

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001 03 26 000 2017 00043 00 (59067)

Actor: TRANSMASIVO S.A. - SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. –SOMOS K S.A. –

Demandado: EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.

Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN LAUDO ARBITRAL

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., contra el laudo arbitral de veintiuno (21) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) proferido por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido para dirimir las controversias originadas – pretensiones acumuladas – dentro de los contratos de concesión No. 016 y 017 de 2003, para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio, suscritos entre la citada empresa (parte convocada) y las sociedades TRANSMASIVO S.A. y SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. - SOMOS K S.A. – antes denominada SI 02. S.A.- (partes convocantes).

I. ANTECEDENTES

- 1.** El 31 de julio de 2002, se expidió el documento CONPES 3185 de 2002 que estableció que el sistema TRANSMILENIO debía abarcar el Corredor Bogotá – Soacha., según el cual debería solicitar un número determinado de buses.
- 2.** Con ocasión de la expedición del documento mencionado, la Licitación Pública promovida por TRANSMILENIO para adjudicar los contratos de concesión de la Fase II (Av. Américas, NQS, Av. Suba) estableció que el sistema TMSA abarcaría el Corredor Vial Bogotá – Soacha, así (Adendo No. 2):
 - i.** Se modificó el mapa y el cuadro que incluía el fin del trazado de la NQS para incluir Soacha.
 - ii.** Se ofrecieron puntos adicionales a los proponentes por vincular empresas, propietarios y vehículos pertenecientes a Soacha para la reposición de flota.
 - iii.** Se incluyó una obligación expresa a cargo de los concesionarios para asumir el aseo y vigilancia de las estaciones que integrarían la Fase II.
- 3.** TRANSMILENIO también expidió el Adendo No. 4 a los Pliegos, el cual dio lugar a un aumento de buses y un concesionario de transporte adicional.
- 4.** TRANSMASIVO y SOMOS K fueron adjudicatarios de dos de las concesiones y vinculados a la Fase II, relativa a la entrada en operación del Sistema TRANSMILENIO en las troncales de la Av. Américas, Suba, NQS hasta Soacha (Corredor Bogotá – Soacha).
- 5.** Al inicio de la ejecución de los Contratos de Concesión, TRANSMILENIO les informó a los concesionarios, que requeriría setenta (70) vehículos para la atención de la demanda del Corredor Vial Bogotá – Soacha, en qué proporción debía ser asumido por cada uno de los concesionarios de la Fase II y cuándo entregaría el Corredor: Mayo de 2005.
- 6.** TRANSMILENIO es el gestor y titular del Sistema TMSA y en tal virtud, se ha obligado a encargarse de lo necesario, para entregar la infraestructura a los concesionarios de operación de transporte, a través de múltiples instrumentos, tales como contratos de concesión y convenios suscritos con entidades del sector nacional, departamental y municipal que le son vinculantes.
- 7.** TRANSMILENIO ha debido tener en operación el Corredor Bogotá – Soacha para marzo de 2005 y la operación sólo inició hasta diciembre de 2013, por lo menos ocho (8) años después de lo previsto, e inclusive ha reconocido compensaciones económicas a otros concesionarios por esa causa, absteniéndose de hacer lo propio con TRANSMASIVO.

8. Además de la entrega tardía del corredor, TRANSMILENIO resolvió solicitar un menor número de flota al proyectado para la atención de la demanda del Corredor, y entre esta, gran parte de la flota fue solicitada a concesionarios de la Fase I, a pesar de que los concesionarios de la fase II (TRANSMASIVO, SOMOS K. y CONEXIÓN MÓVIL) soportaron grandes cargas contractuales – inclusive más gravosas que para la Fase I- tales como:
- a. Realizar el procedimiento de reposición de flota con valores de intercambio de tres veces más a los previstos para la Fase I.
 - b. Vincular propietario, empresas transportadoras y vehículos del Corredor Bogotá – Soacha.
 - c. Hacerse cargo del aseo y vigilancia de las estaciones que integran las troncales que entraron en operación con la Fase II (incluido el Corredor Vial Bogotá – Soacha).
 - d. Concederle a TMSA las siguientes remuneraciones:
 - i. Una participación del 3.53% sobre los ingresos del Concesionario.
 - ii. Una participación del total de los recursos del Fondo Principal (Cláusula 49).
 - iii. Los valores que los Concesionarios le pagan por cada bus por concepto de derecho de explotación.
 - iv. Los valores que se generen a su favor por concepto de explotaciones colaterales del sistema y,
 - v. Las multas impuestas a los operadores del sistema de alimentación y recaudo y el 10% de las multas impuestas a los operadores troncales de la Fase II (Cláusula 50)
 - vi. Los incumplimientos mencionados ocasionaron una prolongación del término en que habían de recorrerse los kilómetros contratados (superior a dieciséis (16) meses), lo cual generó costos y gastos ociosos y extraordinarios para TRANSMASIVO y SOMOS, pendientes de indemnización.
9. Los pactos arbitrales que sirvieron de fundamento al trámite arbitral son los siguientes:
- i.- En la cláusula 170 contenida en el Contrato Nro. 016 de 2003 de concesión, para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio, suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A. y la SOCIEDAD S.A., las partes convinieron lo siguiente:
“TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO. Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o liquidación de este contrato, que no sea posible solucionar amigablemente, mediante arreglo directo o conciliación, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas:
 - 170.1. 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 la 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 encuentren por debajo de tal valor, se designará un árbitro único.
 - 170.2. La designación del (los) árbitro (s) deberá realizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se entienda agotada la etapa de conciliación. Si tal acuerdo no se lograra, las partes recurrirán a la Cámara de Comercio de Bogotá para que sea ésta quien los designe. En este evento cuando mínimo uno de los árbitros debe ser especializado en derecho administrativo.
 - 170.3. Los árbitros decidirán en derecho.
 - 170.4. El Tribunal se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y se regirá por lo previsto en esta cláusula y por todas las disposiciones aplicables, en particular el Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, o por las normas que los adicionen, modifiquen, o reemplacen.
 - 170.5. En la medida en que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas al arbitramento.
 - 170.6. El Tribunal sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, o en cualquier otro lugar que designen las partes de mutuo acuerdo.
 - 170.7. Los gastos que ocasionen el tribunal de arbitramento, serán cubiertos por la parte que resulte vencida.
 - 170.8. El tribunal tendrá un plazo de 4 meses prorrogables por un plazo igual, en caso de que así lo considere necesario los miembros del tribunal”.
 - ii.- En la cláusula 170 contenida en el Contrato Nro. 017 de 2003 de concesión para la

prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio, suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A. y SI 020 S.A., las partes convinieron lo siguiente:

“TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO. Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o liquidación de este contrato, que no sea posible solucionar amigablemente, mediante arreglo directo o conciliación, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas:

- 170.1. 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 la 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 encuentren por debajo de tal valor, se designará un árbitro único.
- 170.2. La designación del (los) árbitro (s) deberá realizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se entienda agotada la etapa de conciliación. Si tal acuerdo no se lograra, las partes recurrirán a la Cámara de Comercio de Bogotá para que sea ésta quien los designe. En este evento cuando mínimo uno de los árbitros debe ser especializado en derecho administrativo.
- 170.3. Los árbitros decidirán en derecho.
- 170.4. El Tribunal se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y se regirá por lo previsto en esta cláusula y por todas las disposiciones aplicables, en particular el Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, o por las normas que los adicionen, modifiquen, o reemplacen.
- 170.5. En la medida en que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas al arbitramento.
- 170.6. El Tribunal sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, o en cualquier otro lugar que designen las partes de mutuo acuerdo.
- 170.7. Los gastos que ocasionen el tribunal de arbitramento, serán cubiertos por la parte que resulte vencida.
El tribunal tendrá un plazo de 4 meses prorrogables por un plazo igual, en caso de que así lo considere necesario los miembros del tribunal”.

10. Ante el supuesto incumplimiento de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A. - de varias de sus obligaciones contractuales, entre las que se mencionan, “sus deberes de gestión, organización, planeación y control del Sistema TRANSMILENIO, en la gestión y seguimiento de la ejecución de la infraestructura y la realización de las actuaciones necesarias para la implantación del Sistema TRANSMILENIO, al entregar de forma tardía la infraestructura que corresponde al Corredor Vial Bogotá - Soacha y todas la demás gestiones asociadas al cumplimiento de dichos deberes, tanto por acción como por omisión”; entre otras., la sociedad TRANSMASIVO S.A., - parte convocante - el 3 de marzo de 2015, presentó inicialmente demanda arbitral¹ contra la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. – parte convocada - El 6 de mayo de 2016, la convocada presentó escrito de contestación de la demanda, en la que presentó excepciones de mérito.² – El 3 de agosto de 2015 la convocante presentó reforma integrada de la demanda arbitral³ en la que se acumularon las pretensiones de dos demandantes: TRANSMASIVO S.A., y SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES - SOMOS K S.A. – (antes SI 02 S.A.). Formulando las siguientes pretensiones:⁴
“PRIMERO. Declarar que dentro de la Licitación Pública No. 007 de 2002, por la cual se adjudicó la Fase II del Sistema TRANSMILENIO, se encontraba incluida la operación del Corredor Vial Bogotá – Soacha.
SEGUNDO. Declarar la existencia de los Contratos de Concesión No. 16 y 17 de 2003 celebrados entre TRANSMILENIO S.A. con TRANSMASIVO S.A. y SOMOS K S.A., respectivamente, los cuales se encuentran en ejecución a la fecha de presentación de la demanda y que para las pretensiones subsiguientes se denominarán como los “Contratos de Concesión”.

1 Folios 139 a 197. C. principal No. 1.

2 Folios 225 a 302, ib.

3 Folios 330 a 376, ib.

4 Folios 178 a 181, ib.

TERCERO. Declarar que corresponde a TRANSMILENIO S.A., la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público, masivo, urbano, de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia.

CUARTO. Declarar que TRANSMILENIO S.A. es el titular del Sistema TRANSMILENIO, el cual se encuentra integrado, entre otros, por la combinación organizada de infraestructura, predios, equipos, señales, paraderos, estaciones utilizadas para la eficiente y continua prestación del servicio público esencial de transporte masivo de personas.

QUINTO. Declarar que de acuerdo con los numerales 10.3.2 del Título 10 – de la Parte I de los “Contratos de Concesión”, TRANSMILENIO S.A. “gestiona, bajo la coordinación de la Alcaldía Mayor, la ejecución de la infraestructura y la expedición de actos administrativos que faciliten la implantación del sistema”.

SEXTO. Declarar que con ocasión de la celebración de los antedichos contratos, TRANSMASIVO S.A. y SOMOS K S.A., adquirieron a su cargo contraprestaciones específicas relativas al aseo y vigilancia de las estaciones que componen la infraestructura de la Fase II.

SÉPTIMO. Declarar que TRANSMASIVO S.A. y SOMOS K S.A., cumplieron con la obligación de que trata el numeral anterior.

“OCTAVO. Declarar que TRANSMASIVO S.A. y SOMOS K S.A., vincularon empresas transportadores propietarios y vehículos del Transporte Público Colectivo (TPC) del municipio de Soacha (Cundinamarca) tanto a su propuesta, como a la ejecución de los Contratos de Concesión para surtir el procedimiento de reposición de flota.

“NOVENO. Declarar que con ocasión de la celebración y ejecución de los antedichos contratos, TRANSMILENIO S.A., está obligado a la gestión, organización planeación y control del Sistema TRANSMILENIO y la expedición de actos administrativos necesarios para la implantación del Sistema TRANSMILENIO.

“DÉCIMO. Declarar que TRANSMILENIO S.A., incumplió sus obligaciones y cargas de orden legal y contractual.

“UNDÉCIMO. Declarar que TRANSMILENIO S.A., incumplió sus deberes de gestión, organización, planeación y control del Sistema TRANSMILENIO, en la gestión y seguimiento de la ejecución de la infraestructura y la realización de las actuaciones necesarias para la implantación del Sistema TRANSMILENIO, al entregar de forma tardía la infraestructura que corresponde al Corredor Vial Bogotá – Soacha y todas las demás gestiones asociadas al cumplimiento de dichos deberes, tanto por acción como por omisión.

DUODÉCIMO. Declarar que TRANSMILENIO S.A., incumplió su deber de planeación en las etapas precontractual y contractual de los Contratos de Concesión.

DECIMOTERCERO. Declarar la nulidad absoluta parcial de la siguiente cláusula de los Contratos de Concesión, en los apartes que se subrayan, así:

“Cláusula 108 DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO

Para todos los efectos legales, se entenderán incluidos dentro de los riesgos propios del negocio del CONCESIONARIO todos aquellos que no estén expresamente asignados a TRANSMILENIO S.A.

También le corresponden los riesgos que no estén explícitamente excluidos de la órbita de responsabilidad del CONCESIONARIO según las cláusulas del presente contrato”.

Subsidiaria de la pretensión anterior: Declarar que TRANSMILENIO S.A. incumplió su deber de buena fe y la prohibición de abuso a su posición contractual dominante respecto de las facultades que se reservó en las cláusulas 108 de los Contratos de Concesión.

