Cierre Probatorio); y en el Acta No. 30 del 26 de noviembre de 2018 (Audiencia de Alegatos), sin haber encontrado vicio que afectara el trámite del Proceso y, por ende, que se requiriera su saneamiento, conclusión que no mereció objeción de las Partes.

**K. Término de duración del Proceso**

56. En la § 178.6 de la Cláusula Compromisoria, las Partes acordaron el término de duración del Proceso en los siguientes términos:

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

57. En tal virtud, mediante Auto No. 32 del 24 de mayo de 2018, el Tribunal en aplicación de la citada estipulación, extendió hasta el 3 de diciembre de 2018 el término para la duración del Proceso.

58. Adicionalmente, las Partes solicitaron las suspensiones del Proceso que se detallan a continuación:

Auto	Fechas de Suspensión	Días Hábiles
No. 39	5-09-2018 a 21-11-2018, ambas fechas inclusive	53
No. 40	27-11-2018 a 20-02-2019, ambas fechas inclusive	59
<b>Total</b>		<b>112</b>

**TRIBUNAL ARBITRAL**

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

---

59. En consecuencia, al sumarle los 112 días hábiles durante los cuales el Proceso estuvo suspendido, el término vence el 17 de mayo de 2019, motivo por el cual la expedición del Laudo se hace dentro del término consagrado en la ley.

**CAPÍTULO IV – ANTECEDENTES Y CIRCUNSTANCIAS QUE ENMARCAN LA CONTROVERSIDA**

60. Toda vez que el derecho no es –ni puede ser– ajeno al entorno donde se plasman y desarrollan las relaciones negociales, con el objeto de buscar la contextualización de la controversia materia de este Arbitraje y las aseveraciones de una y otra Parte sobre violaciones contractuales de la contraria, en los acápites que siguen se reseñan los antecedentes y circunstancias fácticas, previas y concomitantes con la suscripción del Contrato de Concesión, que ilustran y enmarcan las diferencias sometidas a composición arbitral a través de este Proceso.

**A. Antecedentes del sistema de transporte público en la ciudad de Bogotá**

61. Hacia mediados de los años sesenta, el transporte público en Bogotá –cuya población se aproximaba a dos (2) millones de personas y tenía una extensión aproximada de 8.000 hectáreas– comprendía alrededor de 2.700 autobuses, que, con un servicio relativamente razonable y cómodo, transportaban un promedio diario del orden de 1.6 millones de pasajeros.

62. No obstante, en la medida del crecimiento de la ciudad, que para mediados de los años noventa contaba con casi seis (6) millones de habitantes y un área del orden de 30.000 hectáreas, el parque automotor se incrementó hasta alcanzar más de 20.000 vehículos, con crecimiento exponencial del caos, la ineficiencia y la incomodidad en la movilidad en general y en el transporte público en particular, que, además, era mayoritariamente prestado por empresarios privados en forma extremadamente anárquica e inadecuada.

63. Para finales de los años noventa, la situación era crítica e implicaba la búsqueda de una solución, entre las cuales se contempló la construcción del metro para la ciudad, opción que en su momento se descartó dado su alto costo,

optándose, en su lugar, por la alternativa de utilizar vehículos automotores, conocida genéricamente como *Sistema Transmilenio*.

**B. Creación de Transmilenio**

64. Así, a través del Acuerdo 04 de 1999, se autorizó al Alcalde Mayor de Bogotá para participar, junto con otras entidades del orden distrital, en la constitución de Transmilenio como *"sociedad por acciones del Orden Distrital [con], personería jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestal y patrimonio propio"*, cuyo objeto sería *"la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo la modalidad de transporte terrestre automotor"*, para cuyo cumplimiento se le asignaban, entre otras, las siguientes funciones: *"Gestionar, organizar y planear el servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia"* y *"Celebrar los contratos necesarios para la prestación del servicio de transporte masivo, ponderando entre otros factores la experiencia local en la prestación del servicio de transporte público colectivo"*.<sup>58</sup>
65. Se precisó, además, que *"TRANSMILENIO S.A. no podrá ser operador ni socio del transporte masivo terrestre urbano automotor por sí mismo o por interpuesta persona, ya que la operación del sistema estará contratada con empresas privadas."*
66. De esta forma, el 13 de octubre de 1999 se suscribió la escritura pública No. 1528 de la Notaría 27 de Bogotá, constitutiva de Transmilenio como sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos, con el propósito y funciones establecidas en el Acuerdo 04 de 1999.

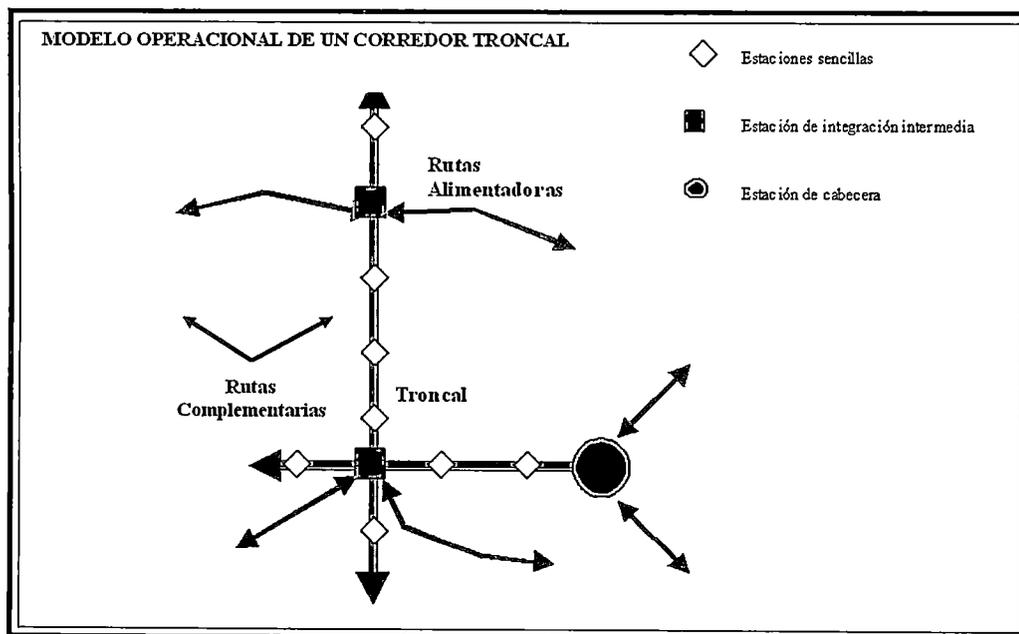
---

<sup>58</sup> Tanto el objeto fijado para Transmilenio, como –entre otras– las funciones citadas, fueron objeto de una demandada de nulidad y suspendidas provisionalmente por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en auto del 19 de febrero de 2004, revocado por el Consejo de Estado – Sección Primera mediante providencia del 9 de diciembre del mismo año.

La demanda de nulidad, a su turno, fue decidida desfavorablemente para el impugnante de las normas.

**C. Implementación del Sistema Transmilenio. Adjudicaciones**

67. Poco después de su constitución, Transmilenio emprendió los procesos de selección de los operadores del *sistema troncal* de transporte masivo de pasajeros, esto es, de los vehículos que circulan por carriles exclusivos y se complementan con los llamados vehículos *alimentadores*, con un sistema de recaudo unificado y administración de ingresos a través de una fiducia mercantil.
68. La gráfica que sigue describe el *Modelo Operacional de un Corredor Troncal* de Transmilenio



69. El *Sistema Transmilenio*, propiamente dicho, contó con dos (2) fases, que fueron implementadas así:
- a. Para la *Fase I* de la operación troncal, a través de la Resolución 21 del 12 de Noviembre de 1999, se convocó a la Licitación Pública 001-99, adjudicándose la prestación del servicio a las sociedades Ciudad Móvil

S.A., Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A., Sistema Integrado de Transporte SI-99 S.A., Express del Futuro S.A. y Metrobus S.A.

- b. Para la *Fase II* de la operación troncal, a través de la Resolución 151 de 2002, se convocó a la Licitación Pública TMSA – LP -007 - 2002, adjudicándose la prestación del servicio a las sociedades Transmasivo S.A., Compañía Multinacional de Transporte Masivo S.A., Conexión Móvil S.A. y SI-02 S.A. (actualmente Sistemas Operativos Móviles S.A. – Somos K S.A.).
- c. En cuanto a la operación del sistema de *alimentación*, a través de la Resolución 223 del 2 de octubre de 2003, se convocó a la Licitación Pública 005 de 2003, adjudicándose la prestación del servicio a las uniones temporales Alnorté Fase II y Alcapitel Fase 2 y a las sociedades Etma S.A., Transporte Alimentador de Occidente S.A., Citimóvil S.A. y SI-03 S.A.
- d. Lo concerniente al recaudo fue adjudicado, respecto de la *Fase I* a la sociedad Angelcom, y respecto de la *Fase II* a la Unión Temporal Fase II (Angelcom y Keb Technology Co. Ltda.).

**D. Sistema SITP**

- 70. Mediante el Decreto 319 de 2006 se adoptó y reguló "*el Plan Maestro de Movilidad para Bogotá Distrito Capital*", haciendo referencia al SITP (cuya definición se incluyó), e indicando que Transmilenio "*como ente gestor del transporte masivo, tiene la responsabilidad de la integración, evaluación y seguimiento de la operación del SITP. En consecuencia, le corresponde adelantar los procesos de selección necesarios para poner en marcha la integración con el actual sistema de transporte colectivo.*"
- 71. Por medio del Decreto 309 de 2009 se adoptó "*el Sistema Integrado de Transporte Público para Bogotá, D.C. [SITP]*" al igual que el "*Sistema Integrado de*

*Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario [SIRCI]”, determinándose, además, y con relación a Transmilenio que “como ente gestor del SITP realizará: La planeación, gestión y control contractual del Sistema; el proceso de integración, evaluación y seguimiento de la operación y los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del actual transporte público colectivo al transporte público masivo.”*

72. A su turno, en cuanto a la puesta en marcha del SITP, el mismo Decreto previó una gradualidad, distribuida en cuatro (4) fases consecutivas, así:

- a. *Fase 1*, Preparación para la implementación del SITP, donde se iniciarían los procesos de selección de los operadores y del SIRCI.
- b. *Fase 2*, Implantación gradual de la operación, donde se adjudicarían las licitaciones de operación y del SIRCI y se iniciaría progresivamente el nuevo esquema de prestación de servicio al usuario hasta culminar la integración total.

La integración, por su parte, podría darse bajo cualquiera o varias de las siguientes modalidades:

- i. *Integración operativa*, valga decir, la articulación coordinada y centralizada de los servicios del SITP mediante horarios, recorridos, frecuencias de despacho e interconexión de la operación;
- ii. *Integración física*, esto es, a través de una infraestructura común;
- iii. *Integración virtual*, o sea, la utilización de medios tecnológicos para permitir a los usuarios el acceso en condiciones equivalentes a las de la integración física;

- iv. *Integración del medio de pago*, esto es, la utilización de un único medio de pago para el acceso y utilización del SITP;
  - v. *Integración tarifaria*, o sea, la adopción de un esquema tarifario que permitiera a los usuarios del SITP la utilización de uno o más servicios de transporte, bajo un esquema de cobro diferenciado por tipo de servicio.
- c. *Fase 3*, Operación Integrada del SITP, valga decir, la integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público automotor en la ciudad.
  - d. *Fase 4*, Integración con los modos férreos, que correspondería a la integración al SITP de los otros modos previstos en el Plan Maestro de Movilidad, en particular el metro, y se concretaría una vez este entrara en operación.

**E. Desarrollo del SITP**

- 73. Bajo el esquema antes reseñado, Transmilenio, mediante la Resolución 64 de 2010 abrió la Licitación 004-2009, con el objeto de "*Seleccionar las propuestas más favorables para la adjudicación de trece (13) contratos de concesión, cuyo objeto será la explotación preferencial y no exclusiva, de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP: 1) Usaquén, 2) Engativá, 3) Fontibón, 4) San Cristóbal, 5) Suba Oriental, 6) Suba Centro, 7) Calle 80, 8) Tintal – Zona Franca, 9) Kennedy, 10) Bosa, 11) Perdomo, 12) Ciudad Bolívar y 13) Usme.*"
- 74. Al tenor del Pliego de Condiciones, los interesados tenían las siguientes opciones de propuesta:
  - a. De una (1) hasta tres (3) zonas sin operación troncal;

- b. Hasta dos (2) zonas con operación troncal; y
  - c. Una (1) zona con operación troncal y una (1) zona sin operación troncal.
75. Como resultado de la Licitación 004-2009, se adjudicaron las trece (13) zonas del SITP materia de la Licitación y se suscribieron nueve (9) contratos con los siguientes concesionarios: Consorcio Express S.A.S, Coobus, Transporte Zonal Integrado S.A.S. – Tranzit S.A.S., Organización Suma S.A.S., Egobus, Empresa de Transporte Integrado de Bogotá S.A.S. – ETIB S.A.S., Masivo Capital S.A.S., Concesionaria Este es mi Bus S.A.S. y, desde luego, Gmóvil.
76. La propuesta de Gmóvil, que derivó en el Contrato 004-2010, le fue adjudicada mediante la Resolución 447 de 2010, correspondiendo a la zona de Engativá, una de las cuatro (4) –junto con Usaquén, Fontibón y San Cristóbal– con operación troncal.
77. En cuanto al sistema de recaudo, esto es el SIRCI, Transmilenio, a través de la Resolución 334 de 2010 abrió la Licitación Pública LP-TMSA-001-2010, la cual fue suspendida en dos (2) ocasiones y finalmente revocada a través de la Resolución 473 del mismo año.
78. Dado lo anterior, mediante la Resolución 153 de 2011, Transmilenio abrió la Licitación Pública TMSA-LP-003-2011, que derivó en la adjudicación hecha a Recaudo Bogotá mediante la Resolución 327 de 2011 y la subsiguiente suscripción del contrato de concesión con tal sociedad.

**F. Relación fáctica de Gmóvil**

79. Teniendo como piedra angular de sus reclamaciones la relación comercial proveniente de la suscripción del Contrato 004-2010, Gmóvil aborda en la Demanda

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCÉR MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

el requisito previsto en el artículo 82 (5) del C.G.P.,<sup>59</sup> y al efecto, en la § V de la misma mediante larguísima exposición que abarca **260 páginas** y numera **1.280 Hechos**, previo aludir a "*Hechos Generales*" (Hechos Nos. 1 a 25); a "*Antecedentes normativos del Sistema Integrado de Transporte Público*" (Hechos Nos. 26 a 63); y a "*El Contrato de Concesión y sus Modificaciones*" (Hechos Nos. 64 a 124), se refiere, a efectos de fundamentar sus Pretensiones –como se requiere en la norma antes referida– a los tipos de Hechos que se listan a continuación, muchos de los cuales traen varias subdivisiones, y a los cuales se harán las correspondientes referencias a lo largo del Laudo:

Denominación de la Sección	Hechos Nos.
Hechos generales	1 a 25
Hechos relacionados con los antecedentes normativos del Sistema Integrado de Transporte Público	26 a 63
Hechos relacionados con el Contrato de Concesión y sus Modificaciones	64 a 73
Hechos relacionados con la coexistencia del Contrato con las demás concesiones	74 a 77
Hechos relacionados con la democratización del Sistema Integrado de Transporte	78 a 83
Hechos relacionados con el Marco Económico del Sistema Integrado de Transporte	84 a a123
Hechos relacionados con las Modificaciones al Contrato de Concesión	124
Hechos relacionados con las obligaciones de Transmilenio en su condición de Titular y Ente gestor	125 a 175
Hechos relacionados con el cierre financiero	176 a 232
Hechos relacionados con la demora en la implementación del SITP	233 a 334

<sup>59</sup> "Salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos: (...)

5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados."

**TRIBUNAL ARBITRAL**

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

Denominación de la Sección	Hechos Nos.
Hechos relacionados con la falta de integración total del Sistema	335 a 374
Hechos relacionados con la falta de integración tarifaria y medio de pago	375 a 421
Hechos relacionados con el Sistema Integrado de recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario SIRCI y el Concesionario SIRCI	422 a 493
Hechos relacionados con la no integración de la programación troncal del SITP con las Fases I y II del sistema de Transmilenio	494 a 504
Hechos relacionados con el incumplimiento de Transmilenio en relación con la entrega del Patio Troncal Calle 26	505 a 544
Hechos relacionados con la infraestructura transitoria - Ampliación indefinida de la Etapa de Transición	545 a 576
Hechos relacionados con los concesionarios Coobus y Egobus	577 a 691
Hechos relacionados con la desintegración física de vehículos (chatarización)	692 a 767
Hechos relacionados con el cruce de flota	768 a 790
Hechos relacionados con la evasión del medio de pago en el componente zonal, el fraude y la piratería	791 a 810
Hechos relacionados con el cambio de flota nueva del sistema Euro IV al Sistema Euro V- Mantenimiento de los mecanismos de accesibilidad de las personas con movilidad y/o comunicación reducida -híbridos-	811 a 882
Hechos relacionados con la insuficiente socialización del Sistema	883 a 915
Hechos relacionados con la asignación de riesgos	916 a 995
Hechos relacionados con la pérdida de la velocidad comercial	996 a 1033
Hechos relacionados con la remuneración a que el Concesionario tiene derecho	1034 a 1110
Hechos relacionados con el ingreso no percibido por menor demanda de pasajeros.	1111 a 1172
Hechos relacionados con los desincentivos operativos, el manual de operaciones y el manual de niveles de servicios	1173 a 1280

**G. Relación fáctica de Transmilenio**

80. Si bien en forma amplia –pero en ningún caso con la extensión de Gmóvil– Transmilenio acomete en la § 4 de la Reconvención la exigencia del antedicho artículo 82 (5) del C.G.P. y relaciona los **noventa (90) Hechos** que, en su sentir, fundamentan sus Pretensiones, agrupándolos en las siguientes secciones:

Denominación de la Sección	Hechos Nos.
4.1 Antecedentes generales	1 a 15
4.2 Antecedentes relacionados con incentivos	1 a 20
4.3 Antecedentes relacionados con hitos contractuales	1 a 51
Hechos relacionados con la nulidad del parágrafo 1º de la cláusula 119-1 del Contrato de Concesión 004 de 2010	1 a 4

81. De esta manera, y con apoyo en la cantidad de Hechos que cada Parte –y en especial Gmóvil– incluye en la Demanda y en la Reconvención, se llega a las Pretensiones y defensas planteadas por Gmóvil, por un lado, y por Transmilenio, por el otro, como se reseñará en el siguiente capítulo del Laudo.

**CAPÍTULO V – PRETENSIONES Y EXCEPCIONES DE LAS PARTES**

**A. Pretensiones de Gmóvil**

82. Con relación a los 1.280 Hechos que incluye en la Demanda, Gmóvil formuló **139 Pretensiones**, varias de ellas con Pretensiones subsidiarias, distribuidas en tres (3) rubros, así:
- a. *Pretensiones Generales*, que cubre las Pretensiones Nos. 1 a 12;
  - b. *Pretensiones Particulares*, que cubre las Pretensiones Nos. 13 a 100; y
  - c. *Pretensiones de Condena*, que cubre las Pretensiones Nos. 101 a 139.
83. Todas las *Pretensiones Generales* son de naturaleza **declarativa** pero, contrario a las *Pretensiones Particulares* y a las *Pretensiones de Condena*, no están agrupadas en *secciones*, teniendo índole individual.
84. A su turno, las *Pretensiones Particulares*, también de índole **declarativa**, están distribuidas en varias secciones, las cuales se identifican en la tabla que sigue:

Sección	Pretensiones
Pretensiones relativas al cierre financiero	13 a 17
Pretensiones relativas a la falta de implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP)	18 a 25
Pretensiones relativas a la no integración de la programación troncal del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP con las Fases I y II del Sistema Transmilenio	26 (y sub.)
Pretensiones relativas al incumplimiento de Transmilenio en relación con la Entrega del Patio Troncal Calle 26 – El Dorado	27 a 29 (y sub. de la 29)

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. vs EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Sección	Pretensiones
Pretensiones relativas a la infraestructura transitoria – Ampliación indefinida de la Etapa de Transición	30 a 32 (y sub. de la 32)
Pretensiones relativas a los incumplimientos legales y contractuales de Transmilenio asociados a la gestión de los Contratos de Concesión Nos. 005 y [sic] 012 y 013 de 2010 suscritos con Coobus S.A.S. y/o Egobus S.A.S., respectivamente y los efectos que desencadenó para el Sistema y particularmente para Gmóvil S.A.S.	33 a 40 (y sub. de las 33, 34 y 35)
Pretensiones relativas a la desintegración física de vehículos (Chattarrización)	41 a 46 (y sub. de las 41 y 45)
Pretensiones relativas al Cruce de Flota	47 a 49 (y sub. de la 49)
Pretensiones relativas a la insuficiente socialización del Sistema y el acceso al Medio de Pago	50
Pretensiones relativas al Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario – SIRCI y el Concesionario SIRCI	51 a 54 (y sub. de las 51 y 54)
Pretensiones relativas a la evasión en el componente zonal y piratería	55 y 56 (y sub. de las 55 y 56)
Pretensiones relativas a otros reconocimientos pendientes tales como la Flota Nueva – Sistema Euro V y Mantenimiento de los Mecanismos de Accesibilidad ( <i>Distribuidas en dos (2) subsecciones</i> )	
<i>Pretensiones relativas al cambio de las Flota Nueva del Sistema Euro IV al Sistema Euro V</i>	57 (y sub.)
<i>Pretensiones relativas al mantenimiento de los equipos (elevadores) para garantizar la accesibilidad para las personas con discapacidad o movilidad y/o comunicación reducida</i>	58 y 59 (y sub. de la 59)
Pretensiones relativas a la asignación de riesgos del Contrato	60 a 68
Pretensiones relativas a la velocidad comercial y sus efectos	69 (y sub.)
Pretensiones relativas al valor de los derechos de participación ( <i>complementada con nueve (9) subsecciones</i> )	70 a 73
<i>Tarifa mensual por kilómetro troncal (TKMT) para vehículos híbridos</i>	74 y 75

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Sección	Pretensiones
<i>Restablecimiento de la tarifa mensual por vehículo (TMV) por falta de remuneración de los seguros de forzosa adquisición contractual (RCC, RCE y Todo Riesgo)</i>	76 a 78
<i>Restablecimiento de la tarifa mensual por vehículo (TMV) por falta de remuneración del diez por ciento (10%) de rentabilidad mínima con que ha debido estimarse el costo de la inversión por vehículo</i>	79 a 81
<i>Restablecimiento de la tarifa mensual por vehículo (TMV) por falta de remuneración del mayor valor de arrendamiento de terminales zonales durante la Etapa de Transición</i>	82 a 84
<i>Restablecimiento de la tarifa mensual por vehículo (TMV) por falta de remuneración del mayor valor de adquisición de vehículos usados</i>	85 a 87
<i>Velocidad comercial</i>	88
<i>Pago de valores no contemplados en la tarifa mensual por vehículo zonal (TMVZ<sub>k</sub>) y la tarifa mensual por kilómetro zonal ((TKMZ<sub>k</sub>) por cambios en las especificaciones técnicas (Euro V)</i>	89
<i>Tarifa por pasajero zonal (TPASZ) para compensar la menor demanda de pasajeros</i>	90
<i>Revisión de la remuneración mensual del Concesionario y la canasta de costos, tanto de orden contractual como legal</i>	91 (y sub.)
<i>Pretensiones relativas a desincentivos, manual de operaciones y manual de niveles de servicio</i>	92 a 100 (y sub. de las 93, 94 y 99)

85. Las *Pretensiones de Condena*, en fin, están planteadas como **consecuenciales** de *Pretensiones Declarativas* y, al igual que estas, se hallan distribuidas en las secciones que se identifican en la tabla que sigue:

Sección	Pretensiones
<i>Pretensiones relativas al cierre financiero</i>	101 (y sub.)

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Sección	Pretensiones
Pretensiones relativas a la falta de implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP)	102 a 105 (y sub. de las 102, 103 y 104)
Pretensiones relativas a la no integración de la programación troncal del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP con las Fases I y II del Sistema Transmilenio	106
Pretensiones relativas al incumplimiento de Transmilenio en relación con la Entrega del Patio Troncal Calle 26 – El Dorado	107 y 108
Pretensiones relativas a la infraestructura transitoria – Ampliación indefinida de la Etapa de Transición	109 a 111 (y sub. de las 109, 110 y 111)
Pretensiones relativas a la desintegración física de vehículos (Chatarrización)	112 y 113 (y sub. de la 112)
Pretensiones relativas al Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario – SIRCI y el Concesionario SIRCI	114 y 115
Pretensiones relativas a otros reconocimientos pendientes tales como la Flota Nueva – Sistema Euro V y Mantenimiento de los Mecanismos de Accesibilidad ( <i>Distribuidas en dos (2) subsecciones</i> )	
<i>Pretensiones relativas al cambio de las Flota Nueva del Sistema Euro IV al Sistema Euro V</i>	116
<i>Pretensiones relativas al mantenimiento de los equipos (elevadores) para garantizar la accesibilidad para las personas con discapacidad o movilidad y/o comunicación reducida</i>	117
Pretensiones relativas a la velocidad comercial y sus efectos	118 a 120
Pretensiones relativas al valor de los derechos de participación ( <i>complementada con dos (2) subsecciones</i> )	121 a 123
<i>Restablecimiento de la tarifa mensual por vehículo (TMV) por falta de remuneración de los seguros de forzosa adquisición contractual (RCC, RCE y Todo Riesgo)</i>	124 a 133

**TRIBUNAL ARBITRAL**

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

Sección	Pretensiones
<i>Revisión de la remuneración mensual del Concesionario y la canasta de costos, tanto de orden contractual como legal</i>	134 a 135
<i>Pretensiones Relativas a Desincentivos, Manual de Operaciones y Manual de Niveles de Servicio</i>	136 y 137 (y sub. de las 136 y 137)
Costas e intereses moratorios	138 y 139

**B. Pretensiones de Transmilenio**

86. Con relación a los **noventa (90) Hechos** que incluye en la Reconvención, Transmilenio formuló una serie de Pretensiones, que –similar a las Pretensiones de la Demanda– también están agrupadas en varias secciones,<sup>60</sup> una de ellas (§ 6.2), subdividida en dos (2) partes, todo lo cual se aprecia en la siguiente tabla:

Sección	Pretensiones
6.1 Pretensiones Principales	1 a 4
6.2 Pretensiones relacionadas con hitos contractuales <i>(Distribuidas en dos (2) subsecciones)</i>	
<i>Integración</i>	1 a 8
<i>Implementación</i>	9 a 19.
6.3 Pretensiones relativas a la solicitud de nulidad del Parágrafo 1º de la Cláusula 119-1 del Contrato 004-2010	1 y 2
6.4 Pretensiones de condena	1 a 5
6.5 Pretensiones subsidiarias	De la 3 y la 4 principales.; de la 2 y la 15 de la § 6.2

<sup>60</sup> Tal como se expresó respecto de las Pretensiones de la Demanda, al evaluar las secciones que integran las Pretensiones de la Reconvención, el Tribunal especificará el texto de ellas.

**C. Contestación de la Demanda y Excepciones de Transmilenio**

87. De manera oportuna, Transmilenio le dio respuesta a la Demanda, y al respecto:

- a. Si bien en la parte inicial de la § I de la Contestación de la Demanda, se indica que Transmilenio *"SE OPONE de manera expresa a **todas las pretensiones de la demanda** interpuesta por la sociedad GMOVIL S.A.S. por carecer estas de todo sustento legal, contractual y fáctico"* (énfasis añadido), y solicita que la condena en costas le sea impuesta a la Convocante, un poco más adelante –al abordar el detalle de las Pretensiones de Gmóvil– Transmilenio manifiesta que, con algunas precisiones, no se opone a las Pretensiones Nos. 1, 4, 5, 7, 13, 15, 27 y 28.
- b. Se pronuncia sobre los Hechos de la Demanda, aceptando varios (en algunos casos de manera parcial), negando y manifestando que no le constan otros, e indicando que algunos no tienen el carácter de hechos.
- c. Con el fin de *"desvirtuar los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda que ha dado origen a este proceso arbitral"*, Transmilenio, en la § IV de la Contestación de la Demanda explicó y propuso, como aparece en la tabla que sigue, **cuarenta y dos (42)** Excepciones, incluida la denominada *Genérica*, y dividió una de ellas (la No. 38, denominada *Excepciones de mérito comunes a todas las reclamaciones presentadas por el Concesionario*), en cuatro (4) categorías.

Texto Excepción	No.
GMÓVIL no ha cumplido con la obligación de implementación a su cargo derivada de los compromisos asumidos en el contrato de concesión No. 004 de 2010, para la implementación de la operación en su zona, con lo cual ha afectado la implementación del SITP	4.1

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. vs EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Texto Excepción	No.
La implementación del Sistema se previó gradual y progresiva, sin un horizonte definido para su terminación en el tiempo, y sin que exista una disposición contractual en ese sentido.	4.2
La implementación de la operación zonal adjudicada al Concesionario genera obligaciones a cargo de este y a favor de TRANSMILENIO, y el riesgo de que la implementación no ocurra según lo planeado es a cargo del Concesionario.	4.3
La integración del sistema, a la que el Contrato de Concesión se refiere, se produjo en los términos y condiciones del contrato, sin que para ningún efecto en el contrato se haya dispuesto nada sobre la existencia de "integración total" que pueda ser exigible a Transmilenio.	4.4
La Etapa Operativa comenzó con la orden de inicio de operación.	4.5
El Concesionario ha incurrido en reiterado incumplimiento de sus obligaciones en relación con el mantenimiento de los vehículos y la adecuada operación de la Flota, afectando gravemente el funcionamiento del Sistema.	4.6
El Concesionario ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones en relación con el suministro de la Flota que le ha sido solicitada por TRANSMILENIO, con arreglo al Contrato de concesión No. 004 de 2010.	4.7
El Contrato de Concesión no otorgó garantía de remuneración esperada al Concesionario y este deber asumir las implicaciones que de ello se deriven.	4.8
GMOVIL asumió el riesgo de operación por mayores costos que pudieran presentarse y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia.	4.9
GMOVIL asumió el riesgo de variación del precio de los equipos y el cambiario asociado a su adquisición, frente a los que hubieren sido estimados por el Concesionario, y debe hacerse cargo de las implicaciones de su eventual ocurrencia.	4.10
El alistamiento de vehículos usados forma parte del alea ordinaria de ejecución del contrato.	4.11

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Texto Excepción	No.
GMÓVIL asumió el riesgo de demanda y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia.	4.12
La integración del medio de pago ya ocurrió, al paso que la "unificación" de la tarjeta no se previó en el Contrato.	4.13
La unificación de tarjetas del SITP no es una obligación a cargo de TRANSMILENIO, ni tampoco la integración del medio de pago.	4.14
El diseño operacional es del Sistema y no un diseño operacional concebido para el Contrato 004 de 2010, y TRANSMILENIO no asumió frente al Concesionario obligación contractual de obtener un cierto o determinado diseño operacional según el interés del Concesionario.	4.15
La etapa de transición en relación con la operación en patios provisionales continúa en ejecución de acuerdo con los términos del contrato No. 004 de 2010.	4.16
La cláusula 121 del Contrato de Concesión, en relación con la imposición de desincentivos es válida y eficaz, y debe aplicarse según lo estipulado en ella y en el Otrosí No. 5 del 28 de diciembre de 2011.	4.17
El SITP provisional tiene fundamento legal y el desarrollo de la gestión de TRANSMILENIO en relación con el mismo no implica violación del Contrato de Concesión.	4.18
Improcedencia de un reclamo que se funda en el desconocimiento de lo pactado. La coexistencia de la prestación del servicio por los vehículos que operaban en el transporte público colectivo hasta su vinculación a cualquiera de los concesionarios del SITP, o hasta la desintegración de los mismos por parte de los concesionarios, estaba previsto desde el pliego de condiciones de la Licitación y fue aceptada por el Concesionario.	4.19
La inexistencia de obligaciones a cargo de TRANSMILENIO en relación con el acuerdo entre concesionarios para el 'Cruce de flota'. Principio de relatividad o efecto relativo de los contratos.	4.20
Inexistencia de los supuestos para la declaración de la ruptura de la ecuación económica y financiera del contrato de concesión.	4.21
Inexistencia de antijuridicidad del daño reclamado en la demanda.	4.22

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Texto Excepción	No.
Cobro de lo no debido.	4.23
Carencia absoluta de derecho al reconocimiento y pago de intereses moratorios.	4.24
Improcedencia del reconocimiento y pago de intereses remuneratorios.	4.25
En todo caso, los supuestos perjuicios alegados por GMOVIL SAS no son imputables a TRANSMILENIO S.A.	4.26
Transacción.	4.27
Cumplimiento por parte de Transmilenio S.A. de sus obligaciones como Ente Gestor del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en la ciudad.	4.28
Improcedencia de reclamaciones que envuelven quebrantamiento del deber de obrar con buena fe objetiva.	4.29
Inexistencia de nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas.	4.30
El cierre financiero del contrato de concesión No. 004 de 2010 es una obligación contractual del concesionario que no genera responsabilidad distinta a la entidad concedente que exigir su cumplimiento.	4.31
La entrega de los Patios a Gmóvil para que adelantara su operación se realizó de manera oportuna, y en el caso del Patio Calle 26, se hizo lo propio una vez se superaron los inconvenientes normales de este tipo de obras, facilitando por parte de la entidad, en todo momento, su operación a través de otros patios que se le pusieron a su disposición y así lo aceptó el concesionario con la firma del presente Otrosí.	4.32
Es improcedente cualquier reconocimiento sobre vinculación de flota Euro V, Elevadores e Híbridos, teniendo en cuenta que ello responde al cumplimiento de un deber legal que le correspondía asumir al concesionario, tal y como quedó definido desde la licitación TMSA-LP 004 de 2009.	4.33
Los pretendidos "mayores costos" en la operación de buses híbridos deben responder a las estrictas condiciones del contrato de concesión, y sus modificatorios; pero, sobre todo, encontrarse debidamente sustentada su efectiva causación, sin lo cual resulta	4.34

**TRIBUNAL ARBITRAL**

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

Texto Excepción	No.
ilegal e improcedente cualquier reconocimiento por parte de la entidad.	
Falta de legitimación en la causa por pasiva.	4.35
Hechos atribuibles exclusivamente al concesionario Gmóvil.	4.36
El Concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que de los mismos se efectuó conforme a lo pactado en el Contrato de Concesión y a lo previsto en la matriz de riesgos – Anexo 5.	4.37
<i>Excepciones de mérito comunes a todas las reclamaciones presentadas por el concesionario</i>	4.38
De la interpretación de las cláusulas contractuales.	4.38.1
Ausencia de prueba del incumplimiento de las obligaciones contractuales de Transmilenio S.A.	4.38.2
Excepción de contrato no cumplido.	4.38.3
Falta de prueba de la existencia y la cuantía de los pretendidos perjuicios.	4.38.4
Falta de competencia del Tribunal por pretensiones que involucran la ocurrencia de hechos futuros o de hipotética ocurrencia.	4.39
Concurrencia y compensación de culpas.	4.40
La procedencia de la revisión de la 'Canasta de costos' debe sujetarse estrictamente a los términos del parágrafo 1º de la cláusula 64 del Contrato de Concesión.	4.41
Excepción Genérica.	4.42

- d. Con relación a la Excepción No. 39 que cuestiona la competencia del Tribunal para ocuparse de las Pretensiones de la Demanda Nos. 100 (y su subsidiaria), 114, 130 y 132, el Tribunal puntualizó y fundamentó, en su debida oportunidad, que la Excepción en referencia sería resuelta – como en efecto lo será– en este Laudo.

**D. Contestación de la Reconvención y Excepciones de Gmóvil**

88. Dentro de la oportunidad legal, Gmóvil contestó la Reconvención, y allí:
- a. Se opuso, básicamente, a las Pretensiones planteadas por Transmilenio;
  - b. Se pronunció sobre los Hechos, aceptando varios (en algunos casos de manera parcial), negando y manifestando que no le constan otros, e indicando que algunos no tienen el carácter de hechos por tratarse de apreciaciones subjetivas.
  - c. Formuló, para complementar su defensa y los argumentos esgrimidos en el acápite de Hechos, veintidós (22) Excepciones, en el orden y bajo el nombre que a continuación se indica:

Texto Excepción	No.
Inexistencia de Incumplimiento del Concesionario	4.1
Excepción de contrato no cumplido	4.2
Violación al derecho de defensa y debido proceso y, en general a los principios legales aplicables en la imposición de sanciones	4.3
Indebida interpretación del Contrato de Concesión y vulneración al principio de proporcionalidad y equivalencia de las prestaciones por parte de Transmilenio en relación con los descuentos realizados en materia de desincentivos.	4.4
Transmilenio pretende dar efectos a lo que sería una condición meramente potestativa para la desintegración de la flota	4.5
La modificación del cronograma de implementación del SITP es nula, fue objeto de abuso del derecho y en todo caso no conlleva condonación o remisión alguna.	4.6
Inexistencia de obligaciones a cargo de Gmóvil, o en subsidio, son inexigibles.	4.7
Inexistencia de definición "valor tiquete" en materia de desincentivos de forma preexistente a la imposición de desincentivos.	4.8

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. vs EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Texto Excepción	No.
Los niveles de servicio no son aplicables.	4.9
Actuación en contravía de sus propios actos.	4.10
Abuso del derecho.	4.11
Cumplimiento del deber de mitigar su propio daño.	4.12
Abuso de facultad de imponer desincentivos.	4.13
Culpa de Transmilenio.	4.14
Cláusula Penal Enorme.	4.15
Falta de legitimación en la causa.	4.16
Mala fe.	4.17
Indebida acumulación de pretensiones.	4.18
Violación del principio de igualdad.	4.19
Prescripción y caducidad.	4.20
Improcedencia de intereses moratorios.	4.21
Genérica.	4.22

- d. Finalmente, solicitó pruebas y objetó el juramento estimatorio de Transmilenio.

**CAPÍTULO VI – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

**A. Aspectos procesales**

89. Previo al análisis del fondo de la controversia, el Tribunal se refiere, en las siguientes secciones, a los aspectos de índole procesal relevantes al Proceso.

**A.1 Aspectos generales**

90. Sobre este particular, el Tribunal pone de presente que el Proceso reúne los presupuestos procesales requeridos para su validez y, por ende, para permitir la expedición de pronunciamiento de mérito.

91. En efecto:

- a. De conformidad con los certificados de existencia y representación legal acompañados al Proceso,<sup>61</sup> tanto Gmóvil como Transmilenio son personas jurídicas legalmente constituidas y representadas.
- b. Las Partes actuaron por conducto de Apoderados, que fueron debidamente reconocidos como tales.<sup>62</sup>
- c. El Tribunal constató que:
  - i. Había sido integrado e instalado en debida forma;
  - ii. Las Partes:

---

<sup>61</sup> Cuaderno Principal No. 1 – Folios 234 a 257.

<sup>62</sup> Cuaderno Principal No. 1 – Folios 684 a 686.

TRIBUNAL ARBITRAL

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

---

- Eran plenamente capaces y estaban debidamente representadas; y
  - Consignaron oportunamente las sumas que les correspondían, tanto por concepto de gastos como por concepto de honorarios;
- iii. Sin perjuicio del punto específico que a continuación se trata, las controversias planteadas se referían a asuntos de libre disposición que la ley autoriza someter al arbitraje y las Partes tenían capacidad para ello.
- d. El Proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales establecidas al efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las Partes.
- e. No obra causal de nulidad u otra irregularidad que afecte la actuación.
92. Adicionalmente, al tenor de lo previsto en el antes referido artículo 132 del C.G.P.,<sup>63</sup> se efectuó el control de legalidad mencionado en el acápite (J) del capítulo III *supra* y el Tribunal –sin que hubiera habido objeción de las Partes– no encontró vicio que afectara el trámite del Proceso y, por ende, requiriera su saneamiento.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> “Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación.”

<sup>64</sup> Cf. Cuaderno Principal No. 6 – Folios 267 a 268; Cuaderno Principal No. 7 – Folio 124; y Cuaderno Principal No. 9 – Folios 156 a 157 y 168.

A.2 Excepción de Transmilenio sobre falta de competencia del Tribunal respecto de ciertas Pretensiones de la Demanda

93. Como se indicó anteriormente, Transmilenio propuso como Excepción No. 39 la que denominó "*Falta de competencia del Tribunal por pretensiones que involucran la ocurrencia de hechos futuros o de hipotética ocurrencia*", y enderezó la misma contra las Pretensiones Nos. 100 y su subsidiaria, 114, 130 y 132, sobre la base de que ellas involucran "*la ocurrencia de hechos de eventual o hipotética ocurrencia, que no son más que una simple expectativa hacia el futuro.*"<sup>65</sup>
94. Gmóvil, por su lado, se opuso a la Excepción en referencia, desarrollando su argumentación en la § 1.1 de su Alegato.<sup>66</sup>
95. Para el Tribunal no le asiste razón a Transmilenio en su planteamiento, por los siguientes motivos:
- a. La Pretensión No. 100 se refiere a unas solicitudes de nulidad de ciertas reglas que forman parte del Contrato de Concesión, asunto que nada tiene que ver con "*hechos de eventual o hipotética ocurrencia*" en el futuro. Adicionalmente, tal Pretensión no tiene una petición subsidiaria.
  - b. Las Pretensiones Nos. 114, 130 y 132 son todas de condena y **consecuenciales** de las Pretensiones declarativas Nos. 53 (Pretensión No. 114) y 84 (Pretensiones Nos. 130 y 132).
96. Por consiguiente, el pronunciamiento sobre las susodichas Pretensiones de condena es una función de lo que se resuelva sobre las correspondientes Pretensiones declarativas y, por ende, de fracasar estas no existirá margen para estudiar aquellas, situación que, anticipa el Tribunal, es lo que ocurrirá conforme se detalla más adelante.

<sup>65</sup> Cuaderno Principal No. 5 – Folio 153.

<sup>66</sup> Cf. Alegato de Gmóvil – Páginas 10 a 12.

97. De esta manera, tanto por no tener correspondencia alguna con lo aducido (respecto de la Pretensión No. 100), como por sustracción de materia (respecto de las Pretensiones Nos. 114, 130 y 132), no puede deducirse la prosperidad de la Excepción No. 39 aquí evaluada, la cual, por consiguiente, se declara como no probada.

A.3 Objeción por error grave del Dictamen Técnico

98. El 7 de mayo de 2018 se llevó a cabo la audiencia de Declaración de los ingenieros Infante y Castillo en su calidad de miembros de Cal y Mayor.

99. En la parte inicial de la Audiencia, el Apoderado de la Convocada manifestó que objetaba por error grave el Dictamen Técnico, enunció las razones de la objeción e indicó que ampliaría el sustento de las mismas con ocasión del alegato de conclusión. Tal objeción fue coadyuvada por el Representante del Ministerio Público.

100. El Apoderado de Gmóvil, por su lado, se opuso a la objeción y expresó las razones para ello.

101. El Tribunal, a través del Auto No. 29 de la misma fecha, tomó nota de lo anterior, y mediante Auto No. 31 del siguiente 9 de mayo le otorgó plazo a Gmóvil para que fundamentara su oposición, cumplido lo cual se le correría traslado a Transmilenio y al Representante del Ministerio Público para que –en el plazo que también les fue fijado– se pronunciaran sobre el escrito de la Convocante.

102. Ambas Partes usaron en tiempo las anteriores oportunidades.

103. Visto lo precedente, el Tribunal resalta que tanto el C.G.P. como la Ley 1563 eliminaron el "trámite de objeción por error grave" de los dictámenes periciales y, en efecto, el artículo 228 del C.G.P. dispone en su inciso final que "[e]n

*ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave”, redacción que también figura en el artículo 31 del estatuto arbitral.*

104. Doctrinariamente se ha indicado:

“En el Código General del Proceso y en el Estatuto Arbitral, si cualquiera de las partes considera que se presenta un defecto o error en el dictamen, un juicio subjetivo o parcial, un estudio realizado a un objeto diferente, la falta de idoneidad y de argumentos técnicos científicos, entre otros vicios o falencias, deberá expresarlo en la contradicción del dictamen pericial, ya que no cuenta con el trámite especial de la objeción por error grave.”<sup>67</sup>

105. Así, pues, lo que hizo el legislador fue eliminar el trámite especial de la objeción por error grave, pero no la posibilidad de objetar el dictamen pericial cuando una parte considere que ostenta errores de tal entidad que lo conducen a conclusiones equivocadas. Por tanto, nada obsta para que en el traslado de una prueba técnica las partes formulen una objeción de esta índole y que la misma, sin mayores formalismos o trámites, sea valorada por el panel arbitral al momento de proferir el correspondiente laudo.

106. En este sentido, el Consejo de Estado, al resolver el recurso de anulación en contra de un laudo arbitral, manifestó:

“La ley no exige al juez que se pronuncie expresamente en la parte resolutive acerca de las objeciones por error grave, pues este trámite fue eliminado por el Código General del Proceso. Su obligación es valorar la prueba técnica teniendo en cuenta los principios de la sana crítica, en especial la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la

---

<sup>67</sup> César Mauricio Ochoa Pérez, *Tratado de los Dictámenes Periciales*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 2017, página 146.

idoneidad del perito, en conjunto con las demás pruebas que obren en el proceso (artículo 232 del Código General del Proceso).<sup>68</sup>

107. Así las cosas, el Tribunal valorará en este Laudo la objeción por error grave formulada por Transmilenio contra el Dictamen Técnico, en la medida que se haga referencia a tal prueba.

A.4 Tacha de Testigos

108. En relación con la tacha de los Testimonios de Andrés Oyola, Jorge Larreamendy, Javier Márquez, Jonathan Vargas y Diana Aldana, formuladas por Transmilenio,<sup>69</sup> el Tribunal, atendiendo las circunstancias del presente caso, tal como lo exige el artículo 211 del C.G.P.,<sup>70</sup> y considerando que, como puso de presente el Apoderado de Gmóvil, la controversia objeto de este Arbitraje es de **índole contractual**, y, por ende, personas vinculadas a Gmóvil eran fuente idónea de información sobre las vicisitudes del Contrato 004-2010, no encuentra evidencias de parcialidad que hubiesen afectado las Declaraciones o impedido al Tribunal llevar a cabo un análisis crítico de las mismas.

A.5 Documentación sujeta a confidencialidad

109. El 20 de octubre de 2017 el Apoderado de Transmilenio radicó un escrito acompañando un (1) DVD que contiene el modelo financiero y el diseño operacional

---

<sup>68</sup> Consejo de Estado – Sentencia de 31 de octubre de 2016 – Exp. No. 56949.

<sup>69</sup> Cf. la transcripción de las Audiencias del 26 y el 30 de abril de 2019 (Cuaderno Principal No. 7 – Folios 237 a 241 y 243 a 252).

<sup>70</sup> “Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. **El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.**” (Énfasis añadido).

de la Convocada, además de una serie de documentos y nueve (9) DVDs con videos.

110. Al respecto, Transmilenio, fuera de incluir un aparte titulado "*Precisiones sobre los documentos que se aportan*", anotó lo siguiente:

"[T]eniendo en cuenta que la documentación que se aporta, concretamente el modelo financiero y el diseño operacional, tienen reserva legal sin que el Tribunal haya establecido condiciones de acceso y manejo de dichos documentos por parte de la convocante... es imperioso, en cumplimiento del artículo 27 de la ley 1755 de 2015, que se definan condiciones que garanticen su reserva y con ello se eviten graves perjuicios a la entidad demandada."

111. Frente a esta manifestación, el Tribunal, mediante Auto No. 13 del 31 de octubre de 2017,<sup>71</sup> adoptó las medidas que allí se detallan para proteger la confidencialidad de los documentos aportados por Transmilenio, las cuales fueron observadas debidamente, destacándose, en relación con este Laudo, que en la parte resolutive del mismo se ordenará su devolución a Transmilenio en la forma establecida en el referido Auto No. 13.
112. Finiquitado, entonces y en las cinco (5) secciones anteriores, lo concerniente a los *Aspectos Procesales*, pasa el Tribunal a ocuparse de los méritos de la controversia, tarea que desarrolla en los siguientes acápite del Laudo.

**B. Consideración básica sobre el alcance de las Pretensiones de las Partes**

113. Con ocasión del examen de su competencia, específicamente en torno a la *arbitrabilidad objetiva* de las Pretensiones, el Tribunal puntualizó en el Auto No. 20 del 15 de marzo de 2018 –que no fue objeto de recurso– lo que a continuación se cita:

---

<sup>71</sup> Cuaderno Principal No. 6 – Folio 51.

"46. Al respecto [arbitrabilidad objetiva], sea lo primero consignar que este tema está **gobernado –y circunscrito–** a lo específicamente estipulado en la Cláusula Compromisoria, donde con toda claridad se expuso que:

'Cualquier **divergencia** que surja entre las partes con **ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o liquidación de este Contrato** que no sea de carácter técnico, **será dirimida por un Tribunal de Arbitramento...**' (Énfasis añadido [En la cita]).

47. Por consiguiente, **la anterior frontera marca la competencia del Tribunal frente a las pretensiones ('Pretensiones') tanto de la Demanda como de la Reconvención, siguiéndose que unas y otras deben tener impacto y efecto respecto del Contrato**, en tanto y cuanto **el conflicto sometido al Tribunal está enmarcado en la alegada violación del mismo**, sea por parte de Transmilenio (Demanda) o por parte de Gmóvil (Reconvención)."<sup>72</sup> (Énfasis añadido).

114. A su turno, siendo el presente un conflicto de **índole contractual** entre Transmilenio y Gmóvil –punto sobre el cual no hay discrepancia entre las Partes– que, como se citó anteriormente –y aquí se enfatiza– es la **categoría exclusiva** de controversia que puede ser sometida a esta composición arbitral,<sup>73</sup> es evidente que lo único que puede ser examinado son las alegadas violaciones a las obligaciones contraídas en el Contrato, bien por Transmilenio, bien por Gmóvil.

---

<sup>72</sup> Cuaderno Principal No. 7 – Folios 15 a 16.

<sup>73</sup> Lo anterior está en línea con la propia definición de arbitraje que aparece en el primer inciso del art. 1º de la Ley 1563:

"El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual **las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición** o aquellos que la ley autorice." (Énfasis añadido).

115. Cualesquiera otras obligaciones a cargo de una u otra Parte frente a terceros, individual o colectivamente considerados, determinados o indeterminados, públicos o privados, etc. escapan a la materia de este Arbitraje, que, se repite, está rigurosamente circunscrito, por voluntad de las propias Partes, a divergencias entre ellas con motivo de la "celebración, interpretación, ejecución o liquidación" del Contrato 004-2010.
116. Consignado lo anterior, el Tribunal precisa que para fines de la tipificación o no de *obligaciones contractuales*, se tendrá como referencia la siguiente, autorizada y notable, caracterización de *obligación* proveniente del profesor Marcel Planiol:

"Toda cuestión de derecho puede formularse en los siguientes términos: ¿Qué es lo que tal persona puede exigir de otra? Es decir, tomando en sentido contrario la relación que las une ¿A qué está obligada la segunda persona en relación con la primera? Por tanto, toda cuestión de Derecho, cualquiera que sea se reduce siempre a la comprobación de un lazo obligatorio, y esta cuestión que es la primordial, comprende e implica todas las demás."<sup>74</sup>

**C. El Contrato de Concesión. Naturaleza y alcance obligacional**

**C.1 La concesión como modalidad de la contratación estatal**

117. Si bien la condición de *contrato de concesión* que se predica del Contrato 004-2010 no ofrece duda, pues expresamente es referido como tal en la parte final

---

<sup>74</sup> Marcel Planiol, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Volumen VI, Editorial Cultura, México D.F., 1945, página 10.

de sus *Considerandos*,<sup>75</sup> al igual que en el capítulo 1, titulado *Objeto – Naturaleza del Contrato*,<sup>76</sup> el Tribunal considera procedente anotar lo que sigue.

118. El *contrato de concesión* está explícitamente consagrado en el artículo 32 (4) del Estatuto de Contratación Pública como uno de los contratos estatales:

“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.” (Énfasis añadido).

119. Esta modalidad contractual ha sido materia de múltiples manifestaciones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, a cuyo efecto se hace referencia al detallado análisis que trae el laudo proferido el pasado 22 de octubre de 2018,<sup>77</sup> a partir del cual el Tribunal señala lo siguiente:

---

<sup>75</sup> “[E]n consideración a lo anterior, las partes han decidido celebrar el presente **Contrato de Concesión**, que incorpora el siguiente contenido: (...).” (Énfasis añadido).

<sup>76</sup> En la cláusula 2ª, integrante de este capítulo y denominada “NATURALEZA DEL CONTRATO”, se estipuló:

“El presente **Contrato de Concesión** instrumenta la relación de carácter contractual que vinculará a TRANSMILENIO S.A. y al CONCESIONARIO a partir de la fecha de inicio de vigencia, como partes que son del Contrato...”. (Énfasis añadido).

<sup>77</sup> Arbitraje de *Citi Móvil S.A. vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.*

- a. El término genérico de *concesión*, como prerrogativa del estado (o de una entidad estatal), se considera dividido en (i) la *concesión de obra pública*; y (ii) la *concesión de servicios públicos*, siendo la segunda una escisión de la primera:

“Si bien la concesión de servicios públicos reconoce antecedentes lejanos, puede afirmarse que alcanzó contornos propios y específicos a comienzos de este siglo [XX], a partir del momento en que la labor de la doctrina y la acción de la jurisprudencia lograron escindirla de la concesión de obra pública, con la cual había estado confundida, principalmente por razones históricas.<sup>78</sup>”

A fines del siglo XIX, la aparición de los tranvías y los ferrocarriles, y el suministro domiciliario del gas primero, y de la electricidad más tarde, **hicieron ver que la concesión podía versar tanto sobre las obras en sí mismas, como sobre la prestación del servicio público correspondiente**, para

---

<sup>78</sup> Un ilustrativo ejemplo de concesión de obra pública de esa época se encuentra en el famoso “Contrato Salgar – Wyse”, suscrito el 20 de marzo de 1878 entre Eustorgio Salgar, Secretario de lo Interior y de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos de Colombia y Lucien N.B. Wyse, miembro y Delegado del Comité de Dirección de la Sociedad Civil Internacional del Canal Interoceánico, en cuya virtud (artículo 1º):

“El Gobierno de los Estados Unidos de Colombia concede al señor Luciano N. B. Wyse, que lo acepta en nombre de la Sociedad del Canal Interoceánico, representada por su Comité de Dirección, el privilegio exclusivo para la ejecución a través de su territorio y para la explotación del Canal marítimo entre los océanos Atlántico y Pacífico. Dicho Canal podrá ser [construido] sin estipulaciones restrictivas de ninguna clase.”

Este contrato fue aprobado por el gobierno colombiano el siguiente 23 de marzo y cedido en 1879 a la Compañía Universal del Canal Interoceánico de Panamá, presidida por Fernando de Lesseps, a cambio de US\$ 2 millones de la época.

Como es sabido, la compañía francesa fracasó en la construcción del canal y fue intervenida judicialmente en febrero de 1889, lo que dio origen a la accidentada historia que culminó con el Tratado Hay – Bunau Varilla de 1903 (inmediatamente después de la separación de Panamá de Colombia), donde la nueva república concedió a los Estados Unidos los derechos a perpetuidad del canal, y una zona de ocho (8) kilómetros a cada lado del mismo, a cambio de US\$ 10 millones y una renta anual de US\$ 250 000.

Para el texto completo del Contrato Salgar – Wyse, cf. *Los Tratados entre Panamá y los Estados*, Panamá, Autoridad del Canal, 1999, páginas 37 a 56.

Igualmente, para una excelente explicación histórica sobre este contrato, cf. Eduardo Lemaitre, *Panamá y su separación de Colombia*, Bogotá, Editorial Kelly, 1971.

entenderse, por último, que **podían darse casos en que lo principal era la prestación de esos servicios , estuviesen o no ligados o la realización de una obra o de un trabajo públicos**, los cuales, incluso, llegaron a constituirse en elementos accesorios o necesarios del servicio público (...)

Dentro de una aparente semejanza, la concesión de servicios públicos y la concesión de obra pública se diferencian tanto por su objeto como por su régimen jurídico.

En efecto, **la concesión de servicios públicos procura la gestión y prestación de un servicio público**, como tal, mientras que con la concesión de obra pública lo que se pretende es la construcción de una obra pública, destinada al logro de un interés público.

De ahí que si en la concesión de servicios públicos su esencialidad se concreta en la prestación del servicio de que se trate, en la concesión de obra pública el elemento fundamental es la realización de la obra, ya que si se instala luego en ella un servicio público, podrá surgir, para regularlo y asegurarlo, un contrato de concesión de servicios públicos.<sup>79</sup> (Énfasis añadido).

- b. En Sentencia C-068 de 2009, la Corte Constitucional aludió a la concesión de servicios públicos en los siguientes términos:

"[P]uede considerarse que la concesión es el contrato por medio del cual una entidad estatal, **primera obligada a la prestación de un servicio público**, confía la prestación del mismo a manera de delegación, a una persona -generalmente un particular- denominada concesionario, **quien actúa en nombre**

---

<sup>79</sup>

Héctor Escola, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Volumen II, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1979, páginas 17, 36 y 37 – Citado en el laudo *Citi Móvil S.A. vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.*, páginas 56 y 57.

**y a riesgo propio** en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total.<sup>80</sup> (Énfasis añadido).

- c. Para el Consejo de Estado (Sala de Consulta y de Servicio Civil), la concesión de servicios públicos es una forma de gestionar el servicio de que se trate, encargando al efecto al concesionario, a través del correspondiente contrato, *“durante un cierto tiempo y asumiendo las cargas mediante el derecho de obtener la remuneración de los usuarios”*.<sup>81</sup>

120. Así, frente a las expresiones doctrinarias y jurisprudenciales antes citadas, cabe concluir, sin asomo de duda, que el Contrato **efectivamente corresponde** a una **concesión de servicio público**,<sup>82</sup> modalidad que –huelga repetir– es una

---

<sup>80</sup> Corte Constitucional – Sentencia C-068-2009 – 10 de febrero de 2009.

En el mismo sentido, en la Sentencia C-711 de 1996, la Corte Constitucional señaló que a través de la concesión de servicios públicos se autoriza “a un particular para que este satisfaga inmediata y permanentemente una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado.”

(Corte Constitucional – Sentencia C-711-1996 – 9 de diciembre de 1996).

<sup>81</sup> Consejo de Estado – Sala de Consulta y de Servicio Civil – Sentencia del 12 de octubre de 2000 – Expediente 1299.

<sup>82</sup> En el Concepto del Ministerio Público, con referencia a pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado se hace una acabada descripción de las características del contrato de concesión, así:

“(i) Implica una convención entre un ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario.

(ii) La entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública;

(iii) Puede acudir a ella también para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio;

(iv) La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario;

(v) El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo;

(vi) El particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien;

(vii) Deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad;

de las contempladas en el precitado artículo 32 (4) del Estatuto de Contratación Pública.

121. Lo anterior, a su turno, encaja con lo señalado por el Consejo de Estado (con apoyo en jurisprudencia de la Corte Suprema), en Sentencia del 18 de marzo de 2010:

“[L]os elementos que permiten identificar la naturaleza jurídica o la especial función económico-social que está llamado a cumplir el **tipo contractual de la concesión...** son los siguientes: (i) la concesión se estructura como un negocio financiero en el cual **el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo**, en línea de principio; (ii) el cumplimiento del objeto contractual por parte del concesionario debe llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra o del adecuado mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado; (iii) **el concesionario recuperará la inversión realizada y obtendrá la ganancia esperada con los ingresos que produzca la obra, el bien público o el servicio concedido, los cuales regularmente podrá explotar de manera exclusiva, durante los plazos y en las condiciones fijados en el contrato**; la remuneración, entonces, 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’... y (iv) los bienes construídos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado,

---

(viii) El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.”

(Concepto del Ministerio Público – Páginas 24 y 25).

aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.”<sup>83</sup> (Énfasis añadido).

122. De otra parte, por su misma índole de corresponder el contrato de concesión a un *otorgamiento* que hace el estado (o la entidad estatal) en favor de un *concesionario*, es absolutamente lógico que sea el primero el determinador básico de las condiciones de lo que *concede* y que el riesgo de la ejecución de lo *concedido* (sea obra pública o servicio público) se radique, de manera general, en el *concesionario*.
123. De hecho, la propia regla del artículo 32 (4) de la Ley 80 de 1993 así lo consagra, cuando establece que la ejecución de la concesión se lleva a cabo “*por cuenta y riesgo del concesionario*” (énfasis añadido) y que al concedente solo le compete la tarea de “*vigilancia y control*”.

C.2 *La incorporación normativa a partir del artículo 38 de la Ley 153 de 1887*

124. Establecido lo anterior, pasa el Tribunal a referirse a la regulación aplicable al Contrato 004-2010 y, en particular, a la relevancia de ella respecto de las **obligaciones contractuales** de las Partes.
125. Como punto de partida debe precisarse que el propio Contrato se ocupa de este tópico al indicar que la relación entre Transmilenio y Gmóvil “*estará sometida a las disposiciones, reglas y principios que rigen los Contratos celebrados por*

---

<sup>83</sup> Consejo de Estado – Sentencia del 18 de marzo de 2010 – Expediente 14390.

La Sentencia de la Corte Suprema citada por el Consejo de Estado corresponde a la proferida el 9 de abril de 1927, donde se dijo:

“Lo que constituye la esencia o naturaleza de un contrato no es la calificación que le den las partes, sino la que la ley le da de acuerdo con la voluntad de las mismas partes. Aunque los contratantes llamen venta al arrendamiento, posesión al dominio, mandato al depósito, etc., si resulta que la convención celebrada no tiene el carácter jurídico que los contratantes la designan, el contrato a los ojos de la ley y del juez no es ni puede ser otro que el que resulta de los hechos, aunque los interesados, por ignorancia o fines especiales, quieran revestirlo de una calidad que no tiene.”

(Corte Suprema – Sentencia del 9 de abril de 1927).

*entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentran expresamente regulados por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, aplicables al Contrato de Concesión,<sup>84</sup> y las demás normas que las modifiquen, sustituyan, desarrollen o reglamenten. - - En los demás aspectos, se regirá por las normas del derecho privado."*

126. Así, una primera aproximación para evaluar el Contrato determina –por expreso acuerdo de las Partes– que tal análisis debe tener como puntos de referencia:
- a. Los aspectos expresamente contemplados en el Estatuto de Contratación Pública respecto del contrato de concesión;
  - b. Las disposiciones, reglas y principios aplicables a los contratos celebrados por entidades públicas; y
  - c. De manera residual, las normas del derecho privado.
127. Lo anterior, sin embargo, debe acompasarse –para fines del análisis del Contrato 004-2010 en función de las Pretensiones de las Partes– con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en cuya virtud:

---

<sup>84</sup> De conformidad con el primer inciso del art. 13 del Estatuto de Contratación Pública, referente a la **normatividad aplicable a los contratos estatales**:

"Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto [entidades estatales] se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley."

Igualmente, el art. 40 *in fine*, sobre **contenido del contrato estatal**, establece:

"Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, **correspondan a su esencia y naturaleza**.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración." (Énfasis añadido).

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

---

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

Exceptúanse de esta disposición:

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

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

128. Con relación a esta disposición y, específicamente a su primer inciso, que es el que aquí interesa y conduce al examen de la llamada *integración de los contratos*, el Tribunal puntualiza lo que a continuación se expone.
129. De conformidad con la parte inicial el artículo 1501 del C.C., “[s]e distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales.”
130. A su turno, siguiendo la norma (parte final):
- a. “Son de la esencia de un contrato [esentialia negotia] *aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente;*
  - b. “son de la naturaleza de un contrato [naturalia negotia] *las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial*”; y
  - c. “son accidentales a un contrato [accidentalia negotia] *aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.*”

131. Así, pues, la incorporación normativa a los contratos prevista en el primer inciso del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 **no tiene carácter indiscriminado o absoluto** y se concreta, exclusivamente, en aquellas leyes llamadas a operar en forma supletoria, determinando “*el contenido de la relación contractual ante la ausencia de una diversa previsión de las partes, caso en el cual por mandato de la ley entran a hacer parte del reglamento los ‘naturalia negotia’ propios del tipo en cuestión.*”<sup>85</sup>
132. Como bien se consigna en laudo del 6 de julio de 2018:

“[L]as leyes vigentes al tiempo de la celebración del contrato según su categoría y disciplina, por expreso mandato legal están llamadas a integrar su contenido como elementos de su naturaleza (‘naturalia negotia’), sin necesidad de estipulación o cláusula alguna, según postula la jurisprudencia:

‘[E]l contenido de un negocio jurídico y, por tanto, de las obligaciones generadas, es un todo homogéneo, unitario, complejo y compuesto por el conjunto de sus elementos esenciales (esentialia negotia), naturales (naturalia negotia) o accidentales (accidentalia negotia) tal como dispone el artículo 1501 del Código Civil y a la luz de los artículos 1602 y 1603 esjudem y 871 del Código de Comercio, obliga a su cumplimiento de buena fe en todo cuanto le pertenece según su esencia, naturaleza, a lo expresamente pactado y a lo que le corresponde según la ley, la costumbre y la equidad.’

---

<sup>85</sup> Diego Franco Victoria, *Integración de los contratos, Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos*, Tomo IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 207, página 102.

En el mismo sentido, la profesora Kemelmajer de Carlucci anota:

“[M]ediante la integración, se descubre y agrega aquello que por voluntad extraña pero inderogable debe considerarse incluido automáticamente en el negocio.”

(Aida Kemelmajer de Carlucci, *Reflexiones sobre la interpretación de los contratos, Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, Tomo I, Lima, Grijley, 2007, página 225, citado por Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, *Interpretación, calificación e integración del contrato, Estudios de Derecho Civil*, Tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, página 190).

'[E]l contenido del negocio jurídico constituye un todo compacto, homogéneo y está integrado con todo cuanto le pertenece por definición (esentialia negotia), ley, uso, costumbre o equidad (naturalia negotia), y lo expresamente convenido (accidentalialia negotia), incorporando per se las disposiciones legales consagradorias de sus efectos (artículos 864 y 871, Código de Comercio; 1501, 1602 y 1603, Código Civil).'<sup>86</sup>

133. Y se recoge en autorizada doctrina, una de ellas con referencia explícita a la contratación estatal:

"La calificación jurídica del acto judicialmente controvertido cobra su mayor importancia en cuanto se endereza a la determinación del régimen legal que le corresponde. En efecto, de ordinario ocurre que los agentes se limiten a expresar los elementos esenciales de su negocio ('esentialia negotii'), y que dejen de pronunciarse acerca de otros tópicos que, no obstante, según la ley, son de naturaleza de aquel ('naturalia negotii'), caso en el cual tales cuestiones deben ser resueltas atendiendo a las prescripciones legales pertinentes".<sup>87</sup>

"[E]l operador jurídico habrá de practicar una interpretación preliminar o preventiva de esa conducta [que se afirma fue dispositiva], con miras a establecer cuál fue la figura utilizada, o sea para la calificación jurídica de aquella, tarea u operación a la que de ordinario no se hace referencia o que merece atención reducida, pero que es fundamental e ineludible, así en muchos casos se dé por descontada, por su evidencia o porque se acoja

---

<sup>86</sup> Laudo del 6 de julio de 2018 – *Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S. vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.* – Página 122.

Las Sentencias aludidas en el laudo en cita corresponden, respectivamente, a las proferidas por la Corte Suprema el 1º de julio de 2009 (Radicación 2010-00310-01) y el 19 de octubre de 2011 (Radicación 2001-00847-01).