DECIMO CUARTO. Declarar la nulidad absoluta parcial de la siguiente cláusula de los Contratos de Concesión, en los apartes que se subrayan, así:

“Cláusula 109 RIESGOS DEL CONTRATO ATRIBUIDOS AL CONCESIONARIO

EL CONCESIONARIO asumirá en su totalidad los riesgos que se deriven del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de concesión, y será responsable frente a TRANSMILENIO S.A., como una obligación de resultado, por la regularidad y el cumplimiento de las condiciones requeridas para la Operación Troncal del Sistema TransMilenio, asumiendo, por lo tanto, los costos, gastos y medios que se requieran a dicho efecto.

Mediante el presente contrato, el CONCESIONARIO asume expresamente los riesgos propios de la actividad económica de transporte masivo de pasajeros del Sistema TransMilenio, derivados de la explotación económica del servicio público de transporte y de los medios que utilice dentro del Sistema TransMilenio.

Entre los riesgos asumidos totalmente por el CONCESIONARIO, como riesgos propios del giro de los negocios y que asumirá por la suscripción del presente Contrato de Concesión se encuentran los siguientes: el riesgo ambiental, el de demanda, el de operación, el financiero, el de financiabilidad, el de retorno de su inversión, el de implantación del Sistema, el riesgo regulatorio, el tributario y el riesgo político”.

Subsidiaria de la pretensión anterior: Declarar que TRANSMILENIO S.A., incumplió su deber de buena fe y la prohibición de abuso de su posición contractual dominante respecto de las facultades previstas en las cláusulas 109 de los Contratos de Concesión.

DECIMO QUINTO. Declarar que TRANSMILENIO S.A., incumplió su deber de buena fe y la prohibición de abuso de su posición contractual dominante respecto de las facultades previstas en las cláusulas 105 de los Contratos de Concesión.

DECIMO SEXTO. Declarar la nulidad absoluta parcial del siguiente anexo de los Contratos de Concesión, en los apartes que se subrayan; así: (...) Ver Anexo No. 6.⁵

La vinculación de los vehículos se desarrollará con observancia del PAR Y PASO que TRANSMILENIO S.A, señale para el efecto, y que será debidamente comunicado al CONCESIONARIO.

TRANSMILENIO S.A. tiene la facultad de modificar el presente cronograma en los casos en los que lo considere necesario y comunicará las modificaciones debidamente al CONCESIONARIO.

No obstante lo anterior, el presente cronograma no generará ninguna obligación de TRANSMILENIO S.A. frente al CONCESIONARIO en las fechas de implantación.

En todo caso el CONCESIONARIO declara conocida esta situación y renuncia con la suscripción de la minuta del contrato contenida en la PROFORMA 12 del presente Pliego a cualquier reclamación derivada de la modificación del cronograma tentativo”.

Subsidiaria de la pretensión anterior: Declarar que TRANSMILENIO S.A., incumplió su deber de buena fe y la prohibición de abuso de su posición contractual dominante respecto de las facultades que se reservó en los Anexos 6 de los Contratos de Concesión.

DECIMO SÉPTIMO. Condenar a TRANSMILENIO S.A., a indemnizar a TRANSMASIVO S.A. y a SOMOS K S.A., los perjuicios generados como consecuencia de sus incumplimientos legales y contractuales, de todo orden, así como el pago de las demás compensaciones legales aplicables.

DECIMO OCTAVO. Condenar a TRANSMILENIO S.A., a pagar a TRANSMASIVO S.A. y a SOMOS K S.A., las costas del proceso, incluyendo agencias en derecho, honorarios y gastos del Tribunal.

DECIMO NOVENO. Condenar a TRANSMILENIO S.A., a pagar a TRANSMASIVO S.A. y a SOMOS K S.A., intereses moratorios a la máxima tasa legal aplicable, o la que ordene el Tribunal, desde la ejecutoria del Laudo Arbitral hasta que se verifique el pago total de la obligación”.

11. La demanda arbitral fue admitida⁶ por auto núm. 2 proferido el 3 de marzo de 2015, dentro de la audiencia pública de instalación del Tribunal Arbitral celebrada en esa fecha. La EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. - contestó la demanda formulando las excepciones de mérito denominadas: “i. De cumplimiento del Contrato No. 016 de 2003, de Concesión para la prestación del servicio público de Transporte Terrestre Masivo Urbano de Pasajeros en el Sistema Transmilenio, suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. “TRANSMILENIO S.A. y la SOCIEDAD TRANSMASIVO S.A. y de IMPOSIBILIDAD DE SOLICITAR FLOTA ADICIONAL AL OPERADOR TRANSMASIVO S.A., por prohibición expresa del contrato y de la ley”; ii. Excepción de cumplimiento de TRANSMILENIO S.A., como gestor del Sistema Transmilenio y en particular de la obligación contractual pactada en la cláusula 12.1., del Contrato de Concesión, en adelantar las actividades de planeación, gestión y control, para que el Concesionario desarrollara de manera efectiva y óptima la actividad de transporte que le fue encomendada, en virtud del contrato de Concesión No. 016 de 2003 y se le permitiera correlativamente ejercer los derechos que como Concesionario se derivaban de su contrato”; iii. Excepción de imposibilidad de condena en contra de TRANSMILENIO S.A. por ser el riesgo de implantación del Sistema Transmilenio, del exclusivo resorte y responsabilidad del Concesionario Transmasivo S.A.”⁷

12. El Tribunal de Arbitramento que se convocó para el efecto profirió el correspondiente laudo arbitral⁸ el veintiuno (21) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) en el que declaró infundada la tacha de la testigo Amparo Alvis Pedreros formulada por Transmasivo S.A. y Sistemas Operativos Móviles S.A. – SOMOS K S.A. Declaró infundada la objeción al juramento estimatorio presentada por la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A. y se abstuvo de imponer sanción a Transmasivo S.A. y Sistemas Operativos Móviles S.A. – SOMOS K S.A, respecto del juramento estimatorio. Negó la totalidad de las excepciones planteadas por la parte convocada. Respecto a las pretensiones declarativas formuladas por las sociedades Transmasivo S.A. y Sistemas Operativos Móviles S.A. – SOMOS K S.A., dispuso en la parte resolutive lo siguiente: (i) Declaró que dentro de la Licitación Pública No. 007 de 2002, por la cual se adjudicó la fase II del Sistema Transmilenio, se encontraba incluida la operación del Corredor Vial Bogotá – Soacha; (ii) Declaró que los Contratos de Concesión No. 16 y 17 de 2003 celebrados entre Transmilenio S.A. con Transmasivo S.A. y Somos K S.A., respectivamente, existen y se encuentran en ejecución; (iii) Declaró que (a) corresponde

⁵ Folios 337 y 338. C. principal n° 1.

⁶ Folios 199 a 202. C. principal n° 1.

⁷ Folios 271 a 297, ib.

⁸ Folios 53 a 359. C. Consejo de Estado.

a Transmilenio S.A. la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público, masivo, urbano, de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia; (b) Transmilenio S.A. es el titular del Sistema Transmilenio, el cual se encuentra integrado, entre otros, por la combinación organizada de infraestructura, predios, equipos, señales, paraderos, estaciones utilizadas para la eficiente y continua prestación del servicio público esencial de transporte masivo de personas; (c) de acuerdo con los numerales 10.3.2. del Título 10 – de la Parte I de los “Contratos de Concesión”, Transmilenio S.A. “gestiona, bajo la coordinación de la Alcaldía Mayor, la ejecución de la infraestructura y la expedición de actos administrativos que faciliten la implantación del sistema”; (d) con ocasión de la celebración y ejecución de los antedichos contratos, Transmilenio S.A. está obligado a la gestión, organización, planeación y control del Sistema Transmilenio; (e) Transmilenio S.A. incumplió sus obligaciones y cargas del orden legal (incorporadas al contenido del contrato) y contractual, y (f) Transmilenio S.A. incumplió sus deberes de gestión, organización, planeación y control del Sistema Transmilenio, en la gestión y seguimiento de la ejecución de la infraestructura y la realización de las actuaciones necesarias para la implantación del Sistema Transmilenio, al entregar de forma tardía la infraestructura que corresponde al Corredor Vial Bogotá – Soacha y todas las demás gestiones asociadas al cumplimiento de dichos deberes. En consecuencia, prosperan las pretensiones tercera, cuarta, quinta, novena, décima y undécima de la demanda. (iv) Declaró que (i) Transmasivo S.A. y Somos K S.A., adquirieron a su cargo contraprestaciones específicas relativas al aseo y vigilancia de las estaciones que componen la infraestructura de la Fase II, y (ii) Transmasivo S.A. y Somos K S.A., cumplieron con dichas obligaciones. En consecuencia, prosperan las pretensiones sexta y séptima de la demanda; (v) Declaró que Transmasivo S.A. y Somos K S.A., vincularon empresas transportadoras, propietarios y vehículos del Transporte Público Colectivo del Municipio de Soacha tanto a su propuesta, como a la ejecución de los Contratos de Concesión para surtir el procedimiento de reposición de flota. En consecuencia, prospera la pretensión octava de la demanda; (vi) Declaró que Transmilenio S.A., incumplió su deber de planeación en la etapa precontractual de los Contratos de Concesión. En consecuencia, prospera la pretensión duodécima de la demanda; (vii) Negó las pretensiones décimo tercera, décimo cuarta, décimo quinta y décimo sexta, junto con sus respectivas pretensiones subsidiarias. (viii) Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenó a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. – a pagar a las sociedades TRANSMASIVO S.A. y SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. – SOMOS K S.A., las siguientes sumas de dinero: a) A TRANSMASIVO S.A., la suma de VEINTIOCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$ 28.895.978.546). b) A SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. – SOMOS K S.A., la suma de VIENTITRÉS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$ 23.476.746.787). En consecuencia, prospera la pretensión décimo séptima de la demanda. (ix) Las sumas reconocidas en este Laudo Arbitral se pagarán de conformidad con lo establecido en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, en dichos términos, prospera la pretensión décimo novena de la demanda. (x) Sin condena en costas ni agencias en derecho, conforme a las razones y los motivos expuestos en la parte considerativa de esta Providencia. En consecuencia, denegó la pretensión décimo octava de la demanda.; entre otras declaraciones.

12.1. Salvamento de Voto.

Uno de los integrantes de la Sala de decisión del Tribunal de arbitramento salvó voto⁹, al manifestar entre otras consideraciones, que disiente acerca de lo decidido en las pretensiones tercera, cuarta, quinta y novena de la demanda reformada, las cuales procedió a transcribir¹⁰, en razón a que el Tribunal arbitral al estudiar las citadas pretensiones concluyó que, en efecto, a TRANSMILENIO S.A., “le corresponde la gestión, organización y planeación del Sistema TransMilenio en el Distrito Capital y su área de influencia, el cual se encuentra integrado por la infraestructura del transporte”. Que TRANSMILENIO S.A. “era parte en múltiples convenios interadministrativos en su condición de gestor del sistema, entre los cuales estaban los relativos a la implantación del Sistema en el municipio de Soacha y de los que dependía la construcción de la infraestructura necesaria” y que “se encontró que su actuación e intervención en ello fue pasiva y negligente”. Para el árbitro que salvó voto, allí surge el primer motivo de inconformidad al decir, que “No se podía establecer responsabilidad contractual de TRANSMILENIO S.A. derivada del incumplimiento de esa empresa en el desempeño de funciones administrativas o en el ejercicio de sus deberes legales como Titular y gestor del Sistema TransMilenio, como tampoco por el incumplimiento de sus objetivos corporativos, funciones estas de naturaleza diversa de obligaciones que hubiera contraído la convocada frente a los convocantes en los Contratos de Concesión 016 y 017 (...) Como se puede observar, las

⁹ Folios 360 a 386. Cuaderno Consejo de Estado.

¹⁰ Ver folios 360 a 361, ib.

pretensiones de la demanda se refieren a las funciones empresariales de TRANSMILENIO S.A. y sus deberes legales en general, como Titular del Sistema TransMilenio, los cuales fueron reproducidos en las consideraciones generales de los Contratos de Concesión 016 y 017, para referirse a la forma como opera el Sistema, sin que ello implicara que los concesionarios adquirieran prerrogativas para exigir a TRANSMILENIO S.A. que “gestione y organice el servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital”, ni que “participe en la formulación de políticas para el desarrollo del transporte masivo en el Distrito Capital” ni mucho menos que “colabore con la Secretaría de Tránsito y Transporte” y demás autoridades competentes para garantizar la prestación del servicio”, porque a juicio de la disidente, “Sostener lo contrario conduce, ciertamente, a conclusiones inaceptables. De un lado, que la existencia de deberes legales generales en cabeza de empresas de derecho público, se vuelven obligaciones contractuales respecto de unos particulares determinados, por el solo hecho de que las entidades celebren con ellos un contrato, en cumplimiento de aquellos deberes”.

Se sigue afirmando en el salvamento de voto que, según el Laudo, todo el marco legal que regula la actividad de la empresa TRANSMILENIO S.A., sus funciones administrativas, incluso sus objetivos corporativos, aun sus derechos y facultades, configuran obligaciones contractuales de la convocada frente a los concesionarios, con fundamento en el artículo 38 de la ley 153 de 1887 que establece que “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, sin embargo para la discrepante “Si bien es cierto que en los contratos se entienden incorporados los preceptos legales, estos son los propios de la clase de negocio jurídico que las partes hayan celebrado, no los que rigen las funciones o deberes de las partes frente a terceros ni los que regulan su conducta institucional o personal”.

Así mismo, se aseveró en el salvamento de voto que, “Alude también el Laudo, sin que eso se haya discutido en el proceso, a la buena fe como elemento integrador del contenido de los contratos para concluir que también por ese aspecto se deben entender incorporadas a los contratos celebrados con los convocantes, las normas que regulan la actividad y la empresa TRANSMILENIO S.A., para lo cual se invocan en el laudo los artículos 83 de la C.P., 23 y 28 de la ley 80 de 1993 y el artículo 1603 del Código Civil”, posición que no se comparte, porque “de haber sido trasladados algunos de esos deberes generales de TRANSMILENIO S.A., como obligaciones a cargo de la convocada en los contratos 016 y 017, era imperativo haber precisado en el Laudo el contenido y alcance de tales obligaciones en el marco de la relación contractual entre las partes y examinar si el fundamento de las pretensiones de la demanda correspondía o no al incumplimiento de obligaciones de tal índole para determinar, además, si tal incumplimiento era el origen de las pretensiones indemnizatorias de perjuicios (...) Como se puede observar, las pruebas que llevaron a tener por demostrado en el Laudo el incumplimiento contractual de TRANSMILENIO S.A. fueron principalmente los hallazgos administrativos de la Contraloría General (...) relativos a la presunta vulneración de normas legales, no solo por parte de TRANSMILENIO S.A., sino por parte de otras entidades involucradas en la extensión proyectada del Sistema Transmilenio a Soacha (...) De esta manera, en el Laudo se atribuyó a la infracción de deberes o de funciones de naturaleza administrativa, el sustento jurídico para declarar el incumplimiento de obligaciones contractuales de TRANSMILENIO S.A., esto es, de obligaciones que debían haber tenido su fuente en los contratos celebrados con los convocantes”.

Otro motivo de inconformidad expresado es que “En el Laudo se da por probada la “demora” imputable a TRANSMILENIO S.A., sin tener en cuenta que, en primer lugar, no era su obligación entregar a los concesionarios la infraestructura del Corredor Bogotá – Soacha y mucho menos hacerlo en fechas ciertas y determinadas (...) Como se observa, tanto el objeto de la Licitación como el de los contratos, no generaron la obligación de TRANSMILENIO S.A. de implantar la infraestructura de la segunda fase del Sistema Transmilenio, vale decir, la construcción y entrada en operación de las nuevas troncales ni el derecho exclusivo de los nuevos concesionarios a la explotación del servicio de transporte de manera específica y excluyente sobre aquellas. Lo que quedó previsto contractualmente fue el derecho a la explotación del servicio por parte de los concesionarios y que este se prestaría mediante el tránsito a través del todo el Sistema, tanto en las estaciones presentes en ese momento como en las que llegaran a conformarlo, es decir a operar indistintamente todas las troncales de Transmilenio, ya fueran de la Fase I o las que entraran en operación de la Fase II, de manera conjunta con los demás operadores del Sistema (...) De otro lado, no quedó obligada TRANSMILENIO S.A. a que la operación sobre la troncal Bogotá – Soacha iniciara en cierta y determinada fecha y no habría podido ni debido ser de otra manera siendo que no era ella la encargada de su construcción ni de su implantación”.

Finalmente, el salvamento de voto se refiere a las pretensiones décimo tercera y décimo cuarta de la demanda, las que procedió a transcribir, para terminar diciendo que “En lo concierne a estas pretensiones, si bien comparto lo decidido en el Laudo, en relación con el saneamiento que operó de la nulidad solicitada, expresamente respecto de algunos apartes de las cláusulas 108 y 109 sobre distribución de riesgos de los contratos 016 y 017, debo manifestar mi disenso frente a las consideraciones adicionales que se hacen en el laudo, en cuanto tienen una relación inescindible

con lo resuelto sobre los aspectos centrales de la controversia, respecto de dar aplicación a la sanción de ineficacia de pleno derecho de que trata el inciso final del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por las razones que paso a exponer: Después de determinar que las pretensiones décimo tercera y décimo cuarta de la demanda no estaban llamadas a prosperar por haber operado el saneamiento de las causales de nulidad que hubieran podido afectarlas, en el Laudo se asevera que, en todo caso, el análisis de validez de dichas cláusulas podía abordarse con fundamento en la ineficacia de pleno derecho que, a su juicio, pesa sobre ellas, tesis que, al margen de las discusiones a las que pudiera conducir por tratarse la ineficacia y la nulidad de dos figuras del derecho diferenciables entre sí, no la comparto, puesto que no se configuró en este caso ninguno de los presupuestos previstos en el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que dan lugar a la imposición de esa sanción legal, lo cual constituye un requisito indispensable para proceder a su aplicación (...) Tampoco se comparte lo expuesto en el Laudo, en el sentido de considerar que el referido pacto era ineficaz de pleno derecho, con fundamento en que la implantación dependía exclusivamente de la voluntad de TRANSMILENIO S.A. Basta al respecto con analizar el marco regulatorio del servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros, así como los diversos convenios celebrados entre las entidades públicas involucradas para poner en marcha el Sistema (...) En ese contexto, resulta razonable concluir, que los convocantes asumieron de manera libre y voluntaria el riesgo de implantación del Sistema y, además, que tal estipulación no es ineficaz de pleno derecho, pues ni constituyó un “ofrecimiento de extensión ilimitada” ni “dependía de la voluntad exclusiva de la entidad” y, por tanto, no podía ser excluida del análisis de fondo que debía abordarse para la resolución de las restantes pretensiones de la demanda (...).”

13. Frente al laudo en mención, las sociedades convocantes y la convocada en escritos¹¹ radicados el 26 y 28 de diciembre de 2016, presentaron solicitudes de adición y complementación del laudo arbitral y de aclaración y adición del laudo, respectivamente. El Tribunal en auto proferido dentro de la audiencia celebrada el 10 de enero de 2017,¹² negó las solicitudes anteriores.

14. Por medio de escrito presentado el 27 de febrero de 2017, la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., interpuso el recurso de anulación¹³ contra el laudo arbitral proferido el 21 de diciembre de 2016, invocando las causales de anulación prevista en los numerales 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, “7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” y “9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

15. El 28 de febrero de 2017¹⁴ se surtió por la Secretaría del Tribunal de Arbitramento, el traslado de que trata el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, término dentro del cual las partes convocantes de manera conjunta le dieron respuesta¹⁵, oponiéndose de manera categórica al recurso extraordinario de anulación formulado por la parte convocada, argumentos que serán analizados en otro aparte de este fallo.

16.- La Secretaría del Tribunal de Arbitramento, a través de oficio visible a folios 625 y 626 del cuaderno del Consejo de Estado, remitió el expediente a ésta Corporación para que conociera del recurso de anulación.

17. Por medio de auto veintidós (22) de mayo de 2017¹⁶ ésta Corporación avocó el conocimiento del asunto y ordenó la notificación personal al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

II. EL RECURSO DE ANULACION

18. Las causales de anulación que se invocan son las previstas en los numerales 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, “7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” y “9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”. Argumentos que serán analizados una vez se estudie cada una de las citadas causales.

III. CONSIDERACIONES

¹¹ Folios 398 a 402 y 404 a 446, ib.

¹² Folios 447 a 471, ib.

¹³ Folios 490 a 527, ib.

¹⁴ Folios 532 y 533, ib.

¹⁵ Folios 324 a 332, ib.

¹⁶ Folios 631 y 632, ib.

Para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto, la Sala analizará: i) la competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; ii) Las causales invocadas y el recurso de anulación en el caso concreto; iii) los alcances del arbitramento y del recurso de anulación contra laudos y iv) condena en costas.

19. COMPETENCIA

Le corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer en única instancia de los recursos de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por las entidades públicas o por quienes desempeñen funciones administrativas o en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, tal como lo establece el numeral 7º del artículo 149 del CPACA, en concordancia con el inciso 3º del artículo 46¹⁷ de la Ley 1563 de 2012.

En este evento, se está en presencia de los Contratos de Concesión números 016 y 017 de 2003, para la prestación del servicio público de Transporte Terrestre Masivo Urbano de Pasajeros en el Sistema Transmilenio, suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A. y la Sociedad S.A. y SI 02 S.A., respectivamente, los cuales aparecen relacionados en los hechos de la demanda arbitral.

Como la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. - parte convocada - es una sociedad por acciones constituida entre entidades públicas del orden distrital bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial, con participación exclusiva de entidades públicas¹⁸, la Sección Tercera de esta Corporación, es competente para conocer de este asunto.

20. Causales de anulaciones invocadas

20.1. Como primera causal de anulación se planteó la de “Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”, prevista en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

20.1.1. Argumentos del recurrente relacionados con la referida causal

El recurrente inicia su argumentación transcribiendo apartes de la Sentencia del 8 de agosto de 2012, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en donde analiza entre otros temas la “Noción de fallo en conciencia”, “Requisito para que se configure el fallo en conciencia”, para entrar luego a estudiar el caso concreto, diciendo que, “Si analizamos tanto la parte motiva como la resolutive del laudo de fecha 21 de diciembre de 2017, se configura la causal 7 del artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, por las razones concretas que a continuación pasamos a exponer (...) a) y b) El laudo declaró las prosperidad de las pretensiones Tercera, Cuarta, Quinta y Novena. Aunque ni las cláusulas de los contratos No. 016 ni No. 017 de 2003 establecían la responsabilidad atribuida a Transmilenio S.A., la decisión se soportó en obligaciones inminentemente administrativas. Es decir, el laudo no efectuó razonamiento de orden jurídico basados en el contrato, sino que implicó el forzoso ejercicio de acudir a mandatos generales dictados por el legislador para el cumplimiento de funciones administrativas y no contractuales; por lo tanto, esta decisión está fundada en la conciencia del deber ser de dos de los árbitros del panel arbitral. Remitiéndonos al texto del laudo objeto de recurso, los árbitros iniciaron por determinar que el objeto principal de la controversia está relacionado con la responsabilidad contractual de Transmilenio frente a los concesionarios Transmasivo y Somos K, por la falta de gestión y ejercicio de su titularidad, que en su criterio se vio reflejada en la entrega tardía de la infraestructura del sistema, uno de sus componentes, y referida particularmente al corredor vial que une a Bogotá con el municipio de Soacha. Para hacer entonces este examen de responsabilidad, en la parte considerativa del Laudo se acudió a la diferenciación de las obligaciones contractuales que, según el Tribunal Arbitral, tenían origen en los contratos celebrados, de aquellas que refirieron que tenían origen en las normas aplicables. En tal sentido, acudieron a la regla que establece el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según la cual en todo contrato se entienden incorporadas las normas vigentes en el momento de su celebración. De acuerdo con tal premisa concluyeron expresamente que las obligaciones contractuales no emanan exclusivamente del pacto manifiesto de las partes, sino que también tienen origen y se integran

¹⁷ **“Artículo 46. Competencia.** Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente
(...)”

Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.

¹⁸ Folios 44 a 46, ib.

como parte del contrato las que surgen de la ley y en el buen hacer administrativo. En el ejercicio de sustentación de esta conclusión, el Tribunal se ocupó de la evaluación de las disposiciones legales y contractuales que, a su juicio, estimaba aplicables, para concluir que Transmilenio tiene la condición de ente Gestor y Titular del sistema Transmilenio, y las importantes responsabilidades y obligaciones que tiene a su cargo, las cuales llevaron a establecer a dos de los Árbitros del panel que fueron la condición precedente y necesaria de las cuantiosas inversiones que realizaron la Nación y el Distrito, señalando que:

“En ese mismo sentido, se esperaba de Transmilenio un actuar diligente y comprometido en relación con la gestión del sistema, de los actos administrativos necesarios para la implantación del sistema relacionado con la infraestructura necesaria para la operación del sistema en Bogotá y su área de influencia, incluido el municipio de Soacha, en los términos ofrecidos en los Adendos No. 2 y 4 de la Licitación Pública” (...) Se debe partir del hecho de que las pretensiones se enmarcaban en el clausulado contractual de contratos de concesión para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el sistema Transmilenio. En esta medida, es claro que el primer parámetro para establecer el alcance de cualquier responsabilidad es el tenor del contrato, en tanto que contiene la ley a la que las partes por autonomía de voluntad decidieron sujetar su relación convencional. Desde luego, es claro que también son parte de su clausulado las normas vigentes en el momento de su celebración: estas son aquellas que regulan el objeto contractual, es decir, para el caso concreto, las referencias a la actividad concesionada según los parámetros del contrato, sin que sea dado confundirlas con las normas que regulan la actividad de naturaleza administrativa de la entidad, pues es tanto como que la relación de la entidad como contratante con el contratista fuera equiparable con la administración pública creada para garantizar cometidos de orden general en el marco de políticas públicas (...) En el caso concreto, salta a la vista que el Tribunal no encontró de manera clara y evidente la responsabilidad que declaró en el texto mismo del contrato. Por el contrario, apegado simplemente a uno de sus considerandos preliminares, aterrizó las competencias administrativas de Transmilenio para integrarlo en el alcance de las estipulaciones contractuales propiamente dichas, es decir, en un deber ser que se traduce en lo que en conciencia de los árbitros hubiese sido el alcance o ideal de lo pactado por las partes, pero que en realidad no es más que un mandato general de carácter administrativo y no contractual. Esto es tan evidente que la declaratoria de dicha responsabilidad no obedeció a razonamiento de orden estrictamente jurídico, que el Panel no tuvo otra opción que valerse incluso de invocar documentos Conpes que, como es sabido, no son normas legales, sino documentos que trazan políticas públicas. (...) En este punto, cabe resaltar, que para que un fallo pueda ser considerado en derecho debe acudir a las fuentes del mismo, que para el caso colombiano no son otros que las normas jurídicas aplicables, en sus diferentes jerarquías y la jurisprudencia. Por tanto, para poder señalar que una entidad pública es responsable contractualmente, un fallo en derecho debe basarse en las normas que se encuentran dentro de las fuentes normativas relevantes y, por supuesto, las cláusulas contractuales. Consecuentemente, acudir a normas que no hacen parte del mundo contractual en estudio, a documentos que ni siquiera son fuentes jurídicas y a normas que son propias del buen hacer administrativo, pero que nada tienen que ver con la responsabilidad contractual de una entidad, hace que un Laudo no sea en derecho sino un fallo basado en la conciencia o en el (sic) concepción de equidad de los falladores (...)” Consideró el recurrente que “prueba contundente de la configuración de este primer requisito de la causal 7, es lo señalado por la Presidente del Tribunal en su salvamento de voto”, y procede a continuación a transcribir parte de aquel.¹⁹