<sup>87</sup> Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*, Bogotá, Editorial Temis, 1980, página 418.

mecánicamente, o mejor por la calificación que le hayan dado las partes, pero que es de la mayor trascendencia...porque sólo habiendo determinado previamente la figura jurídica correspondiente se podrá proceder a la integración del contenido mediante el aporte de los 'naturalia negotia'."<sup>88</sup>

"De acuerdo con la Ley 80, ¿Cómo se conformaría [el] régimen normativo en materia de contratación de las entidades estatales? a) Ante todo, se deben ubicar las normas imperativas de la Ley 80 o las normas imperativas que se encuentran en disposiciones especiales sobre contratación de entidades públicas (es decir, normas de orden público, que contenga el régimen especial sobre, por ejemplo, concesión minera, concesión portuaria, concesión de telecomunicaciones; b) Los pactos lícitos celebrados por las partes, relativos a elementos esenciales, naturales o accidentales del negocio; y c) Normas indicativas del contrato tipo que se celebre; o si es atípico, las normas generales de los actos jurídicos."<sup>89</sup>

134. De esta manera, el Tribunal coincide y hace propio lo señalado en el laudo antes referido, valga decir:

**"[N]o todas las leyes integran el contenido del contrato, sino las relativas a su disciplina jurídica general y singular, las que gobiernan su celebración, existencia, forma, presupuestos de validez, prestaciones interpartes, y sean específicamente aplicables al negocio jurídico de**

---

<sup>88</sup> Fernando Hinestrosa, *Contenido y efectos del negocio jurídico*, *Studio in onore di Pietro Rescigno*, Tomo III, Milán, 1998, citado por Diego Franco Victoria, *op. cit.*, nota de pie de página 39, página 101.

La posición expuesta por el doctor Hinestrosa es recogida en Sentencia del Consejo de Estado del 13 de julio de 2013 (Expediente 23.730), incluida en el laudo *Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S. vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.*, como parte del soporte jurisprudencial anunciado en la cita del numeral precedente.

<sup>89</sup> Jorge Suescún Melo, *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, Tomo II, Bogotá, Legis Editores S.A., 2003, página 39.

**que se trate según su tipología, naturaleza, materia, intereses y efectos.**

En efecto, **la integración normativa** del contenido contractual con las leyes vigentes al tiempo de la celebración del contrato como elementos naturales (naturalia negotia) por disposición legal, **exige cuidadoso análisis** de las normas jurídicas y estipulaciones contractuales **para prevenir excesos, descarríos o la desnaturalización e infirmación del contrato en virtud de la extensión indiscriminada de la relación jurídica obligatoria, los deberes de prestación y la responsabilidad con obligaciones que la ley impone a las entidades públicas por su constitución, organización, estructura, funcionamiento y funciones, o por las políticas públicas programáticas, abstractas y generales.**

**La Ley, con sujeción a la Constitución Política, puede establecer obligaciones a las entidades públicas en el ámbito de sus funciones o en la formulación de una política pública. Sin embargo, estas obligaciones y la responsabilidad ante su quebranto o inobservancia no deben confundirse con las derivadas del contrato, desde luego que las funciones, deberes, obligaciones y responsabilidad de las entidades públicas disciplinadas en leyes de políticas públicas, o que conciernen al ejercicio de sus funciones legales, administrativas o estatutarias tienen una naturaleza diversa y su ámbito es diferente.** La Ley de política pública, por supuesto, puede disponer su aplicación a los contratos que celebren las entidades para su cumplimiento. También las partes. En uno u otro caso es menester un texto legal o contractual expreso.

De este modo, salvo expresa disposición legal o contractual, **las leyes de política pública, o las relativas a la constitución, organización y funcionamiento de las entidades estatales, a su actividad y misión, por lo común no están llamadas a determinar el contenido de los contratos, y**

**por consiguiente, el régimen de los derechos y obligaciones de las partes.**

Ello, requiere una expresa referencia legal o, **una estipulación contractual, singular, concreta y específica**, ya por determinar la misma ley su aplicación o disponerla las partes en el contrato.<sup>90</sup> (Énfasis añadido).

135. Pero es más. Extrapolar las funciones, deberes y obligaciones de una entidad estatal derivadas de una política pública y adscribirles carácter *contractual*, puede conducir a consecuencias contrarias a la seguridad jurídica y a las expectativas del conglomerado social.

136. En efecto, considérese si en el marco de un **conflicto contractual** –como este Arbitraje– se deduce incumplimiento (o cumplimiento) de los deberes generales asignados a una entidad pública:

¿Será definitivo un pronunciamiento negativo y, por ende, la actividad de que se trate no será susceptible de ulterior evaluación en el marco del cumplimiento de objetivos o políticas públicas?

¿Y si en el marco de **otro conflicto contractual** hubiere una decisión contraria? ¿Cuál sería la *verdadera* conclusión?

¿Quedaría el escrutinio de la observancia de políticas o funciones públicas, sometido al planteamiento de un conflicto contractual?

137. Este Tribunal considera que transitar el camino antes delineado no corresponde ni a sus prerrogativas ni a la función arbitral.

---

<sup>90</sup> Laudo del 6 de julio de 2018 – *Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S. vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.* – Páginas 123 a 124.

138. Por ende, y concordante con lo expuesto, el Tribunal puntualiza –por demás, en línea con lo que se consignó en el Auto No. 20 del 15 de marzo de 2018 referido en la § B de este capítulo– que las múltiples Pretensiones de la Demanda que aluden a violaciones **legales** por parte de Transmilenio solo serán examinadas en tanto y cuanto hayan adquirido, **puntual y específicamente**, el carácter de obligaciones **contractuales**, pues de lo contrario –es apenas obvio– exceden el ámbito del **conflicto negocial** que suscita este Arbitraje y le permite al Tribunal actuar para dirimirlo.

C.3 La buena fe como integrante de las obligaciones contractuales

139. Ríos de tinta han corrido, jurisprudencial y doctrinariamente, en derecho privado y en derecho público, en derecho colombiano y en derecho comparado, sobre la tipificación de la buena fe y su incidencia en el campo de las obligaciones, y, **de manera unánime**, jueces y doctrinantes de aquí y de allá, coinciden en que se trata de un imperativo de conducta, que se aplica a todo tipo de contratos y compromete a todos los contratantes, cualquiera que sea la naturaleza de su vínculo negocial.

140. Este Tribunal considera que la pléyade de pronunciamientos sobre la buena fe es más que suficiente para ilustrar su contenido y alcance, sin necesidad de incorporarlos *in extenso* en este Laudo,<sup>91</sup> bastando hacer referencia a lo siguiente:

- a. En materia normativa, los muchas veces citados artículos 1603 del C.C. y 871 del C. Co., disponen, respectivamente:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a

<sup>91</sup> El reconocido experto en arbitraje, Fali S. Nariman anota que la brevedad es de la esencia de las decisiones judiciales y que “la justicia no necesita adornos” (traducción).

(Fali S. Nariman, *The Spirit of Arbitration, Arbitration International*, London Court of International Arbitration, Vol. 16, No. 3, 2000, página 263).

todas las cosas que emanan precisamente de la **naturaleza de la obligación**, o que por la ley pertenecen a ella.” (Énfasis añadido).

“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a **la naturaleza de los mismos**, según la ley la costumbre o la equidad natural.” (Énfasis añadido).

- b. Entre múltiples ejemplos que siguen lo anterior, el artículo 1.7 de los renombrados Principios UNIDROIT establece en torno al carácter imperativo del principio de buena fe y de lealtad negocial:

“(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber.”

- c. En doctrina de la mayor autoridad se ha caracterizado la buena fe como elemento integrador de las obligaciones:

“En el derecho de obligaciones del presente, y no sólo en lo que hace a las derivadas de contrato o, más ampliamente, de negocio jurídico, se resalta el deber de lealtad y corrección, que en ocasiones es también de colaboración, que pesa parejamente sobre ambos sujetos de la relación crediticia. Indudablemente el deudor debe obrar de buena fe en la ejecución de la prestación, pero no es menos cierto que el acreedor, a su turno, debe obrar con lealtad.”<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> Fernando Hinejosa, *Tratado de las Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, página 112.

- d. Y sobre las acepciones de la buena fe, se consideran relevantes las siguientes expresiones jurisprudencial y doctrinaria:

"[L]a **buena fe subjetiva** es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como **buena fe objetiva**."<sup>93</sup> (Énfasis añadido).

"La **buena fe objetiva** es un deber de conducta impuesto al sujeto, que importa que no se perjudiquen intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios. La **buena fe subjetiva**, en cambio, es una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a derecho, lo que determina una absoluta correspondencia entre su creer y actuar que el derecho trata favorablemente."<sup>94</sup>

141. Considerando lo anterior, es claro que:

- a. En materia negocial, lo preponderante es la buena fe *objetiva*, sin que cobre relevancia la percepción personal sobre estar actuando en forma correcta, lo cual, sin embargo, podrá servir en ciertos casos como atenuante de responsabilidad; y
- b. Al margen de la exigencia general e insoslayable de comportamiento probo y leal, la buena fe impone, **como consecuencia**, la obligación de observar no solo lo pactado sino, además, lo que corresponda a la

---

<sup>93</sup> Consejo de Estado – Sentencia del 19 de noviembre de 2012 – Expediente No. 39495.

<sup>94</sup> Manuel de la Puente y Lavalle, La doctrina de los actos propios, *Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos*, Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, página 357.

**naturaleza** de lo convenido, exigencia que, desde luego, hace referencia al concepto de *naturalia negotia*, integrante del contenido contractual a la luz del antes examinado artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

142. No se trata, entonces, de una **integración normativa indiscriminada y general**, pues la frontera está dada, según la propia ley, por aquello que corresponda a la **naturaleza** de lo convenido, sin extensiones adicionales, que solo conducirían a incertidumbre y confusión sobre el contenido obligacional de un contrato.
143. Obsérvese, además, que la carga consecencial de ejecutar en buena fe los contratos no alude a los elementos esenciales de la convención (*essentialia negotia*), pues el vínculo con estos proviene de la propia ley, independiente del comportamiento de los contratantes.
144. A su turno, se da por descontada la obligatoriedad de lo expresa y válidamente convenido por las partes (*accidentalía negotia*), como que las reglas sobre actuar de buena fe específicamente mencionan que la consecuencia obligacional de proceder en dicha forma se extiende más allá de lo puntualmente acordado, para incorporar los elementos de la naturaleza del contrato de que se trate.
145. Expresado lo anterior, el Tribunal resalta que la observancia de la buena fe en las relaciones negociales se extiende –como derivación y manifestación de aquella– a la improcedencia de actuar en contra de actos anteriores, valga decir, la tipificación del principio *venire contra factum proprium non valet*, génesis de la *doctrina de los actos propios*.
146. De esta forma, y similar a lo concluido con ocasión de la precedente sección C.2, el Tribunal subraya que la integración normativa resultante de la exigencia de obrar de buena fe será examinada, con carácter exclusivo, en función de lo previsto en la regulación pertinente, esto es, con referencia a los elementos de la **naturaleza** de los contratos, en este caso el Contrato de Concesión.

147. Lo anterior no obsta, por supuesto, para que en la evaluación de las Pretensiones de una y otra Parte se considere la presencia o ausencia del insoslayable deber de observar la buena fe y sus emanaciones, en particular, la *doctrina de los actos propios*.

**D. Evaluación y conclusiones sobre las Pretensiones declarativas de la Demanda**

**D.1 Observación preliminar**

148. Enmarcado el Contrato de Concesión y su alcance en los términos expuestos en las §§ C.1, C.2 y C.3 *supra*, procede ocuparse de las Pretensiones de la Demanda, agrupadas en la forma descrita en la § (A) del capítulo V de este Laudo.

149. Previo a ello, sin embargo, el Tribunal considera necesario aludir a dos (2) tópicos, el primero de simple economía procesal, y el segundo de amplia repercusión para el análisis de lo pretendido por Gmóvil.

150. Ellos son:

- a. Las Pretensiones de la Demanda aceptadas por Transmilenio; y
- b. Las Pretensiones de Gmóvil correspondientes a la asignación de riesgos en el Contrato 004-2010 y, en particular, la nulidad de ciertas estipulaciones, principalmente los párrafos 2 y 4 de la cláusula 115 del Contrato, referente a la Matriz de Riesgos.

**D.2 Pretensiones de la Demanda aceptadas por Transmilenio**

151. Como se indicó en la § (C) del capítulo V *supra*, Transmilenio manifestó que, con ciertas precisiones, no se oponía a las Pretensiones Nos. 1, 4, 5, 7, 13, 15, 27 y 28.

152. Por consiguiente, en aras de la economía procesal y dado el gran número de Pretensiones planteadas por Gmóvil, el Tribunal tendrá en cuenta lo anterior al pronunciarse sobre las antedichas Pretensiones.

D.3 Pretensiones relacionadas con la asignación de riesgos en el Contrato 004-2010 y, en particular, la nulidad o no de la Matriz de Riesgos

153. Como parte de las *Pretensiones Particulares* de Gmóvil, y como se indicó en la tabla que aparece en la § A del capítulo V *supra*, se encuentran las Pretensiones "*relativas a la asignación de riesgos del Contrato*".

154. A través de ellas la Convocante básicamente pretende que el Tribunal:

- a. Declare que Gmóvil "*está legalmente obligado a asumir **únicamente** los riesgos que está en capacidad de administrar, controlar y mitigar...*" (énfasis añadido), so pena de infringir una serie de disposiciones de rango constitucional y legal; y
- b. Deje sin efectos, por la vía de la declaración de nulidad absoluta, la Matriz de Riesgos.

155. Siendo indudable que estas Pretensiones están encaminadas a modificar la estructura de riesgos consignada en el Contrato 004-2010, el Tribunal aborda su evaluación en los términos que siguen.

156. Es claro que la modificación del régimen de responsabilidad establecido en el Contrato es una función de la pérdida de efectos de la Matriz de Riesgos, y que en la Pretensión 68.3 se pidió declarar la nulidad absoluta de la cláusula 115 del Contrato 004-2010, en cuya virtud Gmóvil y Transmilenio asumían, a partir de la firma de aquel, "*los efectos derivados de los riesgos tipificados, estimados y asignados en la Matriz de Riesgos...*".

TRIBUNAL ARBITRAL

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

---

157. Por ende, el Tribunal considera que debe ser dicha petición de nulidad absoluta (y las demás de tenor similar planteadas por Gmóvil en este grupo de Pretensiones) la materia inicial de análisis, habida cuenta de los efectos que de ello se derivan para múltiples Pretensiones de la Demanda.
158. Dicho lo anterior, y para fines de precisión, se pone de presente que la Pretensión 68.3 de Gmóvil es:

“Que se declare que son absolutamente nulas con los efectos previstos en el artículo 47 de la Ley 80 de 1993, o en su defecto no producen efecto alguno, las siguientes cláusulas del Contrato o fragmentos de ella: (...)”

68.3 De la cláusula 115 los apartes que se subrayan a continuación:

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

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

159. Del texto antes citado, y máxime con la invocación del artículo 47 de la Ley 80 de 1993,<sup>95</sup> es evidente que no se está apuntando a la nulidad del Contrato 004-2010, sino a la nulidad de **ciertas y determinadas partes** del mismo, que no impiden su existencia.
160. De hecho, subraya el Tribunal, sería inconsistente e incompatible una pretensión de **nulidad absoluta** del Contrato de Concesión frente a la Pretensión No. 1 de la Demanda, donde se pide declarar que este *"existe y se encuentra en ejecución."*
161. Por consiguiente, las disposiciones relativas a la **nulidad del contrato en pleno** no son pertinentes para tipificar la nulidad de los textos del Contrato a que se alude en la Pretensión bajo análisis.
162. Concretamente se refiere el Tribunal al artículo 44 del Estatuto de Contratación Pública, pues allí se menciona que *"[/]os contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando. (...)"* (énfasis añadido), y aquí -se resalta- lo que se está planteando es la nulidad de una **parte** del Contrato, no de la **totalidad** del mismo.
163. E igual raciocinio se aplica respecto de las reglas sobre caducidad de la acción referente a la **nulidad absoluta de los contratos**, sea que se predique con referencia al C.C.A. o al C.P.A.C.A.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> "La nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidarán la totalidad del acto, salvo cuando éste no pudiese existir sin la parte viciada."

El art. 902 del C. Co. también regula la "nulidad parcial", disponiendo:

"La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, sopló acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad."

<sup>96</sup> El art. 136 (10) (e) del C.C.A. establecía para efectos de caducidad de acciones:

"La **nulidad absoluta del contrato** podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento...". (Énfasis añadido).

164. No ocurre lo mismo, sin embargo, con la caducidad de la acción contractual general que está regulada en el C.P.A.C.A. en forma **sustancialmente idéntica** a como lo estaba en el C.C.A., pues tanto el artículo 164 (2) (j) del primero, como el artículo 136 (10) del segundo traen, respectivamente, el siguiente texto:

“En las relativas a contratos, el **término de caducidad** será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.” (Énfasis añadido).

“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.” (Énfasis añadido).

165. Por consiguiente, y para fines de la nulidad impetrada por Gmóvil en la Pretensión 68.3 bajo análisis, dado que el “*motivo de derecho*” que le sirve de fundamento tuvo ocurrencia el **17 de noviembre de 2010** con la celebración del Contrato 004-2010 y que la estipulación atacada no ha sufrido modificación a lo largo del Contrato, fluye que **dos (2) años más tarde**, caducó la posibilidad

---

Esta disposición fue materia de análisis por parte de la Corte Constitucional, quien a todo lo largo de su evaluación –resultante en la exequibilidad de la norma– alude a la **nulidad absoluta de un contrato**, no a la de una parte de este.

(Cf. Corte Constitucional – Sentencia C-709-2001 – 5 de julio de 2001).

A su turno, el art. 164 (2) (j) del C.P.A.C.A. establece:

“La demanda deberá ser presentada: (...)

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

j) ... 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.” (Énfasis añadido).

de intentar la declaratoria de su nulidad absoluta, motivo suficiente para poder despachar **negativamente** la susodicha Pretensión.<sup>97</sup>

166. Y, por supuesto, raciocinio similar es aplicable respecto de la declaratoria de nulidad absoluta que sobre **fragmentos** del Contrato 004–2010 –no sobre la **totalidad** del mismo– solicita Gmóvil al tenor de las Pretensiones Nos. 68.1, 68.2, 68.4 y 68.5 de la Demanda.
167. Establecido lo anterior, no escapa al Tribunal que el encabezamiento de la Pretensión No. 68 señala que debe declararse la nulidad absoluta de las estipulaciones que allí se listan, “o en su defecto [que] no producen efecto alguno”, y que en el Alegato de Gmóvil, por primera vez a lo largo de este Arbitraje,<sup>98</sup> la Convocante plantea la ineficacia de las estipulaciones atacadas, en forma por demás confusa e inconsistente con lo consignado en el texto de la Pretensión No. 68, transcrito líneas arriba.
168. En efecto, en el Alegato de Gmóvil se lee lo siguiente:
- a. Con relación a la **Pretensión 68.1**, que el texto cuestionado es “o bien **ineficaz por disposición expresa del Artículo 24, Numeral 4, Literal f) de la Ley 80 de 1993, o bien nulo por ser violatorio de las normas más arriba citadas**” (énfasis añadido),<sup>99</sup> alternativa que coloca la ineficacia

---

<sup>97</sup> En el laudo proferido en el caso *Sistemas Operativos Móviles S.A. – Somos K S.A. vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.* se pone de presente que en materia de controversias contractuales relativas a la ejecución de contratos estatales donde proceda su liquidación, el punto de referencia para el inicio del cómputo de la caducidad de dos (2) años tiene lugar “no el momento en que se origina la controversia específica sobre esa ejecución, sino el momento límite hasta cuando podía realizarse la liquidación o el momento cuando ésta efectivamente se realiza”, exceptuando, sin embargo, las pretensiones referentes a nulidades o las correspondientes a contratos de ejecución inmediato o que no requieren liquidación.

(Cf. Laudo del 4 de noviembre de 2015 – *Sistemas Operativos Móviles S.A. – Somos K S.A. vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.* – Página 48).

<sup>98</sup> De hecho, como se aprecia en el Alegato de Transmilenio, su oposición a la Pretensión No. 68 de la Demanda está exclusivamente basada en la improcedencia de la nulidad absoluta allí solicitada, sin que haya alusión de ningún tipo a la ineficacia. (Cf. Alegato de Transmilenio – Demanda – Páginas 158 a 162).

<sup>99</sup> Alegato de Gmóvil – Página 542.

como **primera opción**, contrario a la expresión “*en su defecto* [de la nulidad absoluta], que es como reza el encabezamiento de la Pretensión que, por ende, gobierna todas las subdivisiones de la misma.

- b. Respecto de la **Pretensión 68.2**, el Alegato de Gmóvil es aún más inconsistente, pues acerca de la estipulación censurada manifiesta que “*debe ser considerada **ineficaz** de pleno derecho, o en su defecto, debe ser **anulada** por violación de las normas legales antes enlistadas*”<sup>100</sup> (énfasis añadido), planteamiento que **invierte** el orden presentado en la Pretensión, pues allí la nulidad va en primer término y la ineficacia sería tratada “*en defecto*”, o sea como alternativa.
- c. Algo similar ocurre respecto de la Pretensión 68.3, pues Gmóvil manifiesta que “*las disposiciones antes transcritas deberán, o bien ser **declaradas** como **ineficaces**, o bien deben ser declaradas **nulas** por violación de normas legales de carácter taxativo*”<sup>101</sup> (énfasis añadido), destacando el Tribunal que aquí se pide una **declaración** de ineficacia, lo cual es, precisamente, lo contrario de lo que establece el artículo 897 del C. Co. al disponer que “[c]uando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, **sin necesidad de declaración judicial.**” (Énfasis añadido).
- d. Con relación a la Pretensión 68.4 se presenta una situación sustancialmente igual, pues, al ocuparse de la misma, se señala que “*el primer párrafo de la Cláusula 118 del Contrato de Concesión, o bien debe ser **declarado** como **ineficaz**, o bien debe ser declarado **nulo** por la violación de las normas legales de carácter taxativo que se han venido señalando.*”<sup>102</sup> (Énfasis añadido).

---

<sup>100</sup> Ibid.

<sup>101</sup> Ibid. – Página 543.

<sup>102</sup> Ibid. – Página 544.

Y siendo sustancialmente igual lo planteado sobre la Pretensión 68.4, frente a lo aducido acerca de la Pretensión 68.3, se sigue que le es aplicable la misma observación hecha respecto de la segunda.

- e. Finalmente, en la Pretensión 68.5 el Alegato de Gmóvil directamente **prescinde** de aludir a la nulidad y, por el contrario, señala “[e]n consecuencia, la disposición atacada debe **ser declarada ineficaz**, por las mismas razones que deben ser **declaradas ineficaces** las demás disposiciones señaladas en el presente capítulo.”<sup>103</sup> (Énfasis añadido).

169. A la luz de lo expuesto, para el Tribunal es patente que –fuera de lo reducido de la argumentación en pos de la *ineficacia* de las partes del Contrato cuestionadas en la Pretensión No. 68– Gmóvil no parece distinguir, para fines de lo solicitado, entre *nulidad* e *ineficacia*, y más bien considera una y otra figura como equivalentes o intercambiables y no como principal y subsidiaria, a punto tal que:

- a. En las Pretensiones 68.1, 68.2, 68.3 y 68.4 se pregona la ineficacia como primera opción, para de allí pasar a la nulidad como segunda alternativa;
- b. En las Pretensiones 68.3 y 68.4 se alude a *declaratoria* de ineficacia, siendo que la *declaratoria* **no** es propia de tal institución y, por el contrario, **sí** lo es de la nulidad; y
- c. En la Pretensión 68.5 se **omite** aludir a la nulidad y, simplemente, se hace referencia a la ineficacia, también y erróneamente requiriendo su *declaración*.

170. De esta suerte, por el propio tratamiento que le da Gmóvil al análisis de la Pretensión No. 68, no es viable discernir que se está frente a una pretensión

---

<sup>103</sup> Ibid. – Página 546.

*principal y a otra subsidiaria, amén de que ninguna referencia de este tipo es siquiera mencionada en la Pretensión bajo análisis –como explícitamente sí se hace en la Demanda respecto de muchas otras Pretensiones–*<sup>104</sup>.

171. Sin perjuicio de todo lo anterior –y al margen de lo que pueda merecer, por tardío, el planteamiento de Gmóvil que, de hecho no fue conocido ni por Transmilenio ni por el Ministerio Público, impidiendo cualquier clase de debate o contradicción al respecto– el Tribunal también considera pertinente puntualizar lo que sigue.
172. En el marco de la competencia del Tribunal, la referencia a la falta de efecto de las estipulaciones cuya declaratoria de nulidad absoluta se solicitaba en las §§ 68.1 a 68.5 de la Pretensión No. 68 de la Demanda, fue entendida en el contexto de la llamada *ineficacia en sentido lato o amplio (latu sensu)*, figura de índole **genérica** que cubre todo el haz de posibilidades de ineficacia de los actos o negocios jurídicos, incluyendo, por supuesto, y como una de sus **especies**, la **nulidad**, que es, precisamente, lo impetrado por Gmóvil.
173. Tanto la jurisprudencia, como autorizada doctrina corroboran lo arriba expuesto:
- a. En la Sentencia C-345-2017, la Corte Constitucional expresó:
- “Bajo el concepto de **ineficacia en sentido amplio** suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. **Dicha categoría general comprende entonces fenómenos** tan diferentes **como** la inexistencia, **la nulidad absoluta**, la nulidad relativa, **la ineficacia de pleno derecho** y la inoponibilidad.

---

<sup>104</sup> Específicamente las **treinta (30)** Pretensiones marcadas con los Nos. 26, 29, 32, 33, 34, 35, 41, 45, 49, 51, 54, 55, 56, 57, 59, 69, 91, 93, 94, 99, 101, 102, 103, 104, 109, 110, 111, 112, 136 y 137.

La *inexistencia* se produce en aquellos supuestos en los cuales los requisitos o condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran.... **La nulidad, en cualquiera de sus variantes, es una sanción aplicable al negocio jurídico cuando se configura un defecto en las denominadas condiciones de validez**".<sup>105</sup> (Énfasis añadido).

b. La Corte Suprema, por su parte, ha consignado:

Dentro de las **formas de ineficacia** previstas por el legislador **sobresale la nulidad o invalidez del acto o contrato**, en virtud de la cual el ordenamiento lo priva o limita en cuanto a sus efectos vinculantes cuando el acto de disposición de intereses se encuentra en oposición a las normas jurídicas de rango superior que lo disciplinan."<sup>106</sup> (Énfasis añadido).

c. El doctor Fernando Hinestrosa señala:

"Ineficaz es el negocio jurídico que no produce efectos o, más precisamente, aquél que por el motivo que sea: interno o exterior, deja de producir efectos que le son propios, en general, o en atención a su naturaleza o a las disposiciones específicas de las partes. De esa forma, **la ineficacia muestra varios significados: uno amplio, equivalente a la falta o mengua de efectos, comprensivo de distintas eventualidades: inexistencia, invalidez (nulidades, anulabilidad)**, y uno restringido, ineficacia en sentido estricto: supresión o atenuación de los efectos finales, que, por lo demás, presupone un comportamiento relevante y, además, válido. (...)

---

<sup>105</sup> Corte Constitucional – Sentencia C-345-2000 – 24 de mayo de 2017.

<sup>106</sup> Corte Suprema – Sentencia del 19 de diciembre de 2008 – Ref.: 15001-31-03-003-1996-08158-01.

Con el nombre de 'ineficacia' el artículo 987 del Código de Comercio erigió una **figura sui generis**, al parecer **sin antecedentes y desprovista de perfiles nítidos y de autonomía**: 'cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.'

Ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. ¿Inexistencia? ¿Nulidad virtual? ¿Comprobación de falta de plenitud del respectivo supuesto de hecho? ¿Sanción drástica de violaciones de normas imperativas? ¿O lo uno y lo otro? (...)

**La ineficacia en sentido lato comprende la falta de efectos, desde la inexistencia hasta la inoponibilidad (...)**

En los supuestos de inexistencia, **la prevención de ausencia de efecto** y de no necesitarse declaración judicial, **sobra del todo; y la confluencia de figuras y expresiones, a más de impropia, induce a confusiones.**<sup>107</sup> (Énfasis añadido).

<sup>107</sup> Fernando Hinestrosa, *Eficacia e Ineficacia del Contrato*, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XX, 1999, páginas 144 y 145 y 158 y 159.

En este ensayo (que corresponde a una conferencia dictada por el doctor Hinestrosa en la mencionada Universidad), también expone una fundada crítica sobre la "ineficacia de pleno derecho".

Así, luego de recapitular algunas normas donde se indica que un acto es ineficaz de pleno derecho, anota:

"[S]e trata incuestionablemente de la **nulidad** de determinadas cláusulas por contrariedad a normas imperativas, eventualidad prevista en el artículo 899, tanto en el numeral 1º como en el 2º [del C. Co.], por lo cual lo primero que se ocurre es preguntar a qué esa repetición innecesaria y a qué la creación de una figura extraña, imprecisa y confusa. (...)

Y en lo relativo a la nulidad, nulidad de pactos o cláusulas por contrariedad del ius cogens, no parece acertada la creación de una medida adicional a la nulidad absoluta propia de estos casos, con el nombre de 'ineficacia', en cuanto elimina la intervención del juez, para estatuir una nulidad virtual al capricho de los particulares y de autoridades administrativas, vaya a saberse si imprescriptible, y cuya aplicación de ninguna manera podría hacerse a espaldas de la jurisdicción, del derecho de defensa y del debido proceso. (...)

La norma del art. 897 del C. de Comercio, en su extremismo y simplicidad, aún mayores que los del art. 6º del C. C. (art.10 C. C. ch.), merece en primer lugar **el reproche de vulneración del derecho fundamental del debido proceso (nulla poena sine iudicio)** ... A lo que se agrega la necesidad de procurar que, bien sea mediante intervención del legislador o, a lo menos, por vía pretoriana, se llegue al restablecimiento del principio *de pas de nullité sans arrêt*.

- d. El profesor Edgar Ramírez, luego de precisar que la ineficacia en sentido amplio “*haciendo las veces de **categoría genérica** en ella quedan comprendidas **todas** las manifestaciones de la ineficacia en los actos o negocios jurídicos*”<sup>108</sup> (énfasis añadido), agrega:

“Esta **ineficacia *latu sensu*** en los negocios jurídicos es resultante de circunstancias diversas. Son ellas las siguientes:

A. Primeramente, de que con motivo del ajuste del acto o negocio los sujetos que participaron en la etapa de su formación (tratativas o tratos prenegociales) desatendieron alguna o algunas prescripciones del segmento del orden jurídico imperativo que gobierna el ejercicio de la autonomía privada, originando una entidad defectuosa, afectada en determinados presupuestos sujetadores de la eficacia que guardan conexión con este orden jurídico imperativo, siendo este el caso, como se expondrá, de las situaciones de invalidez (**nulidad y anulabilidad**).

B. En segundo término, de que en ejercicio de la autonomía privada los tratantes introdujeron condiciones de hecho (*condicio facti*) o condiciones de derecho (*condicio juris*) en el contenido negocial de su acto o negocio, y ellas no se cumplieron,

---

Natural es pensar en mecanismos que permitan resolver expedita y económicamente sobre la invalidez de las cláusulas negras y grises o derogatorias del *ius cogens*... Es más, contando con la posibilidad de ‘atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas’, que introdujo el art. 116 de la Constitución Política de 1991..., bien podría contemplarse el diseño de procesos jurisdiccionales ante autoridades administrativas especializadas. **Todo ello, naturalmente, partiendo del supuesto de enmendar el entuerto de la ‘ineficacia de pleno derecho’.**” (Énfasis añadido).

(Ibid., páginas 159 a 161).

<sup>108</sup>

Edgar Ramírez Baquero, *La ineficacia en el negocio jurídico*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, página 22.

tal cual sucede en el escenario de la **ineficacia en sentido estricto**.<sup>109</sup> (Énfasis añadido).

174. De esta suerte, evaluado y resuelto lo atinente a las *nulidades* planteadas por Gmóvil en la Pretensión No. 68 –asunto que ya fue evacuado por la vía de la improcedencia– se habrá atendido la **totalidad** de la Pretensión, sin margen para ocuparse de otra modalidad de ineficacia *latu sensu*.
175. A su turno –y sin perjuicio de lo que será puesto de presente más adelante sobre no necesidad de tratar excepciones y defensas en caso de rechazo de pretensiones de la parte actora, es claro que la denegación de las solicitudes sobre declaratoria de nulidad absoluta consignadas en la Pretensión No. 68 (§§ 68.1 a 68.5) trae la prosperidad de la Excepción formulada por Transmilenio bajo el título *Inexistencia de nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas*.
176. Concluido, entonces, y por lo negativo, lo concerniente a las Pretensiones de declaratoria de nulidad absoluta antes mencionadas –circunstancia de la que se dará cuenta en la parte resolutive del Laudo– pasa el Tribunal a ocuparse del primer asunto señalado en la parte inicial de esta § D.3, esto es, la circunscripción de los riesgos a cargo de Gmóvil a aquellos “*que está en capacidad de administrar, controlar y mitigar...*”, como solicita se declare en la Pretensión No. 60.
177. Punto de partida para lo anterior es, por supuesto, precisar que la Pretensión en referencia tiene el siguiente texto:

“Que se declare que GMÓVIL S.A.S. está legalmente obligado a asumir únicamente los riesgos que esté en capacidad de administrar, controlar y mitigar y lo que no corresponda a ello infringe entre otras disposiciones, los Artículos 83, 90, 95 (numeral 1º) y 209 de la Constitución Política; Artículos 3º, 4º (Numeral 3º, 8º y 9º), 24, 27, 28 y 50 de la Ley 80 de 1993;

---

<sup>109</sup> Ibid., páginas 22 y 23.

Artículo 830 del Código de Comercio; Artículo 4° de la Ley 1150 de 2007; y los Artículos 15 y siguientes del Decreto 423 de 2001, así como las demás disposiciones legales aplicables que regulan el asunto.”

178. Vista esta Pretensión, y aunque lo concluido anteriormente con referencia a la validez y eficacia de la Matriz de Riesgos sería de suyo suficiente para desecharla, el Tribunal anota que, partiendo del primer inciso del artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, según el cual, “[l]os pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos pre-visibles involucrados en la contratación”, el artículo 88 del Decreto 2478 de 2008, vigente para la época en que se celebró el Contrato 004-2010, señalaba que:

“Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales.”

179. A su turno, sobre la identificación y cuantificación de los riesgos debe entenderse que su previsibilidad comprende tanto la del evento materia del riesgo como la del alcance del mismo, siendo el parámetro (*test* en la terminología anglosajona) el juicio de un profesional en la materia.
180. De esta manera, y como expone la profesora María Teresa Palacio:

“[E]l contratista concesionario, **dentro del principio de autonomía de la voluntad y libre estipulación, en el contexto de la contratación pública**, asume los riesgos calculados asociados al proyecto específico, o a los que han debido calcularse según lo común y ordinario del negocio, ponderando sus especificidades en el ámbito de lo usual. Así las cosas, y so

pena de que el equilibrio económico se rompa a favor de la entidad contratante, **el concesionario debe asumir los riesgos o alea propia del negocio mismo, sin quedar por tanto relevado de las consecuencias que se deriven de la materialización de los riesgos por él aceptados.**<sup>110</sup> (Énfasis añadido).

181. Y lo anterior, debe complementarse con la regla del artículo 1732 del C.C.,<sup>111</sup> que, sin duda, da margen para que, en la órbita de la autonomía de la voluntad se puedan regular ampliamente los riesgos contractuales.
182. Ahora bien, en el presente caso es patente que en el marco de la Licitación 004-2009 –y como se reiterará en la § D.4 *infra*- Transmilenio dio cumplimiento tanto al precitado primer inciso del artículo 4º de la Ley 1150, como al segundo,<sup>112</sup> y también al artículo 30 (4) de la Ley 80 de 1993,<sup>113</sup> con el fin de

<sup>110</sup> María Teresa Palacio Jaramillo, Equilibrio económico en contratos de concesión: conmutativos y aleatorios, *Escritos contemporáneos de derecho de los negocios*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2007, página 271.

<sup>111</sup> “Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, **se observará lo pactado.**” (Énfasis añadido).

Sobre el alcance de esta norma para fines de la asignación de riesgos, cf. el laudo del 9 de diciembre de 2015, proferido en el arbitraje de *C & Co Drilling S.A.S. vs. Talisman Colombia Oil & Gas Ltd.*, donde además se expresa, en línea con lo expuesto en el texto principal:

“[C]uando el contratista calcula el precio o valor de sus servicios, incorpora en ellos el costo de que el alea correspondiente a los riesgos que haya asumido efectivamente se realice. (...)”

En ese supuesto, de acaecer el evento incierto pero previsible que configura el riesgo, como es el contratista quien asume la carga respectiva, será él quien deba soportar las **consecuencias desfavorables de su acaecimiento**, al paso que será el también quien obtenga las ventajas o beneficios que reporte su buena gestión, su mitigación o, incluso su eliminación.” (Énfasis añadido).

(Laudo del 9 de diciembre de 2015 – *C & Co Drilling S.A.S. vs. Talisman Colombia Oil & Gas Ltd.* – páginas 56 y 57).

<sup>112</sup> “En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, **los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.**” (Énfasis añadido).

<sup>113</sup> “Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. **En la misma audiencia se revisará la asignación de**

llegar a la Matriz de Riesgos, **indudablemente consentida por Gmóvil**,<sup>114</sup> con los efectos propios de dicha aquiescencia, según se ha visto anteriormente.

183. Por otro lado, el Tribunal considera necesario puntualizar que, fuera de que no tiene la condición de norma sino la de pauta o política, lo consignado en el Documento CONPES 3107 del 3 de abril de 2001 en el sentido que en la contratación oficial los riesgos deben ser asignados a la parte que mejor los controla,<sup>115</sup> debe leerse en conjunción con el análisis que se haga al respecto y que derive en el entendimiento de las partes sobre este aspecto, teniendo como mira el eficiente desarrollo del contrato de que se trate.
184. De hecho, así se desprende del párrafo inicial de la cláusula 115 del Contrato 004-2010, que reza:

“La distribución de riesgos del presente Contrato de Concesión se basa en la Política Estatal sobre el manejo de riesgo contractual del Estado en proyectos de participación privada en proyectos de infraestructura y en lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007 y su Decreto Reglamentario 2474 de 2008.”

185. De esta suerte, siendo válida y eficaz la Matriz de Riesgos y con ello las cargas allí asumidas bien por Gmóvil, bien por Transmilenio, **no procede** atender la

---

**riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva.**

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.” (Énfasis añadido).

<sup>114</sup> En el segundo párrafo de la § 115 del Contrato 004-2010, titulada “Asignación de Riesgos del Contrato”, se lee:

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

<sup>115</sup> Cuaderno de Pruebas No. 7 – Folios 85 a 113.

Pretensión No. 60, como que en la práctica, ella implica una alteración de lo pactado y aceptado incondicionalmente por la Convocante.

186. Y en cuanto a las Pretensiones de este grupo Nos. 61, 62, 63, 64 y 65,<sup>116</sup> el Tribunal concuerda con lo **expresado y concluido** respecto de **idénticas** Pretensiones en Laudo del 20 de diciembre de 2018, esto es, que se trata de peticiones *"de carácter genérico, dado que no solicitan declaraciones específicas sobre hechos concretos que afecten los derechos de MASIVO CAPITAL"*,<sup>117</sup> en este caso Gmóvil, razón por la cual serán **denegadas**, pues, como también allí se expresa, *"se refieren a pronunciamientos de tipo académico ajeno [sic] a la función judicial."*<sup>118</sup>
187. A su turno, y, como atrás se resaltó, sin perjuicio de lo que se expondrá sobre no necesidad de ocuparse de las excepciones en caso de no ser acogidas las pretensiones de un demandante, el Tribunal apunta que lo resuelto sobre las

---

<sup>116</sup> El texto de estas Pretensiones es, respectivamente:

"[61] Que se declare que todos los riesgos asignados a GMÓVIL S.A.S. en incumplimiento de las anteriores disposiciones aplicables, está a cargo de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

[62] Que se declare que los efectos derivados de la ocurrencia de eventos que corresponden a la materialización de riesgos que GMÓVIL S.A.S. no está en capacidad de administrar, controlar y mitigar, constituyen eventos ajenos y no imputables a GMÓVIL S.A.S. que generan un desequilibrio económico del Contrato en perjuicio de esta última, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO SA. – TRANSMILENIO S.A.

[63] Que se declare que el riesgo de demanda sólo deberá ser asumido por GMÓVIL S.A.S., a partir de la implementación de las Fases 1 y 2 del SITP, o en la oportunidad que determine el Tribunal.

[64]. Que se declare que los efectos adversos generados a GMÓVIL S.A.S. como consecuencia de la deficiente gestión de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos celebrados con otros Agentes de Sistema, no corresponden al Concesionario, y son imputables a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

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

<sup>117</sup> Laudo del 20 de diciembre de 2018 – *Masivo Capital S.A.S. En Reorganización vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.* – Página 277.

<sup>118</sup> *Ibid.*

Pretensiones Nos. 61 a 65 implicaría la prosperidad de la Excepción formulada por Transmilenio bajo el título *"El Concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que de los mismos se efectuó conforme a lo pactado en el Contrato de Concesión y a lo previsto en la matriz de riesgos – Anexo 5"*.

188. Por último, y al margen de lo aquí concluido sobre las Pretensiones Nos. 61 a 65, y en particular con referencia a esta última, el Tribunal anota que siendo claro que todo contrato implica una asignación de riesgos, es preciso poner de presente que:

- a. No todos ellos corresponden al deudor de una obligación, pues, en efecto, el acaecimiento de riesgos **imprevisibles** escapa a la asignación convenida y dan lugar a la revisión de la relación contractual sea, en materia estatal, a la luz de los artículos 5 (1) y 27 de la Ley 80 de 1993,<sup>119</sup> o, de manera general, en los términos del artículo 868 del C. Co.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> "Para la realización de los fines de que trata el artículo 3° de esta ley, los contratistas:

1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato."

"En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán 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, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate."

<sup>120</sup> "Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación del futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

b. Tampoco le corresponde al deudor cargar con las consecuencias de un riesgo asumido por él, cuando la materialización del mismo sea consecuencia del **incumplimiento contractual** de su adversario, pues, en tal caso la parte incumplida deberá correr con las consecuencias de su proceder, en particular la indemnización de los perjuicios ocasionados y comprobados.

189. Por consiguiente, tales factores habrán de gravitar, en lo correspondiente, en la evaluación de las Pretensiones particulares que adelante serán tratadas.

*D.4 Pretensiones generales*

190. Como figura en la tabla que aparece en la § (A) del capítulo V *supra*, estas *Pretensiones Generales*, todas de índole **declarativa**, corresponden a las marcadas como Nos. 1 a 12 de la Demanda, sobre las cuales el Tribunal expone lo que sigue.

Pretensión No. 1

191. El texto de esta Pretensión es el siguiente:

“Que se declare que el ‘CONTRATO NO. 004 DE 2010 DE CONCESIÓN PARA LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP PARA LA ZONA 2) ENGATIVA CON OPERACIÓN TRONCAL SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A. Y LA SOCIEDAD GMÓVIL

---

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”

S.A.S.' fue suscrito el 16 de noviembre de 2010 (en adelante 'el Contrato'), o en la oportunidad que determine el Tribunal, el cual existe y se encuentra actualmente en ejecución."

192. Al margen de que no existe controversia sobre esta Pretensión, pues Transmilenio no se opuso a la misma,<sup>121</sup> y en la parte resolutive del Laudo se expresará su despacho positivo, el Tribunal considera relevante resaltar que más que una *pretensión declarativa*, lo solicitado por Gmóvil corresponde al *reconocimiento* de una situación fáctica sobre la cual, se repite, no hay desacuerdo entre las Partes.

#### Pretensión No. 2

193. En esta Pretensión Gmóvil solicita que se declare que Transmilenio "*predispuso las condiciones contractuales y **en consecuencia** el Contrato es un contrato de adhesión*" (Énfasis añadido).
194. En tal virtud, procede el Tribunal a destacar algunos aspectos referentes a los contratos *por adhesión*.
195. La figura de este tipo de contratos es una consecuencia del dinamismo de la actividad económica, pues, en efecto, con la expansión de las economías a escala por parte de los empresarios y el aumento de la capacidad adquisitiva de los consumidores, surgió la necesidad de crear instrumentos jurídicos que permitieran dinamizar y facilitar el intercambio masivo de bienes y/o servicios.
196. De esta manera, surgió un instituto de derecho privado que permite la formulación de negocios jurídicos para la adquisición de bienes o servicios sobre la base de un contenido contractual previamente redactado por la parte fuerte de la relación negocial, quien fija unas condiciones que no le otorgan a la otra parte margen de negociación distinto a su suscripción.

---

<sup>121</sup> Cf. Contestación de la Demanda – Página 2.

197. Por tanto, cabe caracterizar el *contrato por adhesión*, como aquel en que una parte, denominada *predisponente*, impone a la otra, llamada *adherente*, el contenido contractual previamente redactado por aquella, **cuyo texto no puede ser discutido ni modificado**, y donde la única manifestación válida de la contraparte es aceptar o no el clausulado ofrecido.
198. Lo anterior no significa que no se configure un acuerdo de voluntades con todos sus efectos vinculantes. Como acertadamente se consignó en laudo del 30 de enero de 2009:

“La concepción misma de la modalidad de celebración de contratos por adhesión denota la existencia de un proyecto –en muchos casos una minuta de contrato– predispuesto y redactado en forma unilateral, por una parte, documento que la otra acepta y conviene adhiriéndose al mismo. **Surge así un verdadero contrato del encuentro entre dos voluntades que se manifiestan en tiempos distintos, pero que coinciden en lo esencial: el primero cuando una parte redacta y extiende unas condiciones contractuales y el segundo cuando la otra las acepta y adhiere a ellas, generalmente mediante la suscripción del correspondiente instrumento.** Porque, como precisa la jurisprudencia, ‘...para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurren a su formación, y poco importa, que al hacerlo una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra; aun así, aquélla ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo.’”<sup>122</sup> (Énfasis añadido).

---

<sup>122</sup> Laudo del 30 de enero de 2009 – *CMV Celular S.A. vs. Comunicaciones Celular S.A. Comcel S.A.* – Páginas 83 a 84.

199. A su turno, en materia de contratación administrativa por la vía de los contratos por adhesión, el Consejo de Estado ha sostenido:

“No tiene discusión que la voluntad recíproca constituye un principio básico y elemental de derecho de todo contrato, sea este privado o público, como tampoco la tiene que los contratos de adhesión son una modalidad de relación comercial aceptada por la ley. LARROUMET... precisa que **'la ausencia de libre negociación no constituye un obstáculo para hacer entrar el contrato de adhesión dentro del marco del concepto de contrato, puesto que obedece a la característica común de todos los contratos, o sea, la voluntad de vincularse jurídicamente.'** (...)

**[L]as modalidades propias del derecho administrativo, y la finalidad inexcusable de toda la actividad de la Administración Pública, en cuyo mérito ésta siempre debe tener en cuenta el interés público, hacen que en este ámbito del derecho la conjunción de voluntades generalmente se opere adhiriéndose el administrado –cocontratante– a cláusulas prefijadas por el Estado para los casos respectivos.** En tales hipótesis la conjunción de voluntades, la fusión de éstas, se opera por 'adhesión', vale decir sin discusión de tales cláusulas por parte del administrado, el cual limitase a 'aceptarlas'. (...)

La conjunción de voluntades y el contenido del contrato administrativo pueden, pues, expresarse o establecerse mediante cualquier medio idóneo reconocido al respecto por la ciencia jurídica. No es indispensable, entonces, la discusión directa de las cláusulas contractuales entre las partes; basta con que una de éstas –el 'administrado' o cocontratante– se 'adhiera a las cláusulas contractuales prefijadas por la otra ('Administración Pública') ... Si bien la voluntad del administrado es esencial para la existencia del contrato administrativo, **dicha voluntad puede ser idóneamente expresada por 'adhesión', pues**

**este procedimiento armoniza plenamente con las modalidades del derecho público y con las finalidades de la actividad de la Administración Pública.**<sup>123</sup> (Énfasis añadido).

200. Consolidada la concepción de que los contratos por adhesión son verdaderos y efectivos contratos<sup>124</sup> y, más aún, que en el campo de la contratación administrativa son vehículos idóneos y acordes con los propósitos de la función pública,<sup>125</sup> es necesario señalar que con miras a la prevención y represión de abusos en esta clase de contratos se han concebido mecanismos como la regulación legislativa de cierta clase de acuerdos, la intervención administrativa, el régimen de los consumidores y la interpretación judicial.<sup>126</sup>
201. Esta última, que es la que interesaría y tocaría con la controversia materia de este Arbitraje, se concreta en la pauta interpretativa establecida en el artículo 1624 del C.C.:

---

<sup>123</sup> Consejo de Estado – Sentencia del 20 de junio de 2002 – Radicación 19488.

<sup>124</sup> Ospina Fernández y Ospina Acosta apuntan:

“Las características especiales del contrato por adhesión han inducido a varios tratadistas del derecho público y a unos pocos civilistas a negar su índole contractual. Para ellos, el llamado contrato ‘por adhesión’ es un acto jurídico unilateral, en el que ‘el único y verdadero agente’, generalmente una poderosa empresa, al emitir una ‘voluntad reglamentaria’, impone una decisión a otra persona que, por consiguiente, solo desempeña un papel pasivo en la operación.”

(Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *op. cit.*, página 70.

Frente a esa posición, hoy desechada, nada mejor que las palabras de Ricardo Uribe Holguín:

“Deséchese la tesis de que cuando no hay discusión no hay contrato. Esas son exageraciones de ciertos expositores franceses. Contrato hay, porque hay, porque hay consentimiento, y el consentimiento no supone necesariamente el derecho de discutir.”

(Ricardo Uribe Holguín, *El contrato por adhesión, Cincuenta Breves Ensayos sobre Obligaciones y Contratos*, Bogotá, Editorial Temis, 1970, página 172).

<sup>125</sup> En este punto es preciso puntualizar que la exigencia de “cláusulas excepcionales” en los contratos administrativos (interpretación, modificación y terminación unilaterales y caducidad), no llevaría a tipificar tales contratos como ‘por adhesión’, pues se trata de imperativos legales que no pueden ser obviados ni por la administración ni por el administrado.

<sup>126</sup> Sobre estos mecanismos para la morigeración de los contratos por adhesión, cf. Jorge Suescún Melo, *op. cit.*, páginas 9 a 25.

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

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

202. Esta disposición, de suyo **subsidiaria y condicionada**, debe ser aplicada con especial cuidado y rigor. Como bien expone el jurista Ricardo Uribe Holguín:

“Sobre la base de que hay consentimiento, jurisprudencia y doctrina parecen estar de acuerdo en que estos contratos [por adhesión] deben ser interpretados a favor de quien ha dado su consentimiento por adhesión, y fundan el concepto en la circunstancia de que la parte adherente debe ser protegida de los abusos de la otra, que ha impuesto condiciones indiscutibles.

Esta solución, inspirada en la equidad, no tiene sin embargo asidero legal en nuestro régimen civil; porque no se trata de interpretar cláusulas ambiguas, sino generalmente muy claras, que excluyen sentidos diversos.

El artículo 1624 del Código Civil, único texto de esta obra que toca con la interpretación del contrato por adhesión, se limita a disponer sobre el particular que 'las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.'

Mas en contraposición a esta norma legal de hermenéutica, están otras conformes a las cuales 'Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal

de las palabras', y 'El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno' (artículos 1618 y 1620 del Código, respectivamente).

Con arreglo a estos principios, **las cláusulas no ambiguas no pueden interpretarse en beneficio de la parte adherente, por desfavorables u odiosas que le resulten.** Conclusión que confirma el texto del artículo 31 del Código, que juzgo aplicable por igual a la interpretación de la ley y a la del contrato: 'Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación.'

Como corolario de lo expuesto solo queda una medida de orden práctico para el que necesite celebrar contrato por adhesión: **enterarse bien del contenido del documento que suscribe.** Las estipulaciones viciadas de nulidad carecen de importancia. Las que impliquen usura, lesión o abuso, podrán ser atacadas, o atemperadas en sus efectos, cuando disposiciones especiales de la ley lo permitan. Las demás tienen que ser respetadas y cumplidas, **sin que quepa interpretarlas a favor del adherente, en cuanto su sentido sea claro.**"<sup>127</sup> (Énfasis añadido).

203. Enmarcado en los términos anteriores el contrato por adhesión, y frente a la atrás mencionada Pretensión de Gmóvil, el Tribunal pone de presente que esta consta de:
- a. Un **supuesto**, valga decir, la predisposición de "*las condiciones contractuales*" por Transmilenio; y
  - b. Una **consecuencia**, derivada de aquel, valga decir, la categorización del Contrato como "*de adhesión*".

---

<sup>127</sup> Ricardo Uribe Holguín, *op. cit.*, páginas 172 y 173.

204. Una primera observación sobre lo solicitado por Gmóvil es la **índole universal y general** de la predisposición contractual que plantea como **base de lo pedido**, de lo que debe seguirse que, para que opere la **consecuencia**, es indispensable que se encuentre establecida dicha predisposición **total y completa**, siendo del caso subrayar que la Pretensión no pide de manera **principal** la declaratoria del Contrato de Concesión como del tipo *por adhesión* -caso en el cual procedería un análisis directo- sino que lo hace **a raíz y como resultado** de la predisposición de su clausulado por parte de Transmilenio.
205. Sobre la base anterior, si bien es cierto que la iniciativa y proposición del texto contractual le correspondió a Transmilenio a través de la Licitación 004-2009,<sup>128</sup> no es menos cierto que la inflexibilidad de las condiciones propuestas a los eventuales interesados en contratar con el Estado (o sus dependencias) se vio atemperada a partir de la Ley 80 de 1993 y disposiciones subsiguientes con una serie de normas, varias de ellas citadas en la precedente § D.3:
- a. En el artículo 30 (4) de tal Ley, modificado por la Ley 1150 de 2007,<sup>129</sup> se introdujo –en el marco del proceso licitatorio– la celebración, **a solicitud de cualquier persona interesada en el proceso**, de *“una audiencia con el objeto de **precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones**, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes”* (énfasis añadido).
  - b. En el mismo artículo se previó que **“[c]omo resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a**

<sup>128</sup> Recuérdese que según la parte inicial del art. 2º de la Ley 115 de 2007, “La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública...”.

<sup>129</sup> La modificación de la Ley 1150 de 2007 consistió en suprimir la expresión “concurso” que aparecía en el texto original.

No obstante, en el Decreto 19 de 2012 volvió a insertarse la expresión.

*dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación hasta por seis (6) días hábiles.” (Énfasis añadido).*

- c. En el segundo inciso del artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, sobre distribución de riesgos en los contratos estatales, se dispuso que “[e]n las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, **los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.**” (Énfasis añadido).<sup>130</sup>
206. De esta forma, aun en el limitado contexto de la autonomía de la voluntad en la contratación pública, es patente que se ha abierto una *ventana* para que el interesado pueda hacer presencia y debatir aspectos de la eventual relación negocial, uno de ellos, nada menos que la asignación de riesgos.
207. Y la *ventana* u oportunidad para los interesados en la Licitación 004–2009, uno de ellos Gmóvil, fue real y efectivamente utilizada, pues los potenciales proponentes acudieron a **cuarenta y un (41)** formularios de preguntas y respuestas sobre el Pliego de Condiciones, amén de intervenir tanto en la audiencia del 21 de diciembre de 2010 (*Audiencia Pública de Aclaración de Pliegos*), como en la subsecuente referente a la distribución de riesgos.<sup>131</sup>
208. Y adicionalmente, las intervenciones de los interesados en la Licitación 004–2009 tuvieron impacto, como que los Pliegos de Condiciones fueron **ajustados** a través de **quince (15) Adendas** expedidas con **anterioridad** a la suscripción del Contrato de Concesión.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> En el art. 220 del Decreto 19 de 2012 se dispuso que esta revisión se haría en la misma audiencia prevista en la Ley 80 de 1993 “con el fin de **establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva.**” (Énfasis añadido).

<sup>131</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2 – Folio 42 A – CD – Carpeta No. 10.

<sup>132</sup> La primera de estas quince (15) Adendas fue expedida el 9 de febrero de 2010 y la última el 9 de noviembre de 2010.

209. Así, pues, fluye que Gmóvil no se sometió sumisa e irrestrictamente al clausulado formulado por Transmilenio para el Contrato de Concesión, sino que contó con oportunidades para expresar su parecer sobre las condiciones de la relación comercial y evaluar el alcance de las mismas para, en últimas, optar, autónoma y libremente, por participar en la Licitación 004-2009.
210. No se trató, entonces, del inexorable *tómelo o déjelo*, característico de los contratos por adhesión, sino, por el contrario, de la decisión reflexiva e ilustrada de Gmóvil de ofertar en la Licitación 004-2009, decisión que no se acompasa y menos tipifica la ***predisposición absoluta*** o, si se prefiere, ***imposición total*** del clausulado del Contrato de Concesión por parte de Transmilenio, sin margen alguno para su discusión o pedido de justificación, que es el presupuesto *sine qua non* para –según pide Gmóvil por vía ***consecuencial***– poder encasillar el Contrato 004-2010 como *contrato por adhesión*, con sus inherentes consecuencias.
211. Corolario de lo anterior es que el Tribunal no encuentra probado por parte de Gmóvil que Transmilenio hubiera establecido, por sí y ante sí, discrecional e inconsultamente, ***todas las condiciones del Contrato de Concesión***, conclusión que trae consigo la imposibilidad de atender la Pretensión en la forma en que fue planteada por la Convocante, pues, según sus propios términos, la declaratoria de ser el Contrato "*de adhesión*", era dependiente del éxito en acreditar la imposición a Gmóvil, por parte de Transmilenio, de la ***totalidad de los términos del Contrato 004-2010***.

Pretensión No. 3

212. A través de esta Pretensión, Gmóvil pide que se declare que Transmilenio "*tiene posición contractual dominante dentro del Contrato.*"

---

(Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 219 – USB y Cuaderno de Pruebas No. 2 – Folio 42 A – CD).

Sobre este particular, cf. Alegato de Transmilenio – Demanda – Páginas 3 y 4.

213. La C.N. en su artículo 333, consagra la libertad de empresa y el derecho a la libre competencia económica, y en el inciso cuarto precisa que:

“El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”

214. La Corte Constitucional se ha encargado de precisar qué se entiende por el derecho a la libre competencia, cuál es la naturaleza, sus límites y fundamentos, las prerrogativas y obligaciones que genera.

215. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-398-1995 se señala:

“En un Estado Social de Derecho, dentro del cual el Poder Público asume responsabilidades tales como la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, no menos que la de promover la productividad y la competitividad, y que tiene a su cargo la orientación de la política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones (artículo 334 C.P.), la libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado. Esta se debe dar, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, todo lo cual implica indudables limitaciones, correctivos y controles para la iniciativa particular. (...)

A juicio de la Corte, la libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar fines que

le son propios, como los indicados en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución.”<sup>133</sup>

216. Por otra parte, ni la Constitución, ni la ley, ni la jurisprudencia o la doctrina proscriben la existencia de posición de dominio por parte de algunos agentes del mercado. En ese sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio ha dicho:

“Es importante resaltar que no toda actividad económica de un agente económico con posición de dominio es abusiva, y por lo tanto prohibida, pues la normativa en materia de protección de la competencia es clara en admitir la posición de dominio, pero proscribiendo el abuso de la misma. (...)

En este sentido, no resulta consecuente con los objetivos de las políticas de competencia nacionales exigir que la libertad económica de una empresa desaparezca o se haya de ver restringida más allá de lo razonable por el solo hecho de detentar una posición de dominio.”<sup>134</sup>

217. Se sigue, entonces, que no es reprochable detentar una posición de dominio, ni tampoco las normas pretenden desestimular su existencia, pues ello es fruto o bien de la propia iniciativa privada y libertad económica que se consagra constitucionalmente, o bien de la normatividad que favorece la contratación por parte de las entidades públicas. De lo que se trata es de impedir su abuso.
218. Visto lo anterior, en lo concerniente a la declaratoria de la existencia de una posición dominante por parte de Transmilenio al interior del Contrato 004-2010, el Tribunal señala que está fuera de duda que fue la Convocada quien en el Pliego de Condiciones determinó las reglas generales del proceso de selección, los documentos que formarían parte del mismo e identificó las pautas aplicables

---

<sup>133</sup> Corte Constitucional – Sentencia C-398-1995 – 7 de septiembre de 1995.

<sup>134</sup> Superintendencia de Industria y Comercio – Resolución 53403 de 2013.

para seleccionar las propuestas más favorables, a lo que debe añadirse que, además, y en línea con su condición de Ente Gestor, ha desplegado un control sobre el Contrato de Concesión, lo que, a juicio del Tribunal, acredita que efectivamente tiene una posición de dominio contractual.

219. Debe subrayarse, sin embargo, que **tal calidad no se desprende de una imposición caprichosa**, por cuanto es la ley quien le atribuye a Transmilenio esa prerrogativa, considerado el objeto del Contrato 004-2010 y el interés público que inspiró el SITP y su desarrollo, para lo cual Transmilenio, como atrás se vio, debía adelantar los procesos de selección a través de licitaciones públicas en la forma prevista en el Estatuto de Contratación Pública.
220. Por las razones anteriores el Tribunal acogerá la Pretensión No. 3, advirtiendo que al declarar que Transmilenio tiene posición contractual dominante **-lo cual está permitido por la ley-** sólo se refiere a ello, pues la Pretensión, ni plantea ni tiene el alcance de solicitar la declaratoria de abuso por parte de la Convocada de dicha posición, que, se repite, es lo que sanciona el ordenamiento legal.

Pretensión No. 4

221. Esta Pretensión tiene el siguiente texto:

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

222. Transmilenio, por su parte, no se opuso a lo antes expuesto “[e]n los términos y condiciones de la ley y el contrato de concesión.”<sup>135</sup>

---

<sup>135</sup> Contestación de la Demanda – Página 2.

223. Por consiguiente, el Tribunal no ve obstáculo para acoger esta Pretensión en los **precisos términos** consignados en la misma, anotando simplemente:
- a. Con relación a las referencias contractuales a que alude Gmóvil sobre la condición de Transmilenio como "*Ente Gestor y Titular*" del SITP:
    - i. En la § 1.84, integrante de las Definiciones
    - ii. del Contrato 004-2010, se caracteriza el término "*TRANSMILENIO S.A.*", indicando los pormenores corporativos de la Convocada y añadiendo que "*Por disposición del artículo 15 del decreto 319 de 2006... es el ente Gestor del Sistema.*" (Énfasis añadido).
    - iii. En la cláusula 5ª – *Coexistencia del presente Contrato con otras Concesiones del Sistema*, refiriéndose a tal asunto, se consigna que "*[e]sta circunstancia se declara expresamente conocida y aceptada por el CONCESIONARIO, quien reconoce a TRANSMILENIO S.A. como gestor y titular del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP , y, por lo tanto acepta y se somete a todas las decisiones que TRANSMILENIO S.A. adopte en relación con la contratación de las concesiones que se requieran para habilitar la prestación del servicio de transporte de pasajeros a través de Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP*". (Énfasis añadido).
    - iv. En la cláusula 12 – *Etapa Preoperativa*, donde se estipulan una serie de obligaciones a cargo de Gmóvil en esa fase, simplemente se menciona que "*[e]sta etapa comienza a partir del acta de inicio del Contrato y se extenderá hasta la fecha en que el Ente Gestor expida la Orden de Inicio de la Operación.*" (Énfasis añadido).
    - v. En la cláusula 23 – *Derechos de Transmilenio S.A.*, aparece el siguiente párrafo inicial: "*La concesión que se otorga por medio*
-

*del presente Contrato, implica para TRANSMILENIO S.A., los derechos que le corresponden conforme a la ley y a su condición de titular y ente gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP...*" (énfasis añadido).

- vi. La cláusula 24 – *Obligaciones de TRANSMILENIO S.A.*, incluye como una de ellas, y bajo la § 24.1 "[a]delantar por si o por interpuesta persona las actividades de gestión y control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP, en los términos establecidos en el presente Contrato y en el Manual de Operación, que permitan al CONCESIONARIO el desarrollo de la actividad de transporte, que es objeto de la presente Concesión."
  
- vii. En el párrafo inicial de la cláusula 91 – *Planeación Estructural del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP*, se lee: "TRANSMILENIO S.A. como **ente gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP**, tiene a su cargo la planeación estructural del Sistema y la definición del régimen técnico que regula la operación y control del sistema." (Énfasis añadido).
  
- b. Con relación a la referencia a "las normas que regulan el asunto [Transmilenio como ente gestor y titular del SITP] es evidente, sin necesidad de pronunciamiento judicial, que en cuanto impacten específicamente el Contrato de Concesión, son aplicables en los términos y con el alcance que en ellas se establezca.

Pretensión No. 5

224. Esta Pretensión reza:

"Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. en su condición de Ente Gestor

y Titular del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) es la entidad encargada de otorgar en concesión la explotación del servicio público de transporte masivo en la ciudad de Bogotá y su área de influencia.”

225. Sobre esta Pretensión, y al margen de que Transmilenio no se opuso a la misma,<sup>136</sup> el Tribunal pone de presente que se trata de uno de los casos aludidos en la § 47 de las *Consideraciones del Tribunal* del Auto No. 20 del 15 de marzo de 2018 sobre el alcance de su competencia.
226. Por consiguiente, una **declaración general** sobre la capacidad corporativa de Transmilenio, como aparece en la Pretensión, no puede ser emitida por este Tribunal, quien exclusivamente podrá declarar que Transmilenio, caracterizado en la § 1.84 como “*ente Gestor del Sistema [SITP]*”, otorgó a Gmóvil la concesión referente al SITP descrita en las §§ 1.1 y 1.2 de la cláusula 1ª del Contrato 004-2010, titulada *Objeto del Contrato*.
227. Tal será, entonces, el preciso alcance con que será despachada la Pretensión No. 5 de la Demanda.

Pretensión No. 6

228. Gmóvil pide en esta Pretensión:

“Que se declare que con la adjudicación de la Licitación Pública LP-TMSA-004-2009 se entregó en concesión la totalidad de la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá.”

229. Similar a lo anotado respecto de la Pretensión No. 5, pero si se quiere con mayor énfasis, lo solicitado por Gmóvil implica que este Tribunal haga una

---

<sup>136</sup> Cf. Contestación de la Demanda – Página 1.

declaración sobre la Licitación 004-2009 para determinar que a través de ella se concesionó **toda** la explotación del servicio prestado a través del SITP, lo cual implica pronunciarse sobre lo actuado por Transmilenio con motivo de la Licitación frente al SITP en su **integridad** y frente a otros adjudicatarios, especificando, además, la naturaleza del vínculo contractual establecido con tales adjudicatarios, determinación que, desde luego, excede el alcance de las facultades de este Tribunal, como clara y explícitamente se indicó en la precitada § 47 del Auto No. 20.

230. Las referencias al proceso de la Licitación 004-2009 que obran en el Contrato tienen como referencia específica la adjudicación hecha a Gmóvil,<sup>137</sup> sin que de allí pueda establecer el Tribunal que con ella se “*entregó en concesión la totalidad de la explotación del servicio público de transporte automotor urbano masivo de pasajeros*” (énfasis añadido) del SITP.
231. Consecuencia necesaria de lo expuesto es que en la parte resolutive del Laudo se consignará el despacho negativo de la Pretensión No. 6 de la Demanda.

#### Pretensión No. 7

232. Esta Pretensión postula:

“Que se declare que el Contrato coexiste con los contratos o concesiones actuales o futuros para la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) y para el desarrollo de otras actividades conexas o complementarias (concesiones, publicidad, comercio, servicios, rotacionales,

---

<sup>137</sup>

“Que mediante Resolución No. 064 de 2010, TRANSMILENO S.A. convocó la Licitación Pública No. TMSA-LP-004-2009 con el objeto de otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP, al CONCESIONARIO, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente Contrato.”