Continúa su argumentación aseverando que, “La aplicación del contrato hace parte de la noción de fallo en derecho. En el presente caso, la declaratoria de responsabilidad de Transmilenio no se estructuró en las cláusulas contractuales, sino las normas legales que regulan el ejercicio de Transmilenio como entidad pública en su función administrativa. (...) Nuestra afirmación se sustenta en el hecho de que si se hace una revisión de la valoración probatoria de la parte motiva del fallo, se establece que si se hubiera aplicado el contrato en su criterio integral, es decir, a luz del pliego de condiciones, la oferta y los documentos que conforman el expediente de la licitación pública, la conclusión del panel arbitral hubiese sido idéntica a la expuesta en el salvamento de voto”. Seguidamente la parte convocada, consideró que “Para la demostración de la configuración de esta causal, resulta absolutamente relevante lo expuesto en el salvamento de voto (...) pues recoge de manera precisa las falencias probatorias del Laudo Arbitral y, por ende, la conciencia con la que se decidió la prosperidad de las pretensiones de la demanda integrada” y procedió a efectuar el análisis de lo consignado en el salvamento de voto, para concluir que le asiste razón a lo allí plasmado, cuando se afirmó que en el caso concreto sin razón ni fundamento no fueron precisamente las cláusulas contractuales las que se incorporaron con las normas generales en el marco de la debida prestación de un servicio, sino que al revés, fueron las competencias legales las aplicadas, de manera tal que dedujeron, de su contenido de vocación institucional, una responsabilidad contractual. Continua insistiendo el recurrente en lo exteriorizado en el salvamento

¹⁹ Ver folios 509 a 511. Cuaderno Consejo de Estado.

de voto, cuando se señaló que: “Alude también el Laudo, sin que eso haya sido discutido en el proceso, a la buena fe como elemento integrador del contenido de los contratos para concluir que también por ese aspecto se deben entender incorporadas a los contratos celebrados con los convocantes, las normas que regulan la actividad y la empresa TRANSMILENIO S.A., para lo cual se invocan en el laudo los artículos 83 de la C.P., 23 y 28 de la ley 80 de 1993 y el artículo 1603 del Código Civil”; para terminar diciendo que “salta a la vista con este elemento que la valoración probatoria no correspondió a su estudio en conjunto y de acuerdo con la lógica que imponen las reglas de la sana crítica. La declaratoria de responsabilidad en el marco de un contrato, pero no derivada de sus propias disposiciones contractuales, es el reflejo de un valor probatorio en conciencia y no en derecho. Más aún si se tiene en cuenta, tal como lo expresa la Presidenta del Tribunal, que se aludió a la buena fe como elemento integrador del contenido de los contratos, sin que haya sido un aspecto objeto de la discusión en el marco de la competencia de los árbitros (...) Otra falencia probatoria relevante son las pruebas que sirvieron de fundamento para declarar el incumplimiento contractual de Transmilenio en el marco de los contratos No. 016 y No. 017 de 2003. Si se hace una lectura del sustento de dicha declaración, se tiene que como fundamento de carácter principal se utilizaron los hallazgos administrativos de la Contraloría General contenidos en su “INFORME DE RESULTADOS DE ACTUACIÓN ESPECIAL DE FISCALIZACIÓN CONTROL CONCURRENTE AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA PROYECTO TRANSMILENIO EXTENSIÓN SOACHA”. Es una valoración en conciencia acudir a esta prueba documental para derivar una responsabilidad contractual. Es claro que la función legal otorgada a las contralorías es la guarda de los recursos públicos a través de diferentes herramientas funcionales, entre ellas, el juicio fiscal (...) Siendo esto así, no puede derivarse una responsabilidad contractual de observaciones hechas desde la perspectiva de la responsabilidad fiscal, pues de la valoración expuesta en el Laudo puede afirmarse que incluso este documento fue integrado a las obligaciones del contrato (...) Tampoco puede dejarse de lado que en la parte motiva del Laudo se hace referencia a la prueba testimonial de manera parcial. Nótese que utilizaron las declaraciones de unos testigos, sin hacer valoración alguna de los otros, especialmente los solicitados por la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio, como fueron Ernesto Cadena, Luis Fernando Zuluaga, Carlos Alfonso Garzón, Amparo Alvis o Rigoberto Lugo, ratificando así la valoración probatoria en conciencia en los términos descritos por la jurisprudencia. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal no hizo una debida valoración de las pruebas obrantes en el proceso (documentos precontractuales, dictamen pericial y testimonios) en el momento de conceder las pretensiones declarativas y de condena de la demanda. De haberlo hecho así, se hubieran negado las mismas y declarado probadas las excepciones propuestas por Transmilenio”.

20.1.2. Posición de las partes convocantes

Frente a la causal alegada afirmaron que “...el recurrente funda su recurso extraordinario, omitiendo el alcance restringido de dicho recurso y por el contrario, aspirando a una revisión del fondo de la controversia lo cual está legal y expresamente prohibido – artículo 42 de la ley 1563 de 2012 – ya que no está llamado a ser un recurso de apelación – como aquí se pretende”. El recurrente invocó la Causal Séptima de Anulación (fallo en conciencia o equidad) a pesar de resultar infundada para pretender una nueva revisión de lo decidido, afirmando sin ser cierto, que el Tribunal Arbitral se despojó del derecho para presentar la fundamentación del Laudo Arbitral. El recurrente invocó la Causal Novena de Anulación de forma contradictoria y tergiversando las decisiones y consideraciones del Tribunal, con el fin de oponerse al reconocimiento de la ineficacia de disposiciones contractuales, el cual procede innegablemente de oficio conforme a la regulación vigente. El recurrente asignó amplísimos efectos a que el Laudo Arbitral se haya adoptado por mayoría y no por unanimidad, ya se presenta el salvamento de voto como sustento de la anulación pretendida. La discrepancia del disidente no constituye la procedencia del recurso, sino el ejercicio de un derecho lícito de quien se apartó de la decisión (...) Como está plenamente reconocido, la ley, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido sin lugar a duda que recurso de anulación, es extraordinario, de aplicación restrictiva, para conocer yerros específicos de forma de los laudos arbitrales (...) Es así como el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 establece que el recurso extraordinario de anulación no conlleva revisión del fondo del litigio, como aquí se pretende (...) A su turno, la jurisprudencia ha establecido que la naturaleza del recurso de anulación no conlleva revivir el litigio arbitral legalmente concluido, sino el análisis restringido antes anotado (...) La causal alegada fue la siguiente. “Artículo 41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación: 7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” (...) La jurisprudencia de la Sección tercera ha sostenido que la causal procede por ausencia total de razonamientos y motivaciones de orden jurídico y probatorio, o falla con base en la equidad sin que lo autorice la ley (...)”, procediendo a transcribir distintos pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre la materia, para concluir diciendo que, “(...) Desde ya conviene advertir que al igual que los demás cargos, en el fondo buscan una revisión del litigio, inadmisibles para el recurso extraordinario de anulación, y en especial, de la causal séptima, puesto que sus especialísimos requisitos no concurren en el caso

concreto. Para mayor ilustración del Consejero Ponente y de la Sala, ponemos a su consideración un insumo en que nos pusimos en el esfuerzo de identificar los fundamentos jurídicos sustanciales y procesales tenidos en cuenta por el Tribunal en la decisión de cada una de las pretensiones de la demanda arbitral. Con ello resulta evidente que el Tribunal no se apartó del derecho aplicable para realizar las valoraciones y consideraciones asociadas a cada una de las pretensiones (...)” y a renglón seguido citó todas las referencias normativas²⁰ utilizadas por el Tribunal al proferir el Laudo Arbitral, para decir que “Con lo expuesto se comprueba que el Tribunal Arbitral cumplió con su cometido de fallar en derecho. Distinto resulta si el Laudo Arbitral y las decisiones allí contenidas resultan del agrado o no de quien ahora recurre, o de la selección e interpretación de normas y cláusulas contractuales que él hubiera estimado procedentes (...) El recurrente alegó que el Laudo Arbitral habría declarado prósperas las pretensiones Tercera, Cuarta, Quinta y Novena sin que el Contrato le atribuyera la responsabilidad a TRANSMILENIO y se habría soportado en obligaciones eminentemente administrativas y a su juicio, omitiendo los contratos de concesión. Alegó también que la aplicación del contrato hace parte de la noción del fallo en derecho y TRANSMILENIO habría sido responsable por “las normas legales que regulan el ejercicio de Transmilenio como entidad pública en su función administrativa. Habría desinterés en la prueba por cuanto suplantó el análisis del contrato por “la simple conciencia de los árbitros”. (...) La recurrente en el recurso –porque no lo planteó así en su contestación- y en su oportunidad el salvamento de voto, distinguieron entre dos tipos de obligaciones unas contractuales singularmente determinadas – por sí y ante sí – y otras que son de naturaleza legal, reglamentaria y contractual que son de contenido general, abstracto y “misional”. En opinión de éstos, el incumplimiento de las primeras daría lugar a responsabilidad, mientras que el de las segundas está justificado y no da lugar a indemnización, aun cuando la actividad de TRANSMILENIO es remunerada de múltiples formas (porcentaje de ingresos, porcentaje de ingresos cedidos por los concesionarios, ingresos por publicidad, etc.). No ocurre de esa forma. Aun cuando se trata de un asunto sustancial, lo que en su oportunidad se planteó y así lo reconoció el Tribunal, es que TRANSMILENIO dio apertura a la Licitación Pública No. 007 de 2002, así como muchas otras, no con el propósito de cumplir fines etéreos y utópicos, sino que la Nación en su momento ofreció cofinanciar la infraestructura del Sistema subordinada a la existencia de un gestor que articulara de forma diligente los diferentes actores del Sistema. Los Concesionarios, en particular TRANSMASIVO Y SOMOS K no contrataron precisamente con TRANSMILENIO por azar, sino porque esta entidad estaba legal, reglamentaria y después también contractualmente llamada a concentrar los esfuerzos necesarios que fueran correlativos de las cuantiosas inversiones a realizar por los Concesionarios – como en efecto lo hicieron – Sin embargo, la actitud de TRANSMILENIO fue negligente con TRANSMASIVO y SOMOS K de forma que tal la infraestructura – aun parcial – para la entrada en operación del Corredor Vial Bogotá – Soacha se tomó más de ocho (8) años. El Tribunal abordó el asunto en el acápite V. de las consideraciones relacionado con el “ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE TRANSMILENIO DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES DE PLANEACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL DEL SISTEMA TRANSMILENIO”. Sobre el particular, el Tribunal explicó que: “las obligaciones legales a cargo de Transmilenio como ente gestor se entienden incorporadas a los Contratos de Concesión. Al respecto, el Tribunal considera que no puede ser de otra forma ya que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 establece que “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, con las excepciones señaladas en la misma norma, lo cual quiere decir que las reglas aplicables a una relación contractual no solo son las expresamente pactadas en el correspondiente negocio jurídico, sino también las que resultan de las disposiciones legales pertinentes aplicables al mismo”. Llama la atención que el recurrente censura la invocación de normas anteriores a la existencia formal de TRANSMILENIO y que le resultaba “forzada” la aplicación del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, aun cuando se trataba de normas vigentes al momento de celebración de los Contratos, sin que pueda decirse constituye un razonamiento ilegal o en sustitución del derecho aplicable por un fallo en conciencia o en equidad (...) De forma particular, el Tribunal reseñó los dos incumplimientos principales de TRANSMILENIO, el primero relacionado con no modificar el Cronograma Tentativo de la Implantación previsto “en la cláusula 105 (sic) de los contratos, en los anexos, así como en las comunicaciones remitidas a los concesionarios según las cuales, el corredor Bogotá Soacha entraría en operación en mayo de 2005” y el segundo relacionado con la “actuación pasiva y negligente al punto que la operación del corredor no inició en mayo de 2005, sino hasta diciembre de 2013, más de ocho años después, sin que a la fecha pueda contarse con toda la infraestructura planeada”. Lo antes citado comprueba que el Tribunal identificó las obligaciones contractuales, bien por su incorporación expresa en el texto contractual y cuando se trataba de obligaciones legales que incidieron en los contratos de concesión junto con sus efectos, las cuales encontró igualmente incumplidas, sin que pueda decirse que el Tribunal se sustrajo de la aplicación del contrato ni sus obligaciones para preferir obligaciones que no correspondieran a ninguna de las fuentes de las obligaciones (...) El recurrente censura la aplicación de documentos CONPES e informes de la Contraloría General de la República a partir de la cual se derivó la responsabilidad contractual de TRANSMILENIO (...) Igual ocurrió con la valoración de algunas

pruebas testimoniales y las periciales. El recurrente echa de menos la valoración de la prueba testimonial de los señores (...) aunque sin fundar en qué han debido tenerse en cuenta, advirtiendo también que ello no hace parte de la naturaleza del recurso que aquí se debate (...) Con todo y lo anterior, los cargos no dejan de ser una discrepancia interpretativa de una de las partes, frente a una interpretación normativa o probatoria, que no es susceptible de tramitarse por la vía de la Causal Séptima de anulación. Todo conduce a que los cargos deben desestimarse.

20.1.3. Concepto del Ministerio Público

El Procurador 135 Judicial II para Asuntos Administrativos, rindió concepto²¹ el 21 de marzo de 2017 y al analizar las causales de anulación planteadas por el recurrente, consideró que “Sobre la posibilidad de HABERSE FALLADO EN CONCIENCIA O EQUIDAD DEBIENDO SER EN DERECHO, prevista en el numeral 7, del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, tenemos que el Consejo de Estado ha precisado la noción de laudo en conciencia como aquel que no se basa en el derecho positivo vigente, que debe ser manifiesto, que no requiera debate y precisó los criterios para considerar que un laudo no fue en derecho sino en conciencia” y procedió a transcribir segmentos de una sentencia proferida por la Sección Tercera de esta Corporación, para terminar diciendo que, “(...) De conformidad con los precedentes antes transcritos advierte el Ministerio público que en este caso no se configura la causal de anulación alegada por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO S.A. – En efecto, de la lectura del laudo no surge prima facie, de manera clara, indubitable y manifiesta que se hubiera decidido en conciencia, pues en el mismo se observa un detallado y extenso estudio jurídico y probatorio, que dista mucho de ser el producto de una libre apreciación o convicción íntima de los árbitros lejana al ordenamiento jurídico.

Tampoco se dan los presupuestos a (sic) criterios que materializan que el laudo es en conciencia o equidad, pues no está fundamentado en normas inexistentes, no es un fallo en equidad, hay interpretación de las normas y contiene una valoración probatoria por parte de los árbitros, sin que se pueda tildar la misma de caprichosa o arbitraria, así se considere que no es la correcta o adecuada. De ese análisis consignado en el laudo se infiere una decisión en derecho, aunado a que la decisión en la parte resolutive encuentra respaldo y motivación en aquel (...).”

20.2. Como segunda causal de anulación parcial planteó textualmente la siguiente: “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”, prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

20.2.1. Argumentos del recurrente relacionados con la referida causal

Comienza el cargo transcribiendo fragmentos de la sentencia del 9 de octubre de 2014 emanada de la Sección Tercera de esta Corporación, cuando dijo que “(...) La Sala reitera que esta causal se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento, vale decir, mínima o citra petita en relación con las pretensiones y excepciones formuladas a la luz de lo dispuesto por los artículos 304, 305 y 306 del C. de P. Civil, en consonancia con los artículos 87 y 164 del C.C.A (...).” Refiriéndose al “caso en concreto” manifestó que “para abordar este punto, se hace necesario mencionar que de manera inicial el Tribunal concluyó que en aplicación estricta de la jurisprudencia, el adendo No. 2 del pliego de condiciones estaría viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito, al encuadrarse en causal desde el momento de la celebración del negocio jurídico, al encontrar que los tiempos de ejecución acordados no podrían cumplirse. En efecto, y a su juicio, se trataría de una violación de los mandatos contenidos en los artículos 25-12 y 30-1 de la Ley 80 de 1993, lo cual conduciría a la nulidad absoluta del adendo No. 2 y de la parte del contrato de concesión que se refiere a la extensión de la operación en la troncal NQS hasta el municipio de Soacha. Sin embargo, en reflexión posterior y dado que operó el fenómeno de la prescripción ordinaria de la Ley 791 de 2002 y, por ende, el saneamiento de la nulidad, el Tribunal giró su posición al considerar que no podría decretar la nulidad de oficio (...) Si nos remitimos al presente asunto, debe partirse del hecho de que las sociedades convocantes expusieron las pretensiones en los siguientes términos: (...)”²² para terminar diciendo que, “Una revisión de la parte motiva y resolutive del laudo de fecha 21 de diciembre de 2016 deja entrever la falta de congruencia entre las pretensiones de la demanda, que son el límite de la competencia del Tribunal Arbitral, y lo expuesto y decidido en el Laudo. Nótese que después de una larga argumentación que partió de la base de la posibilidad de decretar la nulidad de oficio de las cláusulas 108 y 109 de los contratos de concesión No. 016 y No. 017 de 2003, el Panel giró su posición a considerar que había operado su saneamiento por efectos de la prescripción extintiva. En otras palabras, negó entonces las pretensiones décima tercera y décima cuarta de la demanda – literal g) del numeral Cuarto de la parte resolutive del Laudo-. Pero no

²¹ Folios 534 a 567, ib.

²² Procede a transcribir las pretensiones décimo tercera a la décimo sexta de la demanda.

obstante lo anterior, se observa con asombro que de manera posterior y contradictoria señaló que “para resolver las demás pretensiones formuladas el Tribunal tendrá por no escritas las estipulaciones contractuales mencionadas” con base en lo previsto en el literal f) del artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993”. – Negrillas fuera de texto – El recurrente reafirma su posición diciendo que “Es tan de bulto la contradicción, que incluso éste fue un punto particular del salvamento de voto y procedió a transcribir el aparte del salvamento en donde se hace referencia al tema.²³ El recurrente finalizó diciendo que, “(...) Las declaraciones contradictorias del laudo en el sentido de declarar la validez de cláusulas que a renglón seguido considera ineficaces de pleno derecho, recaen nada más y nada menos que en la distribución de riesgos del contrato. Al declarar ineficaz la asignación de riesgos asumida por el contratista, puntualmente en lo relativo al riesgo de implantación del sistema, es apenas obvio que no sólo está invirtiendo la asignación de riesgos a motu proprio, sino que además desnaturaliza el resto del clausulado contractual. Y es que debe partirse de la base de que la asignación de riesgos para cada una de las partes obedeció a aspectos identificados en los estudios previos y demás documentos contractuales que definieron que esa era la forma viable de ejecutar el contrato. Modificarlo, como ocurre en la declaración del Tribunal en el numeral cuarto del laudo, desconoce que el particular que asume los riesgos en el Contrato de Concesión lo hace en condiciones de normalidad o previsibilidad y que, en principio, tales riesgos corresponden a aquellos inherentes al negocio mismo del cual es conecedor, pero sobre todo que en el marco de su autonomía, el concesionario puede válidamente asumir riesgos adicionales a los considerados ordinarios o normales, tal y como lo hicieron los convocantes frente al riesgo de implantación del Sistema, el cual estaba claramente delimitado e identificado y, por lo demás, era absolutamente previsible (...) En este orden de ideas, se configura la causal 9 de anulación. De acuerdo con las pretensiones y lo resuelto por el Tribunal, es claro que concedieron más de lo pedido, pues sin razón ni fundamento obviaron en desmedro del patrimonio público (...)”

20.2.2. Posición de las partes convocantes

Frente a la segunda causal de anulación propuesta, esto es, manifestaron las partes convocantes que, “Tal como fue textualmente promovida, lo que censura el recurrente en juicio es que en su opinión, no se habrían decidido cuestiones sujetas al arbitraje (...) La causal está asociada a la congruencia entre lo pedido y lo ordenando en los términos previstos en la legislación procesal aplicable”; y al efecto, transcriben apartes de jurisprudencia de la Sección Tercera, según la cual “ha delimitado el restrictivo alcance de esta causal”. De acuerdo con lo anterior, expresaron que, “El cargo en realidad es confuso por cuanto en el título se refiere a “NO HABERSE DECIDIDO SOBRE CUESTIONES SUJETAS AL ARBITRAMENTO” y después afirmó que “concedieron más de lo pedido” (...) También consideró después que lo anterior conlleva – a diferencia de lo planteado en el título-, que “concedieron más de lo pedido” por cuanto lo decidido altera los contratos de concesión al “modificar” la estructura de los riesgos, y: “Que los convocantes asumieron de manera libre y voluntaria el riesgo de implantación del Sistema. Que tal estipulación no es ineficaz de pleno derecho pues, como se sostiene en el propio salvamento de voto, ni (sic) constituyó un “ofrecimiento de extensión ilimitada” ni “dependía la voluntad exclusiva de la entidad” y, por lo tanto, no podía ser excluida del análisis de fondo que debía abordarse para la resolución de las restantes pretensiones de la demanda. Que se prueba que la incongruencia de la decisión que ratifica, a su vez, la configuración de la causal 9, está en el hecho de que si se entendiera que Transmilenio se hubiera obligado a poner en funcionamiento la troncal Bogotá – Soacha, se tendrían que haber denegado las pretensiones planteadas por los convocantes bajo tales supuestos”.

Dijeron las convocantes que el recurrente, “Fundó su posición con base en el salvamento de votó, que discrepó frente al Laudo Arbitral en porque el “cronograma de vinculación gradual solo podía ser tentativo” y no había lugar a la declaratoria de ineficacia por cuanto la implantación no dependía exclusivamente de TRANSMILENIO (...) De entrada resulta manifiesto que la causal, aun siendo de confusa selección, estructuración y presentación, pretende en realidad generar una contradicción inexistente entre las decisiones el (sic) Tribunal, y particularmente, debatir el reconocimiento de unas ineficacias. Debe tenerse en cuenta que el asunto planteado no fue objeto de las solicitudes de aclaración y complementación promovidas por TRANSMILENIO, y que las que sí fueron planteadas fueron negadas por el Tribunal en el Acta No. 35. El recurrente omite que el Tribunal se ocupó con lujo de detalles en presentar las principales consideraciones relacionadas con su competencia para pronunciarse sobre la nulidad pretendida, que encontró saneada por prescripción extintiva, y después de anunciar que negaría dichas pretensiones, se pronunció oficiosamente y facultado expresamente por la ley para reconocer la ineficacia de las disposiciones anunciadas. En el Laudo Arbitral, el Tribunal decidió el asunto en las consideraciones expuestas en las páginas 203 a 235 del Laudo Arbitral en las cuales abordó los fundamentos que lo llevaron a reconocer la ineficacia en ejercicio de las facultades oficiosas que para este asunto preciso le confiere la ley (...) Particularmente, en los dos últimos acápites antes mencionados, el Tribunal definió su posición

sobre por qué no accedía a las pretensiones relativas a la nulidad absoluta de las cláusulas debatidas (por saneamiento por prescripción extraordinaria) y el reconocimiento de la ineficacia de dichas cláusulas en los apartes respectivos, que como se sabe, no requiere declaración judicial (...) En la providencia que decidió las solicitudes de aclaración y complementación el Tribunal fue enfático en las razones legales por las cuales podía reconocer oficiosamente la ineficacia al exponer: (...) ²⁴ En conclusión, no hay afectación alguna de la congruencia entre lo pedido y lo decidido por el Tribunal, y menos en los términos pretendidos por el recurrente, que son inexactos y además pretende nuevamente una revisión de las razones de fondo por las cuales el Tribunal arribó al reconocimiento de la ineficacia, puesto que lo que en realidad echa de menos el recurrente es que no le hubieran dado la razón en los términos que quiso y con los que ahora pretende tramitar de forma improcedente un recurso ordinario. También habrá de desestimarse esta causal (...)."

20.2.3. Concepto del ministerio público.

En lo que hace relación con la segunda causal de anulación planteada, esto es, "HABER RECAIDO EL LAUDO SOBRE ASPECTOS NO SUJETOS A LA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS, HABER CONCEDIDO MÁS DE LO PEDIDO O NO HABER DECIDIDO SOBRE CUESTIONES SUJETAS AL ARBITRAMIENTO", el Ministerio Público transcribió apartes de una providencia del Consejo de Estado, sobre lo que la Corporación ha dicho respecto de esta causal, y agregó que el "recurrente expone que no hay congruencia entre las pretensiones de la demanda y lo decidido, ya que se negaron las pretensiones décima tercera y décima cuarta de la demanda, según se indica en el literal g) del numeral Cuarto de la parte resolutive del Laudo, pero posteriormente señala que "para resolver las demás pretensiones formuladas el Tribunal tendrá por no escritas las estipulaciones contractuales mencionadas" con base en lo previsto en el literal f) del artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993".