“Que mediante la Resolución No. 447 de 2010, le fue adjudicada la Licitación Pública No. TMSA-LP-004-2009 de 2009, en virtud de la cual se suscribe el presente Contrato de Concesión y a quien en el presente Contrato se ha denominado EL CONCESIONARIO, la cual le fue notificada el día dos (2) de Noviembre 2010.”

entre otros), a las actividades tanto de Recaudo como de transporte de pasajeros necesarias para la funcionalidad del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP), así como con los contratos de concesión relacionados con el recaudo, la alimentación y la Operación troncal de las Fases I y II del Sistema Transmilenio, y los demás que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. suscriba para el desarrollo y expansión del Sistema de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 5 del Contrato, así como de las normas legales aplicables.”

233. Transmilenio no se opuso a la prosperidad de esta Pretensión, pero precisó que ello “*debe entenderse en los términos del contrato de concesión No. 004 de 2010 y el pliego de condiciones que dio lugar al mismo.*”<sup>138</sup>
234. El Tribunal observa que, no obstante la aceptación hecha por Transmilenio, la Pretensión amerita las siguientes precisiones:
- a. Sin perjuicio de lo que se expresa a continuación, es indudable que la parte inicial de la cláusula 5ª del Contrato de Concesión, precisamente titulada *Coexistencia del presente Contrato con otras Concesiones del Sistema*, regula el asunto bajo análisis y, por consiguiente, será bajo los precisos términos allí consignados –pero con la prevención que se menciona en el siguiente literal– como será acogida la Pretensión.
  - b. La referencia a los contratos futuros o a los demás que llegue a suscribir Transmilenio que se menciona en las partes inicial y final de la Pretensión **no puede ser acogida**, pues ello implica, más que una decisión judicial, un ejercicio de futurología que, por supuesto, ni corresponde a la función de este Tribunal, ni menos está en capacidad de declarar.

---

<sup>138</sup> Contestación de la Demanda – Página 2.

c. Y en cuanto a la referencia a "*las normas legales aplicables*", cabe la misma consideración que sobre el particular se expuso con ocasión de la evaluación de la Pretensión No. 4, a la cual se remite el Tribunal.

235. En los términos anteriores, esto es con referencia específica al texto de la cláusula 5ª del Contrato, con la denegación de lo pretendido sobre contratos futuros de Transmilenio y con la previsión sobre el impacto de las normas legales, la parte resolutive del Laudo acogerá la Pretensión aquí estudiada.

#### Pretensión No. 8

236. Esta Pretensión tiene el siguiente texto:

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

237. Del texto antes transcrito se desprende, sin margen de duda, que Gmóvil pretende que este Tribunal haga una **declaración general** sobre el alcance del artículo 1º del Decreto 486 de 2006 "*y demás normas pertinentes*", lo cual obviamente está en contraposición con lo especificado en la recurrentemente citada § 47 del Auto No. 20 del 15 de marzo de 2018.

238. En efecto, atender lo pedido por la Convocante, equivaldría a que en forma indiscriminada y con efecto *erga omnes* este Tribunal Arbitral le impusiera **obligaciones** a una entidad estatal *apoyado* en la habilitación que Gmóvil y Transmilenio le han otorgado para dilucidar el conflicto **contractual** existente entre ellas.

239. Lo consignado en la normatividad es, valga la redundancia, lo allí plasmado y cualquier interpretación que de ello haga un juez o árbitro debe estar referida,

**puntual y concretamente**, al caso sometido a su composición y, no, como se postula en la Pretensión bajo análisis a obtener una declaración general.

240. Consecuencia de lo anterior es, desde luego, que en la parte resolutive de este Laudo se consignará la denegación de la Pretensión aquí evaluada.

Pretensión No. 9

241. El texto de esta Pretensión es el siguiente:

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

242. Frente a esta Pretensión, Gmóvil ha aducido que la coexistencia de contratos de concesión implica una actividad colectiva y general a cargo de Transmilenio que le impone *“llevar a cabo una eficiente gestión contractual del Sistema.”*<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> Alegato de Gmóvil – Página 75.

243. Por su parte Transmilenio se opuso a su prosperidad indicando, en esencia, que a través de la declaratoria solicitada Gmóvil pretende *crear* obligaciones contractuales y “*confunde el cumplimiento de las actividades misionales propias de la Entidad Convocada, con la asunción de obligaciones a su favor [sic], que no fueron establecidas en el Contrato*”.<sup>140</sup>

244. Visto lo anterior, y en consonancia con lo decidido respecto de la Pretensión No. 4, para el Tribunal lo solicitado por Gmóvil debe ser despachada positivamente, **bajo el estricto y exclusivo entendido de que:**

- a. La responsabilidad de la Convocada por sus acciones u omisiones debe fijarse, de manera exclusiva, en el marco de su condición de Ente Gestor y titular del SITP y **en los precisos términos de las funciones propias de tal condición**, sin que sea factible extrapolar las mismas o apartarse de su texto, como que corresponden a normativa sobre la cual ninguna potestad tiene el Tribunal.
- b. Similarmente, y desde el punto de vista del conflicto materia de este Arbitraje, la **responsabilidad específica** de Transmilenio frente a Gmóvil debe ser establecida únicamente en función de las **violaciones contractuales que le sean imputables a aquella** y, en caso tal, reparadas en los montos que con referencia a dichas violaciones hayan sido **específicamente establecidos** a través de las pruebas del Proceso.

245. A este respecto, el Tribunal se remite, de manera puntual, a las siguientes estipulaciones del Contrato 004-2010:

- a. La cláusula 24, *Obligaciones de Transmilenio S.A.* y en particular la atrás citada § 21.4.

---

<sup>140</sup> Alegato de Transmilenio – Demanda – Página 11.

b. El también precitado primer párrafo de la cláusula 91, *Planeación Estructural del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP*.

246. Dicho lo anterior, la Pretensión bajo análisis tendrá despacho favorable, pero con las **puntualizaciones** arriba consignadas.

Pretensiones Nos. 10, 11 y 12

247. En las Pretensiones en referencia se solicita, respectivamente:

“[10]. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales en relación con el Contrato.”

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

“[12] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. está obligada a indemnizar los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, así como a restablecer el equilibrio del Contrato de acuerdo con las disposiciones legales aplicables en cuanto hubiere lugar a ello.”

248. Visto lo solicitado, el Tribunal advierte, como primera medida que se trata de Pretensiones de índole **netamente general**, que no pueden ser acogidas en forma genérica sino referidas, **explícitamente**, a los yerros *contractuales* que en el curso del Proceso le sean atribuidos a Transmilenio, motivo por el cual su declaratoria deberá asociarse con **incumplimientos específicos**, siendo entendido, además, que la referencia a obligaciones *legales* única y exclusivamente tiene cabida en la medida que se tipifique su incorporación al Contrato 004-2010 al tenor de lo consignado en la § C.2 *supra*.

249. En segundo lugar, en relación con la Pretensión No. 11, el Tribunal precisa que lo pedido por Gmóvil se subsume en la Pretensión No. 10, por cuanto la precitada cláusula 24.1 incorpora como obligación de Transmilenio el desarrollo, **en conexión** con el Contrato 004-2010, de las actividades de gestión y control del SITP, propias de su condición de ente gestor del mismo.
250. Por consiguiente, la Pretensión tendrá despacho favorable, **sujeta a las anteriores precisiones** y, desde luego, a las expuestas con ocasión de la evaluación de la Pretensión No. 10.
251. Por último, con relación a la Pretensión No. 12, el Tribunal observa que, como las dos (2) anteriores, es una Pretensión de **contenido general**, que no puede ser acogida a secas, sino con referencia a **reparaciones puntuales y específicas** establecidas en este Laudo.
252. En adición a lo anterior, desde ya observa el Tribunal que la Pretensión en comentario alude a dos fuentes de resarcimiento claramente diferenciables: una, el **incumplimiento** contractual de Transmilenio, y otra, la **alteración del equilibrio** del Contrato de Concesión, fenómenos que no pueden ser confundidos.
253. Al respecto, sea del caso precisar en esta parte del Laudo –a la que se hará frecuente referencia en el curso del mismo– que, si bien en muy desafortunada redacción el párrafo final del artículo 5 (1) del Estatuto de Contratación Pública incluye el incumplimiento de las entidades como factor de restablecimiento de la ecuación económica de los contratos estatales, lo cierto es que en forma mayoritaria la jurisprudencia y la doctrina se orientan –en posición que comparte este Tribunal– a **excluir el incumplimiento contractual** como factor, que pueda conducir a determinar la **alteración del equilibrio económico** de un contrato estatal.
254. Así, por ejemplo:

a. En Sentencia del 27 de marzo de 2014 se expresa:

“[E]l tratamiento jurisprudencial en torno al tema de incumplimiento contractual, como supuesta causal generadora de la ruptura de dicho equilibrio económico, ha sido pendular en cuanto en algunas oportunidades se han adoptado posturas encaminadas a aceptar su ubicación en el terreno de la responsabilidad contractual.... mientras que en otras tantas se ha hecho y se ha mantenido la distinción para efectos de identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno **ajeno por completo** a las nociones de incumplimiento y/o de responsabilidad contractual.

[S]e impone agregar que esta disparidad en modo alguno ha obedecido al arbitrio o al desconocimiento del tema por parte de la Jurisprudencia aludida, sino que puede explicarse en cuanto ha sido la misma legislación la que quizá sin propiedad o de manera equívoca sobre la materia, se ha ocupado de generar la confusión en cuanto ha identificado el incumplimiento contractual como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico del contrato, tal como lo refleja el tenor literal del numeral primero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 (....)

De ahí que la Sala estime necesario puntualizar que si bien algunas normas legales vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una posible génesis del desbalance de la ecuación contractual, lo cierto es que el instituto del equilibrio económico en la contratación estatal tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo, **sin que haya lugar a confundir esa institución con la materia propia de la responsabilidad contractual.** (....)

[C]uando se examina el incumplimiento de uno de los extremos del negocio jurídico por razón de la inobservancia o del cumplimiento tardío o defectuoso del contenido obligacional.... naturalmente **ello debe realizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual**, lo que a la postre faculta al otro contratante.... para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo negocial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados (...)

[E]sta Subsección se ocupó de puntualizar una vez más las **múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual**, así como los efectos que se desprenden en uno y otro caso: (...)

‘La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina ‘hecho del príncipe’, y ‘potestas ius variandi’ (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada ‘teoría de la imprevisión’ y paralelamente en la ‘teoría de la previsibilidad’. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, **en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.**

El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que

contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida. (...)

Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia **las dos figuras se diferencian**, no solo por el origen de los fenómenos... sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno u otro caso.

En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar.... mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos casos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido...".<sup>141</sup> (Énfasis añadido).

b. En Sentencia del 6 de mayo de 2015 se lee:

"Sea lo primero, advertir el yerro conceptual en que incurre el apoderado de la sociedad demandante al equiparar o identificar las nociones de incumplimiento y de equilibrio económico o financiero del contrato. Y, si bien, **es la misma ley 80 de 1993, la que promueve esa barahúnda**,<sup>142</sup> lo cierto es que el

---

<sup>141</sup> Consejo de Estado – Sentencia del 27 de marzo de 2014 – Expediente 29214.

<sup>142</sup> En el mismo sentido se pronuncia el profesor José Luis Benavides:

"[H]acer referencia a la ecuación contractual, como lo hace el numeral I del artículo 5º de la Ley 80, es artificial y confuso. Este numeral impone el restablecimiento del equilibrio del contrato, **lo que no es posible en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales**." (Énfasis añadido).

trabajo de la jurisprudencia en el último lustro ha estado orientado en hacer énfasis en la distinción entre las dos instituciones, cuyos efectos y consecuencias son disímiles. (...)

De modo que, mientras que el incumplimiento hace referencia a la desatención intencional o culposa, total, parcial o tardía de las obligaciones y, por ende, de las prestaciones derivadas de un contrato, el restablecimiento de la ecuación económica del contrato tiene que ver con circunstancias o situaciones, externas o internas, que alteran de manera anormal y grave la ejecución del negocio jurídico, haciéndolo excesivamente oneroso para una de las partes. (...)

[L]a yuxtaposición entre los conceptos –contenida en la ley– y ahondada por la doctrina, arrojó que se entendiera como un supuesto de incumplimiento del contrato el hecho de que la entidad no reconociera todos los sobrecostos en que hubiere incurrido el contratista, conclusión que a todas luces constituye un yerro por las siguientes razones:

i) El equilibrio económico del contrato no es un derecho absoluto del contratista. (...)

iii) No puede entenderse de manera tan amplia el equilibrio, que suponga que el contratista no puede sufrir o reportar pérdidas en la ejecución de un contrato estatal.

**En otros términos, el alea normal de un contrato, como su nombre lo indica, puede conllevar el hecho de que alguna de las partes no reporte el beneficio o la utilidad que esperaba inicialmente con el negocio jurídico, bien porque la obra o del servicio resultó más oneroso de lo**

---

(José Luis Benavides, *El Contrato Estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, página 135).

esperado.... o porque el contratista tuvo que incurrir en gastos y costos superiores a los proyectados y, por lo tanto, la ejecución del contrato no le reportó la utilidad esperada. (...).<sup>143</sup>

255. De esta manera, valga decir, que *incumplimiento* no puede tenerse como génesis del *restablecimiento del equilibrio contractual*, y que **las condiciones para que se tipifique la ruptura del susodicho equilibrio son ciertamente exigentes**, es la forma como abordará el Tribunal las Pretensiones que toquen esta temática, siendo entendido que las consideraciones y referencias jurisprudenciales antes referidas, se deben entender reproducidas y aplicables en todos los casos de Pretensiones donde como petición **principal** se plantee el **incumplimiento** de Transmilenio, y como petición **subsidiaria** la **ruptura de la ecuación contractual**.

256. De esta suerte, y con las anteriores **precisiones y puntualizaciones**, la parte resolutive del Laudo despachará de manera positiva la Pretensión aquí estudiada.

*D.5 Pretensiones particulares – Relativas al Cierre Financiero*

257. Como figura en la tabla que sobre ellas aparece en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo de Pretensiones, todas de índole **declarativa**, corresponden a las marcadas como Nos. 13 a 17 de la Demanda y respecto de las cuales el Tribunal expone lo que sigue.

---

<sup>143</sup> Consejo de Estado – Sentencia del 6 de mayo de 2015 – Expediente 31387.

También ha dicho el Consejo de Estado:

**“[N]o cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él.”** (Énfasis añadido).

(Consejo de Estado – Sentencia del 28 de junio de 2012 – Radicación 219 90).

Pretensión No. 13

258. A través de esta Pretensión Gmóvil solicita:

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

259. Transmilenio, por su parte, no se opuso a esta Pretensión “*por cuanto la misma se enmarca en los términos del contrato de concesión No. 004 de 2010, y el pliego de condiciones que dio lugar al mismo con la adjudicación al concesionario convocante.*”<sup>144</sup>

260. Dada esta manifestación de la Convocada, y si bien de la definición de “*Cierre Financiero*” establecida en la § 1.11 de las *Definiciones* del Contrato de Concesión,<sup>145</sup> en conjunción con la tabla referente a “*Valor del Desembolso*” que aparece en la § 17.5, sobre *Cierre Financiero* –e integrante de la cláusula 17 referente a *Obligaciones del Concesionario derivadas de la Concesión de la Operación del SITP*– podría entenderse una connotación plural de recursos a cargo de Gmóvil, lo cierto es que respecto a la zona de Engativá, que fue la adjudicada a la Convocante, el Cierre Financiero estaba circunscrito a la suma indicada en la Pretensión bajo análisis, siendo entendido, por supuesto, que el desembolso

---

<sup>144</sup> Contestación de la Demanda – Página 3.

<sup>145</sup> “Cierre Financiero: Se entenderá que el CONCESIONARIO ha obtenido el Cierre Financiero cuando TRANSMILENIO S.A. manifieste expresamente y por escrito su conformidad con los documentos aportados por el CONCESIONARIO para acreditar el perfeccionamiento del conjunto de operaciones de endeudamiento y/o la adquisición de los vehículos que utilizará el CONCESIONARIO para la prestación del servicio de transporte de pasajeros y en general, para el cabal cumplimiento de las obligaciones que el CONCESIONARIO adquiere con la celebración del presente Contrato.”

de los "recursos de deuda" era un función del cumplimiento de las condiciones contractuales acordadas al efecto con la entidad prestamista.

261. Por consiguiente, en los términos en que fue formulada, pero con la precisión antes consignada sobre la disponibilidad de los recursos, la parte resolutive del Laudo registrará el despacho positivo de la Pretensión No. 13 de la Demanda.

Pretensión No. 14

262. En esta Pretensión Gmóvil solicita:

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

263. Para fundamentar esta Pretensión Gmóvil se refiere al contrato de crédito que le fuera otorgado por Banco Davivienda S.A. y por Helm Bank S.A.<sup>146</sup> por la cantidad de \$ 260.000 millones,<sup>147</sup> y a las diversas referencias que sobre su presentación y reconocimiento por parte de Transmilenio obran como parte del material probatorio del Proceso.<sup>148</sup>

264. De esta manera, Gmóvil concluye:

---

<sup>146</sup> Este banco cambió posteriormente su denominación social a "Banco Corpbanca Colombia S.A."

<sup>147</sup> Cf. Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folios 143 a 176.

Este contrato de crédito fue objeto de siete (7) Otrosíes, e incluso el cupo de crédito aprobado se incrementó hasta \$ 347.000 millones.

(Cf. Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folios 177 a 195).

<sup>148</sup> Cf. las menciones que aparecen en el Alegato de Gmóvil sobre el Dictamen Financiero, la respuesta del representante legal de Transmilenio, la comunicación de Transmilenio del 2 de agosto de 2011 y el Interrogatorio de Parte.

(Alegato de Gmóvil – Páginas 112 y 113).

"De lo anterior se puede corroborar entonces que GMÓVIL presentó el contrato de crédito sindicado donde acreditó que obtuvo compromisos por un monto de DOSCIENTOS SESENTA MIL MILLONES DE PESOS... y que con base en dicho documento TRANSMILENIO certificó y confirmó que GMÓVIL había obtenido el cierre financiero requerido. (...)

Lo anterior, nos deja ver entonces que ha quedado plenamente probado que GMÓVIL cumplió con la Cláusula 17.5 del Contrato y acreditó compromisos a su favor por un monto de DOSCIENTOS SESENTA MIL MILLONES DE PESOS... a partir de un contrato de crédito sindicado que sirvió como soporte para que TRANSMILENIO certificara y confirmara el cierre financiero de la Sociedad Concesionaria, por cual [sic] la pretensión debe prosperar."<sup>149</sup>

265. Transmilenio, por su parte, se opone a la Pretensión –como parte de su oposición genérica a las *Pretensiones relativas al Cierre Financiero*– y, en esencia, argumenta que la cláusula 17.5 va más allá del *cierre financiero* y, en particular, alude al 5º párrafo de esa estipulación, que establece:

"Sin perjuicio de que la responsabilidad y riesgo de aportar la totalidad de la financiación requerida para la completa ejecución del presente Contrato es del CONCESIONARIO, éste deberá sustituir las fuentes de financiación si por cualquier causa las previstas no se desembolsaran o fuere necesario realizar aportes adicionales de capital y/o deuda en el caso en que los recursos inicialmente previstos resulten insuficientes."<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> Alegato de Gmóvil – Páginas 113 y 114.

<sup>150</sup> Cf. Alegato de Transmilenio – Demanda – Páginas 14 y 15.

Transmilenio señala que la estipulación en referencia fue modificada por el Otrosí No. 2. No obstante, revisado tal Otrosí, se advierte que **no hay** diferencia entre el texto original y el que aparece en el Otrosí.

266. Para el Tribunal, la razón le asiste a Transmilenio, pues, en efecto:
- a. El *cierre financiero* es solo una **parte** de la cláusula 17.5, cuyo cumplimiento **integral** es lo que solicita Gmóvil que sea declarado por el Tribunal.
  - b. De hecho, además, la celebración del contrato de crédito no asegura que el monto pactado esté **inexorablemente disponible**, pues, como se mencionó al tratar la Pretensión No. 13, y es totalmente usual en este tipo de operaciones financieras, los desembolsos están condicionados a que se cumplan las condiciones pactadas.<sup>151</sup>
  - c. En caso contrario, las entidades financieras pueden válidamente abstenerse de entregarle recursos al prestatario, que es la situación ocurrida en este caso, como lo puso de presente el representante de Selfinver en el curso de su Declaración, al puntualizar que *"al momento el cupo de crédito ya no está disponible [para Gmóvil]."*<sup>152</sup>
  - d. Y es, precisamente, para eventualidades de este tipo cuando se activa la obligación a cargo de Gmóvil fijada en el precitado párrafo 5º de la cláusula 17.5, a cuyo respecto el mismo representante de Selfinver declaró que la Convocante carecía de *"disponibilidad presupuestal"*.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> Cf., p. ej., la § 7 del contrato de crédito, titulada "Condiciones Precedentes y Procedimiento para los Desembolsos", que incluye el siguiente parágrafo:

"Los Bancos no tendrán obligación de efectuar el desembolso cuando a su juicio se presenten alguno de los siguientes eventos: (i) cuando para la respectiva Fecha de Desembolso, haya ocurrido cualquiera de los eventos de Incumplimiento pactadas en la cláusula décima de este Contrato; (ii) cuando las declaraciones del Deudor no sean completas, veraces y correctas en la Fecha de Desembolso; (iii) cuando se haya presentado cualquiera de las circunstancias previstas en el parágrafo de la cláusula primera de este Contrato."

<sup>152</sup> Declaración del representante de Selfinver – Página 49.

<sup>153</sup> Ibid. – Página 48.

e. Por ende, mal puede concluirse, y menos declarar que Gmóvil ha dado cumplimiento **pleno** a la cláusula 17.5, que es lo pedido en la Pretensión bajo análisis.

267. Pero, además, la **obtención** del cierre financiero, que, según aparece en las conclusiones de la Convocante arriba transcritas, es la forma como Gmóvil considera que se atendió la estipulación en referencia, fuera de ser solo una parte de ella, corresponde a la siguiente Pretensión y tiene un sentido y alcance **puntual** como se desprende de lo establecido en la frase final del primer párrafo de la cláusula 17.5,<sup>154</sup> **en conjunción** con la definición de *Cierre Financiero* atrás transcrita.

268. Corolario de lo expuesto es que en la parte resolutive del Laudo se consignará la denegatoria de esta Pretensión.

#### Pretensión No. 15

269. El texto de esta Pretensión es el siguiente:

“Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., mediante comunicación de fecha 2 de agosto de 2011, radicado 2011EE5275, certificó que GMOVIL S.A.S. obtuvo el Cierre Financiero.”

270. Transmilenio no se opuso a esta Pretensión y, por el contrario, confirmó la emisión de la comunicación mencionada en la Pretensión, como respuesta al oficio del 15 de julio de 2011, radicado 2011ER8768.<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> “Se entenderá que el CONCESIONARIO ha obtenido el Cierre Financiero cuando TRANSMILENIO S.A. manifieste expresamente su conformidad con los documentos aportados por el CONCESIONARIO, de acuerdo con lo previsto en la **definición** y regulación de Cierre Financiero contenida en el presente Contrato.” (Énfasis añadido).

<sup>155</sup> Cf. Contestación de la Demanda – Página 3.

271. Por ende, y sin necesidad de consideraciones adicionales, el Tribunal despachará favorablemente esta Pretensión.

Pretensiones Nos. 16 y 17

272. Estas Pretensiones postulan, respectivamente:

“[16] Que como consecuencia de la ocurrencia de hechos constitutivos de incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales por parte de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. o, en todo caso, de hechos no imputables a GMÓVIL S.A.S., se hizo necesario para ésta última modificar el Contrato de Crédito Sindicado en plazo, disponibilidad y cuantía superiores a los previstos.”

“[17] Que como consecuencia de la ocurrencia de hechos constitutivos de incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales por parte de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. o, en todo caso, de hechos no imputables a GMÓVIL S.A.S., se generó un desplazamiento de los cronogramas de desembolsos de los recursos de crédito obtenidos para la ejecución de Contrato y pagos de los mismos.”

273. Sobre lo antes citado, la Convocante aduce, básicamente, que la implementación del SITP sufrió importantes demoras que son consecuencia directa de incumplimientos contractuales y/o legales de Transmilenio que obligaron a la Convocante a reprogramar las inversiones necesarias para la correcta ejecución del Contrato de Concesión y, por ende, a *“acudir a los bancos para solicitar la modificación de las condiciones pactadas dentro del contrato de crédito sindicado.”*<sup>156</sup>

---

<sup>156</sup> Alegato de Gmóvil – Página 117.

274. Por su parte, la Convocada se opone a las Pretensiones en comentario, señalando, en esencia, que lo planteado por Gmóvil es totalmente ajeno a Transmilenio y que dado *"que la negociación, manejo, suscripción de documentos relativos a la obtención del crédito sindicado... correspondió exclusiva y únicamente a Gmóvil, sin ninguna participación de Transmilenio, mal podría ahora endilgársele cualquier tipo de responsabilidad que en virtud del contrato o la ley no le corresponde ni tiene porque asumir la entidad concedente."*<sup>157</sup>
275. Visto lo anterior, el Tribunal pone de presente que lo solicitado por Gmóvil, es muestra clara de la vaguedad de aludir a incumplimientos contractuales y/o legales de Transmilenio sin puntualizar cual de las obligaciones de la Convocada contenidas en el Contrato 004-2010, o cuales disposiciones legales incorporadas al mismo, fueron desconocidas, razón más que suficiente para despacharlas negativamente, a lo que debe añadirse que, como pregona Transmilenio, la modificación de los términos y condiciones de la financiación otorgada a Gmóvil fue un asunto del exclusivo resorte de esta y de sus acreedores, sin que haya evidencia alguna de participación de la Convocada en las negociaciones adelantadas al efecto, por lo que mal podría atribuírsele algún tipo de responsabilidad en conexión con el resultado de las mismas.
276. Lo antes señalado es, entonces, suficiente para determinar la denegatoria de estas Pretensiones, como en efecto se indicará en la parte resolutive del Laudo.

D.6 *Pretensiones particulares – Relativas a la falta de Implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP)*

277. Como figura en la tabla que sobre ellas aparece en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo de Pretensiones, todas de índole **declarativa**, corresponden a las marcadas como Nos. 18 a 25 de la Demanda, sobre las cuales el Tribunal expone lo que sigue.

---

<sup>157</sup> Alegato de Transmilenio – Demanda – Páginas 18 y 19.

Pretensión No. 18

278. Esta Pretensión tiene el siguiente texto:

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

279. El Tribunal entiende esta Pretensión como una simple **confrontación** sobre la vigencia de una norma en un momento dado de la interacción Gmóvil – Transmilenio, sin que le sea dable ir más allá.

280. Así, entonces, se tiene que:

- a. En el marco de la Licitación 004-2009, Gmóvil presentó su propuesta el **8 de julio de 2010**.<sup>158</sup>
- b. Para esa fecha estaba en vigor el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, cuyo texto era:

“Ordénese al **Sector Movilidad** adelantar todas las acciones administrativas necesarias para que a 15 de octubre de 2011 estén implementadas las Fases 1 y 2 del SITP, para lo cual contará con el acompañamiento y cooperación interinstitucional de las demás entidades y organismos distritales en los asuntos de su competencia.” (Énfasis añadido).

---

<sup>158</sup> Cf. Cuaderno de Pruebas No. 2 – Folio 44 (DVD).

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. vs EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

---

281. Esta disposición, a su turno, fue derogada el 29 de noviembre de 2011 a través del artículo 1º del Decreto 535 de ese año.<sup>159</sup>
282. Así, es claro que la **confrontación** simplemente cronológica que postula Gmóvil tiene como resultado que, ciertamente, la norma estaba vigente cuando la Convocante presentó su propuesta para participar en la Licitación 004-2009 y, por ende, procede despachar favorablemente la Pretensión aquí examinada.
283. Al margen de lo anterior, el Tribunal pone de presente que la orden de adelantar "*acciones administrativas necesarias para que a 15 de octubre de 2011 estén implementadas las Fases 1 y 2 del SITP*" **no le fue impartida a Transmilenio** sino al "*Sector Movilidad*", cuya cabeza, según el artículo 7º del Decreto 309 de 2009,<sup>160</sup> era la **Secretaría Distrital de Movilidad**.

Pretensión No. 19

284. En virtud de esta Pretensión Gmóvil solicita:

"Que se declare que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.1.1. del Anexo Técnico del Contrato, la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) estaba prevista para el mes de octubre de 2011."

285. Al respecto el Tribunal nuevamente puntualiza que las estipulaciones contractuales (al igual que las disposiciones legales) no pueden ser, en rigor, materia de una *declaración*, pues el juez o el árbitro están circunscritos a aludir al texto

---

<sup>159</sup> "Elimínese el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009."

<sup>160</sup> "De acuerdo con sus competencias legales y reglamentarias y en su calidad de **cabeza del sector Movilidad** y autoridad de tránsito y transporte, la **Secretaría Distrital de Movilidad** actuará como la autoridad del Sistema Integrado de Transporte Público en Bogotá D.C. y sus funciones estarán dirigidas especialmente a la formulación de la política pública sectorial, regulación, vigilancia y control de las actividades de tránsito y transporte, coordinación de las instancias de ejecución de dicha política pública sectorial, funciones que ejercerá con el acompañamiento permanente del Comité Sectorial de Desarrollo Administrativo de Movilidad." (Énfasis añadido).

de unas u otras, sin posibilidad de *declarar* que contienen lenguaje diferente, pues hacerlo equivaldría a *modificar* estipulaciones contractuales o disposiciones legales, (según sea el caso), lo cual, por supuesto, no es admisible.

286. De esta manera, el Tribunal despachará esta Pretensión favorablemente, pero haciendo constar que la fecha que se menciona en la Pretensión está recogida en la § 1.1.1 del Anexo Técnico, con carácter **provisional**.<sup>161</sup>

Pretensión No. 20

287. El texto de esta Pretensión es:

“Que se declare que a la fecha no se han cumplido los requisitos para la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).”

288. Con relación al alcance de esta Pretensión, y dado el texto de la misma, es evidente que, como se ha sostenido repetidamente, su análisis solo puede hacerse en el marco del Contrato 004-2010, pues hacer un pronunciamiento **general** sobre cumplimiento o incumplimiento de requisitos para la implementación del SITP excedería las prerrogativas del Tribunal.
289. Así, entonces, el Tribunal procede a subrayar que la Pretensión se refiere a *implementación*, expresión que no puede entenderse como sinónimo de *integración*, tópico que, por demás, es materia de la Pretensión No. 24. Tampoco, apunta el Tribunal, puede asimilarse *implementación* a *implantación*.
290. Desde un punto de vista meramente gramatical:

---

<sup>161</sup> La § 1.1.1 del Anexo Técnico se titula “Los Hitos” y contiene la transcripción del art. 19 del Decreto 309 de 2009, junto con unas **fechas preliminares** para el inicio y culminación de cada una de las Fases detalladas en la norma.

- a. "Implementar" significa "Poner en funcionamiento, aplicar métodos, medidas, etc. para llevar a cabo algo.";
- b. "Implantar" significa "Establecer y poner en ejecución nuevas doctrinas, instituciones, prácticas o costumbres"; y
- c. "Integrar" significa "Completar un todo con las partes que faltaban".<sup>162</sup>

291. Adicionalmente, y en el campo de la **relación contractual entre las Partes**, la "implementación" tiene una connotación específica en la medida que corresponde a una de las *clases* de riesgos regulados en la Matriz de Riesgos.

292. Fijado lo anterior, y como referentes contractuales el Tribunal se remite a las cláusulas 12, 13 y 22 (según ha sido modificada) del Contrato 004-2010 y al respecto precisa:

- a. La cláusula 12, al referirse a la *Etapa Preoperativa* del Contrato de Concesión, señala, como atrás se indicó, que ella comienza con el "acta de inicio del Contrato" y se extiende hasta que Transmilenio "expida la Orden de Inicio de la Operación", agregando que el plazo estimado de esta etapa es de nueve (9) meses, que "podría ser mayor o menor, de conformidad con el **Plan de Implementación** presentado por el CONCESIONARIO y aprobado por TRANSMILENIO S.A.". (Énfasis añadido).
- b. Consecuente con lo anterior, la cláusula establece que durante la *fase preoperativa* Gmóvil, entre otras obligaciones, debía cumplir con la presentación del **Plan de Implementación**.
- c. A su turno, la cláusula 13, titulada *Etapa Operativa*, señala:

---

<sup>162</sup> Todas estas definiciones han sido tomadas del *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª Edición, Real Academia Española, Madrid, 1992.

“La etapa de operación comienza con la **Orden de Inicio de Operación del Contrato por parte del ente gestor y se extenderá por veinticuatro (24) años.**

**Para la expedición de la Orden de Inicio de Operación del Contrato por parte de TRANSMILENIO S.A., se deberá haber cumplido con todas las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa.**

En el caso de las zonas con Operación Troncal la etapa operativa comienza cuando TRANSMILENIO S.A. solicita o autoriza la compra del 100% de la flota troncal referente y se extenderá por veinticuatro (24) años.”<sup>163</sup> (Énfasis añadido).

- d. Finalmente, la cláusula 22 regula las *Obligaciones del Concesionario respecto de la Implementación del Proyecto.*
293. Así, el Tribunal pone de presente que las obligaciones de *implementación a cargo de Gmóvil* tienen la connotación de **condición precedente** para que pueda emitirse la *Orden de Inicio de Operación*, de lo que ha de seguirse que esta **no podía ser expedida** si no se había cumplido aquella.
294. *A contrario sensu*, si Transmilenio le daba a Gmóvil la *Orden de Inicio de Operación* habría de entenderse que la Convocante había atendido debidamente la obligación de implementación en los términos acordados en el Contrato de Concesión.
295. Sobre estas premisas, el Tribunal encuentra lo siguiente:

---

<sup>163</sup> La § 13 del Contrato 004-2010 fue modificada a través del Otrosí No. 12. Sin embargo, el texto transcrito no sufrió modificación.

- a. En comunicación cursada por Transmilenio a Gmóvil el 29 de junio de 2012,<sup>164</sup> bajo la referencia "Orden Inicio de Operación contrato de concesión 04 de 2010" se lee:

"De acuerdo con el cronograma de implementación el SITP y con lo informado en el comité técnico del 1 de junio de 2012, la fecha programada para su inicio es el 30 de junio del año 2012, con el **componente troncal y de alimentación**.

Conforme a lo anterior, por medio del presente documento **se ordena a GMÓVIL S.A.S. dar inicio a la operación de la concesión de la zona adjudicada de Engativá.**" (Énfasis añadido).

- b. En comunicación cursada por Transmilenio a Gmóvil el 27 de septiembre de 2012,<sup>165</sup> bajo la referencia "Orden Inicio de Operación Zonal contrato de concesión 05 [sic]<sup>166</sup> de 2010" se lee:

"De acuerdo con el cronograma de implementación del SITP y con lo informado en el comité técnico del 1 de junio de 2012, la fecha programada para su inicio es el 30 de septiembre del año 2012, con el **componente zonal**.

Conforme a lo anterior, por medio del presente documento **se ordena a CONSORCIO GMÓVIL S.A.S. dar inicio a la operación de la concesión de la zona adjudicada de Engativá.**" (Énfasis añadido).

---

<sup>164</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folio 142.

<sup>165</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folio 143.

<sup>166</sup> Mediante comunicación del 19 de octubre de 2012, bajo la referencia "Orden Inicio de Operación Zonal contrato de concesión 04 de 2010" (énfasis añadido), Transmilenio le aclaró a Gmóvil esta comunicación, indicando:

"Me permito **aclararle**, que mediante radicado 2012EE8152, se **ordenó** a GMÓVIL S.A.S. dar inicio a la operación del **componente zonal**, de la zona adjudicada de Engativá." (Énfasis añadido).

(Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folio 143).

296. De los textos transcritos debe concluirse que Gmóvil había dado cumplimiento puntual a “*todas las obligaciones de la **implementación** y de la etapa preoperativa*” (énfasis añadido) –como exige el Contrato 004-2010– y, por ende, Transmilenio procedió a cursar las comunicaciones, **que comprenden tanto el componente troncal y alimentación, como el componente zonal**, motivo por el cual no cabe predicar **-con relación a lo estipulado en el Contrato de Concesión-** lo postulado por la Convocante en la Pretensión que se analiza.
297. Consecuencia de lo anterior es la denegación de esta Pretensión, como se reflejará en la parte resolutive de este Laudo.

Pretensión No. 21 y subsidiaria

298. Estas Pretensiones tienen los siguientes textos:

“[21] Que se declare que la no implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) ocurrió debido al incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

“[Subsidiaria] Que se declare que la no Implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) constituye un evento ajeno y no imputable a GMÓVIL S.A.S. que alteró el equilibrio económico del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCERO MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

299. Con relación a la Pretensión No. 21 principal, el Tribunal destaca que al no haber tenido prosperidad la Pretensión No. 20, mal puede tenerse por acreditado el yerro contractual de Transmilenio, a lo que debe añadirse que la referencia a “*obligaciones contractuales y/o legales*” de la Convocada no ha sido acotada en **forma específica**, sea con relación a una o más estipulaciones del Contrato

004-2010, en particular la § 24 referente a *Obligaciones de Transmilenio S.A.*, sea con relación a una disposición legal incorporada al Contrato de Concesión bajo los parámetros establecidos en la § C.2 *supra*.

300. Por consiguiente, sin necesidad de consideraciones adicionales, se denegará la Pretensión No. 21 principal, circunstancia que trae consigo la necesidad de ocuparse de la petición subsidiaria.
301. Sobre tal Pretensión, el Tribunal destaca que, lejos de tratarse de un evento susceptible de ser considerado como generador de alteración del equilibrio económico del Contrato de Concesión, corresponde a una de las clases de riesgos específicamente asignados a Gmóvil en la Matriz de Riesgos,<sup>167</sup> puntualizándose, además, que ninguna evidencia fue aportada al Proceso en torno al evento que invertiría la responsabilidad por el riesgo, esto es, que Transmilenio (i) autorizara la incorporación de flota; y (ii) esta no pudiera ser operada por razones ajenas a la responsabilidad de Gmóvil.
302. Y en adición a lo anterior, el Tribunal subraya que, como bien se anota en el Concepto del Ministerio Público,<sup>168</sup> y se cita en el Alegato de Transmilenio,<sup>169</sup> la cláusula 119-2 a la que se hará precisa referencia un poco más adelante es consistente con la Matriz de Riesgos en cuanto a asignar a Gmóvil el concierne a la implementación.
303. Lo expuesto es, entonces, suficiente para también denegar la Pretensión No. 21 subsidiaria.

---

<sup>167</sup> Sobre el riesgo de "Implementación" la Matriz de Riesgos establece:

"Este riesgo corresponderá al concesionario [Gmóvil] salvo en aquellos casos en que TRANSMILENIO S.A. autorice la incorporación de flota y la misma no pueda ser operada por razones ajenas a la responsabilidad del concesionario, caso en el cual se reconocerá a este el daño emergente por la incorporación de dicha flota."

<sup>168</sup> Cf. Concepto del Ministerio Público – Pagina 35.

<sup>169</sup> Cf. Alegato de Transmilenio – Demanda – Página 30.

Pretensión No. 22 y subsidiaria

304. A través de estas Pretensiones Gmóvil pretende:

“[22] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. debe indemnizar a GMÓVIL S.A.S. por ingreso no percibido por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros, hasta que se produzca la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP), o en las condiciones y hasta la oportunidad que el Tribunal indique.”

“[Subsidiaria] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. debe restablecer el equilibrio financiero del Contrato de Concesión a GMÓVIL S.A.S. mediante el pago del ingreso no percibido por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros hasta que se produzca la implementación de las Fases 1 y 2 del SITP, o en las condiciones y hasta la oportunidad que el Tribunal indique.”

305. Con relación a la Pretensión principal, el Tribunal destaca que para que se produzca el derecho a una indemnización es **indispensable** la confluencia del incumplimiento, la configuración de un daño resarcible y el nexo de causalidad entre uno y otro.

306. Así es reconocido por la jurisprudencia y la doctrina en muestras del siguiente tenor:

a. Ha indicado la Corte Suprema:

“[L]a responsabilidad se estructura mediante los elementos de incumplimiento de un deber contractual, un daño, y una relación de causalidad entre estos. Lo primero indica la **inejecución de las obligaciones contraídas en el contrato**; lo

segundo, vale decir el **daño**, se concreta con la prueba de la lesión o detrimento que sufrió el actor en su patrimonio, porque no siempre el incumplimiento de uno de los extremos del contrato ocasiona perjuicios al otro, pues eventos se dan en que no se produce daño alguno, es por lo que precisado se tiene cuando se demanda judicialmente el pago de los perjuicios, le incumbe al actor demostrar el daño cuya reparación solicita y su cuantía. (...)

Además del incumplimiento del contrato y del daño ocasionado, existen otros elementos que debe demostrarse, como son... el **nexo de causalidad** entre dicho incumplimiento y el agravio sufrido por la víctima, esto es, que lo segundo es consecuencia de lo primero.<sup>170</sup> (Énfasis añadido).

b. Y señala el profesor Jorge Suescún:

"Los elementos esenciales de la responsabilidad contractual están constituidos por: incumplimiento de una obligación asumida por el deudor; que dicho incumplimiento le sea imputable a dicho deudor, es decir, que se haya debido a su culpa o a su dolo y que tal incumplimiento le haya generado un daño al acreedor.

Para obtener la **indemnización** correspondiente, es necesario que el demandante acreedor pruebe la existencia del contrato y de la obligación a cargo del demandado; que demuestre igualmente su incumplimiento, si esto es posible, o, en caso contrario, que simplemente lo alegue **y que demuestre que se le causó un perjuicio cierto, directo y previsible y acredite su cuantía.**<sup>171</sup> (Énfasis añadido).

---

<sup>170</sup> Corte Suprema – Sentencia del 14 de marzo de 1996 – Exp. 4738.

<sup>171</sup> Jorge Suescún Melo, *op. cit.*, Tomo I, página 260.

307. No basta, pues, reclamar una indemnización, que es el estadio final de la responsabilidad contractual (y extracontractual), sino que es preciso acreditar previamente los elementos configurativos de la misma, los cuales echa de menos el Tribunal, motivo por el cual, y sin ambages, habrá de despachar negativamente esta Pretensión.
308. Esta conclusión, que tendrá reflejo en la parte resolutive del Laudo, trae consigo la necesidad de ocuparse de la correspondiente Pretensión subsidiaria, tarea que es acometida a renglón seguido.
309. Como puede apreciarse en la Matriz de Riesgos, lo concerniente a la disminución de ingresos por razón de la menor demanda de pasajeros, es uno de los asumidos por Gmóvil, razón por la cual no es dable predicar que de tal situación se derive la alteración del equilibrio económico del contrato, figura que, por demás, ha sido caracterizada por la jurisprudencia en los siguientes términos:

**"El rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del alea normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato. (...) las partes se obligan a través del respectivo contrato estatal después de analizar las circunstancias existentes al momento de celebrarlo o de presentación de la respectiva oferta, según el caso, en todos los aspectos razonablemente previsibles que pueden tener incidencia en la ejecución de sus obligaciones. Así mismo, pactan las condiciones de ejecución del contrato teniendo en cuenta los riesgos que en el momento de su celebración podían –bueno es**

**reiterarlo- razonablemente preverse, e incluso efectuando una distribución de los mismos.**<sup>172</sup> (Énfasis añadido).

310. Lo anterior es, entonces, suficiente para concluir que la Pretensión subsidiaria No. 22 correrá la misma suerte de la principal, esto es, será denegada.

Pretensión No. 23

311. El texto de esta Pretensión es como sigue:

“Que se declare que la demora en el inicio del Cronograma de implementación de Rutas del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) ocurrió debido al incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MI-LENIO – TRANSMILENIO S.A. o, en todo caso por hechos no imputables a GMÓVIL S.A.S.”

312. De lo planteado en esta Pretensión el Tribunal hace notar que está edificada sobre varios supuestos, a saber:

- a. La existencia de retrasos en el inicio del Cronograma de Implementación de las Rutas del SITP;
- b. El incumplimiento de “*obligaciones contractuales y/o legales*” de Transmilenio; y
- c. Un *nexo causal* entre dichos incumplimientos y el retraso en el inicio del antedicho Cronograma.

---

<sup>172</sup> Consejo de Estado – Sentencia del 13 de febrero de 2013 – Expediente 24996.

313. Por ende, de establecerse la realidad de esos supuestos la Pretensión debe ser acogida y, correlativamente, de fallar alguno de ellos, debe tener la suerte contraria.

314. Así las cosas, el Tribunal comienza por señalar que:

- a. El Cronograma de Implementación fue establecido originalmente en el Anexo No. 2 incorporado al Pliego de Condiciones, pero, de suyo, se trató de un documento sujeto a revisión y ajustes, como se establece en la cláusula 22 del Contrato 004-2010:

“El inicio de la operación SITP se efectuará de acuerdo con el Cronograma de Implementación establecido en el Anexo No. 2, el cual se **ajustará** a la fecha de suscripción del contrato, y **periódicamente** de acuerdo con el estado de avance de las obras de adecuación de la infraestructura.” (Énfasis añadido).

- b. Este texto fue modificado a través del Otrosí No. 2, donde se dijo:

“El inicio de la operación SITP se efectuará de acuerdo con el Cronograma de Implementación establecido en el Anexo No. 2, el cual podrá ser ajustado de acuerdo con las observaciones y contrapropuesta realizada por los concesionarios y con el estado de avance de las obras de adecuación de la infraestructura.” (Énfasis añadido).

- c. Adicionalmente, y como confirmación de la índole flexible del Cronograma, en el párrafo segundo de la cláusula 22 del Contrato de Concesión se estableció:

“El Cronograma de Implementación **es meramente indicativo** y **podrá ser modificado** por TRANSMILENIO S.A., en cualquier momento de la concesión.” (Énfasis añadido).

- d. En el Otrosí No. 2, conservando la índole *meramente indicativa*, se modificó el anterior párrafo, quedando como sigue:

“El Cronograma de Implementación **es meramente indicativo y podrá ser modificado por las partes**, de mutuo acuerdo, en cualquier momento de la concesión.” (Énfasis añadido).

- e. A su turno, la iniciativa para la presentación del Plan de Trabajo para la Implementación de la Operación fue radicada en cabeza de Gmóvil, quien originalmente dispuso para ello de sesenta (60) días contados a partir de la suscripción del Contrato de Concesión para presentárselo a Transmilenio, posteriormente ampliados a noventa (90) días (Otrosí No. 2).
- f. Finalmente, y desde luego en línea con la índole del documento, Transmilenio disponía de cierto plazo (un (1) mes, originalmente, y treinta (30) días calendario, posteriormente) para revisar la documentación sometida por Gmóvil y solicitar ajustes y correcciones, que, entonces, deberían ser hechas por esta dentro de los quince (15) días siguientes.

315. Así las cosas, para el Tribunal es patente que el Cronograma de Implementación correspondía, en esencia, a un documento de trabajo, sujeto a discusión, cambios y ajustes en virtud de la interacción Gmóvil – Transmilenio, quien, en últimas, tenía la palabra final sobre este.
316. Y a lo anterior se añade, con trascendencia para el análisis de esta Pretensión que el Cronograma era **meramente indicativo**, valga decir, no tenía carácter vinculante.
317. De esta manera, el Tribunal no halla que contractualmente se pueda fijar, con carácter inexorable, una fecha de partida del Cronograma, a partir de la cual pueda predicarse **retraso** o **demora** en su inicio.

318. Tampoco observa el Tribunal que haya sido alegado que Transmilenio no atendió su compromiso de revisar lo sometido por Gmóvil.
319. Pero aun asumiendo, en gracia de discusión que el Cronograma de Implementación tuviera un hito preciso de partida, Gmóvil no puntualiza cuales son las obligaciones legales y/o contractuales desconocidas por Transmilenio, cuyo efecto directo (nexo causal) haya sido el retraso en el inicio del Cronograma.
320. Bajo esas condiciones, y sobre la base de la **necesidad de concurrencia** de los tres (3) supuestos arriba señalados, no percibe el Tribunal que la Pretensión No. 23 pueda ser resuelta de manera positiva.
321. En consecuencia, la parte resolutive del Laudo dará cuenta de la denegatoria de la Pretensión aquí analizada.

Pretensiones Nos. 24 y 25

322. Dada su conexión, se analizan de manera conjunta estas Pretensiones, donde Gmóvil solicita:

“[24] Que se declare que a la fecha no se han cumplido los requisitos para la integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).”

“[25] Que se declare que la no integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) ocurrió debido al incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. o, en todo caso, por hechos no imputables a GMÓVIL S.A.S.”

323. Frente a la Pretensión No. 24, y dado su tenor, el Tribunal reitera lo expresado al tratar la Pretensión No. 20, esto es, que su análisis solo puede hacerse en el

marco del Contrato 004-2010, pues hacer un pronunciamiento **general** sobre cumplimiento o incumplimiento de requisitos para la integración total del SITP excedería las prerrogativas del Tribunal.

324. Dicho lo anterior, observa el Tribunal que, en materia de *integración*, el Contrato 004-2010 **no alude** a la *integración total* que pregona Gmóvil, motivo por el cual, y de entrada, cabría despacharla negativamente.
325. No obstante, el Tribunal pone de presente que en el Anexo No. 2, integrante de los Pliegos de Condiciones –y, por consiguiente, parte del Contrato al tenor de su cláusula 185– se trata el tópico de la *integración* en los siguientes términos:

“El Sistema comprende las acciones para la articulación de los modos de transporte en la ciudad. Esta integración se realiza a través de **cualquiera o varias** de las siguientes modalidades:

*Integración operativa:* Es la articulación de la programación y el control de la operación del transporte público de pasajeros, mediante la determinación centralizada, técnica, coordinada y complementaria de servicios a ser operados por los vehículos vinculados al SITP, mediante el establecimiento de horarios, recorridos, frecuencias de despacho e interconexión de la operación, facilitando la transferencia de pasajeros para cumplir las expectativas y necesidades de transporte de la demanda, según su origen y destino.

*Integración física:* Es la articulación a través de una infraestructura común o con accesos.

*Integración virtual:* Es la utilización de medios tecnológicos para permitir a los usuarios el acceso en condiciones equivalentes a las de la integración física.

*Integración del medio de pago:* Es la utilización de un único medio de pago, que permite a un usuario el pago del pasaje para su acceso y utilización de los servicios del SITP.

*Integración tarifaria:* Se entiende por integración tarifaria la definición y adopción de un esquema tarifario que permita a los usuarios del SITP la utilización de uno o más servicios de transporte, bajo un esquema de cobro diferenciado por tipo de servicio.

La integración física del SITP se presenta en los portales y estaciones intermedias de las rutas troncales, entre rutas troncales con rutas alimentadoras y con buses intermunicipales, e igualmente puede tener integración con otros sistemas de transporte tales como metro y trenes de cercanías si fuese necesario.<sup>173</sup> (Énfasis añadido).

326. Dado lo transcrito, el Tribunal debe concluir que bajo el manto del Contrato 004-2010 no hay cabida para la *integración total* que menciona la Pretensión, pues la integración vinculante es, como se establece en el Anexo No. 2, la que “se realiza a través de **cualquiera o varias**” (énfasis añadido) de las modalidades de integración allí descritas, sin que haya habido manifestación por parte de la Convocante de que dicha forma de integración no se haya presentado.
327. De lo anterior se sigue que en el marco del Contrato 004-2010 –que es el que determina el campo de acción del Tribunal– no procede atender positivamente la Pretensión No. 24, la cual, en consecuencia, será denegada.

---

<sup>173</sup> Esta descripción es virtualmente idéntica a la que aparece en el art. 19 del Decreto Distrital 309 de 2009 con referencia a la Fase 2 del SITP.

Asimismo destaca el Tribunal que con referencia a la Fase 3 “Operación integrada del SITP”, el mismo artículo dispone:

“Una vez terminada la fase 2 se dará **la integración tarifaria y operacional del 100%** de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad.” (Énfasis añadido).

328. Y con relación a la Pretensión No. 25 cabe la misma conclusión, pues basándose en que la alegada falta de *integración total* es el resultado de “*incumplimientos contractuales y/o legales*” de Transmilenio, al no existir tal obligación contractual, mal puede predicarse incumplimiento de la Convocada, amén de que no existe precisión sobre cuales son las estipulaciones del Contrato de Concesión que han sido incumplidas por Transmilenio, o cuales son las disposiciones legales incorporadas a dicho instrumento que no han sido observadas por la Convocada.
329. La parte resolutive del Laudo dará cuenta del despacho negativo de esta Pretensión.

D.7 Pretensiones particulares – Relativas a la No Integración de la Programación Troncal del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP con las Fases I y II del Sistema Transmilenio

330. Como aparece en la tabla que obra en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo solo comprende la Pretensión No. 26 y su subsidiaria, que a continuación se evalúan.

Pretensión No. 26 y subsidiaria

331. Estas Pretensiones son del siguiente tenor:

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

“[Subsidiaria] Que se declare que la implementación tardía de la programación y distribución unificada de los servicios

troncales del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP con las Fases I y II, es un evento ajeno y no imputable al Contratista que alteró el equilibrio financiero del Contrato a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

332. Como fundamento de esta Pretensión, Gmóvil expresa que:
- a. Entre el 29 junio de 2012, cuando se le vinculó a la operación troncal en Fase III en el Comité de Operaciones de dicha fecha, para iniciar labores al día siguiente, y se separó la programación y distribución de servicios troncales de las Fases I y II del SITP de la Fase III, y el 13 de octubre de 2015, cuando Transmilenio unificó la metodología de cálculo de distribución de kilómetros comerciales y en vacío de las tres (3) Fases, se incumplió la obligación de la Convocada de implementar la programación y distribución unificada de los servicios troncales para todas las Fases, generándole la imposibilidad de tener una distribución equitativa de kilómetros comerciales y en vacío;
  - b. Dicha situación se generó, en parte, por el hecho de que Transmilenio no contaba con el patio troncal de la calle 26 que debía entregarle a Gmóvil para el momento en que ésta iniciara la operación troncal (30 de junio de 2012); y
  - c. Ello le generó un total adicional de 1.136.523 kilómetros en vacío hasta octubre de 2015.
333. Por su parte, la Convocada se opone a lo pretendido (principal y subsidiario), aduciendo que:
- a. La implementación del sistema es un proceso progresivo, al que se le ha dado cumplimiento en los términos de la ley y del Contrato de Concesión;

- b. A todos los concesionarios se les ha respetado su porcentaje de participación en kilómetros comerciales, calculado con la flota disponible de cada uno de ellos para operación;
- c. Jurídicamente era imposible realizar una programación y distribución unificada de servicios mientras no se modificaran los contratos de concesión de las Fases I y II, lo que se logró en el año 2013, como es de conocimiento de Gmóvil;
- d. A partir de entonces se inició la etapa de planificación y evaluación para unificar las programaciones con participación de todos los concesionarios, llegando a un acuerdo el 24 de octubre de 2015 respetando la distribución de kilómetros comerciales;
- e. La unificación de la programación no se dio porque Gmóvil no había vinculado la totalidad de la flota, y una vez incorporada toda ella, fue la Convocante quien se opuso a la unificación hasta que se le hiciera entrega del patio troncal de la calle 26;
- f. Con el Otrosí No. 10 al Contrato de Concesión se le hizo entrega temporal del patio troncal de la calle 26;
- g. No hay obligación alguna en el Contrato 004-2010 de reconocer y pagarle a Gmóvil kilómetros en vacío; y
- h. En la distribución de riesgos en etapa de transición se dejó claro que la ubicación de patios zonales generaría kilómetros en vacío a cargo de la Convocante.

334. A su turno, y en su Alegato, Gmóvil pone de presente que:

- a. La determinación del programa para la operación troncal de los concesionarios se hace de acuerdo con el procedimiento estipulado en la Cláusula 100 del Contrato de Concesión, que implica la participación activa de estos;
  - b. Transmilenio no tiene claro que lo que se reclama en este Arbitraje no son kilómetros comerciales, sino kilómetros en vacío y el incumplimiento en la entrega del patio troncal y no de las terminales zonales, que es a lo que hace referencia el período de transición, estando aquel expresamente definido desde la estructuración misma del proyecto, incluyendo su diseño y construcción desde el año 2005, como se evidencia en las consideraciones del Otrosí No. 10;
  - c. La diferencia en kilómetros en vacío entre las Fases I y II con la Fase III por causa de la no unificación de la programación y distribución de servicios superó las expectativas legítimas de los costos no remunerados, lo que se evidencia con la significativa reducción de kilómetros en vacío para la Fase III una vez se efectuó la unificación; y
  - d. Con la no entrega del patio troncal de la calle 26 se le imposibilitó a Gmóvil reducir los kilómetros en vacío.
335. Transmilenio, por su parte, y fuera de lo expuesto en la Contestación de la Demanda, reiteró en su Alegato la imposibilidad de unificar la programación y distribución de servicios hasta que se ajustaran los contratos de las Fases I y II, lo que se hizo en mayo y junio de 2013.
336. El Ministerio Público, en fin, manifestó que lo relativo a la implementación integrada del SITP, si bien es un deber contractual, no es una obligación de resultado, de modo que lo ordenado por el Decreto 309 de 2009 no está sujeto a etapas contractuales o tiempos específicos dentro del Contrato de Concesión, tratándose de un proceso gradual.

337. Visto lo anterior, el Tribunal considera lo que sigue.

338. Según el artículo 1551 del C.C.:

“El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.

No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación; solo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes.”

339. Esta norma resulta de gran relevancia pues, al revisarse el contenido del Contrato de Concesión y sus Otrosíes, se evidencia que no existe ningún tipo de obligación específica a cargo de Transmilenio de efectuar una programación unificada de los servicios troncales de todas las fases del SITP, existiendo, sin embargo, normatividad que alude al deber de la Convocada, como ente gestor, de proceder a efectuar la unificación e integración del sistema de transporte masivo, lo que naturalmente incluye lo relativo a la unificación de la operación troncal de todas las fases del sistema Transmilenio.

340. En tal sentido, el artículo 8º del Decreto 309 de 2009, dispone que le compete a Transmilenio en su referida condición, realizar “*el proceso de integración, evaluación y seguimiento de la operación [del SITP]*”, sin que se encuentre, en específico, una referencia a la programación y distribución unificada de los servicios troncales de las Fases I, II y III; pero, en todo caso, teniendo en cuenta la estructura existente del sistema y en línea con los precitados artículos 1603 del C.C. y 871 del C. Co., normas aplicables a la relación negocial entre las Partes en virtud de los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993.

341. Establecido lo anterior, el Tribunal igualmente encuentra que en el Dictamen Integra se responde a la pregunta de si de conformidad con la estructuración del SITP, el Pliego de Condiciones y el propio Contrato de Concesión, la

implementación del SITP podría tener una fecha cierta o solo podría tener una fecha aproximada o estimativa:

“De acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones de la licitación TMSA-LP-004 de 2009 y en los Contratos de Concesión, la implementación del SITP no tenía una fecha exacta, ya que la misma dependía del cumplimiento de hitos necesarios para la entrada en operación; es así que en cada uno de los documentos contractuales se encuentran textos en los que no se evidencia una fecha exacta (...)

[R]esulta difícil establecer, con más de seis (6) meses de anticipación, una fecha cierta o exacta para la entrada en operación de un sistema de transporte por la existencia de variables o factores que no están bajo el control del Agente Gestor.”<sup>174</sup>

342. En este orden de ideas, se tiene que lo aducido por la Convocante como deber de la Convocada respecto de la programación y distribución unificada de los servicios troncales para las tres (3) Fases del SITP para el momento en que aquella iniciara la operación troncal, no se puede deducir de la normatividad, ni del Pliego de Condiciones, ni de las cláusulas del Contrato 004-2010, ni de sus anexos, de manera que no se percibe la existencia de un plazo tácito que pueda ser interpretado por el Tribunal y con base en el cual pueda inferirse un momento para el cumplimiento de obligaciones a cargo de Transmilenio, ni tampoco una ruptura en la igualdad de derechos y obligaciones surgida al momento de celebrarse el Contrato de Concesión, pues no se encuentra evidencia de la expectativa de kilómetros en vacío que recorrería Gmóvil en la Fase III bajo el supuesto de la distribución unificada de servicios troncales con las Fases I y II.
343. En este punto, debe hacerse énfasis en que la Pretensión no se encamina a que se declare que dicha programación y distribución unificada de servicios troncales de todas las Fases del sistema Transmilenio no se ha efectuado y que ello

---

<sup>174</sup> Cuaderno de Pruebas No. 10 – Folios 161 y siguientes.

es necesario para poder tomar acciones para la integración del SITP por parte de la Convocada, sino a que se declare, de manera principal, que tal acción no fue *oportuna* como fundamento del incumplimiento solicitado, lo que implica, necesariamente, analizar si la obligación, en caso de existir, está sometida a un plazo; y en subsidio, si la observancia misma fue *tardía*, para solicitar una declaración de ruptura de la ecuación económica del Contrato de Concesión, tema de la Pretensión subsidiaria.

344. Al respecto, al no encontrarse en el Proceso prueba del plazo tácito que reclama la Convocante como incumplido, cual es, para este caso, el 30 de junio de 2012, fecha en la cual Gmóvil da inicio a la operación troncal, ni evidenciarse que dentro de la igualdad entre derechos y obligaciones surgidas del Contrato de Concesión se encontraba una expectativa determinada de kilómetros en vacío y hasta qué punto su variación se consideraría normal, no encuentra el Tribunal méritos para acceder ni a la Pretensión principal, ni a la subsidiaria aquí estudiadas.

345. Por último, es pertinente hacer mención a que dentro de los Hechos que fundamentan las Pretensiones en referencia, y especialmente la consecuencial de condena, la Convocante hace referencia al incumplimiento en la entrega oportuna del patio troncal de la calle 26, para expresar que la Convocada no procedió a efectuar la unificación de los servicios troncales por tal motivo,<sup>175</sup> respecto de lo cual Transmilenio se limita a afirmar que ello no es cierto, porque siempre se han respetado los kilómetros comerciales de cada concesionario, aun con programaciones independientes.

346. Frente a lo anterior, encuentra el Tribunal que:

- a. Las Pretensiones aquí tratadas (principal y subsidiaria) se dirigen a establecer que los perjuicios, presentados en kilómetros en vacío, derivan

---

<sup>175</sup> Cf. Hecho 503 de la Demanda.

de la ausencia de programación y distribución unificada de servicios troncales de las tres Fases del sistema Transmilenio;

- b. Lo relativo a la no entrega oportuna del patio corresponde a una Pretensión independiente; y
- c. La afirmación hecha por la Convocante no tiene sustento en ninguna de las pruebas allegadas al Proceso, con lo cual no pasa de ser una afirmación de su parte, que no conduce a la demostración de las Pretensiones aquí evaluadas.

347. La consecuencia obligada de todo lo antes expuesto es, naturalmente, que la Pretensión No. 26 y su subsidiaria serán denegadas, de lo cual se dará cuenta en la parte resolutive del Laudo.

*D.8 Pretensiones particulares – Relativas al incumplimiento de Transmilenio en relación con la Entrega del Patio Troncal Calle 26 – El Dorado*

348. Como figura en la tabla que sobre ellas aparece en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo de Pretensiones, todas de índole **declarativa**, corresponden a las marcadas como Nos. 27 a 29 (y subsidiaria) de la Demanda y respecto de las cuales el Tribunal expone lo que sigue.

Pretensión No. 27

349. En esta Pretensión se solicita:

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

350. Transmilenio no manifestó oposición a esta Pretensión,<sup>176</sup> y, efectivamente el texto allí mencionado corresponde a la § 1.2 de la cláusula 1ª del Contrato 004-2010 – *Objeto del Contrato*.

351. Por ende, no es preciso consideración adicional para soportar el despacho favorable de esta Pretensión, como se registrará en la parte resolutive del Laudo.

Pretensión No. 28

352. El texto de esta Pretensión es el siguiente:

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

353. Similar a la Pretensión No. 27, Transmilenio tampoco formuló oposición a su reconocimiento,<sup>177</sup> y, también similar a la anterior, el texto citado corresponde al que aparece en la cláusula 16 – *Derechos del Concesionario derivados de la Concesión de la Operación del SITP* (precisamente como uno de ellos), motivo por el cual procede acoger esta Pretensión,

Pretensión No. 29 y subsidiaria

354. En estas Pretensiones se solicita:

"[29] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió su obligación de entregar de forma definitiva, oportuna y completa del [sic] Patio Troncal a GMÓVIL S.A.S."

---

<sup>176</sup> Cf. Contestación de la Demanda – Página 6.

<sup>177</sup> Ibid.

"[Subsidiaria] Que se declare que la no entrega definitiva, oportuna y completa del Patio Troncal a GMÓVIL S.A.S. es un evento ajeno y no imputable al Contratista que alteró el equilibrio financiero del Contrato a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A."

355. Como sustento de estas Pretensiones, Gmóvil aduce que:

- a. De acuerdo con las cláusulas 1.62, 1.90, 1 (1.2), 16 y 68 del Contrato de Concesión, era obligación de Transmilenio entregarle el patio de la calle 26 desde el 29 de junio de 2012, con el fin de empezar la operación el siguiente 30 de junio, fecha en la que inició su actividad de operación troncal;
- b. Ello no sucedió porque el patio no estaba listo para el efecto, por lo que se le otorgaron a la Convocante autorizaciones temporales para operar desde los patios de Bosa, 20 de Julio y Sur –que eran de otros concesionarios– en los que tuvo que hacer adecuaciones para poder funcionar, sin que pudiera entrar a operar toda su flota en los términos proyectados;
- c. Solo hasta mayo de 2014, con el Otrosí No. 10, celebrado en septiembre de 2013, se le hizo entrega temporal del patio, teniendo en cuenta que la licencia de construcción de las estructuras convencionales solamente se obtuvo hasta el 24 de abril de 2015, para lo cual Gmóvil debió adquirir una serie de bienes muebles que Transmilenio le reembolsaría; y
- d. El riesgo de autorización de entrada de flota cuando la infraestructura no estuviera lista fue expresamente asumido por Transmilenio.

356. En consecuencia, la Convocante reclama un total de 199.712 kilómetros en vacío a título de perjuicio, junto con los costos de tanques de combustible y su almacenamiento, así como obras de alistamiento que se hicieron con dos (2)

años de anterioridad a la entrega temporal del patio y que no pudieron ser utilizadas, precisamente, porque este no fue entregado, además de las inversiones efectuadas en los patios 20 de Julio y Bosa para poder operar desde los mismos.

357. En su Alegato, la Convocante reitera todo lo expuesto, sustentado en el Dictamen Técnico, en el que se hace un análisis de la importancia de contar Gmóvil con su propio patio desde el inicio de la operación troncal y los kilómetros en vacío adicionales que se causaron entre junio de 2012 y mayo de 2014 por el hecho haber operado su flota durante dicho período desde otros patios.
358. La Convocada, por su parte, se opone a las Pretensiones en referencia, aduciendo que:
- a. La no entrega del patio obedeció a que la Secretaría de Planeación del Distrito exigió la expedición de una licencia para la construcción de la infraestructura convencional dentro del patio de acuerdo con la normatividad urbanística del Decreto 1469 de 2010, la cual solamente fue otorgada en abril de 2015, cuando ello no había sido pedido para los demás patios;
  - b. La entidad encargada de la construcción del patio en mención era el I.D.U. en virtud del Convenio 020 de 2001 suscrito entre ambas entidades;
  - c. En todo caso, las inversiones que hizo Gmóvil eran necesarias porque hacen parte de sus obligaciones contractuales;
  - d. Transmilenio buscó una solución a la situación presentada, y en el Otrosí No. 10, con el que se hizo entrega temporal del patio a la Convocante, no se dejó ninguna constancia de desacuerdo, inconformidad o perjuicio al respecto;

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

---

- e. Adicionalmente, a pesar de no haberse entregado en su momento el patio de la calle 26, se dieron soluciones efectivas para que Gmóvil pudiera operar su flota, como fue permitirle ejercer las actividades desde patios de otros concesionarios; y
  - f. Los kilómetros en vacío no se remuneran a ningún concesionario, con lo cual no es procedente reclamación alguna al respecto.
359. El Ministerio Público, en fin, manifiesta que no se allegó al Proceso prueba de la afectación extraordinaria de Gmóvil que alterara la ecuación contractual al punto de requerirse un restablecimiento, y que, en todo caso, lo sucedido hace parte de los riesgos de la Convocante.
360. Atento a todo lo anterior, el Tribunal considera lo que sigue.
361. Como primera anotación, y reiterando lo antes expuesto sobre plazo de las obligaciones en los términos del artículo 1551 del C.C., debe ponerse de presente que en relación con la entrega del patio troncal de la calle 26 sí le es posible al Tribunal inferir un plazo tácito que debía cumplirse por parte de Transmilenio para fines de su entrega, el cual deriva del contenido tanto del Contrato de Concesión como del Otrosí No. 10.
362. En efecto, tal como refiere la Convocante, la definición misma de *Patio Troncal* contenida en la § 1.62 de las *Definiciones* del Contrato 004-2010 expresa que es el espacio físico que necesita el concesionario para su operación troncal,<sup>178</sup> a lo que se suma que el numeral 1.2. de la cláusula 1ª del Contrato estipula como parte del objeto de la concesión, precisamente, los patios y talleres de la

---

<sup>178</sup> El texto de la definición es:

Patio de Operación Troncal o Patio Troncal: Es el área que se entrega al CONCESIONARIO que tenga en su zona operación troncal, en la cual se encuentran ubicadas las áreas administrativas, de mantenimiento, combustible y de parqueo de los vehículos que conforman la Flota que se encuentra al servicio de la operación troncal del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP. La dotación, funcionamiento y operación de estos patios es responsabilidad exclusiva del CONCESIONARIO.”