Para analizar el tema, el agente del Ministerio Público hace una comparación entre lo solicitado y lo resuelto por el Tribunal y procedió a transcribir las pretensiones Decimotercera y Decimocuarta de la demanda y lo decidido en el numeral 4 literal g) de la parte resolutive del Laudo Arbitral y la argumentación que hizo el Tribunal en las páginas 210 a 232 del Laudo,²⁵ para concluir diciendo que, "(...) Como bien lo afirma el recurrente, el Tribunal afirmó en sus consideraciones y lo dejó (sic) plasmado en la parte resolutive del laudo, numeral CUARTO, literal G), por efectos de la prescripción extraordinaria se saneo (sic) la posible nulidad absoluta de los contratos suscritos y de todo su clausulado, incluidas las cláusulas (sic) 108 y 109, cuya nulidad pretendían las demandantes con el laudo y, con base en lo anterior, el Tribunal negó las pretensiones décimo tercera y décimo cuarta de la demanda reformada. Sin embargo, a continuación hizo un discernimiento que no le había sido solicitado por las partes, cual (sic) era el de decidir sobre la validez de la asunción de los riesgos por parte de los contratistas, concluyendo que los mismos son ineficaces de pleno derecho de conformidad con lo dispuestos (sic) en el literal e, numeral 5, artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Estas cláusulas (sic) 108 y 109 del contrato de concesión, como bien lo sostuvo el Tribunal no podían ser declaradas nulas, como lo solicitaron los demandantes, por efectos de la prescripción extraordinaria que saneo (sic) la nulidad del contrato y de todo su clausulado, por ende, se estima que tampoco podría ser analizada su validez por el Tribunal, no solo porque no fue solicitado por las partes, sino porque su nulidad fue saneada por efectos del transcurso del tiempo y ninguno de los posibles afectados la alegó. Al entrar el Tribunal a juzgar y decidir que "no es cierto que los Concesionarios: (i) hayan asumido todos los riesgos que no estuvieran expresamente atribuidos a Transmilenio; (ii) hayan asumido todos los riesgos que no estén explícitamente excluidos de su órbita de responsabilidad, y (iii) haya asumido el riesgo de implantación del Sistema, el cual, en consecuencia, le corresponde a Transmilenio S.A...", se podría considerar que está modificando el a posteriori el clausulado del contrato, sin que medie la voluntad de las partes, máxime si tenemos que dichas estipulaciones seguramente fueron previstas en su oportunidad, dada las circunstancias del negocio que se quería finiquitar, de las dificultades del mismo, de las que debían estar plenamente consientes (sic) y conocedoras las partes así como los riesgos que asumían cada uno de ellos de forma voluntaria y autónoma, eran previsibles frente al riesgo de la implementación del sistema".

Afirmó, que de esta manera se aprecia una evidente incongruencia entre lo solicitado en la demanda arbitral y lo resuelto en el laudo, tal como lo expuso uno de los árbitros en el salvamento de voto, para terminar diciendo que, "el Tribunal concedió más de lo pedido por las partes pues como lo dice el recurrente, los convocantes asumieron de manera libre y voluntaria el riesgo de implantación del Sistema, y el salvamento de voto cuando afirmó que estas no constituían un "ofrecimiento de extensión ilimitada" ni "dependía de la voluntad exclusiva de la entidad" y, por tanto, no podían ser excluidas del análisis de fondo en el Laudo, el cual seguramente habría

²⁴ Ver folios 621 y 622. Cuaderno Consejo de Estado.

²⁵ Ver folios 562 a 564, ib.

podido haberse resuelto en forma diferente si estas cláusulas no hubiesen sido consideradas ineficaces (...).

21. El Recurso de anulación, su naturaleza y características

En reiterada jurisprudencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha precisado la naturaleza y alcance del recurso de anulación, aspectos sobre los cuales ha destacado lo siguiente:

a) El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.

b) La finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores in procedendo (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso.

c) Mediante el recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores in iudicando (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un error en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios.

d) De manera excepcional, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido.

e) Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado “principio dispositivo”, según el cual, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra²⁶; en consecuencia, no le es permitido interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario de anulación.²⁷

f) Dado el carácter restrictivo que caracteriza el recurso, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran previstas por la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley.

22. Consideraciones de la Sala frente a la primera causal de anulación planteada esto es, la de “Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”

El Consejo de Estado respecto a esta causal ha sostenido, en diversas oportunidades, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de tal forma que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por tal razón, los árbitros se encuentran sometidos no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rigen los derechos pretendidos.

Por su parte, cuando el juez falla en conciencia, se mueve en un campo más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, si actúa de esa manera tiene la facultad de decidir según su leal saber y entender. En consecuencia, solo cuando la sentencia deja de lado de manera protuberante y evidente, el marco jurídico sobre el cual tiene que moverse, podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Pero si el juez decide con fundamento o en apoyo del

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; en el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 4 de agosto de 1994, Exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, Exp. 6751.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871.

ordenamiento jurídico, el material probatorio allegado oportunamente al proceso y de conformidad a las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento será en derecho.

El Consejo de Estado en sentencia del 9 de agosto de 2001, refiriéndose al tema materia de estudio lo siguiente: “Por consiguiente, si en el laudo se hace referencia al derecho positivo vigente se entiende que el fallo es en derecho y no en conciencia, el cual se caracteriza, en su contenido de motivación por la ausencia de razonamientos jurídicos; el juzgador decide de acuerdo con su propia conciencia y de acuerdo, hay veces, con la equidad, de manera que bien puede identificarse el fallo en conciencia con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada”.²⁸

Así mismo ha dicho la Jurisprudencia de la Corporación que, el fallo es en derecho y no en conciencia, cuando las normas en que se fundamenta están vigentes. Fue así como en sentencia de 9 de agosto de 2001, dijo la Sala lo siguiente:

“Esas cuatro anotaciones jurídicas del laudo hacen visible que fue proferido en derecho positivo vigente. En efecto se cumplen los supuestos de esa modalidad de arbitraje. En primer lugar porque se citaron normas jurídicas y, en segundo lugar, porque ellas eran las vigentes para ese momento, tanto en los aspectos de caducidad de la acción contractual como en los de liquidación de los contratos estatales.

“Tales supuestos concurrentes descartan de plano que el laudo recurrido se hubiese proferido en conciencia. Esta circunstancia descarta la prosperidad del cargo pues la ley edifica la causal, en estudio, en que el laudo se haya proferido “en conciencia debiendo ser en derecho”²⁹.

La Jurisprudencia de la Sala en recientes pronunciamientos se ha referido al tema de las pruebas para decir que “el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria”.

Es así como la Subsección C, se refirió al tema tratado de la cual extractamos los siguientes apartes³⁰:

“1. Por averiguado se tiene que el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, tal como lo ha pregonado la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples providencias que ya son multitud,³¹ persigue fundamentalmente la protección de la garantía del debido proceso y por consiguiente es improcedente que por su intermedio se aborde nuevamente el estudio de la cuestión de fondo que ya fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento.

Por esta razón es que se afirma que al juez del recurso no le es permitido revivir el debate probatorio que se surtió en el trámite arbitral ni entrar a cuestionar los razonamientos jurídicos o la valoración de las probanzas que en su momento hicieron los árbitros para soportar la decisión.

De otro lado, el recurso de anulación por ser extraordinario sólo puede cimentarse en las causales que la ley ha previsto de manera taxativa y en consecuencia el ataque al laudo que se apoye en causal distinta debe ser rechazado por improcedente.

Todo lo anterior se resume, en conclusión, en que el recurso de anulación no constituye una segunda instancia, razón por la cual el laudo no puede ser atacado por errores en el juzgamiento sino por errores en el procedimiento y con fundamento en las causales taxativamente señaladas en la ley.

“(…)”

²⁸ Sentencia de 27 de abril de 1999; expediente No. 15623. Posición reiterada en sentencia de 18 de mayo de 2000. Rad: 17797, Sentencia de 8 de febrero de 2001. Rad: 18411.

²⁹ Sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 2001. Exp. 19273.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de febrero de 2011. Exp. 38.621.

³¹ Entre ellas las siguientes: Sentencia de mayo 15 de 1992 (Expediente 5326); Sentencia de noviembre 12 de 1993 (Expediente 7809); Sentencia de junio 16 de 1994 (Expediente 6751); Sentencia de octubre 24 de 1996 (Expediente 11632); Sentencia de mayo 18 de 2000 (Expediente 17797); Sentencia de agosto 23 de 2001 (Expediente 19090); Sentencia de junio 20 de 2002 (Expediente 19488); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 21217); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 22.012); Sentencia de agosto 1º de 2002 (Expediente 21041); Sentencia de noviembre 25 de 2004 (Expediente.25560); Sentencia de abril 28 de 2005 (Expediente 25811); Sentencia de junio 8 de 2006 (Expediente 32398); Sentencia de diciembre 4 de 2006 (Expediente 32871); Sentencia de marzo 26 de 2008 (Expediente 34071); Sentencia de mayo 21 de 2008 (Expediente 33643); y Sentencia de mayo 13 de 2009 (Expediente 34525).

De otro lado, debe advertirse desde ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, el arbitramento para la solución de las controversias contractuales debe ser siempre en derecho.

4.1. En el sistema jurídico colombiano la calificación “en conciencia” fue usada por la mayoría de las regulaciones sobre arbitramento³² para referirse a una de las modalidades del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión “en equidad.”³³

Hoy la ley³⁴ define al arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.

“(…)”

4.3. La Sección Tercera del Consejo de Estado ha estimado que el fallo en conciencia se configura cuando el juzgador se aparta del marco jurídico y decide con fundamento en la mera equidad, razón por la que la motivación no es esencial para la validez de su decisión.³⁵

También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracteriza por prescindir totalmente del acervo probatorio³⁶ o de las normas jurídicas,³⁷ por la ausencia de razonamientos jurídicos³⁸ o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.³⁹

En conclusión, podríamos decir que el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria.

El cambio de la expresión legal “en conciencia” por la de “en equidad” no implica una simple modificación de denominación pues en esa variación va envuelta la defensa de la garantía fundamental al debido proceso.

La garantía del debido proceso está compuesta por múltiples elementos entre los cuales nos interesa destacar para lo que aquí se discurre el deber que tiene el juez de motivar sus decisiones y el derecho de los asociados a que la solución de sus conflictos se fundamenten en la ley y en las pruebas oportunamente y regularmente allegadas al proceso.

Esta garantía cobija cualquier actuación jurisdiccional, sin que constituya una excepción la de los particulares que en determinados casos administran justicia como ocurre con los árbitros, pues estos pueden, si las partes los habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque “en los términos que determine la ley.”⁴⁰

“(…)”

Ahora, los jueces, y entre ellos los árbitros, están sometidos al imperio de la ley pero podrán recurrir a la equidad como criterio auxiliar de su actividad, o como criterio único, si en éste último caso, en tratándose de los árbitros, las partes los habilitan para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.⁴¹

Sin embargo, debe recordarse lo que atrás se expresó en el sentido que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, el arbitramento para la solución de controversias contractuales debe ser siempre en derecho, sin olvidar que se puede pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos.

Así que en conclusión, los fallos en equidad, sea que los profieran los jueces o sea que los emitan los árbitros en los casos que proceden, no quedan exentos de estar motivados ni de fundamentarse en las pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso.

³² Ley 105 de 1931, artículo 1216; Ley 2ª de 1938, artículo 6; Decreto 410 de 1971, artículo 2012; Decreto 2279 de 1989, artículo 1º; Ley 23 de 1991, artículo 96

³³ Constitución Política, artículo 116; Ley 270 de 1996, artículo 13; Ley 446 de 1998, artículo 111; Decreto 1818 de 1998, artículo 115; y Ley 1285 de 2009, artículo 3º.

³⁴ Ley 446 de 1998, artículo 111.

³⁵ Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320).

³⁶ Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468).

³⁷ Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543).

³⁸ Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543).

³⁹ Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411).

⁴⁰ Artículo 116 de la Constitución Política.

⁴¹ Numeral 1º del artículo 38 del C. P. C.

Luego, la gran conclusión es que los fallos en conciencia están proscritos en nuestro sistema jurídico y que se podrá acudir a la equidad como criterio único si la ley o las partes facultan al juzgador para ello.

Pero, ¿Qué es lo que caracteriza a un fallo en equidad?

A juicio de la Sala nada mejor que los dos postulados que atrás se mencionaron para determinar si se rotula con la equidad a una decisión.

En efecto, la providencia será en equidad cuando: a) El juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inicua o que conduce a una iniquidad; b) El juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

Pero, se repite, ninguna de estas hipótesis supone que el juzgador prescinda de la motivación o de las pruebas porque entonces ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de ésta naturaleza están proscritas de nuestro sistema jurídico tal como se deduce de los artículos 29, 116 y 230 superiores.

4.4. Corolario de todo lo que hasta aquí se ha expuesto en este aparte es que la causal de anulación (...) se configura cuando: a) El laudo es conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria; b) Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

Se configura la causal en el primer caso porque si se sanciona con anulación el laudo en equidad cuando ha debido ser en derecho, lo que significa que en ciertos casos está permitido, con mayor razón debe ser fulminado con la sanción aquel que está proscrito en todos los casos por apoyarse en la íntima convicción del juzgador, no dar motivación alguna y prescindir de toda consideración jurídica o probatoria.

Se estructura la causal en el segundo caso porque todo juzgador debe someterse al imperio de la ley y sólo podrá acudir a la equidad si la misma ley o las partes lo facultan para ello, de donde se concluye que si no está autorizado y falla buscando por fuera del ámbito legal la solución o inaplicando la ley por considerarla inicua o que conduce a una iniquidad, su decisión es ilegal”.

Entre los reproches formulados al laudo, se precisa por el recurrente que el laudo declaró la prosperidad de las pretensiones Tercera, Cuarta, Quinta y Novena, sin que las cláusulas de los contratos No. 016 ni No. 017 de 2003 establecieran la responsabilidad atribuida a Transmilenio S.A., y el fallo se fundamentó en obligaciones inminentemente administrativas. Es decir, afirmó el recurrente, que el laudo no efectuó razonamiento de orden jurídico basados en el contrato, sino que implicó el forzoso ejercicio de acudir a mandatos generales dictados por el legislador para el cumplimiento de funciones administrativas y no contractuales; por lo tanto, esta decisión está fundada en la conciencia del deber ser de dos de los árbitros del panel arbitral.

Continúa su argumentación aseverando que, en el presente caso, la declaratoria de responsabilidad de Transmilenio no se estructuró en las cláusulas contractuales, sino en normas legales que regulan el ejercicio de Transmilenio como entidad pública en su función administrativa. Porque si se hace una revisión de la valoración probatoria de la parte motiva del fallo, se concluye que si se hubiera aplicado el contrato en su criterio integral, es decir, a luz del pliego de condiciones, la oferta y los documentos que conforman el expediente de la licitación pública, la conclusión del panel arbitral hubiese sido idéntica a la expuesta en el salvamento de voto.

Obsérvese, como el recurso de anulación está fundamentado en las consideraciones expuestas en el salvamento de voto, y por eso manifestó de manera contundente que “Para la demostración de la configuración de esta causal, resulta absolutamente relevante lo expuesto en el salvamento de voto (...) pues recoge de manera precisa las falencias probatorias del Laudo Arbitral y, por ende, la conciencia con la que se decidió la prosperidad de las pretensiones de la demanda integrada”, para de allí deducir, que en el caso concreto “no fueron precisamente las cláusulas contractuales las que se incorporaron con las normas generales en el marco de la debida prestación de un servicio, sino que al revés, fueron las competencias legales las aplicadas, de manera tal que dedujeron, de su contenido de vocación institucional, una responsabilidad contractual”.

Insistió el recurrente, tomando apartes del salvamento de voto, que el laudo se refirió a aspectos que no fueron discutidos en el proceso, cuando habló de la buena fe como elemento integrador del contenido de los contratos, para decir que ese elemento, se debía entender incorporado a los contratos celebrados con los convocantes, por lo que salta a la vista que la valoración probatoria no correspondió a su estudio en conjunto y de acuerdo con la lógica que imponen las reglas de la

sana crítica y la declaratoria de responsabilidad en el marco de un contrato, pero no derivada de sus propias disposiciones contractuales, lo que es el reflejo de un valor probatorio en conciencia y no en derecho. Que otra falencia probatoria relevante, son las pruebas que sirvieron de fundamento para declarar el incumplimiento contractual de Transmilenio en el marco de los contratos No. 016 y No. 017 de 2003, porque para ello, tuvo como fundamento de carácter principal los hallazgos administrativos de la Contraloría General contenidos en su “INFORME DE RESULTADOS DE ACTUACIÓN ESPECIAL DE FISCALIZACIÓN CONTROL CONCURRENTE AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA PROYECTO TRANSMILENIO EXTENSIÓN SOACHA”, para concluir, que al acudir a esa valoración, es proferir un fallo en conciencia y no se podía derivar de allí una responsabilidad de carácter contractual. También manifestó, que no puede dejarse de lado, que en la parte motiva del Laudo, se hace referencia a la prueba testimonial de manera parcial, porque solo se mencionan las declaraciones de unos testigos, con omisión de otros, especialmente los solicitados por la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio, lo que ratifica de esta manera la valoración probatoria en conciencia, con lo que se demuestra que el Tribunal arbitral, no hizo una debida valoración de las pruebas obrantes en el proceso (documentos precontractuales, dictamen pericial y testimonios) en el momento de conceder las pretensiones declarativas y de condena de la demanda, que de haberlo hecho, se hubiesen negado aquellas y declarado probadas las excepciones propuestas por Transmilenio.

En el caso concreto, el recurrente considera que el laudo se profirió en conciencia y no en derecho, incurriéndose en la causal de anulación invocada. Este cargo no está llamado a prosperar, pues, como se advierte de la síntesis del recurso, los reproches no están fundados en que el juez arbitral haya dictado su pronunciamiento sin apoyo en razonamientos de carácter jurídico o probatorio, o que haya prescindido del marco legal aplicable a la litis, vale decir, que el pronunciamiento esté soportado en la íntima convicción o el fuero interno del fallador, o lo que es igual, en su personal criterio de justicia.

Lo anterior demuestra, que los reproches que plantea el recurrente al laudo arbitral, lo que buscan en realidad de verdad, es reabrir la discusión de fondo objeto de decisión arbitral, todo lo cual resulta exótico en sede de recurso de anulación. Basta simplemente leer los argumentos planteados por el recurrente, para concluir a todas luces que aquellos no tienen relación alguna con la causal invocada de haberse fallado el laudo en conciencia. Además, al efectuar una lectura desprevenida del laudo arbitral acusado, se concluye sin hesitación alguna que el mismo se profirió en derecho y no en conciencia. En efecto, observa la Sala que el Tribunal Arbitral en un juicioso análisis de las pretensiones de la demanda, los hechos en que se fundamentan las mismas y después de hacer un estudio ponderado y valorativo tanto del material probatorio allegado al expediente, como el marco jurídico vigente aplicable al caso que se analiza, adoptó su decisión luego de un análisis en derecho que implicó abordar entre otros los siguientes aspectos:

En el capítulo V de las consideraciones, relacionadas con lo que se denominó el “ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE TRANSMILENIO DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES DE PLANEACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL DEL SISTEMA TRANSMILENIO”, efectuado en las páginas 43 y siguientes del laudo arbitral, el Tribunal arbitral expuso las razones por las cuales consideró que obligaciones a cargo de Transmilenio como ente gestor se entendían incorporadas a los Contratos de Concesión, lo cual fundamentó en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, el cual dispone que “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, sin que pueda concluirse de allí, que la interpretación en cita conlleve a un fallo en conciencia o en equidad. Luego en la segunda parte, el Tribunal arbitral procedió a identificar las obligaciones contractuales de TRANSMILENIO, derivadas de los Contratos de Concesión No. 016 y 017 de 2003 y de las normas aplicables a los mismos, especificando, las obligaciones contractuales propiamente dichas de Transmilenio. En la Parte I hizo la descripción del Sistema y los Componentes del Sistema Transmilenio; en el Capítulo 1, analizó el objeto y naturaleza del Contrato de Concesión a la luz de las normas legales. Después entró a estudiar las obligaciones legales y reglamentarias que se entendían incorporadas a los referidos contratos, señalando en el numeral 2.1. “Las obligaciones de Transmilenio incorporadas a los contratos de concesión por ministerio de la ley y su incumplimiento”, describiendo o precisando dos incumplimientos principales de TRANSMILENIO: uno relacionado con la no modificación del Cronograma Tentativo de la Implantación previsto “en la cláusula 105 de los contratos, en los anexos, así como en las comunicaciones remitidas a los concesionarios según las cuales, el corredor Bogotá –Soacha entraría en operación en mayo de 2005” y el otro, referente con la “actuación pasiva y negligente al punto que la operación del corredor no inició en mayo de 2005, sino hasta diciembre de 2013, más de ocho años después, sin que a la fecha pueda contarse con toda la infraestructura planeada”.

De tal manera, que verificado el contenido del laudo arbitral acusado, salta a la vista, que fue proferido con base en el derecho positivo vigente, dado que cumple con los presupuestos de esa modalidad arbitral, por cuanto se encuentra estructurado en normas jurídicas y en las pruebas obrantes en el expediente, sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos de los árbitros, de la aplicación de la ley o de la interpretación que hizo o del mérito que le otorgó al acervo probatorio, pues ello no está previsto dentro de las causales de anulación de laudos arbitrales, en conformidad con lo explicado al comienzo de la parte considerativa de esta providencia. Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo son producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su resolución.

Es claro, que tanto en la legislación anterior, como en vigencia de la Ley 1563 de 2012, el juez del recurso de anulación no puede entrar a cuestionar, plantear o revivir el debate probatorio, ni establecer si hubo o no un yerro en la interpretación o valoración de las pruebas que hizo el juez arbitral, como tampoco el alcance que le imprimió el juzgador arbitral al contenido obligacional acordado por vía de su interpretación del negocio jurídico. Ante esa realidad procesal no puede el juez del recurso de anulación entrar a estudiar, si en la valoración de los documentos CONPES e informes de la Contraloría General de la República a partir de los cuales, como lo afirma el recurrente, derivó la responsabilidad contractual de TRANSMILENIO, fue ajustada o no a derecho o si la decisión que tomó se fundamentó en una interpretación que no estaba acorde con las normas sustantivas, porque reiteramos no puede el juez de la anulación, so pretexto de estudiar la causal o causales invocadas, proceder a decretar la nulidad del laudo procediendo a hacer una interpretación diferente a la realizada por los árbitros.

Así lo dispone perentoriamente el inciso final del artículo 42 de la Ley 1563, cuando dispuso:

“La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”. - Negritas son nuestras -

Para la Sala es evidente, una vez analizados los argumentos facticos – jurídicos que tuvo en cuenta el Tribunal de Arbitramento para proferir el Laudo, no es acertado decir que en este caso se configura la causal de anulación invocada por el censor; porque no existe argumento alguno para esgrimir que el Laudo en referencia se hubiese proferido en conciencia, esto es, con absoluto desconocimiento de las normas jurídicas y ausencia total de valoración del material probatorio que obra en el proceso; porque verificado el contenido del laudo arbitral acusado salta a la vista todo lo contrario, esto es, que fue proferido con base en el derecho positivo vigente, por cuanto se encuentra fundamentado en normas jurídicas y en las pruebas obrantes en el expediente, sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos de los árbitros en la aplicación de la ley y del mérito que le otorgó al acervo probatorio, pues dicha interpretación es del resorte exclusivo de los árbitros, como ya se indicó.

Mucho menos se puede afirmar que como en este caso existió un salvamento de voto por parte de uno de los árbitros que integraba el panel arbitral – en el que parte del recurso de anulación se sustenta en lo allí consignado - que ese disentimiento conlleve a que se estructure la causal de anulación aquí planteada. Es claro, que no siempre los pronunciamientos judiciales se adoptan por unanimidad, es decir, con el acuerdo de todos los integrantes de la Sala de decisión, en este caso, de los integrantes del panel arbitral, en que uno de ellos se apartó de la decisión mayoritaria, sin que lo anterior signifique, que como uno de los árbitros se apartó de la decisión final, el laudo así proferido tenga la connotación de un fallo en conciencia, porque repetimos, el salvamento de voto o voto disidente, solo tiene por finalidad consignar las razones por las cuales se diverge o no se comparte la decisión adoptada, y no puede utilizarse el recurso extraordinario de anulación como medio para obligar o pretender de la Sala se analicen los argumentos expuestos en el salvamento de voto, porque como se dijo, ese disentimiento es una manifestación muy propia de quien la hizo y no se puede concluir que como uno de los árbitros se apartó de la decisión final, ello conduzca a que la decisión tomada por los árbitros deje de ser en derecho para convertirse en un fallo en conciencia, como lo quiere hacer ver el recurrente.

En consecuencia, como ya se anotó, el juez del recurso de anulación no puede entrar a cuestionar, plantear o revivir el debate probatorio, ni establecer si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas, como tampoco el alcance que le imprimió el juzgador arbitral al contenido obligacional acordado por vía de su interpretación del negocio jurídico. Como ya se señaló, una mala práctica de una prueba, como tampoco una interpretación del contrato o la existencia de un salvamento de voto, no convierte la decisión arbitral en un laudo en conciencia., motivo por el cual este cargo carece de fundamento y no prospera.

23. Como segunda causal de anulación parcial planteó textualmente la siguiente: “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”, prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

La Sala ha delimitado en su contenido y alcance ésta modalidad de la causal en comento, y al efecto ha dicho que:

“La citada causal de anulación tiene fundamento en el principio de congruencia, contemplado en los artículos 280 y 281 del C.G. del P. (antes artículos 304 y 305 del C. de P. C.), normas según las cuales la sentencia debe estar en consonancia con los hechos, las pretensiones y las excepciones que hubieren sido alegadas, al paso que la parte resolutive de la sentencia debe “contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios ... y demás asuntos que corresponda decidir” (artículo 280 del C.G. del P), de conformidad con la ley.

La incongruencia, vista de manera general, abarca tres supuestos perfectamente definidos: (i) cuando en el fallo se otorga más de lo pedido (ultra petita), (ii) cuando el fallo concede algo distinto de lo pedido (extra petita) y (iii) cuando se deja de resolver sobre lo pedido (citra petita).

Las normas en cita imponen al juez la concordancia del fallo con las pretensiones y los hechos aducidos en la demanda y con las excepciones propuestas en la contestación de la misma; pero, el principio de congruencia se torna aún más estricto en tratándose de laudos arbitrales, por cuanto las facultades de los árbitros devienen de la voluntad de las partes (principio de voluntariedad) materializada en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) y, por consiguiente, dichas facultades quedan totalmente restringidas a lo convenido por ellas (principio de habilitación).