- operación troncal, de modo que se evidencia la existencia de un plazo tácito para que dicho patio, que es el que corresponde a Gmóvil por ser concesionario en Engativá, fuera entregado en las condiciones determinadas desde la estructuración misma del proyecto, cual es la fecha en la que se iniciara la etapa de operación troncal, que en el caso se traduce en el 30 de junio de 2012.
363. En este orden de ideas, se tiene que tuvo lugar un evidente incumplimiento por parte de Transmilenio de su obligación de dar, consistente en la entrega del patio troncal, con las adecuaciones estructurales a su cargo, para que Gmóvil procediera a su dotación y administración –como parte de la operación a su cargo– para el momento en que diera inicio a la operación troncal, lo que se reafirmó con las consideraciones expuestas en el Otrosí No. 10, que denotan la preocupación de Transmilenio por la coyuntura fáctica y jurídica entonces presente.
364. A lo anterior se suma que para la época en que se suscribió el Contrato de Concesión (noviembre 2010), ya se había expedido la normatividad urbanística contenida en el Decreto 1469, que data del 30 de abril del mismo año, de manera que la exigencia de una licencia de construcción no era un hecho sorpresivo ni sobreviniente de cara al momento en que debería entregarse el patio a Gmóvil, situación que ocurriría, indefectiblemente, por lo menos nueve (9) meses después de haberse suscrito el Acta de Inicio para el desarrollo de la etapa preoperativa del Contrato 004-2010.
365. Con ello se hace evidente la responsabilidad que le atañe a la Convocada como encargada contractualmente de hacer entrega de dicha infraestructura, no siendo oponible a Gmóvil la problemática interna de la relación contractual entre Transmilenio y el I.D.U. como justificante de la conducta asumida por la Convocada.
366. Es así como encuentra el Tribunal que no se ha cumplido con el estándar de diligencia exigible a Transmilenio en el marco del cumplimiento de esta obligación contractual que, como ya se dijo, se encuentra tácitamente delimitada en

el tiempo por un plazo específico, a lo que se suma que con el Otrosí No. 10 tampoco se cumple la obligación, que no fue eliminada, subrogada o novada por la celebración de dicho acuerdo, pues lo que se hace con el mismo es efectuar una entrega temporal de la estructura a Gmóvil para que este la dotara con bienes de naturaleza temporal que cumplieran las funciones de aquello que debió construirse dentro de la misma de manera previa a su entrega definitiva, no estando en discusión, sin embargo, que Transmilenio pagó por ello a través de la figura de reembolso y según estaba previsto en el propio Otrosí.<sup>179</sup>

367. Las consideraciones precedentes permiten concluir la procedencia de la Pretensión No. 29, ante la comprobación del incumplimiento de la Convocada de la obligación de entrega del patio de la calle 26 para el momento de inicio de la operación troncal de la Convocante y hasta, por lo menos, la fecha de la Demanda.
368. Ello implica, correlativamente, que no se tendrán por probadas las Excepciones de Transmilenio enderezadas contra esta Pretensión, puntualmente, las tituladas *"GMÓVIL asumió el riesgo de operación por mayores costos que pudieran presentarse frente a los estimados y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia"* (4.9); (4.21); *"Inexistencia de antijuridicidad del daño reclamado en la demanda"* (4.22); *"Cobro de lo no debido"* (4.23); *"La entrega de los patios a GMÓVIL para que adelantara su operación se realizó de manera oportuna, y en el caso del Patio Calle 26, se hizo lo propio una vez se superaron los inconvenientes normales de ese tipo de obras, facilitando por parte de la entidad, en todo momento, su operación a través de otros patios que se le pusieron a su disposición, y así lo aceptó el concesionario con la firma del pertinente Otrosí"* (4.32).
369. De esta suerte, lo concluido tanto sobre el despacho positivo de la Pretensión principal, como sobre la falta de prosperidad de las Excepciones, se manifestará

---

<sup>179</sup> Cf. § 2 (1).

en la parte resolutive del Laudo, precisando, además, que ello trae consigo la no necesidad de pronunciarse sobre la Pretensión No. 29 subsidiaria.

D.9 Pretensiones particulares – Relativas a la Infraestructura Transitoria – Ampliación Indefinida de la Etapa de Transición

370. Como figura en la tabla que sobre ellas aparece en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo de Pretensiones, todas de índole **declarativa**, corresponden a las marcadas como Nos. 30 a 32 (y subsidiaria) de la Demanda y respecto de las cuales el Tribunal expone lo que sigue.

Pretensión No. 30

371. El texto de esta Pretensión es el siguiente:

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

372. Sobre esta Pretensión el Tribunal reitera lo antes expresado, esto es, que más que una *declaración*, lo que en ella se solicita es la *confrontación* de una regla contractual para determinar si su texto corresponde a lo indicado en la Pretensión, puntualizando, con carácter enfático, que frente a una regla contractual claramente establecida, no le es dable al Tribunal modificar su texto, como parece sugerir la parte final de la Pretensión al referirse a “*la oportunidad que determine el Tribunal.*”
373. Con las anteriores precisiones, el Tribunal efectivamente ha constatado que el texto contractual citado por Gmóvil, establece, según la modificación de la cláusula 14 del Contrato 004-2010 contenida en el Otrosí No. 2, lo siguiente:

**“Durante los cinco (5) primeros años de la Concesión, contados a partir de la adjudicación del Contrato, se autoriza un periodo de transición para la operación de terminales zonales de carácter temporal, los cuales además de los requisitos exigidos por TRANS-MILENIO S.A., en sus manuales de operación, deberán cumplir con los requisitos relacionados con la normatividad urbana que defina la Secretaría Distrital de Planeación para su incorporación urbanística legal, exclusivamente en esta etapa.” (Énfasis añadido).**

374. Ahora bien, dado que la Licitación 004-2009 fue adjudicada –como se recuerda en el mismo Otrosí– el 2 de noviembre de 2010, el periodo de cinco (5) años referido en el texto anterior expiraría para los efectos allí consignados el 2 de noviembre de 2015.
375. Por consiguiente, la Pretensión a que se ha venido aludiendo será despachada favorablemente, tal como se registrará en la parte resolutive del Laudo.

Pretensión No. 31

376. En esta Pretensión se solicita:

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

377. Con relación a esta Pretensión, el Tribunal comienza por señalar que la referencia contractual mencionada por Gmóvil trata un aspecto diferente, pues, en efecto, el cuarto inciso de la Nota 2 de la cláusula 14.1 del Contrato de Concesión, dice:

“Finalizada la etapa de transición (5 años), el Distrito, soportado en los resultados de los estudios técnicos, financieros y legales que efectúe sobre el tema, entregará los terminales zonales construidos y adecuados para la operación directa por los

concesionarios o en cabeza de un tercero concesionario de patios, a través del mecanismo que se establezca para el efecto.”

378. Desde este punto de vista, la Pretensión estaría llamada a fracasar.

379. Existe, sin embargo, el primer inciso de la Nota en mención que dispone:

“Finalizado el tercer año de la concesión, contado a partir de la firma del Contrato, el Distrito informará al CONCESIONARIO si se amplía o no la etapa de transición.” (Énfasis añadido).

380. Como fácilmente se advierte, esta obligación de información sobre la extensión o no de la etapa de transición, no es un compromiso de Transmilenio, sino del *Distrito*, que el Tribunal asume se trata del Distrito Capital de Bogotá.<sup>180</sup>

381. Por consiguiente, y amén del yerro en la cita que antes se mencionó, mal puede este Tribunal pronunciarse respecto de una obligación que no compete a Transmilenio, sino al *Distrito*, razón suficiente para denegar esta Pretensión.

#### Pretensión No. 32 y subsidiaria

382. El texto de estas Pretensiones es:

“[32] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. está obligada a soportar las consecuencias económicas que genera para GMÓVIL S.A.S., la no entrega de los patios o terminales zonales a partir de la finalización de la Etapa de Transición contractualmente prevista, es decir, desde el 3 de noviembre de 2015, hasta que se verifique la entrega de los terminales definitivos, o durante el periodo que establezca el Tribunal.”

---

<sup>180</sup> La expresión “Distrito” no hace parte de los términos definidos que se listan en la cláusula 1ª del Contrato 004-2010.

“[Subsidiaria] Que se declare que la no entrega a GMÓVIL S.A.S. de los patios o terminales zonales definitivos es un evento ajeno y no imputable al Contratista que alteró el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

383. La Pretensión No. 32 principal, si bien no solicita expresamente una declaratoria de incumplimiento de Transmilenio, implícitamente corresponde a tal tipo de pronunciamiento, en tanto y cuanto pregona que Gmóvil no tiene la obligación de soportar el efecto económico de la falta de “*entrega de los patios o terminales zonales*” a partir del 3 de noviembre de 2015 y hasta cuando tenga lugar la entrega, lo cual significa que es Transmilenio el llamado a asumir dicha carga, caso de tener responsabilidad sobre el particular.

384. Dicho lo anterior, el Tribunal puntualiza que los referentes contractuales asociados con esta Pretensión serían los siguientes:

a. La § 1.50, integrante de las *Definiciones* contenidas en el Contrato 004-2010, donde se caracteriza *Kilómetros en vacío* como:

[E]l número de kilómetros recorridos por un autobús, sin pasajeros, necesarios para cumplir con las órdenes de servicio para el transporte de pasajeros definidas en el Programa de servicio de Operación.”

b. La § 1.81, también integrante de las *Definiciones*, donde se puntualiza el significado de Patios así:

“Terminales Zonales o Patios Zonales: Áreas de parqueo de los vehículos que conforman la Flota que se encuentra al servicio de la Operación Zonal del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá–SITP de responsabilidad del CONCESIONARIO, las cuales deben cumplir con las disposiciones vigentes en materia de espacio público, normativa urbana y disposiciones

ambientales nacionales y distritales. En estas áreas se puede incluir el desarrollo de actividades relacionadas con el mantenimiento de la Flota. En estas áreas además del desarrollo de actividades complementarias y conexas a la operación del transporte se podrá incorporar actividades de comercio, servicio y dotacionales que la Secretaría Distrital de Planeación define como uso compatible a la actividad principal.”

- c. La atrás mencionada cláusula 14, de cuyo texto se destacan los apartes antes citados, relativos, en su orden, al término previsto para el periodo de transición, la consecuencia a su conclusión y la posibilidad de extenderlo.
- d. La Matriz de Riesgos, en lo concerniente a mayores costos por *kilómetros en vacío*,<sup>181</sup> donde se dice:

“Consiste en el efecto económico originado en la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas lo que genera kilómetros en vacío **durante la etapa de**

---

<sup>181</sup> Consistentes con la definición de “Kilómetros en vacío” antes citada, en el Proceso se obtuvieron las siguientes caracterizaciones:

El ingeniero Miguel Castillo, durante la Audiencia de contradicción del Dictamen Técnico, precisó el concepto de “kilómetros en vacío”, así:

“¿Qué es un kilómetro en vacío? Puedo dar una explicación rápida. Tenemos dos conceptos en kilómetros, comercial y vacío. Comercial, es cuando una ruta, ¿que es lo que hace la ruta? Mientras va de su inicio hasta su fin y todo el día, va circulando entre inicios y fines y al final del día, o... de la operación, él termina su recorrido y se desplaza hacia el patio, ya sin gente. Aquí, ya no está operando, a eso, es lo que llamamos kilómetros en vacío. Cuando el bus deja de transportar pasajeros. Entonces esos kilómetros en vacío debían ser asumidos por el concesionario en la Etapa de Transición.”

(Declaración de Miguel Castillo – Página 46).

El testigo Andrés Oyola caracterizó “kilómetros en vacío” como:

“[E]s el kilometraje que debe recorrer la flota en operación no comercial, es decir, ahí yo voy con puertas cerradas, simplemente salgo de [sic] patio donde están guardados los vehículos, voy y me posiciono en el punto donde debe arrancar la ruta y desde ahí arranco a operar...”.

(Testimonio de Andrés Oyola – Página 20).

**transición** prevista en el contrato para la adquisición de las terminales zonales.” (Énfasis añadido).

385. Con el anterior marco de referencia, el Tribunal encuentra que Gmóvil fundamentalmente podía construir el Contrato 004-2010 en lo concerniente a Patios y su efecto en los kilómetros en vacío, así:

- a. La etapa de transición prevista en el Contrato de Concesión sería de cinco (5) años contados a partir de la adjudicación de la Licitación 004-2009 (2 de noviembre de 2010), o sea hasta el 2 de noviembre de 2015.
- b. Finalizados los cinco (5) años del periodo de transición, los Patios le serían entregados a Gmóvil para su operación directa.
- c. Durante el lapso previsto para la etapa de transición –y solo en ella– el riesgo de los kilómetros en vacío sería asumido por Gmóvil.
- d. El *Distrito*, expirado el tercer año del Contrato 004-2010 debía informarle a la Convocante si se ampliaba o no la etapa de transición.

386. Por su parte, la asociación del periodo de transición de **cinco (5) años** con la entrega de los Patios a su conclusión y la asunción del riesgo de kilómetros en vacío **durante ese lapso** fue categóricamente señalada por Transmilenio durante el periodo de selección de la Licitación 004-2009, como se desprende de las siguientes respuestas a preguntas de los interesados:

“Es importante precisar que en la medida en que el Distrito es el responsable de comprar y construir los terminales zonales, **este riesgo solo se asigna al concesionario en la etapa de transición (5 años)** en la cual le corresponde a éste la consecución de las áreas de estacionamiento de vehículos. Una vez el Distrito aporte los terminales zonales, las rutas iniciarán su recorrido desde dichos terminales...”. (Énfasis añadido).

"[R]especto del riesgo mayores costos por KM en vacío, se aclara que en la medida en que el Distrito es el responsable de comprar y construir los terminales zonales, **este riesgo solo se asigna al concesionario en la etapa de transición (5 años)** en la cual le corresponde a éste la consecución de las áreas de estacionamiento de vehículos. Una vez el Distrito aporte los terminales zonales, las rutas iniciarán su recorrido desde dichos terminales." (Énfasis añadido).<sup>182</sup>

387. A su turno, la cláusula 14 preveía un término para que Gmóvil manifestara su intención de construir directamente los Patios,<sup>183</sup> estableciéndose que de no pronunciarse "el Distrito adoptará las medidas necesarias para su **construcción...**". (Énfasis añadido).

388. El 5 de agosto de 2011, Gmóvil, en una muy confusa comunicación, le informó a Transmilenio, en últimas, que para esa fecha no contaba con las condiciones para emprender la construcción de los Patios,<sup>184</sup> y obtuvo el 6 de septiembre de 2011 una respuesta de la Convocada, donde se lee:

"Hemos recibido la comunicación de la referencia, donde en representación del concesionario GMOVIL SAS y de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 14 y la Cláusula 2 del Otrosí No. 3, comunica a TRANSMILENIO S.A. que en la actualidad el Concesionario no tiene los elementos para manifestar su intención de construir los terminales definitivos.

En este sentido, TRANSMILENIO S.A. informa al Concesionario que dará inicio en conjunto con la Secretaría Distrital de Movilidad al proceso de estructuración para la construcción de los

---

<sup>182</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 219 (USB).

<sup>183</sup> Originalmente este plazo era de cinco (5) meses a partir de la adjudicación de la Licitación, pero a través del Otrosí No. 2 se fijó en seis (6) meses (§ 3), a los cuales le fueron adicionados noventa y cinco (95) días a través del Otrosí No. 3 (§ 2).

<sup>184</sup> Cf. Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 219 (USB).

terminales definitivos del SITP, **donde serán incluidos los terminales de la zona Engativá.**<sup>185</sup> (Énfasis añadido).

389. De esta manera, Gmóvil tenía los elementos para considerar que al finalizar los cinco (5) años posteriores a la adjudicación de la Licitación le serían entregados los Patios definitivos y, con mayor relieve para los efectos económicos del Contrato 004-2010, que el riesgo de kilómetros en vacío dejaría de ser de su cargo.
390. No obstante, el 28 de octubre de 2015, pocos días antes de finalizar la etapa de transición, Transmilenio, en larga comunicación, le informó a Gmóvil la ampliación, **por demás indefinida, de dicha etapa**, anotando, entre otros aspectos:

“[M]ediante la presente comunicación [Transmilenio] informa al concesionario [Gmóvil] que la Etapa de Transición a la que se refiere la cláusula 14 del contrato de concesión **será ampliada a partir de la fecha de comunicación del presente documento.** (...)”

[L]a Etapa de Transición para la operación de Terminales Zonales o Patios Zonales **se ampliará por el término en que sean realizados los procesos de adquisición y construcción de los inmuebles destinados a equipamientos de transporte e infraestructura soporte del SITP**, lo cual ocurrirá con posterioridad al 31 de diciembre de 2015, una vez sea aprobada por parte del Comité Sectorial de Movilidad, la propuesta técnica, jurídica y financiera para el inicio de tales proyectos y sean asignados los recursos presupuestales para el desarrollo de las actividades durante vigencias posteriores.” (Énfasis añadido).<sup>186</sup>

---

<sup>185</sup> Ibid.

<sup>186</sup> Ibid.

391. Para el Tribunal esta comunicación de Transmilenio constituye un ejercicio desmedido de sus prerrogativas contractuales y de su posición dominante,<sup>187</sup> que no se aviene con la ejecución ponderada y razonable de tales prerrogativas, propia de la ejecución de los contratos en buena fe. Adicionalmente, la decisión de Transmilenio le impone unilateralmente una carga a Gmóvil y es contraria a la confianza legítima que había generado en la Convocante.

392. En efecto:

- a. Según el Contrato 004-2010, luego de tres (3) años del Contrato de Concesión, era dable comunicarle a Gmóvil la extensión de la etapa de transición, y aunque la estipulación no precisa que el aviso debería suministrarse **precisamente** al concluir el tercer año –como erradamente postula Gmóvil– tampoco es aceptable sostener –como postula Transmilenio en su defensa– que dicho aviso podía ser emitido en cualquier momento antes de la expiración de los cinco (5) años previstos para la etapa de transición, razón por la cual, según la Convocada, no cabe reproche a la notificación hecha menos de una (1) semana antes de la finalización del periodo en comentario.
- b. Bien sabido es que los derechos no pueden ser ejercidos en forma abusiva, circunstancia que a juicio del Tribunal se tipifica con el aviso tardío sobre extensión de la etapa de transición, en línea con la siguiente expresión de la Corte Suprema:

“El abuso del derecho implica como punto de partida un derecho legítimo y efectivo en cuyo ejercicio se ha llegado más allá de donde corresponde a su finalidad o se le ha desviado de ella.”<sup>188</sup>

---

<sup>187</sup> Cf. al respecto la § D.4 – Pretensión No. 3.

<sup>188</sup> Corte Suprema – Sentencia del 9 de abril de 1942, citada por Ernesto Rengifo García, *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, Bogotá, Legis Editores S.A., 2017, página 173.

- c. Fuera de lo que a continuación se indicará, el momento del aviso de extensión de la etapa de transición le impidió a Gmóvil adoptar las medidas de *mitigación* enunciadas en la Matriz de Riesgos para el riesgo de kilómetros en vacío.<sup>189</sup>
- d. Además, con el aviso de marras, Transmilenio le extendió unilateral e indefinidamente a Gmóvil el riesgo de los mayores costos por kilómetros en vacío, que la Convocante fundadamente consideraba que dejaría de ser de su cargo pocos días después, luego de haberlo asumido por el espacio de cinco (5) años previsto en el Contrato de Concesión.
- e. Lo anterior, por su parte, encaja dentro de la figura de defraudación de la confianza por actuaciones intempestivas de la administración pública, proceder respecto del cual ha señalado el profesor Gabriel Valbuena:

“[C]uando **las autoridades deciden en forma sorpresiva poner punto final a su silencio o inactividad procedan a tomar las medidas que se debieron proferir en el pasado**, es muy probable que con ello se incurra en una violación al principio de confianza legítima, frente a lo cual se impone... por qué no, la reparación de los daños antijurídicos que hubieren podido causarse. No se trata, desde luego, de obstaculizar el estricto cumplimiento de la ley ni mucho menos de entorpecer el ejercicio de la libertad de configuración normativa que tiene el Estado, sino de evitar que con el ejercicio desleal y desconsiderado de sus atribuciones se causen daños antijurídicos. (...)

En este punto es preciso advertir que la antijuricidad del daño se funda en el hecho de que **quienes se encuentran en este tipo de situaciones de confianza no están obligados a soportar la afectación súbita y desconsiderada de sus expectativas**, así las autoridades puedan invocar la prevalencia

---

<sup>189</sup>

Cf. la columna “Mitigación” aplicable al riesgo por mayores costos por kilómetros en vacío.

del interés general y la existencia de unos **dispositivos legales que legitimen su proceder.**<sup>190</sup>] (Énfasis añadido).

393. A la luz de lo anterior, para el Tribunal es evidente que Transmilenio incurrió en una conducta antijurídica con motivo de la extensión tardía de la etapa de transición, la cual impactó negativamente a Gmóvil al extenderle la responsabilidad del riesgo por mayores costos por kilómetros en vacío, riesgo que, por tanto, no debe ser asumido por la Convocante a partir del 3 de noviembre de 2015, generando, en consecuencia, la necesidad de remediarlo en los términos que adelante se consignarán.
394. Lo expuesto trae consigo que la Pretensión No. 32 será despachada favorablemente, en el entendido que las *"consecuencias económicas"* a que se refiere la misma **estarán circunscritas a los mayores costos por kilómetros en vacío generados a partir del 3 de noviembre de 2015**, cuando Gmóvil tenía la **legítima expectativa** de cesar en la asunción de este riesgo.
395. Por ende, no se reconocerán las relativas a costos de arrendamiento, ni inversiones en los patios o terminales zonales efectuados por Gmóvil, por cuanto, a la fecha, bajo la errónea suposición de Transmilenio de que se continúa en etapa de transición, se sigue pagando por estos conceptos dentro de la tarifa TMVZ en los términos pactados en el Contrato de Concesión, no siendo procedente una condena adicional por este concepto, valga decir la reclamada en las Pretensiones Nos. 110 y 111 y sus respectivas subsidiarias (y, en lo pertinente en la No. 109).
396. Tal conclusión implica, a su turno, que se tendrán como no probadas las Excepciones de Transmilenio enderezadas contra la Pretensión No. 32, en particular la No. 4.16, denominada *"La etapa de transición en relación con la operación en patios provisionales continúa en ejecución de acuerdo con los términos del contrato No. 004 de 2010"*.

---

<sup>190</sup> Gabriel Valbuena Hernández, *La defraudación de la confianza legítima*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, página 387.

397. Adicionalmente, por supuesto, la decisión positiva sobre la Pretensión principal apareja que no sea necesario ocuparse de la correspondiente subsidiaria.

*D.10 Pretensiones particulares – Relativas a los incumplimientos legales y contractuales de Transmilenio asociados a la gestión de los contratos de concesión Nos. 005, 012 y 013 de 2010 suscritos con Coobus y/o Egobus, respectivamente, y los efectos que desencadenó para el Sistema y particularmente para Gmóvil*

398. Como figura en la tabla que sobre ellas aparece en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo de Pretensiones, todas de índole **declarativa**, corresponden a las marcadas como Nos. 33 a 40 de la Demanda, sobre las cuales el Tribunal expone lo que sigue.

Pretensión No. 33 y subsidiaria

399. Estas Pretensiones tienen los siguientes y respectivos textos:

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

“[Subsidiaria] Que se declare que la expedición y aplicación del Decreto 190 de 2015 y la expedición de permisos de operación especiales y transitorios a los que hace referencia el mismo para servir rutas en la ciudad de Bogotá D.C., constituyeron

eventos ajenos y no imputables a GMOVIL S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN que alteraron el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

400. Como puede apreciarse, la Pretensión principal alude al incumplimiento de Transmilenio, en tanto que la subsidiaria se refiere a la alteración del equilibrio económico del Contrato 004–2010, motivo por el cual, como se anunció previamente, las consideraciones y referencias jurisprudenciales atrás mencionadas sobre la incompatibilidad entre **incumplimiento y ruptura del equilibrio contractual** deben considerarse reproducidas para fines de las Pretensiones que aquí se evalúan.
401. Dicho lo anterior, con relación al cargo de **incumplimiento**, el Tribunal precisa que, frente a la una vez más vaga referencia que trae la Pretensión a incumplimiento de “*obligaciones legales*” de la Convocada, sin precisar a cual se refiere y porque se tipifica el yerro, la conducta de Transmilenio ha de evaluarse a la luz de la obligación consignada en las varias veces citada cláusula 24.1 del Contrato, típica *obligación de medio*, pues, como se consignó en laudo del pasado 20 de diciembre de 2018:

“[L]as obligaciones de gestión y control **no deben ser tratadas como obligaciones de resultado, sino de medio**, es decir, aquellas en que el compromiso del deudor consiste en desplegar una conducta, actividad o comportamiento, con diligencia, sin garantizar que el acreedor obtenga un logro concreto o específico –obligaciones de medio o de medios-, al paso que en otros eventos la satisfacción del titular del derecho de crédito estará dada porque con el comportamiento debido se obtenga un resultado o efecto preciso y determinado –obligaciones de resultado.”<sup>191</sup> (Énfasis añadido).

---

<sup>191</sup> Laudo del 20 de diciembre de 2018 – *Masivo Capital S.A.S. – En Reorganización vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.* – Página 230.

402. Con el anterior marco contractual y jurisprudencial, el Tribunal precisa que no puede endilgársele negligencia a la Convocada en su actuación frente a Coobus y Egobus, conclusión que se soporta en lo consignado en las Resoluciones 233, 235 y 236, expedidas por Transmilenio el 25 de abril de 2016,<sup>192</sup> para declarar, respectivamente, el incumplimiento total de los contratos de concesión suscritos con Coobus (Resolución 233) y con Egobus (Resoluciones 235 y 236), actos administrativos que dan cuenta de las acciones adelantadas por Transmilenio frente a las vicisitudes de estos concesionarios, incluyendo lo relativo a los fallidos planes de recuperación y mejoramiento presentados por uno y otro.<sup>193</sup>
403. Observado lo anterior, el Tribunal concuerda con lo expresado en el laudo atrás referido:

“[P]ara el Tribunal, definida la obligación de control a cargo de TRASMILENIO, como la que... considera insatisfecha, luego de establecer, como lo hizo anteriormente, la actividad desplegadas por la entidad para el manejo sobreviniente de las circunstancias que rodearon la operación de los concesionarios Coobus Y Egobus, **su comportamiento fue diligente**, en cuanto se orientó, en primer lugar, a aplicar las medidas sancionatorias previstas; en segundo lugar, a colaborar desde el punto de vista técnico para remediar y recuperar la marcha de la operación apoyando los planes de reestructuración de las empresas”.<sup>194</sup> (Énfasis añadido).

---

La cita jurisprudencial que allí se trae corresponde a la Sentencia de la Corte Suprema del 5 de noviembre de 2013, Ref. 20001-3103-005-2005-00025-01.

<sup>192</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6 – Folios 499 a 599.

<sup>193</sup> Cf. Ibid. – Folios 515 a 520, 543 a 547 y 592 a 593.

<sup>194</sup> Laudo del 20 de diciembre de 2018 – *Masivo Capital S.A.S. – En Reorganización vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.* – Página 181.

404. Consecuencia necesaria de lo expuesto es que el Tribunal denegará la Pretensión No. 33, circunstancia que implica ocuparse de su Pretensión subsidiaria, respecto de la cual se anota lo que sigue.
405. La Pretensión postula que la expedición de una serie de permisos de operación especiales y transitorios, léase la puesta en marcha del SITP Provisional, configuran eventos que, fuera de ajenos a Gmóvil, alteraron el equilibrio financiero del Contrato 004-2010, razón por la cual Transmilenio debe su restablecimiento.
406. Para el Tribunal, esta Pretensión no está llamada a prosperar, pues lo ocurrido no supera la exigencia a que se refiere el Consejo de Estado, cuando refiriéndose a la ruptura del equilibrio económico del contrato bajo el manto de la teoría de la imprevisión, señala que:

“[L]os referidos hechos o circunstancias hayan sido **extraordinarios e imprevisibles para las partes en el contrato**, es decir, que se salían de toda previsión, que no estuvieran comprendidos dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato ni debían ser asumidos por alguna de estas, o que no hubieran tenido la posibilidad de evitar su ocurrencia, pues si una de las partes ya tenía conocimiento de los hechos al celebrar el contrato o razonablemente hubiera podido preverlos o evitarlos, dicha parte habría podido tomar las medidas oportunas, por lo que no podría invocar la excesiva onerosidad’.”<sup>195</sup>  
(Énfasis añadido).

407. En este sentido, además, el Tribunal coincide con lo señalado en laudo del 6 de julio de 2018, donde con relación al tema que se evalúa, se consigna:

“[D]ebe observarse que ciertamente la implementación de un sistema de transporte público implica la posibilidad de que

---

<sup>195</sup> Consejo de Estado – Sentencia del 8 de febrero de 2017 – Exp. 54614.

existan retrasos o que se presenten dificultades en su implementación. (...)

En este contexto debe observarse que en un proceso de implementación podía ocurrir que alguno de los oferentes incumpliera su oferta o que después de haber suscrito el contrato no cumpliera con sus obligaciones. Todos estos son riesgos previsibles. Por lo tanto, es claro que el concesionario no podría reclamar el restablecimiento del equilibrio por el solo hecho de que se presentaran dificultades con la implementación del SIRCI o con el hecho de que dos concesionarios del SITP incumplieran sus contratos. Es pertinente observar que aun cuando estas circunstancias no se mencionan explícitamente en la matriz de riesgo se trata de situaciones previsibles y la entidad concedente no asumió ninguna obligación de responder en tales casos. **Siendo situaciones previsibles, el deudor debe asumir las consecuencias que de ellas se deriven.**<sup>196</sup> (Énfasis añadido).

408. La parte resolutive del Laudo dará cuenta de la denegatoria de la Pretensión subsidiaria aquí referida.

Pretensión No. 34 y subsidiaria

409. Estas Pretensiones postulan, respectivamente:

“[34]. Que se declare que la terminación de los Contratos de Concesión 005 y 012 y 013 de 2010, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES – COOBUS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBUS S.A.S., respectivamente, así como los hechos que a ella dieron lugar, no corresponden a las Causas del Riesgo denominadas ‘Modificación del cronograma

---

<sup>196</sup> Laudo del 6 de julio de 2018 – *Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S. vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A.* – Página 235.

de otros contratos' o de la 'Demora en el arranque de la concesión por otros operadores', del Anexo 5, Matriz de Riesgos."

"[Subsidiaria] Que sólo en subsidio de lo anterior, se declare que la terminación de los Contratos de Concesión No. 005 y 012, y 013 de 2010, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBUS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BÚSES EGOBÚS S.A.S., respectivamente, así como los hechos que a ella dieron lugar, no hacen parte de un riesgo legalmente asignado a GMÓVIL S.A.S."

410. Respecto de la Pretensión No. 34 (principal) el Tribunal pone de presente que la causa de riesgo contemplada en la Matriz de Riesgos bajo el nombre "*Modificación del cronograma por entrada de otros contratos*" no tiene correspondencia con la terminación de los contratos con Coobus y Egobus, pues, precisamente, el riesgo asignado proviene del *ingreso* y no del *egreso* de otros contratos, como es el caso de la terminación del vínculo contractual de la Convocada con Coobus y con Egobus.
411. Por consiguiente, y sin necesidad de consideraciones adicionales, es claro que esta parte de lo solicitado por Gmóvil tiene vocación de prosperidad, y así se reflejará en la parte resolutive del Laudo.
412. No es tan clara la Pretensión en lo concerniente al riesgo rotulado como "*Demora en el arranque de la concesión por otros operadores*", pues su descripción no solo menciona la falta de adjudicación de todas las zonas del SITP, sino que incluye la presentación de "*otro tipo de inconvenientes que retrasa el inicio simultáneo de la operación*" y visto se halla el cúmulo de problemas que se generaron por la muy deficiente operación de los concesionarios Coobus y Egobus, que, como se precisa en el Dictamen Técnico, solo tuvieron operaciones entre enero de 2013 y julio de 2014, para el caso de Coobus, y entre noviembre

de 2012 y mayo de 2014, para el caso de Egobus,<sup>197</sup> factores que, a juicio del Tribunal encajan dentro del "otro tipo de inconvenientes" relacionados con otros operadores.

413. De esta suerte, en relación con la causa del riesgo en mención, y al margen de la posibilidad de que Gmóvil propusiera ajustes al programa de implementación de la operación del SITP, la Matriz de Riesgos es explícita al señalar que el riesgo que se comenta sería de Gmóvil "salvo en aquellos casos en que TRANSMILENIO S.A. autorice la incorporación de flota y la misma no pueda ser operada por razones ajenas a la responsabilidad del concesionario", circunstancias que no están acreditadas en el Proceso.
414. Así las cosas, la parte resolutive del Laudo acogerá esta Pretensión, pero solo en lo tocante con el riesgo denominado "modificación del cronograma por entrada de otros contratos."
415. Y en lo concerniente a la Pretensión No. 34 (subsidiaria), el Tribunal sencillamente establece que será denegada, pues la simple circunstancia de que una de las dos causas de riesgo invocadas por Gmóvil haya sido determinada como de su cargo, echa por tierra la solicitud subsidiaria en los términos en que fue formulada, esto es, ausencia "de un riesgo legalmente asignado a GMÓVIL S.A.S."

Pretensión No. 35 y subsidiaria

416. El texto de estas Pretensiones es el siguiente:

"[35] Que se declare que la terminación de los Contratos de Concesión No. 005 y 012, y 013 de 2010, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBUS S.A.S. y EMPRESA GESTORA

---

<sup>197</sup> Cf. Dictamen Técnico – Páginas 129 y 163.

OPERADORA DE BUSES EGOBUS S.A.S., respectivamente, así como los hechos que a ella dieron lugar, constituyeron eventos ajenos y no imputables a GMÓVIL S.A.S. que alteraron el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

“[Subsidiaria] Que sólo en subsidio de lo anterior, se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. está obligado a compensar a GMÓVIL S.A.S. por los efectos económicos adversos generados por la terminación de los Contratos de Concesión No. 005 y 012, y 013 de 2010, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES - COOBUS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBUS S.A.S., respectivamente, así como por los hechos que a ella dieron lugar.”

417. En lo concerniente a la Pretensión principal, el Tribunal, amén de remitirse a las consideraciones que se han consignado previamente sobre la índole de la ruptura del equilibrio económico de los contratos, retoma lo señalado con motivo del análisis de la Pretensión No. 33 (subsidiaria), en el sentido de la **razonable previsibilidad** de que surgiera el incumplimiento de alguno o algunos de los contratos de concesión que celebrara Transmilenio en el marco del SITP, por lo que mal puede afirmarse que un hecho de esta índole –y los acontecimientos que a ello condujeron– tuviera el cariz de salirse de toda previsión, para erigirse en **circunstancia extraordinaria**, susceptible de tipificar la alteración del equilibrio económico del Contrato 004-2010 y, por ende, de abrirle paso al correlativo restablecimiento, como solicita la Convocante.
418. De hecho, además, el Tribunal observa que, como se expuso al analizar la Pretensión No. 34 (principal), la ocurrencia –en general– de inconvenientes con otros operadores del SITP –que bien puede comprender el incumplimiento de sus contratos– se identificó como causa de uno de los riesgos regulados en la Matriz de Riesgos, consideración que refuerza que la terminación de los

Contratos con Coobus y con Egobus no tiene el carácter de suceso extraordinario o imprevisible.

419. Lo anterior es, a juicio del Tribunal, suficiente para un pronunciamiento adverso a la Pretensión que se ha evaluado, lo cual tendrá reflejo en la parte resolutive del Laudo.
420. Esta determinación, por su parte, conduce al estudio de la correspondiente Pretensión subsidiaria, donde se pide declarar que Transmilenio está "*obligado a compensar*" a Gmóvil por los efectos adversos generados por la terminación de los contratos con Coobus y con Egobus.
421. Sobre esta solicitud, el Tribunal apunta que la *compensación* que pide Gmóvil, solo puede provenir o bien del incumplimiento contractual de la Convocada, o bien de haberse tipificado la alteración de la ecuación económica del Contrato y ser necesario restablecerla.
422. En el presente caso no se presenta ni una ni otra circunstancia, pues, en efecto:
- a. Como se expuso con ocasión de la Pretensión No. 33, no cabe predicar incumplimiento contractual de Transmilenio en torno a su actuación frente a la problemática relativa a Coobus y a Egobus; y
  - b. Tampoco ha reconocido el Tribunal que tal problemática y, específicamente, la terminación de los contratos de concesión con esos operadores y los hechos que dieron lugar a ello revistan el carácter imprevisible y extraordinario que determine la alteración del equilibrio contractual y, por ende, le imponga a Transmilenio la obligación de restablecerlo.
423. Así, entonces, y tal como sucedió con la Pretensión principal, la Pretensión No. 35 subsidiaria también será denegada.

Pretensiones Nos. 36 a 40

424. Estas Pretensiones tienen los siguientes y respectivos textos

“[36] Que se declare que, a la fecha de presentación de la reforma de la demanda arbitral, EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. no ha dispuesto de un mecanismo de integración tarifaria en los términos del numeral 4º del Artículo 4º del Decreto 190 de 2015.”

“[37] Que se declare que en los términos de los Artículos 3º. y 4º. del Decreto 190 de 2015, EMPRESA DE TRANSPORTE TERCER MILENIO- TRANSMILENIO S.A. tiene a su cargo la definición, planeación, gestión y control de las rutas provisionales bajo la denominación de ‘SITP Provisional’.”

[38] Que se declare que la prestación del servicio público por parte de los vehículos del denominado SITP Provisional no es resultado de un permiso de operación otorgado mediante concurso, la celebración de un contrato de concesión de operación adjudicado en licitación pública o un contrato interadministrativo, en los términos del artículo 8º. del Decreto 3109 de 1.997.”

“[39] Que se declare que los vehículos del denominado SITP Provisional no operan bajo las condiciones del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) entre otras por, no utilizar los medios de pago del SITP (tarjetas), operar con tarifas al usuario inferiores a los vehículos del SITP, no destinar los recursos recaudados a la Fiducia del SITP, no contar con equipos de control de flota y validación, no cumplir con las mismas normas sobre especificaciones técnicas en emisiones (Euro V), no cumplir con las mismas normas de accesibilidad para personas con movilidad reducida y no ser objeto de desincentivos operativos y niveles de servicio, o las que se encuentren probadas.”

"[40] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO- TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales de gestión, planeación y control, particularmente las referidas en el Decreto 190 de 2015."

425. La totalidad de estas Pretensiones, a excepción de la No. 39, apuntan a que el Tribunal, a través de este Laudo, haga una serie de pronunciamientos sobre la inobservancia por parte de Transmilenio de las disposiciones legales que en ellas se mencionan, básicamente el Decreto 190 de 2015 (Pretensiones Nos. 36, 37 y 40) y el Decreto 3109 de 1997 (Pretensión No. 38).
426. Sobre el particular, el Tribunal, en adición a lo concluido en la § C.2 *supra* respecto del alcance de la incorporación normativa, considera que lo pedido por Gmóvil excede con creces el ámbito de su competencia, la cual, se insiste una vez más, está circunscrita al conflicto **contractual** entre Gmóvil y Transmilenio y no a expresar, con fuerza vinculante, si la segunda ha atendido o no determinados mandatos legales, máxime cuando de los mismos no surge la adscripción de obligaciones **contractuales** a cargo de Transmilenio, como que ninguna referencia a tal circunstancia se aprecia en el Contrato 004-2010, pues, en efecto:
- a. El Decreto 190 de 2015, es **posterior** a la celebración de dicho instrumento; y
  - b. El Decreto 3109 de 1997, es una norma del orden nacional, por la cual *"se reglamenta la habilitación, la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros y la utilización de los recursos de la Nación"*, sin que de su texto se advierta que –pese a ser anterior a la celebración del Contrato 004-2010–, Transmilenio hubiera asumido una obligación **contractual** frente a Gmóvil, y menos que el juez del contrato –este Tribunal– pueda decidir si cierto tipo de servicio de transporte, **distinto del regulado por el contrato que vincula a las Partes**, fue

implementado siguiendo o no la norma en referencia, específicamente el artículo que cita Gmóvil.

427. Y en cuanto a la Pretensión No. 39, tampoco le corresponde a este Tribunal, en el marco de su competencia y frente a una controversia **contractual y particular**, pronunciarse, con fuerza de cosa juzgada, y de **manera general** sobre como **no opera** el SITP Provisional. Hacerlo sería clara muestra de los serios problemas que se enunciaron en la § C.2 *supra* respecto de pronunciamientos del corte de la Pretensión No. 39.

428. Conclusión obligada de las anteriores consideraciones es que en la parte resolutive del Laudo se consignará la denegación de las Pretensiones Nos. 36 a 40.

D.11 Pretensiones particulares – Relativas a la desintegración física de vehículos (Chatarrización)

429. Como figura en la tabla que sobre ellas aparece en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo de Pretensiones, todas de índole **declarativa**, corresponden a las marcadas como Nos. 41 a 46 de la Demanda, sobre las cuales el Tribunal expone lo que sigue.

Pretensiones Nos. 41 y subsidiaria y 42

430. El texto de estas Pretensiones es como sigue:

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

“[Subsidiaria] Que se declare que la expedición del Decreto Distrital 190 de 2015, así como los actos administrativos

derivados del mismo, constituyen eventos ajenos y no imputables a GMÓVIL S.A.S. que alteraron el equilibrio financiero del Contrato en perjuicio de GMÓVIL S.A.S., a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

”[42] Que se declare que, a la fecha de la presente reforma, GMÓVIL S.A.S. no se encuentra en mora de cumplir su obligación de chatarrización de flota prevista en la Cláusula 12 del Contrato.”

431. Frente a la Pretensión No. 41 principal, el Tribunal pone de presente que, como allí mismo se indica, la estipulación que gobierna el tema es la cláusula 12 del Contrato 004-2010, que, según fue modificada por el Otrosí No. 3, estableció lo siguiente en torno al programa para llevar a cabo la coloquialmente denominada *chatarrización* de los vehículos no disponibles para formar parte de la flota de Gmóvil afecta al Contrato de Concesión:

”Desde la publicación del proyecto de pliego de condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009, siempre y cuando el vehículo se haya vinculado a cualquiera de las propuestas, hasta el inicio de la operación regular: mínimo 10% de la Flota Usada que se desintegrará. En esta etapa no se pueden acreditar vehículos que hayan sido chatarrizados o desintegrados en los siguientes casos: vehículos chatarrizados que hicieron reposición, vehículos chatarrizados para vincular buses del Sistema Transmilenio Fase 1 y 2 o vehículos comprados por el Fondo del Mejoramiento de la Calidad.

Desde el inicio de la operación regular hasta la finalización de la **integración total del sistema**, el CONCESIONARIO debe desintegrar el porcentaje restante de la Flota Usada que se realizará, de tal forma que durante esta etapa no se afecte la continuidad en la prestación del servicio al usuario.” (Énfasis añadido).

432. Se advierte, entonces, que la problemática estriba en el alcance de la expresión “*integración total*”, a cuyo efecto Transmilenio se remite al Decreto 309 de 2009, en cuyo artículo 19 se establecen varias modalidades de *integración*, previéndose que esta puede tener lugar al ocurrir una o más de las modalidades listadas en el susodicho artículo, en tanto que Gmóvil argumenta que la *integración total* tiene un mayor alcance.
433. Dado lo anterior, el Tribunal considera pertinente precisar que en el marco del SITP los diversos concesionarios debían controlar un número determinado de vehículos usados, de los cuales cierta cantidad podía ser utilizada para integrar la respectiva flota (hasta culminar la vida útil de los vehículos) en tanto que otra debía ser *chatarrizada*, es decir, puesta fuera de circulación, situación que debía repetirse en la medida que la flota usada fuera cumpliendo su vida útil y fuera siendo reemplazada.<sup>198</sup>
434. A la luz de lo anterior, y dada la deficiente redacción de la cláusula 12 del Contrato 004-2010, que ciertamente no permite aseverar de manera inequívoca que la *integración total* como hito para requerirse la terminación del proceso de *chatarrización*, corresponde a la tipificación de una o más de las modalidades establecidas en el Decreto 309 de 2009, el Tribunal acude a la prueba pericial y, en efecto, observa que en el Dictamen Integra aparece la siguiente explicación:

“PREGUNTA 16.

---

<sup>198</sup> En la § 1.36, integrante de la cláusula 1ª del Contrato 004-2010 se define “Flota usada para desintegración física” así:

“Es la Flota vinculada actualmente a la prestación del servicio público urbano de transporte colectivo que deberá ser sometida al proceso de desintegración física total para efectos de disminución de sobreoferta.

En reemplazo del proceso de desintegración física, esta Flota podrá ser vendida a terceros o utilizada en otras actividades, siempre y cuando se garantice que estos vehículos no serán utilizados para la prestación del servicio público de pasajeros en el Distrito Capital o en otros municipios del país, salvo que tratándose de éste último caso, o sea sitios diferentes al Distrito Capital, la normatividad vigente lo permita y que exista un concepto técnico de la autoridad de transporte del municipio al que ingresaría el vehículo que así lo autorice.”

Explicar si, de conformidad con la estructuración del SITP, lo señalado en el pliego de condiciones (Proformas, Anexos y Adendas de la licitación) y en el Contrato de Concesión, la normatividad vigente, y su experticia técnica, ¿Podría afirmarse que la Integración del SITP sólo se podría consolidar con el cumplimiento de todos los factores de Integración: Integración operativa, integración física, integración virtual, integración del medio de pago, integración tarifaria, o si bastaba que se consolidara uno de ello para entenderse como integrado el sistema?

RESPUESTA

De conformidad con la estructuración del SITP y más específicamente al contenido incluido en el Anexo Técnico definitivo, la integración del SITP se podría dar bajo una o varias modalidades de integración, las cuales se pueden leer en las imágenes siguientes extraídas de dicho documento. (...)

Por otra parte, basado en mi experiencia puedo afirmar que los sistemas de transporte público, como servicios que se prestan a la población, deben satisfacer de manera adecuada las necesidades de movilidad para que las personas puedan realizar de manera adecuada sus desplazamientos entre las zonas de origen y destino, en tal sentido el concepto de 'integración del sistema' debe siempre evaluarse desde el punto de vista del usuario. En tal sentido, considero que existe un 'sistema integrado de transporte' solamente si los usuarios pueden: i) transbordar de un vehículo a otro, bien sea en puntos de integración con infraestructura física especializada o de manera virtual en cualquier lugar de la ciudad donde se crucen las rutas; ii) hacer uso de un único medio de pago, y iii) contar con esquemas tarifarios donde apliquen descuentos por el uso de más de un vehículo para realizar sus viajes.

**De acuerdo con lo anterior y en opinión del perito aún no existe un Sistema Integrado de Transporte Público.**

PREGUNTA 17

Informar desde el punto de vista técnico, qué relevancia o implicaciones tiene el 'concepto' esbozado por GMÓVIL llamado 'Integración Total' y en que consistiría exactamente, en el desarrollo de un sistema integrado de transporte masivo como el SITP.

RESPUESTA:

Para atender este cuestionamiento debemos referirnos a la última parte de la respuesta inmediatamente anterior. Basado en mi experiencia puedo afirmar que los sistemas de transporte público, como servicios que se prestan a la población, deben satisfacer de manera adecuada las necesidades de movilidad para que las personas puedan realizar de manera adecuada sus desplazamientos entre las zonas de origen y destino, en tal sentido el concepto de 'integración del sistema' debe siempre evaluarse desde el punto de vista del usuario. En tal sentido, considero que existe un 'sistema integrado de transporte' solamente si los usuarios pueden: i) transbordar de un vehículo a otro, bien sea en puntos de integración con infraestructura física especializada o de manera virtual en cualquier lugar de la ciudad donde se crucen las rutas; ii) hacer uso de un único medio de pago; y iii) contar con esquemas tarifarios donde apliquen descuentos por el uso de más de un vehículo para realizar sus viajes."<sup>199</sup> (Énfasis añadido).

435. Esta noción amplia de *integración total* que señala el Perito es, a su turno, consistente con la definición de STIP que aparece en la § 1.76 del Contrato de Concesión, donde se caracteriza el término en la siguiente forma:

---

<sup>199</sup> Dictamen Integra – Páginas 164 a 166.

“El sistema integrado de transporte público comprende las acciones para la articulación, vinculación y operación integrada **de los diferentes modos de transporte público**, las instituciones o entidades creadas para la planeación, la organización, el control del tráfico y el transporte público, así como para la infraestructura requerida para la accesibilidad, circulación y el recaudo del sistema.” (Énfasis añadido).

436. Visto lo consignado previamente, el Tribunal debe concluir que le asiste razón a la Convocante en su planteamiento y, por ende, que la Pretensión bajo análisis debe ser despachada positivamente, circunstancia que trae consigo no considerar probada la Excepción de Transmilenio titulada *“La integración del sistema, a la que el Contrato de Concesión se refiere, se produjo en los términos y condiciones del contrato, sin que para ningún efecto en el contrato se haya dispuesto nada sobre la existencia de ‘integración total’ que pueda ser exigible a Transmilenio”* (4.4).
437. Lo anterior, por supuesto, trae consigo que no sea preciso ocuparse de la Pretensión No. 41 subsidiaria.
438. Y en cuanto a la Pretensión No. 42, la respuesta es obvia dado lo resuelto respecto de la Pretensión No. 41.
439. En efecto, si Gmóvil debe completar el proceso de chatarrización al finalizar la integración total del SITP y ello no ha ocurrido, mal se puede decir que se halla en mora al respecto.
440. Así, entonces, sin necesidad de consideraciones adicionales, la Pretensión No. 42 también será acogida.

Pretensiones Nos. 43 y 44

441. Estas Pretensiones son del siguiente tenor:

"[44] Que se declare que el componente denominado Costos de racionalización de la sobreoferta (Chatarrización) que hace parte de la Tarifa por Pasajero Zonal (TPASZ), no remunera de manera completa a GMÓVIL S.A.S. por dicho concepto."

"[44] Que se declare que GMÓVIL S.A.S. no está obligada a soportar el valor no cubierto por la Tarifa por Pasajero Zonal (TPASZ) para remunerar Costos de racionalización de la sobreoferta (Chatarrización)."

442. La Pretensión No. 44 se edifica sobre la base de que la Tarifa por Pasajero (TPASZ), habida consideración de las circunstancias adversas provenientes de la disminución de la demanda de usuarios y de la evasión presente en el SITP, no constituye, a juicio de Gmóvil, remuneración suficiente que le permita a la Convocante recuperar inversiones asociadas a esa tarifa como, entre otros, las correspondientes a la *chatarrización*.
443. Añade Gmóvil que esta situación se proyecta al futuro y, por tanto, "[e]n las condiciones actuales, los ingresos percibidos son destinados a mantener la operación y la prestación del servicio, y por ende, no resultan suficientes para **finalizar la chatarrización**, por lo que dentro de las medidas a adoptar dentro de las indemnizaciones y compensaciones a favor del Concesionario, **debe encontrarse una condena a TRANSMILENIO** para que, o bien destine los recursos necesarios para poder finalizar la chatarrización, o bien se releve a GMÓVIL de manera definitiva de dicha obligación".<sup>200</sup> (Énfasis añadido).
444. Transmilenio, por su parte, se opone a lo argüido por Gmóvil y pone de presente que Gmóvil busca eludir su obligación de *chatarrización* y que, de hecho, no cuenta con los recursos requeridos al efecto, señalando que en el propio Dictamen Financiero se da cuenta de la falta de disponibilidad de estos, por lo cual

---

<sup>200</sup> Alegato de Gmóvil – Página 363.

–concluye la Convocada– Gmóvil no cumplirá “*en lo que resta del Contrato, con su obligación de desintegración o chatarrización prevista contractualmente.*”<sup>201</sup>

445. Visto lo anterior, y al margen de la fragilidad que entraña lo concerniente a resultados futuros de la operación del Contrato 004-2010, el Tribunal subraya que el riesgo de fluctuación en la demanda de pasajeros es uno de los **específicamente identificados** en la Matriz de Riesgos como de **cargo de Gmóvil**, indicándose que tiene un efecto económico generado “*por la variación de los intereses de movilidad de los usuarios*”.
446. Para el Tribunal, además, la evaluación de la demanda del servicio de transporte es un elemento **fundamental e insoslayable** de las proyecciones y estructuración del negocio emprendido por Gmóvil, en línea, por cierto, con la índole de los contratos de concesión, como se expuso en la § C.1 de este capítulo del Laudo, de suerte que al fijarse la TPASZ quedaba inexorablemente comprendida, por cuenta de Gmóvil, la eventualidad de disminución de la demanda de usuarios, sin que haya margen legal para reclamar su insuficiencia frente al riesgo asignado y asumido por la Convocante.
447. Consecuencia necesaria de lo expuesto es que se denegará la Pretensión No. 43, como se consignará en la parte resolutive del Laudo.
448. Y lo propio ocurrirá con la Pretensión No. 44, donde, de hecho, lo que persigue la Convocante es modificar la TPASZ a fin de aminorar el riesgo de fluctuación en la demanda de pasajeros, contrario a lo acordado en la Matriz de Riesgos y, desde luego, a las facultades del Tribunal, que no incluyen la enmienda de lo estipulado en el Contrato 004-2010.
449. Por consiguiente, la Pretensión No. 44 seguirá la suerte de la No. 43, esto es, será denegada.

---

<sup>201</sup> Alegato de Transmilenio – Demanda– Página 105.

Pretensión No. 45 y subsidiaria

450. A través de estas Pretensiones se persigue lo siguiente:

"[45] Que se declare que como consecuencia de las declaraciones de incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., GMÓVIL S.A.S. no pudo sufragar en su totalidad los Costos de racionalización de la sobreoferta."

"[Subsidiaria] Que se declare que el componente denominado Costos de racionalización de la sobreoferta (Chatarrización) que hace parte de la Tarifa por Pasajero Zonal (TPASZ), no ha sido obtenido en su totalidad por GMÓVIL S.A.S. por hechos ajenos y no imputables al Concesionario, lo cual alteró el equilibrio del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A."

451. Con relación a la Pretensión principal, el Tribunal pone de presente su vaguedad en cuanto, planteada con carácter consecuencial, no precisa las "*declaraciones de incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales*" de la Convocada que traerían como resultado lo pedido por Gmóvil.
452. No obstante, el Tribunal considera que la Pretensión debe enmarcarse dentro del grupo que se trata en este apartado D.11 y, eventualmente, alude a la materia del precedente apartado D.10.
453. De esta forma, sea que los *incumplimientos* aludan a uno u otro apartado, o a ambos, lo cierto es que la Pretensión no puede prosperar por cuanto no se ha hallado (y menos declarado) incumplimiento de Transmilenio con relación a estos particulares.

454. En consecuencia, la Pretensión principal No. 45 será denegada, conclusión que, por su parte, conduce a ocuparse de la correspondiente Pretensión subsidiaria.
455. En esta Pretensión, Gmóvil plantea la ocurrencia de una alteración del equilibrio económico del Contrato 004-2010, cuyo restablecimiento debe correr a cargo de la Convocada.
456. Para el Tribunal, la Pretensión no tiene vocación de prosperidad, pues:
- a. Como se explicó al tratar la Pretensión No. 43, la fluctuación de la demanda de usuarios del SITP era una circunstancia totalmente previsible, propia, se repite, del negocio en que se embarcó Gmóvil; y
  - b. El riesgo asociado con dicha disminución en la demanda de pasajeros, amén de estar explícitamente identificado en la Matriz de Riesgos –lo que, de suyo, le quitaría la índole extraordinaria propia de la alteración del equilibrio económico de un contrato– fue asumido por Gmóvil.
457. Así las cosas, en la parte resolutive del Laudo se consignará el despacho negativo de esta Pretensión subsidiaria.

Pretensión No. 46

458. El texto de esta Pretensión es el siguiente:

“Que se declare que la demora en el inicio de las rutas P500 y SE10 de GMÓVIL S.A.S. ocurrió por hechos imputables a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. o en todo caso no imputables a GMÓVIL S.A.S.”

459. La Convocante señala en la Demanda que las dos primeras rutas zonales a implementar en la zona de Engativá eran las rutas P500 y SE10, que debían

arrancar su operación en los meses de julio y de agosto de 2012, respectivamente, demandándose para su operación la vinculación de quince (15) buses y veintiséis (26) microbuses.<sup>202</sup>

460. Bajo el anterior entendido, aduce que:
- a. Las fechas de inicio previstas para la operación de estas dos rutas, fueron postergadas de forma unilateral por Transmilenio para el 6 de agosto y el 7 de septiembre de 2012, respectivamente; y
  - b. Lo acordado no fue cumplido por la Convocada, y solo hasta el 30 de septiembre entró a operar la ruta P500 y hasta el 17 de noviembre, ambos de 2012, la ruta SE10.
461. Agrega Gmóvil que las razones que motivaron tales aplazamientos fueron ajenas a su voluntad, pues dio cumplimiento a la obligación de alistar los vehículos exigidos y ponerlos a disposición del SIRCI para la instalación de los equipos de recaudo y control de flota, pero este último proceso no se llevó a cabo oportunamente por falta de disponibilidad de tales equipos.
462. En el Alegato de Gmóvil, en fin, se indica que la Convocante dejó de percibir su remuneración en el componente zonal correspondiente a los dos primeros meses previstos de operación –agosto y septiembre de 2012– para la ruta P500 y la del mes de octubre de 2012 para la ruta SE10 y, adicionalmente, como consecuencia de dicha situación, la Convocante incurrió en costos de contratación de personal y alistamiento de flota durante estos periodos.
463. Como evidencia de su posición, la Convocante acude a:

---

<sup>202</sup> Cf. Demanda – Hechos Nos. 316 y 317 – Página 71.

- a. El Dictamen Técnico, donde se *constatan* las fechas en que se hicieron los pedidos de flota para estas dos rutas, así como las fechas en que se inició su operación, e igualmente el inicio de los aplazamientos al cronograma inicial de operación.<sup>203</sup>
  - b. La Declaración de Guillermo Sarmiento en la diligencia de contradicción del Dictamen Financiero.<sup>204</sup>
  - c. El propio Dictamen Financiero, a efectos de calcular el impacto económico causado en contra de Gmóvil por los aplazamientos de la fecha de inicio de las rutas P500 y SE10, que, actualizado a junio de 2017, se fija en \$ 462.749.525.<sup>205</sup>
464. Frente a los argumentos de Gmóvil, la Convocada se opone a la Pretensión indicando que:
- a. Para la ruta P500, que corresponde al código de ruta A050007, Gmóvil tenía un importante déficit de conductores, que únicamente se superó en agosto de 2012, con lo cual el inicio de la operación solo pudo llevarse a cabo en septiembre, como efectivamente ocurrió.
  - b. Para la Ruta SE10, que corresponde al código de ruta A050006, se asignaron 26 vehículos tipo microbús (19 pasajeros), flota que fue vinculada entre el 9 y 16 de noviembre de 2012, e inició operación el 17 de noviembre, con lo cual no hubo espera alguna entre la vinculación de flota y el inicio de operación.

---

<sup>203</sup> Cf. Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folios 124 a 126.

<sup>204</sup> Cf. Cuaderno de Testimonios – Pagina 248.

<sup>205</sup> Cf. Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folios 26 y 27.

465. En el Alegato de Transmilenio se reafirman los argumentos expuestos en la oposición a la Pretensión y, en adición, se alude a lo respondido por el ingeniero Castillo en la Declaración sobre contradicción del Dictamen Técnico.<sup>206</sup>
466. Visto lo anterior, la primera parte de la evaluación del Tribunal consiste en analizar la situación concreta que alega la Convocante, para así determinar si la demora en la operación de las rutas obedeció a un comportamiento atribuible a Transmilenio.
467. De los documentos que sirvieron de fundamento para el Dictamen Técnico se observa la existencia de los oficios 2012EE540, 2012EE1497 y 2012EE3602 enviados por Transmilenio a Gmóvil el 30 de enero, el 1º de marzo y el 14 de mayo, todos de 2012,<sup>207</sup> que se reseñan así:
- a. En el oficio inicial, el 2012EE540, se solicita por parte de Transmilenio la flota requerida para el inicio de la operación de la ruta "P50012", demandándose la vinculación de quince (15) buses de 50 pasajeros para el 30 de julio de 2012.
  - b. En el oficio 2012EE1497, se dispuso la solicitud de la flota (26 vehículos, 13 microbuses y 13 buses de 50 pasajeros) para el inicio de la operación zonal del mes de agosto de 2012 de las rutas "228" (A051302) y "P50023" (A050008).
  - c. Finalmente, en el oficio el 2012EE3602, la Convocada hace mención a la revisión de las solicitudes hechas por los concesionarios frente a las rutas a implementar en el segundo mes de operación, esto es, agosto de 2012, y, en esa medida, propugna por señalar el plan de implementación, en donde se destaca la presencia de la ruta SE10 bajo el código A50006.

---

<sup>206</sup> Cf. Cuaderno de Testimonios – Folio 196.

<sup>207</sup> Cf. Cuaderno de Pruebas No. 6 – Folios 452, 453 y 455.

468. El Dictamen Financiero, por su lado:
- a. Utiliza el primero de los oficios para expresar que a través del mismo fue que se solicitó la flota para la Ruta P500. Sin embargo, el código de la ruta, conforme al documento referido, es el "P50012", en tanto que en el segundo de los oficios se habla de la existencia de una ruta denominada "P50023", lo que impide la identificación de la verdadera Ruta P500, la cual, de acuerdo con lo expresado por la Convocada, tiene como número de código el A050007.
  - b. El segundo de los oficios sirve de fundamento al pedido de flota de la ruta SE10, la cual, de acuerdo con el tercer oficio tiene como código de ruta el A50006, y no el A051302, ni el A050008, que son los que aparecen en el oficio.

De esta forma, se evidencia una discordancia entre lo sostenido por el Dictamen Técnico y la información que encuentra el Tribunal al remitirse al Anexo 50 del mismo.<sup>208</sup>

469. En cuanto a los oficios que se invocan para justificar la modificación unilateral que hizo Transmilenio al inicio de operación de las rutas P500 y SE10, esto es, el oficio GM-GE-PT-2012-138 –el cual, de acuerdo con el Dictamen Técnico se encuentra en el Anexo 51 del mismo– el Tribunal observa que la información contenida en ese Anexo no corresponde a la referida en el Dictamen, donde se alude al *"inicio de la ruta P500 para el día 06 de agosto de 2012 y el de la ruta SE10 para el 07 de septiembre de 2012; conforme lo manifestó el Concesionario mediante oficio GM-GE-PT-2012-138"*, pues lo que allí se encuentra es el oficio GM-GE-PT-2012-160 de 17 de septiembre de 2012, el cual no trata el tema que aquí se analiza.

---

<sup>208</sup> Cf. Cuaderno de Pruebas No. 6 – Folio 437.

470. Por otra parte, en el oficio GM-GE-PT-2012-155 del 4 de septiembre de 2012, dirigido a Transmilenio y allegado como Anexo 52 del Dictamen Técnico, se expresa por parte de Gmóvil:

"[S]olicitamos a usted se sirva indicar porqué a la fecha no hemos tenido en respuesta de parte de Transmilenio S.A. ni del Concesionario del SIRCI sobre la recepción de nuestros 26 microbuses del mes 2 y de los 21 busetones del mes 3 los cuales hemos puesto a disposición de ambas entidades... para que les sean instalados los equipos de recaudo y control de flota, sin que a la fecha se haya dado contestación favorable a ambos casos.

Es importante manifestar que la flota del mes 2 debía iniciar a operar el 07 de septiembre y la flota del mes 3 el 24 de noviembre (...)

Por lo anterior, le solicitamos se sirva vincular temporalmente los vehículos al sistema Transmilenio, mientras se solucionan los impases que existen entre Transmilenio S.A. y el Concesionario del SIRCI que permitan que estos reciban y adecuen nuestra flota."<sup>209</sup>

471. Así, frente a la reclamación que se hace con el oficio GM-GE-PT-2012-155 transcrito, el Tribunal encuentra que ello hace referencia al pedido de flota del mes dos (2) de la operación, que es el que se señala en el oficio 2012EE1497, y corresponde al del mes de agosto del 2012 y a las rutas "228" (A051302) y "P50023", haciendo mención a que la calidad de los buses que se pide vincular no es en su totalidad de tipología microbús, sino que, por el contrario, de los veintiséis (26) que se exigen, solo trece (13) corresponden a esta tipología, mientras que el otro 50 % es de tipología bus – 50 pasajeros.

---

<sup>209</sup>

Ibid. – Folios 481 y 482.

472. Todo lo anterior le permite concluir al Tribunal que no se tiene claridad frente al documento aportado y el fundamento a partir del mismo, de cara a la Pretensión No. 46, pues el oficio 2012EE1497 de 2012 se refiere a las rutas "228" (A051302) y "P50023", y no a las rutas P500 (A050007) y SE10 (A050006); de modo que el documento debe considerarse como impertinente, pues no sirve para soportar la Pretensión.
473. En consonancia con lo expuesto, encuentra el Tribunal que no se tiene prueba o pruebas que le permitan concluir lo relativo a las modificaciones unilaterales hechas por Transmilenio al cronograma inicial de las Rutas P500 y SE10.
474. Esto, por cuanto inicialmente se dijo que el inicio de las rutas en mención estaba dispuesto, para la P500 (A050007) para julio de 2012 y para la SE10 (A050006) para agosto de 2012, sin siquiera precisar una fecha exacta para tal efecto.
475. Por tanto, si bien se afirma en el Dictamen Técnico que con las modificaciones hechas de forma unilateral por Transmilenio para la Ruta P500 se causó un aplazamiento de la operación por un término de dos (2) meses, es decir, hasta finales de septiembre de 2012, y para la segunda ruta, la SE10, entre dos (2) y tres (3) meses, esto es, a noviembre de 2012 y se fundamenta lo anterior en el oficio GM-GE-PT 2012-138, tal documento no se encuentra en los Anexos del Dictamen y, por ende, no permite soportar la afirmación antes referida.
476. En el mismo sentido, lo expresado por la Convocada relativo a que el retraso en la implementación de las Rutas SE10 y P500 se debió a la falta de contratación de personal para la operación de los vehículos por parte de Gmóvil, tampoco logró ser probado en debida forma, pues quedó en una mera afirmación.
477. La consecuencia necesaria de lo expuesto es, entonces, que será denegada la Pretensión No. 46, circunstancia que se reflejará en la parte resolutive del Laudo.

*D.12 Pretensiones particulares – Relativas al Cruce de Flota*

478. Como figura en la tabla que sobre ellas aparece en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo de Pretensiones, todas de índole **declarativa**, corresponden a las marcadas como Nos. 47 a 49 de la Demanda, las cuales se tratan de manera conjunta en los términos que siguen.

Pretensiones Nos. 47, 48, 49 y subsidiaria

479. Estas Pretensiones tienen los siguientes y respectivos textos:

"[47] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no haber adoptado un mecanismo que le permitiera a GMÓVIL S.A.S. intercambiar flota con los demás concesionarios de operación con miras a conseguir los objetivos del Anexo Técnico."

"[48] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá al no haber ejercido acciones que permitieran intercambiar flota con los demás concesionarios de operación con miras a conseguir los objetivos de Anexo Técnico."

"[49] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor del Sistema de Transporte Público de Bogotá (SITP) al no haber ejercido sus facultades de supervisión y control respecto de la obligación de vinculación de flota a cargo de los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES – COOBUS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S."

"[Subsidiaria] Que se declare que la no realización del procedimiento de cruce de flota para ciento cuarenta y ocho (148) vehículos vinculados a la propuesta de GMÓVIL S.A.S. debido a que los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES – COOBÚS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBÚS S.A.S. no dieron cumplimiento a la obligación de vincular los vehículos que les correspondían al [sic] Anexo Técnico, lo cual [sic] constituye un evento ajeno y no imputable a GMÓVIL S.A.S."

480. Como se advierte de la lectura de las Pretensiones principales, todas ellas tienen en común el recurrente cargo de *"incumplimiento de obligaciones legales y contractuales"* de Transmilenio, lo cual presupone que exista un vínculo obligacional que le permita al acreedor –en este caso Gmóvil– exigir coercitivamente, lo prometido por el deudor –en este caso Transmilenio– o, alternativamente, demandar la correspondiente indemnización de perjuicios.
481. El *"cruce de flota"*, por su parte, corresponde a un acuerdo entre varios concesionarios del SITP, entre ellos Gmóvil, en el cual no participó Transmilenio, consistente, como se expresa en el Dictamen Técnico, en *"un acuerdo de cooperación entre los concesionarios para 'comprarse' la flota que le sobrase a uno y le faltase a otro hasta cumplir sus respectivos Anexos técnicos y adquirir la totalidad de la flota perteneciente al Transporte Público Colectivo (TPC)."*<sup>210</sup>
482. Tal acuerdo, **no deriva ni corresponde** a una obligación contractual de Transmilenio –ni tampoco a un compromiso de stirpe legal en el sentido de la precedente § C.2– pues la Convocada ni siquiera participó en su estructuración.
483. La propia Gmóvil reconoce que lo concerniente al *cruce de flota* no forma parte del contenido obligacional del Contrato de Concesión,<sup>211</sup> por lo que es

---

<sup>210</sup> Dictamen Técnico – Página 132.

<sup>211</sup> Cf., p. ej., Alegato de Gmóvil – Páginas 373 y 374.

materialmente imposible predicar **incumplimiento** de Transmilenio con relación a la efectividad de lo acordado en esta materia por los concesionarios del SITP.

484. De esta suerte, carece de asidero jurídico reclamar un yerro contractual de la Convocada por “*no haber adoptado un mecanismo*” destinado a satisfacer lo convenido autónoma e independiente por Gmóvil, **para su propio beneficio y el de sus pares concesionarios.**
485. Así, dando respuesta a la pregunta del profesor Planiol –tomada como referente para la evaluación de las Pretensiones de las Partes– bajo el Contrato 004-2010 nada puede exigirle Gmóvil a Transmilenio en torno al *cruce de flota*.
486. Y a ello se añade que, una vez más, la Convocante falla en especificar cual es la estipulación contractual o regla legal incorporada al Contrato 004-2010 que materializa el incumplimiento de la Convocada.
487. Lo anterior conduce, naturalmente, al despacho negativo de la Pretensión No. 47, como en efecto se registrará en la parte resolutive del Laudo.
488. Similar destino le corresponde a la Pretensión No. 48, que es del mismo corte que la anterior, solo que aquí se invoca un incumplimiento general de Transmilenio (ya no con referencia a Gmóvil) basado en su carácter de Ente Gestor del SITP.
489. Al respecto –fuera de que precisar que la condición de Transmilenio como Ente Gestor del SITP está claramente especificada en el Contrato 004-2010 y, por ende, ninguna diferencia hace a los fines de contrastar esta Pretensión con la precedente– el simple hecho de solicitar una declaración **general** de incumplimiento hace insostenible la Pretensión.
490. Y a ello debe añadirse que, aun considerando que bajo la cláusula 24.1 del Contrato 004-2010, Transmilenio tuviera un deber de colaboración con Gmóvil

TRIBUNAL ARBITRAL

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

---

para la implementación del *cruce de flota*, ninguna prueba que aparejara apartamiento de tal deber fue aportada al Proceso, toda vez que la comunicación de la Convocada del 18 de mayo de 2012,<sup>212</sup> con la que Gmóvil pretende atribuirle un yerro a Transmilenio no tiene, a juicio del Tribunal, tal alcance.

491. Así, pues, sin necesidad de consideraciones adicionales, la Pretensión No. 48 también será denegada.
492. Con relación a la Pretensión No. 49 principal, el Tribunal subraya que bajo ninguna circunstancia le es dable hacer un pronunciamiento sobre cumplimiento o incumplimiento de Transmilenio en el ejercicio de facultades relacionadas con los contratos suscritos con Coobus y con Egobus, pues ello es tarea que le correspondería al juez del contrato de esos instrumentos, que categóricamente es diferente de este Tribunal.
493. Por consiguiente, y sin más ambages, se declinará el despacho positivo de la Pretensión No. 49, la cual, por el contrario, será denegada.
494. Por último, con relación a la Pretensión No. 49 subsidiaria, fuera de que lo allí pedido es ajeno al conflicto entre Gmóvil y Transmilenio, su texto presupone que el Tribunal asuma el incumplimiento contractual de Coobus y de Egobus, situación que, desde luego, escapa a sus prerrogativas, ya que tales entidades no son parte del Contrato 004-2010.
495. Por consiguiente, la Pretensión No. 49 subsidiaria, al igual que las demás tratadas en este apartado será despachada negativamente.

---

<sup>212</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folio 343.

D.13 Pretensiones particulares – Relativas a la insuficiente socialización del Sistema y del acceso al Medio de Pago

496. Como aparece en la tabla que obra en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo solo comprende la Pretensión No. 50, que a continuación se evalúa.

Pretensión No. 50

497. El texto de lo allí solicitado es:

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

498. Sobre lo pretendido por Gmóvil, el Tribunal, fuera de insistir en la notoria vaguedad de la referencia a “*obligaciones legales y contractuales*” de Transmilenio para de allí construir el incumplimiento reclamado, pone de presente, que, al contrario, y de manera específica el Contrato 004-2010 en la cláusula 12 consagra como **obligación de Gmóvil**:

“Realizar las **actividades de publicidad en su Zona sobre la prestación del servicio**, al menos un (1) mes antes del inicio de la operación.” (Énfasis añadido).

499. De esta manera, no comprende el Tribunal como pueda reclamarse *incumplimiento* de Transmilenio, cuando, en realidad, la obligación de publicidad sobre la prestación del servicio –que, por supuesto, incluye la difusión y la ahora llamada *socialización*- **fue radicada en la Convocante**, sin que aparezca otra obligación del mismo tenor asignada a la Convocada, puntualizándose que la referencia a la cláusula 91 del Contrato de Concesión no es base para fundamentar el **puntual incumplimiento** cuya declaratoria se solicita, como que se

trata de una tarea de mucha mayor dimensión –la planeación estructural del SITP– propia, desde luego, de la condición de Ente Gestor que tiene Transmilenio respecto del SITP.

500. Una eventual obligación de Transmilenio en el marco de esta Pretensión encargaría –como complemento de la asignada a Gmóvil– en la cláusula 24.1 del Contrato de Concesión, acorde con la concepción de los contratos como un propósito común y no como una contraposición de intereses, que se refleja en el *deber de colaboración*, carga que, sin embargo, no considera el Tribunal que se acompañe con el alegado incumplimiento de la Convocada que postula su contraparte.
501. Pero, además, el Tribunal llama la atención sobre la descripción de actividades que se hizo en la Contestación de la Demanda al darle respuesta al Hecho No. 885, y en particular a la serie de documentos allí listados y acompañados al Proceso.<sup>213</sup>
502. Consecuente con lo expuesto, el Tribunal concluye que no puede ser acogida la Pretensión No. 50 y, por tanto, la parte resolutive del Laudo incluirá su denegación.

*D.14 Pretensiones particulares – Relativas al Sistema Integrado, Control e Información y Servicio al Usuario – SIRCI y el Concesionario SIRCI*

503. Como figura en la tabla que sobre ellas aparece en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo de Pretensiones, todas de índole **declarativa**, corresponden a las marcadas como Nos. 51 a 54 de la Demanda, sobre las cuales el Tribunal expone lo que sigue.

---

<sup>213</sup> Cf. Contestación de la Demanda – Páginas 184 a 191.

Pretensión No. 51 y subsidiaria

504. Estas Pretensiones dicen:

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

"[Subsidiaria] Que se declare que en la entrada tardía en operación por parte de la Concesión del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (SIRCI) alteró la ejecución del Contrato en perjuicio de GMÓVIL S.A.S. y condujo a un desequilibrio financiero del mismo, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A."

505. Con relación a la Pretensión principal, amén de la inveterada ausencia de precisión sobre las "*obligaciones legales y contractuales*" supuestamente desconocidas por Transmilenio y, siendo patente que el proceso referente al SIRCI tuvo inicio con posterioridad a la adjudicación de la Licitación 004-2019, cabe puntualizar lo siguiente:

- a. La circunstancia en mención era del pleno conocimiento de los interesados en la Licitación, entre ellos Gmóvil, y, de hecho, como se indica en la Demanda, tal situación fue materia de inquietudes y preguntas por parte de los potenciales licitantes.<sup>214</sup>
- b. Pese a lo anterior, Gmóvil persistió en participar en la Licitación 004-2009, génesis, desde luego, del Contrato 004-2010.

---

<sup>214</sup> Cf. Demanda – Páginas 91 a 93.

- c. El rezago en la operación relacionada con el SIRCI era tan evidente, que la propia Matriz de Riesgos, identificó como una de las causas del riesgo de "Implementación" la "Modificación del cronograma por no encontrarse listos los equipos del SIRCI", asignando su carga a Gmóvil, salvo cuando Transmilenio autorizara la entrada de flota al SITP y Gmóvil no pudiera operarla por motivos ajenos a su responsabilidad.

506. Bajo el anterior escenario, el propio Dictamen Técnico ofrece la descripción y explicación del retraso referente al SIRCI al señalar:

"[E]n la práctica se presentaron discrepancias en los tiempos de adjudicación del contrato de concesión del SIRCI con respecto a los contratos de concesión de transporte que comprometieron la concordancia entre los plazos de ejecución de ambos contratos. Así, **la adjudicación del contrato del SIRCI fue suspendida en dos oportunidades: primero en noviembre del año 2010 por órdenes de la Procuraduría, resaltando que en esa fecha fueron adjudicados los contratos de concesión de transporte, y luego en abril de 2011 por un fallo de un juez ante una acción de tutela;** hasta que finalmente se adjudicó el 7 de julio de 2010, ocho (8) meses después de la adjudicación de los contratos de concesión de transporte. De hecho, el acta de inicio del Contrato de Concesión No. 001 de 2011 se firmó hasta el 27 de septiembre de 2011, ocho meses después de firmarse el acta de inicio de los [sic] Contrato de Concesión No. 004 de 2011."<sup>215</sup> (Énfasis añadido).

507. El texto transcrito es elocuente en la identificación de los motivos del rezago: en la primera ocasión la suspensión para la adjudicación del SIRCI provino de decisión de la Procuraduría General de la Nación; en la segunda se debió a decisión judicial en virtud de una acción de tutela, situaciones ambas que

---

<sup>215</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folio 162.

corresponderían a un evento de fuerza mayor en los términos del artículo 1º de la Ley 95 de 1890,<sup>216</sup> por consiguiente eximente de la responsabilidad que pudiera llegar a atribuírsele a Transmilenio en torno a la entrada en funcionamiento del SIRCI.

508. De esta manera, y al margen de la precitada vaguedad en la identificación de las violaciones alegadas por Gmóvil, lo expuesto es suficiente para denegar la Pretensión No. 51, como en efecto se hará en la parte resolutive del Laudo.
509. Respecto de la Pretensión subsidiaria, no advierte el Tribunal por lado alguno que la alegada entrada tardía en operación del SIRCI pueda ser tipificada como evento que hubiera alterado la ejecución del Contrato 004-2010 y conducido al desequilibrio económico del mismo, con restablecimiento a cargo de Transmilenio.
510. En efecto, amén del exigente estándar requerido para que se consolide el desequilibrio económico de un contrato –al que se ha hecho repetida referencia a lo largo de este Laudo– el mismo hecho de que se hubiera incluido el retraso asociado con el SIRCI como una de las causas de riesgos contempladas en la Matriz de Riesgos echa por tierra, por definición, la condición de imprevisibilidad, indispensable para configurar la alteración y el desequilibrio reclamados por Gmóvil en la Pretensión que se comenta.
511. Consecuencia necesaria de lo anterior es la denegatoria de la Pretensión subsidiaria No. 51, lo cual se registrará en la parte resolutive de este Laudo.

Pretensión No. 52

512. El texto de esta Pretensión es el siguiente:

---

<sup>216</sup> "Se llama 'fuerza mayor' o 'caso fortuito', el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, **los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público**, etc." (Énfasis añadido).

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

513. Frente al texto de esta Pretensión, el Tribunal comienza por recordar que, como se mencionó previamente el compromiso de gestión de Transmilenio consignada en la cláusula 24.1 del Contrato 004-2010 es una *obligación de medio* y, por consiguiente, será a la luz de la caracterización de este tipo de obligaciones como se enfocará el cargo de incumplimiento formulado por Gmóvil.
514. En tal virtud, examinados los planteamientos y argumentación esgrimidos por una y otra Parte, tanto en la Demanda como en la Contestación,<sup>217</sup> como en los correspondientes Alegatos,<sup>218</sup> el Tribunal pone de presente que ciertos actos administrativos dan cuenta de sanciones impuestas a Transmilenio con motivo de su actuación para la integración de los medios de pago correspondientes al SITP.
515. En efecto:
- a. En la Resolución 3790 del 8 de abril de 2013,<sup>219</sup> proferida por la S.P.T. y relacionada con el control a que fue sometida la Convocada por parte de ese Despacho en octubre de 2012 –exigiendo la presentación de un plan de “*recuperación y mejoramiento*” encaminado a remediar la problemática de la integración de los medios de pago del SITP– se le impone

---

<sup>217</sup> Cf. Demanda – Páginas 83 a 91. y Contestación – Páginas 94 a 100.

<sup>218</sup> Cf. Alegato de Gmóvil – Páginas 409 a 418 y Alegato de Transmilenio – Demanda – Páginas 114 a 117.

<sup>219</sup> Cf. Cuaderno de Pruebas No. 6 – Folios 2 a 6.

a Transmilenio una multa conminatoria de hasta 180 salarios mínimos legales mensuales por cada mes *"de mora en la expedición de los actos administrativos que conlleven a la integración de tarjetas de recaudo del sistema..."*.<sup>220</sup>

- b. A su turno, en la Resolución No. 15148 del 3 de diciembre de 2013, también expedida por la S.P.T.,<sup>221</sup> ese Despacho concluyó que estando Transmilenio obligado *"a garantizar en condiciones de igualdad para todos sus usuarios el acceso al sistema"* no se había demostrado tal hecho y, por consiguiente, procedió a restablecer el monto y las condiciones de la multa impuesta a la Convocada en la precedente Resolución 3790 de 2013.<sup>222</sup>

516. Ahora bien, frente a lo anterior, que podría considerarse que soporta el punto de vista de Gmóvil –aunque el Tribunal precisa que según la S.P.T. Transmilenio sería, con relación a los usuarios, el **responsable** de la integración de los medios de pago, lo cual no es rigurosamente exacto en el campo negocial dada la índole de *medio* de su obligación contractual frente a Gmóvil– en la Resolución 23253 del 5 de mayo de 2015 expedida por la S.I.C. a raíz de una queja de Recaudo Bogotá contra Angelcom y Transmilenio por supuesto abuso de

<sup>220</sup> Cabe precisar que subsecuente a la Resolución 3790, Transmilenio expidió la Resolución 125 del 29 de abril de ese año, la cual fue **recurrida** por sus contratistas Recaudo Bogotá, Angelcom y Unión Temporal Fase II, habiendo sido confirmada a través de las Resoluciones 327 y 328 del 26 de julio de 2013, donde, sin embargo, se extendió hasta el 29 de noviembre de 2013 el término para concluir la integración de medios de pago del SITP. (Cf. Cuaderno de Pruebas No. 6 – Folios 8 a 78).

<sup>221</sup> Cf. Cuaderno de Pruebas No. 6 – Folios 80 a 85.

<sup>222</sup> También cabe precisar que subsecuente a la Resolución 15148, Transmilenio expidió la Resolución 468 del 12 de agosto de 2014, ordenando incluir en los contratos de concesión de recaudo un clausulado referido a la "Etapa de Transición y Sustitución del Sistema de Recaudo", la cual también fue **recurrida** por sus contratistas Recaudo Bogotá, Angelcom y Unión Temporal Fase II, habiendo sido confirmada a través de la Resolución 758 del 3 de diciembre de 2014. (Cf. Cuaderno de Pruebas No. 6 – Folios 86 a 97).

También observa el Tribunal que de manera concomitante –como se consigna en el laudo emitido el 7 de diciembre de 2016, sobre el que se volverá más adelante– se desarrollaba una **acérrima confrontación legal** entre los contratistas Angelcom y Recaudo Bogotá, con inclusión de medidas cautelares y acciones de tutela, que naturalmente impactaron el proceso de integración de los medios de pago del SITP.

posición de dominio de estas, se hace una muy acabada y detallada exposición de lo acaecido en torno al complicado proceso de integración de los medios de pago del SITP, para concluir con la **abstención de formulación de cargos contra Transmilenio** y, por el contrario, decretar la apertura de una investigación y la formulación de cargos contra Angelcom y otras compañías relacionadas, así como contra una serie de personas naturales vinculadas a estas.

517. Plenamente relevantes a la Pretensión que se analiza son las siguientes expresiones contenidas en la Resolución 23253 de 2015:

“[E]s claro que el estado actual del proceso de integración de los medios de recaudo... **deviene de las conductas desplegadas presumiblemente por ANGELCOM, SAR y KEB, cuya responsabilidad de forma alguna puede hacerse extensiva a TRANSMILENIO**, habida cuenta que el abuso de posición de dominio y conductas de obstrucción y/o dilación del proceso de integración del sistema de recaudo que fueran vistas, **no son atribuibles ni relacionadas a actuación alguna adelantada por el Ente Gestor o al ejercicio de facultad que asista a este**, quien en todo caso, se ha mostrado en desacuerdo con las actuaciones de los demás investigados.

**En tal sentido, conviene revisar nuevamente las actuaciones adelantadas por TRANSMILENIO, partiendo de la Resolución No. 125 del 29 de abril de 2013**, donde debido a la ausencia de consenso entre los recaudadores respecto de la alternativa de integración a implementar, se adoptó inicialmente la propuesta de integración de RECAUDO BOGOTA (...)

Se recuerda que **el Ente Gestor manifestó en dicho acto que ante la falta de acuerdo entre los recaudadores sobre la alternativa de integración a implementar, se ponía en riesgo la continuidad y/o la calidad de la prestación del servicio de transporte, razón por la cual debía TRANSMILENIO S.A. adoptar las decisiones que fueran**

**necesarias para el logro de la integración**, lo cual en efecto, se gestionó en aquel momento.

En igual sentido, TRANSMILENIO manifestó, en relación con las obligaciones de cada concesionario, que aunque la obligación de integración está en cabeza del concesionario del SIRCI, también es cierto y no puede ni debe ser olvidado por **los recaudadores de FASE I y II, que tienen el deber de colaboración de los contratistas con la administración para el logro de los fines estatales**, aspecto que en todo sentido, propende por la efectiva integración del sistema de recaudo.

De igual manera, el Ente Gestor... advirtió que se debía adoptar una propuesta de integración del medio de pago, la cual debía a su vez ser integralmente acogida e implementada por los tres concesionarios actuales de recaudo, de acuerdo con las obligaciones contractuales de cada uno de ellos. Además llamó la atención sobre la obligación de colaboración que debían tener los contratistas de las FASES I y II del SISTEMA TRANSMILENIO y determinó que la propuesta de integración adoptada se debía regir a unos plazos improrrogables a la luz del cronograma incorporado en la propuesta de integración.

Así mismo, no se puede olvidar que mediante la expedición de la Resolución No. 328 del 26 de julio de 2013 TRANSMILENIO confirmó la Resolución No. 125 del 29 de abril de 2013 y accedió a la pretensión del concesionario de RECAUDO BOGOTA, en el sentido de fijar como nueva fecha, para que la solución de integración adoptada estuviera operativa para los usuarios de todas las estaciones, el 29 de octubre de 2013 y en la totalidad del SITP el 1 de noviembre de 2013, situación que si bien no fue cumplida, en relación con la interoperabilidad de las tarjetas, **en momento alguno, como ya fue analizado, puede imputarse a la responsabilidad directa del Ente Gestor.**

Así mismo, **el Ente Gestor buscó medidas alternativas que de forma transitoria habilitaran las funcionalidades que**

**brinda la integración**, mientras se obtenían los Módulos SAM y se adelantaban los desarrollos que posibilitaran la integración total del medio de pago del sistema (...)

**También TRANSMILENIO ha mostrado su inconformidad frente a las conductas obstructivas presentadas en lo corrido del proceso de integración de los recaudadores**, tal como se evidencia, por ejemplo, en la respuesta a un Derecho de Petición que presentaron ANGELCOM, y la UT FASE II, el 30 de septiembre de 2013 (...)

Nótese además, que **TRANSMILENIO ha advertido a los concesionarios que debía darse lugar a la implementación de una solución benéfica para la ciudadanía**, dejando claro que consideraba inaceptable la exposición de argumentos que no [sic] presentaron en los recursos que hubieran sido resueltos o que implicaban la dilatación de acciones para que no se cumpla con lo ordenado por el Ente Gestor.

En la misma tendencia, insistiendo en el sentido del protocolo inicial de integración... el 8 de marzo de 2013... **TRANSMILENIO inició un procedimiento sancionatorio para la imposición de multas contra la UT FASE II** por el incumplimiento en sus obligaciones contractuales contenidas en la cláusula 9. (...)

A su turno... el 8 de marzo de 2013... **TRANSMILENIO inició contra ANGELCOM un procedimiento sancionatorio para la imposición de multas** por el incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en la cláusula 6. (...)

En consecuencia, **nótese que TRANSMILENIO, además de las decisiones que adoptó a lo largo del proceso de integración adelantado hasta la fecha, ha expresado claramente su inconformidad y ha ejercido las facultades que le asisten para adelantar procesos sancionatorios en contra de los concesionarios del recaudo de las FASES I**

**y II del SISTEMA TRANSMILENIO**, para la consecución de la información que resultaba necesaria para la implementación del protocolo sujeto al software utilizado para el recaudo de dichas fases.

Finalmente, TRANSMILENIO en reacción al estado del proceso de integración... adoptó un nuevo y diferente PROTOCOLO DE INTEGRACIÓN de los sistemas de recaudo mediante Resolución 468 del 12 de agosto de 2014... pues... consideró entre otros aspectos, que realizó todos los esfuerzos para concertar la materialización de la decisión vinculante para los recaudadores adoptada mediante acta del 10 de abril de 2014, mediante múltiples reuniones, mesas de trabajo y concretando los protocolos asociados a los aspectos técnicos y económicos necesarios sin que se hubiera logrado dar inicio de la implementación de la etapa de transición y sustitución.

**Bajo tales circunstancias es evidente que las gestiones de TRANSMILENIO a nivel de actuaciones administrativas dieron lugar a la implementación contractual del PROTOCOLO DE SUSTITUCION Y TRANSICION (...)**

**Lo anterior, sin contar que el Ente Gestor ha tenido que asumir la constante censura de sus decisiones por parte de ANGELCOM** quien no solo incoó recurso en contra de la Resolución 468 del 12 de agosto de 2014, que fue confirmada mediante Resolución 758 del 3 de diciembre de 2014286, **sino además ha pretendido truncar el nuevo protocolo adoptado por vía de acción de tutela.**

Así pues, aunque de la información que obra en el expediente, al parecer aún persisten las dilaciones por parte de los concesionarios de las FASES I y II, no se tiene evidencia que permita inferir que TRANSMILENIO como Ente Gestor, obra de manera consecuente a tales dilaciones, pues por el contrario, **ha ejercido los poderes que le asisten y propendido, si bien sin**

**los resultados esperados, para que se dé lugar a la integración de los sistemas de recaudo...”. (Énfasis añadido).**

518. Lo anterior, por otra parte, debe complementarse con lo consignado en el laudo expedido el 8 de diciembre de 2016 en el arbitraje promovido por Recaudo Bogotá contra Transmilenio,<sup>223</sup> donde, aludiendo, entre otras disposiciones, a la Resolución 23253 de 2013 y sin omitir la referencia a la Resolución 3790 de 2013, se expresa lo que sigue, con lo cual coincide este Tribunal:

“[S]i bien la Superintendencia de Puertos y Transporte consideró que Transmilenio no había actuado diligentemente en el cumplimiento de sus funciones en relación con la integración, en todo caso **cuando Transmilenio procedió a actuar, la decisión que adoptó no se cumplió, según lo señalado el propio Recaudo, por la conducta de los otros concesionarios del recaudo fases I y II, lo que a juicio del Tribunal demuestra que la posible negligencia de Transmilenio no guarda relación causal con el hecho de no haber logrado rápidamente la integración de los medios de pago**, pues este resultado fue generado por la conducta de los otros concesionarios de recaudo de las fases I y II.<sup>224</sup> (...)

De todo lo anterior **concluye el Tribunal que no está establecida la responsabilidad de Transmilenio en la no integración de los medios de pago**. Si bien, un órgano de control en ejercicio de sus funciones consideró en un determinado

---

<sup>223</sup> Cf. Cuaderno Principal No. 5 – Folio 160 (CD).

<sup>224</sup> A este respecto, en el laudo en mención se cita la siguiente manifestación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá hecha el 19 de junio de 2014 sobre la actitud de Angelcom y de SAR S.A. en el proceso de integración de los medios de pago del SITP:

“La resolución 125 de 2013 no se puede cumplir sin contar con la colaboración de los operadores de recaudo de las Fases I y II, y más si se tiene en cuenta que... adoptó una propuesta de integración de medio de pago presentada por Recaudo Bogotá S.A.S., disponiendo en su artículo 3º, que los recaudadores de las fases I y II... debían ofrecer, con un alto grado de colaboración, la información necesaria...”.

(Laudo del 7 de diciembre de 2016 – *Recaudo Bogotá S.A.S. vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.* – Página 179).

momento que Transmilenio no había actuado diligentemente, **posteriormente otras autoridades reconocieron la actuación de Transmilenio.** Así mismo, la prueba que obra en el expediente... **los causantes de la no integración oportuna fueron otros concesionarios del recaudo.** A lo anterior vale la pena agregar que **no es claro que el proceso de integración hubiera podido ser más expedito si Transmilenio hubiera actuado de otra manera,** habida cuenta de la conducta obstructiva de los otros concesionarios que inclusive no dieron cumplimiento a medidas cautelares dispuestas por autoridades jurisdiccionales. Es decir que aun si se aceptara que Transmilenio, incurrió en omisiones no es claro que las mismas hayan tenido un papel causal en la situación que se presentó.<sup>225</sup> (Énfasis añadido).

519. De esta manera, siendo el cargo formulado en la Pretensión aquí evaluada el de *incumplimiento* de Transmilenio, dada la índole de *medio* de su obligación frente a Gmóvil y considerando el impacto que tiene tal tipo de obligaciones en el régimen probatorio,<sup>226</sup> el Tribunal concluye que no ha quedado establecido que Transmilenio, dentro del alcance y contenido de su compromiso, haya incurrido en el yerro que le endilga Gmóvil.

---

<sup>225</sup> Ibid. – Páginas 180 y 182.

<sup>226</sup> El profesor Jorge Suescún, citando al doctor Fernando Hinestrosa, destaca y concluye:

“Como aspectos sobresalientes de la teoría destaca los relativos a su régimen probatorio, explicando que ‘cuando media el compromiso de alcanzar un determinado efecto, el acreedor está dispensado de probar la negativa, al tiempo que el deudor que considera no ser responsable demostrará su cumplimiento señalando el resultado o la imposibilidad impeditiva y relevante en que se halló de cumplir. Pero si lo que de él se espera es apenas buenos oficios, **diligencia adecuada tendiente a un fin cuya aprehensión es probable pero no cierta,** partiendo de reconocimiento previo de su buena conducta, **se requiere prueba de culpa suministrada por el acreedor para admitir responsabilidad**’. Agrega en otro aparte que... ‘en las obligaciones de medios el demandante debe, de manera adicional, convencer al juzgador de que el obligado violó su compromiso.’

De la postura comentada se infiere que en las obligaciones de resultado positivo -que son las más numerosas e importantes -el demandante no está obligado a probar el incumplimiento, ni la culpa del deudor. Este último, de no haberse logrado el fin perseguido, sólo podrá exonerarse con la prueba de la fuerza mayor. **En las obligaciones de medio, en cambio, la culpa no se presume, debiendo el acreedor demostrarla.**” (Énfasis añadido).

(Jorge Suescún Melo, *op. cit.*, Tomo I, páginas 361 y 362).

520. Por consiguiente, en la parte resolutive del Laudo se consignará el despacho negativo de la Pretensión No. 52 aquí evaluada.
521. Al margen de esta conclusión, el Tribunal, a manera de *obiter dictum*, debe subrayar el injustificado costo que por las falencias en la oportuna integración de los medios de pago debió soportar la comunidad de usuarios del sistema Transmilenio, en detrimento del servicio que espera la ciudadanía y le es debido por elementales razones de bienestar común, siendo indicativo lo consignado en el informe de la Veeduría Distrital de septiembre de 2015 titulado "*Como avanza el Distrito en movilidad*", donde, previo señalar que la movilidad urbana es de capital importancia para el desarrollo de una ciudad, apunta:

"Es claro que las medidas adoptadas por Transmilenio S.A. – sin analizar los hechos acaecidos alrededor de ella que se relacionan con la pertinencia jurídica de las decisiones adoptadas– han servido para avanzar en la sustitución de los medios de pago para el proceso de integración del SITP."<sup>227</sup>

Pretensión No. 53

522. Esta Pretensión postula:

"Que se declare que la no atención oportuna de las necesidades de los equipos de recaudo del sistema a bordo de los vehículos de GMÓVIL S.A.S. por parte del Concesionario de Recaudo (SIRCI), así como, el cobro de servicios de desinstalación de los equipos a bordo de flota a desvincular del Sistema y de la posterior instalación y reconfiguración en la flota que se vincula en reemplazo de la que se ha perdido vida útil, constituyen eventos ajenos y no imputables a GMÓVIL S.A.S. que le generaron un desequilibrio económico del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A."

---

<sup>227</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6 – Folio 125.

523. Con relación a esta Pretensión, el Tribunal anota que no encuentra satisfechos los estándares atrás referidos (carácter extraordinario e imprevisibilidad) para la configuración del desequilibrio económico del Contrato 004-2010, a lo que deben añadirse las siguientes consideraciones:

- a. De ninguna manera eran imprevisibles las fallas del SIRCI, a punto tal que la Matriz de Riesgos incluye como una de las causas del riesgo de implementación los “*retrasos en la entrega... de los equipos SIRCI*”, circunstancia que, si bien asociada con *entrega*, denota que el asunto materia de la Pretensión no era ajeno a las consideraciones regulares de que se presentarían inconvenientes en la operación misma de los equipos de recaudo.
- b. De hecho, el propio Contrato 004-2010 prevé las fallas operativas al establecer en su cláusula 82 que Gmóvil –si bien con discrecionalidad– debía contar con una “*Flota de reserva*”, en los siguientes términos:

“El CONCESIONARIO deberá mantener una Flota **adicional** al tamaño de la Flota de operación, como **reserva técnica** que le asegure al sistema la cobertura y disponibilidad permanente de la Flota para la prestación eficiente, oportuna y suficiente del servicio público de transporte y que permita **cubrir las contingencias** del... SITP, en su **operación** y las necesidades de mantenimiento de la Flota. El tamaño de la Flota de reserva será determinado autónomamente por el CONCESIONARIO”  
(Énfasis añadido).

- c. Está fuera de cualquier debate que la tarea de desinstalación e instalación de equipos de recaudo en la flota de Gmóvil no era obligación de cargo de Transmilenio, quien, como indica el propio Contrato 004-2010

estaba circunscrito a seleccionar “*el Concesionario del SIRCI del SITP, de acuerdo con lo estipulado en el Estatuto General de Contratación.*”<sup>228</sup>

524. Consecuencia necesaria de lo expuesto sobre esta Pretensión es su denegatoria, que constará en la parte resolutive del Laudo.

Pretensión No. 54 y subsidiarias

525. El texto de estas Pretensiones es como sigue:

“[54] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. abusó de sus facultades legales y contractuales al expedir la Resolución 548 de 2016, o los apartes que el Tribunal considere, al contener ésta disposiciones que constituyen una modificación del Contrato, sin haber cumplido con el procedimiento contractual y/o con las disposiciones legales aplicables.”

“[Subsidiaria 1] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al expedir la Resolución 548 de 2016, o los apartes de la misma que el Tribunal considere, al contener ésta disposiciones que constituyen una modificación del Contrato de Concesión, sin haber cumplido con el procedimiento contractual y/o con las disposiciones legales aplicables.”

“[Subsidiaria 2] Que se declare que la expedición de la Resolución 548 de 2016 por parte de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., o de los apartes de la misma que el Tribunal considere, constituye un evento ajeno y no imputable a GMÓVIL S.A.S. que generó un desequilibrio económico del Contrato en perjuicio de esta última, a cuyo

---

<sup>228</sup> § 1.75.

restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

526. Con relación a la Pretensión principal y su primera subsidiaria, el Tribunal se circunscribe a señalar que, al margen de que Gmóvil manifestó que no apuntaba a cuestionar la legalidad de ese acto administrativo,<sup>229</sup> lo cierto es que efectivamente lo hace, pues basa lo pretendido en la **expedición** de la Resolución 548 de 2016, de lo que fluye que el reclamo debería haber sido planteado a través de una acción contra la Resolución ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sin que sea dable procesar por la vía de este Arbitraje lo solicitado por la Convocante.
527. Consecuencia de lo anterior es la denegación tanto de la Pretensión Principal No. 54 como de su primera subsidiaria.
528. En cuanto a la segunda Pretensión subsidiaria, el Tribunal, si bien advierte que la expedición de la Resolución 548 de 2016 es acción ajena a la Convocante, no observa que ni el propósito de ese acto administrativo, ni sus efectos cumplan con los estándares requeridos para la tipificación de una alteración del equilibrio económico del Contrato 004-2010, y menos para que le corresponda a Transmilenio su restablecimiento.
529. De hecho, el propio Dictamen Técnico, según cita que aparece en el Alegato de Gmóvil, plantea una solución que, en absoluto, contempla el **concurso económico de Transmilenio**:

“Si bien la Resolución 548 de 2016 únicamente abarca la responsabilidad económica por la desinstalación de equipos, resulta lógico que la responsabilidad económica por la reinstalación y reconfiguración de los mismos en el mismo o un nuevo vehículo deben ser asumidos por la parte que haya ocasionado la necesidad de desinstalarlo. **Así, quien debe asumir los**

---

<sup>229</sup> Cf. Alegato de Gmóvil – Página 438.

**costos de reinstalar y reconfigurar un equipo desinstalado por cumplimiento de la vida útil de la flota debe ser el concesionario del SIRCI** por ser su obligación contractual proveer e instalar los equipos embarcados a los vehículos que vincule el concesionario de transporte dentro de su ejecución natural del contrato de concesión.” (Énfasis añadido).<sup>230</sup>

530. Corolario de lo expuesto es que, al igual que la Pretensión principal y la primera subsidiaria, también será denegada la segunda Pretensión subsidiaria.

*D.15 Pretensiones particulares – Relativas a la evasión en el componente zonal y piratería*

531. Como figura en la tabla que sobre ellas aparece en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo de Pretensiones, todas de índole **declarativa**, corresponden a las marcadas como Nos. 55 y 56 (y sus correspondientes subsidiarias) de la Demanda, respecto de las cuales el Tribunal expone lo que sigue

Pretensión No. 55 y subsidiaria

532. El texto de estas Pretensiones es como sigue:

“[55] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) al no haber gestionado medidas efectivas tendientes a evitar el ingreso al Sistema en la Operación zonal (evasión zonal), sin la validación del medio de pago correspondiente.”

“[Subsidiaria] Que se declare que la utilización del Sistema Integrado de Transporte sin la validación del medio de pago correspondiente (evasión), en la operación zonal, constituye un

---

<sup>230</sup>

Dictamen Técnico – Cita en Alegato de Gmóvil – Página 450.

evento ajeno y no imputable a GMÓVIL S.A.S. que altera el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

533. A través de la Pretensión principal, Gmóvil pretende endilgarle **responsabilidad contractual** a Transmilenio, aduciendo el incumplimiento de “*sus obligaciones legales y contractuales*” por falta de gestión efectiva para impedir la evasión del pago del transporte zonal del SITP.
534. Para el Tribunal –desde ya se anuncia– esta Pretensión fracasará, por las razones que a continuación se exponen.
535. No cabe la menor duda que la evasión en el pago del transporte en el SITP es un hecho notorio que a la luz del inciso final del artículo 167 del C.G.P. no requiere prueba,<sup>231</sup> pero, primordialmente, se trata de una conducta reprochable desde todo punto de vista, que refleja una deplorable falta de *cultura ciudadana*, que afecta a todos los usuarios del SITP y a la ciudadanía en general,<sup>232</sup>

---

<sup>231</sup> “Los hechos notorios y las afirmaciones indefinidas no requieren prueba.”

<sup>232</sup> En el Testimonio de Andrés Oyola se lee:

“**DR. CORTÉS:** Usted...puede explicar las afectaciones que tiene para el concesionario GMóvil la existencia de una evasión en la ciudad, ¿cuál es esa evasión, ¿qué es la evasión y cómo afecta al concesionario?

**SR. OYOLA:** La evasión como se conoce en la ciudad digamos es a la que más acceso tiene uno, y es la que se presenta en los corredores troncales, las personas que vemos que se pasan la calle corriendo y se monta a la estación o que se pasa por encima del torniquete en la estación.

Digamos que eso sí bien es cierto afecta directamente a la ciudad, a nosotros en esa operación Troncal no [sic] nos afecta, situaciones similares se dan en los buses azules... hemos identificado varias formas de evasión, una de ellas es el pasajero se monta por encima del torniquete o se pasa por debajo porque es muy fácil pasarse por debajo de los torniquetes, son como tres... que les contaba entonces acá por debajo no hay nada que le impida al usuario pasar, entonces se pasan por aquí o se pasan por encima.

En el bus o está el que paga una persona pero en el torniquete se juntan y pasan dos y la tercera es cuando el vehículo para en los paraderos que tenemos establecidos, alguien ha timbrado para bajarse y lo que pasa es que mientras se baja alguien se suben 3 o 4 al bus y no pagan, esa es la evasión.”

(Testimonio de Andrés Oyola – Páginas 24 y 25).

siendo imperativo –señala este Tribunal también a manera de *obiter dictum*– su corrección, más que por la vía coercitiva, por la vía de promover el respeto por los demás y la conciencia ciudadana a través de la siempre anhelada difusión de la educación, como herramienta por excelencia para alcanzar este propósito y, desde luego, muchos más.

536. Pero de ahí a que Transmilenio tenga una **obligación legal o contractual** de control o prevención de la evasión y que le pueda ser reclamada por Gmóvil a través de este Arbitraje, hay un abismo.<sup>233</sup>
537. Como primera medida, la tantas veces mencionada obligación de Transmilenio contenida en la cláusula 24.1 es, como atrás se ha venido consignando, una típica *obligación de medio* y es evidente que Transmilenio ha desplegado varias actividades para buscar el control de la evasión, como, y por vía de ejemplo, puede apreciarse en la respuesta a la pregunta No. 10 formulada a la representante legal de Transmilenio en el marco del informe juramentado a cargo de ella,<sup>234</sup> y en la evidencia gráfica presentada en la Contestación de la Demanda al responder el Hecho No. 798,<sup>235</sup> razón por la cual ninguna desviación de su compromiso de medio puede serle endilgada.
538. Pero adicionalmente, y en ello desea enfatizar el Tribunal, el “*Riesgo de cartera por fraude en los medios de pago en buses*” está explícitamente previsto en la Matriz de Riesgos **como de cargo de Gmóvil**, siendo una de las

---

<sup>233</sup> Como bien se expuso en salvamento de voto presentado con ocasión del laudo del 21 de diciembre de 2016:

“Lo que caracteriza y distingue la noción de ‘obligación’ de los demás deberes de conducta, es la existencia de una relación entre dos sujetos –acreedor y deudor– con un vínculo obligacional entre ellos de manera que, de un lado, exista el débito de quien se encuentra sujeto a cumplir la prestación a favor de su contraparte y, de otro, el derecho del acreedor a exigir del deudor la prestación debida y a que, ante su incumplimiento le indemnice el perjuicio que eso le ocasione.”

(Salvamento de Voto – Laudo del 21 de diciembre de 2016 – *Transmasivo S.A. y Somos K S.A. vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.* – Página 4).

<sup>234</sup> Cf. Cuaderno de Pruebas No. 11 – Folio 31.

<sup>235</sup> Cf. Contestación de la Demanda – Páginas 163 a 166.

manifestaciones de tal riesgo “*el ingreso al bus evadiendo el pago*”, circunstancia que refuerza la conclusión sobre denegatoria de esta Pretensión.

539. La antedicha decisión adversa a la Pretensión No. 55 principal implica, entonces, la necesidad de abordar la correspondiente subsidiaria.
540. Al respecto, dado el texto de lo solicitado, si bien es claro que la evasión es un evento ajeno a la Convocante, no es menos cierto que se trataba de una circunstancia **absolutamente previsible**, a punto tal que, como se indicó líneas arriba, hace parte de los riesgos **explícitamente asumidos por Gmóvil**.
541. Por consiguiente, el Tribunal considera que en esta forma no se tipifican las características de sucesos extraordinarios e imprevisibles que por alterar de **manera anormal** el devenir de un contrato darían pie para predicar el desequilibrio económico del mismo y la consecuente necesidad de restablecerlo.
542. Así, pues, no estima el Tribunal que sea precisa consideración adicional para soportar su conclusión sobre denegatoria de esta Pretensión subsidiaria, como se consignará en la parte resolutive del Laudo.

Pretensión No. 56 y subsidiaria

543. Estas Pretensiones postulan:

“[56] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. ha incumplido sus obligaciones legales y contractuales como Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) al no haber gestionado medidas efectivas tendientes a evitar la prestación del servicio de transporte ilegal de pasajeros en la ciudad de Bogotá (‘piratería’).”

“[Subsidiaria] Que se declare que la prestación del servicio de transporte ilegal de pasajeros en la ciudad de Bogotá

(‘piratería’) constituye un evento ajeno y no imputable a GMÓVIL S.A.S. que altera el equilibrio financiero del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

544. La Pretensión principal No. 56, si bien referida a “*la prestación del servicio de transporte ilegal de pasajeros*”, conocido como “*piratería*” es, desde el punto de vista de su evaluación legal, similar a su par No. 55, con el aditamento de que la Convocante –una vez más– no especifica cual es la disposición contractual trasgredida por Transmilenio o la norma incorporada como obligación contractual que ha sido desconocida.
545. De esta suerte, el Tribunal solo encuentra como referente contractual la muchas veces mencionada cláusula 24.1 del Contrato de Concesión, respecto de la cual reitera la condición de obligación de *medio* que ella entraña y, por ende, su efecto para fines de establecer su incumplimiento.
546. Como expresa el doctor Fernando Hinestrosa:

“Ciertamente hay oportunidades en las que el deber del deudor consiste solamente en ser diligente, advertido, cuidadoso, entendido y emplear los medios idóneos conforme a las circunstancias, para alcanzar un resultado útil para el acreedor y que este apetece, pero sin asegurarlo, o sea que no responde por el mero hecho de la ausencia de aquel, sino en razón de una conducta deficiente.”<sup>236</sup>

547. En este sentido, el Tribunal no halla que Gmóvil, como era su carga por tratarse de una obligación de medio, haya demostrado el yerro contractual de Transmilenio en los términos arriba consignados.

---

<sup>236</sup> Fernando Hinestrosa, *op. cit.*, páginas 245 y 246.

548. Por ende, y sin que sea necesaria argumentación adicional, se despachará negativamente la Pretensión principal bajo análisis, lo cual apareja, desde luego, que el Tribunal pase a ocuparse de la correspondiente subsidiaria.
549. Dicha Pretensión es del mismo tenor que la Pretensión No. 55 subsidiaria y, por consiguiente, solo que referida a la "piratería" y no a la "evasión", le es aplicable la misma argumentación y conclusiones.
550. En efecto, dentro de los riesgos **explícitamente** establecidos a cargo de Gmóvil se halla el de "demanda" causado por la irrupción ilegal de vehículos particulares en el ámbito del transporte público, esto es, como se expresa en la Matriz de Riesgos, "el efecto económico derivado de la disminución de la demanda, la presencia o participación de otros agentes que presten el servicio de manera informal o no regulado y la presencia de otros medios sustitutos de transporte (vehículos tipo motocicletas, vehículos particulares, etc.)", es decir, la piratería cuyo resarcimiento reclama la Convocante.
551. Por consiguiente, si bien la piratería es ajena a Gmóvil, también está fuera de cualquier duda que la Convocante conocía la posibilidad de encontrarse con este fenómeno y, además, **asumió el riesgo asociado**, de manera que no advierte el Tribunal forma alguna para concretar los elementos de la alteración del equilibrio económico del Contrato 004-2010 que traigan consigo una reparación a cargo de Transmilenio.
552. La parte resolutive del Laudo reflejará la denegatoria de esta Pretensión subsidiaria.
- D.16 Pretensiones particulares – Relativas a otros reconocimientos pendientes tales como la Flota Nueva – Sistema Euro V y Mantenimiento de los Mecanismos de Accesibilidad*
553. Como figura en la tabla que sobre ellas aparece en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo de Pretensiones, todas de índole **declarativa**, corresponden a las
-

marcadas como Nos. 57 a 59 de la Demanda, sobre las cuales el Tribunal expone lo que sigue a continuación, precisando que se hallan divididas en los dos (2) subgrupos a que se hará referencia en el curso de la evaluación que sigue.

Pretensión No. 57 y subsidiaria

554. Esta Pretensión y su subsidiaria, corresponden al subgrupo "*Pretensiones relativas al cambio de la Flota Nueva del Sistema Euro IV al Sistema Euro V*" y tienen el texto que sigue:

"[57] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al haber ordenado a GMÓVIL S.A.S. que vinculara flota nueva por cambio de especificaciones técnicas en emisiones (Euro V) sin haber dado aplicación oportuna al mecanismo de pago de la mayor remuneración a favor d GMÓVIL S.A.S., en la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) y la Tarifa Mensual por Kilómetro Zonal (TKMZ), según lo establecido en la Cláusula 64 del Contrato."

"[Subsidiaria] Que se declare que la expedición de las Resoluciones No. 1304 de 2012 y 1223 de 2013 de la Secretaría Distrital de Ambiente, o de cualquier otra norma de carácter Distrital o Nacional aplicable, constituyen eventos ajenos y no imputables a GMÓVIL S.A.S. que alteraron el equilibrio financiero del Contrato a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A."

555. Como punto de partida de su análisis, el Tribunal resalta que la referencia a la cláusula 64 del Contrato 004-2010 que se menciona en la Pretensión debe partir del parágrafo 1 de esta, titulado *Revisión de Coeficientes de Remuneración y Ponderación de la Fórmula de Ajuste*, que dispone:

"La revisión a la cual se hace referencia en el siguiente apartado se realizará cada cuatro (4) años, o a solicitud del Ente Gestor, o cuando, por normatividad Nacional o Distrital, se presenten cambios en especificaciones técnicas para los vehículos que se vinculen al SITP. (...)

La revisión se basará en el cálculo de costos de insumos de operación y rendimiento de vehículos nuevos, vigentes en el momento en que se efectúe la revisión, y pretende capturar eficiencias tecnológicas de la industria."

556. Sobre esta base contractual, en el Alegato de Transmilenio se da cuenta de la celebración de una reunión con los concesionarios de la operación zonal del SITP,<sup>237</sup> incluido Gmóvil, fruto de la cual, y para fines de la revisión prevista en el precitado párrafo respecto de mayor inversión en vehículos de la característica Euro V y en el incremento de los costos de operación,<sup>238</sup> estos solicitaron la utilización de *precios de referencia*, lo cual derivó en la acción de Transmilenio a que se alude en el Testimonio de Diana Parra, Subgerente Financiera de la Convocada, quien manifestó lo que sigue frente a preguntas del Apoderado de Gmóvil:

"**DR. CORTÉS:** [H]ay un evento adicional en el Artículo 64, en la Cláusula 64, en relación con la revisión de la tarifa asociada a cambios en la tecnología de vehículos. Usted puede mencionar, si tiene conocimiento de reclamaciones del concesionario, en relación con la aplicación de la tarifa o de una necesidad de

---

<sup>237</sup> Cf. Alegato de Transmilenio – Demanda– Página 130.

<sup>238</sup> Sobre el punto de Euro IV y Euro V, obra en el Proceso la siguiente explicación dada por la Testigo Diana Parra:

"**DR. GAMBOA:** ... En cuanto sea de su conocimiento, nos quiere ilustrar, que se entiende por Euro 4 y que se entiende por Euro 5...

**DRA. PARRA:** Aclarando de antemano que no soy mecánica ni mi especialidad no [sic] es esa, de las discusiones muy amplias que hemos tenido en Transmilenio sobre ese tema, el conocimiento que tengo es que la diferencia entre Euro 4 y Euro 5 está en el nivel de emisiones, o sea, el nivel de emisiones de Euro 5 es menor al de los vehículos Euro 4."

(Testimonio de Diana Parra – Página 16).

revisar la tarifa, por cambios en especificaciones técnicas en una tecnología denominada Euro 5, es decir, de una tecnología inicial denominada Euro 4 a una tecnología posterior denominada Euro 5. ¿Usted tiene conocimiento de reclamaciones o solicitudes del concesionario, para que aplique una revisión de esa tarifa?

**DRA. PARRA:** Si tengo conocimiento.

**DR. CORTÉS:** ¿Usted nos puede, en términos generales, describir cuál ha sido la respuesta de Transmilenio a esa solicitud?

**DRA. PARRA:** Si. Nosotros cuando llegamos en 2016, cuando yo llegué a mi cargo en el 2016, encontré que había reclamaciones por parte de todos los concesionarios, por la vinculación de flota Euro 5.

Debido a eso, Transmilenio hizo una revisión exhaustiva de los costos de inversión de los vehículos Euro 5, versus los vehículos Euro 4; para ello, en un primer momento de la metodología, solicitó cotización a los fabricantes de chasis y de carrocería (...)

De esa manera pudimos obtener facturas de más de 3.400 vehículos, tanto Euro 4 como Euro 5, por tipología y pudimos establecer la comparación de las facturas de los vehículos Euro 5 versus las facturas de los vehículos Euro 4, y **encontramos que no había diferencia en costo**. Las cotizaciones también nos decían que no había diferencia en costo, incluso en algunas tipologías encontramos que los vehículos Euro 5 habían costado menos que los vehículos Euro 4. Eso para el caso de la inversión.

Para el caso del mantenimiento, y teniendo en cuenta que durante el año 2017, se hizo toda la revisión de tarifas, digamos de los costos de operación de los vehículos, pues también se hizo la revisión de los costos de operación de los vehículos Euro

5, encontrando los expertos que contratamos para el efecto, **pues que no había realmente ninguna diferencia en costo de mantenimiento**, solamente hablaron de un aditivo que se llama adblue, que es la única diferencia, digamos en términos de Euro 4 y Euro 5. **Entonces pues tampoco se encontró una diferencia en costos de operación que ameritara algún reconocimiento.**<sup>239</sup> (Énfasis añadido).

557. Por su parte, la *"revisión exhaustiva"* a que se refiere la Declarante Parra, se tradujo, según refiere Transmilenio en su Alegato,<sup>240</sup> en un documento denominado *"Análisis Financiero de las Diferencias en Costo de la Inversión en la Vinculación de Vehículos con Nivel de Emisión Euro V versus Euro IV"*, de diciembre de 2016, cuyas conclusiones transcribe la Convocada, extractando el Tribunal lo que sigue, tomado del susodicho Alegato:

"Dadas las reclamaciones de los concesionarios, la Oficina Asesora de Planeación (OAP) de TMSA se pronunció en el sentido que los cambios de Euro IV a Euro V no implicaron modificaciones mayores en los procesos de combustión, ni en el diseño, ni tampoco en los elementos que componen el chasis; ya que dichas modificaciones fueron realizadas por los fabricantes al pasar de Euro III A Euro IV. (...)

Desde el punto de vista de la remuneración, se encontró que las tarifas actuales con las cuales se remunera a los concesionarios por la vinculación de vehículos cubren los valores sufragados por los concesionarios al momento de adquirir los chasis. (...)

**Por lo anterior, se concluye que no existen los elementos desde el punto de vista financiero, que permitan determinar que los concesionarios zonales tuvieron que**

---

<sup>239</sup> Ibid. – Páginas 15 y 16.

<sup>240</sup> Cf. Alegato de Transmilenio – Demanda – Páginas 135 a 137.

**incurrir en costos de inversión superiores por la adquisición de vehículos bajo el estándar de emisión Euro V que no se encuentren contemplados en la tarifa por vehículo que actualmente se les reconoce.**<sup>241</sup> (Énfasis añadido).

558. El Tribunal considera que lo antes expuesto, aunado al hecho de que no encuentra establecido que el tránsito de Euro IV a Euro V hubiera aparejado de **manera inequívoca** "*cambios en las especificaciones técnicas para los vehículos que se vinculen al SITP*",<sup>242</sup> que es el detonante para desencadenar la revisión prevista en el parágrafo 1 de la cláusula 64 del Contrato de Concesión, previene el despacho favorable de esta Pretensión, la cual, por consiguiente, será denegada, circunstancia que, además, trae consigo la necesidad de ocuparse de la correspondiente Pretensión subsidiaria, tarea que se cumple a continuación.
559. Fincada esta Pretensión subsidiaria en la alteración del equilibrio económico a raíz de la expedición por la autoridad distrital competente de las Resoluciones 1304 de 2012 y 1233 de 2013, y reclamando Gmóvil que Transmilenio debe correr con el restablecimiento del alegado desequilibrio, el Tribunal sencillamente apunta que la imprevisibilidad requerida para la tipificación de tal situación **no se presenta** respecto de lo planteado por Gmóvil, como categóricamente se desprende del *Anexo Explicativo* a la Adenda 3 del Pliego de Condiciones, donde se lee:

*"Riesgo regulatorio – mayores costos por regulación ambiental, laboral y tributaria.*

---

<sup>241</sup> Ibid. – Páginas 136 y 137.

<sup>242</sup> Cf., p. ej. la comunicación de Volvo a Transmilenio del 20 de septiembre de 2012, donde señala que el chasis de los vehículos es igual para Euro IV que para Euro V y que existe equivalencia en precios y costos de operación.

(Cuaderno Principal No. 11 – Folio 71).

Riesgo regulatorio – mayores costos por cambio en regulación ambiental. Los eventos de cambios en la regulación ambiental se consideran imprevisibles **salvo lo relacionado con la exigencia por parte de la Administración sobre cambios en aspectos de mayores exigencias a las establecidas sobre el uso de tecnologías limpias, el cual contempla un tratamiento contractual que lo excluye de la categoría de riesgo.**

En efecto. La minuta del contrato tiene previsto en el párrafo de su cláusula 64 denominada 'Valor de los derechos de participación del concesionarios (sic)', la revisión de Coeficientes de Remuneración y Ponderación de la Formula de Ajuste cada cuatro (4) años, durante el plazo del contrato de concesión, por lo cual si se establecen mayores exigencias, los costos de éstas se incluirían al revisar la tarifa."

560. Consecuencia necesaria de lo anterior es que la Pretensión subsidiara No. 57 correrá la misma suerte de la principal, esto es, será denegada.

Pretensiones Nos. 58 y 59 y subsidiaria

561. Estas Pretensiones, corresponden al subgrupo "*Pretensiones relativas al mantenimiento de los equipos (elevadores) para garantizar la accesibilidad para las personas con discapacidad o movilidad y/o comunicación reducida*", son tratadas de manera conjunta dada su interrelación, y tienen los siguientes textos:

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

"[59] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no haber dado aplicación oportuna al mecanismo que permita el reconocimiento a favor de GMÓVIL S.A.S. del costo de mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos a los que hace referencia la pretensión anterior, en los términos de la Cláusula 64 del Contrato."

"[Subsidiaria] Que se declare que la expedición de la Ley 1618 de 2013, las normas que la modifiquen, adicionen o complementen, la sentencia T-192 de 2014 de la Corte Constitucional y la sentencia con la que se decidió la acción popular No. 2006-00376 o cualquier otra disposición o decisión aplicable, que dio lugar a la instalación de los equipos elevadores de la pretensión anterior, alteró el equilibrio financiero del Contrato en perjuicio de GMÓVIL S.A.S. a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A."

562. Respecto de la Pretensión No. 58, el Tribunal precisa que su texto parecería sugerir que Transmilenio suministró una instrucción específica para la instalación de elevadores en 52 vehículos, cuando lo cierto es que la cláusula 75 del Contrato 004-2010 sobre *Provisión de Equipos* contempla como parte de las características de todos los vehículos lo concerniente a la "*accesibilidad de pasajeros y todas las demás condiciones y características definidas en el Manual de Operación.*"
563. Y dicho Manual –que formó parte del Pliego de Condiciones– contempla la necesidad de atender el acceso de personas con discapacidades,<sup>243</sup> de suerte que mal puede leerse la Pretensión como representativa de una exigencia puntual hecha por Transmilenio a la Convocante.

---

<sup>243</sup> Cf. §§ 7.2.1.1.19 y 7.2.1.2.20 citadas en el Alegato de Transmilenio – Demanda – Página 144.

564. Precisado lo anterior, el Tribunal anota que no existe coherencia entre lo pedido y lo que la propia Convocante alega como acreditado, pues la Pretensión, que está circunscrita a instalación de *elevadores*, se refiere a **52 equipos**, en tanto que en el Alegato de Gmóvil, partiendo de lo consignado en el Dictamen Técnico, la Convocante concluye que está *“acreditado plenamente que el Concesionario instaló un total de **noventa y seis (96) mecanismos de accesibilidad (elevadores) en igual número de vehículos”***.<sup>244</sup> (Énfasis añadido).
565. Surgiría, entonces, la pregunta de si al haber instalado Gmóvil 96 elevadores y reclamar solo por 52, ¿cuál fue la suerte de los 44 de diferencia? ¿Y los 52 reclamados son de características diferentes de los restantes?
566. No cabe duda que despejar esa aparente inconsistencia era carga de Gmóvil, sin que le corresponda al Tribunal discernir cuales son o no son los equipos afectos a la Pretensión, amén de que no obran en el Proceso elementos que le permitan llevar a cabo esa tarea, si llegare a ser de su resorte.
567. Lo anterior es, entonces, suficiente para concluir que la Pretensión No. 58 será despachada negativamente, como en efecto se consignará en la parte resolutive del Laudo.
568. Establecido lo anterior, pasa el Tribunal al análisis de la Pretensión No. 59, donde Gmóvil postula, con recurrente vaguedad, el incumplimiento de *“obligaciones legales y contractuales”* (énfasis añadido) por no haber aplicado el mecanismo para el reconocimiento *“del costo de mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos a que hace referencia la Pretensión anterior”*.
569. Sobre esta Pretensión, el Tribunal precisa que en el Otrosí No. 17 del Contrato de Concesión, donde se abordó la temática de la accesibilidad, las Partes luego de largas *Consideraciones* consignaron (parágrafo primero de la cláusula segunda), una transacción en los siguientes términos:

---

<sup>244</sup> Alegato de Gmóvil – Página 491.

“En virtud de lo previsto en esta cláusula, las partes acuerdan transigir cualquier eventual desequilibrio patrimonial e incumplimiento contractual que puedan alegar por concepto de adquisición e instalación de los mecanismos de accesibilidad **y los costos asociados a ello**, respecto a todos los vehículos vinculados hasta el 31 de mayo de 2016, por tanto, se declaran a paz y salvo exclusivamente por el concepto anteriormente referido, renunciando cada una, en beneficio de la otra, a cualquier reclamación presente o futura por hechos que dan lugar a la firma de este documento, por lo que todo lo pactado en esta cláusula surte efectos de transacción, precaviendo cualquier litigio existente o eventual que se puede llegar a derivar de las consideraciones aquí expresadas, haciendo tránsito a cosa juzgada, en los términos del artículo 2483 y siguientes del Código Civil.”

570. Como primer aspecto sobre esta transacción, el Tribunal anota que ella cubre lo concerniente a los equipos de accesibilidad en **156 vehículos**, cifra que excede los 96 que se mencionan en el Alegato de Gmóvil y aun la sumatoria entre estos y los 52 reclamados en la Pretensión No. 58, que arrojaría **148 vehículos**.
571. Por otra parte, Gmóvil ha argumentado –con oposición por parte de Transmilenio– que la transacción dejó por fuera los costos de mantenimiento, pues los transigidos solo cubren los referentes a instalación.<sup>245</sup>
572. El Tribunal discrepa de la lectura que le da Gmóvil a la transacción, pues amén de que los términos mismos del acuerdo podrían entenderse como incluyentes de los costos reclamados por Gmóvil, la tarea de mantenimiento de los vehículos, incluyendo los equipos que en ellos se instalen, está explícitamente

---

<sup>245</sup> Cf. Alegato de Gmóvil – Página 492.

establecida como de cargo de Gmóvil, lo cual, de suyo, excluye el traslado de su costo a la Convocada.

573. En efecto, la § 17.1.9, integrante de las **obligaciones** de Gmóvil, prescribe como una de ellas:

“Mantener en condiciones óptimas de funcionamiento, seguridad y limpieza los vehículos, así como los equipos adicionales que se instalen en los autobuses, o en cualquier otra instalación o dependencia a su cargo, destinados al Sistema Integrado de Transporte Público -SITP de conformidad con lo previsto en este Contrato, el protocolo de articulación entre concesionarios de operación y el concesionario del SIRCI y/o en el Manual de Operación.”

574. Lo expuesto conduce, entonces, a la denegatoria de esta Pretensión y, por ende, a evaluar la correspondiente subsidiaria.
575. Sobre esta Pretensión subsidiaria, de suyo muy ambiciosa, por decir lo menos, el Tribunal simplemente anota que no es dable asignarle el carácter de generador de una alteración del equilibrio económico del Contrato 004-2010 a la expedición de una ley (Ley 1618 de 2013), a la emisión de una Sentencia de tutela por parte de la Corte Constitucional y al fallo del Consejo de Estado sobre una acción popular, y mucho menos a que tales actos de dos ramas del poder público tengan cabida en un conflicto **contractual**, circunscrito a lo establecido en la Cláusula Compromisoria.
576. Darle **efectos contractuales** a la emisión de leyes de carácter general, o a la expedición de fallos del poder jurisdiccional desborda cualquier concepto del contenido de un vínculo negocial y mucho más cuando a partir de ello se pretende imponerle a Transmilenio el restablecimiento de la supuesta ruptura del equilibrio económico del Contrato 004-2010.

577. Adicionalmente el Tribunal puntualiza que, al margen de la inconducencia de esta Pretensión, no es de recibo plantear el estudio de la misma adicionando como elementos de análisis, sin especificación alguna, cualesquiera normas que “*modifiquen, adicionen o complementen*” la Ley 1618 de 2013, o, con referencia a las Sentencias, “*cualquier otra disposición o decisión aplicable*”.
578. De esta forma, y sin necesidad de consideraciones adicionales, la Pretensión No. 59 subsidiaria también será denegada.

D.17 Pretensiones particulares – Relativas a la asignación de riesgos del Contrato

579. Como figura en la tabla que sobre ellas aparece en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo de Pretensiones, todas de índole **declarativa**, corresponden a las marcadas como Nos. 60 a 68 de la Demanda, sobre las cuales el Tribunal señala lo que sigue.

Pretensiones Nos. 60 a 65 y 68

580. Respecto de estas Pretensiones, el Tribunal, en aras de la brevedad, se remite a lo consignado en la § D.3 *supra*, donde se evaluaron todas ellas para concluir con su correspondiente **denegación**, como será reflejado en la parte resolutive del Laudo.
581. Por consiguiente, esta sección se ocupará, en los términos que aparecen a continuación, de las restantes Pretensiones de este grupo, valga decir, las Nos. 66 y 67.

Pretensiones Nos. 66 y 67

582. Estas Pretensiones, que dada su interrelación ameritan un tratamiento conjunto, tienen los siguientes textos:

"[66] Que se declare que el riesgo de implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) no corresponde al Concesionario y está a cargo de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., o de quién determine el Tribunal."

"[67] Que se declare que el riesgo de implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) se materializó, particularmente respecto de las Fases 1 y 2, y que los efectos adversos generados deben ser asumidos por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., o por quien determine el Tribunal."

583. Sobre estas Pretensiones el Tribunal pone de presente que lo tratado previamente sobre la validez de la Matriz de Riesgos, aunado a lo establecido contractualmente y las circunstancias de hecho observadas en el Proceso conducen a la denegación de una y otra.

584. En efecto:

a. De conformidad con el párrafo inicial de la cláusula 119-2 del Contrato 004-2010:

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

- b. Por ende, no se advierte como Gmóvil pueda, ahora, frente a tan claros términos plantear que el riesgo de la implementación recaiga exclusivamente en Transmilenio **en contravía con lo estipulado**, llamando el Tribunal la atención que acoger lo pedido por la Convocante sería, lisa y llanamente, modificar el texto contractual.
- c. Adicionalmente, la Matriz de Riesgos tiene plena validez y eficacia,<sup>246</sup> y en ella, como se vio previamente, al tratar el riesgo de “*Implementación*” se consigna:

“[Columna ‘Mitigación’] Este riesgo **corresponderá al concesionario** [Gmóvil] salvo en aquellos casos en que TRANSMILENIO S.A. autorice la incorporación de flota y la misma no pueda ser operada por razones ajenas a la responsabilidad del concesionario, caso en el cual se reconocerá a este el daño emergente por la incorporación de dicha flota.” (Énfasis añadido).

“[Columna ‘Asignación’] TMSA [Transmilenio] (100% del riesgo cuando autorice la entrada de flota y la estructura no esté lista)

**CONCESIONARIO DE OPERACIÓN (los demás eventos).**” (Énfasis añadido).

- d. Lo anterior es, por supuesto, consistente con lo pactado en la precitada § 119-2 del Contrato de Concesión.
- e. A su turno, y como también se mencionó previamente, no se acreditó en el Proceso que hubiera tenido lugar la circunstancia para que el riesgo

---

<sup>246</sup> Ello deja sin piso la manifestación de Gmóvil en el sentido que “[p]ara resolver estas pretensiones, por supuesto, son aplicables todas las consideraciones anteriormente expresadas en relación con otras pretensiones declarativas en cuanto **a la matriz de riesgos del contrato.**” (Énfasis añadido).

(Alegato de Gmóvil – Página 529).

de implementación se trasladara a Transmilenio, esto es, que le hubiera dado a Gmóvil instrucciones para que ingresara *“vehículos nuevos al servicio, seis (6) meses antes de la entrada en operación... y que el concesionario efectivamente los vincule al sistema sin que puedan operar”* (énfasis añadido), como reza lo convenido.

585. Finalmente, y nuevamente sin perjuicio de lo posteriormente consignado sobre la no necesidad de estudio de excepciones y defensas en caso de despacho desfavorable de pretensiones de un demandante, el Tribunal anota que el rechazo de las Pretensiones Nos. 66 y 67 aquí evaluadas, acarrearía la prosperidad de la Excepción de Transmilenio denominada *“El Concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que de los mismos se efectuó conforme a lo pactado en el Contrato de Concesión y a lo previsto en la matriz de riesgos – Anexo 5.”*

*D.18 Pretensiones particulares – Relativas a la velocidad comercial y sus efectos*

586. Como aparece en la tabla que obra en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo solo comprende la Pretensión No. 69 y su subsidiaria, que a continuación se evalúan.

Pretensión No. 69 y subsidiaria

587. Estas Pretensiones tienen los siguientes textos:

“[69] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió su deber de gestión en su condición de Ente Gestor del Sistema, al no haber tomado las medidas correctivas necesarias derivadas de la significativa reducción de la velocidad comercial respecto de la que fue tenida en cuenta en el diseño operacional del Sistema en la Licitación Pública Nol. 004 de 2009.”

“[Subsidiaria] Que se declare que la significativa reducción de la velocidad comercial respecto de la que fue tenida en cuenta en el diseño operacional del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) en la Licitación Pública TMSA-004-2009, constituye un evento ajeno y no imputable a GMÓVIL S.A.S. que alteró el equilibrio económico del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

588. Visto el texto de la Pretensión principal, el Tribunal señala que lo pedido es otra muestra del intento de *extrapolar* funciones o deberes administrativos para tratar de encasillarlos en obligaciones contractuales, posición que es contraria a lo expresado a todo lo largo de este Laudo y, por supuesto, reñida con lo precisado en las múltiples veces citada § 47 del Auto No. 20 del 15 de marzo de 2018.
589. Pero, si aun en gracia de discusión, se tratara de derivar de la cláusula 24.1 del Contrato 004-2010 un yerro contractual de Transmilenio, no considera el Tribunal que el texto de esta estipulación tenga el alcance de imponerle a la Convocada la **obligación** –que, cabe recordar, es el presupuesto indispensable para que pueda predicarse un **incumplimiento**– de “*tomar medidas correctivas*” para superar la reducción de la velocidad comercial frente a la tenida en cuenta con relación a la Licitación 004-2009.
590. Está más allá de cualquier duda que la *velocidad comercial* asociada al deterioro de la malla vial, es uno de los problemas más significativos que impactan el transporte en la ciudad de Bogotá.
591. Pero también es absolutamente evidente que tal situación era del conocimiento y previsión de un especialista en transporte como Gmóvil, de manera que no puede aceptarse que ahora, con motivo de este Arbitraje, pretenda endilgarle a la Convocada violación del Contrato 004-2010 basada en la reducción de velocidad, y máxime cuando en forma alguna le corresponde a Transmilenio una tarea como la reclamada por la Convocante, como que es a la Secretaría

Distrital de Movilidad a quien, como función y según el artículo 2 (1) Decreto Distrital 567 de 2006, le compete:

“Formular y orientar las políticas sobre la regulación y control, el transporte público urbano en todas sus modalidades, la intermodalidad **y el mejoramiento de las condiciones de movilidad y el desarrollo de estructura vial y de transporte.**”  
(Énfasis añadido).

592. Pero es más, tan consciente era Gmóvil de la problemática que podría derivarse de la infraestructura vial, que en la Matriz de Riesgos explícitamente asumió, sin condicionamiento o reserva, el de *“mayores costos por concepto del mal estado de la infraestructura vial”*, de manera que cualquier impacto derivado de lo anterior debe, a la luz del Contrato de Concesión, ser absorbido por Gmóvil y no por la Convocada.
593. Lo expuesto es suficiente para denegar la Pretensión principal No. 69, decisión que conduce a ocuparse de la correspondiente Pretensión subsidiaria.
594. En tal Pretensión, Gmóvil invoca la reducción de la velocidad comercial como significativa, ajena a la Convocante y constitutiva de alteración del equilibrio económico del Contrato 004-2010, el cual debe serle restablecido por Transmilenio.
595. Frente a lo anterior, y en línea con lo anotado previamente sobre la índole extraordinaria e imprevisible de los acontecimientos requeridos para que se configure la alteración del equilibrio económico de un contrato, es patente que la reducción de la velocidad comercial que plantea Gmóvil no cumple con lo exigido, y menos cuando uno de los riesgos a cargo de la Convocante se relaciona, precisamente y como antes se vio, con el impacto económico derivado del estado de la infraestructura vial de Bogotá.

596. Conclusión de lo antes anotado es que tampoco tendrá acogida la Pretensión No. 69 subsidiaria.

D.19 Pretensiones particulares – Relativas al valor de los derechos de participación del Concesionario (Tarifa)

597. Como figura en la tabla que sobre ellas aparece en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo de Pretensiones, todas de índole **declarativa**, corresponden a las marcadas como Nos. 70 a 91 de la Demanda, las cuales a partir de la Pretensión No. 74 están comprendidas en las nueve (9) subsecciones a que se hará referencia en el curso de la evaluación que sigue.

Pretensión No. 70

598. Esta Pretensión es del siguiente tenor:

“Que se declare que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 309 de 2009 y la Cláusula 46 del Contrato, la Fijación y Actualización de la Tarifa al Usuario corresponde a una determinación de la Alcaldía Mayor de Bogotá, sin efectos económicos, derechos u obligaciones a favor o a cargo de GMÓVIL S.A.S. y, por lo tanto, no afecta la remuneración del Concesionario.”

599. Con relación a esta Pretensión, el Tribunal comienza por precisar que la referencia contractual allí consignada no es correcta, pues la cláusula aplicable es la 47, precisamente titulada *Competencia para la determinación de la Tarifa al Usuario*,<sup>247</sup> cuyo texto es:

---

<sup>247</sup> “Tarifa al usuario” es un término definido en la § 1.80, integrante de la cláusula 1ª del Contrato de Concesión, así:

“Es el costo del pasaje para la utilización de los servicios del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP, que se cobra a los pasajeros del Sistema.”

**“El Alcalde Mayor fijará mediante Decreto Distrital la tarifa al usuario y sus actualizaciones,** con fundamento en la evaluación previa que adelanta la Secretaría Distrital de Movilidad del estudio técnico y financiero presentado por el Ente Gestor, la cual se fundamentará en los principios y estructura del diseño financiero y tarifario adoptado para el SITP, de acuerdo con los pliegos de licitación y con los Contratos de operación de buses y recaudo, control e información y servicio al usuario.

**Las actualizaciones de la tarifa al usuario requeridas, de acuerdo con las evaluaciones realizadas por la autoridad de transporte, serán fijadas por el Alcalde Mayor** en las oportunidades definidas o requeridas por tal autoridad.

Las condiciones de fijación de la tarifa y los supuestos de actualización estarán sujetas exclusivamente a los principios y estructura del sistema tarifario, que hace parte del presente Contrato.”<sup>248</sup> (Énfasis añadido).

600. Ahora bien, contrario a lo que podría deducirse de una lectura desprevenida de la Pretensión que se comenta, la fijación de la Tarifa al Usuario no es una prerrogativa discrecional del Alcalde de Bogotá, pues la propia estipulación indica (párrafo final) los parámetros aplicables.
601. A su turno, frente a la *desconexión* que plantea la Pretensión entre la Tarifa al Usuario y la remuneración de Gmóvil según el Contrato 004-2010, el Tribunal considera pertinente hacer referencia a lo consignado en un aparte de la cláusula 46 de este, donde se lee:

**“La diferencia entre lo que debe remunerarse a los agentes SITP y los ingresos recaudados correspondientes a las validaciones de entrada al SITP** se cubrirá con recursos

---

<sup>248</sup> Esta cláusula es, virtualmente, una reproducción del art. 22 del decreto 309 de 2009.

provenientes del Fondo de Estabilización Tarifaria (FET), hasta el monto que permita su utilización. El riesgo de que los recursos disponibles en el Fondo de Estabilización Tarifaria (FET) no sean suficientes para cubrir dicha diferencia no se encontrará atribuido al CONCESIONARIO y se encuentra garantizado con el compromiso de pago extendido por el Distrito Capital, suscrito como un compromiso unilateral a favor de TRANSMILENIO S.A., en su calidad de gestor del Sistema Transmilenio por medio del cual se ha obligado a reconocer los valores que conforme a lo previsto en el presente Contrato tendría derecho a percibir el SITP y a través del mismo, sus Concesionarios y agentes.

En el caso que se presente la igualdad entre lo que debe remunerarse a los agentes SITP y los ingresos recaudados correspondientes a las validaciones de entrada al SITP, no se emplearán ni ingresarán recursos al Fondo de Estabilización Tarifaria (FET).”

602. Así las cosas, la Pretensión que se analiza será despachada favorablemente, con la precisión de serlo en los términos de la cláusula 47 del Contrato 004-2010.

Pretensión No. 71

603. Esta Pretensión trae el siguiente texto:

“Que se declare que, GMÓVIL S.A.S. no está obligado a recibir un menor Valor de los Derechos de Participación del Concesionario, cuando el hecho generador provenga del incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. y/o de eventos ajenos y no imputables a GMÓVIL S.A.S.”

604. En torno a esta Pretensión, el Tribunal considera que le es aplicable *mutatis mutandis*, lo consignado sobre una pretensión del mismo tenor en el atrás referido laudo del 20 de diciembre de 2018:

“Por lo que hace a la pretensión... es claro, a la luz de lo dicho, que conforme al contrato y en particular, a la forma convenida para prevenir los eventuales desfases entre la tarifa al usuario y la tarifa al concesionario, este ha de recibir lo convenido conforme al contrato y sus reglas para las diversas hipótesis y aspectos que derivarían en impacto al ingreso de este.

Los eventuales incumplimientos TRANSMILENIO no especificados en la pretensión, no tienen incidencia en la remuneración del Concesionario al igual que la ocurrencia de eventos ajenos a éste, y no corresponde al Tribunal analizar ni conceder una solicitud genérica, eventual e indeterminada como la que pretende la demandante [Gmóvil], debido a las múltiples circunstancias que deberían ser analizadas individualmente.”<sup>249</sup>

605. Conclusión de lo anterior es, desde luego, que la Pretensión No. 71 no será despachada favorablemente.

Pretensiones Nos. 72 y 73

606. Por referirse a un mismo tema, valga decir la declaratoria de nulidad, el Tribunal evaluará de manera conjunta estas Pretensiones, cuyos textos son:

“[72] Que se declare nula, o que en su defecto no produce efecto alguno, la expresión contenida en la Tarifa por Kilómetro Troncal, (\$/Km) (1KMT) que establece '+ y demás gastos que no se consideran en la tarifa mensual por vehículo (TMVT)', de

---

<sup>249</sup> Laudo del 20 de diciembre de 2018 – Masivo Capital S.A.S. En Reorganización vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A. – Página 286.

los Estudios Previos de la Licitación Pública No TMSA-LP-004 de 2009 (Pág. 34).<sup>250</sup>

"[73] Que se declare nula, o que en su defecto no produce efecto alguno la expresión contenida en la Tarifa por Pasajero Zonal (\$/pas) (TPASZ) que establece '+ y demás gastos que no se consideran en la tarifa mensual por vehículo (TMVZ) ni en la tarifa por kilómetro (TKMZ)', de los Estudios Previos de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009 (Pág. 42)."

607. Visto lo solicitado en las Pretensiones antes transcritas, el Tribunal, en aras de la brevedad, y con relación a las nulidades allí impetradas, se remite a lo consignado en la § D.3 *supra* sobre **caducidad** de la acción para proponer tal declaratoria, consideraciones que, por supuesto, también se predicán de las anulaciones pedidas en las Pretensiones Nos. 72 y 73 que aquí se evalúan.
608. Por consiguiente, **no tendrán acogida** las solicitudes de nulidad formuladas por Gmóvil en las susodichas Pretensiones de la Demanda.
609. Por otra parte, y respecto de lo señalado en las Pretensiones en cuanto se pide que en defecto de las nulidades solicitadas no producen efecto alguno las expresiones censuradas, el Tribunal reitera y se remite, nuevamente en aras de la brevedad, a lo consignado sobre este tema en la antedicha § D.3 *supra*, no sin resaltar que en tratándose de las Pretensiones Nos. 72 y 73, Gmóvil **ni siquiera atiende** el *orden* en que formuló las mismas pues, al introducir –por primera vez en el Arbitraje (con las implicaciones que atrás se expusieron sobre imposibilidad de su debate por parte de Transmilenio y del Ministerio Público) el punto de la *ineficacia*, **invierte** tal orden y **primeramente** pide que se de cuenta de la *ineficacia* y solo en **subsidio** que se decrete la nulidad –ahora

---

<sup>250</sup>

Los Estudios Previos de la Licitación forman parte de esta según su § 1.4.

absoluta<sup>251</sup> lo cual reafirma la confusión conceptual que exhibe la Convocante en esta materia.<sup>252</sup>

610. De esta forma, sin que sean necesarias consideraciones adicionales, en la parte resolutive del Laudo se dará cuenta de la **denegación** de las aquí examinadas Pretensiones Nos. 72 y 73.

Pretensiones Nos. 74 y 75

611. Dada su conexión, el Tribunal considera pertinente tratar de manera conjunta estas Pretensiones, cuyos textos son:

"[74] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió con el procedimiento pactado en el Otrosí No. 11 para la fijación de la Tarifa por Kilómetro Troncal (TKMT) para los vehículos híbridos (bus 80 pax dual híbrido), tarifa que ha debido aplicarse desde el 16 de marzo de 2015, o en la oportunidad que el Tribunal determine."

"[75] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. está obligada a reconocer a GMÓVIL S.A.S. el costo por kilómetro para los vehículos híbridos vinculados a la Operación Troncal (bus 80 pax dual híbrido) de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 64 del Contrato (modificada por el Otrosí No. 11) a partir del 16 de marzo de 2015, el cual se incorporará a la Tarifa por Kilómetro Troncal

---

<sup>251</sup> Cf. Alegato de Gmóvil – Página 585.

<sup>252</sup> Corroboración adicional de ello es el siguiente párrafo, que aparece a continuación de la solicitud "subsidiaria" de nulidad que formula Gmóvil:

"Las anteriores consideraciones respecto de la **validez** del acápite citado [sic] son aplicables también a todos aquellos casos en los cuales el tribunal debe decidir sobre el reconocimiento de causales de **ineficacia** de una disposición contractual." (Énfasis añadido).

(Alegato de Gmóvil – Página 585).

(TKMT) vigente para dicha tipología, o en la oportunidad y en las condiciones que el Tribunal determine.”

612. Como soporte de estas Pretensiones, la Convocante:

- a. Alude en la Demanda a la suscripción del Otrosí No. 11 del Contrato de Concesión,<sup>253</sup> donde las Partes acordaron la vinculación a la flota troncal de Gmóvil de buses con capacidad de 80 pasajeros dual híbrido (Diesel – Eléctrico), fijándose en 44 la cantidad de estos que efectivamente debía incorporar la Convocante.<sup>254</sup>
- b. Destaca que en virtud de dicha vinculación se le generó una distorsión de cara a lo que tenía derecho de percibir por concepto de la Tarifa por Kilómetro Troncal (TKMT), toda vez que la operación de esta clase de vehículos resultaba ser más onerosa y, en consecuencia, la TKMT debía ser ajustada de conformidad con la cláusula 64 del Contrato, modificada mediante el Otrosí No. 11.
- c. Aduce que en dicho documento intervino la posibilidad de incluir un estudio por medio del cual se ajustaría la tarifa por kilómetro troncal en función del mayor o menor costo por consumo de energía, teniendo en cuenta la cantidad de kilómetros recorridos que resultaran de la operación de esta especial categoría de vehículos, de cara a un vehículo de combustión diésel.
- d. De esta forma, en el Otrosí No. 11 se hizo un análisis en torno a las variables conocidas para este tipo de vehículos en lo que se refiere a su canasta de costos, variables que tendrían su ajuste en un lapso de seis (6) meses contados a partir de la entrada en operación del último vehículo de esta clase, mientras se establecía de común acuerdo, el

---

<sup>253</sup> Cf. Demanda – Hechos Nos. 855 a 872.

<sup>254</sup> Cf. §§ 1 y 2 del Otrosí No. 11.

ajuste de la canasta de costos a las condiciones operativas de dicha tipología.

613. Frente a lo anterior, Gmóvil expresa que la vinculación de esta tipología vehicular empezó sobre abril de 2014, concluyendo la vinculación de los 44 buses en septiembre de 2015 y que a la fecha Transmilenio tiene un atraso frente a la revisión de la canasta de costos de veintisiete (27) meses, añadiendo que la incorporación al servicio de este tipo de automotores ha implicado una mayor cantidad de costos de operación, que deben ser revisados a efectos de reajustar la tarifa a que tiene derecho.
614. Tales mayores costos se traducen en el uso de baterías que son altamente contaminantes, así como en la realización de su mantenimiento con personal especializado, a cuyo efecto Gmóvil suscribió un contrato con la compañía Volvo por un término de cinco (5) años y valor total de US\$ 1.832.700 más I.V.A.
615. Adicionalmente, la Convocante señala que los vehículos híbridos hacen 12.94% más kilómetros por galón que un vehículo de tipología *padrón*, lo que implica un ahorro en consumo de combustible frente a un vehículo con motor diésel, pero, en contraposición, a esta clase de vehículos se les debe proveer combustible eléctrico, lo que implica la celebración de un contrato para su suministro, así como incurrir en mayores costos.
616. Así las cosas, Gmóvil, citando en forma aislada partes del Otrosí No. 11, llega, en últimas, a lo establecido en tal documento para fines del reajuste de la tarifa, así:

“A partir de la primera revisión de TKMT en el cuarto (4) año de operación, la remuneración por vehículo se diferenciará por tipología de vehículo, revisión aplicable, y tipo de combustible o fuente de energía empleado.

Para el bus 80 pax dual híbrido, se hará la primera revisión de TKMT en el sexto (6) mes de haber iniciado la operación

completa de la flota. Es decir, seis (6) meses contados a partir de la entrada en operación del último bus del presente otrosí.

Esta revisión se tomará con base en un peritazgo técnico que permita comparar el consumo de combustible de un bus diésel de similar tipología y el consumo de combustible del bus híbrido. La diferencia que resulte de dicha comparación será calculada como costo por kilómetro. El resultado de esta operación será comparado contra el costo real por kilómetro pagado por provisión, operación, mantenimiento y disposición de las baterías. La diferencia resultante se introducirá en la tarifa por kilómetro.

Para el peritazgo técnico las partes escogerán de común acuerdo el perito, así como la metodología aplicable que represente de mejor manera la situación real. Sobre esta tarifa se harán los respectivos ajustes contractuales.”

617. Adicionalmente, señala la Convocante, se dispuso que:

“Los coeficientes de remuneración (TMVT y TKMT) se revisarán cada cuatro (4) años durante el plazo del contrato de concesión y su valor revisado se aplicará para remuneración y ajuste de remuneración de vehículos nuevos que se vinculen a la operación posterior al momento de revisión.”

618. Por otra parte, Gmóvil resalta que la vinculación del último de los 44 vehículos buses híbridos tuvo lugar el 16 de septiembre de 2014, por lo cual el ajuste de la tarifa debió hacerse seis (6) meses después, es decir, a más tardar el 16 de marzo de 2015, agregando que al no realizarse los ajustes de la tarifa conforme se debió realizar, le envió varias comunicaciones a Transmilenio (comunicación GM-GE-PT-2015-339 del 13 de julio de 2015, comunicación GM-GE-PT-2015-450 del 21 de septiembre de 2015, comunicación GM-GE-PT-2015-605 del 14 de diciembre de 2015), donde repetidamente solicitó el ajuste pactado y, adicionalmente, realizó una prueba comparativa del consumo de un vehículo diésel

y uno híbrido (correo electrónico del 20 de octubre de 2015) con la finalidad de propiciar el ajuste.

619. Para el 16 de agosto de 2017, Transmilenio remitió un correo electrónico en donde avizora un reajuste retroactivo por la aplicación de las nuevas tarifas para varios vehículos, entre los que se encuentran los vehículos híbridos, a partir del 10 de agosto de 2017, añadiendo la Convocante que Transmilenio liquidó el pago en la suma de \$ 1.649.436.012.
620. Al respecto Gmóvil expresa que dicha suma se calculó de forma insuficiente y deficiente, pues no fue establecida mancomunadamente por medio de un experto elegido por las Partes, sino de manera unilateral por Transmilenio, sin tener en cuenta los ejercicios técnicos que fueron presentados por Gmóvil y sin calcular la retroactividad desde el 16 de marzo de 2015, fecha en la cual se cumplieron los seis (6) meses desde la vinculación del último vehículo.
621. La Convocada, por su parte, oponiéndose a las Pretensiones y solicitando su denegatoria, manifestó que:
- a. Dio cumplimiento al Contrato de Concesión y procedió a hacer la revisión de las tarifas para vehículos híbridos al cuarto (4º) año, de conformidad con lo establecido en la cláusula 64 del mismo.
  - b. En razón de los ajustes de las tarifas fue que se desarrolló el proceso de licitación pública No. TMSA – CM – 07 – 2016, mediante el cual le fue adjudicado un contrato a Profit, cuya finalidad era la revisión de las tarifas por kilómetro de esta clase de vehículos, y que en desarrollo de dicho contrato se solicitó información a los operadores del SITP, así como, la realización de mesas de trabajo.
  - c. Finalmente, el ajuste de la tarifa de vehículos híbridos se hizo en la semana del 7 al 13 de agosto de 2017.

622. En el Alegato de Transmilenio, en fin, se reitera el cabal cumplimiento de la Convocada a lo dispuesto en el Otrosí No. 11, pues una vez que se realizó la revisión de la tarifa, se procedió a hacer el pago retroactivo de la diferencia de lo remunerado con respecto a la nueva tarifa de kilómetro sometida a revisión.
623. Para tal efecto, se remite a lo consignado en los oficios 2017EE13013 del 16 de agosto de 2017 y 2017EE21511 del 21 de diciembre de 2017, enviados a Gmóvil, en donde se determina el pago retroactivo de \$ 1.649.436.012.
624. Visto todo lo anterior, procede el Tribunal a evaluar las Pretensiones materia de este apartado en los términos que siguen.
625. Lo primero que debe precisarse es que fue lo que se fijó en el Otrosí No. 11, atinente al ajuste de la TKMT para vehículos híbridos (buses de 80 pasajeros), a cuyo efecto se pone de presente que el texto anteriormente citado, resultado de unir las referencias fragmentarias que al mismo hacía Gmóvil, corresponde con fidelidad a lo pactado.
626. Adicionalmente se dispuso:
- "Los coeficientes de remuneración (TMVT y TKMT) se revisarán cada cuatro (4) años durante el plazo del contrato de concesión y su valor revisado se aplicará para remuneración y ajuste de remuneración de vehículos nuevos que se vinculen a la operación posterior al momento de revisión."
627. De esta manera, para el Tribunal es claro que en el Otrosí No. 11 se estableció que la primera de las revisiones a la TKMT para esta clase vehículos se realizaría seis (6) meses después de la entrada en operación del último vehículo, apreciación que está corroborada en la nota de pie de página de la comunicación cursada por Transmilenio a Gmóvil bajo la referencia "*Primera revisión de los coeficientes de remuneración y de la ponderación de la fórmula de vehículos y kilómetros*", donde se lee:

"En el caso de los vehículos padrones híbridos en operación troncal el otrosí No. 11 al contrato de concesión No. 004 de 2010 estipulan [sic] que se hará la primera revisión de los ponderados de la canasta de costo, en el sexto (6) mes contado a partir de la entrega en operación del último bus de cada otrosí. Dicha fecha para el caso de Engativá **es desde marzo de 2015...**".<sup>255</sup> (Énfasis añadido).

628. Transmilenio, sin embargo, solo procedió a llevar a cabo la revisión en referencia en agosto de 2017, si bien planteó hacerlo con carácter retroactivo y al efecto le hizo un pago a la Convocante por valor de \$ 1.649.436.012.
629. Gmóvil, por su parte, reaccionó frente a lo anterior, y en comunicación del 18 de agosto de 2017, acusó recibo del antedicho pago (y de otro no relacionado con el tema bajo análisis), pero manifestó que era simplemente parcial y se refirió a la inobservancia por parte de Transmilenio del procedimiento acordado en el Otrosí No. 11 para establecer el reajuste de la TKMT correspondiente a la flota híbrida:

"Como es de su conocimiento el procedimiento contractual y legal previsto para los ajustes aplicados no ha sido cumplido.

En cuanto a la flota híbrida es importante tener en cuenta que GMÓVIL viene insistiendo en que ambas llevarán a cabo la revisión tarifaria asociada a la flota híbrida del Concesionario desde el año 2015 o acordarán un procedimiento de pruebas para comparar el costo de operación de la flota híbrida y diésel.

TRANSMILENIO no solo no atendió las solicitudes del Concesionario sino que por su cuenta y según nos ha sido informado, designo a PROFIT BANCA DE INVERSION para calcular el reajuste.

---

<sup>255</sup> Cuaderno Principal No. 11 – Folio 86.

GMÓVIL no fue vinculada al procedimiento de dichos cálculos o estimaciones. Sólo una vez emitidos los resultados de PROFIT BANCA DE INVERSION, conocimos un resumen del valor de las tarifas, frente al cual presentamos serios reparos que no han sido atendidos. Por el contrario, TRANSMILENIO procedió al pago de una suma unilateralmente fijada a través de su contratista.

Adicionalmente, TRANSMILENIO calculó el pago retroactivo de forma contraria al Otrosí No. 11 que establece que debía hacerse a partir del sexto mes siguiente a la vinculación del último bus del Otrosí, es decir, el vehículo No. 44. Sin embargo, TRANSMILENIO realizó el cálculo con base en la vinculación de vehículos que no eran objeto del Otrosí (incluyendo hasta flota de reserva).

Adjunto hacemos llegar el archivo compartido el 16 de agosto de 2017 realizando la reliquidación del pago de Km de la flota híbrida considerando con los plazos aquí indicados, manteniendo por lo pronto las tarifas con las cuales fueron liquidados dichos Km, sin perjuicio de las declaraciones y condenas que sean objeto de los mecanismos de solución de controversias."<sup>256</sup>

630. Transmilenio, por su parte, no ha controvertido que la contratación de Profit hubiera sido decisión exclusiva de la Convocada y que el reajuste acreditado a Gmóvil haya sido producto de la tarea conferida al antedicho consultor.
631. Ello, sin embargo, es contrario, a lo previsto en el propio Otrosí No. 11, donde, con referencia a este punto, se estipuló lo atrás consignado que para facilidad se reproduce:

---

<sup>256</sup> Cuaderno Principal No. 4 - Folio 343 (DVD).

"Esta revisión [tarifa TKMT] se tomará con base en un peritazgo técnico que permita comparar el consumo de combustible de un bus diésel de similar tipología y el consumo de combustible del bus híbrido (...)

Para el peritazgo técnico **las partes escogerán de común acuerdo el perito**, así como la metodología aplicable que represente de mejor manera la situación real. Sobre esta tarifa se harán los respectivos ajustes contractuales." (Énfasis añadido).

632. Y también la vinculación de Profit aparece contraria a la Nota 1, que figura en el Otrosí No. 11 como parte de la cláusula 64 del Contrato de Concesión allí modificada, que establece:

"Para el caso de los buses 80 pasajeros duales híbridos, **las partes contratarán un perito** que evalúe la canasta de costos y la ajuste a los costos de la tecnología híbrida. **Dicho ajuste deberá ser avalado de común acuerdo entre las partes**. La evaluación deberá estar lista para la fecha en que las partes hagan la primera revisión, es decir, a los seis (6) meses contados a partir de la entrada en operación del último bus del presente otrosí." (Énfasis añadido).

633. De esta manera, queda claro que Transmilenio no dio cumplimiento a lo señalado en el Otrosí 11 sobre la elección de mutuo acuerdo del perito, pues Profit fue seleccionado de manera unilateral, pudiendo haber mediado un acuerdo o consentimiento previo por las Partes, con lo cual se habría atendido lo pactado.
634. Consecuencia necesaria de lo expuesto es que la Pretensión No. 74 será despachada de manera positiva.
635. Con relación a la Pretensión No. 75 debe puntualizarse que la cláusula 64 señala que para fines de la revisión de la Tarifa por Kilómetro Troncal (TKMT) deben aplicarse los "[p]orcentajes de ponderación para el ajuste por canasta de costos

*aplicable respectivamente a los ajustes por variación en los índices asociados a combustibles, neumáticos, lubricantes, mantenimiento, inflación y salario mínimo.”<sup>257</sup>*

636. De esta manera, al ser múltiples los rubros que integran la tarifa a ajustar, es procedente que se reconozca el valor de los costos variables por kilómetros de operación.
637. Por ende, la Pretensión No. 75, en los términos en que fue formulada, tendrá la misma suerte que la Pretensión precedente, pues, va de suyo, que tanto Transmilenio como Gmóvil están obligados a cumplir con la cláusula 64 del Contrato 004-2010, según fuera modificada a través del Otrosí No. 11, y que la revisión tarifaria resultante de la aplicación de lo pactado debe tener efecto a partir del 16 de marzo de 2015 respecto de los vehículos cubiertos por la estipulación.
638. De esta forma, en la parte motiva del Laudo se registrará la decisión positiva sobre esta Pretensión No. 75, lo cual, a su turno, trae consigo considerar no probada la Excepción de Transmilenio denominada *“Los pretendidos ‘mayores costos’ en la operación de buses híbridos debe responder a las estrictas condiciones del contrato de concesión, y sus modificatorios; pero, sobre todo, encontrarse debidamente sustentada su efectiva causación, sin lo cual resulta ilegal e improcedente cualquier reconocimiento por parte de la entidad.”* (4.34).

Pretensiones Nos. 76, 77 y 78

639. Dada su conexidad, estas Pretensiones serán tratadas conjuntamente, teniendo ellas los textos que siguen:

---

<sup>257</sup> Estos índices están identificados como “C” combustibles; “N” neumáticos; “L” lubricantes; “M” mantenimiento; “F” I.P.C.; y “S” salario mínimo.

A su turno, la cláusula 64 incluye una tabla donde se detallan los porcentajes asignados a cada índice por tipo de vehículo.

"[76]Que se declare que la Tarifa Mensual por Vehículo (TMVT y TMVZ) no remunera a GMÓVIL S.A.S. el valor de los seguros de vehículos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, ni del seguro contra todo riesgo, todos estos previstos en la cláusula 143 del Contrato."

"[77] "Que se declare que GMÓVIL S.A.S. no está obligada a soportar la falta de reconocimiento del valor correspondiente a los seguros de vehículos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, así como el seguro contra todo riesgo."

"[78] Que se declare que el valor correspondiente a los seguros de vehículos de responsabilidad civil contractual y extracontractual así como el seguro contra todo riesgo, que el Concesionario está obligado a constituir de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 143 del Contrato, no ha sido remunerado a GMÓVIL S.A.S. por eventos ajenos y no imputables al Concesionario, lo cual alteró el equilibrio de Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A."

640. Con relación a estas Pretensiones, Gmóvil plantea en su Alegato que:

"GMÓVIL en su momento aceptó la estructura de la remuneración por Tarifa Mensual por Vehículo contenida en los Estudios Previos de la licitación, planteados por TRANSMILENIO bajo el entendido de ser completa. GMÓVIL no está obligada a soportar ni a seguir soportando una remuneración que genera crecientes pérdidas al Concesionario."<sup>258</sup>

641. Y más adelante concluye:

"Como quiera que la estructura de la remuneración no incluye el costo de estos seguros que deben contratarse y se

---

<sup>258</sup> Alegato de Gmóvil – Página 596. y 600.

contrataron en cumplimiento de la disposición contractual antes transcrita [cláusula 143], lo cual GMÓVIL no está en obligación de soportar y volvió aún más onerosa la ejecución contractual, se solicita declarar probadas las pretensiones septuagésimo sexta, septuagésimo séptima y septuagésimo octava de la reforma [sic].<sup>259</sup>

642. Transmilenio, por su lado, aduce que lo pretendido por la Convocante es alterar lo pactado, toda vez que en la cláusula 143 del Contrato de Concesión se estableció como obligación de Gmóvil *"constituir una póliza de seguro de automóviles que ampare **contra todos los riesgos** los vehículos que conforman la Flota destinada a la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP"* (énfasis añadido), agregando:

"[S]i ahora, pasados ocho (8) años desde que firmó el Contrato considera el Concesionario que no es lo suficientemente remunerado, es por cuenta de no haber presupuestado en debida forma sus cálculos en la oferta y atender lo que exigió en el Pliego de Condiciones y conforme a la debida diligencia que se le impuso."<sup>260</sup>

643. Para el Tribunal es patente que lo solicitado por Gmóvil apunta a una queja frente a lo pactado sobre su remuneración, de lo cual deriva la necesidad de ajustarla por la vía de este Arbitraje, lo cual, por supuesto, no es legalmente factible, pues ello implicaría que este Tribunal, en claro exceso de sus facultades, modificara lo acordado por las Partes y trasladara a la Convocada la carga libre y autónomamente aceptada por Gmóvil en la precitada cláusula 143 del Contrato de Concesión.
644. Por tanto, si las Partes decidieron excluir de los factores integrantes de la remuneración a Gmóvil el costo de los seguros indicados en la cláusula en

---

<sup>259</sup> Ibid. – Página 600.

<sup>260</sup> Alegato de Transmilenio – Demanda – Página 172.

referencia, no es aceptable que ahora se pretenda que se cambie lo pactado, y máxime cuando no existe evidencia alguna de que Gmóvil hubiera objetado o rechazado, en la oportunidad pertinente, el contenido de la aludida estipulación.

645. Lo anterior es suficiente para denegar tanto la Pretensión No. 76 como la No. 77, lo cual será reflejado en la parte resolutive del Laudo.
646. Y tampoco tendrá resultado positivo la Pretensión No. 78, pues en forma alguna puede predicarse que el haber asumido la Convocante la obligación establecida en la varias veces referida cláusula 143 del Contrato de Concesión tenga la virtualidad de tipificar una alteración del equilibrio contractual y, mucho menos, que el mismo deba ser restablecido por Transmilenio.
647. En la parte resolutive del Laudo se consignará, entonces, el despacho negativo de la Pretensión No. 78.

Pretensiones Nos. 79, 80 y 81

648. El texto de estas Pretensiones, que serán tratadas de manera conjunta, es como sigue:

“[79] Que se declare que la Tarifa Mensual por Vehículo (TMVT y TMVZ) no remunera a GMÓVIL S.A.S., la ‘Recuperación del costo de inversión por vehículo equivalente a un pago uniforme mensual durante un periodo de tiempo igual a su vida útil (12) años, con una tasa de rentabilidad sobre capital mínima de diez por ciento (10%).”

“[80] Que se declare que GMÓVIL S.A.S. no está obligada a soportar la falta de reconocimiento del valor correspondiente a la ‘Recuperación del costo de inversión por vehículo, equivalente a un pago uniforme mensual durante un periodo de tiempo igual a su vida útil (12) años, con una tasa de rentabilidad sobre capital mínima de diez por ciento (10%).”

"[81] Que se declare que la 'Recuperación del costo de inversión por vehículo, equivalente a un pago uniforme mensual durante un período de tiempo igual a su vida útil (12) años, con una tasa de rentabilidad sobre capital mínima de diez por ciento (10%)', no ha sido remunerada a GMÓVIL S.A.S. por hechos ajenos y no imputables al Concesionario, lo cual alteró el equilibrio del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A."

649. Con relación a las Pretensiones Nos. 79 y 80, al margen de lo que comprenda la TMVT y la TMVZ referidas en la primera, el punto estriba en si la rentabilidad mínima del 10% reclamada por Gmóvil corresponde a una obligación contractual de Transmilenio, único caso en el que podría demandarse la misma, según la afortunada caracterización de *obligación* hecha por el jurista Marcel Planiol, que ha servido como punto de referencia para las evaluaciones llevadas a cabo en este Laudo.
650. En este sentido, la Convocante señala *"que TRANSMILENIO afirmó incluir, pero no incluyó, la tasa de rentabilidad mínima señalada para remunerar el costo de la inversión por vehículo, ya que sostuvo que se trataba del diez por ciento (10%), pero en los cálculos del modelo financiero –exhibido con ocasión del trámite arbitral– se encontró que era del nueve por ciento (9%)."*<sup>261</sup>
651. Y afirmó que lo anterior estaba corroborado en la declaración del representante de Selfinver, con cita de pasajes de su Declaración.<sup>262</sup>
652. Transmilenio, por su parte, asevera que en parte alguna del Contrato se establece la susodicha rentabilidad mínima del 10% y al respecto se refiere a lo

---

<sup>261</sup> Alegato de Gmóvil – Página 601.

<sup>262</sup> Cf. Ibid. – Páginas 602 a 604.

establecido en la § 1.79, integrante de las *Definiciones* del Contrato 004-2010 donde se define "*Tarifa técnica del SITP*" como:

"[A]quella que, dado un diseño operacional del SITP que busca satisfacer las necesidades de movilidad de los usuarios del transporte público bajo condiciones de eficiencia y estándares de calidad de servicio, indica el costo medio de operación y control por pasajero pago del Sistema; considerando para cada uno de los agentes prestadores de servicio que intervienen en dicha operación, una adecuada estructura de costos, y una **rentabilidad razonable** conforme a las condiciones definidas en los pliegos de condiciones." (Énfasis añadido).

653. Como fácilmente se aprecia, el texto antes citado no alude a ningún porcentaje fijo de rentabilidad sino a una de índole razonable, cuya apreciación debía ser realizada por el proponente de la Licitación 004-2009, bajo su juicio y responsabilidad, como explícitamente se señalaba en la § 1.6.2 del Pliego de Condiciones, titulada *Diligencia Debida e Información sobre la Concesión*, que cita el Alegato de Transmilenio.<sup>263</sup>
654. En este sentido, pese a que Gmóvil sostenga que no pretende que se le *garantice* una rentabilidad,<sup>264</sup> lo cierto es que el efecto de lo pedido conduce a ello al solicitar, con carácter consecuencial, que se le reconozca un diferencial en su remuneración que cubra la diferencia entre 9% y 10% de rentabilidad, en tanto no debe soportar el menor valor de la remuneración.
655. Para el Tribunal las Pretensiones Nos. 79 y 80 no pueden ser acogidas, pues amén de que la estipulación contractual que define la tarifa aplicable a Gmóvil solo prevé una "*rentabilidad razonable*", no una rentabilidad fija o mínima, y, por ende, no se plasma una obligación puntual a cargo de Transmilenio, la

---

<sup>263</sup> Cf. Alegato de Transmilenio – Demanda – Página 177.

<sup>264</sup> Cf. Alegato de Gmóvil – Página 607.

referencia al 10% fue descrita con relación a los Estudios Previos de la Licitación,<sup>265</sup> documentación cuyo análisis correspondía a Gmóvil y que, al tenor del párrafo final de la cláusula 4 del Contrato de Concesión, **debe ceder** frente a las estipulaciones contractuales.<sup>266</sup>

656. Además, no se halla evidencia de que previo a este Arbitraje, Gmóvil hubiera elevado algún tipo de reclamo o inconformidad con relación a la rentabilidad incluida en la tarifa remuneratoria, lo que implica su **consciente conformidad con la misma durante la ejecución del Contrato 004-2010** y la consiguiente limitación para –al tenor de la *doctrina de los actos propios*, emanación del postulado de la buena fe– adoptar una postura diferente con ocasión de este Proceso.
657. La parte resolutive del Laudo dará cuenta, entonces, de la denegatoria de las Pretensiones Nos. 79 y 80 aquí evaluadas.
658. Y lo mismo habrá de ocurrir respecto de la Pretensión No. 81, pues en forma alguna puede sostenerse que la ausencia de la rentabilidad mínima del 10% – no obligatoria contractualmente, se repite– hubiera conducido a una alteración del equilibrio económico del Contrato de Concesión, máxime cuando la propuesta para participar en la Licitación 004-2009 era **responsabilidad de Gmóvil, quien debía prepararla con base en un juicioso y detallado examen.**
659. Así, pues, e igual que con las Pretensiones Nos. 79 y 80, la No. 81 también será despachada negativamente.

---

<sup>265</sup> Cf. Declaración del representante de Selfinver, citada tanto en el Alegato de Gmóvil (cf. páginas 603 y 604), como en el Alegato de Transmilenio – Demanda (cf. página 175).

<sup>266</sup> “En caso de discrepancia entre el presente Contrato, el pliego de condiciones y las proformas, **prevalecerán las cláusulas contenidas en el primero.**” (Énfasis añadido).

Pretensiones Nos. 82, 83 y 84

660. Con relación a estas Pretensiones, integrantes del subgrupo *"Restablecimiento de la Tarifa mensual por Vehículo (TMV) por falta de remuneración del mayor valor de arrendamiento de terminales zonales durante la Etapa de Transición"* el Tribunal señala lo que sigue, previo indicar que sus textos son:

"[82] Que se declare que el Componente de la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) correspondiente a 'Costo de arrendamiento de terminales' para la Operación Zonal es insuficiente para remunerar los costos reales de arrendamiento de los mismos."

"[83] Que se declare a GMÓVIL S.A.S. no está obligada a soportar el costo de arrendamiento de terminales para la Operación Zonal causado con posterioridad al 2 de noviembre de 2015, o en la oportunidad y condiciones que determine el Tribunal."

"[84] Que se declare que el costo de arrendamiento de terminales para la Operación Zonal causados a partir del 3 de noviembre de 2015, o en la oportunidad que determine el Tribunal, que no ha sido remunerado de firma completa a GMÓVIL S.A.S. corresponde a un evento ajeno y no imputable al Concesionario, que alteró el equilibrio del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A."

661. Vistas las Pretensiones citadas, el Tribunal comienza por anotar que la No. 82 no está llamada a prosperar, pues, se refiere a una declaración sobre suficiencia o insuficiencia de índole económica respecto de uno de los componentes de la remuneración acordada en el Contrato 004-2010, que tiene la condición de ley

para las Partes al tenor del artículo 1602 del C.C.<sup>267</sup> y, por consiguiente, es inalterable, salvo que, como indica la norma, sea dejado sin efecto por causas de índole legal, hipótesis que ni siquiera es planteada en esta Pretensión.

662. Con relación a la Pretensión No. 83, el Tribunal puntualiza que es del mismo corte de la anterior en el sentido de que si bien la Convocante ha soportado costos relacionados con el arrendamiento de los Patios con posterioridad al 3 de noviembre de 2015, Transmilenio no ha aplicado a la remuneración en favor de Gmóvil el descuento previsto a partir de su entrega, valga decir el denominado "ARTZ", tal como se confirma en el Dictamen Financiero, donde se expresa:

"Para este efecto con el fin de determinar el costo por concepto de arrendamientos de los terminales zonales provisionales, se procederá a calcular la diferencia entre el costo de los cánones de arrendamiento realmente pagados por el Concesionario, frente al valor que debió ser descontado en aplicación del ajuste en la remuneración del Concesionario (ARTZ), generado si se hubiera operado en los patios definitivos a entregar al Concesionario, todo esto para el periodo entre el 2 de noviembre de 2015 fecha en que el Concesionario debió iniciar su operación en la infraestructura de estacionamiento definitiva, y el 30 de junio de 2017."<sup>268</sup>

663. De esta manera, la Pretensión que se analiza no tiene vocación de prosperidad en la medida que ella, por una parte, se refiere al soporte pleno de los costos de arrendamiento de los Patios, en tanto que la evidencia obtenida en el Proceso muestra que Transmilenio efectivamente ha asumido su cuota de tal costo **al prescindir de aplicar el descuento ARTZ**, previsto, precisamente en relación con una entrega de Patios, que haría incurrir a la Convocante en costos

---

<sup>267</sup> "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."

<sup>268</sup> Dictamen Financiero – Página 65.

asociados con un arrendamiento que ciertamente no ha venido siendo de su cargo al no verse afectada su remuneración en lo correspondiente al precitado ARTZ.

664. Finalmente, en lo concerniente con la Pretensión No. 84 que pregona que la falta de remuneración total de los costos de arrendamiento de los Patios a partir del 3 de noviembre de 2015 es un evento ajeno a Gmóvil que ha alterado el equilibrio económico del Contrato, el cual debe serle restablecido por Transmilenio, el Tribunal, consistente con lo expresado en forma reiterada en partes anteriores del Laudo, reitera que la situación referida en la Pretensión que se analiza no tiene la índole extraordinaria ni el carácter imprevisible propios de la tipificación del desequilibrio económico de un contrato.
665. Ello, a punto tal que la propia Matriz de Riesgos contempló la falta de disponibilidad de los Patios definitivos como uno de los eventos generadores de riesgo, lo cual implica que, en una u otra forma y con efectos respecto del resultado económico del Contrato 004-2010, los eventos asociados con el arrendamiento de los Patios sí fueron contemplados en el marco de la relación negocial Transmilenio – Gmóvil.
666. Consecuencia necesaria de lo expuesto en este apartado será la denegatoria de las Pretensiones Nos. 82, 83 y 84, como constará en la parte resolutive del Laudo.

Pretensiones Nos. 85, 86 y 87

667. Por medio de estas Pretensiones se solicita:

“[85] Que se declare que la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) no remunera de forma completa el valor de adquisición de vehículos usados, contenido en la tabla de la Proforma 8 – Estrategia de Participación, Sostenibilidad y Permanencia de Propietarios del Pliego de Condiciones y demás documentos aplicables.”

"[86] Que se declare que GMÓVIL S.A.S. no está obligada a soportar los efectos del valor de adquisición de vehículos no remunerado de forma completa por la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ)."

"[87] Que se declare que el valor de adquisición de vehículos usados no ha sido remunerado de forma completa a GMÓVIL S.A.S. por la Tarifa Mensual, por Vehículo Zonal (TMVZ), por eventos ajenos y no imputables al Concesionario, lo cual alteró el equilibrio del Contrato, a cuyo restablecimiento está obligado EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A."

668. Con relación a la Pretensión No. 85, el Tribunal se remite a lo indicado previamente respecto de la Pretensión No. 82, esto es, que concierne a la suficiencia o insuficiencia económica de la remuneración pactada en favor de Gmóvil, la cual es intangible, salvo que las Partes decidan modificar el Contrato 004-2010, alternativa totalmente ajena a este Tribunal.
669. Por ende, no sería preciso formular consideración adicional para concluir que la Pretensión será despachada negativamente, a lo que debe añadirse que, como se señala en el Alegato de Transmilenio, *"cada concesionario hacía su propia evaluación y definía autónomamente si la remuneración cubriría adecuadamente los costos en que iba a incurrir y la ganancia esperada..."*.<sup>269</sup>
670. Lo anterior, a su turno, impacta la Pretensión No. 86, pues cualquier error de cálculo o estimación inadecuada del alcance de la remuneración de la Convocante establecida en el Contrato 004-2010, **únicamente le es atribuible a esa Parte**, quien, por ende, debe soportarla, sin que legalmente pueda trasladar la carga a Transmilenio, a estas alturas de la relación negocial y por la vía de este Arbitraje.

---

<sup>269</sup> Alegato de Transmilenio – Demanda – Página 185.

671. Y como aspecto final sobre estas dos (2) Pretensiones, el Tribunal debe subrayar que los cálculos del Dictamen Financiero que menciona Gmóvil, más que la estimación de un incumplimiento contractual de Transmilenio –que no lo hay– apuntan a una especie de *deber ser* de la propuesta que debió formular la Convocante, pero no lo hizo en su oportunidad.<sup>270</sup>
672. Consecuente con lo anterior, la parte resolutive del Laudo registrará el despacho negativo de las Pretensiones Nos. 85 y 86.
673. Suerte similar tendrá la Pretensión No. 87, pues, enfatiza el Tribunal, no es viable concluir que el efecto de un análisis que le correspondía a Gmóvil y era su responsabilidad derive en una alteración del equilibrio económico del Contrato 004-2010, así se aplicaran con amplitud –que no es la posición del Tribunal– los estrictos estándares a los que se ha venido haciendo referencia en este Laudo –con soporte jurisprudencial y doctrinario– para que se pueda predicar la existencia del desequilibrio contractual a cuya reparación se halle obligada la Convocada.
674. Así, entonces, también se procederá a consignar el despacho negativo de la Pretensión No. 87.

Pretensión No. 88

675. En esta Pretensión se solicita:

“Que se declare que la reducción de la velocidad comercial afecta el costo de operación del Concesionario el cual debe ser reconocido en la remuneración de GMÓVIL S.A.S., incluyendo sin limitarse a ello, la Tarifa Mensual por Kilómetro Zonal (TKMZx).”

---

<sup>270</sup> Cf. Alegato de Gmóvil – Paginas 612 a 614.

676. El fondo de esta Pretensión es una modificación, al alza, de la remuneración estipulada a favor de Gmóvil, lo cual, por supuesto, corresponde a una disminución de los ingresos de Transmilenio, derivada, según su texto, de la reducción de la velocidad comercial.
677. Al respecto, y al margen de la restricción que tiene este Tribunal para enmendar estipulaciones contractuales, exceptuando las precisas situaciones extraordinarias establecidas en la normatividad –que dicho sea de paso, no fueron encontradas con motivo del análisis de la Pretensión No. 69 y su subsidiaria–<sup>271</sup> es patente que los efectos negativos de la reducción de la velocidad comercial no le son contractualmente imputables a Transmilenio,<sup>272</sup> de manera que no existe razón legal para que se decrete la revisión de la remuneración de Gmóvil en detrimento de Transmilenio.
678. Consecuencia necesaria de lo anterior será la denegatoria de la Pretensión No. 88, como se registrará en la parte resolutive del Laudo.

---

<sup>271</sup> En plena consonancia con lo expuesto a lo largo de este Laudo y, en particular, con la expresión doctrinaria (profesora María Teresa Palacio) y jurisprudenciales (Sentencias del Consejo de Estado del 28 de junio de 2012 y del 13 de febrero de 2013), que se mencionan, respectivamente, en las §§ D.3, D.4 y D.5 *supra*, el Consejo de Estado en Sentencia más reciente ha dicho:

“[E]l desequilibrio económico del contrato comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que al concebir el riesgo asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes, su concreción dentro del margen acordado y aceptado no habría de tener vocación para impactarlas negativamente. Por contera, **si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se ha ya dispuesto en la estimación acordada.**” (Énfasis añadido).

(Consejo de Estado – Sentencia del 23 de marzo de 2017 – Exp. 51526).

<sup>272</sup> Cf. § D.18 *supra*.

Pretensión No. 89

679. El texto de esta Pretensión es como sigue:

“Que se declare que la Tarifa Mensual por Vehículo Zonal (TMVZ) y la Tarifa Mensual por Kilómetro Zonal (TKMZ) no remuneran ni reflejan los costos relacionados con los cambios en las especificaciones técnicas para los vehículos que se vinculen al SITP por cambio de la flota de estándar de emisiones a Euro V.”

680. Similar a la Pretensión anterior, en la No. 89 se advierte el objetivo de llegar a una enmienda de las TMVZ y TKMZ a raíz de lo allí señalado.

681. Para el Tribunal no cabe duda que la TMVZ y la TKMZ, en la forma en que están determinadas en el Contrato de Concesión, corresponden a lo acordado por las Partes, siendo de entero cargo de Gmóvil el estudio previo de sus componentes y su alcance, de manera que mal puede ahora, con ocasión de este Proceso, dolerse de que cierto factor no esté remunerado por lo pactado que, huelga repetirlo, es ley para las Partes.

682. Pero además, con ocasión del análisis de la Pretensión No. 57 y su subsidiaria, precisamente relacionadas con el “*cambio de la Flota Nueva del Sistema Euro IV al Sistema Euro V*”, se determinó que Transmilenio no había incurrido en incumplimiento del Contrato 004-2010 con tal motivo, ni que se hubiera presentado alteración del equilibrio económico del Contrato de Concesión y, mucho menos, que fuera Transmilenio el llamado a restablecerlo.<sup>273</sup>

683. De esta manera, en el ámbito de este Arbitraje, encaminado a dilucidar el conflicto contractual entre la Convocante y la Convocada., no tiene cabida la Pretensión que se analiza, cuya posibilidad de reconocimiento solo puede ocurrir a

---

<sup>273</sup> Cf. § D.16 *supra*.

raíz de una modificación consensuada de su vínculo contractual, asunto obviamente ajeno a este Tribunal.

684. Por consiguiente, la Pretensión No. 89 será denegada.

Pretensión No. 90

685. Esta Pretensión es del siguiente tenor:

“Que se declare que la Tarifa por Pasajero Zonal (TPASZ) debe compensar el ingreso no percibido por menor número de validaciones por concepto de demanda de pasajeros hasta la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP), o en la oportunidad y condiciones que el Tribunal indique.”

686. Tal como ocurre con las dos Pretensiones anteriores, a través de la No. 90 se persigue la modificación de la remuneración de Gmóvil bajo el argumento de la reducción de la demanda de pasajeros, asociando tal situación con la alegada no implementación de las Fases I y II del SITP.

687. Sobre este particular, y reiterando que lo pactado en relación con la TPASZ solo puede ser enmendado a través de un acuerdo entre Gmóvil y Transmilenio, tema que obviamente no es de la competencia de este Tribunal, baste recordar que con motivo del análisis de las Pretensiones Nos. 55 y 56 y sus subsidiarias, se concluyó que lo allí pretendido por Gmóvil no sería despachado favorablemente, pues ni se había encontrado incumplimiento de Transmilenio, ni se daban las circunstancias requeridas para concretar la alteración del equilibrio económico del Contrato 004-2010 y, menos aún, que fuera la Convocada la llamada a restablecerlo.<sup>274</sup>

---

<sup>274</sup> Cf. § D. 15 *supra*.

688. En tal ocasión, además, se puso de presente –y aquí se reitera– que el riesgo asociado con la demanda de pasajeros fue **explícitamente** asignado **y asumido** por Gmóvil, de suerte que no cabe que ahora, por la vía de la declaración solicitada en la Pretensión que se evalúa, el Tribunal ordene una compensación **adicional** o **complementaria** a la acordada entre las Partes, a raíz de la ocurrencia de una circunstancia cuya consecuencia es contractualmente de cargo de Gmóvil.
689. Consecuente con lo anterior, y como se hará constar en la parte resolutive del Laudo, la Pretensión No. 90 será denegada.

Pretensión No. 91 y subsidiaria

690. En estas Pretensiones se pide:

“[91] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no haber adelantado oportunamente, en la oportunidad u oportunidades que el Tribunal determine, la revisión legal y contractual, del incremento de la remuneración, las tarifas y de la canasta de costos (coeficientes y porcentajes de ponderación, entre otros aspectos) que integran la remuneración de GMÓVIL S.A.S., o que adelantó dicha revisión pero de forma unilateral, tardía e incompleta, en perjuicio de GMÓVIL S.A.S.”

“[Subsidiaria] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. está obligada a revisar la remuneración, tarifa y canasta de costos de GMÓVIL S.A.S., en sus diferentes componentes, con el fin de aumentarla hasta restablecer el equilibrio económico del Contrato, así como a adoptar las demás medidas necesarias para el efecto.”

691. Con relación a estas Pretensiones, el Tribunal puntualiza que, una vez más, Gmóvil falla en precisar en que consiste el incumplimiento contractual de

Transmilenio, o cual es la normatividad incorporada al Contrato 004-2010 que ha sido desconocida por la Convocada y que la obligaría a revisar los componentes de la remuneración de la Convocante y a incrementar la misma.

692. De hecho, la propia Convocante reconoce que no invoca un yerro contractual cuando expresa:

"[D]ebe tenerse en cuenta que lo solicitado **no es la revisión expresa prevista contractualmente**, que es limitada en cuanto a sus condiciones y a la flota aplicable, sino que ha de ser de naturaleza legal, para indemnizar perjuicios futuros y/o **restablecer el equilibrio del Contrato.**"<sup>275</sup>

693. Lo anterior, adicionado con la falta de concreción del cargo de violación del Contrato de Concesión y con la circunstancia de que en varias ocasiones a lo largo de esta § D.19 se ha establecido la intangibilidad de la remuneración pactada y la imposibilidad de que el Tribunal pueda proceder a su revisión – salvo, se repite, que se trate de circunstancias extraordinarias, que no han sido halladas– desemboca, necesariamente, en el rechazo de esta Pretensión.

694. En consecuencia, la Pretensión No. 91 será denegada, circunstancia, que abre paso a la necesidad de evaluar la correspondiente Pretensión subsidiaria.

695. A este respecto Gmóvil postula que Transmilenio debe revisar los componentes de la remuneración de la Convocante e incrementarla a fin de subsanar una alteración del equilibrio económico del Contrato 004-2010.

696. Lo anterior supone, indefectiblemente, que exista la ruptura del equilibrio económico del Contrato de Concesión, lo cual, ciertamente, no puede derivarse en forma genérica, como se pide en la Pretensión, ni tampoco se tipifica de manera

---

<sup>275</sup> Alegato de Gmóvil – Página 639.

particular, como se ha visto al tratar las diversas Pretensiones previas asociadas con peticiones de revisión de la remuneración de la Convocante.

697. No sobra, entonces, reiterar los exigentes estándares consignados a lo largo de este Laudo para que se configure la alteración del equilibrio económico de un contrato, los cuales, a no dudarlo, no pueden considerarse satisfechos a raíz de la aceptación por parte de Gmóvil de una forma de remuneración que ahora le resulta insuficiente o inadecuada, pese a no haber formulado reserva o salvedad sobre ella con ocasión del Contrato de Concesión y/o de la suscripción del Orosí No. 11, donde se modificó la cláusula 64 de aquel, precisamente titulada *Valor de los derechos de participación del Concesionario*.

698. Resultado de lo anterior es la denegación de la Pretensión No. 91 subsidiaria, como se hará constar en la parte resolutive del Laudo.

D.20 Pretensiones particulares – Relativas a Desincentivos, Manual de Operaciones y Manual de Niveles de Servicio

699. Como figura en la tabla que sobre ellas aparece en la § (A) del capítulo V *supra*, este grupo final de Pretensiones, todas de índole **declarativa**, corresponden a las marcadas como Nos. 92 a 100 de la Demanda, sobre las cuales el Tribunal expone lo que sigue.

Pretensión No. 92

700. El texto de esta Pretensión es el siguiente:

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

701. Con relación a esta Pretensión, el Tribunal comienza por señalar que la Convocante, salvo por una tangencial referencia a la cláusula 131 (párrafo 2) del Contrato de Concesión,<sup>276</sup> no ha explicado los yerros que le darían soporte a su solicitud.
702. Por el contrario, en el Contrato 004-2010 se encuentran estipulaciones que permiten concluir que la expedición de la Resolución 714 de 2015 obedece al ejercicio de facultades contractuales de Transmilenio:

- a. La cláusula 1.72 del Contrato de Concesión, integrante de las *Definiciones*, dispone:

“Reglamentos y manuales expedidos por TRANSMILENIO S.A.: Es el conjunto de normas, disposiciones, reglamentos o instrucciones que imparta o llegue a impartir TRANSMILENIO S.A. para la adecuada operación, gestión o administración del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP y **que los concesionarios se obligan a acatar.**”<sup>277</sup> (Énfasis añadido).

- b. La cláusula 24.2, que hace parte de las obligaciones de Transmilenio, establece:

“Establecer los lineamientos técnicos a los cuales se deben someter la operación del SITP, a través de los Manuales que elabore al efecto.”

---

<sup>276</sup> Cf. Alegato de Gmóvil – Página 659.

<sup>277</sup> Desde luego, como actos administrativos que son, los “reglamentos y manuales” expedido por Transmilenio puede ser materia de cuestionamiento, tanto por la vía gubernativa como en sede de lo contencioso administrativo.

En el caso de la Resolución 714 de 2015, no hay evidencia de que se hubiera cuestionado en ninguna de las dos vías antes mencionadas.

(Cf. Alegato de Transmilenio – Demanda – Página 192).

703. De esta manera, para el Tribunal es claro que al expedir la Resolución 714 de 2015, Transmilenio no solo no iba en contravía de sus deberes contractuales, sino, por el contrario, estaba cumpliendo con ellos.
704. Cosa distinta es la discrepancia que pueda tener Gmóvil con la norma en referencia en función de su conveniencia o idoneidad, como se observa en el siguiente aparte de su Alegato:

“Ahora bien, **lo que es realmente determinante para despachar la pretensión que aquí se presenta, tiene que ver la falta de idoneidad del Manual de Operaciones Zonal**, contenido en la Resolución 714 de 2015 y por supuesto unilateralmente fijada por TRANS-MILENIO, para regular actividades propias de dicha modalidad de prestación.

La razón de ser de lo anterior es que, por medio de la Resolución 714 de 2015 y habiendo desatendido las observaciones de los Concesionarios de Operación al respecto, se incorporó unilateralmente un Manual de Operaciones **que no es adecuado** a las características propias de la operación zonal, sino que se basó en las características propias de la operación de alimentación.”<sup>278</sup> (Énfasis añadido).

705. De hecho, el cargo de Gmóvil postula que la violación de las obligaciones de Transmilenio proviene de que la Resolución 714 de 2015 adopta “*un Manual de Operaciones que **no es compatible** con los aspectos técnicos y operacionales del componente zonal del SITP*” (énfasis añadido), manifestación que, de suyo, denota una **discrepancia sobre la conveniencia** de la Resolución, la cual, por supuesto, no tiene el alcance de disputa de índole legal, y menos de fuente de incumplimiento de la Convocada.

---

<sup>278</sup> Alegato de Gmóvil – Página 648.

706. Lo expuesto es, entonces, suficiente para proceder al Despacho negativo de esta Pretensión, como en efecto se hará en la Parte resolutive del Laudo.

Pretensión No. 93 y subsidiarias

707. Estas Pretensiones tienen los textos que se indican a continuación:

“[93] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al fijar unilateralmente una unidad de sanción, denominada ‘valor de tiquete’, tomando como referente la Tarifa al Usuario.”

“[Subsidiaria 1] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. abusó de sus facultades legales y contractuales al fijar unilateralmente una unidad de sanción, denominada ‘valor de tiquete’, tomando como referente la Tarifa al Usuario.

“[Subsidiaria 2] Que sólo en subsidio de lo anterior, se declare que la unidad de sanción denominada ‘valor de tiquete’, aplicada por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. para la imposición de desincentivos operativos es nula por tratarse de una disposición de carácter sancionatorio y pecuniario establecida de forma unilateral por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. tomando como referente la Tarifa al Usuario.”

“[Subsidiaria 3] Que sólo en subsidio de lo anterior, se declare que el valor del Tiquete calculado con base en la Tarifa al Usuario es improcedente para la liquidación de imposición de desincentivos operativos, y en consecuencia, se declare que los desincentivos operativos deben liquidarse conforme a la Tarifa por Pasajero (\$/pas) o TPASZ, o por referencia al parámetro que el Tribunal determine.”

708. Con relación a la Pretensión principal, el Tribunal pone de presente que no existe controversia entre las Partes sobre los siguientes aspectos:

- a. La introducción de la figura denominada *Desincentivos Operativos* a través de la cláusula 121.2, que se adicionó a la cláusula 121 original a través del Otrosí No. 5,<sup>279</sup> con el siguiente texto:

“Procederá la aplicación de **desincentivos operativos** al concesionario, que no corresponden a las facultades excepcionales de la Administración y que se incluyen en el contrato **y/o en el manual de operaciones**, el cual hace parte del presente contrato. Para estos efectos se considerarán desincentivos aquellos descuentos generados por cualquier incumplimiento de aquellos requisitos y parámetros taxativamente **contenidos en el manual de operaciones** o aquellos establecidos en el contrato que se refieran o tengan equivalencia a los de dicho manual.

Los desincentivos, serán objeto del procedimiento que más adelante se especifica, y en caso de proceder, serán descontados al Concesionario.

La introducción, modificación o supresión de desincentivos operativos, no afectará los que se hayan impuesto hasta el día en que aquellos sean vinculantes y exigibles.

En los manuales expedidos por TRANSMILENIO S.A. **se identificarán e individualizarán las conductas generadoras de desincentivos operativos** derivados de los acuerdos de niveles de servicio por concepto de servicio al usuario, teniendo en cuenta las quejas y reclamos que reciba por parte de los usuarios, y las conductas que observe en el CONCESIONARIO

---

<sup>279</sup> La cláusula 121 original se denominaba “Imposición de Multas”, la modificada por medio del Otrosí No. 5 se denomina “Imposición de Multas y Desincentivos”.

o sus empleados, representantes y dependientes, que puedan afectar el grado de satisfacción de los usuarios con el Sistema.”  
(Énfasis añadido).

- b. La circunstancia de que la medida para calcular los *desincentivos* fue referida en el Manual de Operaciones fue fijada en número de “*tiquetes*”, sin especificar a cual tipo de ellos se hacía referencia.<sup>280</sup>
709. El reparo de Gmóvil, que pretende erigir en el recurrente –y muy poco precisado– incumplimiento de Transmilenio de “*obligaciones legales y contractuales*” no alude a la escogencia de los “*tiquetes*” como unidad de medida, sino al hecho que dicha selección fue hecha de manera unilateral por Transmilenio tomando como referencia la “*Tarifa al Usuario*”.
710. Concretado en esta forma el cargo materia de la Pretensión que se examina, el Tribunal enfoca la misma desde dos ángulos, a saber, si Transmilenio podía actuar unilateralmente para establecer la unidad de medida aplicable a los *desincentivos*, y si la expresión *tiquete* debe estar referida a la denominada *Tarifa Técnica*, esto es, según explica Gmóvil, “*aquella que refleja los costos de operación del Concesionario y la única que tiene vínculo directo entre Concedente y Concesionarios.*”<sup>281</sup>
711. En cuanto al primer aspecto, el Tribunal pone de presente que en la cláusula 121.2 hay una remisión explícita a los **manuales de operación** como documentos para establecer en que consisten los *desincentivos*, facultad que no entiende el Tribunal circunscrita a la descripción de eventos, sino que razonablemente puede estar complementada con la consecuencia de incurrir en ellos.
712. Para el Tribunal es perfectamente lógico y consecuente que, identificados los eventos generadores de los *desincentivos*, se añada la consecuencia de incurrir

---

<sup>280</sup> Cf. la tabla que aparece en el Alegato de Gmóvil – Página 651.

<sup>281</sup> Alegato de Gmóvil – Página 664.

en los mismos, en un típico ejercicio de *causa y efecto*. Lo contrario equivaldría a dejar vacío el propósito de la estipulación introducida en el Otrosí No. 5, o deferir su concreción a otro documento, lo cual no luce razonable ni eficiente.

713. En cuanto a la potestad unilateral de Transmilenio de fijar los *desincentivos*, se trata de una obvia prerrogativa, absolutamente en línea con lo reglado en el capítulo 20 del Contrato 004-2010, que se ocupa de las sanciones monetarias susceptibles de imposición a Gmóvil por parte de Transmilenio.
714. Por ende, no advierte el Tribunal que haya irregularidad o incumplimiento alguno de Transmilenio en función de la determinación unilateral de los *desincentivos* y de su consecuencia económica.
715. Tampoco advierte el Tribunal yerro de ningún tipo en haber seleccionado la unidad *tiquetes* para poder determinar el monto de los *desincentivos*, pues, en efecto, se trata de una **expresión referencial**, que bien podía haber sido "*salarios mínimos mensuales*", como se predica de las *multas*.<sup>282</sup>
716. Visto lo anterior, la Convocante postula, como atrás se mencionó, que la referencia a *tiquete* debe entenderse referida a la *Tarifa Técnica*, y señala:

"El 'tiquete' debe ser entendido 'en su contexto' como componente 'pasajeros' incluido en la Tarifa Técnica, tomando en consideración que la Tarifa Técnica es aquella que refleja los costos de operación del Concesionario y la única que tiene vínculo directo entre Concedente y Concesionarios. (...)

Siendo que no existe vínculo entre la Tarifa del Usuario (según TRANSMILENIO, 'tiquete') y la remuneración del Concesionario, lo cierto es que el único efecto que terminó teniendo para

---

<sup>282</sup> El párrafo final de la § 121.1 del Contrato de Concesión, que trata de las "Multas Contractuales", señala:

"Las **multas** estarán expresadas en el salario mínimo mensual vigente para el momento en que se esté aplicando." (Énfasis añadido).

el Concesionario la Tarifa del Usuario, es el de unidad de tasación de los desincentivos. Entonces, esta unidad de sanción excede por mucho la remuneración que recibe el concesionario, se mueve unilateralmente por el Alcalde de Bogotá, sin estudios o sustento técnico para ello, y más bien consecuencia de las consideraciones que el Distrito tenga en cuanto a capacidad de pago de los usuarios, junto con otros aspectos más de conveniencia que de carácter técnico.<sup>283</sup>

717. Para el Tribunal no es de recibo este punto de vista de la Convocante, y menos encuentra que la Convocada haya incurrido en incumplimiento.

718. En efecto:

- a. Ninguna censura cabría por entender referido *tiquete* a la Tarifa al Usuario, sobre la base de que esta es fijada sin intervención o participación de los concesionarios del SITP, sino por decisión de la Alcaldía de Bogotá, pues, como atrás se dijo, se trata de una **unidad referencial**, similar a los *salarios mínimos* (cifra de carácter cambiante), en cuya fijación no tienen *arte ni parte* las autoridades distritales ni, menos, los concesionarios del SITP, sin que esté planteado en este Arbitraje el más mínimo reparo de Gmóvil por ser la unidad referencial para el caso de las multas.
- b. En cuanto a la vinculación de la expresión *tiquete* con la Tarifa al Usuario, el Tribunal acoge y hace propio un reciente laudo, donde refiriéndose a "*El tiquete como criterio de tasación del desincentivo*", se lee:

"[C]onsidera el Tribunal que la expresión *tiquete* se refiere a la tarifa que se le venía cobrando al usuario –tarifa usuario– y no a la tarifa técnica por las siguientes consideraciones:

---

<sup>283</sup> Alegato de Gmóvil – Página 664.

El artículo 823 del Código de Comercio, aplicable por virtud del artículo 13 de la ley 80 de 1993, señala que *'los términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles, o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano'*. Desde esta perspectiva es de recordar que [el] Diccionario Panhispánico de la Real Academia de la Lengua señala lo siguiente sobre la expresión 'tique' [sic]: *'Adaptación gráfica de la voz inglesa ticket, 'papel o cartulina que acredita el pago de un servicio, una compra o el derecho de entrada a un local'... En Colombia y algunos países centroamericanos se ha adaptado [sic] en la forma tiquete'*. De este modo, el sentido de la palabra tiquete corresponde en su origen al documento que acreditaba para el usuario el pago de un servicio. Así las cosas, debe entenderse que el valor del tiquete corresponde a la tarifa al pasajero, pues es lo que este debía pagar por el documento para acceder al servicio."<sup>284</sup>

719. Dado lo anterior, el Tribunal concluye que la Pretensión No. 93 principal no tendrá acogida y, por tanto, la parte resolutive del Laudo reflejará su denegatoria.
720. Consecuencia adicional de la denegación de la antedicha Pretensión es la necesidad de tratar las correspondientes subsidiarias, a cuyo efecto el Tribunal apunta lo que sigue.
721. Con relación a la primera Pretensión subsidiaria, vista la facultad de Transmilenio para establecer la unidad referencial que se utilizaría para establecer el monto de los *desincentivos*, así como la razonabilidad de concebir la expresión *tiquete* como asociada con la Tarifa al Usuario, se desprende, sin necesidad de consideraciones adicionales, que no se configura abuso por parte de la

---

<sup>284</sup> Laudo del 6 de julio de 2018 – *Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S. vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. Transmilenio S.A.* – Página 267.

Convocada en el ejercicio de sus prerrogativas (legales y/o contractuales), motivo por el cual no será acogida la primera Pretensión subsidiaria.

722. Y tampoco tendrá éxito la segunda Pretensión subsidiaria, pues, amén de lo que se ha expresado previamente sobre la caducidad de la acción de nulidad parcial, lo que, de suyo, sería suficiente para denegar la Pretensión, asumiendo, en gracia de discusión, que fuera viable analizar la nulidad planteada, la circunstancia de corresponder la fijación del *tiquete* como unidad referencial a una determinación unilateral de Transmilenio, no guarda correspondencia con las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico aplicable.<sup>285</sup>
723. Por último, con relación a la tercera Pretensión subsidiaria, el Tribunal considera que no puede ser despachada favorablemente, toda vez que lo pedido implica modificar lo establecido por una de las Partes, facultad que excede las prerrogativas que le han sido otorgadas a través de la Cláusula Compromisoria, fuera de que, como atrás se vio, es razonable que el punto de referencia para determinar el valor del *tiquete* como unidad de medida para establecer el monto de los *desincentivos* sea la Tarifa al Usuario.
724. Esta conclusión desde luego trae consigo que no haya margen para declarar una reliquidación de los *desincentivos* en la forma pedida por la Convocante.
725. La síntesis y conclusión de todo lo expuesto es, naturalmente, que al igual que la Pretensión principal No. 93, sus tres (3) Pretensiones subsidiarias también serán denegadas.

Pretensión No. 94 y subsidiaria

726. El texto de estas Pretensiones es como sigue:

---

<sup>285</sup> Cf. arts. 1741 del C.C. y 44 de la Ley 80 de 1993.

“[94] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al acumular múltiples procedimientos de imposición de desincentivos operativos sin conceder plazos procedentes para que GMÓVIL S.A.S pudiera pronunciarse sobre ellos.”

“[Subsidiaria] Que se declaren nulos los múltiples procedimientos de imposición de desincentivos operativos adelantados por EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. sin conceder plazos procedentes para que GMÓVIL S.A.S. pudiera pronunciarse sobre ellos.”

727. En apoyo de estas Pretensiones, Gmóvil argumenta, que Transmilenio suele acumular la presentación de los informes preliminares que prevé el numeral (1) de la cláusula 131.2 del Contrato de Concesión y al efecto se remite a la tabla 71 del Dictamen Técnico, titulada “*Atrasos en la comunicación de los informes preliminares de desincentivos*”, reproduciendo la misma en el Alegato de Gmóvil.<sup>286</sup>
728. A partir de lo anterior, la Convocante considera que no puede ejercer un adecuado derecho de defensa, pues “*resulta imposible para GMÓVIL pronunciarse sobre numerosos hallazgos y obtener las pruebas que le permitan controvertir los hechos en que estos se fundamentan, y aun menos cuando se allegan informes con una cantidad enorme de novedades.*”<sup>287</sup>
729. E igual queja presenta Gmóvil respecto de los informes detallados (numeral (3) de la § 131.2), como se aprecia en la siguiente secuencia del Testimonio de Diana Aldana, Asesora Jurídica de Gmóvil:

---

<sup>286</sup> Cf. Alegato de Gmóvil – Páginas 681 a 683.

<sup>287</sup> Ibid. – Página 685.

"**DR. CORTÉS:** ¿Y respecto de los 3 días para para contestar, cuando se han presentado esas acumulaciones, corren el tiempo? ¿O se amplían los términos de alguna manera o corren los tres informes [sic]? ¿exigen 3 días para cada uno?

**DRA. ALDANA:** Todos los informes exigen 3 días para poder responder. El detallado digamos es el más importante, pues en el primero uno pone su observación que en la mayoría no son tenidos en cuenta, en el detallado si uno no manifiesta que se allana o se objeta en esos 3 días, Transmilenio automáticamente los tiene como allanados y nos hacen descuento por fiducia."<sup>288</sup>

730. De esta manera, Gmóvil concluye:

"En vista de la imposibilidad para el Concesionario de poder revisar cada uno de los hallazgos y así poder ejercer el derecho de defensa dentro de un debido proceso, GMÓVIL **decidió objetar la totalidad de los desincentivos a partir de octubre de 2014**, con fundamento en la aplicación indebida del procedimiento por parte de TRANSMILENIO."<sup>289</sup> (Énfasis añadido).

731. Por su parte Transmilenio, se opone a la Pretensión y comienza por preguntarse cual es la obligación incumplida que reclama Gmóvil, anotando:

"Los pasos establecidos en la línea de tiempo pactada por las Partes, resultan conformes al procedimiento contractual que contiene plazos perentorios y preclusivos para GMOVIL, quien cuenta con tres (3) días hábiles para dar respuesta al informe preliminar y al Informe Detallado, conforme a la Cláusula 131 del Contrato de Concesión y el Otrosí No. 5."<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> Testimonio de Diana Aldana – Página 117.

<sup>289</sup> Alegato de Gmóvil – Página 687.

<sup>290</sup> Alegato de Transmilenio – Demanda – Página 198.

732. En cuanto a la nulidad solicitada en la Pretensión subsidiaria, Transmilenio indica que no procede en absoluto, pues Gmóvil no ha especificado la causa legal que conduciría a ella de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 de 1993 o en el Código Civil.
733. El Ministerio Público, en fin, luego de puntualizar, con autorizada cita, que no hay reparo en el pacto sobre *desincentivos* pues “*dentro del principio de autonomía de la voluntad que rige el contrato resulta procedente que las partes puedan disponer sanciones patrimoniales distintas a las multas, pues no existe norma alguna que lo prohíba y tampoco resulta extraño a los contratos de concesión*”,<sup>291</sup> concluye expresando que “*eventualmente, podría predicarse una nulidad relativa en cuanto al debido proceso en el trámite de las objeciones u observaciones a favor de GMOVIL S.A.S.*”<sup>292</sup> y, de hecho solicita que se acceda al decreto de nulidad relativa de los *desincentivos* en lo tocante con el respeto al debido proceso.<sup>293</sup>
734. Visto lo anterior –**y sin perjuicio** de lo que adelante se consignará respecto del procedimiento establecido en la cláusula 131.2 del Contrato 004-2010 para el caso de **objeción** de Gmóvil al *reporte detallado* a que se alude en el numeral (3) de la estipulación– el Tribunal, a los fines del **texto mismo** de la Pretensión principal, no encuentra puntualmente acreditado que Transmilenio **haya omitido** el otorgamiento de los plazos de respuesta pactados en la susodicha cláusula –numerales (2) y (5)– y, por ende, vinculantes para una y otra Parte.
735. El reclamo de Gmóvil, valga la precisión, concierne al término para dar respuesta a lo informado por Transmilenio en materia de *desincentivos*, frente a lo cual cabe puntualizar que la suficiencia o no de tales plazos es asunto que debió ser evaluado en su oportunidad por Gmóvil, quien terminó aceptándolos,

---

<sup>291</sup> Concepto del Ministerio Público – Página 31.

<sup>292</sup> Ibid.

<sup>293</sup> Cf. Ibid. – Página 48.

por lo que no resulta coherente cuestionarlos *a posteriori*, contrario a su previa y libre aquiescencia.

736. Y tampoco advierte el Tribunal que Gmóvil haya aducido que los términos establecidos tipifiquen estipulaciones abusivas o que Transmilenio los haya empleado con tal carácter.
737. De esta forma, no aparece comprobada la conducta antijurídica de Transmilenio, motivo por el cual el Tribunal concluye que sobre el aspecto que se ha analizado no cabe predicar incumplimiento contractual de la Convocada, a lo que debe añadirse que tampoco aparece identificada cual sería la norma legal incorporada al Contrato de Concesión que haya sido incumplida por Transmilenio.
738. Consecuencia de lo anterior será la denegatoria de la Pretensión No. 94 principal, resultado que impone tratar la correspondiente Pretensión subsidiaria.
739. Al respecto –y nuevamente **sin perjuicio** de lo que se establecerá posteriormente con relación al procedimiento aplicable en caso de **objeciones** de la Convocante al *reporte detallado* a cargo de Transmilenio a que se refiere el numeral (3) de la cláusula 131.2 del Contrato de Concesión– el Tribunal no advierte que pueda predicarse nulidad del procedimiento **en función de la falta de otorgamiento de plazos “procedentes”** –como dice la Pretensión– para que Gmóvil pudiera pronunciarse sobre los *desincentivos*, pues:
- a. Los **términos para responder** reflejan el acuerdo de las Partes sobre el particular, sin que se observen defectos que conduzcan a dejar sin efecto lo pactado;

- b. Gmóvil ha hecho uso efectivo de los mismos, sea para allanarse a lo indicado por Transmilenio, sea para objetarlo;<sup>294</sup>
- c. La escueta aseveración de Gmóvil en el sentido que *“habrá de prosperar la pretensión subsidiaria de la pretensión nonagésima cuarta, pues el Tribunal Arbitral habrá de declarar la nulidad de los procedimientos de imposición de sanciones, por no haber contado GMÓVIL con los plazos necesarios para pronunciarse sobre ellos”* no aporta elementos que conduzcan al decreto positivo de la Pretensión subsidiaria.

740. Consecuencia de lo anterior es, entonces, que también procederá la denegatoria de la Pretensión No. 94 subsidiaria.

Pretensiones Nos. 95 a 98

741. El texto de estas Pretensiones es como sigue:

“[95] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus deberes legales y contractuales al haber definido unilateralmente un tope del diez por ciento (10%) el valor máximo de desincentivos aplicables a GMÓVIL S.A.S., calculado sobre el valor total de los ingresos de ésta, cuando el tope de diez por ciento (10%) debe aplicar a los ingresos correspondientes a la Tarifa por Pasajero (\$/pas) o TPASZ, o a aquel componente que el Tribunal determine.”

“[96] Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió sus deberes legales y contractuales al haber definido unilateralmente un tope del diez por ciento (10%) al valor máximo de

---

<sup>294</sup> Cf., p. ej., la antes citada manifestación de Gmóvil sobre objeción de todos los “desincentivos” a partir de octubre de 2014, así como los datos porcentuales que aparecen en el Alegato de Transmilenio – Reconvencción – Página 26.

desincentivos aplicables a GMÓVIL S.A.S., calculado sobre el valor total de los ingresos de la operación del Concesionario, cuando debe aplicar el tope de forma discriminada a los diferentes componentes de operación (troncal, zonal y alimentación) del Contrato.”

“[97] Que si el Tribunal resuelve que se calcule nuevamente el valor de los desincentivos o que se reinicien los procedimientos de imposición de desincentivos, se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., deberá dar aplicación al tope del diez por ciento (10%) a los ingresos correspondientes a la tarifa por Pasajero (\$/pas) o TPASZ, o a aquel componente que el Tribunal determine.”

“[98] Que si el Tribunal resuelve que se calcule nuevamente el valor de los desincentivos o que se reinicien los procedimientos de imposición de desincentivos, se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., deberá dar aplicación al tope del diez por ciento (10%) de forma discriminada a los ingresos correspondientes a los diferentes componentes de operación (troncal, zonal y alimentación) del Contrato.”

742. Con relación a las Pretensiones Nos. 95 y 96, el Tribunal comienza por señalar que su propia formulación es errada, por cuanto el tope del 10% a que se alude en una y otra no está contenido en la cláusula 121.2, reguladora de los *desincentivos*, sino en la cláusula 121.1 reguladora de las multas contractuales.
743. Por consiguiente, ningún incumplimiento puede predicarse por parte de Transmilenio, pues no existe la estipulación cuestionada.
744. En cuanto al tope referencial que cuestiona Transmilenio, al margen de lo antes mencionado, el Tribunal no tendría facultad para modificar lo acordado por las Partes, máxime cuando la referencia a *“ingresos que por todo concepto perciba*

el *CONCESIONARIO*” es estipulación que no adolece de vicio legal alguno y, ni siquiera ha sido cuestionada en este sentido.

745. Consecuencia de lo consignado anteriormente es, sin necesidad de consideraciones adicionales el despacho negativo de estas Pretensiones, como se reflejará en la parte resolutive del Laudo.
746. En cuanto a las Pretensiones Nos. 97 y 98, el Tribunal considera que tienen un cariz *consecuencial* respecto de las dos (2) anteriores toda vez que se hallan basadas en la premisa de que se resuelva “*que se calcule nuevamente el valor de los desincentivos*” con base en lo planteado en las Pretensiones Nos. 95 y 96.
747. Frente a ello, habiéndose precisado líneas arriba la imposibilidad que tiene el Tribunal para modificar lo establecido en el Contrato 004-2010, y la ausencia de defecto legal del tope de las multas se sigue, necesariamente, que no cabe atender ninguna de estas Pretensiones, las cuales, por ende, serán denegadas.
748. Al margen y sin perjuicio de lo decidido previamente, y a manera de *obiter dictum*, pues no es materia de lo pedido, el Tribunal anota que dentro de una interpretación contextual del Contrato 004-2010 con miras a determinar la ausencia o presencia de límite para la imposición de los *desincentivos*, la aplicación de las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1621 y 1622 del C.C.,<sup>295</sup> conduciría a que el límite del 10% aplicable a las multas contractuales debería hacerse extensivo a los *desincentivos*.

---

<sup>295</sup> “[1621] En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.”

“[1622] Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.”

Pretensión No. 99 y subsidiaria

749. Estas Pretensiones son del tenor que sigue:

"[99] Que se declare que de conformidad con las disposiciones legales que le son aplicables a la materia, los intereses de mora por desincentivos operativos sólo proceden a partir del momento en que se resuelva definitivamente cualquier diferencia al respecto mediante la aplicación del mecanismo de solución de controversias correspondiente, o en las condiciones que determine el Tribunal."

"[Subsidiaria] Que solo en subsidio de lo anterior, se declare que de conformidad con las disposiciones legales que le son aplicables a la materia, los intereses de mora por desincentivos sólo proceden a partir del momento en que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. haya comunicado a GMÓVIL S.A.S. cada 'reporte detallado de incumplimiento', o a partir de la oportunidad que determine el Tribunal."

750. Con relación a la Pretensión principal, el Tribunal se remite a lo establecido en la Pretensión No. 2 Principal de la Reconvención sobre la nulidad del numeral (4) de la cláusula 131.2 del Contrato de Concesión,<sup>296</sup> y la consecuente manifestación de que el **procedimiento** que debe seguirse para la **imposición de desincentivos** a Gmóvil, en caso de **oposición** de esta, es el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.<sup>297</sup>

751. Por consiguiente, cualquier decisión sobre causación o no de intereses moratorios a cargo de Gmóvil y, desde luego, la eventual fijación del punto de partida

---

<sup>296</sup> Cf. § E.2 *infra* de este capítulo del Laudo.

<sup>297</sup> El texto de esta disposición está citado en la misma § E.2 *infra*.

de los mismos debe ser establecido al tenor del procedimiento fijado en la referida disposición.

752. Complementario a lo anterior, el Tribunal precisa lo siguiente:
- a. La referencia a intereses de mora a cargo de Gmóvil está prevista en el mencionado numeral (4) de la cláusula 131.2 y, por consiguiente, declarada la nulidad del mismo cesa la vigencia de la imposición *per se* de tales intereses en caso de desecharse la oposición de Gmóvil a la imposición de un *desincentivo*.<sup>298</sup>
  - b. El procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no contempla de manera explícita la fijación de intereses moratorios con motivo de la imposición de una multa o sanción, por lo cual, dado el caso, sería necesario acudir a las normas complementarias sobre la materia, valga decir, el artículo 4 (8) de la Ley 80 de 1993 o, eventualmente, el artículo 884 del C. Co.
  - c. Como se explica en la § E.2 *infra* de este capítulo del Laudo al tratar la Pretensión No. 3 Principal de la Reconvención, no procede el cobro de intereses moratorios con motivo de *desincentivos* asumidos por Gmóvil a raíz de un allanamiento a los mismos o de haber guardado silencio, en ambos casos al tenor de la cláusula 131.2 *in fine*.
753. Consecuente con lo expuesto, la Pretensión No. 99 principal será despachada positivamente, con la precisión de que cualquier cargo por concepto de intereses moratorios, si a ello hubiere lugar, solo podrá ser impuesto una vez agotado el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y haberse adoptado una decisión adversa a la oposición planteada por Gmóvil.

---

<sup>298</sup> Igual consideración cabe respecto de la referencia a **intereses moratorios** en el numeral (5) de la referida § 131.2 del Contrato de Concesión, pues ellos están establecidos en función de una **oposición** de Gmóvil que le sea resuelta en forma **adversa**.

754. Lo antes decidido, a su turno, acarrea que no es necesario ocuparse de la Pretensión No. 99 subsidiaria.

Pretensión No. 100

755. El texto de esta Pretensión es como sigue:

“Que se declare la nulidad que los aportes del Anexo 3 denominado Manual de Niveles de Servicio que a continuación se subrayan con los efectos previstos en el artículo 47 de la Ley 80 de 1993, por cuanto incorporan causales contractuales de caducidad del Contrato en violación de las disposiciones legales de carácter taxativo contenidas en el artículo 18 de dicha ley.

100.1. '1 GESTION DE SATISFACCIÓN DE USUARIOS (...) Valor de Referencia (...) en el caso de obtener 3 trimestres seguidos índices menores de 60% se considera causal para declarar la caducidad del contrato de concesión. Se considera 60% como valor de referencia inicial, el cual podrá ser ajustado por el Ente Gestor en cualquier momento de la concesión, este ajuste podrá ser por encima o por debajo del valor definido'

100.2. '2 GESTION DE SEGURIDAD (...) Valor de referencia (...) en el caso de obtener 6 meses seguidos índices de accidentalidad mayores de 0.4 eventos por vehículo, se considera causal para declarar la caducidad del contrato de concesión. Se considera 0.4 eventos por vehículo, como valor de referencia inicial, el cual podrá ser ajustado por el Ente Gestor en cualquier momento de la concesión acorde con las necesidades del servicio y la evolución de la operación, este ajuste podrá ser por encima o por debajo del valor definido'

100.3. '3 GESTION DE SERVICIOS (...) Valor de referencia (...) en el caso de obtener seis (6) meses seguidos índices de puntualidad menores de setenta por ciento (70%) se considera causal para la declaratoria de caducidad del contrato de

concesión. Se considera setenta por ciento (70%) como valor de referencia inicial, el cual podrá ser ajustado por el Ente Gestor en cualquier momento de la concesión acorde con las necesidades del servicio y la evolución de la operación, este ajuste podrá ser por encima o por debajo del valor definido.'

100.4. '4 GESTION DE MANTENIMIENTO (...) Valores de referencia (...) en el caso de obtener 6 meses seguidos índices de fallas mayores al 0.08 eventos promedio por flota en operación, por mes, se considera causal para la declaración de caducidad del contrato de concesión. Se considera 0.08 eventos promedio por flota en operación, por mes, como valor de referencia inicial, el cual podrá ser ajustado por el Ente Gestor en cualquier momento de la concesión acorde con las necesidades del servicio y la evolución de la operación, este ajuste podrá ser por encima o por debajo del valor definido.'

100.5. '5 GESTION DEL MEDIO AMBIENTE (...) Valor de referencia (...) en el caso de obtener 6 meses seguidos índices de emisiones superiores al 5% se considera causal para declarar la caducidad del contrato de concesión. Se considera 5% como valor de referencia inicial, el cual podrá ser ajustado por el Ente Gestor en cualquier momento de la concesión acorde con las necesidades del servicio y la evolución de la operación, este ajuste podrá ser por encima o por debajo del valor definido.'"

756. Visto lo solicitado en esta Pretensión, el Tribunal, en aras de la brevedad, y con relación a las nulidades allí impetradas, se remite a lo consignado en la § D.3 *supra* sobre **caducidad** de la acción para proponer tal declaratoria, consideraciones que, por supuesto, también se predicán de las anulaciones pedidas en la Pretensión que aquí se evalúa.
757. Por consiguiente, **no tendrán acogida** las solicitudes de nulidad formuladas por Gmóvil en esta Pretensión, la cual será denegada.

D.21 Pretensiones de condena

758. Como se indicó en la § A del capítulo V *supra* y se muestra en la tabla que allí aparece, la totalidad de las Pretensiones de condena de la Demanda, son **consecuenciales** de Pretensiones declarativas y, por consiguiente, deben correr la suerte de estas.

759. Así, entonces, visto lo concluido por el Tribunal en torno a las Pretensiones declarativas, se tiene lo que sigue sobre las solicitudes condenatorias.

Pretensiones Nos. 107 y 108

760. El texto de estas Pretensiones es como sigue:

“[107] Que como consecuencia de la pretensión Vigésimo novena (o su subsidiaria), se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a GMÓVILÓVIL S.A.S. la suma que actualmente asciende a MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$1.249.283.945), en pesos del 30 de junio de 2017, por concepto de mayor número de kilómetros en vacío recorridos, gastos irrecuperables y costos financieros, o los conceptos y las sumas que se encuentren probadas.”

“[108] Que como consecuencia de la pretensión Vigésimo novena (o su subsidiaria), se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a GMÓVIL S.A.S. la suma que actualmente asciende a DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS VEINTISEIS PESOS M/CTE (\$247.025.826), por concepto de gastos y costos incurridos para operar en patios de terceros, o los conceptos y las sumas que se encuentren probadas.”

761. Al respecto, se tiene que, en efecto, el Dictamen Técnico hace una estimación del número de kilómetros en vacío derivados de un cálculo juicioso y profesionalmente efectuado.<sup>299</sup>
762. Con base en ello se encuentra el cálculo realizado en el Dictamen Financiero, que consiste en *“aplicar la metodología del contrato para remunerar kilómetros comerciales, los cuales resultan [sic] multiplicar mensualmente los Kilómetros en vacío tomados del Peritaje Técnico, por la remuneración por kilómetro (\$/km) de acuerdo con el Contrato de Concesión para el periodo comprendido entre julio de 2012 y abril de 2014, según tipología de vehículo”*,<sup>300</sup> pruebas que le permiten evidenciar al Tribunal el valor de cada kilómetro en vacío como componente dentro de la estructura de costos de Gmóvil, al no haber diferencia entre el kilómetro programado y efectivamente recorrido en la operación y los que se recorren sin pasajeros para llegar a las terminales para revisión y parqueo.
763. En consecuencia, el Tribunal accederá al reconocimiento del perjuicio solicitado en la Pretensión No. 107, el cual, de acuerdo con el cálculo efectuado en el Dictamen Financiero, asciende a la suma de **\$ 1.002.258.960 a 30 de junio de 2017.**
764. Dicha suma, a su turno, y consistente con el inciso final del artículo 283 del C.G.P.,<sup>301</sup> deberá ser actualizada con base en el I.P.C., para lo cual se acude al I.P.C. de junio de 2017 y al I.P.C. de marzo de 2019 (último disponible),<sup>302</sup> con base en los cuales se aplica la siguiente fórmula:

---

<sup>299</sup> Cf. Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folios 108 y siguientes.

<sup>300</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folios 55 y 56.

<sup>301</sup> “En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

<sup>302</sup> Se puntualiza que los respectivos índices (96,233 para junio de 2017 y 101,616 para marzo de 2019), por ser hechos notorios y públicos no requieren prueba según el inciso final del art. 167 del C.G.P. en concordancia con el art. 180 de la misma norma y han sido tomados de la página [www.banrep.gov.co](http://www.banrep.gov.co)

*Valor actualizado* = [I.P.C. de 03-19 / I.P.C. de 06-17] x 1.002.258.960

765. Tal operación arroja el valor actualizado de **\$ 1.058.322.472**, que será el monto de la condena que se le impondrá a Transmilenio en relación con la Pretensión No. 107 aquí analizada, lo cual, **en lo pertinente** apareja la falta de prosperidad de la Excepción planteada por Transmilenio bajo el título "*Falta de prueba de la existencia y la cuantía de los pretendidos perjuicios.*" (4.38.4).
766. Y en cuanto al rubro que reclama la Convocante en la Pretensión No. 108, relativo a los costos y gastos incurridos en patios de terceros, esto es, de otros concesionario, para poder operar el Tribunal encuentra igualmente los encuentra probados en el Dictamen Financiero, al ser calculados con base en los documentos que aparecen en el Anexo 20 de dicho Dictamen, y sobre los que no recae tacha u observación alguna por parte de la Convocada, ascendiendo a la suma de **\$ 19.542.760 a 30 de junio de 2017**, y derivados de pintura de la oficina en el patio Sur, cableado, adecuación de área de mantenimiento, pintura y arreglos en las bodegas 1 y 2 y suministro de instalación de red de aire comprimido y obras adicionales del patio 20 de Julio.<sup>303</sup>
767. A lo anterior debe agregarse, de acuerdo con el contenido de la Pretensión, y como otro concepto de indemnización, el costo financiero asociado a las inversiones realizadas en el patio de la calle 26 desde el año 2012 en sistema eléctrico, diseños de la estación de servicio y su puesta en marcha, detección de fugas, equipos de la estación de servicios de combustible, pantallas, software y contenedores, obras que no pudieron utilizarse sino hasta mayo de 2014 cuando se hiciera la entrega provisional del mismo por parte de Transmilenio, generándose un evidente costo de oportunidad como consecuencia directa del incumplimiento contractual declarado.

---

<sup>303</sup> Cf. Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folios 59 y 60.

768. Este rubro, calculado en el Dictamen Financiero con base en los documentos que aparecen como Anexo 21 del mismo y que, nuevamente, no se encuentran desvirtuados ni tachados por la Convocada, asciende a **\$ 227.482.225 a 30 de junio de 2017**.<sup>304</sup>
769. La suma de los dos (2) conceptos señalados en los numerales precedentes asciende a la cantidad de **\$ 247.024.985 a 30 de junio de 2017**, por lo cual, según el atrás referido inciso final del artículo 283 del C.G.P., deberá ser actualizada aplicando la misma fórmula antes empleada, esto es:

$$\text{Valor actualizado} = [\text{I.P.C. de 03-19} / \text{I.P.C. de 06-17}] \times 247.024.985$$

770. Tal operación arroja el valor actualizado de **\$ 260.842.859**, que será el monto de la condena que se le impondrá a Transmilenio en relación con la Pretensión No. 108 aquí analizada, circunstancia que implica, **en lo pertinente**, considerar no probada la Excepción planteada por Transmilenio bajo el título "*Falta de prueba de la existencia y la cuantía de los pretendidos perjuicios.*" (4.38.4).

Pretensión No. 109 y subsidiaria

771. Esta Pretensión es del siguiente tenor:

"[109] Que como consecuencia de la pretensión Trigésimo segunda, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar a GMÓVIL S.A.S. la suma que asciende a TRECE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$ 13.661.284.336), en pesos del 30 de junio de 2017, por concepto de arriendo, inversiones en patios o terminales zonales transitorios y kilómetros en vacío, causados desde el 2 de noviembre de 2015 y hasta el 30 de junio de 2017, por la no entrega oportuna de los

---

<sup>304</sup> Cf. Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folios 60 a 62.

patios o terminales zonales, o en la oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.”

“[Subsidiaria] Que como consecuencia de la declaración prevista en la Pretensión Subsidiaria de la Trigésimo segunda, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a GMÓVIL S.A.S. la suma que actualmente asciende a TRECE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES DÓSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$13.661.284.336), en pesos del 30 de junio de 2017, para restablecer el equilibrio financiero del Contrato, alterado por pagos realizados por concepto de arriendo, inversiones en patios o terminales zonales transitorios y kilómetros en vacío, causados desde el 3 de noviembre de 2015 hasta el 30 de junio de 2017, por la no entrega oportuna de los patios o terminales zonales, o en la oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.”

772. Para fines de precisar esta Pretensión, el Tribunal toma como base lo manifestado al efecto en el Dictamen Financiero como respuesta a la pregunta No. 17 sobre cálculo de los costos por concepto de kilómetros en vacío que están siendo asumidos por Gmóvil derivados de la no entrega definitiva de los patios zonales y puntos de inicio de ruta, considerándolos iguales a la remuneración prevista en la fórmula de remuneración para los kilómetros en servicio.
773. Ahora bien, según el Dictamen Técnico se establecen los kilómetros en vacío en un total de 4.671.123, lo que arroja, para fines de cuantificación y aplicando la fórmula correspondiente a kilómetros en servicio –por no encontrarse diferencia entre uno y otro tipo– la suma de \$ **8.825.430.158**,<sup>305</sup> monto que, según el atrás referido inciso final del artículo 283 del C.G.P., deberá ser actualizada aplicando la misma fórmula antes empleada, esto es:

---

305 Cf. Dictamen Financiero – Página 74.

*Valor actualizado* = [I.P.C. de 03-19 / I.P.C. de 06-17] x 8.825.430.158

774. Tal operación arroja el valor actualizado de **\$ 9.319.099.591**, que será el monto de la condena que se le impondrá a Transmilenio en relación con la Pretensión No. 109 aquí analizada, lo cual, y **en lo pertinente**, trae consigo la falta de prosperidad de la Excepción planteada por Transmilenio bajo el título "*Falta de prueba de la existencia y la cuantía de los pretendidos perjuicios.*" (4.38.4).
775. A su turno, lo resuelto sobre la Pretensión No. 109 principal, hace innecesario ocuparse de la correspondiente Pretensión subsidiaria.

Pretensiones Nos. 121, 122 y 123

776. El texto de estas Pretensiones es el siguiente:

"[121] Que como consecuencia de la pretensión Septuagésimo quinta, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a GMÓVIL S.A.S. la suma que actualmente asciende a MIL SEISCIENTOS VEINTISIETE MILLONES TRESCIENTOS VEINTIOCHO MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO PESOS M/CTE (\$1.627.328.724), por concepto de costo por kilómetro no remunerado para la operación de vehículos híbridos vinculados a la Operación Troncal recorridos hasta el 30 de junio de 2017, en pesos del 30 de junio de 2017, o el valor que determine el Tribunal."

"[122] Que como consecuencia de la pretensión Septuagésimo quinta, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a GMÓVIL S.A.S. la suma de trescientos once pesos por kilómetro (\$311/km) en pesos del 30 de junio de 2017, adicionales a la Tarifa por Kilómetro Troncal (TKMT) vigente, por kilómetro recorrido por la

TRIBUNAL ARBITRAL

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

---

flota híbrida (bus 80 pax dual híbrido), a partir del 1º de julio de 2017 hasta la fecha de expedición del Laudo Arbitral, o en las condiciones que establezca el Tribunal.”

“[123] Que como consecuencia de la pretensión Septuagésimo quinta, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a GMÓVIL S.A.S. la suma de trescientos once pesos por kilómetro (\$311/km) en pesos del 30 de junio de 2017, adicionales a la Tarifa por Kilómetro Troncal (TKMT) vigente, por kilómetro recorrido por la flota híbrida (bus 80 pax dual híbrido), a partir de la ejecutoria del Laudo Arbitral, o en las condiciones que establezca el Tribunal.”

777. Con relación a la Pretensión No. 121, debe ponerse de presente que no distingue una tipología vehicular determinada, sino que engloba de forma general el pago a todos los vehículos híbridos vinculados a la operación troncal de Gmóvil.
778. Adicionalmente, y teniendo en cuenta los conceptos que integran la remuneración de la Tarifa por Kilómetro Troncal (TKMT) mencionados al tratar la Pretensión No. 75, parecería que la petición hecha en esta Pretensión va dirigida a que se reconozca la suma de dinero como consecuencia de la corrección de todos los rubros que conforman la TKMT.
779. Sin embargo, de acuerdo con lo indicado en el Dictamen Financiero, la suma que se reclama en la Pretensión se soporta únicamente en los mayores gastos en la operación de Gmóvil por concepto del componente energético utilizado para vehículos híbridos, lo que corresponde a combustible propiamente dicho, baterías utilizadas y mantenimiento de las mismas.
780. De esta manera, se recurre a lo expuesto en el Dictamen Financiero,<sup>306</sup> donde:

---

<sup>306</sup> Cf. Dictamen Financiero – Páginas 90 a 94.

- a. Partiendo de la operación de la flota híbrida, se precisa que dentro de la canasta de costos aplicable, el 22,62% de la remuneración por kilómetro corresponde al gasto de combustible;
- b. Se indica que hay un ahorro de \$ 991.610.963 por menor valor de combustible; y
- c. Se señala que se han efectuado pagos por \$ 4.264.294.099 por concepto del gasto energético asociado a las baterías de los vehículos híbridos.

781. Con fundamento en lo anterior, el Dictamen Financiero concluye sobre el punto que se analiza:

“Al comparar lo pagado y lo ahorrado con concepto de combustible se observa que a la fecha la empresa en término de costos energéticos tiene un déficit de \$3.272.683.136.00 de mayores costos no cubiertos por la remuneración por kilómetro. Es importante indicar que en la semana previa a la presentación del presente dictamen GMÓVIL recibió un pago por concepto de compensación de la operación de la flota Híbrida por valor de \$1.649.436.012.00 por lo anterior el saldo por pagar a la fecha asciende a \$1.623.247.124.00.”<sup>307</sup>

782. A su turno, y con referencia al pago por \$ 1.649.436.012, Gmóvil puso de presente en la atrás referida comunicación del 18 de agosto de 2017, que lo imputaría a la presente reclamación, aplicación que el Tribunal considera pertinente, toda vez que dicha cifra –cuya metodología de cálculo, componentes y periodo no fueron explicados por Transmilenio– no alcanza a cubrir el déficit determinado en el Dictamen Financiero, el cual, en opinión del Tribunal corresponde a un estudio juicioso y documentado que debe ser acogido como prueba del monto reclamado por Gmóvil.

---

<sup>307</sup> Ibid. – Página 94.

783. De esta forma, aplicando el pago hecho por Transmilenio a la cantidad establecida en el Dictamen Financiero, se llega al monto de **\$ 1.623.247.124**, cuyo pago debe ser hecho por Transmilenio en favor de la Convocante.
784. Ahora bien, dado que el pago por \$ 1.649.436.012 fue hecho por Transmilenio en agosto de 2017 –como se desprende de lo indicado en el Dictamen Financiero, que proviene del mismo mes–, el monto de \$ 1.623.247.124 será, en concordancia con el atrás referido inciso final del artículo 283 del C.G.P., actualizado aplicando la misma fórmula antes empleada, esto es:
- $$\text{Valor actualizado} = [\text{I.P.C. de 03-19} / \text{I.P.C. de 08-17}]^{308} \times 1.623.247.124$$
785. Tal operación arroja el valor actualizado de **\$ 1.712.516.531**, que será el monto de la condena que se le impondrá a Transmilenio en relación con la Pretensión No. 121 aquí analizada, lo cual, **en lo pertinente** –y como se ha manifestado respecto de otras Pretensiones de condena– apareja la falta de prosperidad de la Excepción planteada por Transmilenio bajo el título “*Falta de prueba de la existencia y la cuantía de los pretendidos perjuicios.*” (4.38.4).
786. En cuanto a las Pretensiones Nos. 122 y 123, en las cuales se solicita una adición de \$ 311 a la TKMT, por una parte desde el 1º de julio de 2017 hasta la fecha de este Laudo y, por otra, a partir de la ejecutoria del mismo y hacia adelante, el Tribunal considera que el Dictamen Financiero, en el que se apoya Gmóvil para fines de estas Pretensiones no permite determinar de manera certera el valor de \$ 311 por kilómetro comercial (a Pesos de junio de 2017) pues tal cifra se trata de una mera afirmación que no tiene prueba que la soporte.<sup>309</sup>
787. De esta manera, al no probar Gmóvil en debida forma, las Pretensiones Nos. 122 y 123 no están llamadas a prosperar y serán denegadas.

---

<sup>308</sup> El I.P.C. para el mes de agosto de 2017 fue de 96,319, según reporta el Banco de la República, recordando que al mismo se le aplica el inciso final del art. 167 del C.G.P., en consonancia con el art. 180 *ibidem*.

<sup>309</sup> Cf. Dictamen Financiero – Página 129.

Pretensiones denegadas

788. En adición a las Pretensiones Nos. 122 y 123, antes denegadas, se **deniegan** las siguientes Pretensiones de condena formuladas por Gmóvil:

- a. No. 101 y su subsidiaria, planteadas como consecuenciales de las Pretensiones Nos. 16 y 17.
- b. No. 102, planteada como consecencial de las Pretensiones Nos. 21, 22, 33 y 51.
- c. Primera subsidiaria de la Pretensión No. 102, planteada como consecencial de las Pretensiones Nos. 21 subsidiaria, 22 subsidiaria, 33 subsidiaria, 51 subsidiaria y 52.
- d. Segunda subsidiaria de la Pretensión No. 102, planteada como consecencial de las Pretensiones Nos. 35, 63 y 67.
- e. Nos. 103 y 104, planteadas como consecuenciales de las Pretensiones Nos. 21, 22, 33 y 51.
- f. Primera subsidiaria de la Pretensión No. 103, planteada como consecencial de las Pretensiones Nos. 21 subsidiaria, 22 subsidiaria, 33 subsidiaria, 35, 51 subsidiaria y 52.
- g. Segunda subsidiaria de la Pretensión No. 103, consecencial de las Pretensiones Nos. 35, 63 y 67.
- h. Primera subsidiaria de la Pretensión No. 104, planteada como consecencial de las Pretensiones Nos. 21 subsidiaria, 22 subsidiaria, 33 subsidiaria, 51 subsidiaria y 52.

TRIBUNAL ARBITRAL

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

---

- i. Segunda subsidiaria de la Pretensión No. 104, planteada como consecuencial de las Pretensiones Nos. 35, 63 y 67.
- j. No. 105, planteada como consecuencial de la Pretensión No. 23.
- k. No. 106, planteada como consecuencial de la Pretensión No. 26 y su subsidiaria.
- l. Nos. 110 y 111 y sus subsidiarias, planteadas como consecuenciales de la Pretensión No. 32 y su subsidiaria.
- m. No. 112 y sus subsidiarias, planteadas como consecuenciales de la Pretensión No. 45 y su subsidiaria.
- n. No. 113, planteada como consecuencial de la Pretensión No. 46.
- o. No. 114, planteada como consecuencial de la Pretensión No. 53.
- p. No. 115, planteada como consecuencial de las Pretensiones Nos. 53 y 54 (y sus subsidiarias).
- q. No. 116, planteada como consecuencial de la Pretensión No. 57.
- r. No. 117, planteada como consecuencial de la Pretensión No. 59 y su subsidiaria.
- s. Nos. 118, 119 y 120, planteadas como consecuenciales de la Pretensión No. 69 y su subsidiaria.
- t. Nos. 124, 125 y 126, planteadas como consecuenciales de la Pretensión No. 78.

TRIBUNAL ARBITRAL

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

---

- u. Nos. 127, 128 y 129, planteadas como consecuenciales de la Pretensión No. 81.
- v. Nos. 130, 131 y 132, planteadas como consecuenciales de la Pretensión No. 84.
- w. No. 133, planteada como consecencial de la Pretensión No. 87.
- x. Nos. 134 y 135, planteadas como consecuenciales de la Pretensión No. 91 y su subsidiaria.
- y. Nos. 136 y 137, planteadas como consecuenciales de las Pretensiones Nos. 92, 93 y sus subsidiarias y 94 y su subsidiaria.
- z. Nos. 136 y 137, planteadas como consecuenciales de las Pretensiones Nos. 92, 93 y sus subsidiarias y 94 y su subsidiaria.
- aa. Nos. 136 subsidiaria y 137 subsidiaria, planteadas como consecuenciales de las Pretensiones Nos. 92, 93 y sus subsidiarias, 94 y su subsidiaria, 95 y 96.

**E. Evaluación y conclusiones sobre las Pretensiones de la Reconvención**

789. Concluida la evaluación correspondiente a las Pretensiones de la Demanda, pasa el Tribunal a ocuparse de las correspondientes a la Reconvención.

*E.1 Observación preliminar*

790. Como se puede apreciar de la lectura de las Pretensiones de la Reconvención, algunas tienen reflejo en ciertas Pretensiones de la Demanda, razón por la cual lo decidido respecto de estas impacta lo correspondiente a aquellas. Por ende, para fines de la decisión a que haya lugar, el Tribunal se remitirá a lo consignado con motivo de la correlativa Pretensión de la Demanda.

791. Dicho lo anterior, el Tribunal recuerda que, como se indicó en la § B del capítulo V *supra*, Transmilenio distribuyó sus Pretensiones declarativas en varios grupos, según se detalla y desarrolla a continuación.

*E.2*    § 6.1 – Pretensiones Principales

792. Como figura en la tabla que sobre ellas aparece en la § (B) del capítulo V *supra*, este grupo de Pretensiones de la Reconvención corresponde a las marcadas como Nos. 1 a 4, de las cuales las tres (3) primeras (una de ellas con una Pretensión subsidiaria) son de índole **declarativa**, en tanto que la No. 4 –que cuenta con dos Pretensiones subsidiarias– es de naturaleza **condenatoria**, asociada con la marcada como No. 3 de este tipo de la Reconvención.

793. Por consiguiente, esta parte del Laudo se ocupará de las Pretensiones declarativas, dejando lo relativo a la Pretensión de condena (y sus subsidiarias) para posterior apartado.

Pretensión No. 1 - Principal

794. El texto de esta Pretensión es el siguiente:

“Que se declare que la cláusula 121, y en particular la cláusula 121.2 del contrato de concesión No. 004 de 2010, celebrado entre la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. – y la sociedad concesionaria GMÓVIL S.A.S. conforme a la modificación introducida a la misma en virtud del otrosí No. 5, del 28 de diciembre de 2011, en la cual las partes regularon la procedencia de la aplicación de desincentivos operativos al Concesionario Gmóvil, es válida.”

795. Con relación a esta Pretensión, el Tribunal se remite, en lo pertinente, a las consideraciones hechas con motivo de la evaluación de la Pretensión No. 93 de la Demanda y sus subsidiarias, en donde no se observa vicio de las

estipulaciones, circunstancia que, por demás, no fue alegada por ninguna de las Partes, razón por la cual, no hay motivo para tomar decisión diferente de acoger lo solicitado por Transmilenio.

796. En consecuencia, en la parte resolutive del Laudo se consignará el despacho positivo de esta Pretensión.

Pretensiones Nos. 2, 3 y su subsidiaria - Principal

797. El texto de estas Pretensiones es el siguiente:

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

"[3] Que se declare que los desincentivos impuestos al Concesionario, sociedad concesionaria GMÓVIL S.A.S, entre el primero (1º) de febrero de 2013 y el treinta (30) de abril de 2017, en aplicación de la cláusula 121 del contrato de concesión No. 004 de 2010, con sujeción al procedimiento establecido en la cláusula 131 del mismo contrato, fueron debidamente impuestos y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. tiene el derecho contractual a obtener el pago de los mismos y a descontar su monto de la remuneración a que la sociedad concesionaria GMÓVIL S.A.S. tiene derecho, de acuerdo a lo estipulado en el contratos [sic] de concesión, así como también a descontar los intereses de mora causados en relación con tales desincentivos."

"[Subsidiaria] Que se declare que los desincentivos impuestos al Concesionario GMÓVIL S.A.S. entre el 1° de febrero de 2013 y el 30 de abril de 2017, en aplicación de la cláusula 121 del Contrato de Concesión y con sujeción al procedimiento establecido en la cláusula 131 del contrato de concesión, con la exclusiones que determine el Tribunal Arbitral, fueron debidamente impuestos y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. tiene el derecho contractual a descontarlos de la remuneración a que el Concesionario sociedad concesionaria GMÓVIL S.A.S tiene derecho de acuerdo a lo estipulado en el Contrato de Concesión 004 de 2010."

798. Como punto de partida, el Tribunal observa que la Pretensión No. 2 alude al procedimiento para la imposición de los *desincentivos* establecidos en el Contrato 004-2010, circunstancia que conduce a la extensa cláusula 131.2, introducida por medio del Otrosí No. 5 del 20 de diciembre de 2011, que para facilidad se reproduce:

"Desincentivos operativos que no corresponden a las facultades excepcionales de la administración y que se incluyen en el contrato y/o en el manual de operaciones, el cual hace parte del presente contrato.

La liquidación y pago de estos, se sujetará a las siguientes condiciones:

1. TRANSMILENIO S.A. preparará y remitirá al CONCESIONARIO un informe preliminar de los hechos identificados mediante cualquiera de los mecanismos previstos en el presente contrato para su verificación que pueden configurar un hecho objeto de desincentivo.

2. EL CONCESIONARIO tendrá tres (3) días hábiles a partir del recibo para presentar a TRANSMILENIO S.A. sus observaciones sobre el informe preliminar.

3. Con base en dichas observaciones, o ante el silencio del CONCESIONARIO, TRANSMILENIO S.A. elaborará y remitirá al CONCESIONARIO un reporte detallado de los incumplimientos identificados, indicando los hechos que lo configuran, la condición o previsión contractual incumplida, los mecanismos de verificación que dan cuenta de la infracción identificando las circunstancias de condición, tiempo y lugar que la determinaron, y detallando la tasación o cuantificación del descuento que se ha hecho exigible conforme a las previsiones contempladas al efecto en el presente contrato.

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

5. Si el CONCESIONARIO se allanare, mediante pago efectivo o compensación deberá manifestarlo así a TRANSMILENIO S.A., de manera expresa y por escrito, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha en que haya recibido la comunicación que dé cuenta sobre la infracción y la cuantificación del desincentivo. En caso de allanamiento, en los términos anteriormente descritos, el concesionario se beneficiará de un descuento equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor correspondiente, siempre y cuando renuncie por escrito al ejercicio de cualquier recurso o acción contra la aplicación del desincentivo. En todo caso, si el CONCESIONARIO se allanare al pago o compensación de dicho desincentivo, acogiéndose al

beneficio previsto en el presente numeral, y posteriormente recurre o interpone acción alguna para debatir el informe o comunicaciones que hayan cuantificado o tasado el desincentivo, se entenderá que el pago o el descuento efectuado tiene el carácter de parcial, estando obligado el CONCESIONARIO a pagar la diferencia, incluyendo los intereses.

Si el CONCESIONARIO no manifiesta a TRANSMILENIO S.A. de manera expresa y por escrito, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha en que haya recibido la comunicación que dé cuenta sobre la infracción, la imposición y la cuantificación del desincentivo, su inconformidad o la aceptación del mismo, se entenderá que lo aceptó, y no se beneficiará del descuento previsto en el numeral anterior. Una vez agotado el trámite, TRANSMILENIO S.A. ordenará el descuento del valor del correspondiente desincentivo.

6. Todos los desincentivos que se causen podrán ser pagados a través de la figura de la compensación, descontándose dicho valor de la participación que el CONCESIONARIO tenga derecho a obtener, derivada de la ejecución del presente contrato. Será función de TRANSMILENIO S.A. verificar que se hagan los descuentos correspondientes, de manera oportuna en los periodos de pago de las participaciones previstos (sic) en el presente contrato. En todo caso, el pago o la deducción de dichos desincentivos no exonerará al CONCESIONARIO de su obligación de cumplir plenamente con los acuerdos de niveles de servicio contenidos en el presente contrato.

7. TRANSMILENIO S.A. comunicará al administrador de los recursos del Sistema la circunstancia de haberse hecho exigible un desincentivo al CONCESIONARIO, así como su cuantificación y ordenará su descuento. En todo caso y para todos los efectos legales, las partes pactan que este contrato conjuntamente con la comunicación que incorpora la tasación, prestará mérito ejecutivo.

8. El CONCESIONARIO, expresamente y en forma voluntaria acepta y autoriza, con la firma del presente contrato, a TRANSMILENIO S.A. a solicitar a la FIDUCIA la compensación para el pago de los desincentivos de que trata el numeral anterior." (Énfasis añadido).

799. El procedimiento antes transcrito es, a su turno, corolario de la cláusula 121.2 del Contrato de Concesión, también introducida a través del Otrosí No. 5, estipulación resultante del ejercicio de la autonomía privada de las Partes, en consonancia con los atrás citados artículos 13 y 40 del estatuto de Contratación Pública, y sobre la cual no existe reparo o controversia entre las Partes que haya sido planteada en este Arbitraje.
800. De esta manera, y para enmarcar el análisis que sigue, el Tribunal señala que existe simetría contractual en esta materia, pues:
- a. La § 121.1, *Multas contractuales*, tiene reflejo procedimental en la §131.1; y
  - b. La § 121.2, *Desincentivos operativos*, tiene reflejo procedimental en la atrás citada § 131.2.
801. Dicho lo anterior, el Tribunal pone de presente que comparte lo consignado en el laudo del 20 de abril de 2018,<sup>310</sup> citado en el atrás mencionado laudo del 20 de diciembre del mismo año,<sup>311</sup> en el sentido de que los *desincentivos* tienen la misma naturaleza sancionatoria que las multas contractuales.
802. En este orden de ideas, podría pensarse, en una primera aproximación que el procedimiento aplicable a los *desincentivos* es el establecido en el artículo 86

---

<sup>310</sup> Proceso arbitral de *Organización Suma S.A.S. vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.*

<sup>311</sup> Cf. laudo del 20 de diciembre de 2018 – *Masivo Capital S.A.S. En Reorganización vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.* – Página 313.

de la Ley 1474 de 2011,<sup>312</sup> titulado **Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento** (énfasis añadido), el cual fija un procedimiento al efecto, previo disponer en su primer inciso, **que gobierna la totalidad de la norma:**

“Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, **imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato**, y hacer efectiva la

---

<sup>312</sup> El texto completo del artículo es:

“Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”

cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: (...).<sup>313</sup> (Énfasis añadido).

803. No obstante, es evidente, que el procedimiento reglado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es **únicamente** el encaminado a que la entidad estatal de que se trate **imponga** una multa o sanción a su contratista (o lo exonere) y, de hecho, culmina con un acto administrativo, sancionatorio o exculpatorio, como se establece en el precitado literal (c) del artículo, que reza:

“Hecho lo precedente, **mediante resolución motivada** en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, **la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento**. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia”. (Énfasis añadido).

804. Por consiguiente, de no haber **imposición** de la multa o sanción, esto es, la expedición de un acto administrativo en tal sentido **no cabe aplicar** el artículo 86 en comentario, dando paso a lo estipulado por las partes en desarrollo de la autonomía de la voluntad y, máxime, cuando la Ley 1474 de 2011 en parte alguna derogó los artículos 13 y 40 del Estatuto de Contratación Pública.<sup>314</sup>
805. *A contrario sensu*, y como se desarrollará más adelante, **siempre** que una entidad estatal **imponga** una multa o sanción (o declare el incumplimiento

---

<sup>313</sup> La constitucionalidad de la expresión “cuantificando los perjuicios del mismo”, que aparece en este inciso, fue cuestionada ante la Corte Constitucional en Sentencia C-499 del 5 de agosto de 2015.

<sup>314</sup> Cf. la derogatoria normativa de índole general establecida en el artículo 135.

Adicionalmente debe considerarse que en el preámbulo de la Ley 1474 de 2011 se indica que por medio de ella:

“[S]e dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.”

contractual) **deberá seguirse** el procedimiento establecido en el artículo 86 *in fine*.

806. Así las cosas, el Tribunal torna al texto de la cláusula 131.2 del Contrato 004-2010 y encuentra que:

- a. El paso inicial que debe cumplir Transmilenio es presentarle a Gmóvil "*un informe preliminar*" de los hechos que puedan dar lugar a la aplicación de un *desincentivo*, recibido el cual Gmóvil cuenta con plazo de tres (3) días hábiles para presentar sus observaciones sobre el informe preliminar;
- b. Con base en tales observaciones (o ante el silencio de Gmóvil), Transmilenio debe preparar un "*reporte detallado*" identificando y explicando todas las circunstancias atinentes al *desincentivo*, incluyendo su cuantificación, el cual debe poner en conocimiento de Gmóvil.
- c. Frente a lo anterior, la Convocante cuenta con tres (3) alternativas, de su libre y exclusivo albedrío:
  - i. **Allanarse** en el término de tres (3) días a lo manifestado y cuantificado por Transmilenio, caso en el cual se beneficiará con un descuento del 40% sobre el monto del *desincentivo*;<sup>315</sup> o
  - ii. **Guardar silencio**, caso en el cual se entenderá que acepta lo señalado por Transmilenio, pero no se beneficia del descuento del 40% aplicable en caso de allanamiento; o

---

<sup>315</sup> La estipulación consigna que si con posterioridad al allanamiento Gmóvil "recurre o interpone alguna acción" se entenderá el pago con descuento como abono al monto del "desincentivo".

- iii. **Oponerse** a lo indicado por Transmilenio, caso en el cual, según el numeral (4) de la estipulación Gmóvil *"deberá acudir directamente a los mecanismos de solución de conflictos del contrato."*

807. Vistas estas alternativas, y a los fines del tema bajo análisis, el Tribunal señala que en ninguno de los dos (2) primeros casos, se presenta la acción gubernamental de **imponer** una sanción mediante un acto administrativo.

808. En efecto, el allanamiento (primera opción) es una **decisión autónoma**, que produce plenos efectos jurídicos. Como se expresa en el atrás mencionado laudo del 6 de julio de 2018, refiriéndose a la misma cláusula respecto de otro concesionario:

"[C]uando el Concesionario se allana al desincentivo, **es claro que no existe un acto de imposición de una sanción**, pues es la voluntad de aquél la que crea un negocio jurídico dispositivo por el cual él acepta que se produjo el hecho que genera el desincentivo y por ello se obliga a pagar su monto con un descuento. **Como no hay imposición de una sanción por parte de la entidad pública no hay lugar a aplicar el artículo 86 de la ley 1474 de 2011** y deben aplicarse los principios del derecho privado que reconocen plenos efectos a los actos jurídicos de allanamiento."<sup>316</sup> (Énfasis añadido).

809. Tampoco hay **imposición** de un *desincentivo* cuando Gmóvil guarda silencio sobre el reporte detallado que debe suministrarle Transmilenio (segunda opción), pues lo que allí operó es un asentimiento **contractualmente acordado**,

<sup>316</sup> Laudo del 6 de julio de 2018 – *Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S. vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.* – Página 275.

El laudo, en referencia que comparte este Tribunal, alude al artículo 136 del Código Nacional de Tránsito que establece ciertas rebajas en caso de aceptación de las sanciones por infracciones de tránsito.

el cual, al tenor del atrás citado artículo 1602 del C.C., compromete a la parte que así ha procedido.<sup>317</sup>

810. Ocurre lo contrario, sin embargo, tratándose de la tercera alternativa, esto es, la **oposición** de Gmóvil a lo consignado en el reporte de Transmilenio, pues allí sí se genera la **imposición** del *desincentivo* a la Convocante (o su exoneración), suscitándose, **necesariamente**, una acción de la entidad estatal, léase Transmilenio.
811. Para este caso, el Contrato 004-2010 prevé el recurso por parte de Gmóvil “a los mecanismos de solución de conflictos del contrato”, estipulación que el Tribunal considera que **no se aviene** con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, disposición imperativa, aplicable a todas “[l]as entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración” –entre ellas Transmilenio– **que no puede ser derogada por convención privada** a la luz del artículo 16 del C.C.<sup>318</sup>
812. Por consiguiente, en caso de **oponerse** Gmóvil a lo planteado por Transmilenio respecto de la imposición de *desincentivos* y su cuantificación, el **procedimiento** para dilucidar tal oposición e **imponer**, si fuere el caso, la sanción a Gmóvil es, **obligatoriamente**, el previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
813. De esta forma, el Tribunal encuentra que la susodicha remisión a los mecanismos de solución de conflictos establecida en el Contrato de Concesión **no**

---

<sup>317</sup> Sobre el efecto del silencio contractualmente acordado, cf. la Sentencia de la Corte Suprema del 12 de febrero de 2018, Exp. SC130- 2018.

<sup>318</sup> “No podrán denegarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesadas el orden y las buenas costumbres.”

**cumple** con el requisito exigido en el artículo 1502 (3) del C.C.,<sup>319</sup> en conjunción con el artículo 1519 *ibidem*,<sup>320</sup> para constituir obligación válida de las Partes.

814. Por ende, la consecuencia insoslayable del objeto ilícito que presenta la parte de la cláusula 131.2 del Contrato de Concesión, es la **nulidad** prevista en el artículo 1740 del estatuto civil,<sup>321</sup> la cual tiene la condición de **absoluta** al tenor del siguiente artículo 1741.<sup>322</sup>

815. Ahora bien, dado que no se ha impetrado la declaratoria de nulidad de la estipulación en referencia, el Tribunal resuelve proceder a declararla de **manera**

---

<sup>319</sup> El texto completo de este artículo es:

"Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario 1º) que sea legalmente capaz; 2º) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º) **que recaiga sobre un objeto lícito**; 4º) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra." (Énfasis añadido).

<sup>320</sup> "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por vicio del objeto."

<sup>321</sup> "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa."

<sup>322</sup> "La nulidad producida por el objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así misma nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato."

Concordante con lo anterior, el art. 899 del C. Co. dispone:

"Será absolutamente nulo el negocio jurídico en los siguientes casos:

1. Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
2. Cuando tenga causa u objeto ilícitos; y
3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz."

**oficiosa**, con base en la facultad que le otorga el artículo 1742 del C.C.,<sup>323</sup> disposición que ha sido objeto de múltiples manifestaciones doctrinarias y jurisprudenciales, dentro de las cuales se registra la siguiente:

“[S]u declaratoria [nulidad absoluta] se impone incluso sin petición de parte, conforme lo ordena el artículo 1742 del Código Civil. Al respecto, la Sala ha considerado:

‘Sea lo primero precisar que en materia de leyes imperativas, es decir, aquellas que no son susceptibles de ser derogadas por convenios particulares (artículo 16 del Código Civil), no puede ni debe sostenerse que su aplicación solicitada únicamente en el recurso de casación sea un punto nuevo. Ni puede, so pretexto de su novedad, abstenerse la Corte de estudiar el punto al desatar la casación, pues las leyes imperativas gravitan sobre los hechos sometidos a decisión judicial en forma inexorable y en la medida en que realmente éstos se subsuman en aquéllas, es obligación de los falladores de instancia aplicarlas... Lo relacionado con la nulidad absoluta de un negocio jurídico es regido por leyes imperativas. Por tanto el punto es de recibo en casación, así sea novedoso en el proceso. Es más, si la nulidad aparece manifiesta la Corte puede declararla de oficio. (SC. G.J. tomo CLXV No. 2406, pág. 170 a 179).”<sup>324</sup>

816. A su turno, la declaratoria de nulidad de la remisión a “*los mecanismos de solución de conflictos del contrato*”, trae consigo la aplicación de la regla del artículo 1746 del C.C.<sup>325</sup> sobre restituciones mutuas y, por ende, Gmóvil tendrá

<sup>323</sup> “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.”

<sup>324</sup> Corte Suprema – Sentencia del 29 de junio de 2018 – Exp. SC2468 – 2018.

<sup>325</sup> “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

derecho a que Transmilenio le devuelva el monto de los *desincentivos impuestos* al tenor del procedimiento establecido en el numeral (4) de la cláusula 131.2, más no a aquellos que sean producto de su **allanamiento** o de su **asentimiento tácito** por la vía de guardar silencio.

817. Consecuencia de lo expuesto es, por una parte, que, con el efecto previsto en el artículo 1746 del C.C., se declarará la nulidad del numeral (4) de la Cláusula 131.2 del Contrato 004-2010 que regula las consecuencias de la objeción por parte de Gmóvil al reporte detallado sobre los desincentivos, porque en estos casos debe aplicarse el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y, por otro lado, y de manera correlativa, la Pretensión No. 2 se despachará positivamente, en el sentido que la cláusula 131.2. del Contrato de Concesión es válida y eficaz, **excepto** en lo que establece su numeral (4), pues en tal evento debe aplicarse el mencionado artículo 86.
818. Vista la anterior conclusión sobre la Pretensión No. 2, el Tribunal se ocupa de la siguiente (No. 3) y al respecto subraya que el derecho de Transmilenio a obtener el pago de *desincentivos* y su consecuente descuento de la remuneración a favor de Gmóvil, está **estrictamente circunscrito** a aquellos provenientes o bien de un allanamiento o bien del silencio de Gmóvil, estando **expresamente excluidos** todos aquellos que hayan sido determinados a raíz de una **objeción** planteada por Gmóvil, pues para que pueda haber una **imposición** a cargo de la Convocante es indispensable observar el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y no el consignado en el Contrato 004-2010, cuya nulidad ha sido declarada oficiosamente por el Tribunal.
819. Y en cuanto a los intereses de mora reclamados por Transmilenio, no accederá el Tribunal a decretar su descuento de la remuneración de Transmilenio, pues

---

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo."

---

fuera de que los *desincentivos* que pueden ser materia de cobro solo son los explícitamente indicados en el numeral precedente, al tenor de los precitados numerales (6), (7) y (8) de la cláusula 131.2, está en manos de Transmilenio hacer efectivos los *desincentivos*, motivo por el cual Gmóvil no debe asumir el retardo en el accionar de la Convocada y menos ser sancionada con el cargo de los intereses moratorios a que haya lugar por la tardía recolección de los *desincentivos* por parte de Transmilenio.

820. Y a lo anterior debe añadirse que la referencia a intereses moratorios solo aparece en el numeral (4) de la estipulación en comentario, cuya nulidad absoluta ha sido hallada por el Tribunal.<sup>326</sup>
821. De esta manera, la Pretensión No. 3 principal será despachada favorablemente de **manera parcial**, esto es, con la explícita precisión sobre los *desincentivos* respecto de los cuales Transmilenio puede exigir su pago y descuento de la remuneración de Gmóvil y **omitiendo** tal prerrogativa respecto del cargo de intereses moratorios.
822. Evacuada la Pretensión principal, el Tribunal señala que no cabe ocuparse de la correspondiente Pretensión subsidiaria, pues sus términos son sustancialmente los mismos de la Pretensión principal, pero omitiendo la referencia a intereses moratorios, cuya procedencia fue denegada.

E.3 § 6.2 – Pretensiones relacionadas con hitos contractuales – Integración

823. Este subgrupo de Pretensiones de la Reconvención, todas **declarativas**, comprende las Nos. 1 a 7, respecto de las cuales el Tribunal señala lo que sigue.

<sup>326</sup>

Similar consideración sobre inaplicabilidad de los intereses moratorios cabe respecto de la referencia estos que aparece en el numeral (5) de la § 131.2, pues estos provienen de la **oposición** de Gmóvil a un *desincentivo* a su cargo que le haya sido resuelta en forma adversa, trámite que, en línea con lo establecido al tratar la Pretensión No. 2 Principal de la Reconvención **obligatoriamente** debe corresponder al fijado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que, dicho sea de paso, no contempla explícitamente la fijación de intereses moratorios complementarios a la imposición de una multa o sanción, por lo que será preciso acudir, dado el caso, a las reglas generales sobre la materia. (Cf. art. 4 (8) de la Ley 80 de 1993 y art. 884 del C. Co.).

Pretensión No. 1 - Integración

824. Esta Pretensión es del siguiente tenor:

“DECLÁRESE que, de conformidad con el Decreto 309 de 2009 expedido por la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ y con lo previsto en los Estudios Previos de la Licitación TMSA-LP-004 de 2009, la integración del SITP era una obligación a cargo de la Empresa de TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

825. Sobre esta Pretensión, más que una *declaración*, lo que se pide es una *confrontación* normativa, que únicamente encaja dentro de las prerrogativas del Tribunal en la medida de su referencia en los Pliegos de Condiciones, motivo por el cual se abordará su consideración.

826. Así, entonces, el Tribunal sencillamente puntualiza que en el atrás citado artículo 8º del Decreto 309 de 2009, titulado *Competencia de Transmilenio S.A. como Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público*, se dispone:

“De conformidad con lo establecido en el Acuerdo Distrital 4 de 1999 y los Decretos Distritales 319 y 486 de 2006, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TransMilenio S.A. como ente gestor del SITP realizará: La planeación, gestión y control contractual del Sistema; **el proceso de integración**, evaluación y seguimiento de la operación y los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del actual transporte público colectivo al transporte público masivo.” (Énfasis añadido).

827. Por consiguiente, la Pretensión en comentario será despachada positivamente con la precisión de que ello es hecho en función exclusiva de lo establecido en el artículo antes transcrito.

Pretensión No. 2 – Integración y su subsidiaria

828. Estas Pretensiones tienen el texto que sigue:

"[2] DECLARESE que, de conformidad con el Decreto 309 de 2009 expedido por la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ y con lo previsto en el Anexo No. 2 'Manual de operación' y en el 'Anexo Técnico' el pliego de condiciones de la Licitación TMSA-LP-004 de 2009, la integración del SITP ocurre cuando se materializan una o varias de las siguientes modalidades de integración, a saber: i) Integración operativa, ii) Integración Física. iii) Integración Virtual, iv) Integración del medio de pago e, v) Integración tarifaria."

"[Subsidiaria] DECLARESE que, de conformidad con el Decreto 309 de 2009, expedido por la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ y con lo previsto en el Anexo No. 2 'Manual de Operación' y en el 'Anexo Técnico' el pliego de condiciones de La Licitación TMSA-LP-004 de 2009, la integración del SITP no requiere del cumplimiento de todas y cada una de las modalidades de integración, a saber: i) Integración operativa, ii) Integración física, iii) Integración virtual, iv) integración del medio de pago e, v) Integración tarifaria."

829. La Pretensión principal es del mismo corte que la anterior, valga decir, apunta a una *confrontación* y no a una *declaración*, razón por la cual el Tribunal se circunscribe a señalar que en el marco de la Fase 2 del SITP, el atrás referido artículo 19 del Decreto 309 de 2009, dispone:

**"La integración podrá darse bajo cualquiera o varias de las siguientes modalidades:**

a. Integración operativa: Es la articulación de la programación y el control de la operación del transporte público de pasajeros,

mediante la determinación centralizada, técnica, coordinada y complementaria de servicios a ser operados por los vehículos vinculados al SITP, mediante el establecimiento de horarios, recorridos, frecuencias de despacho e interconexión de la operación, facilitando la transferencia de pasajeros para cumplir las expectativas y necesidades de transporte de la demanda, según su origen y destino.

b. Integración física: Es la articulación a través de una infraestructura común o con accesos.

c. Integración virtual: Es la utilización de medios tecnológicos para permitir a los usuarios el acceso en condiciones equivalentes a las de la integración física.

d. Integración del medio de pago: Es la utilización de un único medio de pago, que permite a un usuario el pago del pasaje para su acceso y utilización de los servicios del Sistema.

e. Integración tarifaria: Se entiende por integración tarifaria la definición y adopción de un esquema tarifario que permita a los usuarios del SITP la utilización de uno o más servicios de transporte, bajo un esquema de cobro diferenciado por tipo de servicio, con pagos adicionales por transbordo inferiores al primer cobro, válido en condiciones de viaje que estén dentro de un lapso de tiempo que se definirá en los estudios técnicos y el pliego de condiciones para las licitaciones de operación del SITP, y que considerará las características de longitud de viaje y velocidades de operación en la ciudad de Bogotá.

La integración tarifaria se dará tan pronto esté surtida la etapa de pruebas del SIRCI y se garantice la completa conectividad y seguridad en su integración con el actual sistema de recaudo del Sistema TransMilenio.

La integración tarifaria implica la existencia de un medio tecnológico de pago común a los servicios integrados.” (Énfasis añadido)

830. Por consiguiente, la Pretensión principal en comentario será acogida con la precisión consignada respecto de la Pretensión No. 1, esto es, que ello es hecho en función y **siguiendo el texto** establecido en el artículo antes transcrito.

831. La decisión anterior, a su turno, trae consigo que no sea necesario ocuparse de la Pretensión No. 2 subsidiaria.

Pretensiones Nos. 3, 4, 5 y 6 – Integración

832. Estas Pretensiones son del siguiente tenor:

“[3] DECLARESE que, la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. culminó la modalidad de integración operativa del SITP, a partir del veintidós (22) de diciembre del dos mil quince (2015).”

“[4] DECLARESE que, la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. culminó con la modalidad de integración tarifaria del SITP a partir del veintidós (22) de diciembre de dos mil quince (2015).”

“[5] En relación con las anteriores pretensiones DECLÁRESE que, el SITP se encuentra plenamente integrado a partir del veintidós (22) de diciembre de dos mil quince (2015).”

“[6] DECLÁRESE que, de conformidad con el Decreto 309 de 2009 expedido por la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ y con lo previsto en los Estudios Previos de la Licitación TMSA-LP-004 de 2009, LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. cumplió con la obligación de integración

del SITP a partir del veintidós (22) de diciembre del dos mil quince (2015).”

833. En torno a estas Pretensiones, el Tribunal subraya que todas y cada una de ellas pretende que se emita una declaración **general** sobre cumplimientos también **generales** de Transmilenio, sin que se precise su vinculación **específica** con el conflicto contractual materia de este Arbitraje, ni a través de ellas se solicite un pronunciamiento contrario a Gmóvil.

834. De hecho, esta serie de Pretensiones más que tal lucirían como una especie de **defensa o excepción** a planteamientos de Gmóvil, contrario a la noción de demanda reconvenzional.

835. Como bien expresa el profesor López Blanco:

“No se debe confundir la reconvección con la presentación de excepciones, por cuanto, si bien es cierto que ambas las presenta el demandado, las excepciones buscan desconocer total o parcialmente las pretensiones del demandante, en tanto que la demanda de reconvección implica la **formulación de una pretensión en contra del que inicialmente tiene la calidad de demandante** y quien, luego de presentada la reconvección, adquiere la doble calidad de demandante-demandado.”<sup>327</sup> (Énfasis añadido).

836. Consecuente con lo anterior, el Tribunal declinará despachar positivamente las Pretensiones en comentario, lo cual se reflejará en la Parte resolutive del Laudo.

#### Pretensiones Nos. 7 y 8 – Integración

837. El texto de estas Pretensiones es como sigue:

---

<sup>327</sup> Hernán Fabio López Blanco, *Código General del Proceso*, Parte General, Bogotá, Dupré Editores 2016, página 593.

"[7] DECLÁRESE que, de conformidad con la 'CLÁUSULA 12. ETAPA PREOPERATIVA' de los Contratos de Concesión, GMÓVIL S.A.S. estaba obligada a realizar la desintegración física de la totalidad de la Flota Usada hasta antes de realizarse la integración total del SITP en fecha veintidós (22) de diciembre de 2015."

"[8] DECLÁRESE que, GMÓVIL S.A.S. incumplió con la obligación de desintegración de la totalidad de la Flota Usada hasta antes de realizarse la integración total del SITP en fecha veintidós (22) de diciembre de 2015."

838. Con relación a la Pretensión No. 7, el Tribunal advierte que, si bien está asociada con la cláusula 12 del Contrato 004-2010, que –como se transcribió al tratar la Pretensión No. 41 de la Demanda– exige la desintegración total de la *Flota Usada (chatarización)* a "*la finalización de la integración total del sistema*", Transmilenio vincula tal hito a un día específico, el 22 de diciembre de 2015, la cual no aparece en la estipulación.
839. Y a ello debe agregarse que, según lo anotado por el Tribunal con ocasión de la antedicha Pretensión No. 41, no cabe predicar que haya tenido lugar la "*integración total del sistema*", circunstancia que, obviamente, conduce al fracaso de la Pretensión, pues allí se pide la declaratoria de una obligación a cargo de Gmóvil con relación a una **fecha específica y puntual**, la cual, según fue explicado, **no puede tenerse** como la de conclusión de la *integración total*, momento límite para que Gmóvil hubiera concluido el proceso de *chatarización* a que se obligó al tenor de la cláusula 12 del Contrato de Concesión.
840. Corolario obligado de lo expuesto será la denegatoria de esta Pretensión.
841. En cuanto a la Pretensión No. 8, es patente que será despachada negativamente, no solo por lo indicado respecto de la Pretensión No. 7, sino también en concordancia con lo resuelto sobre la Pretensión No. 42 de la Demanda.

E.4 § 6.2 - Pretensiones relacionadas con hitos contractuales – Implementación

842. Este subgrupo de Pretensiones de la Reconvención, todas planteadas como **declarativas**, comprende las Nos. 9 a 19 (incluyendo la subsidiaria de la No. 15), respecto de las cuales el Tribunal señala lo que sigue.

Pretensiones Nos. 9, 10, 11 y 15 y su subsidiaria – Implementación

843. Los términos de estas Pretensiones son:

"[9] DECLÁRESE que, de conformidad con la 'CLÁUSULA 12. ETAPA PREOPERATIVA', 'CLÁUSULA 13. ETAPA OPERATIVA' y 'CLÁUSULA 22. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO' del Contrato de Concesión, la obligación de implementación del SITP fue asignada a GMÓVIL S.A.S."

"[10] DECLÁRESE que, de conformidad con la 'CLÁUSULA 12. ETAPA PREOPERATIVA' del Contrato de Concesión, GMÓVIL S.A.S. estaba obligada a presentar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL MILENIO – TRANSMILENIO S.A. el Plan de Implementación del SITP."

"[11] DECLÁRESE que, de conformidad con el párrafo segundo de la 'CLÁUSULA 22. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO' el cronograma de implementación del SITP es meramente indicativo y puede ser modificado por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. en cualquier momento de la vigencia de la concesión."

"[15] DECLÁRESE que, de conformidad con la 'CLÁUSULA 119-2 RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL POR RETRASOS EN LA IMPLEMENTACIÓN' de los Contratos de Concesión, el riesgo en el retraso de la implementación del SITP fue asumido por el Concesionario GMÓVIL S.A.S."

844. Visto el texto de estas Pretensiones se observa fácilmente que son de índole similar a la Pretensión No. 2 – Integración, valga decir, corresponden a una *confrontación*, más que a una *declaración* propiamente dicha, razón por la cual se evaluarán de manera conjunta.
845. Con relación a la Pretensión No. 9, el Tribunal se remite a lo consignado respecto de la Pretensión No. 20 de la Demanda y destaca tanto el texto de la cláusula 13 del Contrato 004-2010, que alude las obligaciones de **implementación** a cargo de Gmóvil, como la conclusión sobre connotación de **condición precedente** del cumplimiento por parte de la Convocante de dichas obligaciones para hacer posible la expedición por parte de Transmilenio de la *Orden de Inicio de Operación*, que efectivamente fue emitida, siendo entendido que el *Plan de Implementación* debía ser aprobado por la Convocada al tenor de la cláusula 12 de ese instrumento.
846. Consecuente con lo anterior, la Pretensión en comentario será despachada favorablemente, con la precisión de que ello es referido a lo establecido en la cláusula 13 del Contrato de Concesión y que el *Plan de Implementación* debería ser aprobado por Transmilenio.
847. La Pretensión No. 10 está concatenada con la anterior y, por ende, con lo señalado al tratar la antedicha Pretensión No. 20 de la Demanda, motivo por el cual el Tribunal sencillamente se remite a lo allá expresado, cuando, con referencia a la cláusula 12 del Contrato 004-2010 se dijo "*la cláusula establece que durante la fase preoperativa Gmóvil, entre otras obligaciones, debía cumplir con la presentación del Plan de Implementación.*"
848. Por consiguiente, la Pretensión que se revisa será acogida.
849. Por el contrario, la Pretensión No. 11 no puede ser atendida, pues, contrario, a lo que postula Transmilenio, el párrafo segundo de la cláusula 22 del Contrato 004-2010, según la modificación introducida en el Otrosí No. 2, reza:

"El Cronograma de implementación es meramente indicativo y puede ser **modificado por las partes, de mutuo acuerdo**, en cualquier momento de la vigencia de la concesión." (Énfasis añadido).

850. En consecuencia, la Pretensión será denegada, circunstancia que se reflejará en la parte resolutive del Laudo.
851. Sobre la Pretensión No. 15, también entendida con referencia al Contrato 004-2010 y no a "*los Contratos de Concesión*", el Tribunal, sencillamente se remite a la previa cita del párrafo inicial de la cláusula 119-2 del Contrato de Concesión así como a lo consignado en la § D.17 de este capítulo del Laudo para concluir que, con referencia específica a la mencionada estipulación, la Pretensión será despachada favorablemente.
852. La decisión favorable a la Pretensión en comentario implica, desde luego, que no hay necesidad de ocuparse de la correspondiente solicitud subsidiaria.

Pretensiones Nos. 12, 13 y 14 – Implementación

853. El texto de estas Pretensiones es:

"[12] DECLÁRESE que, de conformidad con la 'CLÁUSULA 13. ETAPA OPERATIVA' la fase operativa de los Contratos de Concesión se dividió en dos (2), a saber: una primera fase de puesta en marcha, y una fase operativa propiamente dicha."

"[13] DECLÁRESE que, la fase de 'puesta en marcha' de la etapa operativa de los Contratos de Concesión finalizó con el cronograma de implementación del SITP, en el mes de agosto del año dos mil catorce (2014)."

"[14] DECLÁRESE que, la fase operativa propiamente dicha de la etapa de operación de los Contratos de Concesión inició en el mes de agosto de 2014."

854. En cuanto a la Pretensión No. 12, entendida, por supuesto, con referencia al Contrato 004-2010 y no a "*los Contratos de Concesión*", como se lee en su texto, el Tribunal la despachará positivamente, dado que el parágrafo de la cláusula 13 del Contrato de Concesión, dispone:

"Para los efectos previstos en el presente contrato, la Etapa de operación del contrato de concesión, se ejecutará en dos fases, la primera denominada 'Puesta en Marcha' (...)

La segunda denominada Fase operativa propiamente dicha, la cual se prolongará hasta la etapa de reversión."

855. Así, entonces, con referencia específica a la estipulación citada, la parte resolutive del Laudo dará cuenta de la acogida de esta Pretensión.
856. En cuanto a las Pretensiones Nos. 13 y 14, y como punto de partida, el Tribunal observa que –contrario a las Pretensiones Nos. 9 a 12, donde se hace referencia a estipulaciones contenidas en el Contrato 004-2010 permitiendo su estudio bajo la óptica de corresponder, más que a una *declaración*, a una *confrontación* de los textos citados– en estas Pretensiones se solicitan sendos pronunciamientos fácticos sobre las fases de "*puesta en marcha*" y "*operativa propiamente dicha*" referidos a "*los Contratos de Concesión*" de **manera genérica**.
857. Tales peticiones, que impactarían otros vínculos negociales no son susceptibles de atención por parte de este Tribunal, cuyo radio de acción está circunscrito al Contrato 004-2010 y, por ende, realizar un pronunciamiento (negativo o positivo) sobre las Pretensiones Nos. 13 y 14 iría, ciertamente, más allá de sus prerrogativas y facultades.

858. Consecuente con lo anterior, la parte resolutive del Laudo registrará la denegatoria de estas Pretensiones.

Pretensiones Nos. 16 y 17 – Implementación

859. Estas Pretensiones son del siguiente tenor:

"[16] DECLÁRESE que, de conformidad con la 'CLAUSULA 79. VINCULACION DE LA FLOTA REQUERIDA PARA EL INICIO DE LA OPERACIÓN DEL SISTEMA' de los Contratos de Concesión GMÓVIL S.A.S. tenía la obligación de vincular con una anterioridad de cuatro (4) semanas anteriores a la Orden de Inicio de Operación por ruta, de acuerdo con el cronograma de implementación, la Flota total conformada por el número de vehículos usados y nuevos determinados en el Anexo 1 de los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009."

"[17] DECLÁRESE que, GMÓVIL S.A.S. NO CUMPLIÓ con su obligación de vincular con una anterioridad de cuatro (4) semanas anteriores a la Orden de Inicio de Operación por ruta, de acuerdo con el cronograma de implementación, la Flota Total conformada por el número de vehículos usados y nuevos determinados en el Anexo 1 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009."

860. Con relación a la Pretensión No. 16, el Tribunal, en línea con lo atrás expresado sobre la índole de las solicitudes de este tipo (*confrontación* más que *declaración*) se remite al párrafo inicial de la cláusula 79 del Contrato de Concesión, titulada "*Vinculación de la flota requerida para el inicio de la operación del Sistema*", y constata que efectivamente corresponde a lo indicado en la Pretensión que se comenta.

861. Adicional a ello, el Tribunal considera que el párrafo en mención está directamente complementado con el segundo, donde se dispone:

“El ingreso de los vehículos al servicio se efectuará siguiendo las instrucciones que TRANSMILENIO S.A. señale para el efecto, debidamente comunicadas al CONCESIONARIO, con una antelación no inferior a seis (6) meses antes de la entrada en operación.”

862. De esta forma, la Pretensión No. 16 será despachada favorablemente en cuanto efectivamente el primer párrafo de la cláusula 79 del Contrato 004-2010 establece lo indicado en la Pretensión, con la precisión de que el mismo debe ser complementado con el segundo párrafo arriba citado.
863. En cuanto a la Pretensión No. 17, el Tribunal se remite a lo consignado con ocasión del análisis de la Pretensión No. 20 de la Demanda, donde se dijo que *“las obligaciones de ‘implementación’ a cargo de Gmóvil tienen la connotación de **condición precedente** para que pueda emitirse la ‘Orden de Inicio de Operación’, de lo que ha de seguirse que está **no podía ser expedida** si no se había cumplido aquella”*.<sup>328</sup>
864. E indagado lo anterior en la evaluación de la misma Pretensión, el Tribunal hizo referencia a las comunicaciones cursadas por Transmilenio a Gmóvil el 29 de junio y el 27 de septiembre, ambas de 2012, dándole la Orden de Inicio de Operación para, respectivamente, la operación troncal y la operación zonal asignadas a la Convocante, siguiendo de ello que *“debe concluirse que Gmóvil había dado cumplimiento puntual a “todas las obligaciones de la **implementación** y de la etapa preoperativa” (énfasis añadido) –como exige el Contrato 004-2010–”*.
865. Por ende, si **la propia Convocada le ordenó** a Gmóvil iniciar operaciones troncales y zonales y para ello era indispensable haber cumplido las obligaciones de *implementación* a cargo de la Convocante, una de ellas la vinculación de la flota que prestaría esos servicios, mal puede Transmilenio, ahora, proclamar

---

<sup>328</sup>

Cf. § D.6 *supra*.

que su contraparte incumplió un compromiso que ella misma consideró satisfecho con la expedición de las precitadas Ordenes de Inicio de Operación.

866. Consecuencia necesaria de lo anterior es que la Pretensión No. 17 será denegada, como se registrará en la parte resolutive del Laudo.

Pretensiones Nos. 18 y 19 – Implementación

867. El texto de estas Pretensiones es el siguiente:

"[18] DECLÁRESE que, de conformidad con el PARÁGRAFO SEGUNDO de la 'CLÁUSULA SEGUNDO de la 'CLÁUSULA 64 VALOR DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACION DEL CONCESIONARIO' de los contratos de concesión, con el inicio de la FASE OPERATIVA PROPIAMENTE DICHA, de la ETAPA OPERATIVA de los Contratos de Concesión, se activó la obligación del concesionario consistente en el 'FACTOR DE CALIDAD' dentro de la ecuación de remuneración del contratista concesionario."

"[19] DÉCIMA NOVENA: DECLÁRESE que, a la fecha, el concesionario GMÓVIL S.A.S. no ha cumplido con el 'FACTOR DE CALIDAD' desde el inicio de la FASE OPERATIVA PROPIAMENTE DICHA, de la ETAPA OPERATIVA de los Contratos de Concesión."

868. Respecto de la Pretensión No. 18, el Tribunal pone de presente que en el largo texto del Parágrafo 2 de la cláusula 64 del Contrato de Concesión, si bien se titula *Factor de Calidad*, en su texto **no se consigna** lo que se manifiesta en la Pretensión, razón por la cual, y consistente con la forma de evaluación llevada a cabo con motivo de Pretensiones de esta índole (*confrontación* de la estipulación contractual), se denegará esta Pretensión.
869. Con relación a la Pretensión No. 19, y consistente con lo concluido acerca de la Pretensión No. 18, el Tribunal pone de presente que el *factor de calidad*, más

que una obligación es un aspecto que gravita sobre la remuneración pagadera a Gmóvil, tal como se establece en el Parágrafo 2 de la cláusula 64 del Contrato 004-2010, que reza:

“La **remuneración** de los operadores tanto de la operación troncal como de la operación no troncal **se sujetará** además de lo expuesto en la presente cláusula a una función de calidad.  $F(Q)$  y  $f(Q)$  zonal, de acuerdo con la siguiente fórmula:

[*Sigue la fórmula*]”. (Énfasis añadido).

870. De esta manera es patente que la inobservancia del *factor de calidad* por parte de Gmóvil –al margen de lo que aduce la Convocada en el sentido de que se encuentra plasmado el momento para iniciar su medición,<sup>329</sup> posición que rechaza la Convocante–<sup>330</sup> más que un **incumplimiento**, que es lo que postula la Pretensión para obtener una declaratoria del Tribunal en tal sentido, es, como su propio nombre lo indica, un *factor* de la remuneración de la Convocante, que, por supuesto, y en tal específico sentido impactará en una u otra forma los ingresos de Gmóvil a lo largo del Contrato de Concesión, sin que pueda aseverarse que las fluctuaciones derivadas de la aplicación de la fórmula establecida al efecto constituya un yerro contractual de la Convocante.
871. En este sentido, el Tribunal coincide con el antes citado laudo del 20 de diciembre de 2018, cuando frente a una pretensión idéntica a la que aquí se resuelve, que por demás, fue denegada, señaló:

“A juicio del Tribunal, el Factor de Calidad, regulado por el parágrafo 2 de la cláusula 64 de los Contratos, relativa específicamente a los derechos de participación del concesionario, se refiere a la evaluación cualitativa y cuantitativa de la calidad del servicio de transporte prestado por este. Los indicadores

---

<sup>329</sup> Cf. Alegato de Transmilenio – Reconvención – Página 41.

<sup>330</sup> Cf. Alegato de Gmóvil – Página 977.

descritos en la disposición definen los parámetros de medición para hacer un seguimiento del desempeño de la operación de transporte llevando a identificar los ajustes requeridos para mejorar la eficiencia del operador. Así están establecidos unos valores de referencia con relación por ejemplo a la puntualidad, y a la regularidad de la operación.

Entiende el Tribunal, que tales indicadores establecidos en el manual de Niveles de Servicio proporcionan a TRANSMILENIO los fundamentos de evaluación de la calidad del servicio, **sin que se estructure una obligación distinta a cargo del concesionario para el cumplimiento de tales indicadores. Por tanto, no se estructura de manera directa una obligación de pago...** y mucho menos de pago de interés alguno.<sup>331</sup> (Énfasis añadido).

872. Consecuente con lo anterior, la Pretensión No. 19 será despachada negativamente, como se dará cuenta en la parte resolutive del Laudo.

*E.5 § 6.3 – Pretensiones relativas a la solicitud de nulidad del parágrafo 1º de la Cláusula 119.1 del Contrato 004-2010*

873. Las Pretensiones de este grupo corresponden a las marcadas como Nos. 1 y 2, cuyos textos son:

"[1] DECLÁRESE que, el Parágrafo 1 de la CLÁUSULA 119. RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL 119-1, RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL POR LA ENTRADA EN OPERACIÓN DE LOS PROYECTOS DEL TREN DE CERCANÍAS, DEL METRO, O DE CUALQUIER OTRO MODO DE TRANSPORTE Y/O DE NUEVAS TRONCALES DEL SITP del Contrato de Concesión 004 de 2010, celebrado entre la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

---

<sup>331</sup> Laudo del 20 de diciembre de 2018 – *Masivo Capital S.A.S. En Reorganización vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.* – Páginas 352 y 353.

y la sociedad GMÓVIL S.A.S., es ABSOLUTAMENTE NULA por expresa prohibición constitucional y legal, por contravenir el principio de selección objetiva legal-mente establecido en el Estatuto Contractual.”

”[2] Que se declare que el DERECHO DE PREFERENCIA para participar en la operación troncal es ineficaz e ilegal, y no constituye ningún tipo de prelación sobre ninguno de los procesos de licitación que convoque la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.”

874. Respecto de la Pretensión No. 1, visto que en ella se solicita declarar la nulidad del párrafo 1 de la cláusula 119.1 del Contrato de Concesión,<sup>332</sup> el Tribunal, en aras de la brevedad de esta bien extenso Laudo, se remite a lo consignado en la § D.3 *supra* sobre **caducidad** de la acción para proponer tal declaratoria, consideraciones que, naturalmente, se predicán de la anulación aquí pedida por Transmilenio.
875. Por consiguiente, **no tendrá acogida** la solicitud formulada por la Convocada en la Pretensión No. 1 en referencia.
876. Establecido lo anterior y respecto de la Pretensión No. 2, el Tribunal pone de presente que la totalidad de la argumentación que presenta Transmilenio en su Alegato se circunscribe a la petición de **nulidad** del párrafo 1 de la cláusula 119.1 del Contrato 004-2010 con específica referencia a la parte de la

---

<sup>332</sup> El texto del párrafo es:

”En caso de que durante la vigencia de la concesión, el Distrito construya nueva infraestructura para la operación troncal del SITP, los concesionarios de la operación zonal tendrán la obligación de presentar una oferta al Ente Gestor para participar en la operación troncal del Sistema. Esta oferta configura un derecho de preferencia para participar en dicha operación troncal.

En caso de que no haya acuerdo frente a la propuesta de los concesionarios y TRANSMILENIO S.A. decida iniciar un proceso de selección para la adjudicación de la flota de operación troncal, se garantizará en todo caso el restablecimiento de la ecuación económica del contrato en los términos señalados en la presente cláusula.”

estipulación que alude al *derecho de preferencia* objeto de la Pretensión,<sup>333</sup> sin mención alguna a la ineficacia, a punto tal que finaliza la correspondiente sección del Alegato indicando:

“Esta **Nulidad** tendrá que ser declarada por el Tribunal, y así lo solicitamos con todo comedimiento...”.<sup>334</sup> (Énfasis añadido).

- a. Y complementario a lo anterior, el Tribunal subraya que la Pretensión solicita una **declaración** de ineficacia, respecto de la cual cabe extenderle lo que se consignó en la § D.3 *supra*, valga decir, que ello es lo contrario de lo que establece el artículo 897 del C. Co. al disponer que “[c]uando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, **sin necesidad de declaración judicial.**” (Énfasis añadido).

877. Y como refuerzo de lo anterior, el Tribunal se remite a lo expresado por el profesor Edgar Ramírez, quien, aludiendo a la figura de la *ineficacia de pleno derecho* –que es lo que postula la Pretensión que se examina– dice:

“[Los] perfiles caracterizadores, según la propia ley, son la tipicidad de las situaciones negociales fulminadas con este tratamiento... la privación liminar de efectos jurídicos para el acto mercedor de este trato, a lo cual consecuentemente sigue el tercero de sus rasgos distintivos, cual es que para el acto **resulta superfluo un fallo judicial que lo ubique en la condición de ineficaz de pleno derecho.**”<sup>335</sup> (Énfasis añadido).

878. Corolario necesario de lo antes señalado es la denegación de esta Pretensión No. 2, lo cual tendrá registro en la parte resolutive del Laudo.

---

<sup>333</sup> Cf. Alegato de Transmilenio – Reconvención – Pagina 44.

<sup>334</sup> Ibid. – Página 46.

<sup>335</sup> Edgar Ramírez Baquero, *op. cit.* página 84.

E.6 Pretensiones de condena

879. Como se observa en la lectura de la Reconvención, las Pretensiones de condena allí formuladas son **consecuenciales** de Pretensiones declarativas y, por consiguiente, deben correr la suerte de estas.

880. Así, entonces, visto lo concluido por el Tribunal en torno a las Pretensiones declarativas de Transmilenio, se tiene lo que sigue sobre las solicitudes condenatorias.

Pretensiones No. 4 y subsidiarias (grupo Principal) y Nos. 1 y 2 (grupo Condena)

881. El texto de estas Pretensiones es el siguiente:

“[4] Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la sociedad concesionaria GMÓVIL S.A.S. a reconocer y pagar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. por concepto de desincentivos todos aquellos impuestos entre el primero (1º) de febrero de 2013 y el treinta (30) de abril de 2017, más los intereses de mora.

“[Subsidiaria 1] Que como consecuencia de la declaración que se pide en la pretensión cuarta principal, se condene a la sociedad concesionaria GMÓVIL S.A.S., a reconocer a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., por concepto de desincentivos impuestos entre el 1º de febrero de 2013 y el 30 de abril de 2017, en el contrato No. 004 de 2010, la suma que determine el Tribunal Arbitral.”

“[Subsidiaria 2] Que como consecuencia de la declaración que se efectúe conforme a la pretensión cuarta principal y su subsidiaria anterior, se condene a la sociedad GMÓVIL S.A.S. a reconocer a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER

MILENIO – TRANSMILENIO S.A., intereses de mora a la tasa más alta permitida por la ley, conforme a lo pactado en el contrato de concesión No. 004 de 2010, sobre los desincentivos impuestos entre el 1° de febrero de 2013 y el 30 de abril de 2017, no excluidos por el Tribunal Arbitral, desde el momento en que se haya presentado el hecho o la circunstancia que causó el desincentivo y hasta la fecha del pago, o en la forma que lo determine el Tribunal.”

“[1] Que como consecuencia de las pretensiones primera, segunda, tercera y cuarta principales del numeral 6.1., se condene a la sociedad GMÓVIL S.A.S., a reconocer y pagar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., por concepto de desincentivos impuestos entre el 1° de febrero de 2013 y el 30 de abril de 2017, dentro del contrato de concesión No. 004 de 2010, la suma de CUARENTA MIL OCHOCIENTOS SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS DIECISIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/cte. (\$ 40.860.817.734), o la que se determine en el curso del presente proceso Arbitral.”

“[2] Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la sociedad GMÓVIL S.A.S., a reconocer y pagar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., por concepto de intereses moratorios sobre los desincentivos impuestos entre el 1° de febrero de 2013 y el 30 de abril de 2017, descritos en el numeral anterior y en relación con el Contrato No. 004 de 2010, la suma de DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CATORCE PESOS M/CTE (\$ 19.819.247.614) calculados a 30 de septiembre de 2017, y por los demás intereses moratorios que se causen hasta que se configure el pago total de la obligación, o los que se determine en el curso del presente proceso Arbitral.”

TRIBUNAL ARBITRAL

GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

---

882. Como se indicó previamente, la Pretensión No. 4 (y sus subsidiarias), si bien integrante del grupo de Pretensiones "*Principal*", es netamente consecencial y condenatoria respecto de la Pretensión No. 3.
883. Por consiguiente, dado el resultado de la antedicha Pretensión se impone resolver la Pretensión No. 4 en el sentido de denegar la imposición de condena a cargo de Gmóvil con ocasión de *desincentivos*, pues los que tiene derecho a percibir Transmilenio son los provenientes del **allanamiento** o del **silencio** de Gmóvil, caso en el cual ya **están aceptados** y, por consiguiente, no se necesita y es inconducente proferir condena alguna sobre respecto de ellos, condena que, por demás, sería claramente redundante.
884. Y menos procede condena por concepto de intereses moratorios, pues, como se explicó al tratar la Pretensión No. 3, no hay margen ni motivo para su imposición a la Convocante.
885. De esta forma, la parte resolutive del Laudo registrará la denegatoria de la Pretensión No. 4 del grupo *Principales*.
886. En cuanto a las Pretensiones subsidiarias de la anterior, el Tribunal puntualiza que seguirán la suerte de la principal, por las siguientes razones:
- a. La primera Pretensión subsidiaria –fuera de estar impropriamente referida como consecencial "*de la **declaración** que se pide en la pretensión cuarta principal* (énfasis añadido)– también solicita que el Tribunal proferiera una condena, ahora en la suma que determine, condena que, como se puntualizó previamente, es inconducente e innecesaria, habida cuenta, de la **previa aceptación** de ciertos *desincentivos* por parte de Gmóvil, merced a su allanamiento o a su silencio.
  - b. Con relación a la segunda Pretensión subsidiaria –que también adolece de la imprecisa formulación antes referida– es menos conducente

proferir la condena solicitada dado lo resuelto en torno a intereses moratorios con ocasión de la evaluación de la Pretensión No. 3.

887. Así, entonces, sin más ambages, la parte resolutive del Laudo también dará cuenta de la denegatoria de las Pretensiones subsidiarias de la Pretensión No. 4 del grupo *Principales*.

888. Con relación a las Pretensiones Nos. 1 y 2 del grupo *De Condena*, el Tribunal se refiere al numeral (20) de la § 4.2 del capítulo de Hechos de la Reconvención, donde se lee:

“Con fundamento en lo acordado y precisado con la sociedad Gmóvil demandada en reconvención, entre el mes de febrero de 2013 y el mes de abril de 2017, se le han impuesto al concesionario GMOVIL S.A.S desincentivos que ascienden, en virtud del contrato de concesión No. 004 de 2010, a la suma de cuarenta mil ochocientos sesenta millones ochocientos diecisiete mil setecientos treinta y cuatro pesos m/cte (\$40.860.817.734), respecto de los cuales se han causado intereses de mora liquidados a septiembre 30 de 2017, que ascienden a la suma de diecinueve mil ochocientos diecinueve millones doscientos cuarenta y siete mil seiscientos catorce pesos m/cte. (\$19.819.247.614), para un total de desincentivos e intereses de mora causados y no pagados, en el periodo comprendido entre febrero de 2013 y abril de 2017, de sesenta mil seiscientos ochenta millones cero sesenta y cinco mil trescientos cuarenta y ocho pesos m/cte. (\$60.680.065.348), valores que son objeto de reclamación en este proceso, según se detalla en los cálculos allegados con el **memorando 2017IE9653 del 05 de octubre de 2017**, que se anexa como prueba de esta demanda reformada.”<sup>336</sup>

889. Y efectivamente tal memorando obra en el Proceso,<sup>337</sup> y contiene las cifras por capital e intereses mencionados en el texto transcrito, mismas que aparecen en las Pretensiones bajo análisis.

890. Ahora bien, el memorando es **explícito** en señalar que corresponde a *desincentivos objetados* por Gmóvil, así:

- a. Su autora, la doctora Diana Gisela Parra –quien rindió Testimonio en el Proceso– lo dirige a la doctora Julia Rey, Subgerente Jurídica de Transmilenio bajo la siguiente referencia (“*Asunto*”):

“Cálculo **desincentivos objetados** vigencias 2013 a abril 2017 Concesionario Gmóvil S.A.S. derivada de la Demanda Arbitral” (Énfasis añadido).

- b. En el párrafo inicial de la comunicación se lee:

“A continuación se explica la metodología utilizada para el cálculo de los **desincentivos objetados**, vigencias 2013 a Abril de 2017 e intereses moratorios a 30 Septiembre de 2017.” (Énfasis añadido).

891. Visto lo anterior, para el Tribunal no cabe duda que se trata de *desincentivos objetados* por Gmóvil, para cuya imposición es **indispensable** observar el procedimiento establecido en el tantas veces mencionado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y no el establecido en el numeral (4) de la también multi citada cláusula 131.2 del Contrato de Concesión.

892. Por consiguiente, no habiéndose surtido el procedimiento en mención, mal puede emitirse condena alguna a cargo de Gmóvil respecto de *desincentivos objetados*, pues su monto solo será determinado a la conclusión del trámite en mención.

---

<sup>337</sup> Cf. Cuaderno de Pruebas No. 9 – Folios 44 a 47.

893. Y naturalmente, si ello se predica del monto principal reclamado por Transmilenio, obviamente ocurre lo propio respecto de los intereses de mora a cuya condena se dirige la Pretensión No. 2.

894. Lo anterior es, entonces, suficiente para denegar las Pretensiones de condena Nos. 1 y 2 aquí tratadas, de lo cual dará cuenta la parte resolutive del Laudo.

Pretensiones Nos. 3 y 4 – Condena

895. El texto de estas Pretensiones es del siguiente tenor:

“[3] Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas en las pretensiones novena, décima, décima segunda, décima tercera, décima cuarta, décima octava y décima novena del numeral 6.2., se condene a la sociedad GMÓVIL S.A.S., a reconocer y pagar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., por concepto de factor de calidad dentro del contrato de concesión No. 004 de 2010, a la suma de QUINCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS M/cte. (\$15.672.794.673), y los intereses moratorios que se causen hasta que se configure el pago total de la obligación, o los que se determine en el curso del presente proceso arbitral.”

“[4] Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas en las pretensiones tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, décima quinta, décima sexta y décima séptima del numeral 6.2, se condene a la sociedad GMÓVIL S.A.S. a reconocer y pagar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. por ingresos dejados de percibir en el SITP desde el 1° de enero de 2016 hasta el 31 de julio de 2017, con motivo de la flota que debió desintegrar en su momento el operador GMÓVIL S.A.S. en el marco del contrato de concesión

TRIBUNAL ARBITRAL

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

---

No. 004 de 2010 a la suma de SESENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS M/cte. (\$69.209.969.939).”

896. Con relación a la Pretensión No. 3, el Tribunal señala que será denegada, pues las Pretensiones en las que se funda han sido rechazadas, a excepción de las Nos. 9, 10 y 12, las cuales, sin embargo, y dada su formulación **no tienen un alcance declarativo propiamente dicho** y, por ende, susceptible de dar origen a una condena monetaria, sino, como se indica al tratar cada una de ellas, el sentido de *confrontar* que las estipulaciones allí citadas tienen el contenido a que se alude en las Pretensiones, motivo por el cual correspondió despacharlas positivamente.
897. E igual raciocinio es aplicable con relación a la Pretensión No. 4, pues las Pretensiones en que se basa han sido rechazadas, a excepción de las Nos. 15 y 16, las cuales –similar a sus pares Nos. 9, 10 y 12– por razón de sus términos tampoco tienen un alcance declarativo propiamente dicho y, por tanto, susceptible de dar pie a una condena monetaria, teniendo cada una de ellas el sentido de *confrontar* que las estipulaciones allí citadas tienen el contenido que se menciona en las Pretensiones, razón por la cual fueron despachadas positivamente.
898. De esta forma, la parte resolutive del Laudo registrará la denegatoria de la condena solicitada por Transmilenio en las Pretensiones Nos. 3 y 4 de esta índole.

Pretensión No. 5 – Condena

899. Esta Pretensión corresponde a la solicitud de imposición de costas del Proceso a Gmóvil, asunto que se tratará en la § I *infra*.

**F. Excepciones**

900. Tratado todo lo relativo a las Pretensiones de la Demanda y de la Reconvención –excluyendo la correspondiente a costas de Proceso que se abordará posteriormente– y establecido el resultado de las mismas, el Tribunal consigna lo que sigue sobre las Excepciones referentes tanto a una como a otra.

901. Previo a ello, el Tribunal pone de presente que muchas de las Excepciones, más que excepciones propiamente dichas, son argumentos de defensa. Siguiendo al profesor Hernando Devis Echandía:

“El demandado puede fundar su oposición a la demanda en dos clases de razones.... la simple negación del derecho del demandante y de los hechos de donde pretende deducirlo, o la afirmación de hechos distintos o de modalidades de los mismos hechos que tienden a destruir, modificar o paralizar sus efectos. Cuando aduce la primera razón, se limita a oponer una **defensa** en sentido estricto; cuando alega la segunda propone una **excepción**. (....)

En sentido propio, ‘la excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que le corresponde a todo demandado y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos.’”<sup>338</sup>

902. Pero al margen de la diferenciación anterior, y con miras a definir la necesidad o no de acometer el estudio de las Excepciones, el Tribunal –siguiendo la línea que se consigna en otros laudos– pone de presente que el parámetro para determinar la conducencia o no de estudiarlas, se puede encontrar en la Sentencia de la Corte Suprema del 11 de junio de 2001, donde se expuso:

---

<sup>338</sup> Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo I, Bogotá, Editorial ABC, 1979, páginas 210 y 213.

“La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.

A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.

Por modo que, de ordinario, **en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.**

**De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen.”<sup>339</sup>**  
(Énfasis añadido).

903. En el presente caso, en la parte final de la evaluación de aquellas Pretensiones que tuvieron despacho favorable –y en donde resultaba relevante aludir a

---

<sup>339</sup> *Antología Jurisprudencial Corte Suprema de Justicia 1886 – 2006*, Tomo II, Bogotá, Corte Suprema de Justicia, 2007, página 406.

Excepciones propuestas por una u otra Parte– el Tribunal ha indicado la suerte de las Excepciones, haciendo propio para su despacho negativo la argumentación contenida en el análisis de las Pretensiones, argumentación a la que se remite nuevamente en aras de la concreción de este extenso Laudo.

904. Adicionalmente, en la § A.2 del presente capítulo del Laudo se concluyó que debía declararse como **no probada** la Excepción No. 39 de Transmilenio denominada "*Falta de competencia del Tribunal por pretensiones que involucran la ocurrencia de hechos futuros o de hipotética ocurrencia.*"
905. Al margen –y sin perjuicio– de lo antes consignado, el Tribunal estima pertinente hacer una breve referencia a la Excepción denominada "*Genérica*", que fue planteada tanto por Transmilenio (Excepción No. 42) como por Gmóvil (Excepción No. 22) y precisar que, estando basada en los artículos 281, inciso cuarto y 282, inciso primero,<sup>340</sup> ambos del C.G.P., así como en el inciso segundo del artículo 187 del C.P.A.C.A,<sup>341</sup> no se ha encontrado en el curso de este Arbitraje, hecho o circunstancia que conduzca a la aplicación de las mencionadas disposiciones y, con ello, a la prosperidad de la susodicha Excepción.
906. Expuesto lo anterior, y con relación a las Pretensiones que fueron **denegadas**, el Tribunal, en línea con la Sentencia antes citada, prescindirá de pronunciarse sobre las Excepciones que hubieren sido enderezadas contra aquellas, posición que, a su turno, es consistente con la regla que aparece en el artículo 280, inciso segundo del C.G.P., valga decir, que en las sentencias debe constar la

---

<sup>340</sup> "En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio."

"En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda."

<sup>341</sup> "En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada."

decisión sobre “*las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas*” (énfasis añadido).<sup>342</sup>

907. Por consiguiente, la parte resolutive del Laudo se circunscribirá a:
- a. Precisar las Excepciones de una y otra Parte que se determinan como no probadas, las cuales corresponden a Pretensiones **acogidas** por el Tribunal y respecto de las cuales resultaba conducente aludir a Excepciones formuladas en su contra; y
  - b. Señalar a la inconducencia de pronunciarse sobre Excepciones asociadas con Pretensiones **denegadas**.

#### G. Juramentos estimatorios

908. En este Proceso ambas Partes prestaron el juramento estimatorio que exige el artículo 206 del C.G.P. (modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014).<sup>343</sup>

---

<sup>342</sup> Sin perjuicio de lo previsto en el art. 280 del C.G.P. y de la posición de la Corte Suprema en la Sentencia del 11 de junio de 2001 citada en el texto principal, vale señalar que con ocasión de la conclusión denegatoria de las Pretensiones Nos. 61 a 65 y 68 (§§ 68.1 a 68.5), el Tribunal puso de presente que lo decidido traía la **prosperidad** de las Excepciones formuladas por Transmilenio bajo los títulos “Inexistencia de nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas” (4.30) y “El Concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que de los mismos se efectuó conforme a lo pactado en el Contrato de Concesión y a lo previsto en la matriz de riesgos – Anexo 5” (4.37).

<sup>343</sup> “Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

De igual forma, tanto Transmilenio como Gmóvil objetaron el juramento estimatorio prestado por su contraparte.

909. El citado artículo 206 del estatuto procesal contempla la imposición de una sanción a cargo de quien efectúa un juramento estimatorio cuando la suma estimada excede en el 50% a la suma que resulte probada, o cuando se nieguen las pretensiones de la demanda por falta de demostración de los perjuicios.
910. Frente a lo anterior, el Tribunal apunta, en primer término, que en este Proceso, en virtud de las declaraciones y condenas que se harán en la parte resolutive del Laudo –según se ha analizado en secciones anteriores– sólo han prosperado parte de las Pretensiones de la Demanda y parte de las Pretensiones de la Reconvención.
911. También advierte que la imposición de las sanciones contempladas en la norma en referencia no es automática, sino que debe encontrarse que la suma estimada exceda del 50% de aquella que resulte probada en el proceso, o que se nieguen las pretensiones de condena por no haberse demostrado el monto de la *“indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”* y que tal hecho sea atribuible a la conducta negligente o temeraria de la parte.

---

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

**Parágrafo.** También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”

---

912. En este caso se aprecia que, no obstante el fracaso de muchas de las Pretensiones planteadas en la Demanda y/o en la Reconvención, no procede la aplicación en comento, por cuanto para poder llegar a la decisión sobre la procedencia o no de las peticiones patrimoniales que cada una de ellas planteaba, fue necesaria –previo un amplio debate probatorio– la evaluación llevada a cabo por el Tribunal en este largo Laudo, a raíz de la cual se dilucidó, jurídicamente la certeza o no de los incumplimientos endilgados por Gmóvil con motivo de la Demanda y por Transmilenio con motivo de la Reconvención.
913. Debe tenerse en cuenta, además, que las tesis contrapuestas que expuso cada Parte fueron defendidas con rigurosidad y profesionalismo por sus Apoderados, de manera que, si el Tribunal acogió una posición en detrimento de otra, no fue por negligencia de quien la propuso, sino porque se consideró ajustada a la ley y al Contrato de Concesión.
914. Por las razones anteriores, el Tribunal concluye que en este caso no hay lugar a imponer ni a Gmóvil ni a Transmilenio la sanción contemplada en el artículo 206 del C.G.P.
915. En este sentido, y para terminar, sea del caso recordar que la Corte Constitucional declaró exequible el párrafo original del artículo 206 del C.G.P.,<sup>344</sup> más estricto que el actual, *"bajo el entendido de que tal sanción –por falta de demostración de los perjuicios–, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado."<sup>345</sup>*

---

<sup>344</sup> "Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas."

<sup>345</sup> Sentencia C-157 de 2013 del 21 de marzo de 2013.

**H. Conducta de las Partes**

916. La frase final del primer inciso del artículo 280 del C.G.P. –referente al contenido de las sentencias– establece que “[e]l juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas.”
917. En consecuencia, y a los fines de la disposición antes citada, el Tribunal pone de presente que a lo largo del Proceso, las Partes y sus respectivos Apoderados obraron con apego a la ética y a las prácticas de buena conducta procesal, motivo por el cual no cabe censura o reproche y, consecuentemente, la deducción de indicios en su contra.

**I. Costas del Proceso**

918. Concluida la evaluación de las Pretensiones de la Demanda y de la Reconvencción, procede el Tribunal a ocuparse de las costas del Proceso, a cuyo efecto pone de presente que tanto Gmóvil como Transmilenio solicitaron la condenas en costas de su contraparte.
919. Dado lo anterior, y visto el resultado de las Pretensiones de la Demanda y de la Reconvencción, al igual que lo ocurrido con las correspondientes defensas, es claro que no puede predicarse que haya tenido lugar un resultado totalmente favorable para Gmóvil o para Transmilenio.
920. Por consiguiente, el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 (5) del C.G.P.,<sup>346</sup> **se abstendrá** de imponer condena en costas en este Proceso (incluyendo agencias en derecho).

---

<sup>346</sup> “En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”

**TRIBUNAL ARBITRAL**

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

---

921. Establecido lo anterior, el Tribunal precisa que en el evento que la suma disponible de la partida "*Gastos de Secretaría*" no resulte suficiente para cubrir los gastos del Proceso, el valor faltante deberá ser sufragado por las Partes, a razón de 50% a cargo de Gmóvil y 50% a cargo de Transmilenio.
922. Finalmente, en caso de existir un sobrante de la partida antes mencionada, este se reintegrará a las Partes en idéntica proporción (50% para cada una).

**CAPÍTULO VII – DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias entre **Gmóvil S.A.S.** (*Convocante y Demandada en Reconvención*) y la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.** (*Convocada y Demandante en Reconvención*), habilitado por las Partes, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**A. Sobre las pretensiones de la Demanda:**

A.1 Pretensiones Generales

1. **Aceptar** las siguientes Pretensiones:

- a. La No. 1 y, por consiguiente, **declarar** que el Contrato 004-2010 fue suscrito el 16 de noviembre de 2010 y a la fecha de este Laudo se encuentra en ejecución.
- b. La No. 3 y, por consiguiente, **declarar** que la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.** tiene posición contractual dominante dentro del Contrato de Concesión.
- c. La No. 4 y, por consiguiente, **declarar**, en los precisos términos allí consignados, que la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.** es el ente gestor y titular del SITP.

- d. La No. 5, en los precisos términos señalados en la **§ D.4 del capítulo VI de este Laudo** y, por consiguiente, **declarar** que la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.** le otorgó a **Gmóvil S.A.S.** la concesión referente al SITP descrita en las §§ 1.1 y 1.2 de la cláusula 1ª del Contrato 004-2010, titulada *Objeto del Contrato*.
- e. **Parcialmente** la No. 7 y, por consiguiente, **declarar** lo allí consignado, **exceptuado** lo referente a *contratos o concesiones futuros* para la operación del SITP y **precisando**, además, que la referencia a "*las normas legales aplicables*" está **circunscrita** a aquellas que impacten específicamente el Contrato de Concesión.
- f. La No. 9 y, por consiguiente, **declarar** lo allí consignado bajo el **estricto y exclusivo entendido** señalado en la **§ D.4, numeral 244 del capítulo VI de este Laudo**.
- g. **Parcialmente** las Nos. 10, 11 y 12, esto es, referidas **únicamente** a los incumplimientos y consecuenciales indemnizaciones que **en concreto** se declaren con motivo de Pretensiones **específicas** planteadas por **Gmóvil S.A.S.** en este Arbitraje.

2. **Denegar** las Pretensiones Nos. 2, 6 y 8.

A.2 Pretensiones Particulares

*A.2-1 Relativas al Cierre Financiero*

1. **Aceptar** las siguientes Pretensiones:

- a. La No. 13 y, por consiguiente, **declarar** lo allí consignado, pero con la **precisión** señalada en la **§ D.5, numeral 260 del capítulo VI de este Laudo**.

b. La No. 15 y, por consiguiente, **declarar** que la "EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., mediante comunicación de fecha 2 de agosto de 2011, radicado 2011EE5275, certificó que GMOVIL S.A.S. obtuvo el Cierre Financiero".

2. **Denegar** las Pretensiones Nos. 14, 16 y 17.

A.2-2 *Relativas a la falta de Implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP)*

1. **Aceptar** las siguientes Pretensiones:

a. La No. 18 y, por consiguiente, **declarar** que "a la fecha de presentación de la propuesta de GMÓVIL S.A.S. se encontraba vigente el Parágrafo del Artículo 19 del Decreto 309 de 2009 que establecía que al 15 de octubre de 2011 estarían implementadas las Fases 1 y 2 de la gradualidad del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP)."

b. La No. 19 y, por consiguiente, **declarar** que "de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.1.1. del Anexo Técnico del Contrato, la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) estaba prevista para el mes de octubre de 2011", con la **precisión** de que la fecha que se menciona en la Pretensión está recogida en la § 1.1.1. del Anexo Técnico del Contrato de Concesión con carácter **provisional**.

2. **Denegar** las Pretensiones Nos. 20, 21 y subsidiaria, 22 y subsidiaria, 23, 24 y 25.

A.2-3 *Relativas a la No Integración de la Programación Troncal del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP con las Fases I y II del Sistema Transmilenio*

**Denegar** la Pretensión No. 26 y su subsidiaria.

*A.2-4 Relativas al incumplimiento de Transmilenio en relación con la Entrega del Patio Troncal Calle 26 – El Dorado*

**Aceptar** las siguientes Pretensiones:

1. Las Nos. 27 y 28 y, por consiguiente, **declarar** lo allí consignado.
2. La No. 29 y, por consiguiente, **declarar** que la "EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió su obligación de entregar de forma definitiva, oportuna y completa del [sic] Patio Troncal a GMÓVIL S.A.S."

*A.2-5 Relativas a la Infraestructura Transitoria – Ampliación Indefinida de la Etapa de Transición*

1. **Aceptar** las siguientes Pretensiones:

- a. La No. 30 y, por consiguiente, **declarar**, en los **precisos términos** en que fue formulada, que "la Etapa de Transición está contractualmente prevista en el numeral 14.1, inciso 1º del Contrato, con una duración de cinco (5) años contados a partir de la adjudicación del mismo, esto es hasta el 2 de noviembre de 2015".
- b. La No. 32 y, por consiguiente, **declarar**, que "EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. está obligada a soportar las consecuencias económicas que genera para GMÓVIL S.A.S., la no entrega de los patios o terminales zonales a partir de la finalización de la Etapa de Transición contractualmente prevista, es decir, desde el 3 de noviembre de 2015, hasta que se verifique la entrega de los terminales definitivos", en el **entendido** que las "consecuencias económicas" a que se refiere la Pretensión **están exclusivamente**

**circunscritas** a los mayores costos por kilómetros en vacío generados a partir del 3 de noviembre de 2015.

2. **Denegar** la Pretensión No. 31.

*A.2-6 Relativas a los incumplimientos legales y contractuales de Transmilenio asociados a la gestión de los contratos de concesión Nos. 005, 012 y 013 de 2010 suscritos con Coobus y/o Egobus, respectivamente, y los efectos que desencadenó para el Sistema y particularmente para Gmóvil*

1. **Aceptar parcialmente**, la No. 34 y, por consiguiente, **declarar** que *"la terminación de los Contratos de Concesión 005 y 012 y 013 de 2010, suscritos con los concesionarios OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES – COOBUS S.A.S. y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBUS S.A.S., respectivamente, así como los hechos que a ella dieron lugar, no corresponden a la Causa del Riesgo denominada 'Modificación del cronograma de otros contratos'".*

2. **Denegar** las Pretensiones Nos. 33 y subsidiaria, 34 subsidiaria, 35 y subsidiaria, 36, 37, 38, 39 y 40.

*A.2-7 Relativas a la desintegración física de vehículos (Chatarrización)*

1. **Aceptar** las siguientes Pretensiones:

a. La No. 41 y, por consiguiente, **declarar** que *"la obligación de GMÓVIL S.A.S. de desintegrar físicamente (chatarrizar) los vehículos, contenida en la cláusula 12 del Contrato será exigible con la finalización de la integración total del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP)".*

b. La No. 42 y, por consiguiente, **declarar** que a la fecha de la presentación de la Demanda *"GMÓVIL S.A.S. no se encuentra en mora de*

*cumplir su obligación de chatarrización de flota prevista en la Cláusula 12 del Contrato".*

2. **Denegar** las Pretensiones Nos 43, 44, 45 y subsidiaria y 46.

*A.2-8 Relativas al Cruce de Flota*

**Denegar** las Pretensiones Nos. 47, 48 y 49 y subsidiaria.

*A.2-9 Relativas a la insuficiente socialización del Sistema y del acceso al Medio de Pago*

**Denegar** la Pretensión No. 50.

*A.2-10 Relativas al Sistema Integrado, Control e Información y Servicio al Usuario – SIRCI y el Concesionario SIRCI*

**Denegar** las Pretensiones Nos. 51 y subsidiaria, 52, 53 y 54 y subsidiarias.

*A.2-11 Relativas a la evasión en el componente zonal y piratería*

**Denegar** las Pretensiones Nos. 55 y subsidiaria y 56 y subsidiaria.

*A.2-12 Relativas a otros reconocimientos pendientes tales como la Flota Nueva – Sistema Euro V y Mantenimiento de los Mecanismos de Accesibilidad*

**Denegar** las Pretensiones Nos. 57 y subsidiaria, 58 y 59 y subsidiaria.

*A.2-13 Relativas a la asignación de riesgos del Contrato*

**Denegar** las Pretensiones Nos. 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67 y 68.

*A.2-14 Relativas a la velocidad comercial y sus efectos*

**Denegar** la Pretensión No. 69 y su subsidiaria.

*A.2-15 Relativas al valor de los derechos de participación del Concesionario (Tarifa)*

1. **Aceptar** las siguientes Pretensiones:

- a. La No. 70, **precisando** que la declaración allí solicitada se efectúa **únicamente** en los términos de la cláusula 47 del Contrato 004-2010.
- b. La No. 74 y, por consiguiente, **declarar** que la "EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplió con el procedimiento pactado en el Otrosí No. 11 para la fijación de la Tarifa por Kilómetro Troncal (TKMT) para los vehículos híbridos (bus 80 pax dual híbrido), tarifa que ha debido aplicarse desde el 16 de marzo de 2015".
- c. La No. 75 y, por consiguiente, **declarar** que la "EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. está obligada a reconocer a GMÓVIL S.A.S. el costo por kilómetro para los vehículos híbridos vinculados a la Operación Troncal (bus 80 pax dual híbrido) de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 64 del Contrato (modificada por el Otrosí No. 11) a partir del 16 de marzo de 2015, el cual se incorporará a la Tarifa por Kilómetro Troncal (TKMT) vigente para dicha tipología."

2. **Denegar** las Pretensiones Nos. 71, 72, 73, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91 y su subsidiaria.

*A.2-16 Relativas a Desincentivos, Manual de Operaciones y Manual de Niveles de Servicio*

1. **Aceptar** la Pretensión No. 99, **precisando** que cualquier cargo por concepto de intereses moratorios, si a ello hubiere lugar, **solo podrá ser impuesto** una vez agotado el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y haberse adoptado una **decisión adversa** a la oposición planteada por Gmóvil.
2. **Denegar** las Pretensiones Nos. 92, 93 y sus tres subsidiarias, 94 y su subsidiaria, 95, 96, 97, 98 y 100.

A.3 Pretensiones de Condena

1. **Aceptar** las siguientes Pretensiones:
  - a. La No. 107 y, por consiguiente, **condenar** a la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio S.A.** a pagarle a **Gmóvil S.A.S.** la suma de **\$ 1.058.322.472**, que corresponde al monto actualizado a marzo de 2019, según el último índice disponible del I.P.C.
  - b. La No. 108 y, por consiguiente, **condenar** a la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio S.A.** a pagarle a **Gmóvil S.A.S.** la suma de **\$ 260.842.859**, que corresponde al monto actualizado a marzo de 2019, según el último índice disponible del I.P.C.
  - c. La No. 109, y, por consiguiente, **condenar** a la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio S.A.** a pagarle a **Gmóvil S.A.S.** la suma de **\$ 9.319.099.591**, que corresponde al monto actualizado a marzo de 2019, según el último índice disponible del I.P.C.
  - d. La No. 121, y, por consiguiente, **condenar** a la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio S.A.** a pagarle a **Gmóvil**

**S.A.S.** la suma de \$ **1.712.516.531**, que corresponde al monto actualizado a marzo de 2019, según el último índice disponible del I.P.C.

2. **Denegar** las Pretensiones Nos. 101 y su subsidiaria, 102 y sus subsidiarias, 103 y sus subsidiarias, 104 y sus subsidiarias, 105, 106, 110 y su subsidiaria, 111 y su subsidiaria, 112 y sus subsidiarias, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136 y su subsidiaria y 137 y su subsidiaria.

**B. Sobre las pretensiones de la Reconvención:**

B.1 Pretensiones Principales

1. **Aceptar** las siguientes Pretensiones:

- a. La No. 1 y, por consiguiente, **declarar** que la cláusula 121 y en particular la cláusula 121.2 del Contrato 004-2010, conforme a la modificación introducida en virtud del Otrosí No. 5, es válida.
- b. **Parcialmente** la No. 2 y, por consiguiente, **declarar** que la cláusula 131.2 del Contrato 004-2010 es válida y eficaz, **exceptuando** su numeral 4º -que regula las consecuencias de la objeción por parte de **Gmóvil S.A.S.** al reporte detallado sobre los *desincentivos*- cuya **nulidad absoluta se declara de oficio**, porque en estos casos debe aplicarse el procedimiento previsto por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
- c. **Parcialmente** la No. 3 y, por consiguiente, **declarar** que la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.** tiene derecho a obtener el pago de *desincentivos* y su consecuente descuento de la remuneración a favor de **Gmóvil S.A.S.**, así:

- i. En los términos establecidos en la **§ E.2, numeral 818 del capítulo VI de este Laudo**, esto es, **estrictamente circunscrito** a aquellos *desincentivos* provenientes o bien de un allanamiento o bien del silencio de Gmóvil;
- ii. **Excluyendo** todos aquellos *desincentivos* que ya hayan sido determinados a raíz de una **objeción** planteada por Gmóvil; y
- iii. **Excluyendo**, además, el cobro y descuento de intereses moratorios de conformidad con lo establecido en la **§ E.2, numeral 819 del capítulo VI de este Laudo**.

**B.2** Pretensiones relacionadas con hitos contractuales – Integración

**1. Aceptar** las siguientes Pretensiones:

- a. La No. 1 y, por consiguiente, **declarar** lo allí consignado, con la **precisión** de que ello es hecho en **función exclusiva** de lo establecido en el artículo 8º del Decreto 309 de 2009.
- b. La No. 2 y, por consiguiente, **declarar** lo allí consignado, con la **precisión** de que ello es hecho **en función exclusiva** de lo establecido en el artículo 19 del Decreto 309 de 2009.

**2. Denegar** las Pretensiones Nos. 3, 4, 5, 6, 7 y 8.

**B.3** Pretensiones relacionadas con hitos contractuales – Implementación

**1. Aceptar** las siguientes Pretensiones:

- a. La No. 9 y, por consiguiente, **declarar** lo allí consignado, con la **precisión** de que ello es referido a lo establecido en la cláusula 13 del Contrato 004-2010 y que el Plan de Implementación debería ser aprobado

por la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.**

- b. La No. 10 y, por consiguiente, **declarar** que “*de conformidad con la ‘CLÁUSULA 12. ETAPA PREOPERATIVA’ del Contrato de Concesión, GMÓVIL S.A.S. estaba obligada a presentar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL MILENIO – TRANSMILENIO S.A. el Plan de Implementación del SITP.*”
- c. La No. 12 y, por consiguiente, **declarar** que “*de conformidad con la ‘CLÁUSULA 13. ETAPA OPERATIVA’ la fase operativa de los Contratos de Concesión se dividió en dos (2), a saber: una primera fase de puesta en marcha, y una fase operativa propiamente dicha*”, con la **precisión** de que la referencia a “*Contratos de Concesión*” debe entenderse **exclusivamente** referida al Contrato 004-2010.
- d. La No. 15 y, por consiguiente, **declarar** que “*de conformidad con la ‘CLÁUSULA 119-2 RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL POR RETRASOS EN LA IMPLEMENTACIÓN’ de los Contratos de Concesión, el riesgo en el retraso de la implementación del SITP fue asumido por el Concesionario GMÓVIL S.A.S.*”, con la **precisión** de que la referencia a “*Contratos de Concesión*” debe entenderse **exclusivamente** referida al Contrato 004-2010.
- e. La No. 16 y, por consiguiente, **declarar** lo allí consignado en cuanto efectivamente el **primer párrafo** de la cláusula 79 del Contrato 004-2010 establece lo indicado en la Pretensión, con la **precisión** de que el mismo debe ser complementado con el **segundo párrafo** de la misma estipulación.

- 2. **Denegar** las Pretensiones Nos. 11, 13, 14, 17, 18 y 19.

B.4 Pretensiones relativas a la solicitud de nulidad del parágrafo 1º de la Cláusula 119.1 del Contrato 004-2010

**Denegar** las Pretensiones Nos. 1 y 2.

B.5 Pretensiones de condena

**Denegar** las siguientes Pretensiones:

1. No. 4 del grupo de Principales y sus subsidiarias; y
2. Nos. 1, 2, 3 y 4 del grupo de Condena.

**C. Sobre las Excepciones:**

1. **Estar** a lo consignado en las **§§ A.2, D.8, D.9, D.11, D.19 y D.21, todas del capítulo VI de este Laudo** y, en los términos allá consignados, **declarar no probadas** las siguientes Excepciones formuladas por Transmilenio:
  - a. *“Falta de competencia del Tribunal por pretensiones que involucran la ocurrencia de hechos futuros o de hipotética ocurrencia”;*
  - b. *“GMÓVIL asumió el riesgo de operación por mayores costos que pudieran presentarse frente a los estimados y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia”; “Inexistencia de antijuridicidad del daño reclamado en la demanda”; “Cobro de lo no debido”; “La entrega de los patios a GMÓVIL para que adelantara su operación se realizó de manera oportuna, y en el caso del Patio Calle 26, se hizo lo propio una vez se superaron los inconvenientes normales de ese tipo de obras, facilitando por parte de la entidad, en todo momento, su operación a través de otros patios que se le pusieron a su disposición, y así lo aceptó el concesionario con la firma del pertinente Otrosí”;*

- c. *“La etapa de transición en relación con la operación en patios provisionales continúa en ejecución de acuerdo con los términos del contrato No. 004 de 2010”;*
  - d. *“La integración del sistema, a la que el Contrato de Concesión se refiere, se produjo en los términos y condiciones del contrato, sin que para ningún efecto en el contrato se haya dispuesto nada sobre la existencia de ‘integración total’ que pueda ser exigible a Transmilenio”;*
  - e. *“Los pretendidos ‘mayores costos’ en la operación de buses híbridos deben responder a las estrictas condiciones del contrato de concesión, y sus modificatorios; pero, sobre todo, encontrarse debidamente sustentada su efectiva causación, sin lo cual resulta ilegal e improcedente cualquier reconocimiento por parte de la entidad”;* y
  - f. *“Falta de prueba de la existencia y la cuantía de los pretendidos perjuicios”.*
2. **Estar** a lo consignado en la **§ F del capítulo VI de este Laudo** sobre la **inconducencia** de ocuparse de las Excepciones planteadas en relación con Pretensiones de la Demanda y/o con Pretensiones de la Reconvención que hayan sido denegadas por el Tribunal Arbitral.

**D. Sobre los juramentos estimatorios:**

**Estar** a lo consignado en la **§ G del capítulo VI de este Laudo**, y, por consiguiente, **no imponerle** ni a **Gmóvil S.A.S.** ni a la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.** sanción alguna en los términos del artículo 206 del C.G.P.

**E. Sobre costas del Proceso:**

**Estar** a lo consignado en la **§ I del capítulo VI** de este Laudo y, por consiguiente, **no imponer** condena en costas a ninguna de las Partes.

**F. Sobre pago de las condenas:**

1. **Ordenar** que la condena por valor total de \$ **12.350.781.453**, resultante de la sumatoria de las condenas impuestas a la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.** en la **§ A.3 (1), literales (a), (b), (c) y (d) de este capítulo del Laudo**, sean **pagadas** por esta dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este Laudo.
2. **Disponer** que, en caso de mora en el pago de la suma señalada en el **numeral precedente**, la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.** deberá pagarle a **Gmóvil S.A.S.** intereses moratorios liquidados a la tasa más alta permitida por la ley colombiana, los cuales se causarán hasta la fecha de pago efectivo de tal suma.

**G. Sobre tacha de Testigos y objeción al Dictamen Técnico:**

1. **Estar** a lo señalado en las **§§ A.3 y A.4 del capítulo VI de esta Laudo** en relación con la tacha de Testigos y con la objeción por error grave del Dictamen Técnico, ambas formuladas por la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.**

**H. Sobre aspectos administrativos:**

1. **Ordenar** la liquidación de las cuentas de este Proceso y, si a ello hubiere lugar, proceder a la devolución de las sumas no utilizadas de la partida "*Gastos de Secretaría*" a **Gmóvil S.A.S.** y a la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.**, por partes iguales.
2. **Ordenar** la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes.
3. **Ordenar** que por Secretaría se proceda a la devolución a la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.** de los documentos

TRIBUNAL ARBITRAL

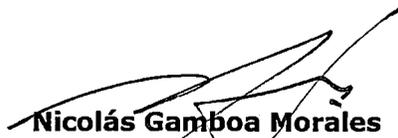
**GMÓVIL S.A.S. VS EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

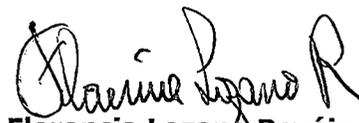
---

presentados por esta el 20 de octubre de 2017, en la forma establecida en el Auto No. 13 del 31 de octubre de ese año.

4. **Remitir** el expediente de este Proceso al Centro de Arbitraje, para que proceda al archivo del mismo de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563.

Cúmplase,

  
**Nicolás Gamboa Morales**  
Presidente

  
**Florencia Lozano Revéz**  
Árbitro

  
**Juan Carlos Exposito Velez**  
Árbitro  
(Con salvamento y aclaración de voto)

  
**Patricia Zuleta García**  
Secretaria