Así, pues, la causal prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 se configura cuando el laudo arbitral decide ultra, extra o citra petita⁴², es decir, cuando el laudo: (i) recae sobre materias no susceptibles de ser sometidas al arbitramento (ii) decide asuntos que las partes no dejaron sujetos al pronunciamiento de los árbitros en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso), desconociendo así que el ámbito de su competencia está delimitado y restringido estrictamente a las precisas materias definidas por las partes, (iii) excede la relación jurídica procesal delimitada por la demanda y su contestación y la demanda de reconvención y su oposición, es decir, cuando el mismo contiene pronunciamientos sobre materias que no fueron planteadas por las partes, de manera que el fallo no guarda consonancia con los extremos de la litis, y (iv) “en aquellos eventos en que ... deja sin resolver las pretensiones de la demanda, es decir, no cumple con la función de decidir la controversia, por lo cual el litigio subsiste respecto de los puntos no decididos”⁴³.

No encuentra la Sala razón objetiva alguna para acoger el señalamiento del recurrente, toda vez que la sola lectura y confrontación de las pretensiones de la demanda, las excepciones a la misma y el contenido de la parte resolutive del fallo resultan suficientes para corroborar que el laudo no incurrió en la incongruencia que se les endilga.

Refiriéndose al “caso en concreto” el recurrente manifestó que “para abordar este punto, se hace necesario mencionar que de manera inicial el Tribunal concluyó que en aplicación estricta de la jurisprudencia, el adendo No. 2 del pliego de condiciones estaría viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito, al encuadrarse en causal desde el momento de la celebración del negocio jurídico, al encontrar que los tiempos de ejecución acordados no podrían cumplirse. En efecto, y a su juicio, se trataría de una violación de los mandatos contenidos en los artículos 25-12 y 30-1 de la Ley 80 de 1993, lo cual conduciría a la nulidad absoluta del adendo No. 2 y de la parte del contrato de concesión que se refiere a la extensión de la operación en la troncal NQS hasta el municipio de Soacha. Sin embargo, en reflexión posterior y dado que operó el fenómeno de la prescripción ordinaria de la Ley 791 de 2002 y, por ende, el saneamiento de la nulidad, el Tribunal giró su posición al considerar que no podría decretar la nulidad de oficio (...) Si nos remitimos al presente asunto, debe partirse del hecho de que las sociedades convocantes expusieron las pretensiones en los siguientes términos: (...)”⁴⁴ para terminar diciendo que, “Una revisión de la parte motiva y

⁴² En el mismo sentido se citan las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: del 21 de mayo de 2008, exp. 33643, del 27 de marzo de 2008, exp. 33645, del 4 de abril de 2002, exp. 20356, del 23 de agosto de 2001, exp. 19090.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: sentencias del 20 de mayo de 2004 (exp. 25.759), del 4 de abril de 2002 (exp. 20.356) del 2 de marzo de 2006 (exp. 29.703) y del 23 de septiembre de 2015 (exp. 53.054).

⁴⁴ Procede a transcribir las pretensiones décimo tercera a la décimo sexta de la demanda.

resolutiva del laudo de fecha 21 de diciembre de 2016 deja entrever la falta de congruencia entre las pretensiones de la demanda, que son el límite de la competencia del Tribunal Arbitral, y lo expuesto y decidido en el Laudo. Nótese que después de una larga argumentación que partió de la base de la posibilidad de decretar la nulidad de oficio de las cláusulas 108 y 109 de los contratos de concesión No. 016 y No. 017 de 2003, el Panel giró su posición a considerar que había operado su saneamiento por efectos de la prescripción extintiva. En otras palabras, negó entonces las pretensiones décima tercera y décima cuarta de la demanda – literal g) del numeral Cuarto de la parte resolutive del Laudo-. Pero no obstante lo anterior, se observa con asombro que de manera posterior y contradictoria señaló que “para resolver las demás pretensiones formuladas el Tribunal tendrá por no escritas las estipulaciones contractuales mencionadas” con base en lo previsto en el literal f) del artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993”. – Negrillas fuera de texto – El recurrente reafirmó su posición diciendo que “Es tan de bulto la contradicción, que incluso éste fue un punto particular del salvamento de voto y procedió a transcribir el aparte del salvamento en donde se hace referencia al tema.⁴⁵ El recurrente terminó su narración diciendo que, “(...) Las declaraciones contradictorias del laudo en el sentido de declarar la validez de cláusulas que a renglón seguido considera ineficaces de pleno derecho, recaen nada más y nada menos que en la distribución de riesgos del contrato. Al declarar ineficaz la asignación de riesgos asumida por el contratista, puntualmente en lo relativo al riesgo de implantación del sistema, es apenas obvio que no sólo está invirtiendo la asignación de riesgos a motu proprio, sino que además desnaturaliza el resto del clausulado contractual. Y es que debe partirse de la base de que la asignación de riesgos para cada una de las partes obedeció a aspectos identificados en los estudios previos y demás documentos contractuales que definieron que esa era la forma viable de ejecutar el contrato. Modificarlo, como ocurre en la declaración del Tribunal en el numeral cuarto del laudo, desconoce que el particular que asume los riesgos en el Contrato de Concesión lo hace en condiciones de normalidad o previsibilidad y que, en principio, tales riesgos corresponden a aquellos inherentes al negocio mismo del cual es concededor, pero sobre todo que en el marco de su autonomía, el concesionario puede válidamente asumir riesgos adicionales a los considerados ordinarios o normales, tal y como lo hicieron los convocantes frente al riesgo de implantación del Sistema, el cual estaba claramente delimitado e identificado y, por lo demás, era absolutamente previsible (...) En este orden de ideas, se configura la causal 9 de anulación. De acuerdo con las pretensiones y lo resuelto por el Tribunal, es claro que concedieron más de lo pedido, pues sin razón ni fundamento obviaron en desmedro del patrimonio público (...)”

De la lectura desprevenida de las mismas se tiene que ellas guardan una coherencia lógica y no se vislumbra por ninguna parte la contradicción que le achaca el recurrente; como tampoco se advierte que en el hipotético caso que la contradicción que se le endilga al laudo fuese cierta, aquella tampoco tendría la virtualidad de estructurar la causal de “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”, prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012., porque el Tribunal no hizo cosa distinta que determinar y precisar cuál era el sentido y alcance de las pretensiones que le fueron planteadas al tenor del contenido de los contratos de concesión y del material probatorio existente en el proceso, lo cual resulta sustancialmente diferente a decir que se incurrió en una presunta incongruencia en el fallo, porque el Tribunal se apartó o no acogió los argumentos del recurrente o simplemente, porque uno de los árbitros disintió de algunos de los argumentos contenidos en el laudo.

Para la Sala es claro, que el Tribunal arbitral en un aparte del Laudo arbitral, concluyó que en aplicación estricta de la jurisprudencia, el adendo No. 2 del pliego de condiciones estaría viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito, sin embargo, consideró que dicha nulidad estaba saneada, por haber operado el fenómeno de la prescripción ordinaria de la Ley 791 de 2002, es decir, el Tribunal consideró la posibilidad de decretar la nulidad de oficio de las cláusulas 108 y 109 de los contratos de concesión No. 016 y No. 017 de 2003, absteniéndose de hacerlo al advertir que había operado su saneamiento por efectos de la prescripción extintiva, por lo que procedió a negar las pretensiones décima tercera y décima cuarta de la demanda – literal g) del numeral Cuarto de la parte resolutive del Laudo-. Y en otro aparte del Laudo arbitral precisó que “para resolver las demás pretensiones formuladas el Tribunal tendrá por no escritas las estipulaciones contractuales mencionadas” con base en lo previsto en el literal f) del artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993”, al considerar que estas eran ineficaces de pleno derecho, posición que para el recurrente, deja entrever la falta de congruencia entre las pretensiones de la demanda, porque de una parte se abstuvo de declarar la nulidad absoluta de unas cláusulas de los contratos de concesión por haber operado el saneamiento de la nulidad por prescripción extintiva; sin embargo a renglón seguido declara la ineficacia de pleno derecho de algunas otras; contradicción que la Sala no advierte por ninguna parte, porque la posición adoptada por el Tribunal encuentra sustento legal, en razón a que la estructura y efectos jurídicos de los institutos jurídicos de la nulidad absoluta y la ineficacia de pleno derecho, son totalmente distintos, en razón a que la nulidad absoluta sí puede ser objeto de saneamiento por

prescripción extintiva en los términos de la Ley 791 de 2002; lo que no ocurre con la ineficacia de pleno de derecho, instituto jurídico que se asimila a la inexistencia, es decir, se entiende que esas cláusulas ineficaces de pleno derecho no han nacido a la vida jurídica, y si no han nacido a la vida jurídica es claro que no producen efecto alguno, por lo que su ineficacia opera por toda la vida del contrato, y se tienen como inexistentes, por eso la ley sostiene que cuando lo anterior ocurre, no es necesario que el juez así lo declare.

Así las cosas, es entendible que la ineficacia consiste en la sanción prevista por el legislador para que, en determinados supuestos, los actos jurídicos, desde el momento mismo de su otorgamiento, no produzcan los efectos a los cuales están destinados. Es característica especial de la ineficacia que por ministerio de la ley ante la presencia de precisos vicios en la formación y perfeccionamiento del acto jurídico se produce de manera automática la invalidez del mismo frente a sus destinatarios o terceros, sin necesidad de un pronunciamiento de autoridad judicial que así lo establezca.⁴⁶

La claridad de los planteamientos precedentes resulta suficiente para deducir la funcionalidad de la simple fórmula utilizada en este caso por el Tribunal arbitral, sin que lo anterior conduzca a aseverar que aquellos hubiesen incurrido en la causal de anulación prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012., en razón a que los árbitros ante una elemental advertencia de que determinada conducta, supuesto o estipulación consignada en los contratos de concesión sometidos a su consideración generaba la ineficacia de pleno derecho de un preciso acto jurídico, así lo señalaron.

Para la Sala, es evidente, que es deber del juez hacer la labor interpretativa de la demanda y concatenarlo con la totalidad de las obligaciones contenidas en el contrato, para deducir de allí si es viable o no la prosperidad de las pretensiones reclamadas; con lo cual la decisión final de los árbitros debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades procesales contempladas, y con las excepciones que resulten probadas o hubieren sido alegadas, incluso declarar probadas de oficio aquellas que encuentre probadas cuando así lo requiera la ley.

Finalmente, encuentra la Sala que el cuestionamiento hecho por el recurrente, lo que en realidad comporta, es una controversia alusiva a la fundamentación misma del laudo, y a su soporte probatorio (vicio in iudicando), y no a la inconformidad por la no correspondencia y congruencia existente entre el objeto de la demanda y el contenido de la decisión (vicio in procedendo), y en esa medida, escapa al estricto ámbito de aplicación de la causal alegada, por lo que en este caso debe declararse igualmente infundada.

En conclusión, ninguno de los cargos formulados está llamado a prosperar y en consecuencia se declarará infundado el recurso de anulación y se condenará en costas a la recurrente.

24. Condena en costas

Establece el artículo 188 del CPACA lo siguiente: “Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.” - hoy Código General del Proceso, artículos 361 y siguientes -.

En las anteriores condiciones se impone concluir que, como el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la convocada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., es infundado, por cuanto no prosperaron las causales invocadas, en su calidad de recurrente será condenada en costas.

Mediante el Acuerdo n.º PSAA 16-10554 de 5 de agosto de 2016, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se establecieron las tarifas de Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales y se señaló en relación con los recursos extraordinarios entre 1 y 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes⁴⁷.

Teniendo en cuenta los criterios establecidos en los artículos 361 y siguientes del Código General del Proceso y dado que no se presentó un hecho extraordinario en el trámite propio del recurso, que hubiere dificultado el proceso con actuaciones adicionales ni se observan otros gastos, se

⁴⁶ Este es el alcance que tiene la lectura del **literal f) del artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 897** del Código de Comercio, según el cual: “Cuando en este código, se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno de derecho, sin necesidad de declaración judicial.”

⁴⁷ Numeral 9.del acuerdo PSAA 16-10554 de 5 de agosto de 2016.

fijará a título de costas procesales por concepto de agencias en derecho el equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por consiguiente, como el salario mínimo legal mensual vigente para el año de 2017 es de \$ 737.717.00, las agencias en derecho ascienden en este caso a \$ 11.065.755.00.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. – parte convocada -, contra el laudo arbitral de veintiuno (21) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferido por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido para dirimir las controversias originadas – pretensiones acumuladas – dentro de los contratos de concesión No. 016 y 017 de 2003, para la prestación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio, suscritos entre la citada empresa (parte convocada) y las sociedades TRANSMASIVO S.A. y SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. - SOMOS K S.A. – antes denominada SI 02. S.A.- (partes convocantes).

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. – parte convocada - para lo cual se fija por concepto de agencias en derecho la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a once millones sesenta y cinco mil setecientos cincuenta y cinco pesos (\$ 11.065.755.00.) a favor de las sociedades TRANSMASIVO S.A. y SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. - SOMOS K S.A. – antes denominada SI 02. S.A.- (partes convocantes).

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de su Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE