

RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Declara infundado

La Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S. impugnó, mediante el recurso extraordinario de anulación, el laudo arbitral que resolvió el litigio iniciado por esta sociedad en contra de Transmilenio S.A. en virtud de los contratos de concesión nº 001 y 002 de 2010, suscritos entre ambos. Para la parte censora, la decisión arbitral fue adoptada en conciencia, pese a que debió adoptarse en derecho (causal séptima) y contiene disposiciones contradictorias (causal octava). [...] En las anteriores condiciones, se impone concluir que, como el recurso extraordinario de anulación, interpuesto por la convocante EEMB fue infundado, por cuanto no prosperaron las causales invocadas, esta entidad, en su calidad de recurrente, será condenada en costas.

LAUDOS ARBITRALES / FALLO BASADO EN CONCIENCIA O EQUIDAD Y NO EN DERECHO – Causal séptima

Atendiendo la naturaleza extraordinaria y restringida que tiene el recurso extraordinario de anulación, enfocada únicamente al control de yerros procedimentales (párr. 4.2.), se tiene que el embate al laudo bajo la acusación de ser una decisión tomada en conciencia no puede tener el efecto ni el propósito de revivir el debate jurídico probatorio sustancial suscitado entre las partes dentro del proceso arbitral, como si esta Sala, en su labor de juez de anulación, operase a modo de instancia superior de los árbitros o como juzgador del razonamiento fáctico que estos tuvieron. De idéntico modo, es impropio discutir en este contexto si la providencia recurrida valoró correcta o adecuadamente las pruebas, en tanto dicha calificación sería propia de un juzgamiento de instancia y no se ubicaría en el terreno del fallo en conciencia sino en el de una providencia errática, todo ello ajeno al recurso extraordinario de anulación. Ello también explica que la queja por supuesta producción de laudo en conciencia únicamente salga adelante cuando la inobservancia de los deberes concernientes a la apreciación de las pruebas sea notoria, o cuando la decisión atacada sea reflejo de una motivación caprichosa y arbitraria, falta de valoración probatoria, de apreciación conjunta del cúmulo de pruebas y/o de sana crítica, situación que no está marcada necesariamente por el grado de pormenorización que los árbitros hayan hecho de todos y cada uno de los medios de convicción que tuvieron para fallar. [...] De modo que cuando un laudo arbitral es censurado por haberse proferido en conciencia y no en derecho, con fundamento en la ignorancia de las pruebas o en la aplicación arbitraria de las reglas de valoración de las mismas, el cargo hecho por quien impugna la decisión necesariamente debe contener un señalamiento preciso que permita evidenciar el manifiesto desconocimiento de los árbitros bien de las pruebas en su conjunto o de las reglas de la sana crítica, advirtiendo en este último caso que dicho sistema de valoración probatoria –incorporado por la ley procesal- lleva consigo la asignación hecha por el juez de un peso específico para cada elemento analizado, es decir, le confiere a la pieza probatoria respectiva un valor estimado en la demostración del hecho jurídico relevante, siempre con observancia de las reglas de la lógica y de la experiencia.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 41 NUMERAL 7

LAUDOS ARBITRALES / LAUDO CONTIENE DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS O ERRORES – Causal octava

En ningún sentido el señalamiento de yerros, contradicciones o confusiones de la resolución del laudo puede convertirse en una oportunidad para cuestionar las razones, de hecho y de derecho, que dieron lugar a esas decisiones. Justamente,

aquello que no hace parte de esta causal de anulación es lo que persiguió la parte recurrente a través de este señalamiento: censurar la interpretación hecha por el Tribunal sobre una norma jurídica (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011) y que justificó, en este caso, declarar la validez y eficacia de las cláusulas que la convocante pretendía anular. Ese juicio de legalidad y acierto sobre el alcance que los árbitros le confirieron al precepto legal no le corresponde reiniciarlo a la Sala, dado el carácter restrictivo y concreto del recurso extraordinario de anulación indicado renglones atrás (párr. 4.2.).

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 41 NUMERAL 8

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con aclaración de voto del magistrado Guillermo Sánchez Luque.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00160-00(62476)

Actor: SOCIEDAD DE OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S.

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

Asunto: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

La Sala procede a resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la **Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S.**, contra el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido para dirimir las controversias surgidas entre aquella y la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.**

I. SÍNTESIS DEL CASO

La Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S. impugnó, mediante el recurso extraordinario de anulación, el laudo arbitral que resolvió el litigio iniciado por esta sociedad en contra de Transmilenio S.A. en virtud de los contratos de concesión nº 001 y 002 de 2010, suscritos entre ambos. Para la parte censora, la decisión arbitral fue adoptada en conciencia, pese a que debió adoptarse en derecho (causal séptima) y contiene disposiciones contradictorias (causal octava).

II. ANTECEDENTES

El 12 de noviembre de 2010, la Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S. (en adelante, la Sociedad o “EEMB”) y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A. (en adelante, Transmilenio) celebraron los siguientes contratos de concesión *“no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP”*:

- *“CONTRATO No. 001 de 2010 PARA LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP PARA LA ZONA 7) CALLE 80 SIN OPERACIÓN TRONCAL (...)”* (f. 107-325, c. 1 – pruebas)

- *“CONTRATO No. 002 DE 2010 PARA LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA PARA LA PRESTACIÓN DEL PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP PARA LA ZONA 8) TINTAL ZONA FRANCA SIN OPERACIÓN TRONCAL (...)”* (f. 326-400, c. 1 – pruebas; f. 1-144, c. 2 – pruebas).

Según la cláusula 9, idéntica en ambos contratos, estos tendrían una duración estimada de 25 años, y su desarrollo se subdividiría en etapas: preoperativa, operativa, de transición y de reversión.

También se pactó en las cláusulas 41 y 42 que el valor del contrato sería indeterminado pero determinable, y que el valor efectivo correspondería a los ingresos obtenidos por el concesionario por la prestación del servicio de transporte masivo de pasajeros.

Los mencionados contratos incluyeron pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria, redactado así:

“CLÁUSULA 177. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

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

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

CLÁUSULA 178. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO EN DERECHO

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

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

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

178.3. Los árbitros decidirán en derecho.

*178.4. El **Tribunal** se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1.989, Ley 23 de 1.991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1 998, y por las demás normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.*

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

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

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

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

Invocando la cláusula compromisoria, la Sociedad presentó demanda arbitral el 18 de diciembre de 2015 (f. 1 – 252, c. 1 ppal.), la cual fue posteriormente reformada (f. 5-163, c. 3 ppal.). Luego, la parte convocante desistió de otras pretensiones inicialmente formuladas (f. 280-283, c. 4 ppal.). En definitiva, el Tribunal conoció de las siguientes pretensiones:

“III. PRETENSIONES

PRETENSIONES DECLARATIVAS EN RELACIÓN CON LA NULIDAD DE LA MATRIZ DE RIESGOS

3.1. *DECLÁRESE la nulidad de la matriz de riesgos de los contratos No 001 y 002 de 2010 toda vez que son contrarios al artículo 4º de la Ley 1150 de 2007 y a los artículos 3 a 6 y 88 del Decreto 2478 de 2008 y por ello son contrarios a la normatividad pública que regula la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles*

PRETENSIONES DECLARATIVAS EN RELACIÓN CON LA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA

3.2. *DECLÁRESE que la empresa TRANSMILENIO S. A., como ente gestor del transporte masivo, tiene la responsabilidad de la integración, evaluación y seguimiento de la operación del SITP, tal como lo señala el artículo 15 del Decreto 309 de 2009, obligación que hace parte integral de los contratos N° 001 y 002 de 2010.*

3.3. *DECLÁRESE que corresponde a TRANSMILENIO S.A. la gestión, organización, planeación, estructuración, vigilancia, control, seguimiento y coordinación del servicio de transporte público, masivo, urbano, de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, esto es, del Sistema Integrado de Transporte Público SITP.*

3.4. *DECLÁRESE que en virtud de las obligaciones de TRANSMILENIO relativas a la titularidad del Sistema Integrado de Transporte Público SITP, y a las relativas a la planeación, gestión, organización e integración del Sistema, esta Entidad Pública tenía la obligación de “garantizar la prestación el servicio (SIC) cuando se declare desierto un proceso de selección o cuando se suspendan o se terminen anticipadamente los contratos o se declare la caducidad con los operadores privados, por las causas previstas en la Ley o en los contratos”, tal como lo dispone el artículo 5 de la Escritura Pública 1528 del 13 de octubre de 1999 por la cual se constituyó la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A.*

3.5. *En consonancia con la anterior pretensión, DECLÁRESE que TRANSMILENIO S.A. incumplió sus obligaciones de ejercer el control, vigilancia, y la relativa a exigir la adecuada ejecución e implementación de las zonas Fontibón, Perdomo y Suba Centro, adjudicadas a Coobus y Egobus; e incumplió la obligación de adoptar medidas de control e intervención adecuadas que garantizaran la ejecución de los objetos de los contratos No. 005, 012, y 013 de 2010 (Vr. Gr. la toma de posesión); y ha incumplido con el deber de adelantar nuevos procesos de licitación y adjudicación de dichas zonas, y en general con la obligación de adoptar medidas tendientes a garantizar la prestación del servicio en las mismas; todo lo cual implicó mayores costos de operación a ESTE ES MI BUS, y afectó la debida implementación y operación del SITP, generando disminución de la demanda proyectada con base en la cual se estructuraron los contratos de concesión No. 001 y 002 de 2010, e impactando negativamente los ingresos operacionales de ESTE ES MI BUS y la ecuación financiera del contrato.*

3.6. *DECLÁRESE que siendo TRANSMILENIO S.A. la entidad obligada a “garantizar la prestación el servicio (SIC) cuando se declare desierto un proceso de selección o cuando se suspendan o se terminen anticipadamente los contratos o se declare la caducidad con los operadores privados, por las causas previstas en la Ley o en los contratos” (artículo 5 de la Escritura Pública 1528 del 13 de octubre de 1999), el cumplimiento de esta obligación debía ser por su cuenta y riesgo, y ESTE ES MI BUS no estaba obligada a soportar los mayores costos de operación generados con ocasión de la falta de prestación de los servicios en las zonas Fontibón, Perdomo y Suba Centro.*

3.7. *DECLÁRESE que TRANSMILENIO S.A. incumplió su obligación de adjudicar el Sistema Integrado de Recaudo, Control de Flota y Servicio e Información al Usuario (SIRCI), antes del primer semestre de 2010, esto es, antes de la fecha en que debía*

culminarse la fase 1 del Sistema Integrado de Transporte Público conforme a lo señalado en el numeral „1.1.1. Hitos“ del Anexo Técnico del contrato; e incumplió la obligación de control, vigilancia, y la relativa a exigir la implementación en tiempo y en debida forma del SIRCI, y la de garantizar la unificación del medio de pago para tener acceso al SITP, todo lo cual afectó la debida implementación y operación del SITP generando disminución de la demanda proyectada con base en la cual se estructuraron los contratos de concesión No. 001 y 002 de 2010, y en general tuvo impactos negativos en los ingresos operacionales de ESTE ES MI BUS y desequilibró la ecuación financiera del contrato.

3.8. DECLÁRESE que el “PROCEDIMIENTO DE CRUCE DE FLOTA ENTRE CONCESIONARIOS SITP” suscrito el 28 de febrero 2012 es oponible a TRANSMILENIO S.A. en virtud de la comunicación con radicado No. 2012ER2863 y 2012ER5157, de su participación en la ejecución del pacto de cruce de flota y en calidad de tercero relativo respecto de dicho acto jurídico.

3.9. DECLÁRESE que TRANSMILENIO S.A. ha incumplido sus obligaciones de control, integración y seguimiento del Sistema Integrado de Transporte Público, en tanto no ha tomado medidas eficaces y eficientes para que la totalidad de los concesionarios cumplan con el “PROCEDIMIENTO DE CRUCE DE FLOTA ENTRE CONCESIONARIOS SITP” suscrito el 28 de febrero 2012, como único mecanismo para alcanzar la desintegración total del Transporte Público Colectivo y eliminar o disminuir el paralelismo, todo lo cual ha impactado la estructura operacional y económica de Este Es Mi Bus S.A.

3.10. DECLÁRESE que el oficio SDM-85709 de 03 de agosto de 2015 y comunicado con radicado 25647 del 04 de septiembre de 2015, por medio del cual la Secretaría Distrital de Movilidad remitió a TRANSMILENIO S.A. el cronograma que esta entidad estableció para terminar en el año 2015 el proceso de desintegración del Transporte Público Colectivo no es oponible a Este Es Mi Bus S.A.

3.11. DECLÁRESE que TRANSMILENIO S.A., como ente gestor y encargado de la integración del Sistema, ha incumplido con la obligación de tomar acciones eficientes y eficaces para desaparecer el paralelismo, el Transporte Público Colectivo TPC, y el SITP Provisional, lo cual afectó la debida implementación y operación del SITP generando disminución de la demanda proyectada con base en la cual se estructuraron los contratos de concesión No 001 y 002 de 2010, y en general tuvo impactos negativos en los ingresos operacionales de Este Es Mi Bus.

3.12. DECLÁRESE que, de conformidad con el marco normativo de los contratos N° 001 y 002 de 2010, y de lo dispuesto en estos, la “integración total del SITP” consistía en realizar la integración operacional y tarifaria del sistema de transporte público, tanto en forma física como virtual.

3.13. DECLÁRESE que, de conformidad con el marco normativo de los contratos N° 001 y 002 de 2010, y de lo dispuesto en estos, la “integración total del SITP”, es un concepto distinto al de “integración del sistema” y que ésta última se da bajo una o varias de las modalidades de integración a saber: (i) Integración operacional, (ii) Integración tarifaria, (iii) Integración física, (iv) integración del medio de pago, y/o (v) Integración virtual.

3.14. DECLÁRESE que, de conformidad con el marco normativo de los contratos N° 001 y 002 de 2010, y de lo dispuesto en estos, la implementación del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO se desarrolla en las fases contempladas en el artículo 19 del Decreto 309 de 2009, y el numeral „1.1.1 Los Hitos“ del Anexo Técnico de los contratos. Esto es en las siguientes fases - Fase 1 SITP. Preparación para la implementación del SITP. - Fase 2 SITP. Implantación gradual de la operación. - Fase 3 SITP. - Operación Integrada del SITP. - Fase 4 SITP. Integración con los modos férreos.

3.15. DECLÁRESE que, de conformidad con el marco normativo de los contratos N° 001 y 002 de 2010, y de lo dispuesto en estos, la fase 2 de integración del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO: (i) tenía inicio “Una vez terminada la fase 1” con lo cual se iniciaría gradualmente el nuevo esquema de prestación de servicio al usuario. Y; (ii) finaliza: “(...) hasta culminar la integración total.

3.16. DECLÁRESE que, de conformidad con el marco normativo de los contratos N° 001 y 002 de 2010, y de lo dispuesto en estos, la “integración total del sistema” se alcanzaba cuando se cumpliesen los cinco hitos de la operación, a saber: (i) Desintegración física de los vehículos de transporte público colectivo; (ii) Integración operacional; (iii) Integración tarifaria; (iv) Integración física; (v) Integración virtual.

3.17. DECLÁRESE que, de conformidad con el marco normativo de los contratos N° 001 y 002 de 2010, y de lo dispuesto en estos, para la integración total del sistema con que debería culminar la fase 2 del mismo, debía cumplirse, además de los hitos señalados en la pretensión anterior, las siguientes actividades previstas para la mencionada fase, en la cláusula 19.2 del Decreto 309 de 2009 y en el numeral „1.1.1 Los Hitos” del Anexo Técnico de los citados contratos: (i) Adjudicación de las zonas de operación, (ii) Desintegración (iii) Adjudicación del SIRCI, (iii) Implementación gradual de la prestación del servicio hasta culminar la integración total, (iv) La ejecución de las obras de infraestructura previstas en el Plan de Desarrollo “Bogotá Positiva: Para Vivir Mejor.

3.18. DECLÁRESE que, de conformidad con el marco normativo de los contratos N° 001 y 002 de 2010, y de lo dispuesto en estos, particularmente en virtud de lo dispuesto en el numeral „1.1.1 Los Hitos” del Anexo Técnico de los mencionados contratos, la fase 2 de integración del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO debió culminar el 15 de octubre del año 2011, cuando se hubiesen cumplido los hitos y actividades señalados en las pretensiones 3.16 y 3.17 de esta demanda.

3.19. DECLÁRESE que TRANSMILENIO S.A. como ente gestor del Sistema ha incumplido con la obligación de establecer un cronograma para la integración del Sistema Integrado de Transporte Público, tal como le correspondía en virtud del artículo 6 y el Capítulo V del Decreto 309 de 2009, obligación que hace parte integral de los contratos N° 001 y 002 de 2010.

3.20. DECLÁRESE que, pese a la expedición del Decreto Distrital 535 de 2011, en virtud de lo contractualmente pactado en el numeral „1.1.1 Los Hitos” del Anexo Técnico de los contratos N° 001 y 002 de 2010, el plazo para la culminación de la fase 2 de integración del Sistema, estaba previsto hasta el 15 de octubre del año 2011.

PRETENSIONES SUBIDIARIAS A LA PRETENSIÓN DECLARATIVA PRINCIPAL

3.20.

3.20.1. DECLÁRESE que el art. 1, Decreto Distrital 535 de 2011 constituyó un hecho del príncipe, al eliminar el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, y en consecuencia desligar la culminación de la Fase 2 de integración del Sistema a una fecha exacta.

3.20.2. En consonancia con la pretensión 3.20.1, DECLÁRESE que el Decreto Distrital 535 de 2011 estableció una obligación al Ente Gestor de fijar unos hitos fundamentales que debían alcanzarse para lograr la culminación de la Fase 2 de integración total del Sistema.

3.20.3. En consonancia con la pretensión 3.20.2, DECLÁRESE que EL Ente Gestor INCUMPLIÓ su obligación de fijar unos hitos fundamentales que debían alcanzarse para lograr la culminación de la Fase 2 de integración total del Sistema.3.20.4. En consonancia con la pretensión. (sic)

3.20.3, DECLÁRESE que a pesar del incumplimiento del Ente Gestor, en la cláusula

19.2 del Decreto 309 de 2009 y en el numeral „1.1.1 Los Hitos“ del Anexo Técnico de los contratos N° 001 y 002 de 2010, están contemplados como hitos de operación para la culminación de la integración total del sistema (i) Desintegración física de los vehículos de transporte público colectivo; (ii) Integración operacional; (iii) Integración tarifaria; (iv) Integración física; (v) Integración virtual, (vi) Desintegración. Adjudicación de las zonas de operación, (vii) Adjudicación del SIRCI, (viii) Implementación gradual de la prestación del servicio hasta culminar la integración total, (ix) La ejecución de las obras de infraestructura previstas en el Plan de Desarrollo "Bogotá Positiva: Para Vivir Mejor".3.20.5 En consonancia con la pretensión. (sic)

3.20.4. Como consecuencia de las anteriores pretensiones, DECLÁRESE que los contratos N° 001 y 002 de 2010, no han culminado la integración total del sistema, esto es, la Fase 2 que debía ir "(...) hasta culminar la integración total", al no haberse alcanzado los hitos señalados en la pretensión 3.20.4.

3.21. DECLÁRESE que, de conformidad con el marco normativo de los contratos N° 001 y 002 de 2010, y de lo dispuesto en estos, la implementación o implantación total del SITP se logrará cuando se cumplan los siguientes hitos: i) Implementación de todas las rutas del SITP y el desmonte de las rutas del TPC; ii) Implementación de Infraestructura; iii) Implementación del SIRCI; iv) Pedido, Vinculación y Alistamiento de Flota; v) Vinculación y capacitación conductores; vi) Desmonte del TPC; vii) Terminales y Patios Zonales; viii) Chatarrización; ix) Gestión de publicidad del Sistema.

3.22. DECLÁRESE que TRANSMILENIO S.A. incumplió con sus obligaciones relativas a la planeación, estructuración, vigilancia, control, seguimiento, coordinación, y gestión de la operación e integración total del Sistema Integrado de Transporte Público, y que por ello a la fecha no se ha logrado la implementación o implantación total del SITP, todo lo cual generó disminución de la demanda proyectada con base en la cual se estructuraron los contratos de concesión No. 001 y 002 de 2010, y en general tuvo impactos negativos en los ingresos operacionales de Este Es Mi Bus y desequilibró la ecuación financiera del contrato.

3.23. DECLÁRESE que TRANSMILENIO S.A. incumplió con sus obligaciones relativas a la planeación, estructuración, vigilancia, control, seguimiento, coordinación, y gestión de la operación e integración total del Sistema Integrado de Transporte Público, y que por ello a la fecha no se ha logrado la implementación o implantación total del SITP, todo lo cual generó disminución de la demanda proyectada con base en la cual se estructuraron los contratos de concesión No. 001 y 002 de 2010, y en general tuvo impactos negativos en los ingresos operacionales de Este Es Mi Bus y desequilibró la ecuación financiera del contrato.

3.24. DECLÁRESE que la aplicación del factor de calidad para calcular la remuneración al CONCESIONARIO $f(Q)_{Zonal}$, y $f(Q)_{Troncal}$, funciones que toman el valor de uno (1,000), sólo se dará a partir de la finalización de la fase puesta en marcha, esto es, hasta que se culmine la implementación o implantación total del SITP, que exige que se alcancen los hitos descritos en la pretensión 3.21.

3.25. DECLÁRESE que TRANSMILENIO S.A. está obligado al pago de los perjuicios sufridos como consecuencia de los incumplimientos antes declarados, y con fundamento en los hechos planteados en esta demanda.

3.26. ORDÉNESE a TRANSMILENIO S.A. establecer un plan de acción, y un cronograma, que contemple medidas efectivas y eficaces para alcanzar la integración total del sistema, culminar la fase 2 del Sistema Integrado de Transporte Público, y alcanzar la implementación del mismo.

3.27. De conformidad con el artículo 5 de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, REVÍSESE la ecuación económica de los contratos No 001 y 002 de 2010 a efectos de restablecer el desequilibrio económico generado por los hechos, causas, fundamentos y en las condiciones descritas en la presente demanda, el cual

continúa generando perjuicios a Este Es Mi Bus S.A. hasta tanto no se logre la integración total del Sistema.

COMO SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 3.26. ORDÉNESE a TRANSMILENIO S.A. a que, en cumplimiento del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se allane a buscar mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio -que se ha visto alterado por las causas descritas en esta demanda-, hasta tanto no se logre la integración total del Sistema.

PRETENSIONES DE CONDENA EN RELACIÓN CON LA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA

Como consecuencia de las pretensiones relativas a EN RELACIÓN CON LA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA

3.28. PÁGUESE a ESTE ES MI BUS S.A.S. la suma de CINCO MIL SETECIENTOS SESENTA MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO (\$5.760.479.185), o lo que se determine en el proceso, por concepto de la inversión realizada en flota nueva de reemplazo a los modelos de 2003 por retrasos en la implementación del sistema, como consecuencia de la demora en el inicio de la etapa operativa del Sistema; más los intereses moratorios a la tasa fijada por ley, , que a la fecha ascienden a TRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS SETECIENTOS VEINTICINCO MIL PESOS (\$3.686.725.000) calculados desde 30 de junio de 2014 hasta abril de 2017.

3.29. PÁGUESE a ESTE ES MI BUS S.A.S. la suma de TREINTA Y UN MIL SETECIENTOS DIECINUEVE MILLONES DIECISÉIS MIL PESOS (\$31.719.016.000) por concepto de ingresos dejados de percibir por la disminución de la demanda a causa de los incumplimientos de TRANSMILENIO S.A., así como la falta de integración del contrato que no se ha cumplido hasta la fecha, o lo que se determine en el proceso.

PRETENSIONES DECLARATIVAS EN RELACIÓN CON LOS DESINCENTIVOS

3.30. DECLÁRESE la NULIDAD de los desincentivos operativos y los procedimientos establecidos para la aplicación de los mismos, toda vez que dichas disposiciones contractuales desconocen la reserva de ley en relación con la implementación de procedimientos sancionatorios y en general la normatividad aplicable a esos procedimientos.

3.30.1. SUBSIDIARIAMENTE A LA PRETENSIÓN 3.30 DECLÁRESE que la cláusula 121.2 y 131.2, de los contratos No 001 y 002 de 2010, incluidos mediante otrosí No. 5 de 20 de diciembre de 2011, y el procedimiento de aplicación de desincentivos incluido en el Manual de Operaciones, vulneran el debido proceso previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2001 y artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y en general el derecho de defensa y debido proceso administrativo del concesionario.

3.30.2. EN CONSECUENCIA de la PRETENSIÓN 3.30.1. ORDÉNESE a las partes adecuar el procedimiento de la aplicación de desincentivos a las garantías mínimas establecidas al procedimiento previsto en las citadas normas, para lo cual el Tribunal deberá establecer las condiciones y garantías a que se debe ajustar el procedimiento contractual.

3.30.2.1. SUBSIDIARIAMENTE A LA PRETENSIÓN 3.30., 3.30.1. Y, 3.30.2, DECLÁRESE que por "tiquete", que es el criterio de aplicación de las multas o sanciones por desincentivos operativos, debe entenderse que se hace referencia a la "tarifa técnica" y no, como se viene aplicando, a la "tarifa al usuario".

3.31. DECLÁRESE que la controversia planteada en el presente Tribunal de Arbitramento en relación con los desincentivos en las pretensiones, no constituye el ejercicio del derecho de acudir a los mecanismos de solución de controversias

previstos en los contratos No. 001 y 002 de 2010, en tanto que no se ha objetado las causas de su imposición, ni se han impugnado los actos administrativos por medio de los cuales se han impuesto y hecho efectivos los desincentivos, sino la nulidad de las cláusulas en que se sustentan los mismos.

PRETENSIONES DE CONDENA EN RELACIÓN CON LOS DESINCENTIVOS OPERATIVOS.

3.32. En consecuencia de la declaración frente a la pretensión 3.30, y a pesar de que las pretensiones relativas a desincentivos no pretenden presentar controversia mediante el mecanismo de solución de controversias contractuales frente a los desincentivos que se han aplicado, sino que se declare la nulidad de la cláusula que contempla la figura de desincentivos y el procedimiento para su aplicación, **DECLÁRESE** que se restablezcan las cosas al estado en que se encontraban antes de entrar en vigencia las cláusulas 121.2 y 131.2, de los contratos N° 001 y 002 de 2010, y en consecuencia **CONDÉNESE** a Transmilenio S.A., a que **SE DEVUELVAN** las sumas descontadas por concepto de desincentivos operativos impuestos y descontados indebidamente por valor de NUEVE MIL SEISCIENTOS SEIS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS (\$9.606.588.000).

3.33. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN DE CONDENA 3.32. Como consecuencia de la pretensión subsidiaria 3.30.2.1., y teniendo en cuenta que por „tiquete”, que es el criterio de aplicación de las multas o sanciones por desincentivos operativos, debe entenderse que se hace referencia a la “tarifa técnica” y no, como se viene aplicando, a la “tarifa al usuario”, **CONDÉNESE** a Transmilenio S.A., a que **SE DEVUELVAN** las sumas descontadas por concepto de desincentivos operativos impuestos y descontados en exceso por valor de SIETE MIL SEISCIENTOS TRES MILLONES CUATROCIENTOS CATORCE MIL NOVECIENTOS DIECISIETE PESOS (\$7.603.414.917).

PRETENSIONES DECLARATIVAS EN RELACIÓN CON LOS SOBRECOSTOS SUFRIDOS EN LA ADQUISICIÓN DE VEHÍCULOS EURO V

3.33. **DECLÁRESE** que en el marco de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, así como en el clausulado vigente al momento de suscribirse los contratos N° 001 y N° 002 de 2010 y en la legislación ambiental vigente para Bogotá Distrito Capital, las especificaciones técnicas y la tecnología requerida en los vehículos nuevos a vincular por parte de **ESTE ES MI BUS S.A.S.**, correspondía a la Euro IV.

3.34. **DECLÁRESE** que en virtud de la Resolución 1304 de 2012, de la cláusula 76 de los contratos N° 001 y 002 de 2010, y de las órdenes de vinculación de vehículos Euro V emitidas por **TRANSMILENIO S.A.**, **ESTE ES MI BUS S.A.S.** tuvo que adquirir vehículos con tecnología, especificaciones técnicas y normatividad Euro V.

3.35. **DECLÁRESE** que en la época en que tuvieron lugar los hechos de la demanda los vehículos nuevos, con tecnología exigida en la norma Euro IV, se ofertaban en el mercado automotor de Colombia por un valor inferior al de los vehículos nuevos exigidos en la norma Euro V.

3.36. **DECLÁRESE** que, en la época en que tuvieron lugar los hechos de la demanda, **ESTE ES MI BUS S.A.S.** adquirió vehículos con tecnología y especificaciones técnicas Euro V por un valor superior al valor de los vehículos Euro IV.

3.37. **DECLÁRESE** que con la entrada en vigencia de la Resolución 1304 de 2012, se configuró la causal de revisión de los coeficientes de remuneración y ponderación de la fórmula de ajuste establecida en la cláusula 64 de los contratos N° 001 y 002 de 2010, correspondiente a “cuando, por normatividad Nacional o Distrital, se presenten cambios en especificaciones técnicas para los vehículos que se vinculen al SITP”.

3.38. **DECLÁRESE** que pese a que el cambio de normatividad ambiental introducido

con la Resolución N° 1304 conllevó forzosamente a un cambio en las especificaciones técnicas de la flota de ESTE ES MI BUS S.A.S. -debido a que, para cumplir con la nueva normatividad ambiental, era necesario que ESTE ES MI BUS S.A.S. adquiriera flota con tecnología Euro V, TRANSMILENIO S.A., en contravía de lo dispuesto en el citado párrafo 1 de la cláusula 64, no procedió a revisar los coeficientes de remuneración ni a ponderar la fórmula de ajuste los contratos N°. 001 y N° 002 de 2010.

3.39. *DECLARESE que en fechas 17 de octubre de 2016 y 25 de mayo de 2017, esto es, habiendo transcurrido 4 años desde el inicio de la etapa de operación de los contratos N° 001 de 2010 y N° 002 de 2010, respectivamente, y encontrándose configurada la causal de revisión de los coeficientes de remuneración y ponderación de la fórmula de ajuste establecido en el Parágrafo 1 de la cláusula 64 de los contratos N° 001 y 002 de 2010, correspondiente a “La primera revisión deberá aplicarse tan pronto se cumpla el cuarto (4) año de la etapa de operación de la primera zona que comience a operar El Ente Gestor adelantará el proceso de revisión de factores de remuneración y canasta de costos”, TRANSMILENIO S.A. no procedió a revisar los coeficientes de remuneración ni a ponderar la fórmula de ajuste los contratos N°. 001 y 002 de 2010.*

3.40. *DECLARESE que TRANSMILENIO S.A., incumplió su obligación de revisión de los coeficientes de remuneración y ponderación de la fórmula de ajuste establecida la cláusula 64 de los contratos N° 001 y 002 de 2010.*

3.41. *DECLARESE que el incumplimiento de TRANSMILENIO S.A. de su obligación contractual de revisión de los coeficientes de remuneración y ponderación de la fórmula de ajuste los contratos N°. 001 y 002 de 2010 trajo como consecuencia que ESTE ES MI BUS S.A.S. incurriera en sobrecostos en la adquisición de tecnología Euro V, superior a la prevista inicialmente en la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, en los contratos N° 001 y 001 y en la legislación ambiental vigente.*

PRETENSIONES DE CONDENA EN RELACIÓN CON LOS SOBRECOSTOS SUFRIDOS EN LA ADQUISICIÓN DE VEHÍCULOS EURO V

3.42. *Como consecuencia de las anteriores pretensiones declarativas, principales o subsidiarias, en relación con los sobrecostos sufridos en la adquisición de vehículos Euro v, CONDENASE a TRANSMILENIO S.A. al pago de la suma de MIL TRESCIENTOS SETENTA MILLONES QUINIENTOS ONCE MIL SEISCIENTOS VEINTE PESOS (\$ 1.370.511.620) por concepto de cuarenta y seis (46) vehículos de flota nueva Euro V adquiridos por ESTE ES MI BUS S.A.S; más los intereses moratorios que se causen, y que a la fecha que ascienden a la suma de MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS OCHO MIL PESOS (\$1.333.608.000) calculados desde diciembre de 2013 hasta abril de 2017.*

DECLARATIVAS EN RELACIÓN CON EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE TRANSMILENIO POR NO REMUNERAR EN SU VIDA ÚTIL REMANENTE, LA RECUPERACIÓN DEL COSTO DE INVERSIÓN POR VEHÍCULO, DE LA FLOTA USADA QUE EL GESTOR HA PERMITIDO A ESTE ES MI BUS INCORPORAR PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO.

3.43. *DECLÁRESE el incumplimiento de los contratos 001 y 002 de 2010 por parte de TRANSMILENIO, en lo relativo a la obligación de remuneración del costo de inversión por vehículo, de la flota usada, durante su vida útil remanente.*

3.44. *DECLÁRESE que TRANSMILENIO está obligado a pagar a Este Es Mi Bus el perjuicio por valor de TREINTA MIL SETECIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$30.773.740.000), que este ha sufrido como consecuencia de la no remuneración del costo de inversión por vehículo, de la flota usada, durante su vida útil remanente.*

3.44.1. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES 3.33 Y

3.34. De conformidad con el artículo 5 de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, REVÍSESE la ecuación económica de los contratos N° 001 y 002 de 2010 a efectos de restablecer el desequilibrio económico generado por los hechos, causas, fundamentos y en las condiciones descritas en la presente demanda, en relación con el incumplimiento contractual de Transmilenio al no remunerar en su vida útil remanente, el costo de inversión por vehículo, de la flota usada que el gestor ha permitido a ESTE ES MI BUS incorporar para la prestación del servicio.

(...)¹

PRETENSIONES DECLARATIVAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DEL ENTE GESTOR EN LA ENTREGA DE LOS PATIOS ZONALES DEFINITIVOS AL CONCESIONARIO ESTES ES MI BUS SAS

3.50. DECLÁRESE que el Ente Gestor, TRANSMILENIO S.A, incumplió su obligación contractual contenida en la cláusula 14 de los Contratos de Concesión 001 y 002 de 2010, de gestionar la entrega por parte del Distrito Capital de Bogotá D.C. de los patios o terminales zonales construidos y en condiciones de operación, de manera definitiva al Concesionario ESTE ES MI BUS SAS, los cuales debieron entregarse al Concesionario el pasado 02 de noviembre de 2015, sin que a la fecha haya ocurrido.

3.51. DECLÁRESE que el Ente Gestor, TRANSMILENIO S.A, está obligado a pagar los perjuicios ocasionados al Concesionario ESTE ES MI BUS SAS ocasionados por la no entrega por parte del Distrito de los patios o terminales zonales definitivos, construidos en condiciones de operación, y que se concretan en los Kilómetros en vacío que recorre la flota del Concesionario desde los Patios Zonales transitorios, hasta los puntos de inicio de rutas (PIR).

PRETENSIONES DE CONDENA RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DEL ENTE GESTOR EN LA ENTREGA DE LOS PATIOS ZONALES DEFINITIVOS AL CONCESIONARIO ESTES ES MI BUS SAS

3.52. CONDÉNESE a Transmilenio S.A a indemnizar los perjuicios que se le han generado a ESTE ES MI BUS SAS por concepto de los kilómetros en vacío que recorre la flota del Concesionario desde los Patios Zonales transitorios, hasta los puntos de inicio de rutas (PIR), desde el 02 de noviembre de 2015 a 31 de marzo de 2017, los cuales se estiman en SIETE MIL OCHENTA MILLONES CIENTO VEINTISEIS MIL QUINIENTOS SIETE PESOS (\$7.080.126.507).

3.53. ORDÉNESE a Transmilenio S.A al cumplimiento forzoso de la obligación contenida cláusula 14 de los Contratos de Concesión 001 y 002 de 2010, esto es, a la gestión frente al Distrito Capital de Bogotá D.C., de la de los patios o terminales zonales definitivos, construidos en condiciones de operación previstas en los mencionados contratos.

3.54. CONDÉNESE a Transmilenio S.A a pagar al Concesionario ESTE ES MI BUS S.A., desde el 31 de marzo de 2017 hasta la entrega definitiva de los patios o terminales zonales definitivos, construidos en condiciones de operación, los costos o remuneración por los kilómetros en vacío que recorre la flota del Concesionario desde los Patios Zonales transitorios, hasta los puntos de inicio de rutas (PIR).

PRETENSIÓN FINAL Y GENÉRICA PARA LAS PRETENSIONES DE CONDENA

3.55. Sobre las sumas de condena que sean reconocidas a Este Es Mi Bus S.A., INDÉXENSE a la fecha de imposición de la condena.

3.56. Sobre las sumas de condena que sean reconocidas a Este Es Mi Bus S.A.,

¹ La parte actora desistió de las pretensiones declarativas y condenatorias 3.45. a 3.49., desistimiento aceptado por el Tribunal de Arbitramento en auto del 25 de enero de 2018 (f. 288, c. 4 ppal.)

CONDÉNESE al pago de los intereses moratorios que resulten probados.”

El 13 de mayo de 2016 el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre EEMB y Transmilenio se declaró legalmente instalado y admitió la demanda (f. 423-426, c. 1 ppal.).

Como respuesta a las reclamaciones formuladas en su contra, Transmilenio presentó contestación al escrito original (f. 5-159, c. 2 ppal.), y posteriormente se pronunció sobre la versión reformada de la demanda arbitral (f. 190-465, c. 3 ppal.). En dichas oportunidades, la convocada se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte convocante, e igualmente propuso, en la última ocasión, 30 excepciones de mérito:

1. Las cláusulas relativas a la distribución de riesgos del contrato de concesión son válidas y eficaces y el Concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que de los mismos se efectuó conforme a lo pactado en el Contrato de Concesión y a lo previsto en la matriz de riesgos.

2. La integración total del sistema, a la que el Contrato de Concesión se refiere, ya se produjo.

3. Carencia absoluta de derecho para reclamar por una integración total del sistema basada en la premisa de su ocurrencia solo cuando se den el sinnúmero de “hitos” que en diversas pretensiones se plantean.

4. ESTE ES MI BUS no ha cumplido con la obligación de implementación a su cargo, derivada de los compromisos asumidos bajo el Contrato de Concesión para la implementación de la operación en su zona, con lo cual ha afectado la implementación del SITP.

5. La implementación del Sistema que se previó fue gradual y progresiva, sin un horizonte definido para su terminación.

6. La implementación de la operación zonal adjudicada al Concesionario genera obligaciones a cargo de éste y a favor de TRANSMILENIO, y el riesgo de que la implementación no ocurra según lo planeado es a cargo del Concesionario.

7. El Concesionario ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones en relación con el mantenimiento de los vehículos y la adecuada operación de la Flota, afectando el funcionamiento del Sistema.

8. El Concesionario ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones en relación con el suministro de la Flota que le ha sido solicitada por TRANSMILENIO, con arreglo al Contrato.

9. ESTE ES MI BUS asumió el riesgo de operación por mayores costos que pudieran presentarse frente a los estimados y debe hacerse cargo de las implicaciones de su eventual ocurrencia.

10. ESTE ES MI BUS asumió el riesgo de variación del precio de los equipos y el cambiario asociado a su adquisición, frente a los que hubieren sido estimados por el Concesionario, y debe hacerse cargo de las implicaciones de su eventual

ocurrencia.

11. ESTE ES MI BUS asumió el riesgo de demanda y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia.

12. Carencia absoluta de derecho en relación con la reclamación por no remuneración del costo de inversión de los vehículos de la Flota Usada, durante su vida útil remanente.

13. Carencia absoluta de derecho en relación con la reclamación que gira alrededor de la cuestión atinente a la “revisión de coeficientes de remuneración y ponderación de la fórmula de ajuste” (pretensiones 3.45., 3.46, 3.47. y 3.47.1.)

14. Carencia absoluta de derecho en relación con la reclamación que gira alrededor de la solicitud de revisión de la fórmula de remuneración, basada en la alegación de que la misma no retribuye los costos y gastos en que incurre el Concesionario para la prestación del servicio (pretensiones 3.48. y 3.49.).

15. Inexistencia de obligaciones a cargo de TRANSMILENIO en relación con el acuerdo entre concesionarios para el cruce de flota – Principio de relatividad o efecto relativo de los contratos.

16. La cláusula 121 del Contrato de Concesión, en relación con la imposición de desincentivos es válida y eficaz, y debe aplicarse según lo estipulado.

17. El Concesionario asumió a su cargo, de conformidad con el Contrato de Concesión, el cumplimiento de las normas ambientales, lo que incluye el cumplimiento del estándar de emisiones contemplado en la Resolución 1304 de 2012, que dio lugar a la incorporación de buses con estándar de emisión equivalente a Euro V, y los costos que se deriven de esa regulación debe ser cubierto por el Concesionario con cargo a los derechos de participación que se le reconocen y no los puede trasladar a Transmilenio. “Riesgo regulatorio – mayores costos por regulación ambiental, laboral y tributaria.

18. El Contrato de Concesión no otorgó garantía de remuneración esperada al Concesionario y este debe asumir las implicaciones de que la misma no se alcance.

19. Improcedencia de reclamaciones que envuelven quebrantamiento del deber de obrar con buena fe objetiva.

20. Inexistencia de un incumplimiento atribuible a TRANSMILENIO que dé lugar a indemnización.

21. El SITP Provisional tiene base legal y el desarrollo de la gestión de TRANSMILENIO en relación con el mismo no implica violación del Contrato de Concesión.

22. La coexistencia de la prestación del servicio por los vehículos que operaban en el transporte público colectivo hasta su vinculación a cualquiera de los concesionarios del SITP o hasta la desintegración de los mismos por parte de los concesionarios estaba previsto desde el pliego de condiciones de la Licitación y fue aceptada por el Concesionario – Improcedencia de un reclamo que se funda en el desconocimiento de lo pactado.

23. Inexistencia de los supuestos legal y jurisprudencialmente exigibles para la procedencia de la revisión del Contrato de Concesión.

24. En la remuneración acordada en el Contrato de Concesión quedó comprendido el efecto económico de la asunción de riesgos contractuales que asumió el

Concesionario, quien debe, por tanto, atenerse a lo pactado.

25. El contrato debe ser ejecutado conforme a lo pactado – pacta sunt servanda – en lo relacionado con la distribución de riesgos acordada entre las partes y el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Concesionario.

26. El Concesionario debía basar su propuesta en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones, bajo su responsabilidad.

27. La etapa de transición en relación con la operación en patios transitorios continúa en ejecución.

28. Carencia absoluta de derecho a intereses moratorios.

29. Falta de competencia del Tribunal Arbitral para resolver la pretensión 3.3. de la demanda reformada.

30. Prematura alegación de un supuesto desequilibrio económico del Contrato o un rompimiento de la ecuación económica”.

Así mismo, Transmilenio presentó demanda de reconvencción (f. 161-179, c. 2 ppal.) en la que se plasmaron estas pretensiones:

“A) SERIE PRIMERA: PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA: Que se declare que la cláusula 121, y en particular la cláusula 121.2. del contrato de concesión No. 01 de 2010 y del contrato de concesión No. 02 de 2010, celebrados entre la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. y la SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MIS BUS S.A.S., conforme a la modificación introducida a la misma en virtud de los otrosíes No 5, ambos del 20 de diciembre de 2011, en la cual las partes regularon la procedencia de la aplicación de desincentivos operativos al Concesionario, es válida y eficaz.

SEGUNDA: Que se declare que la cláusula 131, y en particular la cláusula 131.2. del contrato de concesión No. 01 de 2010 y del contrato de concesión No. 02 de 2010, celebrados entre la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. y la SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MIS BUS S.A.S., conforme a la modificación introducida a la misma en virtud de los otrosíes No 5, ambos del 20 de diciembre de 2011, en la cual las partes regularon el procedimiento para la imposición de desincentivos operativos al Concesionario, es válida y eficaz.

TERCERA: Que se declare que los desincentivos impuestos al Concesionario, SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MIS BUS S.A.S., entre el 1º de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2015, en aplicación de la cláusula 121 de los contratos de concesión No. 01 de 2010 y No. 02 de 2010, con sujeción al procedimiento establecido en la cláusula 131 de los mismo contratos, y objetados por este, fueron debidamente impuestos y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. tiene el derecho contractual a obtener el pago de los mismos y a descontar su monto de la remuneración a que el Concesionario, SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MIS BUS S.A.S., tiene derecho de acuerdo a lo estipulado en el Contrato de Concesión, así como también a descontar los intereses de mora causados en relación con tales desincentivos.

CUARTA: Que, como consecuencia de la declaración que se pide en la pretensión anterior, se condene a la SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE

ES MIS BUS S.A.S. a reconocer y pagar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., por concepto de desincentivos impuestos entre el 1º de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2015, la suma de ONCE MIL OCHENTA Y SIETE MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL TREINTA Y CUATRO PESOS (\$11.087.132.034), o la que determine el Tribunal Arbitral.

QUINTA: Que, como consecuencia de la declaración que se efectúe conforme a la pretensión tercera, se condene a la SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MIS BUS S.A.S. a reconocer a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., intereses de mora a la más alta tasa admisible en la ley, conforme a lo pactado en el contrato de concesión No. 01 de 2010 y del contrato de concesión No. 02 de 2010, sobre los desincentivos impuestos entre el 1º de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2015, desde el momento en que se haya presentado el hecho o la circunstancia que causó el desincentivo y hasta la fecha del pago, o en la forma que determine el Tribunal.

SEXTA: Que se condene en costas a la parte demandada en reconvención, y las mismas se liquiden por el Tribunal con arreglo a la ley.

B) SERIE SEGUNDA: PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL: Que se declare que los desincentivos impuestos al Concesionario, SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MIS BUS S.A.S., entre el 1º de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2015, en aplicación de la cláusula 121 del Contrato de Concesión y con sujeción al procedimiento establecido en la cláusula 131 del mismo contrato, y objetados por este, con las exclusiones que determine el Tribunal Arbitral, fueron debidamente impuestos y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. tiene el derecho contractual a descontarlos de la remuneración a que el Concesionario, SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MIS BUS S.A.S., tiene derecho de acuerdo a lo estipulado en el Contrato de Concesión.

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN CUARTA PRINCIPAL: Que, como consecuencia de la declaración que se pide en la pretensión subsidiaria anterior, se condene a la SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MIS BUS S.A.S. a reconocer a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., por concepto de desincentivos impuestos entre el 1º de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2015, la suma que determine el Tribunal Arbitral.

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN QUINTA PRINCIPAL: Que, como consecuencia de la declaración que se efectúe conforme a la pretensión tercera subsidiaria, se condene a la SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MIS BUS S.A.S. a reconocer a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., intereses de mora a la más alta tasa admisible en la ley, conforme a lo pactado en el contrato de concesión No. 01 de 2010 y del contrato de concesión No. 02 de 2010, sobre los desincentivos impuestos entre el 1º de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2015, no excluidos por el Tribunal Arbitral, desde el momento en que se haya presentado el hecho o la circunstancia que causó el desincentivo y hasta la fecha del pago, o en la forma que determine el Tribunal".

La primera audiencia de trámite se adelantó el 25 de septiembre de 2017 (f. 68-86, c. 4 ppal.), ocasión en la cual se decretaron las pruebas de la demanda y de su contestación, así como de la demanda de reconvención.

Luego de agotadas las etapas del procedimiento arbitral, el Tribunal profirió laudo el 6 de julio de 2018 (f. 1-366, c. 6 ppal.) en el que dicho panel decidió lo siguiente:

“I. RESPECTO DE LA DEMANDA DE SOCIEDAD DE OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S. CONTRA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

PRIMERO: Declarar no probada la excepción interpuesta por **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** que textualmente se denomina "29. Falta de competencia del Tribunal Arbitral para resolver la pretensión 3.3. de la demanda reformada", por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar probadas las excepciones perentorias interpuestas por **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** denominadas textualmente "1. Las cláusulas relativas a la distribución de riesgos del contrato de concesión son válidas y eficaces y el Concesionario debe asumir los riesgos que quedaron a su cargo en la distribución que de los mismos se efectuó conforme a lo pactado en el Contrato de Concesión y a lo previsto en la matriz de riesgos 2. La integración total del sistema, a la que el Contrato de Concesión se refiere, ya se produjo. 3. Carencia absoluta de derecho para reclamar por una integración total del sistema basada en la premisa de su ocurrencia solo cuando se den el sinnúmero de "hitos" que en diversas pretensiones se plantean. 4. ESTE ES MI BUS no ha cumplido con la obligación de implementación a su cargo, derivada de los compromisos asumidos bajo el Contrato de Concesión para la implementación de la operación en su zona, con lo cual ha afectado la implementación del SITP. 5. La implementación del Sistema que se previó fue gradual y progresiva, sin un horizonte definido para su terminación. 6. La implementación de la operación zonal adjudicada al Concesionario genera obligaciones a cargo de éste y a favor de TRANSMILENIO, y el riesgo de que la implementación no ocurra según lo planeado es a cargo del Concesionario. 7. El Concesionario ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones en relación con el mantenimiento de los vehículos y la adecuada operación de la Flota, afectando el funcionamiento del Sistema. 8. El Concesionario ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones en relación con el suministro de la Flota que le ha sido solicitada por TRANSMILENIO, con arreglo al Contrato. 9. ESTE ES MI BUS asumió el riesgo de operación por mayores costos que pudieran presentarse frente a los estimados y debe hacerse cargo de las implicaciones de su eventual ocurrencia. 10. ESTE ES MI BUS asumió el riesgo de variación del precio de los equipos y el cambiario asociado a su adquisición, frente a los que hubieren sido estimados por el Concesionario, y debe hacerse cargo de las implicaciones de su eventual ocurrencia. 11. ESTE ES MI BUS asumió el riesgo de demanda y debe hacerse cargo de las implicaciones de su ocurrencia. 12. Carencia absoluta de derecho en relación con la reclamación por no remuneración del costo de inversión de los vehículos de la Flota Usada, durante su vida útil remanente. 15. Inexistencia de obligaciones a cargo de TRANSMILENIO en relación con el acuerdo entre concesionarios para el cruce de flota – Principio de relatividad o efecto relativo de los contratos. 16. La cláusula 121 del Contrato de Concesión, en relación con la imposición de desincentivos es válida y eficaz, y debe aplicarse según lo estipulado. 17. El Concesionario asumió a su cargo, de conformidad con el Contrato de Concesión, el cumplimiento de las normas ambientales, lo que incluye el cumplimiento del estándar de emisiones contemplado en la Resolución 1304 de 2012, que dio lugar a la incorporación de buses con estándar de emisión equivalente a Euro V, y los costos que se deriven de esa regulación debe ser cubierto por el Concesionario con cargo a los derechos de participación que se le reconocen y no los puede trasladar a TRANSMILENIO. "Riesgo regulatorio – mayores costos por regulación ambiental, laboral y tributaria. 18. El Contrato de Concesión no otorgó garantía de remuneración esperada al

Concesionario y este debe asumir las implicaciones de que la misma no se alcance 20. Inexistencia de un incumplimiento atribuible a TRANSMILENIO que dé lugar a indemnización. 21. El SITP Provisional tiene base legal y el desarrollo de la gestión de TRANSMILENIO en relación con el mismo no implica violación del Contrato de Concesión. 22. La coexistencia de la prestación del servicio por los vehículos que operaban en el transporte público colectivo hasta su vinculación a cualquiera de los concesionarios del SITP o hasta la desintegración de los mismos por parte de los concesionarios estaba previsto desde el pliego de condiciones de la Licitación y fue aceptada por el Concesionario – Improcedencia de un reclamo que se funda en el desconocimiento de lo pactado. 23. Inexistencia de los supuestos legal y jurisprudencialmente exigibles para la procedencia de la revisión del Contrato de Concesión. 24. En la remuneración acordada en el Contrato de Concesión quedó comprendido el efecto económico de la asunción de riesgos contractuales que asumió el Concesionario, quien debe, por tanto, atenerse a lo pactado. 25. El contrato debe ser ejecutado conforme a lo pactado – pacta sunt servanda – en lo relacionado con la distribución de riesgos acordada entre las partes y el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Concesionario. 26. El Concesionario debía basar su propuesta en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones, bajo su responsabilidad 27. La etapa de transición en relación con la operación en patios transitorios continúa en ejecución. 30. Prematura alegación de un supuesto "desequilibrio económico del Contrato o un rompimiento de la ecuación económica", sin que haya lugar a pronunciamiento sobre las restantes excepciones, frente a la demanda arbitral promovida en su contra por **SOCIEDAD DE OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S.** en los términos y por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Declarar que la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** como Ente Gestor del transporte masivo, tiene la responsabilidad de la evaluación y seguimiento de la operación del SITP, tal como lo señala el artículo 15 del Decreto 309 de 2009, obligación que hace parte integral de los contratos N° 001 y 002 de 2010, en los precisos términos y por lo expuesto en la parte motiva. En cuanto a la responsabilidad de la integración, se niega la pretensión declarativa principal 3.2. por lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Declarar que corresponde a la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, la gestión, organización, planeación, estructuración, vigilancia, control, seguimiento y coordinación del servicio de transporte público, masivo, urbano, de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, esto es, del Sistema Integrado de Transporte Público SITP, en los precisos términos y por lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: Declarar la nulidad del numeral 4º de la Cláusula 131.2 de los Contratos que regula las consecuencias de la objeción por parte del CONCESIONARIO al reporte detallado sobre los desincentivos, porque en estos casos debe aplicarse el procedimiento previsto por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

SEXTO: Declarar que la controversia planteada en el presente Tribunal de Arbitramento en relación con los desincentivos en las pretensiones, no constituye el ejercicio del derecho de acudir a los mecanismos de solución de controversias previstos en los contratos N° 001 y 002 de 2010, en tanto que no se han controvertido las causas específicas de su imposición, ni se han impugnado los actos concretos por medio de los cuales se hubieran hecho efectivos los desincentivos, sino la nulidad de las cláusulas contractuales que los consagran, en los precisos términos y por lo expuesto en la parte motiva.

SÉPTIMO: Por las razones expuestas en la parte motiva, denegar todas las restantes pretensiones principales y subsidiarias, declarativas y de condena, de la demanda arbitral de **SOCIEDAD DE OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S.** contra **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**

II. RESPECTO DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. CONTRA LA SOCIEDAD DE OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S.

PRIMERO: Declarar que la cláusula 121, y en particular la cláusula 121.2. del contrato de concesión No. 01 de 2010 y del contrato de concesión No. 02 de 2010, celebrados entre la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.** y la **SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MIS BUS S.A.S.**, conforme a la modificación introducida a la misma en virtud de los otrosíes No 5, ambos del 20 de diciembre de 2011, en la cual las partes regularon la procedencia de la aplicación de desincentivos operativos al Concesionario, es válida y eficaz, en los precisos términos y por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar que la cláusula 131, y en particular la cláusula 131.2. del contrato de concesión No. 01 de 2010 y del contrato de concesión No. 02 de 2010, celebrados entre la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.** y la **SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MIS BUS S.A.S.**, conforme a la modificación introducida a la misma en virtud de los otrosíes No 5, ambos del 20 de diciembre de 2011, en la cual las partes regularon el procedimiento para la imposición de desincentivos operativos al Concesionario, es válida y eficaz, excepto lo que dispone en el numeral 4º de la cláusula 131.2, pues en tal evento debe aplicarse, cuando proceda, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

TERCERO: Por las razones expuestas en la parte motiva, denegar todas las restantes pretensiones principales y subsidiarias de la demanda arbitral de **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** en contra de la **SOCIEDAD DE OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S.**, por lo expuesto en la parte motiva.

(...)”

La parte convocante solicitó aclarar, corregir y complementar el laudo el día 13 de julio de 2018 (f. 364-405, c. 6 ppal.), petición que versó sobre los siguientes aspectos: (1) integración normativa de los contratos, (2) integración del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP), (3) “desincentivos”, (4) obligación de poner en circulación vehículos con estándar de emisión “EURO V”, (5) entrega de patios, y (6) práctica de pruebas testimoniales y su valor probatorio.

El Tribunal negó la totalidad de las solicitudes a través de providencia del 16 de julio de 2018 (f. 409-476, c. 6 ppal.).

III. EL RECURSO DE ANULACIÓN

EEMB interpuso recurso extraordinario de anulación en contra del laudo que decidió su controversia con Transmilenio, el 30 de agosto de 2018 (f. 2-66, c. ppal.). Allí argumentó que el fallo debe invalidarse por haber incurrido en dos causales: decisión en conciencia (causal séptima) y contener disposiciones

contradictorias (causal octava). El sustento del recurso se centró en estas circunstancias:

3.1. Sustentación de la causal séptima – fallo en conciencia

3.1.1. Frente a las pretensiones 3.2. y 3.3. de la demanda principal

La recurrente afirma que el Tribunal falló en conciencia al decidir sobre dos pretensiones tendientes a declarar que Transmilenio, como ente gestor del SITP tenía a su cargo la responsabilidad de integrar, evaluar, vigilar, planear, estructurar, organizar, controlar y coordinar el servicio de transporte público de pasajeros, masivo y urbano, comprendido en el mencionado sistema, de acuerdo con el Decreto 309 de 2009, porque pese a exhibir varias normas que dan apariencia de un fallo en derecho:

*“... al referir la integración de los contratos de concesión objeto de litigio, en relación con las prestaciones obligacionales de TRANSMILENIO, **refiere que para que las políticas públicas se integren al contenido contractual, debe existir una disposición legal expresa que así lo disponga o que el pacto contractual así lo indique, sin que manifieste cuál norma del derecho positivo, o qué criterio auxiliar del derecho expresa tal regla de integración.**”* (Subrayas y negrillas del recurso)

Así, indica que el laudo aludió al marco normativo atinente a la integración normativa de los contratos, pero que al momento de analizar los contratos de concesión 001 y 002 de 2010 efectúa una motivación propia de los fallos en conciencia, apoyados en el leal saber y entender de los árbitros, toda vez que:

*“... **aplica como regla, que las políticas públicas sólo integran el contenido contractual y las prestaciones de las partes cuando una ley así lo disponga expresamente o aquellas lo pacten de mutuo acuerdo, lo cual carece de fundamento alguno en el derecho positivo vigente, en otras palabras, no tiene fundamento ni en la ley como fuente principal, ni en la equidad, ni en la jurisprudencia que cita el Tribunal en su fallo, ni en principios generales de derecho o en la doctrina, como criterios auxiliares del derecho (...).**”* (Negrillas del recurso)

Con todo, expone que su señalamiento no protesta la incidencia de un error *in iudicando* sino pone de presente que la motivación de la decisión, en este aspecto, no tuvo sustento jurídico sino que se basó en el íntimo convencimiento de los árbitros. En otras palabras, el recurrente manifiesta que no es su intención valorar positiva o negativamente las consideraciones hechas por el Tribunal sobre la naturaleza de los decretos 319 de 2006, 486 de 2006 y 309 de 2009, en vez de

ello pretende evidenciar que la decisión del Tribunal *“de asignar a tales normas la naturaleza de políticas públicas, fue caprichosa, sin motivación, y sin sustento en el derecho o en el ordenamiento jurídico vigente, constituyéndose así un fallo en conciencia”*.

3.1.2. Sobre la decisión de las pretensiones 3.5. y 3.6. de la demanda principal

En este punto, la Sociedad estima que ante las pretensiones en las cuales se perseguía la declaratoria de incumplimiento de sus deberes de vigilancia y control sobre la correcta ejecución e implementación del sistema de transporte masivo en zonas (Fontibón, Perdomo y Suba Centro) operadas por otras concesionarias (Egobus y Coobus) que incumplieron sus obligaciones, cuando la decisión arbitral señaló que el SITP Provisional fue un elemento previsible para el concesionario el laudo falló en conciencia y en equidad *“pues pese a que hizo referencia al material probatorio del expediente, se apartó del mismo, acudiendo a la libre apreciación de los hechos.”*

Las aseveraciones del laudo relativas a que (i) el SITP no era un nuevo esquema de transporte, (ii) no era una circunstancia imprevista para el contratista, (iii) ni *“surgió para garantizar la prestación del servicio público de transporte de la ciudad”* fueron soportadas, según el recurrente,

“... en una referencia que analiza de forma descontextualizada de uno de los hechos de la demanda (hecho 8.3.54 de la demanda reformada), en el que se manifestó que el SITP Provisional al tener el mismo cobro que tenía el TPC, esto es, en dinero en efectivo, estaba generando una competencia al SITP, que los concesionarios no tenían por qué soportar. En igual sentido, se fundamenta en dos frases aisladas de los testimonio (sic) de la señora Nubia Quintero –funcionaria de TRANSMILENIO- y de Juan Fernando Cajiao –representante legal de G-Movil.”

Así, el recurrente denuncia que los árbitros pasaron por alto los elementos de convicción obrantes en el plenario de dos maneras: (i) *“frente a algunas (de) estas, pese (a) haberlas valorado, ignoró las propias conclusiones a la que llegó frente a ellas”* y (ii) *“frente a otras las desconoció sin explicación alguna, dejando de efectuar una valoración conjunta de las pruebas”*.

Inicialmente expone que el laudo, en dos oportunidades², citó el informe rendido bajo juramento por el representante legal de Transmilenio con destino al proceso arbitral, del cual extrajo la referencia hecha por esa declaración a la implementación del SITP Provisional como una de las medidas adoptadas por la entidad convocada para enfrentar la situación ocasionada por el incumplimiento de Coobus y Egobus en la operación de las zonas de Fontibón, Suba Centro y Perdomo.

Posteriormente alega que los árbitros, pese a que lo citaron, ignoraron el Decreto 190 de 2015, conforme al cual el Distrito Capital de Bogotá ordenó a la Secretaría de Movilidad cancelar los permisos de operación que otorgaba y concedía dicha dependencia, al tiempo que ordenaba el otorgamiento de un permiso de operación especial y transitorio para servir las rutas provisionales (SITP Provisional), servicio que sería controlado por Transmilenio. De acuerdo con el recurso este decreto demostró que el SITP Provisional se creó 4 años después de que se suscribieran los contratos de concesión. Y por otro lado, páginas después, al momento de resolver otra pretensión (3.11) el Tribunal sí apreció el mencionado decreto para decir que el SITP Provisional fue una forma de garantizar la continuidad del servicio ante la crisis de Coobus y Egobus.

Además, las resoluciones 347 y 518 de 2015 fueron apenas mencionadas como concernientes al SITP pero ignoradas por cuanto evidencian que fueron expedidas durante la ejecución del contrato.

La recurrente también estima que el artículo 10 del Decreto 309 de 2009 que disponía la pérdida de vigencia de los permisos de operación concedidos a las empresas de transporte público colectivo una vez fueran implementadas las rutas del SITP, fue pasado por alto en el análisis del Tribunal. De modo que los árbitros no podían ignorar la valoración de esta prueba *“que evidencia que los permisos de operación para la prestación del servicio bajo el esquema del TPC, serían reemplazados por los permisos para operar bajo el esquema del SITP, y no por permisos para operar en ningún otro esquema.”*

Agrega que la causal se configura, igualmente, porque el laudo *“ignora el contenido del contrato, su clausulado, sus anexos, los pliegos de condiciones y*

² Según el recurso, a folio 130 del laudo cuando analizaba las pretensiones 3.5 y 3.6, y a folio 211 al decidir la pretensión 3.11.

demás documentos que hicieron parte de la licitación TMSA-LP-004 de 2009, para determinar si en este material probatorio se hallaba evidencia alguna de la preexistencia de las rutas provisionales –SITP Provisional-, que le permitiera concluir si este esquema era previsible al momento de la celebración de los contratos de concesión, y si el SITP Provisional se trataba de un nuevo esquema de prestación del servicio público de transporte.”

En relación con el testimonio de Nubia Quintero, el recurso apunta que al juzgar la pretensión 3.11. el Tribunal dedujo de estas versiones que el SITP Provisional y el TPC *“son dos esquemas de transporte distintos, en razón a quién ejerce el control”* y que *“la flota que opera el SITP Provisional es parte de la flota que operaba el TPC, sólo que dicho servicio, en los términos del Decreto 190 de 2015, es planeado, gestionado y controlado por TRANSMILENIO”*, conclusiones que riñen con las efectuadas al juzgar la prosperidad de las pretensiones 3.5 y 3.6, siendo estas últimas el resultado de valoraciones aisladas de los medios de convicción.

Sobre la declaración de Juan Fernando Cajiao, el recurso asegura que pese a ser aludido para advertir que el SITP Provisional y el transporte público colectivo eran lo mismo y, por ende, el SITP Provisional no era imprevisible para la concesionaria, fue valorado de una forma aislada *“toda vez que ignora, omite y desconoce, la multiplicidad de pruebas relativas a la creación del SITP Provisional en el año 2015, y las circunstancias que originaron su nacimiento a partir de la coyuntura acaecida con los concesionarios de Egobus y Coobus.”*

En conclusión, respecto al aspecto probatorio, el análisis de la causal de fallo en conciencia en que el laudo incurrió, para la recurrente:

*“... requiere que el despacho determine los criterios de valoración utilizados en el laudo objeto del recurso. **Es decir, si bien no significa entrar a realizar una nueva valoración de las pruebas, si corresponde al juez de la anulación verificar que el Tribunal de Arbitramento se haya ceñido a las antes citadas normas de apreciación de las pruebas.**”* (f. 21, c. ppal. – negrillas originales del recurso)

El recurrente también reprocha al laudo porque allí se sostuvo que una vez terminados unilateralmente los contratos de concesión celebrados con las concesionarias incumplidas, la entidad convocada no tenía la obligación de adelantar nuevos procesos de licitación dentro de un plazo fijo. Este argumento, utilizado para denegar las pretensiones de incumplimiento enervadas por la

demandante principal, en criterio de la parte impugnante no tuvo sustento jurídico alguno.

3.1.3. Con relación a la decisión de las pretensiones principales 3.12. a 3.21., y las pretensiones subsidiarias a la 3.20. (3.20.1. a 3.20.5.) de la demanda arbitral principal

Al momento de decidir la procedencia de estas pretensiones, sostiene la parte censora que el laudo se fundó en conciencia y en equidad:

“... en especial al definir el alcance de la integración total a la que refiere la fase 2 del artículo 19 del Decreto 309 de 2009 y el numeral 1.1.1. del anexo técnico de los contratos de concesión, así como si la misma estaba sometida al cumplimiento de unos hitos, y al definir si en la referida fase debía ocurrir la integración operacional y tarifaria del 100% de las rutas y servicios del transporte público. Lo anterior en consideración a que (i) el Tribunal se apartó de las pruebas valoradas, y (ii) al no valorar en conjunto el material probatorio obrante en el proceso, esto es, apartándose de las reglas jurídicas que regulan la valoración de las pruebas...”

Advirtiendo previamente que su objetivo no es *“discutir la referenciación que a las normas y a los documentos contractuales realiza el Tribunal, ni la interpretación que de ellos hace, sino (...) el no haber soportado su decisión en el material probatorio que obra en este proceso, así como no haber realizado la valoración conjunta de las pruebas...”*, el recurrente desarrolla su acusación así:

- Al considerar que la culminación de la fase II de implementación del SITP no estaba sujeta a la fijación de los “hitos” de desintegración física de los vehículos del TPC, la integración operacional, la integración tarifaria, la integración física y la integración virtual, los árbitros ignoraron el Decreto 535 de 2011 que sí los contempló. Además, en un comunicado (2014EE7436 O 1 del 28 de abril de 2014) Transmilenio manifestó que, dada la complejidad del sistema, en lugar de someter el fin de la fase II de implementación del SITP a una fecha cierta, decidió atarla al cumplimiento de unos hitos fundamentales³. La decisión tuvo en cuenta esta prueba sólo para demostrar las causas que han afectado la implementación, y no para determinar el momento en que debía finalizar la mencionada fase II.

³ El recurso cita el documento así (f.31, c. ppal.): *“Así mismo, la Alcaldía Mayor de Bogotá reconociendo que este era un proceso de implementación complejo y que debía ser progresivo, sin afectar el servicio público de transporte, decide desligar la culminación de la Fase II de la implementación del SITP de una fecha exacta para en su lugar atarla al cumplimiento de unos hitos fundamentales para el sistema los cuales deben ser fijados por el ente gestor, por esta razón en el 2011, la Alcaldía Mayor de Bogotá, expidió el Decreto 535, de noviembre 29 de 2011, por medio del cual eliminó el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009. Conforme lo anterior, el plan de trabajo general de implementación del SITP, propuesto en términos generales incluía los hitos o actividades que se relacionan a continuación (...)”*

- Para determinar si durante la fase II debía ocurrir la integración operacional y tarifaria del 100% de las rutas y servicios del TPC –como lo estimaba la parte convocante-, el Tribunal indicó que uno de los considerandos del otrosí nº 7 de 2013 celebrado por las partes “*no refleja la interpretación del anexo técnico, ni modifica el contenido del contrato en cuanto hace a la fase 2 de la implementación gradual y sucesiva*”, es decir, que no era necesario que la mencionada integración ocurriera en su totalidad durante la fase II. Esta conclusión del Tribunal:

*“... (i) omitió valorar la (sic) pruebas existentes en el proceso relacionadas con el **contexto de todas las consideraciones, el marco fáctico de circunstancias, los Contratos de Concesión 001 y 002 de 2010** y (ii) los supuesto (sic) en los que basó su conclusión el Tribunal, a saber, que la fase operativa propiamente dicha daba inicio con la expedición de la orden de inicio de operación, y que para tales efectos el concesionario debía cumplir con las obligaciones de la implementación en un plazo de 16 de (sic) meses, no se soportan en pruebas obrantes en el proceso, y por el contrario se aparta de las existentes.”*

- El Tribunal afirmó que “*con la expedición del acta de inicio de operación, se da inicio a la denominada fase operativa propiamente dicha*” aseveración carente de sustento probatorio, según el parecer de la recurrente porque: (i) no valoró la cláusula primera del otrosí nº 7 modificatorio de los contratos de concesión; (ii) no tuvo en consideración la cláusula 13 de los contratos de concesión, y tampoco la modificación introducida a dicha cláusula por el otrosí nº 7. De los textos de estos documentos contractuales no se desprende lo que el Tribunal entendió de ellos, por eso la decisión no podía “*realizar tal afirmación sin siquiera enunciar prueba que respalde el supuesto en el que basa su conclusión, o por qué se aparta del contenido de los contratos*”. Igualmente, el recurrente se queja porque el laudo omitió valorar las pruebas en las que consta el inicio de operación:

“... que para el contrato de concesión 001 (...) correspondió al 17 de octubre de 2012, y para el contrato de concesión 002 de 2010 ocurrió el 25 de mayo de 2013, ambas emitidas antes del Otrosí 7 (...)

*Así es evidente que el supuesto en el que soporta el tribunal su conclusión, esto es, que **con la expedición del acta de inicio de la operación, comenzó la segunda fase de la etapa operativa denominada fase operativa propiamente dicha**, se traduce en un desconocimiento evidente de las reglas de valoración conjunta y de la sana crítica, pues no hay forma de que conforme a lo pactado la etapa operativa iniciara con la segunda de las fases que la conforman.”*

- El Tribunal aseguró que para la expedición de la orden de iniciación, con la que arrancaba la “*Fase Operativa propiamente dicha*” era necesario que el concesionario cumpliera las obligaciones de la implementación y de la fase

preoperativa, incluyendo realizar la implementación dentro del plazo de duración de dicha fase, correspondiente a 16 meses. La recurrente sostiene que dicha apreciación omite los documentos en que consta la fecha del acta de inicio, el otrosí nº 7, el mismo contrato en sus cláusula 22 modificada por los otrosíes 1, 2 y 3, comunicados de Transmilenio, y el testimonio de una de las funcionarias interrogadas durante el transcurso del proceso (Nubia Quintero).

3.1.4. Respecto a las pretensiones 3.50. a 3.54. de la demanda principal referidas a la entrega de patios zonales definitivos

EEMB alega también que al resolver estos pedimentos, relativos a la declaración del incumplimiento contractual de Transmilenio porque esta entidad no entregó los patios o terminales zonales definitivos, generando perjuicios representados en los kilómetros en vacío recorridos por la flota desde los patios transitorios hasta los puntos de inicio de las rutas, la decisión arbitral *“(i) resolvió la controversia asumiendo pruebas que no obran en el proceso; y (ii) su decisión no se soportó en el derecho positivo vigente”*.

Al estudiar esta temática el Tribunal indicó que: (i) de acuerdo con la cláusula 14 de los contratos de concesión las partes pactaron la posibilidad de prorrogar la etapa de transición, motivo por el cual consideró que este periodo no estaba sometido a plazos perentorios o inamovibles; (ii) por esa transitoriedad, Transmilenio amplió el término antes de finalizar el período dispuesto inicialmente en la mencionada cláusula 14; (iii) la concesionaria con sus actos aceptó esta prórroga, hecho que demostró a través de los informes de la interventoría; (iv) en todo caso, el deber de entregar los patios no era de Transmilenio sino del Distrito Capital de Bogotá, dos personas jurídicas distintas.

En criterio de la convocante, el Tribunal laudó en conciencia al asumir que existía un acto de delegación y/o autorización del Distrito a Transmilenio para ejercer la facultad de prórroga de la etapa de transición, sin que exista una prueba en el expediente en donde conste ello. Para demostrar su aserto, la sociedad impugnante pone en conocimiento de esta Corporación la respuesta a un derecho de petición que no hizo parte del trámite arbitral (f. 73, c. ppal.) en donde – de acuerdo con el recurso- Transmilenio admite que la potestad de prórroga de la etapa de transición no le fue transferida mediante acto administrativo. Este nuevo

elemento es traído al conocimiento del juez de anulación por significar una afrenta contra el Estado de Derecho y:

“... cuya incidencia es tal que hoy tiene ad portas de una parálisis total al Sistema de Transporte Masivo de la ciudad de Bogotá, como consecuencia de la carga onerosa, insostenible e ilegal que deben soportar los concesionarios como consecuencia de lo decidido por el Tribunal Arbitral, en desconocimiento del derecho vigente y aplicable a los contratos de la administración pública⁴.”

Igualmente, al manifestar que el concesionario aceptó tal prórroga, el Tribunal ignoró los elementos de convicción en donde se evidenciaba que la convocante, por el contrario, se opuso a la prórroga. Cita a tal efecto el comunicado 205EE2666901 del 30 de diciembre de 2015 de Transmilenio, y los comunicados de EEMB del 19 de enero de 2016 y del 4 de noviembre de 2015 en donde esta compañía puso de presente que esa extensión de plazo no podía ser entendida como el ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral del contrato, y significaba el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Por último, asegura que los informes de interventoría refieren la conducta del concesionario, en el sentido de proseguir con la prestación del servicio público de transporte, pero no reflejan la postura del contratista respecto de la prórroga de la etapa de transición y sus efectos.

3.2. Sustentación de la causal octava – disposiciones contradictorias, errores aritméticos o por omisión

Previa advertencia de haber solicitado aclaración sobre estos aspectos, la parte recurrente manifiesta que el Tribunal tomó decisiones contradictorias al decidir las pretensiones de la demanda relativas a los desincentivos. En ese orden de ideas, cita el ordinal quinto del numeral primero de la parte considerativa del laudo

⁴ “Léase, Documento N. 2018EEI 6396, de fecha 24 de agosto de 2018. Respuesta derecho de Petición mediante el cual el peticionario solicita se entreguen copia de los actos administrativos relativos a la ampliación de la etapa de transición por parte del Distrito y de aquellos que facultan a Transmilenio para que por fuera del alcance de sus obligaciones comunicara de dicha decisión a los concesionarios. A lo cual respondió: “(...) Adicionalmente, en el laudo arbitral se aborda, en forma clara y precisa la cuestión de cómo se le informó al concesionario sobre la decisión de prorrogar la duración de la Etapa de Transición y, al respecto, se puede citar el siguiente párrafo de los varios que se refieren al punto específico: “La cláusula 14 solo hace referencia al deber del Distrito de informar la ampliación de la etapa de transición, pero no establece como se debe cumplir o qué mecanismos se deben utilizar para dicho cometido si lo podía hacer directamente o por interpuesta persona. Ahora, si la demandada decidió informarle al Concesionario la extensión de la transitoriedad de la entrega de patios definitivos, esa sola circunstancia no demuestra el ejercicio arbitrario de la facultad de la prórroga”. En el entendimiento del Tribunal Arbitral, tal y como se evidencia en el párrafo que antecede, no se requería de un acto de delegación para que el Distrito le diera a conocer a los concesionarios, por conducto de Transmilenio, la decisión de ampliar la Etapa de Transición(...)”. Lo anterior es prueba fehaciente del desconocimiento absoluto del régimen jurídico vigente aplicable a los contratos de la administración pública, así como a la obligación de que sus actos sean motivados,” (Cita del recurso de anulación nº 32).

(atinente a la decisión de la pretensión 3.3. de la demanda arbitral principal) y sostiene que se contradice con el ordinal segundo del numeral segundo del fallo (que decidió una de las pretensiones de la demanda de reconvención).

La primera decisión declara la nulidad absoluta del numeral 4º de la cláusula 131.2. de los contratos *“porque en estos casos debe aplicarse el procedimiento previsto por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011”*, aceptando el carácter sancionatorio de la imposición de desincentivos; mientras que en la segunda declara la validez y eficacia de las cláusulas 131 y 131.2. en su versión modificada por las partes mediante el otrosí nº 5 del contrato, encargadas de regular *“el procedimiento para la imposición de desincentivos operativos al Concesionario excepto lo que dispone en el numeral 4º de la cláusula 131.2, pues en tal evento debe aplicarse, cuando proceda, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.”*

Para la recurrente existe una evidente contradicción en la parte resolutive del fallo, y entre esta y la parte motiva, toda vez que al mismo tiempo en que el Tribunal reconoce el carácter imperativo del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para anular parcialmente la cláusula 131.2., manifiesta su carácter supletorio para declarar la validez y la eficacia del resto de la cláusula, algo que carece de toda lógica.

3.3. Posición de la parte convocada (Transmilenio)

Transmilenio dijo (f. 122-166, c. ppal.) que el recurso de anulación del laudo que dirimió las controversias sostenidas con EEMB no debe prosperar y que debe ser negado por su improcedencia.

Así, en relación con la causal séptima que alega la recurrente, sostiene – en líneas generales- que el contenido de su ataque revela *“el desacuerdo de la parte convocante con la decisión del Tribunal Arbitral, pero ninguno de los reparos formulados demuestra la existencia de un fallo en equidad o en conciencia, y ello es así porque el laudo arbitral se profirió en derecho”*. Transmilenio aprovechó esta oportunidad procesal para contradecir a su contraparte en cada uno de los puntos expuestos y defender el laudo que, en su criterio, mostró un apego completo a las pruebas practicadas y al ordenamiento jurídico.

Sobre la causal octava, Transmilenio expresa que no hay contradicción alguna en el fallo y que su contraparte sustentó el cargo a partir de una lectura *“prevenida y*

equivocada” de lo dicho por el laudo, cuyo objetivo es “extender el alcance de la nulidad decretada por el Tribunal Arbitral (...) más allá de los confines de la argumentación en que se basó el Tribunal Arbitral para arribar a la conclusión a la que llegó sobre la procedencia de declarar solo una nulidad parcial de la aludida cláusula, no por una razón distinta a haber llegado a la convicción de que el resto de la estipulación es válida y eficaz, como en efecto lo declaró, porque consideró que las otras estipulaciones de las cláusulas no entran en contravía con el artículo 86 la norma de la Ley 1474 de 2011”. También expresa que la acusación bajo esta causal encubre la inconformidad de EEMB con la cuestión resuelta por los árbitros.

3.4. Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Judicial II para asuntos administrativos rindió concepto desfavorable a la pretensión anulatoria del laudo arbitral (f. 167-179, c. ppal.). Desde su perspectiva, la vista fiscal expresa (i) que el laudo no fue expedido en conciencia sino que se basó tanto en el derecho positivo vigente y aplicable al caso, como en las pruebas allegadas y practicadas de manera regular durante el proceso. Y sobre el recurso, manifiesta que lo perseguido por la convocante es una revisión de fondo de la decisión de los árbitros, algo que escapa al recurso extraordinario de anulación excediendo así el ámbito de la causal alegada.

Señaló igualmente (ii) que la anulación bajo la causal octava es improcedente, dado que no existió contradicción alguna en el laudo, *“sino un estudio de cada una de las situaciones que pueden presentarse dentro de la imposición de los denominados desincentivos a la luz de la normatividad vigente, sin que la inconformidad del recurrente en el fundamento de las conclusiones de dicho estudio tenga la virtualidad de configurar una contradicción que dé lugar a la anulación de la decisión arbitral”.*

3.5. El trámite del recurso.

El 22 de octubre de 2018, esta Corporación avocó el conocimiento del recurso de anulación (f. 185-187, c. ppal.) conforme a lo contemplado en el artículo 198 numeral 3º de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

IV. CONSIDERACIONES

Previa resolución del recurso interpuesto, la Sala analizará, en su orden: i) la competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; ii) el recurso de anulación de laudos arbitrales, su naturaleza y características; (iii) las causales invocadas y el recurso de anulación en el caso concreto; iv) condena en costas.

4.1. Competencia

A la Sección Tercera del Consejo de Estado le corresponde 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 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), conforme al inciso 3º del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012⁵.

Como Transmilenio 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 públicas, esta Corporación es competente para conocer de este asunto.

4.2. El recurso de anulación de laudos arbitrales, su naturaleza y características. Reiteración jurisprudencial⁶.

La jurisprudencia de la Corporación ha sido pacífica en señalar la naturaleza restrictiva, extraordinaria y, por ende, excepcional, del recurso de anulación de laudos arbitrales⁷, al tenerse en cuenta que su finalidad se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores *in procedendo* (por violación de leyes procesales), es decir, por quebrantamiento de normas reguladoras de la actividad procesal, desvío

⁵ “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”.

⁶ Se reitera lo sostenido por esta Subsección en sentencias del 23 de abril de 2018, radicados: 11001-03-26-000-2017-00106-00 (59731) y 11001-03-26-000-2017-00150-00 (60181).

⁷ 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).

del juicio o vulneración de las garantías del derecho de defensa y del debido proceso, más no por errores de juzgamiento o *in iudicando* (por violación de leyes sustantivas).

Entonces, la discusión en torno a si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), si incurrió en yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las que arribó, son ajenas a la competencia de esta Corporación, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, por tanto, no puede intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones o rectificar sus razonamientos o criterios⁸.

Así, las facultades del juez del recurso de anulación de laudos arbitrales están limitados por el llamado “*principio dispositivo*”⁹, y según este, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que se persigue dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra¹⁰.

Por lo anterior, al juez no le es permitido establecer cuál es la causal que el recurrente invoca¹¹, ni interpretar lo expresado por el recurrente con el propósito de deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario de anulación¹².

4.3 Las causales invocadas y el recurso de anulación en el caso concreto

4.3.1. Causal séptima

Este supuesto de invalidez del laudo arbitral está contenido en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012:

“7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.”

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril de 2017, Expediente No. 58527.

⁹ 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.

¹⁰ BEJARANO Guzmán Ramiro y otros, *Recurso de Anulación de Laudos Arbitrales*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pág. 24.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Expediente 25094, entre otras,

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Exp. 25094, entre otras,

En pronunciamientos anteriores¹³ la Sala ha constatado el desarrollo jurisprudencial de esta causal entendiendo 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.

La jurisprudencia de esta Subsección¹⁴ ha caracterizado de manera diferenciada al laudo en conciencia y al laudo en equidad, en estos términos:

“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.”¹⁵

También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracteriza por prescindir totalmente del acervo probatorio¹⁶ o de las normas jurídicas,¹⁷ por la ausencia de razonamientos jurídicos¹⁸ o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.¹⁹

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.

(Ahora, 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.”²⁰

Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso (...)

¹³ En este punto, se reiteran las consideraciones vertidas por la Subsección C en sentencia del 19 de julio de 2017. Rad. 11001-03-26-000-2017-00043-00(59067)

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 21 de febrero de 2011. Rad. 11001-03-26-000-2010-00025-00(38621)

¹⁵ “Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320).” (cita original de la sentencia n° 14)

¹⁶ “Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468).” (cita original de la sentencia n° 15)

¹⁷ “Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543).” (cita original de la sentencia n° 16)

¹⁸ “Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090 29704 y 34543).” (cita original de la sentencia n° 17)

¹⁹ “Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411)” (cita original de la sentencia n° 18)

²⁰ “Artículo 116 de la Constitución Política”. (cita original de la sentencia n° 19)

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 habilitan²¹ para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.²²

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 las controversias contractuales debe ser siempre en derecho.

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.

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 prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se configura cuando: a) El laudo en 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.”

²¹ “Artículo 116 de la Constitución Política”. (Cita original de la sentencia nº 20)

²² “Numeral 1º del artículo 38 del C. P. C.” (Cita original de la sentencia nº 21)

A partir de aquí, la Sala evidencia que las acusaciones formuladas por la recurrente con sustento en la citada causal séptima se enfocan mayoritariamente en reprochar la existencia de un laudo en conciencia, es decir, no se objeta la decisión porque los árbitros hayan estimado que la solución legal a los conflictos traídos a su conocimiento pugnaba con la equidad y la justicia sino porque en las cuatro situaciones denunciadas (párr. 3.1.1. a 3.1.4.): (i) los árbitros se apartaron del ordenamiento jurídico, sustentando el laudo en fuentes ajenas a las del derecho y propias de su esfera de convicción interna y/o (ii) dejaron de lado las pruebas del proceso, apoyándose así no en los elementos de conocimiento regularmente decretados, practicados y allegados al expediente arbitral sino en su criterio subjetivo.

Dicho esto, a continuación, corresponde estudiar si la causal se configura a partir de los cargos indicados por la impugnante en su oportunidad, tomando en necesaria consideración el contenido de la decisión arbitral:

4.3.1.1. El cargo de laudo en conciencia basado en la resolución de las pretensiones 3.2. y 3.3. de la demanda principal

4.3.1.1.1. El argumento de este reparo consiste en señalar que, a pesar de la mención que hizo el Tribunal de varios preceptos legales con ocasión del estudio de las pretensiones 3.2. y 3.3. de la demanda principal, cuando sostuvo, como razón principal de su decisión, que algunos decretos de orden distrital y en particular el Decreto 309 de 2009 contenían una política pública de transporte de Bogotá D.C., se apartó del ordenamiento jurídico para apoyarse en su leal saber y entender.

4.3.1.1.2. Para un mejor entendimiento de este reproche, la Sala se detendrá en el análisis estructural de las motivaciones del laudo sobre este punto.

Para empezar, el Tribunal trajo a colación varios fragmentos que consideró pertinentes, de los “antecedentes y documentos formativos” de los contratos de concesión sub iudice, estos fueron, los estudios previos, el pliego de condiciones, los textos contractuales y los otros íes suscritos por las partes (f. 94-118, c. 6 ppal.).

En relación con los estudios previos, señala el contenido del acápite de antecedentes en donde se reseñó: (i) El Acuerdo 4 de 1999 del Concejo de Bogotá y la Escritura Pública 1528 del 13 de octubre de 1999 de la Notaría 27 de Bogotá, relativas a la autorización concedida al Distrito para la creación de Transmilenio y a su acto de constitución, respectivamente; (ii) El Plan Maestro de Movilidad adoptado mediante el Decreto 319 de 2006; (iii) el Decreto 486 de 2006 que encargó a Transmilenio *“la responsabilidad por la integración, evaluación y seguimiento de la operación del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP, así como adelantar los procesos de selección necesarios para poner en marcha la integración del transporte colectivo con el actual sistema de transporte público masivo bajo las condiciones previstas en el mismo Plan Maestro de Movilidad, en la Ley 310 de 1996 y sus normas reglamentarias y modificatorias”*²³; (iv) el Decreto 309 de 2009 *“Por el cual se adopta el Sistema Integrado de Transporte Público para Bogotá, D.C., y se dictan otras disposiciones”, definitorio de los principios y políticas necesarias para su implementación, y precisa que el “Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP ha sido estructurado sobre la base de la reglamentación legal que rige la implementación y operación del sistema de transporte masivo de pasajeros”*²⁴. (Subrayas no originales del texto).

Mas adelante, el Tribunal precisó el régimen legal del contrato, conforme a lo establecido en los estudios previos, y en los pliegos de condiciones de la licitación pública extendido a la adjudicación y a los contratos estatales de concesión. Dicho régimen constaba, señaló, en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y demás normas que modificatorias y reglamentarias; la Ley 105 de 1993 sobre concesiones viales, en las leyes sobre transporte (Leyes 310 de 1996, 336 de 1996, el Decreto 3109 de 1997), y en la normativa distrital, particularmente en los Decretos 319 y 486 de 2006, y 309 de 2009.

Precisado lo anterior, el Tribunal se detuvo en la disposición sistémica del contrato, y destacó múltiples capítulos y cláusulas, así como los 7 otrosíes pactados entre las partes, con especial atención sobre las cláusulas 23 y 24 que expresaban los derechos y las obligaciones contractuales de Transmilenio, respectivamente.

²³ F. 95, c. ppal.

²⁴ Ibid.

Esta normativa, infirió el Tribunal, estaría guiada, en su interpretación, por los principios *“del interés público, social o general, la función administrativa y los servicios públicos”* contenidos en los artículos 1º y 209 de la Constitución Política de Colombia. En lo no previsto en la normativa especial, preferente y prevalente, de derecho público, concluyó, *“aplica el Derecho Privado, civil o comercial”*.

Definido así el marco legal, el Tribunal se remitió al artículo 38 de la Ley 153 de 1887, por cuya virtud, ha de entenderse que las leyes vigentes al momento de la celebración del contrato se entienden incorporadas a él, efecto este que interpretó con apoyo en la jurisprudencia, pero que encontró necesario entender sin perder de vista el artículo 1501 del Código Civil que diferencia los elementos esenciales, naturales y accidentales de los contratos, y los artículos 1603 de la misma codificación y 871 del Código de Comercio, referidos ambos a la buena fe como parámetro de conducta en la celebración y ejecución de los contratos.

Como lo reseñó líneas atrás esta Sala, el Tribunal confirió especial significación al instituto de la integración normativa, de modo que para explicar mejor sus alcances en relación con la definición del marco de obligaciones y derechos de las partes vinculadas al contrato, se valió de varios antecedentes jurisprudenciales, para inferir que *“no todas las leyes integran el contenido del contrato, sino las relativas a su disciplina jurídica general y singular, las que gobiernan su celebración, existencia, forma, presupuestos de validez, prestaciones interpartes, y sean específicamente aplicables al negocio jurídico de que se trate según su tipología, naturaleza, materia, intereses y efectos”*, por lo que la integración normativa del contenido contractual *“exige cuidadoso análisis de la normas jurídicas y estipulaciones contractuales para prevenir excesos, descarríos o la desnaturalización e infirmación del contrato en virtud de la extensión indiscriminada de la relación jurídica obligatoria, los deberes de prestación y la responsabilidad con obligaciones que la ley impone a las entidades públicas por su constitución, organización, estructura, funcionamiento y funciones, o por las políticas públicas programáticas, abstractas y generales”*²⁵.

En ese sentido, precisó que si bien es cierto, la Ley puede establecer obligaciones a las entidades públicas en lo que compete a sus funciones y a la formulación de una política pública,

²⁵ F. 123, c. 6 ppal.

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

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

Ello, requiere una expresa referencia legal o, una estipulación contractual, singular, concreta y específica, ya por determinar la misma ley su aplicación o disponerla las partes en el contrato. Este aspecto supone un análisis del contrato en particular, su disciplina jurídica y materia regulada en la ley.

En línea de principio, las partes en ejercicio de su libertad contractual, podrán estipular en contrario y excluir, sustituir o modificar los elementos naturales del contrato, en singular respecto de ciertas normas jurídicas que se entienden incorporadas per ministerium legis, al contenido del contrato mediante una estipulación (accidentalia negotia), siempre que la misma ley no lo prohíba, excluya ni concierna a materias de ius cogens (orden público), esto es, no contraríen normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres u obedezca a abusos de poder dominante contractual, cláusula abusiva, abuso del derecho o aprovechamiento de la manifiesta condición de inferioridad, indefensión o debilidad de una parte²⁶. A tal efecto, las estipulaciones de los contratos ceñidas al²⁶ ordenamiento jurídico prevalecen sobre normas legales dispositivas o supletivas (artículo 4º, C. de Co). En cambio, las normas imperativas no admiten posibilidad de modificación o exclusión.”²⁷

Luego de esta exposición, y a partir de los documentos analizados (particularmente del pliego de condiciones y del texto de los contratos de concesión), el Tribunal sostuvo lo siguiente:

*“La síntesis de las pruebas y de los documentos contractuales precedentes, permiten concluir que como se previó en el numeral 1.13 de los Pliegos de la Licitación Pública TMSA-004-2009, el **“marco legal”** de la misma **“y de los contratos”** está conformado por el conjunto de las disposiciones jurídicas allí indicadas, con el sentido y alcance que las partes las acordaron en los Contratos de Concesión Nos. 001 y 002 de 2010, sus anexos y documentos integrantes. No, por efecto de la integración normativa, sino de lo pactado y en la forma estipulada.”²⁸ (Subrayas y negrillas originales del laudo)*

²⁶ “Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 8 de septiembre de 2011, Exp. 11001-3103-026-2000-04366-01: —[...] las libertades ciudadanas, dentro de éstas la contractual, a falta de prohibición expresa, clara e inequívoca del legislador, tienen vocación de libertad, las sanciones excepcionales, y todas las —disposiciones legales que establecen causas de nulidad en los actos y contratos son de interpretación estricta, según la regla de que las leyes odiosas han de entenderse dentro de sus términos precisos, sin que puedan aplicarse a casos no expresados en ellas (cas. civ. de 13 de noviembre de 1923. G.J., tomo XXX, pág. 212)” (cita 124 del laudo).

²⁷ F. 124, c.6 ppal.

²⁸ F. 125, c.6 ppal.

De este modo, para el Tribunal fue claro que los deberes de política pública fueron expresados en los contratos como “derechos” de Transmilenio, de acuerdo con la cláusula 23 de los contratos, citada por el Tribunal, mientras que la cláusula 24 pactó las obligaciones contractuales de Transmilenio, entre ellas “adelantar las actividades de gestión y control del SITP”, “en los términos establecidos en el presente Contrato y en el Manual de Operación” para permitir “al CONCESIONARIO el desarrollo de la actividad de transporte, que es objeto de la Concesión”.

Tales disposiciones, en criterio de los árbitros, no sólo no resultaban contradictorias, ambiguas o anfibológicas ni contraventoras del orden público o de normas de carácter imperativo, sino que constituían la expresión de la autonomía de la voluntad de las partes para regular su relación contractual.

Así, a manera de conclusión, definió la prosperidad parcial de las pretensiones 3.2. y 3.3. en los siguientes términos:

“Desde esta perspectiva, y con el estricto alcance expresado, la pretensión 3.2. prospera parcialmente respecto de la evaluación y seguimiento de la operación que es desarrollo concreto de la obligación de control, y no en lo relativo a la responsabilidad por la integración, que por demás es ulterior a la implementación en la cual también el Concesionario contrajo prestaciones, cuyo cumplimiento previo es menester para integrar el sistema.

La pretensión 3.3., prospera parcialmente en cuanto TRANSMILENIO como Ente Gestor del SITP, tiene el derecho de realizar la planeación estructural del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP.”, “realizar la supervisión, vigilancia y control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP”, supervisar el desarrollo y ejecución del presente Contrato”, y la obligación de “[a]delantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión y control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP, en los términos establecidos en el presente Contrato y en el Manual de Operación, que permitan al CONCESIONARIO el desarrollo de la actividad de transporte, que es objeto de la Concesión”, y por consiguiente, con este preciso alcance, le corresponde la gestión, organización, planeación, estructuración, vigilancia, control, seguimiento y coordinación del servicio de transporte público, masivo, urbano, de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, esto es, del Sistema Integrado de Transporte Público SITP.”

4.3.1.1.3. Vista así la estructura argumental del laudo, la Sala no encuentra razones para sostener que las decisiones proferidas frente a las pretensiones 3.2 y 3.3. de la demanda principal se adoptaron en conciencia y no en derecho. Como ya se señaló, la decisión se estima en derecho cuando en su razonamiento se utilizan y desarrollan fuentes jurídicas, incluidas aquellas que no emanan de la autoridad competente para instaurar normas de contenido general y abstracto. En

vigencia del régimen arbitral anterior, la Sala tuvo ocasión de analizar este punto cuando el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, contenido en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, definía el arbitraje en derecho como aquel fundamentado en “el derecho positivo vigente” para indicar que no solamente los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios atribuyen la cualidad de fallo en derecho:

“En consecuencia, si la norma indica que el fallo en derecho es el que se apoya en el “derecho positivo” es necesario delimitar este concepto jurídico indeterminado para concretarlo. Lo inmediato que cabe advertir es que la noción más pura y fuerte de la expresión derecho positivo alude al derecho escrito, bien por el legislador, bien por el gobierno, o bien por la autoridad que en cada caso tenga la potestad de crear normas. Esto significa que derecho positivo es el contenido en normas expedidas por las autoridades competentes para hacerlo. En la filosofía, en cambio, lo positivo es lo existente, lo tangible, lo establecido y dado de manera objetiva, por oposición a lo intangible y subjetivo, acepción que ayudó a construir la más técnica que usa el derecho.

Por tanto, surge la duda acerca de si el derecho que se expresa en las demás fuentes del ordenamiento jurídico –como la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre, los principios generales, entre otras-, es decir, las fuentes no normativas, se integran al concepto derecho positivo. Para la Sala no cabe la menor duda que sí, es decir, que la acepción de esta expresión, en el contexto de la definición de laudo en derecho del art. 115, recoge todas las fuentes del ordenamiento, porque son jurídicas, establecidas, objetivas, existentes y reales –sentido afín al de la filosofía-, y si los árbitros las aplican a un caso concreto la controversia se entiende resuelta conforme al ordenamiento –es decir, al sistema normativo externo a cada individuo- que goza de la característica de la heteronomía, no de la autonomía.

(...) Entender que la expresión derecho positivo se reduce a las fuentes normativas –Constitución, Ley y reglamento- desconocería que el ordenamiento jurídico no se reduce a los preceptos, porque constituye un sistema que combina de manera vasta la pluralidad de sus fuentes, para producir una decisión particular. De esta forma, derecho positivo, en su acepción amplia, se refiere a las fuentes del derecho explícitas; esto es, objetivas; es decir, existentes, bien en normas o bien en textos que hacen parte del mismo derecho, como las que lo explican. Aquí se reencuentra esta noción con la que procede de manera más pura de la filosofía del derecho²⁹.

En este contexto, derecho positivo se opone a derecho natural, es decir, al derecho implícito, sobreentendido en sus reglas y alcance, cuando en realidad nadie lo ha producido y menos explicado con autoridad. Que un laudo sea en derecho positivo autoriza a los árbitros a usar las mismas fuentes del derecho que aplica el juez natural de la controversia que las partes voluntariamente excluyeron de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, instituida de manera permanente por el Estado. No entenderlo así conduce a pensar que si un tribunal que debe fallar en derecho se apoya en la jurisprudencia entonces decide en conciencia, porque no se basó en el derecho vigente. Lo mismo cabe decir de la doctrina aplicable a un contrato o de la costumbre que lo inspira, si se utilizan

²⁹ “Al respecto indicó la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia proferida el 18 de mayo de 2000 –exp. 17.797-: “... si en el laudo se hace la más mínima referencia al derecho entendido en su más amplia acepción (normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o, jurisprudencia) es calificable como ‘en derecho’ y no en ‘conciencia’.” (cita original n° 13 de la sentencia)

como fundamento de la decisión arbitral³⁰. Esta posición es inadmisibles. Por el contrario, los casos mencionados son típicos fallos en derecho, porque se sirven del ordenamiento positivo, es decir, de las fuentes formales del derecho – prácticamente todas escritas, aunque la costumbre no- lo que garantiza que la decisión no se inspira en el leal saber y entender del árbitro, ni en la noción o idea de justicia personal, ni en un criterio subjetivo sobre lo que es una decisión correcta, porque aplicando las fuentes del derecho el árbitro queda compelido a desprenderse de su pasión personal, de su opinión y convicción íntima -alejada de las reglas y los criterios-, nacidos de su pura conciencia, para entregarse a un sistema de la razón –jurídica- que preexiste a él y se ubica encima de su propia humanidad.”³¹

De suerte que la convocante y aquí recurrente desacierta al estimar que el laudo no fue proferido en derecho porque la referida subregla extraída por el Tribunal no estaba contenida en ningún precepto legal. Por el contrario, el objeto de la causal lo constituye no solamente la alusión al derecho legislado sino que la interpretación y argumentación de los árbitros desarrollen las fuentes del derecho ampliamente entendidas, en donde no solo caben la Constitución, la Ley o el reglamento sino la jurisprudencia y la doctrina. En el laudo, se vio un razonamiento de contenido claramente jurídico, aplicando fuentes jurídicas pertinentes para el asunto.

Con ese análisis, eminentemente jurídico, el Tribunal confecciona la subregla para dirimir esta parte del conflicto: las normas consagradorias de políticas públicas, con todo y lo vinculantes que son para la entidad convocada en otros ámbitos, solo tienen alcance contractual si están plasmadas expresamente como obligaciones a cargo de la contratante y exigible por su contratista, desprendidas de lo pactado por las partes en la manera que fue estipulada.

Aplicando este postulado al caso concreto, la pretensión 3.2. fue concedida de manera parcial porque antes de analizar los deberes de “evaluación”, “seguimiento” e “integración” del SITP, conforme a los decretos distritales indicados en la controversia, para los árbitros fue prioritario verificar con antelación si dichos mandatos eran obligaciones explícitas dentro de los contratos de

³⁰ Sobre el uso de la doctrina, como fuente del derecho positivo, aplicable a una controversia, manifestó la Sección Tercera, en sentencia del 23 de agosto de 2001 –exp. 19.090-: “Ahora, en lo que atañe a la crítica del recurrente por la referencia que hicieron los árbitros a la doctrina contable para deducir de la misma referencia que el fallo fue en conciencia y no fue en derecho, la Sala resalta que una referencia a la doctrina como criterio auxiliar de los jueces, que no fue base única en la producción del fallo, que fue simplemente aledaña – no exclusiva- a los fundamentos jurídicos vigentes descarta por completo, esa calificación. // “Cabe resaltar que en los laudos arbitrales, como expresión judicial del Estado, es legítima la mención a la doctrina, entre otros, a términos de la Carta Política (art. 230) que la consagra como criterio auxiliar del juez, más aún cuando éste se ve avocado a irrumpir en temas no jurídicos, como es la ciencia contable financiera”. (cita original n° 14 de la sentencia).

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Rad. 11001-03-26-000-2013-00048-00(46779)

concesión, puntualmente a través de la cláusula 24 que estableció la obligación de Transmilenio de controlar la operación del SITP en su calidad de ente gestor, no así el de integración, por considerar que las actividades derivadas del propósito de integración del sistema no se encontraban señaladas expresamente como obligaciones contractuales; porque formaban parte de una etapa posterior a la implementación; y porque su atribución no se encontraba radicada exclusivamente de la entidad convocada. Y respecto de la pretensión 3.3 acudió a la cláusula 23 en donde consta como derecho de Transmilenio, y a la 24 para indicar su carácter obligatorio conforme al contrato y al manual de operaciones.

No le corresponde a la Sala, en el estricto estudio del recurso extraordinario de anulación, evaluar si esta argumentación es plausible o no, toda vez que ello invadiría el juicio jurídico que el Tribunal efectuó de forma autónoma y avanzaría a terrenos vedados a esta Sala, propios del control de eventuales errores in iudicando. En cambio, sí le compete evidenciar que en este punto de la acusación no le asiste razón a la recurrente, esto es, no hubo laudo en conciencia, hubo fallo en derecho respecto de las pretensiones 3.2. y 3.3. de la demanda arbitral principal, basándose para el efecto, el Tribunal, en normas vigentes y aplicables, que respondieron al problema jurídico suscitado por las mencionadas pretensiones de la demanda.

En consecuencia, este fragmento del cargo fracasa.

4.3.1.2. Cargo de laudo en conciencia respecto de las pretensiones 3.5. y 3.6. de la demanda principal

4.3.1.2.1. La impugnación, en este punto, alega que el Tribunal pretermitió el material probatorio y también se apartó del ordenamiento jurídico, según el recurrente, cuando, en el laudo, manifestó que la presencia del transporte público colectivo (TPC), denominado posteriormente como SITP provisional: (i) existía antes de la celebración de los contratos, (ii) era una circunstancia previsible para la concesionaria EEMB y, (iii) no fue una respuesta para garantizar el servicio público de transporte de la ciudad de Bogotá.

Para la recurrente, la aludida pretermisión tuvo lugar porque: (i) si bien el Tribunal hizo valoración probatoria de algunos elementos, sólo derivó consecuencia de ella en algunos apartes del laudo, al tanto que en otros, en los que resultaba pertinente

hacerlo, no lo hizo; y porque, (ii) respecto de otras pruebas, el tribunal las desconoció totalmente, sin explicación alguna.

Además, dice la recurrente que el Tribunal negó la declaración deprecada, de incumplimiento por parte de Transmilenio, y concluyó que este no tenía la obligación contractual de adjudicar nuevos contratos una vez terminados unilateralmente los suscritos con las empresas Egobus y Coobus, sin sustento jurídico alguno.

Este cargo fue formulado respecto de las decisiones arbitrales relacionadas con las siguientes pretensiones, ambas declarativas:

- La 3.5., que perseguía *“en consonancia con la anterior pretensión”*, es decir la 3.4., que se declarara el incumplimiento de Transmilenio de múltiples supuestas obligaciones: *“ejercer el control, vigilancia, y la relativa a exigir la adecuada ejecución e implementación de las zonas Fontibón, Perdomo y Suba Centro, adjudicadas a Coobus y Egobus”* y adoptar *“medidas de control e intervención”* frente a la ejecución de los objetos contractuales de las concesiones celebradas con esos contratistas, y que tal incumplimiento afectó la implementación y operación del SITP, disminuyó la demanda proyectada e impactó los ingresos operacionales de la convocante.

- La 3.6. solicitaba que se declarara que Transmilenio había sido responsable de cumplir, bajo su cuenta y riesgo, con la garantía de prestación del servicio público de transporte en las zonas de Fontibón, Suba Centro y Perdomo cuando se afectó la ejecución de los contratos de las empresas por motivos descritos en el artículo 5º de la escritura pública de constitución de la empresa convocada (1528 de 1999); y que, EEMB no estaba obligada a soportar los sobrecostos que implicó la falta de prestación del servicio en las mencionadas zonas.

4.3.1.2.2. Antes de referirse al contenido del laudo respecto de estas pretensiones, la Sala estima importante connotar que este denegó la pretensión 3.4. con la que se buscaba la declaración por el Tribunal, de la obligación contractual a cargo de Transmilenio, de cumplir con las obligaciones por ella adquiridas en el acta de constitución de Transmilenio. Esta decisión se adoptó observando los argumentos con los que también despacharon las pretensiones 3.2. y 3.3. mencionados en el

punto anterior. Las razones del Tribunal para no acceder a la pretensión 3.4., que cabe advertir no fue objeto del recurso, fueron manifestadas así:

“3. El Tribunal no encuentra que por la titularidad del Sistema y por sus obligaciones contractuales, TRANSMILENIO de suyo tenga la obligación de garantizar la prestación del servicio cuando se declare desierto un proceso de selección, suspendan o terminen anticipadamente los contratos o declare su caducidad con los operadores privados, por las causas previstas en la Ley o en los contratos, que tenga esa prestación de garantía, o que la previsión estatutaria contenida en el artículo 5 de la Escritura Pública 1528 del 13 de octubre de 1999 por la cual se constituyó, la contenga e incorpore ope legis, naturalia negotia, al contenido de los Contratos de Concesión, por cuanto las normas estatutarias relativas a la constitución y funcionamiento o, que señalan su objeto social no son elementos naturales del contrato, y tampoco existe en los contratos celebrados estipulación expresa a propósito, ni las normas jurídicas le imponen ese deber frente al Concesionario.

Estas últimas, prevén que a cargo TRANSMILENIO están los procesos de selección necesarios, actividades cumplidas con la selección de los distintos operadores, incluidos, Coobus y Egobus, cuyos contratos adjudicados y celebrados, debieron terminar por causas que no le son imputables. Contrario sensu, el Concesionario expresamente reconoció en el contrato el carácter esencial del servicio público objeto de concesión, la coexistencia del contrato con otros contratos o concesiones, actuales o futuros, para la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP- “y por lo tanto acepta y se somete a todas las decisiones que TRASMILENIO adopte en relación con la contratación de las concesiones” (Cláusulas 5 y 6). Asimismo, el Concesionario, se obligó a “garantizar la prestación del servicio público urbano de pasajeros” (17.1.17).³²

4.3.1.2.3. En ese contexto, y entrado en el estudio de las pretensiones objeto de este acápite, el Tribunal analizó la situación concerniente a los concesionarios Coobus y Egobus, encargados de operar el SITP en las zonas de Fontibón, Perdomo y Suba Centro. Lo hizo con base en las pruebas documentales que daban cuenta de los procedimientos sancionatorios iniciados en contra de esos contratistas, no solo por parte de Transmilenio sino también por la Superintendencia de Puertos y Transporte; y tomando en consideración un oficio de Transmilenio remitido a EEMB³³, el testimonio de Juan Fernando Cajiao, y el informe escrito rendido bajo juramento por el representante legal de Transmilenio con destino al proceso arbitral. El análisis de estos medios de prueba le permitió concluir que el impacto de la crisis de los concesionarios Coobus y Egobus en la implementación del SITP fue reconocido por las partes vinculadas al contrato de concesión. Igualmente que, con el propósito de hacer frente a tales circunstancias, se adoptaron medidas de mitigación, como lo informaron dentro del trámite del proceso arbitral los testigos Harold Ricardo García y Nubia Quintero.

³² F. 127, c.6 ppal.

³³ Se refiere al “oficio con radicado Nr. 2014EE7436 O 1, recibido el 29 de abril de 2014 por ESTE ES MI BUS” (f. 130, c. 6 ppal.).

En ese orden de ideas, en el laudo se puso de presente que:

La situación descrita igualmente impactó los compromisos de Coobus y Egobus en la desintegración de la Flota vinculada al TPC, pero no exonera del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los restantes concesionarios que le imponen el control de la flota asociada a sus propuestas y contratos, y la obligación de desintegrar dentro del término pactado. Tampoco exime cumplir la obligación contraída por cada concesionario de adquirir y vincular la flota según los pedidos de Transmilenio como parte gradual de la implementación del SITP y la etapa de transición del TPC que cada uno individualmente se obligó a realizar durante la “Fase de Puesta en Marcha” de la Etapa Operativa, “cuya duración se prolongará hasta tanto se termine el cronograma de implementación definido de común acuerdo entre el Ente Gestor y los Concesionarios en 16 meses en el caso de operación zonal y 18 meses en el caso de la operación troncal”, y en la cual, “se llevará a cabo el proceso de adquisición y vinculación de la flota de acuerdo con los pedidos que haga TRANSMILENIO S.A. al CONCESIONARIO, como parte del proceso gradual de implementación del SITP y la etapa de transición de Transporte Público Colectivo” según pactaron en el Otrosí No. 7 de 20 de diciembre de 2013.

Por el contrario, el impacto en la desintegración de la flota a cargo de Coobus y Egobus, impactó la implementación gradual o progresiva del SITP, de las rutas y servicios bajo el nuevo esquema, al continuar el TPC, hoy, SITP provisional.

Esta circunstancia que para la demandante es imprevista, fue prevista desde el inicio al contemplarse el TPC como uno de los componentes del SITP, contemplándose su coexistencia hasta lograr su desmonte. También los concesionarios se obligaron a adquirir la Flota vinculada al mismo, a su desintegración física, a adelantar y cumplir el Plan de Trabajo de Implementación conforme a éste y a los cronogramas de implementación.

Asimismo, el Acuerdo de Cruce de Flotas de los Concesionarios, no vincula a TRANSMILENIO porque no es parte de éste, y las disposiciones del marco legal de la licitación y los contratos, éstos y sus anexos previeron la necesidad de garantizar la prestación del servicio público esencial de transporte.”

Acto seguido, el tribunal trajo a colación –tanto en el cuerpo de la decisión como a pies de página- los Decretos 309 de 2009 (artículo 6), y 190 de 2015 (artículos 1 a 4) y las Resoluciones 347 y 518 de 2015 (sin aludir a su articulado) y manifestó que estas normas “concernen al “Sistema Integrado de Transporte Público Provisional”. Posteriormente, sin embargo, indicó –con cita parcial de la versión rendida por Nubia Quintero³⁴, y la mención de otros testimonios³⁵-:

³⁴ Cita nº 133 del laudo: “Nubia Quintero, en su testimonio señaló:— DRA. SUÁREZ: Según el contrato cuándo se preveía que el transporte público o colectivo desapareciera? —SRA. QUINTERO: Cuando se implementara (sic) las rutas que le daban cobertura a ese transporte público”.

³⁵ Cita nº 134 del laudo: “Sobre el SITP provisional, vid. testimonios de Camilo Alfonso Sabogal, Andrés Cortes, Juan Fernando Cajiao, Nixon Vargas.”

Cita nº 135 del laudo: “Jhonn Jaiver Cubillos, en la audiencia de 30-01-2018, indicó:—DR. SILVA: ¿Nos puede precisar, en el SITP provisional están operando buses del servicio público colectivo de aquellos que Este Es Mi Bus se obligó a chatarrizar u operar? SR. CUBILLOS: Sí. DR. SILVA: ¿Tiene alguna idea o magnitud? SR. CUBILLOS: Tengo claridad que son 209 vehículos que le faltan vincular a Este Es Mi Bus; no tengo es claridad cuántos de esos están en provisional porque hay unos que, de pronto ya perdieron vida útil, lo tienen en cancelación de tarjeta de operación y entonces no podrían estar. Pero lo que sí sé, cierto es que hay 209 vehículos identificados que le pertenecen y le corresponde a Este Es Mi Bus vincular a su propuesta que

“El SITP, provisional, no es nuevo esquema de transporte, ni es una circunstancia imprevista, tampoco la necesidad de garantizar la prestación del servicio público de transporte urbano en la ciudad. La misma demandante, reconoce que, “en realidad se trata de los mismos buses del Transporte Público Colectivo con letrado que indica que se trata de “SITP provisional”, pero que funciona bajo el mismo sistema antiguo de cobro mediante dinero en efectivo, que compite con los buses del SITP, y cuyos recursos no ingresan al Sistema Integrado de Transporte Público”. Juan Fernando Cajiao, Representante Legal de G-MOVIL, sostuvo que el “El SITP PROVISIONAL no tiene nada de SITP, es el mismo TPC.

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

En torno a la desintegración de vehículos del TPC, el laudo aludió a los tres cronogramas adoptados por la Secretaría Distrital de Movilidad de Bogotá para adelantar esta actividad, particularmente al último de ellos³⁶, y tras exponer la postura de la parte demandante, consideró que en la cláusula 12 de los contratos 001 y 002 de 2010 el concesionario se obligó a la desintegración conforme a las normas nacionales y distritales vigentes, y conforme a las modificaciones efectuadas mediante los otros ítems 2 y 3 del contrato.

Puso de presente que el Decreto 190 de 2015, en su artículo 5º, estableció la obligatoriedad de los cronogramas adoptados por la mencionada Secretaría, y como en el contrato consta la obligatoriedad de las normas reglamentarias nacionales y distritales, la adopción de modificaciones en el cronograma no son actos administrativos de modificación unilateral del contrato “por provenir de una

todavía no han llegado al sistema. En audiencia de 5-02-18, expresó: —DR. SILVA: ¿Los vehículos que operan bajo el esquema del SITP Provisional son aquellos que estaban vinculados a la prestación del servicio público urbano del transporte colectivo al momento del cierre de la licitación? SR. CUBILLOS: Sí, esos son los vehículos, solamente dan una claridad y es que, como también lo definió el anexo técnico en algún momento, hubo unos vehículos que entraron después por reposición, pero hacían parte del transporte público colectivo, entonces sí hacen parte de la flota del transporte público colectivo”.

³⁶ *“La Secretaría Distrital de Movilidad adoptó tres cronogramas de desintegración, el último según oficio SDM-DTI-85709 de 03 de agosto de 2015, remitido a TRANSMILENIO mediante comunicado con radicado 25647 del 04 de septiembre de 2015, y por ésta a los concesionarios con oficio 2015EE17335 de 07 de septiembre de 2015, el cual ciertamente no incluyó a Coobus y Egobus por la intervención a que fueron sometidas por la Superintendencia de Puertos y Transportes.”*

autoridad externa cuya normatividad debe cumplir” el concesionario. De cualquier manera, advierte el laudo que el último oficio modificatorio del cronograma, expedido por la Secretaría es –de acuerdo con esta misma autoridad- un acto administrativo, reproducido por Transmilenio en el oficio en que comunicó esa modificación a los concesionarios (no solo a EEMB) el 7 de septiembre de 2015³⁷, y aportado por la convocante, “[p]or lo tanto, lo conoció y cualquier falencia en su notificación, quedó convalidada cuando se confirma con la conducta concluyente de parte”, y agrega:

“Por demás, dicho cronograma es posterior a la fecha en la que según TRANSMILENIO se presenta la integración desde 29 de noviembre de 2013, conforme a su comunicación de 28 de diciembre de 2015 y lo que debe entenderse como integración para efectos contractuales que no concierne a la integración total del SITP, sino de las zonas que entren en operación y se alcanza con una o varias de las modalidades de integración previstas en el Anexo Técnico, el Manual de Operaciones y el artículo 19 del Decreto 309 de 2009.”³⁸

Con relación a la acusada falta de iniciación de los procesos de selección y adjudicación de los contratos referidos a las zonas operadas por Coobus y Egobus, la decisión arbitral manifiesta que en los contratos no se:

“... establece término al respecto, ni la obligación de hacerlo en un plazo determinado, tampoco las normas legales nacionales o distritales que sí imponen el deber de garantizar prestación del servicio público esencial de transporte. Por supuesto, esta situación impone una solución definitiva a las autoridades distritales e incide en las concesiones del sistema, como destaca el Ministerio Público en su juicioso concepto. Sin embargo, no procede el incumplimiento, en tanto la obligación de adjudicar en un plazo no existe.”³⁹

Por último, frente a la afectación de la convocante por rutas compartidas o media ruta indica que no existió *“prueba de mayores costos ni de los mayores ingresos que hubiere experimentado, ni elementos para determinar la ocurrencia de un desequilibrio”*.

Así, frente a las pretensiones 3.5. y 3.6. el laudo concluyó:

“En suma, el Tribunal no encuentra que TRANSMILENIO S.A. haya incumplido las obligaciones de ejercer el control, vigilancia, y la relativa a exigir la adecuada ejecución e implementación de las zonas Fontibón, Perdomo y Suba Centro, adjudicadas a Coobus y Egobus, adoptar medidas de control e intervención idóneas que garantizaran la ejecución de los objetos de los contratos No. 005, 012, y 013 de 2010 (Vr. Gr. la toma de posesión), o adelantar nuevos procesos de

³⁷ En la motivación se refiere al oficio 2015EE17335 de 07 de septiembre de 2015, aportado al expediente (cuaderno de pruebas nº 7 – f. 287).

³⁸ F. 136, c. 6 ppal.

³⁹ *Ibíd.*

licitación y adjudicación de dichas zonas, y en general medidas tendientes a garantizar la prestación del servicio en las mismas.

Adicionalmente, la Concesionaria asumió los riesgos de demanda, operación e implementación, y no existe en proceso prueba de mayores costos de operación que comprometan el equilibrio económico o los riesgos asumidos, ni del impacto negativo en los ingresos operacionales de la Convocante y del desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, con ocasión de las zonas Fontibón, Perdomo y Suba Centro adjudicadas a Coobus y Egobus, cuyos contratos terminaron por causas que no son imputables a TRANSMILENIO, y algunas de cuyas rutas de operación, son actualmente operadas por la Convocante, ni existe en el contrato una garantía de demanda, implementación e ingresos.

Por esto, no prosperan las Pretensiones 3.5 y 3.6.”

4.3.1.2.3. Visto lo anterior, antes de analizar el cargo, la Sala estima conveniente recordar el alcance que la jurisprudencia ha definido para la causal de laudo en conciencia en su variante probatoria, vale decir, aquella configurada a partir del apartamiento de los árbitros del conjunto de pruebas del proceso. En reciente ocasión, esta Subsección se pronunció así:

“... la jurisprudencia de la Corporación indica que se ha fallado en conciencia, cuando se decide sin pruebas sobre los hechos que sustentan las pretensiones o las excepciones, es decir, sin tener en consideración las pruebas que obran en el plenario. Sobre el particular, señaló lo siguiente:

(...) si los árbitros conculcan en forma íntegra el recaudo probatorio del proceso arbitral para consultar su propia verdad, dejarán en el ambiente un pronunciamiento en conciencia en la antesala de la decisión y entonces en la motivación del fallo, los miembros del Tribunal harán saber a las partes que sus conclusiones no tuvieron su origen en el procedimiento probatorio⁴⁰.

En este sentido, el simple desacuerdo de las partes con las razones, interpretaciones y valoraciones hechas por el tribunal al proferir el laudo, en manera alguna configura un fallo en conciencia, ni faculta la procedencia de la causal, teniendo en cuenta que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia⁴¹, razón por la que, no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento fundadas en la aplicación de la ley sustancial o por la existencia de errores de hecho o de derecho, al valorar las pruebas en el caso concreto^{42, 43}.

Atendiendo la naturaleza extraordinaria y restringida que tiene el recurso extraordinario de anulación, enfocada únicamente al control de yerros procedimentales (párr. 4.2.), se tiene que el embate al laudo bajo la acusación de

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 1995, Exp. 10.468 y sentencia de 5 de julio de 2006, Exp. 31.887. (cita nº 51 de la sentencia)

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 22.191. (cita nº 52 de la sentencia)

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio de 2017. Exp. 57350. (cita nº 53 de la sentencia)

⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 23 de abril de 2018. Rad. 11001-03-26-000-2017-00150-00 (60181).

ser una decisión tomada en conciencia no puede tener el efecto ni el propósito de revivir el debate jurídico probatorio sustancial suscitado entre las partes dentro del proceso arbitral, como si esta Sala, en su labor de juez de anulación, operase a modo de instancia superior de los árbitros o como juzgador del razonamiento fáctico que estos tuvieron.

De idéntico modo, es impropio discutir en este contexto si la providencia recurrida valoró correcta o adecuadamente las pruebas, en tanto dicha calificación sería propia de un juzgamiento de instancia y no se ubicaría en el terreno del fallo en conciencia sino en el de una providencia errática, todo ello ajeno al recurso extraordinario de anulación⁴⁴.

Ello también explica que la queja por supuesta producción de laudo en conciencia únicamente salga avante cuando la inobservancia de los deberes concernientes a la apreciación de las pruebas sea notoria, o cuando la decisión atacada sea reflejo de una motivación caprichosa y arbitraria, falta de valoración probatoria, de apreciación conjunta del cúmulo de pruebas y/o de sana crítica⁴⁵, situación que no está marcada necesariamente por el grado de pormenorización que los árbitros hayan hecho de todos y cada uno de los medios de convicción que tuvieron para fallar. De acuerdo con la jurisprudencia:

“... solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Porque si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos.”⁴⁶

De modo que cuando un laudo arbitral es censurado por haberse proferido en conciencia y no en derecho, con fundamento en la ignorancia de las pruebas o en la aplicación arbitraria de las reglas de valoración de las mismas, el cargo hecho por quien impugna la decisión necesariamente debe contener un señalamiento preciso que permita evidenciar el manifiesto desconocimiento de los árbitros bien

⁴⁴ Ver, entre otras: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Rad. 11001-03-26-000-2013-00003-00 (45922)

⁴⁵ “... la posibilidad de que el aspecto probatorio de un proceso arbitral configure una violación al deber de fallar en derecho, radica en que los árbitros estimen y asuman las pruebas y su apreciación con absoluto desdén, capricho o desconocimiento de las reglas básicas que el derecho ofrece para su valoración, convirtiéndose, auténticamente, en una violación al deber de fallar según las reglas jurídicas, expresadas a través de los medios de convencimiento de que disponen los árbitros” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de febrero de 2008. Rad. 11001032600020070001700 (33811), citado por la Subsección C en sentencia del 12 de febrero de 2014. Rad. 11001-03-26-000-2013-00048-00(46779)).

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de abril de 1992. Rad. 6692.

de las pruebas en su conjunto o de las reglas de la sana crítica, advirtiendo en este último caso que dicho sistema de valoración probatoria –incorporado por la ley procesal- lleva consigo la asignación hecha por el juez de un peso específico para cada elemento analizado, es decir, le confiere a la pieza probatoria respectiva un valor estimado en la demostración del hecho jurídico relevante, siempre con observancia de las reglas de la lógica y de la experiencia. Se deduce lo anterior del concepto que la jurisprudencia ha efectuado respecto de lo que entiende por sana crítica:

“Dicho sistema de valoración de las pruebas se encuentra estructurado sobre la libertad y autonomía del juzgador para determinar el peso de las mismas y obtener su propio convencimiento, bajo el apremio, únicamente, de enjuiciarlas por medio del sentido común, la lógica y las reglas de la experiencia, entendiéndose por estas últimas, aquellos dictámenes hipotéticos de carácter general originados en el saber empírico, a partir de situaciones concretas, pero que, desligándose de éstas, adquieren validez en nuevas circunstancias o, lo que es lo mismo, “aquellas máximas nacidas de la observación de la realidad que atañe al ser humano y que sirve de herramienta para valorar el material probatorio de todo juicio” (casación del 24 de marzo de 1998). Si bien, como ya se ha dicho, el sistema de la sana crítica se finca sobre la libertad del juzgador en la actividad intelectual que presupone la valoración de la prueba, éste, al realizar la labor que se le ha confiado no puede descarriarse hacia la arbitrariedad, pues la ponderación de las pruebas se encuentra sometida a la racionalidad nacida de las máximas de la lógica y las reglas de la experiencia.”⁴⁷ (Subrayas del texto citado)

En el caso bajo estudio, nota la Sala que los varios reproches formulados contra el laudo por el recurrente, se centran en la glosa básica de no haber valorado completamente los medios de prueba, cuando lo que refleja el pronunciamiento es que los árbitros apreciaron todo el expediente, extrayendo específicamente lo que estimaron pertinente de las pruebas contenidas en el expediente para fijar los hechos jurídicamente relevantes para determinar si era o no procedente declarar los incumplimientos perseguidos por las pretensiones 3.5 y 3.6. En esa motivación del laudo no se evidencia arbitrariedad o irracionalidad, sino que se exhibe el criterio de los árbitros sustentado en lo que, a su parecer, se demostró durante el juicio, siempre con alusión a los testimonios y documentos que hicieron parte del plenario, particularmente al mismo contrato (cláusulas 5 y 12).

En realidad, lo que el cargo hace es exhibir las discrepancias sustanciales de la convocante respecto de la forma como los árbitros abordaron las pruebas y motivaron fácticamente su decisión, así como las posibles incoherencias que este

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2004. expediente No. 7549. Citada por: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 7 de abril de 2011. Rad. 27001 23 31 000 1995 02471 01. Exp. 20333.

análisis tuvo en relación con el efectuado en otros apartes del litigio, como si estas condujeran a la anulación del laudo por fallar en conciencia, cuando ello no es así.

Esto genera que el argumentación sustentada en la valoración de: (i) el informe rendido por el representante legal de Transmilenio, (ii) el Decreto 190 de 2015, y (iii) el testimonio de Nubia Quintero, distinto entre la motivación para fallar las pretensiones 3.5 y 3.6, y la pretensión 3.11, no sea capaz de cuestionar la sujeción del laudo a las pruebas existentes o a la valoración lógica y fundamentada en la sana crítica, que es lo que el ordenamiento procesal exige del impugnante en el marco del recurso extraordinario de anulación. Lejos de ello, el cargo presenta incorrecciones, inexactitudes, inconsistencias o falencias en el tratamiento de las pruebas o en las conclusiones extraídas de estas, situaciones ajenas a la naturaleza del recurso, como se advirtió renglones atrás.

Por otro lado, lo que el recurrente denomina como “desconocimiento” o “ignorancia” de los medios de prueba no se exhibe nada distinto a que el laudo expresó apreciación diferente a la de la convocante y contraria a la que respaldaba sus intereses.

En ese sentido, la Sala observa que el laudo sí se sustenta en los testimonios de Nubia Quintero y Juan Fernando Cajiao, sí toma en cuenta lo expresado por el representante legal de la convocada, sí tiene en consideración lo dispuesto por el decreto 190 de 2015 y las resoluciones distritales que dieron lugar al funcionamiento del SITP Provisional, pero lo hizo para justificar las tesis fundamentales del fallo en este punto, entre ellas, la previsibilidad del SITP Provisional para la concesionaria. Y el sólo hecho de no coincidir con la postulación fáctica y jurídica propuesta por la parte demandante durante el proceso, con todo y lo sólida que esta hubiese podido ser, no es indicativo de un laudo en conciencia.

Del mismo modo, que el laudo no hubiese hecho mención específica del artículo 10 del Decreto 309 de 2009 en este acápite no es una circunstancia que tenga la virtualidad de afectar el carácter jurídico del fallo. De hecho en la decisión, vista como un todo, esa norma distrital si fue citada posteriormente para decidir otra de las pretensiones⁴⁸. Esta circunstancia deja entrever que, en criterio de los árbitros, mientras ese precepto era irrelevante para definir la procedencia de una de las

⁴⁸ F. 207-208, c. 6 ppal.

pretensiones, debía ser tenida en cuenta para fijar su postura respecto de otra petición, lo que no significa que haya sido completamente inadvertido.

Valga decir que, dentro de la actividad habitual del juez (y por supuesto, de los árbitros), efectuar un razonamiento encaminado a brindarle un mayor peso a aquellos medios de convicción que le generen más persuasión respecto de una de las posibles hipótesis de resolución del caso, en el que encuentre una mayor probabilidad lógica, es precisamente la aplicación del método de sana crítica de valoración probatoria, así:

“22. Cuando en un caso particular existen diversas pruebas que apoyan diferentes versiones o hipótesis sobre los hechos, el juez deberá elegir entre ellas prefiriendo la versión que esté soportada con un mayor nivel de probabilidad lógica⁴⁹, labor en la cual será necesario observar cuál de las hipótesis del caso responde a una mejor inferencia lógica de las pruebas que las soportan, aplicando en este examen las llamadas máximas de la experiencia, que no son más que generalizaciones surgidas de los hallazgos generalmente aceptados por la ciencia o del sentido comúnmente aceptado⁵⁰. Al decir de Taruffo, “... si se dan distintas hipótesis sobre el hecho contradictorias o incompatibles, cada una de las cuales con un grado determinado de probabilidad lógica sobre la base de las pruebas, la elección de la hipótesis que ha de ponerse en la base de la decisión se realiza mediante el criterio de la probabilidad prevaleciente (...). En el contexto de la probabilidad lógica y de la relación hipótesis/elementos de prueba, en el que es racional que hipótesis contradictorias o incompatibles adquieran grados de confirmación independientes sobre la base de los respectivos elementos de prueba, el único criterio racional de elección de la hipótesis que resulta más aceptable es el que se basa en la relación entre los distintos valores de probabilidad lógica y privilegia la hipótesis caracterizada por el valor más elevado. Debe escogerse, en resumen, la hipótesis que reciba el apoyo relativamente mayor sobre la base de los elementos de prueba conjuntamente disponibles. Se trata, pues, de una elección relativa y comparativa dentro de un campo representado por algunas hipótesis dotadas de sentido, por ser, en distintas formas, probables, y caracterizado por un número finito de elementos de prueba favorables a una hipótesis. No obstante, se trata también de una elección racional, precisamente por ser relativa, dado que consiste únicamente en individualizar la alternativa más fundamentada en una situación de incertidumbre definida por la presencia de distintas hipótesis significativas.”^{51 52}

⁴⁹ En este punto se acoge la doctrina sentada por Michelle Taruffo, quien afirma: “... Pero la situación más complicada se da cuando existen diversos medios de prueba sobre el mismo hecho, pero <<discrepantes>> o <<contrarios>> entre ellos, porque algunos de ellos tienden a probar la verdad y otros tienen a probar la falsedad del enunciado acerca de la ocurrencia de ese hecho. En estas circunstancias, el juzgador tiene que elegir entre, al menos, dos versiones diferentes del hecho, una positiva y otra negativa, ambas apoyadas por una parte de los medios de prueba presentados. El problema es elegir una de estas versiones: la elección racional indicaría que debe elegirse la versión, positiva o negativa, que esté sustentada por pruebas preponderantes, es decir, por el grado relativamente superior de probabilidad lógica.” *La Prueba*, Madrid, 2008, capítulo V: “La adopción de la decisión final”, num. 98, página 141. (cita nº 19 original de la sentencia)

⁵⁰ Dice al respecto Jordi Ferrer Beltrán: “Es interesante observar que en el esquema de razonamiento presentado, los supuestos adicionales están integrados por generalizaciones empíricas. Estas generalizaciones son la garantía de la inferencia que va de un hecho a otro y otorgarán mayor o menor fuerza a la inferencia en función del grado de corroboración que las propias generalizaciones tengan (...). Éstas pueden ser de muchos tipos e integran lo que los juristas suelen denominar <<máximas de la experiencia>> que incluyen conocimientos técnicos, leyes científicas o simples generalizaciones del sentido común.” *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007, num. “2.2.2.3.1. La metodología de la corroboración de hipótesis”, página 133.

⁵¹ TARUFFO Michelle, *La prueba de los hechos*, Madrid, 2002, capítulo IV, num. 5, página 325.

⁵² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de abril de 2011, ya citada.

Con todo, a un fallo judicial (o laudo arbitral) se le puede censurar que no haya motivado de forma pormenorizada el valor otorgado a cada elemento probatorio, en tanto se exija una justificación precisa de la decisión y no la presentación de un relato consistente de los hechos en que se soporta⁵³, sin embargo dicho señalamiento choca con las características del recurso extraordinario de anulación en general, y en particular sobre la causal de laudo en conciencia, que en esta variante recae sobre la carencia absoluta de razonamiento probatorio y no sobre la existencia de uno errado o reprochable.

Por lo demás, tampoco se observa que respecto a las pretensiones 3.5 y 3.6 el laudo hubiera fallado por fuera del ordenamiento jurídico al señalar que Transmilenio no tenía la obligación contractual de adelantar, en un plazo específico, procedimientos de licitación y adjudicación sobre las zonas operadas por las concesionarias Coobus y Egobus. Al punto, el Tribunal prosiguió con la línea argumentativa sustentada para decidir las pretensiones anteriores (3.2. a 3.4.) para inferir que los deberes normativos de Transmilenio en relación con su rol como ente gestor del SITP no constituyen obligaciones contractuales exigibles por su contratista a menos que así se exprese en el texto del contrato. Consideraciones que, al tener fundamentación jurídica, no pueden dar lugar a la anulación del laudo, como se dijo anteriormente.

Así las cosas, no se abre paso a la anulación impetrada con fundamento en la decisión de las pretensiones señaladas en el encabezado de este acápite.

⁵³ Al respecto, Gascón Abellán opina: *“En la práctica judicial domina abrumadoramente la técnica del relato. Dicha técnica, sin embargo, presenta dos importantes deficiencias que conducen a su rechazo. La primera es que, tal y como es puesta en práctica en la mayoría de los casos, la técnica del relato en vez de aclarar confunde, pues no cobra cuerpo en una exposición bien narrada de la “historia” de los hechos, sino en la declaración apodíctica de los mismos como <<probados>>, redactada además en forma impenetrable y farragosa. Pero además –y esta es la segunda y más grave deficiencia- la técnica del relato puede ser una pantalla que escude una decisión judicial insuficientemente justificada. En efecto, si justificar los enunciados fácticos consiste en aportar razones que permitan considerarlos verdaderos (o probables en grado suficiente) a la luz de las pruebas practicadas, no se ve qué tipo de justificación puede aportar el simple relato, es decir, una sucesión de enunciados sobre hechos probados, mejor o peor narrados. El relato presupone la verdad de los enunciados que lo componen, pero no constituye per se justificación de los mismos. Por lo demás, y conectado con lo anterior, la técnica del relato está también reñida con una de las funciones básicas que cumple la motivación, y que se cifra en limitar, a través de los recursos, la actividad irracional o arbitraria del juez: difícilmente podrá controlarse la racionalidad de la decisión probatoria mediante los recursos si en la sentencia no se expresan los criterios que pretendidamente la sostienen y se opta por una simple narración fáctica. // Si la motivación, por cuanto actividad justificadora, quiere ser asumida de una manera cabal, la técnica del relato debe ser sustituida por la analítica, consistente en la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas. Más exactamente, la motivación ha de consistir “en dejar constancia de los actos de prueba producidos, de los criterios de valoración utilizados y del resultado de esa valoración. Todo ello con la necesaria precisión analítica, previa a una evaluación del material probatorio en su conjunto” Este es el único estilo de motivación que permitiría: a) controlar exhaustivamente la entrada en la sentencia de elementos probatorios inaceptables o insuficientemente justificados; y b) controlar todas las inferencias que componen la cadena de justificación.”* (Gascón Abellán, Marina. “La Prueba Judicial. Valoración Racional y Motivación”. En página web: <http://cmapspublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf> -última consulta: 18-dic-2018, 5:17 p.m.-)

4.3.1.3. Cargo de laudo en conciencia sobre el fallo de las pretensiones 3.12. a 3.21., y las pretensiones subsidiarias a la 3.20. (3.20.1. a 3.20.5.) de la demanda principal

4.3.1.3.1. Como se hizo en los anteriores puntos del cargo por laudo en conciencia, es menester indicar en qué consistieron las pretensiones enunciadas en el subtítulo, todas ellas de índole declarativa:

1) Las pretensiones 3.12 a 3.18 solicitaban que de acuerdo *“con el marco normativo de los contratos, y de lo dispuesto en estos”* se declarara que:

(i) El contenido de la expresión *“integración total del SITP”* correspondía a la *“integración operacional y tarifaria”* física y virtual del sistema de transporte público (pretensión 3.12).

(ii) La expresión mencionada en el párrafo anterior era distinta a la denominada *“integración del sistema”* que se daría de acuerdo con una o varias modalidades (integración tarifaria, física, del medio de pago y virtual) (pretensión 3.13).

(iii) La implementación del SITP se desarrollaba en las fases dispuestas por el artículo 19 del Decreto 309 de 2009: 1- Preparación para la implementación del SITP; 2- Implementación gradual de la operación; 3- Operación integrada del SITP; 4- Integración con los medios de transporte férreos (pretensión 3.14.).

(iv) La fase 2 iniciaba una vez terminada la fase 1, lo cual marcaba el inicio gradual del nuevo esquema de prestación de servicio y finalizaba hasta que culminara la integración total (pretensión 3.15.)

(v) La integración total del sistema se lograba al cumplirse los *“cinco hitos de la operación”*: (i) *Desintegración física de los vehículos de transporte público colectivo*; (ii) *Integración operacional*; (iii) *Integración tarifaria*; (iv) *Integración física*; (v) *Integración virtual*” (pretensión 3.16).

(vi) Igualmente, para que se produjese la integración total del sistema debían cumplirse los deberes previstos en el artículo 19.2 del Decreto 309 de 2009 y en el numeral 1.1.1. del anexo técnico de los contratos: (i) *Adjudicación de las zonas de operación*, (ii) *Desintegración* (iii) *Adjudicación del SIRCI*, (iii) *Implementación gradual de la prestación del servicio hasta culminar la integración total*, (iv) *La ejecución de las obras de infraestructura previstas en el Plan de Desarrollo “Bogotá Positiva: Para Vivir Mejor”* (pretensión 3.17.).

(vii) La fecha en que debió cumplirse la integración total del sistema era el 15 de octubre de 2011 (pretensión 3.18.).

2) En la pretensión 3.19., se reclamó el incumplimiento de Transmilenio de la obligación de establecer un cronograma de integración del SITP, conforme al artículo 6 y al capítulo V del Decreto 309 de 2009, que hacía parte de las obligaciones contractuales de las concesiones suscritas con EEMB.

3) La pretensión 3.20. solicitó que se declarara que la fase 2 de integración del sistema estaba prevista para el 15 de octubre de 2011. Como subsidiarias a esta pretensión la demandante pidió:

(i) Se declarara la ocurrencia del hecho del príncipe, consistente en la derogación del parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009 por parte del artículo 1 del Decreto 535 de 2011 que desligó la culminación de la fase 2 de integración del sistema a una fecha fija (pretensión subsidiaria 3.20.1.)

(ii) Conforme a la anterior pretensión, declarar que el Decreto 535 de 2011 le estableció a Transmilenio la obligación de fijar hitos fundamentales encaminados a culminar la Fase 2 de integración del sistema (pretensión subsidiaria 3.20.2.)

(iii) Declarar que Transmilenio incumplió con la obligación descrita en el punto anterior (pretensión subsidiaria 3.20.3.)

(iv) Declarar que a pesar del incumplimiento de la convocada, los hitos para dar lugar a la integración total del sistema eran: *“i) Desintegración física de los vehículos de transporte público colectivo; (ii) Integración operacional; (iii) Integración tarifaria; (iv) Integración física; (v) Integración virtual, (vi) Desintegración. Adjudicación de las zonas de operación, (vii) Adjudicación del SIRCI, (viii) Implementación gradual de la prestación del servicio hasta culminar la integración total, (ix) La ejecución de las obras de infraestructura previstas en el Plan de Desarrollo "Bogotá Positiva: Para Vivir Mejor".* (pretensión subsidiaria 3.20.4.)

(v) Declarar que aún no se han completado los hitos señalados en el punto anterior, y por lo tanto no se ha culminado la integración total del sistema (Fase 2 de integración) (pretensión subsidiaria 3.20.5.)

4) En la pretensión 3.21. se buscaba declarar que la implementación total del SITP se lograría cuando se cumplieran estos hitos: *i) Implementación de todas las rutas del SITP y el desmonte de las rutas del TPC; ii) Implementación de Infraestructura; iii) Implementación del SIRCI; iv) Pedido, Vinculación y Alistamiento de Flota; v)*

Vinculación y capacitación conductores; vi) Desmonte del TPC; vii) Terminales y Patios Zonales; viii) Chatarrización; ix) Gestión de publicidad del Sistema.”

4.3.1.3.2. Una vez enunciadas las mencionadas pretensiones, el tribunal anunció que su labor de desentrañar los conceptos de implementación e integración del Sistema, como juez del contrato, surge del análisis *“sistemático e integral”* de: (i) los estudios previos; (ii) los pliegos de condiciones de la licitación que antecedió la celebración de los contratos de concesión con EEMB; (iii) el contenido de los contratos; (iv) los 8 otrosíes al contrato; (v) el anexo técnico; (vi) el manual de operaciones inicial; (vii) el anexo 5 sobre matriz de riesgos, e igualmente de la (viii) *“valoración de las pruebas testimoniales en conjunto y con sujeción a la sana crítica en cuanto a la particular percepción de los testigos sobre el sentido de la (sic) nociones de implementación e integración del Sistema”*⁵⁴.

Más adelante, el tribunal precisó que:

“El numeral 2 de los Estudios Previos, y el numeral 1.13 de los Pliegos de Condiciones, indicaron el “marco legal” de la licitación pública “y de los contratos que se deriven de su adjudicación”, conformado por la Constitución Política, normas nacionales y distritales, cuya generalidad, abstracción, finalidad, propósitos y objetivos, reflejan las políticas programáticas en el sector de la Movilidad y los medios e instrumentos para su obtención.

*A dicho propósito, el Tribunal consideró que las partes incorporaron al contenido de los contratos de concesión el marco legal con las particularidades inherentes al contrato, esto es, cómo acordaron en forma precisa, concreta y singular su relación contractual, sin que pueda sustituirse ni alterarse lo pactado, tanto cuanto más que sus estipulaciones, fruto del acuerdo dispositivo con sujeción a los Pliegos de Condiciones, la oferta y la adjudicación, prevalecen sobre normas legales dispositivas o supletivas, y el marco legal referido por las partes, encuentra así su desarrollo en los contratos, sin admitirse modificar su contenido con obligaciones legales impuestas en un ámbito distinto de la política pública del sector. En consecuencia, ese marco normativo quedó incorporando en la precisa manera que las partes contrataron y de acuerdo con las estipulaciones acordadas.”*⁵⁵

Así mismo, con apoyo en los estudios previos (numeral 2) y en el pliego de condiciones, el Tribunal expresó en qué consistía el SITP⁵⁶; citó textualmente los

⁵⁴ F. 142, c. 6 ppal.

⁵⁵ F. 143, c. 6 ppal.

⁵⁶ Dijo al respecto que el Sistema *“...comprende un conjunto de acciones para articular, vincular y operar de manera integrada diferentes modos de transporte, su control, infraestructura, circulación y recaudo, cuyos componentes se señalaron inicialmente como el Transporte masivo, el Transporte Público Colectivo, el Transporte Público Individual, y lo complementarían la Red de intercambiadores modales, la Red de estacionamientos y la Red de peajes, bajo “un proceso de integración operacional, tarifario e institucional de acuerdo con los principios constitucionales de coordinación y complementariedad, logrando una unidad física para los usuarios del transporte, que les garantice el acceso al servicio en condiciones de óptima calidad, economía y eficiencia” (Decreto Distrital 319 de 2009).”* (Ibíd).

artículos 6⁵⁷ y 19⁵⁸ del Decreto Distrital 309 de 2009 alusivos al inicio de la integración de los modos de transporte público; refirió el “Anexo Técnico de los

⁵⁷ “**Artículo 6°.- Principios de la integración:** La integración del Sistema Integrado de Transporte Público será gradual, de acuerdo con el cronograma que establezcan la Secretaría Distrital de Movilidad y el Ente Gestor con base en lo establecido en el Capítulo V de este Decreto, y se orientará por los principios de progresividad, oportunidad, accesibilidad, eficiencia, sostenibilidad financiera y ambiental, seguridad, calidad, economía, coordinación y complementariedad.”

⁵⁸ “**CAPÍTULO V**

GRADUALIDAD DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO

Artículo 19°.- Gradualidad en la implementación del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO. De conformidad con lo establecido en el Plan Maestro de Movilidad, el SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO se desarrollará en etapas o fases, con el fin de prestar un adecuado servicio al usuario. Para ello se han definido las siguientes fases:

19.1. Fase 1 SITP. Preparación para la implementación del SITP.

Iniciarán los procesos de selección de los operadores zonales y del SIRCI.

19.2. Fase 2 SITP. Implantación gradual de la operación.

Una vez terminada la fase 1, se adjudicarán las licitaciones de operación zonales y del SIRCI y se iniciará gradualmente el nuevo esquema de prestación de servicio al usuario hasta culminar la integración total.

El inicio de operación de cada una de las zonas operacionales será definido en los pliegos de condiciones de las licitaciones de operación zonales y del SIRCI.

En esta fase, las zonas que inicien la operación se integrarán operacionalmente entre ellas y con el actual Sistema TransMilenio. En las demás zonas se mantendrán las condiciones de prestación del servicio del actual sistema de transporte público colectivo hasta tanto los operadores SITP inicien la prestación del servicio.

La integración podrá darse bajo cualquiera o varias de las siguientes modalidades:

a. **Integración operativa:** Es la articulación de la programación y el control de la operación del transporte público de pasajeros, mediante la determinación centralizada, técnica, coordinada y complementaria de servicios a ser operados por

los vehículos vinculados al SITP, mediante el establecimiento de horarios, recorridos, frecuencias de despacho e interconexión de la operación, facilitando la transferencia de pasajeros para cumplir las expectativas y necesidades de transporte de la demanda, según su origen y destino.

b. **Integración física:** Es la articulación a través de una infraestructura común o con accesos.

c. **Integración virtual:** Es la utilización de medios tecnológicos para permitir a los usuarios el acceso en condiciones equivalentes a las de la integración física.

d. **Integración del medio de pago:** Es la utilización de un único medio de pago, que permite a un usuario el pago del pasaje para su acceso y utilización de los servicios del Sistema.

e. **Integración tarifaria:** Se entiende por integración tarifaria la definición y adopción de un esquema tarifario que permita a los usuarios del SITP la utilización de uno o más servicios de transporte, bajo un esquema de cobro diferenciado por tipo de servicio, con pagos adicionales por transbordo inferiores al primer cobro, válido en condiciones de viaje que estén dentro de un lapso de tiempo que se definirá en los estudios técnicos y el pliego de condiciones para las licitaciones de operación del SITP, y que considerará las características de longitud de viaje y velocidades de operación en la ciudad de Bogotá.

La integración tarifaria se dará tan pronto esté surtida la etapa de pruebas del SIRCI y se garantice la completa conectividad y seguridad en su integración con el actual sistema de recaudo del Sistema TransMilenio.

La integración tarifaria implica la existencia de un medio tecnológico de pago común a los servicios integrados.

En esta Fase se realizarán las obras de infraestructura previstas en el Plan de Desarrollo “Bogotá Positiva: Para Vivir Mejor”, de conformidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

19.3. Fase 3 SITP. Operación Integrada del SITP.

Una vez terminada la fase 2 se dará la integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad.

En esta fase se realizarán mejoras a la infraestructura del sistema vial para generar eficiencias operacionales y se continuará el proceso permanente de ajuste de oferta a la demanda y de renovación de vehículos, conforme al Marco Fiscal de Mediano Plazo.

19.4. Fase 4 SITP. Integración con los modos férreos.

Esta fase corresponde a la integración al sistema de los otros modos previstos en el Plan Maestro de Movilidad como integrantes del SITP, en particular el Metro y se concretará una vez inicie la operación de dicho modo férreo.

En esta fase el sistema de transporte público masivo terrestre automotor se integrará tarifaria y operacionalmente con el Metro, como componente del SITP y con otros modos y sistemas como el Tren de Cercanías y el Transporte de Pasajeros por Carretera, bajo las condiciones que las autoridades de transporte y los agentes privados prestadores del servicio acuerden. Todo lo anterior se desarrollará en un marco de sostenibilidad financiera, de tal forma que se conserve el equilibrio económico de los componentes integrados y se beneficie al usuario del servicio de transporte.

Parágrafo. Eliminado por el art. 1, Decreto Distrital 535 de 2011. Ordénese al Sector Movilidad adelantar todas las acciones administrativas necesarias para que a 15 de octubre de 2011 estén implementadas las Fases 1 y 2 del SITP, para lo cual contará con el acompañamiento y cooperación interinstitucional de las demás entidades y organismos distritales en los asuntos de su competencia”. (Subrayas y negrillas originales de la cita hecha por el laudo)

Contratos de Concesión” y su descripción del Sistema⁵⁹, más precisamente trajo a colación el numeral 1.1. atinente a las *“Fases del Proceso de Transformación”* en donde se indicaban *“fases consecutivas que permiten avanzar en forma gradual”, asociadas a “hitos que imprimen características particulares en el desarrollo del sistema”, con “subhitos que exigen la definición de subfases dentro de las fases existentes”* reproduciendo el texto del numeral 1.1.1. denominado *“Los Hitos”*⁶⁰ y el del numeral 2.4. llamado *“SISTEMA DE INTEGRACIÓN”* en el cual se describían que la *“integración de dará bajo una o varias de las siguientes modalidades”*: Operativa, física, virtual, del medio de pago y tarifaria.⁶¹

⁵⁹ *“El SITP estará conformado por los dos sistemas de transporte que operan en la ciudad de forma independiente, el sistema TRANSMILENIO y el Colectivo”, los cuales actualmente prestan el servicio en “condiciones institucionales, operacionales y de control totalmente distintas”.*

⁶⁰ **1.1.1. Los Hitos**

El artículo 19 del Decreto 309 de 2009 establece las siguientes fases y alcance de las mismas:

“Fase 1 SITP. Preparación para la implementación del SITP. Iniciarán los procesos de selección de los operadores zonales y del SIRCI.

*Fase 2 SITP. **Implantación gradual de la operación.** Una vez terminada la fase 1, se adjudicarán las licitaciones de operación zonales y del SIRCI y se iniciará gradualmente el nuevo esquema de prestación de servicio al usuario hasta culminar la integración total.*

El inicio de operación de cada una de las zonas operacionales será definido en los pliegos de condiciones de las licitaciones de operación zonales y del SIRCI.

En esta fase, las zonas que inicien la operación se integrarán operacionalmente entre ellas y con el actual Sistema TransMilenio. En las demás zonas se mantendrán las condiciones de prestación del servicio del actual sistema de transporte público colectivo hasta tanto los operadores SITP inicien la prestación del servicio.

Para la entrada en operación de las rutas compartidas ambos operadores deben estar listos para dar inicio a la operación conjunta.

*Fase 3 SITP. **Operación Integrada del SITP.** Una vez terminada la fase 2 se dará la integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad.*

En esta fase se realizarán mejoras a la infraestructura del sistema vial para generar eficiencias operacionales y se continuará el proceso permanente de ajuste de oferta a la demanda y de renovación de vehículos, conforme al Marco Fiscal de Mediano Plazo.

*Fase 4 SITP. **Integración con los modos férreos.** Esta fase corresponde a la integración al sistema de los otros modos previstos en el Plan Maestro de Movilidad como integrantes del SITP, en particular el Metro y se concretará una vez inicie la operación de dicho modo férreo.*

En esta fase el sistema de transporte público masivo terrestre automotor se integrará tarifaria y operacionalmente con el Metro, como componente del SITP y con otros modos y sistemas como el Tren de Cercanías y el Transporte de Pasajeros por Carretera, bajo las condiciones que las autoridades de transporte y los agentes privados prestadores del servicio acuerden. Todo lo anterior se desarrollará en un marco de sostenibilidad financiera, de tal forma que se conserve el equilibrio económico de los componentes integrados y se beneficie al usuario del servicio de transporte.

Las fechas preliminares previstas para cada una de estas fases son:

Fase 1: Inicio: Segundo semestre de 2009

Culminación: Primer Semestre de 2010

Fase 2: Inicio: Una vez culmine la Fase 1

Culminación: Octubre de 2011

Fase 3: Inicio: Una vez culmine la Fase 2. Esta Fase no prevé una fecha de culminación en la medida en que se espera que las mejoras a la infraestructura del sistema vial y el proceso de ajuste de la oferta a la demanda de transporte se generen de manera permanente en la ciudad.

Fase 4: Inicio: 2008 (A partir de la contratación de los estudios de la primera línea del Metro en el marco del SITP). (Subrayas y negrillas originales de la cita textual del laudo)

Culminación: Una vez entren a operar los modos férreos (Metro y Tren de Cercanías) y se integren al Sistema otros modos como transporte intermunicipal y el transporte público individual.”

⁶¹ a. **Integración operativa:** *Es la articulación de la programación y el control de la operación del transporte público de pasajeros, mediante la determinación centralizada, técnica, coordinada y complementaria de servicios a ser operados por los vehículos vinculados al SITP, mediante el establecimiento de horarios, recorridos, frecuencias de despacho e interconexión de la operación, facilitando la transferencia de pasajeros para cumplir las expectativas y necesidades de transporte de la demanda, según su origen y destino.*

b. **Integración física:** *Es la articulación a través de una infraestructura común o con accesos.*

c. **Integración virtual:** *Es la utilización de medios tecnológicos para permitir a los usuarios el acceso en condiciones equivalentes a las de la integración física.*

También recordó⁶² el anexo 1 al contrato, el que “precisa que la implementación gradual “significa que la operación no comenzará simultáneamente en todas las zonas sino que se realizará (sic) una implantación gradual de rutas”; así como el Manual de Operaciones en su numeral 5.2. que “indica que la integración se dará a través de cualquiera o varias las modalidades de integración señaladas”.

Bajo las anteriores premisas, el tribunal manifestó que, luego de analizadas las normas reguladoras del SITP, en conjunto con los documentos contractuales, encontraba planteados “distintos interrogantes sobre cuyo sentido y alcance las partes divergen, esto es, las nociones de Sistema Integrado de Transporte Público- SITP”, implantación, implementación e integración, y de las distintas Fases contempladas, en particular, las Fases 2 y 3, así como la definición de “Hitos”, su duración y terminación”, dando cuenta de las posiciones encontradas de las partes del proceso, y señalando lo siguiente:

“El significado atribuido por las partes a las nociones de implantación, implementación e integración puede examinarse desde una perspectiva general o particular, referida a la totalidad o a una o varias de sus partes, segmentos o componentes del Sistema Integrado de Transporte Público -SITP-, a todas, una o varias de las modalidades de integración operativa, física, virtual, del medio de pago y tarifaria. En la concepción de la política pública, y en su marco general regulador, el “Sistema Integrado de Transporte Público”- SITP- es un todo homogéneo, compacto e integrado con todos los modos de transporte: Transporte Masivo, Transporte Público Colectivo, Transporte Público Individual, sus complementos, Red de Intercambiadores modales, Red de Estacionamientos y Red de Peajes (arts. 14, Decreto 309 de 2009 y 1º, Decreto 319 de 2009), la infraestructura y el Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al usuario. Incluye en sus componentes, los otros modos previstos en el Plan Maestro de Movilidad, como el Metro. En la política pública, la implantación, implementación e integración del “Sistema Integrado de Transporte Público”- SITP-, se predica de todos sus componentes, incluye el Metro, el Tren de Cercanías y el Transporte de Pasajeros por Carretera. En el mismo sentido, la integración total del SITP, en la política pública, comprende la integración operacional y tarifaria, tanto física como virtual a través de las modalidades de integración previstas en la norma. La implantación e implementación constituye la iniciación gradual o progresiva del esquema, y la integración, la articulación, vinculación y operación integrada, tarifaria y de recaudo como unidad compacta conforme a las modalidades de integración previstas. La implantación, implementación e integración debe examinarse en el ámbito de los contratos de concesión No. 001 y

Integración del medio de pago: Es la utilización de un único medio de pago, que permite a un usuario el pago del pasaje para su acceso y utilización de los servicios del Sistema.

d. Integración del medio de pago: Es la utilización de un único medio de pago, que permite a un usuario el pago del pasaje para su acceso y utilización de los servicios del Sistema.

e. Integración tarifaria: Se entiende por integración tarifaria la definición y adopción de un esquema tarifario que permita a los usuarios del SITP la utilización de uno o más servicios de transporte, bajo un esquema de cobro diferenciado por tipo de servicio, con pagos adicionales por transbordo inferiores al primer cobro, válido en condiciones de viaje que estén dentro de un lapso de tiempo que se definirá en los estudios técnicos y el pliego de condiciones para las licitaciones de operación del SITP, y que considerará las características de longitud de viaje y velocidades de operación en la ciudad de Bogotá.” (Resaltado original del texto del laudo)

⁶²f. 148, c. 6 ppal.

002 de 2010, que conciernen a uno de los componentes del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP, y no recaen sobre la totalidad del sistema, pues se da en "concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios de la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP-", el "derecho a operar de forma preferencial y no exclusiva", la Zona 7) calle 80 y la Zona 8) Tintal-Zona Franca, sin operación troncal (Cláusulas 1-Objeto), en la forma como pactaron en su contenido, y en los numerales 1.1, 1.1.1 y 2.4 del Anexo Técnico, replicados en el Manual de Operaciones (inicial), y el Anexo 1, "Resumen ejecutivo del diseño de la operación del sistema", en consonancia con el artículo 19 del Decreto 309 de 2009."⁶³

Bajo este escenario, el Tribunal encontró que las condiciones técnicas y normativas del sistema no podían "desligarse de la recíproca intención de las partes al instante de contratar". De manera que la interpretación del sentido de las obligaciones contractuales "recae sobre el contenido de las estipulaciones convenidas por las partes en armonía con las normas reguladoras de la política pública que incorporaron al contenido del contrato, y en la forma como las pactaron"⁶⁴.

En este punto, el laudo se adentró en la interpretación de los contratos y de sus principios rectores. Para ello se apoyó en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, y los artículos 1, 822 y 823 del Código de Comercio, así como jurisprudencia y doctrina⁶⁵. Así mismo, aludió a la interpretación de las modificaciones introducidas por las partes al acuerdo de voluntades, cuyas estipulaciones "han de examinarse en forma conjunta, armónica y sistemática para auscultar en sus estipulaciones, iniciales y ulteriores, la común intención de las partes"⁶⁶.

Acto seguido, adelantó la siguiente conclusión determinante para la denegación de las pretensiones 3.12 a 3.18:

"Dentro del marco legal de los Contratos de Concesión celebrados para cumplir los propósitos y objetivos de la política pública, en armonía con los principios de gradualidad y progresividad del Sistema Integrado de Transporte Público- SITP.- establecidos en el artículo 19 del Decreto Distrital 309 de 2009, el contexto sistemático e integral, en conjunto, de los documentos formativos, los pliegos de condiciones, contratos de concesión y anexos, y en particular, los numerales 1.1, 1.1.1 y 2.4 del Anexo Técnico, replicados en el Manual de Operaciones (inicial), y el Anexo 1, "Resumen ejecutivo del diseño de la operación del sistema", en parte

⁶³ F. 148-149, c. 6 ppal.

⁶⁴ F. 149, c. 6 ppal.

⁶⁵ Sentencias del 3 de junio de 1946, LX, 656; del 1º de agosto de 2002, exp. 6907. Además de las referencias de los pies de página 143 a 161 del laudo.

⁶⁶ F. 153, c. 6 ppal. Así mismo, la decisión cita las siguientes sentencias: "Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1º de octubre de 2004; Exp.: 7560."; "Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de noviembre de 1897. Gaceta Judicial, año 13, pág. 117"; "Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2012, radicado No 250002326000199703808 01. (citas 154, 155 y 160 del laudo)

alguna se señala que “la integración total del SITP”, es un concepto distinto de la “integración del sistema”, que la implementación está sujeta a “Hitos”, o que, la “integración total del sistema” se alcanza al cumplirse cinco hitos concurrentes, tales como la desintegración física de los vehículos transporte público colectivo, la integración operacional, la integración tarifaria, la integración física y la integración virtual, o que para la integración total del sistema en la Fase 2, debían cumplirse o, que ésta finaliza hasta culminar la integración total, debía terminar el 15 de octubre de 2011 cumplidos todos esos hitos y actividades, ni en las normas reguladoras de la política pública de movilidad, ni en los contratos de concesión y sus documentos integrantes. Tampoco, en el contrato se impone a la entidad estatal frente al Concesionario la obligación de establecer un cronograma para la integración del sistema, obtenerla en el término y bajo las condiciones pretendidas, o fijar hitos fundamentales a alcanzar, ni el Decreto 535 de 2011 la consagra.

Ahora las partes, según invoca la demandante, en los considerandos el Otrosí No. 7 de 2013, indicaron “Que la fase II a la que se refiere el considerando anterior, se mantendrá en ejecución hasta que se produzca la integración operacional y tarifaria del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo”. En su sentir, esta consideración de las partes conduce a concluir que la Fase 2 finaliza cuando se produce la integración operacional y tarifaria del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo y que durante la misma ella debe obtenerse. Con todo, la consideración debe examinarse en el contexto de todas las consideraciones, el marco fáctico de circunstancias, los Contratos de Concesión 001 y 002 de 2010 y las modificaciones introducidas de común acuerdo. De un lado, no se modificó el Anexo Técnico, y de otro, en el Otrosí 7 se acordó adicionar el Contrato para dividir la Etapa de Operación en dos Fases, la primera denominada “Puesta en Marcha” cuya duración se prolongará hasta tanto se termine el cronograma de implementación definido de común acuerdo entre el Ente Gestor y los Concesionarios en 16 meses en el caso de operación zonal y 18 meses en el caso de la operación troncal. Durante esta fase se llevará a cabo el proceso de adquisición y vinculación de la flota de acuerdo con los pedidos que haga TRANSMILENIO S.A. al CONCESIONARIO, como parte del proceso gradual de implementación del SITP y la etapa de transición de Transporte Público Colectivo.

La segunda, denominada Fase Operativa propiamente dicha, la cual se prolongará hasta la etapa de reversión”, estipulándose que la “etapa de operación comienza con la Orden de Inicio de Operación del Contrato por parte del Ente Gestor y se extenderá por veinticuatro (24) años. Para la expedición de la Orden de Inicio de Operación del Contrato por parte de TRANSMILENIO S.A., se deberá haber cumplido con todas las obligaciones de la implementación y de la etapa pre operativa”. De este modo, para expedir la orden de iniciación de la operación con la que inicia la “Fase Operativa propiamente dicha”, el Concesionario debía cumplir las obligaciones de la implementación y de la etapa preoperativa, que incluye las de realizar la implementación dentro del plazo de su duración, o sea, los 16 meses. Por esto el considerando no refleja la interpretación del anexo técnico, ni modifica el contenido del contrato en cuanto hace a las Fase 2 de la implementación gradual o sucesiva. Por demás, la implementación es una actividad gradual o progresiva, menester para la integración, pues se integra la operación, rutas y servicios en operación, lo que exige el concurso de las autoridades y de los operadores, y referida al 100% de la totalidad de las rutas y servicios del SITP, no se produciría hasta que la totalidad de sus componentes e infraestructura estén en operación, lo que no se aviene a la recíproca intención de las partes, a los propósitos, finalidades y objetivos de la política, ni a la gradualidad de la implementación y a la integración por una o varias de las modalidades previstas.

En efecto, las expresiones implementación e integración pueden denotar distintos significados: total del SITP; total del SITP, contratado, o sea, uno de sus componentes; total de las zonas, rutas y servicios en operación; integración tanto

física como virtual a través de todas, una o varias de las modalidades de integración operativa, física, virtual, del medio de pago y tarifaria.

Para el Tribunal, la recíproca intención de las partes al instante de celebrar los Contratos de Concesión No. 001 y 002 de 2010 es la de contratar uno de los componentes del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP-, la operación zonal, rutas y servicios de las Zonas 7 y 8. De este modo, según la recíproca intención de las partes, los fines y propósitos plasmados en los Contratos de Concesión No. 001 y 002 de 2010 y el principio rector de implementación gradual o progresiva, interpreta que la expresión integración total a que concierne los contratos en la Fase 2 atañe a la integración total de las zonas, rutas o servicios que entren en operación, en cuanto que "las zonas que inicien la operación se integrarán operacionalmente entre ellas y con el actual Sistema TransMilenio" y se alcanza "bajo una o varias" de las modalidades contempladas en el numeral 2.4 del Anexo Técnico, esto es, operativa, física, virtual, del medio de pago y tarifaria, y que en la Fase 3, "Una vez terminada la fase 2 se dará la integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios del transporte público masivo terrestre automotor en la ciudad". Así mismo, interpreta que las fechas previstas en el Anexo Técnico para las Fases 1, 2 y 4, no son perentorias, máximas y definitivas, sino "preliminares".

Por consiguiente, en el marco legal de los Contratos de Concesión celebrados para cumplir los propósitos, finalidades y objetivos de la política pública, en armonía con los principios de gradualidad y progresividad del Sistema Integrado de Transporte Público- SITP.- establecidos en el artículo 19 del Decreto Distrital 309 de 2009, el contexto sistemático e integral, en conjunto, de los documentos formativos, los pliegos de condiciones, contratos de concesión y anexos, y en particular, los numerales 1.1, 1.1.1 y 2.4 del Anexo Técnico, replicados en el Manual de Operaciones (inicial), y el Anexo 1, "Resumen ejecutivo del diseño de la operación del sistema", se extraen las siguientes conclusiones:

(i) El Transporte Público Colectivo- TPC- es uno de los componentes del Sistema Integrado de Transporte Público"- SITP-

(ii) Durante la implantación, implementación e integración del Sistema Integrado de Transporte Público- SITP- coexiste el Transporte Público Colectivo- TPC- hasta confluir en el nuevo esquema de servicio.

(iii) La implantación e implementación del Sistema Integrado de Transporte Público- SITP- está estructurada, en forma gradual, progresiva y paulatina en 4 fases consecutivas, asociadas a hitos, subhitos y subfases.

(iv) Sin embargo, bajo "1.1. HITOS", no se indican cuáles son los "hitos "subhitos", ni definen las "subfases". Se reproduce el artículo 19 del Decreto 309 de 2009 para enunciar y describir las Fases 1, 2, 3 y 4, con las actividades que contemplan, sin establecer "Hito" alguno. Tal expresión, se entiende, como la simple descripción de las actividades a adelantar en las Fases, que no son todas concurrentes, sino graduales y sucesivas.

(v) La Fase 1, es de preparación para la implementación con la iniciación de los procesos de selección.

(vi) La Fase 2 inicia al terminar la Fase 1, comprende la implantación gradual de la Operación, la adjudicación de las licitaciones de operación zonales y del SIRCI, y la iniciación gradual del nuevo esquema de prestación del servicio al usuario hasta culminar la integración total.

(vii) La duración de la Fase 2, no se extiende hasta culminar la implementación total, ni la integración total del Sistema Integrado de Transporte Público- SITP- entendido como la conjunción de todos los

modos de transporte componentes del sistema, ni siquiera hasta la implementación o integración total zonal. Su terminación no está condicionada a la culminación de la misma, ni a la integración total del Sistema.

(viii) La Fase 2, no está sujeta a fecha mínima o máxima, cierta, fija y determinada, sino cierta e indeterminada¹⁶², al verificarse la integración operacional de las zonas que entren en operación, entre ellas y el Sistema TransMilenio, bajo una o varias modalidades de las previstas.

(ix) Durante esta Fase 2, se inicia en forma gradual o progresiva el nuevo esquema de servicio que se mantiene hasta “culminar la integración total”, lo que no significa que la Fase se extiende hasta la culminación de la integración total, lo que se extiende es la gradualidad del nuevo esquema de servicio,

(x) La Fase 2, en efecto, inicia con la terminación de la Fase 1, y termina al darse la integración operacional de las zonas que entren en operación, entre ellas y el Sistema TransMilenio, bajo una o varias modalidades de las previstas, de integración operativa, física, virtual, del medio de pago, o tarifaria. No es necesaria la integración operacional total o de todas las zonas, sino de las que entren en operación. Tampoco es menester la integración total, tarifaria, operacional, virtual y física del 100% del Sistema Integrado de Transporte Público- SITP- y de sus rutas y servicios. Durante la Fase 2, las zonas que inicien la operación se integrarán operacionalmente entre sí y con el Sistema TransMilenio, las que no inicien operación mantendrán las condiciones del servicio del TPC hasta que los operadores del SITP inicien el servicio, es decir, la integración operacional y tarifaria se prevé solo respecto de las zonas que inicien operación, y tratándose de rutas compartidas, ambos operadores deben estar listos para la operación conjunta, por lo cual, se contempla la posibilidad que unas zonas no entren en operación, y que la implementación de rutas compartidas exige que ambos operadores estén listos para iniciarla.

(xi) Lo que se previene en la Fase 2, por lo tanto, es la implementación total de las zonas que entren en operación y la integración total entre éstas y el Sistema TransMilenio a través de una o varias de las modalidades de integración. Basta una para que se presente la integración total. No son necesarias todas las formas de integración descritas para que exista una integración tarifaria y operacional, física y virtual total y la integración del medio de pago consiste en utilizar “un único medio de pago, que permite a un usuario el pago del pasaje para su acceso y utilización de los servicios del Sistema”, esto es, que permite el acceso a los servicios del Sistema que se ha implementado e integrado.

(xii) La Fase 3, de operación integrada del SITP, inicia al terminar la Fase 2, y en ella se dará la integración tarifaria y operacional del 100% de las rutas y servicios, lo que reitera que en la Fase 2, no se previó ni es necesaria la integración total de la totalidad del Sistema Integrado de Transporte Público- SITP- sino la integración de las zonas que entren en operación, y las que no lo hagan, continuarán prestando el servicio del TPC hasta que se integren o inicien operación bajo el nuevo esquema de servicio.

(xiii) La Fase 4, de integración con los modos férreos, se concreta al iniciar la operación de ese modo, y confluye en la integración tarifaria y operacional con el Metro, y otros modos como el Tren de Cercanías y el Transporte de Pasajeros por Carretera.

(xiv) La orden impartida al Sector de Movilidad en el parágrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009, atañe a adelantar todas las acciones

administrativas necesarias para que a 15 de octubre de 2011 estén implementadas las Fases 1 y 2, esto es, a desplegar los medios para lograr un resultado que puede obtenerse o no. Por esto, los documentos contractuales (Anexo Técnico), son claros y precisos: las fechas previstas, de inicio y terminación para las Fases 1, 2 y 4 son "Preliminares", no definitivas.

(xv) La Fase 3, no tiene fecha prevista de iniciación ni de terminación, y es ésta en que debe alcanzarse la integración tarifaria y operación al total del 100% de las rutas y servicios del SITP.

(xvi) La implementación gradual conduce a la integración a través de una o varias de las modalidades descritas, por ende, son nociones diferentes.

(xvii) No se consagra obligación alguna a cargo de TRANSMILENIO de fijar "hitos fundamentales para el sistema", que no se contemplan, ni de obtener la implementación o integración, o establecer un cronograma general de implementación.

Desde esta perspectiva, las pretensiones 3.12, 3.13, 3.14, 3.15, 3.16, 3.17 y 3.18 no están llamadas a prosperar y así será declarado.⁶⁷ (Subraya la Sala)

En relación con la pretensión 3.19., los árbitros la denegaron aduciendo que Transmilenio no tenía frente al concesionario *"la obligación de establecer un cronograma de implementación y, por el contrario, el Concesionario fue quien contrajo la de presentar un plan de trabajo de implementación."*⁶⁸ Agregaron que la Secretaría de Movilidad envió a Transmilenio tres cronogramas de implementación los cuales son obligatorios y vinculantes para la contratista.

La pretensión 3.20 fue igualmente desechada partiendo que las fechas previstas por el Anexo Técnico *"eran preliminares"* y lo previsto en el párrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009 no constituía una *"obligación de obtener la implementación en esa u otra fecha alguna, sino adelantar las acciones tendientes a la misma"*. Las subsidiarias también fueron decididas en sentido desfavorable para la convocante así:

- Ante la pretensión 3.20.1: El párrafo del artículo 19 del Decreto 309 de 2009 no constituye el *"hecho del príncipe"* porque: los retrasos de la implementación fueron previstos desde la etapa precontractual, hicieron parte de la matriz de riesgos y fueron asumidos por la concesionaria, salvo que Transmilenio hubiera autorizado la incorporación de flota y esta no hubiera podido ser operada por razones ajenas a la concesionaria, algo que no ocurrió en el caso. Además, *"la implementación e integración del sistema no estuvo sujeta a un plazo cierto y determinado"*.

⁶⁷ F. 154-159, c. 6 ppal.

⁶⁸ F. 159-160, c. 6 ppal.

- Frente a la pretensión 3.20.2., se indicó que el Decreto 535 de 2011 no obligó a Transmilenio la fijación de *“hitos fundamentales”* para culminar la Fase 2 de integración del Sistema *“y por lo mismo, no se presenta el incumplimiento de una prestación que no existe.”* Así mismo, pese a que uno de los considerandos del Decreto 525 de 2011 refirió la necesidad de culminar la Fase 2 de implementación del SITP con arreglo a hitos fundamentales, no consagró en concreto tal obligación.

- Reiteró que el artículo 19 del Decreto 309 de 2009 no indicó ni enunció *“hito”* alguno, sino que dispuso las fases 1, 2, 3 y 4 describiendo las actividades y fechas respectivas a cada una de ellas. De modo que:

“... si pudiere entenderse que los hitos son las actividades descritas para cada Fase, resulta claro que allí estarían. Asimismo, TRANSMILENIO, desde su comunicación con radicado 2014EE7432 de 28 de abril de 2014, había expresado que “el plan de trabajo general de implementación del SITP, propuesto en términos generales incluía los hitos o actividades que se relacionan a continuación [...]”⁶⁹

Por eso, el Tribunal negó la pretensión subsidiaria 3.20.3.

- Comoquiera que no se creó una obligación sobre los denominados *“hitos”*, y la integración se acomete *“se alcanza bajo una de las modalidades de integración expresadas en el Anexo Técnico de los Contratos en consonancia con el artículo 19 del Decreto 309 de 2009”* tampoco puede predicarse el incumplimiento de una prestación contractual inexistente, razón por la que la pretensión 3.20.4. no prosperó en el laudo.

El mismo motivo para rehusar la pretensión anteriormente referida fue explicado para denegar la pretensión 3.21.

4.3.1.3.3. El extenso recuento del laudo que ha hecho esta Sala es útil para comprender que la totalidad de acusaciones hechas por el recurrente, contrastadas con las pruebas que se recaudaron en el proceso arbitral, no tienen mérito para mover a una decisión de anulación del laudo por causa de la aducida falta de fundamento jurídico. Lo que nota la Sala es que la decisión arbitral mostró de forma argumentada, tanto en las pruebas como en el ordenamiento jurídico, el por qué su decisión no concordaba con el entendimiento de la convocante, y en ese contexto, resulta imposible predicar del laudo que se hubiere proferido al

⁶⁹ F. 161, c. 6 ppal.

margen del derecho, de la sana crítica o de la apreciación conjunta de los medios de convicción.

Los cargos de este acápite, en general, se incardinan a mostrar que de haberse tomado las pruebas tal y como allí se indica, teniendo en cuenta los medios allí señalados del modo en que la recurrente resalta y cita, el fallo arbitral habría sido ajustado al ordenamiento jurídico.

Pues bien, para esta Sala, tal planteamiento no evidencia que el laudo hubiere estado totalmente desprovisto, en su motivación, de argumentación probatoria. Más bien, refleja una visión del asunto, por parte de los árbitros, diferente a la que tiene la recurrente, quien, evidentemente, le asigna un valor a las pruebas disímil al que les confirió el tribunal, situación que en modo alguno indica que el laudo se revele desprovisto de lógica, rigor o que sea contraevidente.

Para la Sala, en particular, el Tribunal respondió a todas y cada una de las temáticas en torno a la implementación del Sistema, la culminación de la Fase II, la sujeción a hitos, el carácter gradual de la integración de aquel, y lo hizo, prácticamente con apoyo explícito en los mismos medios de prueba que el recurrente dice abandonados o desconocidos en el laudo, asignándole un peso específico a cada medio de convicción, lo que fundamenta la decisión adoptada, y sobre la cual la Sala tiene vedado determinar su acierto o falencia intrínsecas.

Un análisis como el que propone el recurso es propio de otra clase de medios de impugnación, en los cuales se denuncie la violación indirecta de normas sustanciales por errores de hecho o de derecho, objeto que no es el propio de la anulación de laudos arbitrales tal como se continúa concibiendo en la actualidad, que se reitera:

“...corresponde a la falta de sustento en el derecho positivo por la omisión o ausencia de aplicación de las normas jurídicas y la carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de las pruebas que obran en el proceso para configurar los supuestos de hecho de las normas que en él se invoquen (desconocimiento total de la prueba), para trasladar dicho juicio a la conciencia o razón subjetiva de los árbitros, siempre y cuando esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo; por el contrario, cuando el juez llega a la convicción con sustento en las normas jurídicas y en la valoración jurídica del acervo probatorio ese fallo será en derecho, pese a que no señale el mérito que le otorga a determinado medio de convicción.”⁷⁰

⁷⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de junio de 2008. Rad. 11001-03-26-000-2007-00061-00(34543). Reiterada por la misma Sección en Sentencia del 3 de febrero de 2010. Rad. 11001-03-26-000-2009-00017-00(36364).

Por lo anteriormente expuesto, esta causal también fracasa por los supuestos desarrollados en este acápite.

4.3.1.4. Cargo de laudo en conciencia sobre la decisión adoptada respecto de las pretensiones 3.50 a 3.54 de la demanda arbitral principal

4.3.1.4.1. En las pretensiones 3.50 y 3.51, EEMB buscó que el Tribunal declarara el incumplimiento por parte de Transmilenio, de la obligación contractual consistente en gestionar ante el Distrito Capital de Bogotá la entrega al concesionario de patios y terminales zonales construidos y en condiciones de operación, obligación contenida, según la demanda, en la cláusula 14 de los contratos de concesión. En el mismo sentido, buscó hacer responsable a la convocada por el pago de perjuicios derivados de los “kilómetros en vacío” recorridos por la flota del concesionario desde los patios transitorios hasta los puntos de inicio de las rutas.

Las pretensiones 3.52 y 3.54. fueron, según su objeto, condenatorias. La primera de las peticiones buscaba el reconocimiento económico de los perjuicios ocasionados por “kilómetros en vacío” desde el 2 de noviembre de 2015 (un día después de consumarse el incumplimiento de la entrega de los patios definitivos) hasta el 31 de marzo de 2017; la segunda, tomando esta última fecha como base, reclamaba los perjuicios que se fueran a causar hasta tanto Transmilenio efectuara la entrega de los patios. La pretensión 3.53 perseguía que la convocada cumpliera forzosamente la obligación de gestionar frente al Distrito Capital de Bogotá los patios y terminales zonales definitivos en condiciones de operación.

4.3.1.4.2. Estas pretensiones fueron denegadas por el laudo arbitral con base en los siguientes motivos:

De entrada, el tribunal cuestionó, *“si realmente era obligación de la demandada adelantar gestiones para que el Distrito realizara la entrega de los patios definitivos. O mejor, ¿qué tipo de gestiones hubiera tenido que adelantar TRANSMILENIO para efectos de cumplir con dicha supuesta carga contractual?”*, a lo que respondió que, de acuerdo con las pruebas recaudadas, *“no se demostró*

cuál fue la labor o gestión que le faltó a la demandada adelantar para que el Distrito entregara los patios definitivos”⁷¹.

En el laudo se indicó, de un lado, que la entidad encargada de realizar la enajenación predial para entregar dichos patios era el Distrito y no Transmilenio, siendo ambos “*entes jurídicos distintos*” y tratados así, tanto en los contratos, como en la redacción de la pretensión 3.50.; y de otro, que la demandante no señaló cuál había sido, a su juicio, la gestión omitida por Transmilenio. Además, luego de advertir que, según el contrato, la gestión para la construcción de las terminales zonales había de ser definida en la etapa de transición⁷², puso de presente que, aún si se admitiera que Transmilenio incurrió en alguna omisión relacionada con la enajenación predial, habría de concluirse que la convocante no honró la carga de demostrar “*que asumió el riesgo de kilómetro en vacío solo durante el tiempo en el que estuviere vigente la etapa de transición y que con sus actos no aceptó la extensión o postergación de dicha provisionalidad, lo cual no ocurrió en el sub lite.*” Esto, de acuerdo con el anexo explicativo de la matriz de riesgos, que formó parte del acta de audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsible y con “*las preguntas y respuestas citadas en la reforma de la demanda*”, y teniendo en cuenta que el concesionario determinaba la ubicación de las terminales, luego, le correspondía a este asumir el riesgo de los kilómetros en vacío consecuentes con su decisión⁷³. En consecuencia, el laudo anotó que:

“... la participación del Distrito y el Concesionario para efectos de mitigar el riesgo de kilómetro en vacío era activa por razones de eficiencia en la prestación del servicio; en cambio, la labor de TRANSMILENIO era de análisis de las propuestas de modificación de ruta del Concesionario y verificación de las condiciones técnicas exigidas en el contrato.”⁷⁴

⁷¹ F. 339, c. 6 ppal.

⁷² “Folio 137 del cuaderno de pruebas No. 1.” (cita 400 del laudo)

⁷³ “Es importante precisar que en la medida en que el Distrito es el responsable de comprar y construir los terminales zonales, este riesgo solo se asigna al concesionario en la etapa de transición (5 años) en la cual le corresponde a éste la consecución de las áreas de estacionamiento de vehículos. Una vez el Distrito aporte los terminales zonales, las rutas iniciarán su recorrido desde dichos terminales.

Naturalmente, siendo el concesionario el que determina la ubicación de los terminales, le corresponde a él asumir el riesgo de los kilómetros en vacío que se generen por su decisión.

Ahora bien, el contrato permite al concesionario -con fundamento en un estudio técnico que lo justifique- proponer las modificaciones a las rutas que considere necesarias para garantizar el servicio, lo que naturalmente incluye la modificación de los recorridos hasta las terminales zonales en caso de que no sea posible la consecución de suelo en alguna o algunas de las zonas concesionadas. En este evento, TRANSMILENIO S.A., analizará la solicitud y de ser pertinente autorizará la modificación de la ruta hasta el terminal zonal aprobado al concesionario”.

No obstante lo anterior, se estudiará la posibilidad de establecer la condición mencionada anteriormente de manera explícita en las minutas de los contratos, con el fin de generar la mayor claridad posible al respecto”401. (Subrayas del Tribunal).” (Cita nº 400 del laudo - F. 340, c. 6 ppal.)

⁷⁴ F. 342, c. 6 ppal.

Trajo a colación el Tribunal, el acta de la audiencia de asignación de riesgos, en la frase⁷⁵ donde –en palabras del laudo- “*el demandante interpreta que el riesgo de kilómetro en vacío solo le atañe en etapa de transición*” para sostener que el concesionario solo queda exento de asumir este riesgo luego de que el Distrito entregue los patios o terminales zonales definitivos y “*no antes como se señala en la demanda o en una fecha específica, toda vez que una vez entregados es cuando se convierten en el único punto de inicio del recorrido*”. El fallo reforzó esta tesis con apoyo en el contenido de los estudios previos⁷⁶ y en el anexo 5 de la matriz de riesgos⁷⁷.

Así, el fallo recurrido encuentra una “*corresponsabilidad*” en relación con los terminales y patios definitivos:

“...i) el Ente Gestor aprueba las condiciones técnicas del terminal propuesto por el concesionario; (ii) el Distrito facilita o activa sus herramientas administrativas para su adquisición y entrega definitiva, en el evento que ello sea necesario y de que el concesionario se lo solicite; (iii) el Concesionario puede solicitar la modificación de las rutas por razones de eficiencia y de esta manera reducir su riesgo, esto es, reducir los kilómetros en vacío y, finalmente, (iv) el Concesionario o el Distrito podían asumir directamente la construcción y las adecuaciones respectivas de dichas infraestructuras de apoyo.”

Ahora, sobre la etapa de transición, el Tribunal encontró que la causación de kilómetros en vacío “*constituye un indicio grave o prevaleciente de que la etapa de transición de la cláusula 14 de los contratos de concesión se extendió después del 2 de noviembre de 2015*”⁷⁸. Sin embargo, según el otrosí n° 2⁷⁹, los términos

⁷⁵ Cita que en el laudo aparece así: “**Riesgo de operación – mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales.**

[...]

En este sentido, nuevamente se resalta que en la medida en que el Distrito es el responsable de comprar y construir los terminales zonales, este riesgo solo se asigna al concesionario en la etapa de transición (5 años) en la cual le corresponde a éste la consecución de las áreas de estacionamiento de vehículos. **Una vez el Distrito aporte los terminales zonales, las rutas iniciaran su recorrido desde dichos terminales y en este sentido no se generará un riesgo de kilómetros en vacío**” (Negrilla y subraya es nuestra).” (Ibíd.)

⁷⁶ “Se entiende que el costo de los kilómetros en vacío lo ha considerado el proponente en su oferta económica” (Ibíd.)

⁷⁷ “Mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales. Consiste en el efecto económico originado en la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas lo que genera kilómetros en vacío durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales. Corresponde al concesionario adoptar las medidas para mitigarlos, con estudios y análisis de las condiciones de mercado y establecer los mecanismos de mitigación durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales” (Ibíd.)

⁷⁸ F. 343, c. 6 ppal.

⁷⁹ Cita de las consideraciones del otrosí 2: (i) “Que de acuerdo a la cláusula 14. Etapa de Transición, el CONCESIONARIO tenía cinco (5) meses desde la adjudicación del contrato para manifestarle por escrito a TRANSMILENIO S.A. su intención de construir directamente los terminales del SITP. Sin embargo, a la fecha del presente documento, se encuentra en elaboración la cartilla instructiva para adelantar los estudios y ubicación de predios, en el marco del trabajo conjunto con las entidades del Distrito que están involucradas en el seguimiento del tema, para la implementación de los terminales transitorios y definitivos, en donde se relacionan los trámites para la construcción de los terminales, siendo una herramienta necesaria para que los

dispuestos en la cláusula 14 no eran inmodificables, y el concesionario tenía la carga de “optimizar en campo los diseños o estudios previos suministrados por la demandada, los cuales le sirvieron para preparar y presentar su propuesta económica con la estimación del valor de los kilómetros en vacío probables que se podrían generar.”

Además, el fallo indicó que las labores del contratista en esta materia no eran únicamente técnicas sino también constructivas y de adecuación, afirmación sustentada en los informes de interventoría de donde también dedujo que EEMB, “con sus actos (construcción, cumplimiento de los cronogramas de obra y adecuación de los terminales zonales) estaba aceptando la transitoriedad prevista en la cláusula 14 de los contratos de concesión, incluso después del dos (2) de noviembre del 2015.” Por lo tanto, el Tribunal asumió que los límites temporales referidos al periodo de transición no fueron perentorios ni inamovibles, y que a partir de sus acciones las partes acordaron que la etapa de transición culminaría “hasta que el Consorcio (sic) terminara las adecuaciones físicas y el Distrito entregara los patios definitivos”⁸⁰. De todo ello, concluyó que en torno a los patios zonales cada actor funge así:

“i) El Concesionario por su conocimiento y experiencia en el servicio público de transporte de la ciudad determina o propone el lugar en el que se debe ubicar el terminal o patio zonal por razones de eficiencia, es decir, ponderando o evitando al máximo la generación de kilómetros en vacío por tratarse de un riesgo que asumió.

(ii) TRANSMILENIO verifica que los patios cumplan con las condiciones técnicas exigidas por la concesión y autoriza su funcionamiento transitorio dependiendo del cumplimiento de los estándares de servicios.

(iii) El Concesionario realiza en el periodo de transición las adecuaciones en los patios que considere necesarias para la óptima prestación del servicio, sobre las cuales TRANSMILENIO a través de sus Interventores o Supervisores realizará una labor de auditoría.

(iv) El Distrito con las herramientas administrativas que tenga a su alcance, es el encargado de realizar la gestión predial para efectos de la entrega de los patios zonales definitivos.”⁸¹

concesionarios puedan realizar los análisis correspondientes y poder tomar la decisión de construir los terminales definitivos. Razón por la cual debe ampliarse el término establecido en la cláusula 14, permitiéndole a los concesionarios contar con toda la información necesaria para cumplir con dicha obligación” (F. 343, c. 6 ppal.) (ii) “Dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la fecha de suscripción de **Contrato, EL CONCESIONARIO** deberá entregar a **TRANSMILENIO S.A.** un primer Plan de Trabajo que contenga el cronograma y secuencia de todas las actividades **relacionadas con la ingeniería de detalle de las rutas asignadas a cada concesionario y los terminales zonales** y, de considerarse necesario, por parte de cada concesionario, se deberá presentar la contrapropuesta del cronograma de implementación de rutas establecido en el Anexo 2”. (Negrilla y subraya del Tribunal).” (F. 344, c. 6 ppal.)

⁸⁰ F. 346, c. ppal.

⁸¹ Ibíd.

Adicionalmente, la decisión mueve a descartar la interpretación de la demandante teniendo presente que los patios zonales tienen carácter transitorio a partir de los Decretos 294 de 2011, 305 de 2015 y 289 de 2016 que establecían el deber del Distrito a través de sus secretarías de Planeación, Movilidad y Ambiente de expedir las normas necesarias para que las terminales y equipamientos de transporte definitivos operen.

Encontró el tribunal que la cláusula 14 de los contratos de concesión *“autorizó (...) un mecanismo de integración del contrato con la norma urbanística y arquitectónica como lo es aquella que el Distrito debía expedir con el fin de lograr la entrega de los patios definitivos”*, en virtud del cual se le confirió la potestad al Distrito de *“ampliar el periodo de transición para la entrega de los patios zonales definitivos”* luego de finalizado el tercer año de la concesión contado desde la firma del contrato. Por ello, *“la interpretación propuesta por la parte actora en el sentido de que solo se podía ampliar o extender la etapa de transición durante el primer trienio de ejecución del contrato, carece para el Tribunal de fundamento jurídico.”*

Además de lo anterior, el panel arbitral consideró que era explícita la voluntad de la administración de ampliar la etapa de transición a partir del Decreto 364 de 2013⁸² y la Resolución 525 de 2015⁸³, orden mantenida pese a que el Decreto está suspendido porque si este *“se llegare a caer (...), el acto administrativo expedido para el equipamiento de infraestructuras de apoyo del SITP seguiría en pie (Resolución 525 de 2015).”* Advirtió en este sentido que *“para el primer trienio de ejecución del contrato ya se estaba planteando la posibilidad de reconducir el contrato para contar los cinco (5) años de la etapa de transición, no a partir de la adjudicación de los contratos de concesión sino después de la puesta en marcha del SITP, lo cual sigue llenando de razones al Tribunal para apartarse de la interpretación realizada por la actora en el sentido de que dicho periodo provisional no podía extenderse del 5 de noviembre de 2015.”*⁸⁴

⁸² *“En donde se lee: —Durante los cinco (5) primeros años, contados a partir de la entrada en operación del SITP, se autoriza un periodo de transición para la operación de terminales y patios zonales de carácter temporal de conformidad con lo establecido en el Decreto Distrital 294 de 2011 o la norma que lo modifique, adicione o sustituya. La provisión de estas instalaciones se dará conforme a las normas establecidas en el citado decreto”.* (Cita 419 del laudo)

⁸³ *“Por medio de la cual se organiza el programa de desarrollo estratégico para la adecuación y puesta en funcionamiento de los equipamientos de transporte e infraestructura de soporte para el Sistema Integrado de Transporte Público – SITP del sistema de transporte masivo a cargo de la empresa”.* (Cita 420 del laudo).

⁸⁴ F. 348, c. ppal.

Con todo, el fallo aclara que la facultad de prorrogar esta etapa constituye una cláusula con prestación indeterminada pero determinable, de suerte que teniendo presente la entrega dentro de un plazo original de 5 años, la opción de la prórroga de este término “*debe ejercerse de manera razonable para efectos de no caer en el terreno del abuso*”, y agrega:

“La cláusula 14 solo hace referencia al deber del Distrito de informar la ampliación de la etapa de transición, pero no establece cómo se debe cumplir o qué mecanismos se deben utilizar para dicho cometido o si lo podía hacer directamente o por interpuesta persona. Ahora, si la demandada decidió informarle al Concesionario la extensión de la transitoriedad en la entrega de los patios definitivos⁸⁵, esa sola circunstancia no demuestra el ejercicio arbitrario de la facultad de la prórroga.

Por otro lado, el hecho de haber tomado la decisión de construir los patios zonales y de realizar las adecuaciones pertinentes, cumpliendo en gran medida el ritmo de ejecución de las obras, como se señala en los informes de Interventoría, le indica al Tribunal que la decisión de ampliar el periodo de transición para la entrega de los terminales zonales definitivos no tomó por sorpresa al concesionario.

Es más, en estos momentos se encuentran tan avanzadas las obras de construcción y adecuación de los patios transitorios en los que opera el demandante que es bastante probable que se vuelvan los próximos puntos de inicio de ruta (PIR).⁸⁶

El Tribunal recalcó que el riesgo del kilómetro en vacío era previsible y fue estimado por el concesionario en su oferta bajo la premisa de que las rutas “*no empezaban desde los patios de operación y con base en ello asumieron el riesgo por los kilómetros en vacío; de ahí el deber que tenían de mitigarlo*”⁸⁷. Cita al efecto la matriz de riesgos, lo pertinente de la cláusula 14 de donde extrae el fallo que el concesionario debía solicitar que el Distrito haga uso de las herramientas que le proporciona el ordenamiento para la adquisición de suelos⁸⁸, y no hay prueba de dicha petición.

Por último, encontró que no había prueba cierta del daño por la no entrega de patios definitivos:

⁸⁵ “Es decir, las comunicaciones No. 2015EE21624 y 2015EE21636 de 28 de octubre de 2015.” (cita 422 del laudo).

⁸⁶ F. 348-349, c. 6 ppal.

⁸⁷ F. 349, c. 6 ppal.

⁸⁸ “En aquellos casos en que el CONCESIONARIO construya directamente, se requerirá de aprobación de TRANSMILENIO S.A. de la ubicación del Terminal y sus especificaciones técnicas, en los términos previstos en el presente contrato. En estos casos, si el concesionario lo solicita, el Distrito realizará la gestión de las herramientas previstas en la normatividad urbana que faciliten la compra del uso del suelo con cargo a los recursos del concesionario incluyendo, entre otras, la expropiación administrativa. La gestión para la construcción definitiva de los terminales zonales, se definirá en la etapa de transición” (Cita 424 “Folio 137 del cuaderno de pruebas No. 1.” a folio 349-350 del laudo).

“...porque el kilometraje de los vehículos que componen la flota podría obedecer a múltiples causas, v. gr., a los recorridos realizados por los buses que se prestaron como plan de contingencia ante la crisis de otros operadores dentro del sistema. De hecho, en la comunicación CE TM EEMB 0274/2016 del 16 de marzo de 2016426, el Concesionario reconoce que la flota permanecía estacionada en los puntos de inicio de ruta (PIR), lo cual le hace perder credibilidad a la cantidad de kilómetros al vacío que se reclaman en este proceso arbitral. Los sobrecostos por no confluír en un mismo lugar el terminal zonal con el punto de inicio de ruta (PIR), se hallarían, entonces, huérfanos de probanza.

Tampoco se encontraron demostrados los estudios técnicos o las estrategias de mitigación de los kilómetros en vacío que el concesionario debía implementar para evitar su propagación.”

4.3.1.4.3. Tal como se observó en los anteriores segmentos del cargo de anulación por laudo en conciencia, la Sala manifiesta que el recurso revela discrepancias con el Tribunal por la forma como abordó los medios de prueba para arribar a conclusiones desfavorables para la convocante, discrepancias que de ninguna forma significan que la decisión haya sido tomada en conciencia, o que se haya aislado por completo de las pruebas practicadas.

El razonamiento del Tribunal sí desarrolla el contenido de varias pruebas consideradas relevantes para apuntalar su decisión, labor que constituye parte esencial del ejercicio autónomo de los árbitros como jueces transitorios habilitados por las partes de conferirle valor a las pruebas que mayor convicción les proporcione para resolver la problemática sometida a su juicio. Si la decisión fue acertada o no, es parte de un ámbito ajeno al recurso extraordinario de anulación como se ha reiterado en los anteriores acápite.

Y así como resulta improcedente revivir en esta decisión el análisis jurídico y fáctico que tuvo lugar durante el proceso arbitral, tanto más puede decirse de valorar medios de prueba nuevos que versan sobre temáticas relativas a las ya discutidas en el juicio arbitral, como es el relativo a la naturaleza jurídica de las prórrogas de la etapa de transición concebida en los contratos de concesión celebrado entre las partes, tratado nuevamente por el derecho de petición que se adjuntó al recurso interpuesto.

Se repite: en el recurso extraordinario de anulación no se desarrolla una segunda instancia, ni se efectúan juicios encaminados a corregir yerros sustanciales en la valoración probatoria o en la aplicación del derecho. La causal de laudo en conciencia se limita a controlar si la decisión arbitral tuvo concordancia con

normas jurídicas válidas, vigentes y pertinentes, y si los árbitros fallaron observando las pruebas regularmente allegadas al plenario, ni más ni menos.

La causal alegada de laudo en conciencia, entonces, es completamente infundada.

4.3.3. Causal octava⁸⁹

El numeral 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 indica la siguiente causal de anulación:

“8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.”

Esta causal, en relación con su símil existente en el régimen anterior⁹⁰, incluye la posibilidad de reclamar la nulidad del laudo por “*errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas*”. En lo demás, que resulta ser pertinente para este asunto, se mantiene la regulación atinente a la anulación por tener “*disposiciones contrarias*”, aspecto tratado por la jurisprudencia de esta Subsección así:

“Esta causal supone entonces que en la parte resolutive del laudo existan disposiciones contradictorias y que esta circunstancia se haya planteado oportunamente en el tribunal de arbitramento, (...)

Se entiende por disposiciones contradictorias aquellas que contienen decisiones que se contraponen o se excluyen entre sí de tal manera que resulta imposible su cumplimiento o ejecución.

Por consiguiente la contradicción entre esas varias disposiciones debe encontrarse, por regla general, en la parte resolutive o, lo que es lo mismo, que la causal en comento en principio no se configura cuando la contradicción se presenta entre lo expresado en la parte considerativa y lo resuelto en la resolutive.

Y la razón es evidente, lo que en un fallo vincula con autoridad y carácter ejecutivo es lo que se dispone en la parte resolutive toda vez que la parte motiva generalmente sólo contiene los argumentos y las razones que el fallador tuvo para adoptar la decisión.

Excepcionalmente sólo podría configurarse la causal por contradicción entre la parte motiva y la resolutive cuando ésta remite a una decisión que se menciona en aquella y las dos resultan contradictorias entre sí, pero nótese que la pluralidad de disposiciones contradictorias se encontrará finalmente en la parte resolutive

⁸⁹ Se reitera lo señalado por esta Subsección en sentencia del 1º de octubre de 2018. Rad. 11001-03-26-000-2018-00069-00 (61350).

⁹⁰ Decreto 2279 de 1989 – artículo 38: “(...) 7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.”

porque lo que en verdad ocurre es que ellas quedan incorporadas en un solo punto de la parte resolutive toda vez que allí confluyen, de un lado, la que inicialmente contiene ésta y, de otro, la que luego ella trae por remisión.

Finalmente no sobra reiterar que no resulta procedente que escudándose en esta causal y sin que haya disposiciones contradictorias en la parte resolutive, se pretenda la modificación o alteración de lo ya decidido.⁹¹ (Subraya la Sala)

En el asunto concreto, la Sala observa que el recurrente cumplió con la carga de solicitar la aclaración, corrección u adición del laudo arbitral por los motivos traídos a colación ante esta sede de anulación, según consta en la solicitud elevada a los árbitros el 13 de julio de 2018⁹².

Ahora, lo que el recurrente sindicó como decisiones contradictorias del laudo remite a la discusión relativa a la legalidad de las cláusulas 121 y 131 de los contratos de concesión, modificadas por el otrosí nº 5 del contrato, en lo referente a los denominados “*desincentivos operativos*”. Mientras la convocante en su demanda (pretensiones 3.30 –principal- 3.30.1 a 3.30.2 – subsidiarias- y 3.31 – principal-) solicitó la nulidad de estas cláusulas por considerarlas violadoras de la reserva de ley para pactar procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, Transmilenio solicitó se declarara la validez de dichas cláusulas en la demanda de reconvención (pretensiones primera y segunda).

La disputa fue resuelta por el Tribunal a través de las decisiones contenidas en los numerales quinto y sexto del capítulo I y, primero y segundo del capítulo II de la parte resolutive del laudo, así:

| Decisiones de las pretensiones de la demanda principal (Cap. I) | Decisión de las pretensiones de la demanda de reconvención (Cap. II.) |
|---|--|
| <i>“QUINTO: Declarar la nulidad del numeral 4º de la Cláusula 131.2 de los Contratos que regula las consecuencias de la objeción por parte del CONCESIONARIO al reporte detallado sobre los desincentivos, porque en estos casos debe aplicarse el procedimiento previsto por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.</i> | <i>PRIMERO: Declarar que la cláusula 121, y en particular la cláusula 121.2. del contrato de concesión No. 01 de 2010 y del contrato de concesión No. 02 de 2010, celebrados entre la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. y la SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MIS BUS S.A.S., conforme a la modificación introducida a la misma en virtud de los otrosíes No 5, ambos del 20 de diciembre de 2011, en la cual las partes regularon la procedencia de la aplicación de desincentivos operativos al Concesionario, es válida y eficaz, en los precisos términos y por lo expuesto en la parte motiva.</i> |
| <i>SEXTO: Declarar que la controversia planteada en el presente Tribunal de Arbitramento en relación con los desincentivos en las pretensiones, no constituye el ejercicio del derecho de acudir a los mecanismos de solución de</i> | |

⁹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Rad. 11001-03-26-000-2010-00063-00 (39496)

⁹² F. 390-394, c. 6 ppal.

controversias previstos en los contratos N° 001 y 002 de 2010, en tanto que no se han controvertido las causas específicas de su imposición, ni se han impugnado los actos concretos por medio de los cuales se hubieran hecho efectivos los desincentivos, sino la nulidad de las cláusulas contractuales que los consagran, en los precisos términos y por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: *Declarar que la cláusula 131, y en particular la cláusula 131.2. del contrato de concesión No. 01 de 2010 y del contrato de concesión No. 02 de 2010, celebrados entre la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. y la SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MIS BUS S.A.S., conforme a la modificación introducida a la misma en virtud de los otrosíes No 5, ambos del 20 de diciembre de 2011, en la cual las partes regularon el procedimiento para la imposición de desincentivos operativos al Concesionario, es válida y eficaz, excepto lo que dispone en el numeral 4º de la cláusula 131.2, pues en tal evento debe aplicarse, cuando proceda, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.*

Expuestos de este modo los apartados pertinentes de la parte resolutive del laudo, cabe decir que las decisiones allí tomadas y aquí comparadas recaen sobre fragmentos distintos de las cláusulas objeto del litigio de tal modo que, en relación con la demanda principal interpuesta por EEMB, el Tribunal accedió a la nulidad parcial de la cláusula 131.2 de los contratos de concesión 001 y 002 de 2010 (más específicamente en el numeral 4º) y a la declaración solicitada en la pretensión 3.31; y que, por otra parte, al arbitrar las pretensiones de la demanda de reconvencción presentada por Transmilenio, el Tribunal estableció la validez y eficacia del resto de las cláusulas 121, 131 y 131.2, con excepción clara del numeral cuarto, que fue invalidado.

Con todo, la recurrente denuncia la contradicción entre estas medidas y la motivación del fallo a partir del supuesto entendimiento que el laudo expone del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para unos aspectos (los anulados) como norma imperativa, y para el resto, como norma supletiva de la voluntad de las partes.

Para la Sala esta acusación no se ajusta al objeto de la causal alegada que es, fundamentalmente, controlar y corregir las decisiones concretas dispuestas por el laudo en su parte resolutive, de manera que sean lo suficientemente claras, lógicas y coherentes de cara a la ejecución de las ordenes allí impartidas. En otras palabras, se busca que lo resuelto por el laudo sea posible de materializar y no abarque órdenes contraevidentes que dificulten o disminuyan la eficacia del arbitraje como medio alternativo de solución de controversias.

En ese sentido, la alusión excepcional a la motivación está reservada para aquellos casos en los cuales la parte considerativa del laudo entrañe medidas que incidan en la realización de lo ordenado por la decisión, como por ejemplo cuando en el resuelve se obliga a una de las partes en conflicto a tomar ciertas medidas acordes con las modulaciones e instrucciones contenidas en la fundamentación del fallo. En ningún sentido el señalamiento de yerros, contradicciones o confusiones de la resolución del laudo puede convertirse en una oportunidad para cuestionar las razones, de hecho y de derecho, que dieron lugar a esas decisiones.

Justamente, aquello que no hace parte de esta causal de anulación es lo que persiguió la parte recurrente a través de este señalamiento: censurar la interpretación hecha por el Tribunal sobre una norma jurídica (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011) y que justificó, en este caso, declarar la validez y eficacia de las cláusulas que la convocante pretendía anular. Ese juicio de legalidad y acierto sobre el alcance que los árbitros le confirieron al precepto legal no le corresponde reiniciarlo a la Sala, dado el carácter restrictivo y concreto del recurso extraordinario de anulación indicado renglones atrás (párr. 4.2.).

Así las cosas, este cargo también fracasa.

5. Condena en costas

El párrafo final del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”*, establece lo siguiente:

“Artículo 43. Efectos de la sentencia de anulación. Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará.

(...)

Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público.”

En las anteriores condiciones, se impone concluir que, como el recurso extraordinario de anulación, interpuesto por la convocante EEMB fue infundado, por cuanto no prosperaron las causales invocadas, esta entidad, en su calidad de recurrente, será condenada en costas.

Por medio del Acuerdo N.º 1887 de 26 de junio de 2003, 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 indicó, en relación con el recurso de anulación de laudos arbitrales, una tarifa de hasta veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes⁹³.

Según los criterios establecidos en el artículo 361 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) y el artículo 3 del Acuerdo No. 1887 de 2003, y dado que no se presentó un hecho extraordinario en el trámite propio del recurso, que hubiese dificultado el proceso con actuaciones adicionales ni se observan otros gastos, la Sala fijará, a título de costas procesales por concepto de agencias en derecho, el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por consiguiente, como el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2019 es de \$828.116, las agencias en derecho ascienden, en este caso, a \$ 8.281.160.00.

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 **Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S.** parte convocante, contra el laudo arbitral del seis (6) de julio de dos mil dieciocho (2018), proferido por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido para dirimir las controversias surgidas entre aquella y la **Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.** con ocasión de los contratos de concesión n° 001 y 002 de 2010, suscritos entre ambos

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la convocante **Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S.**, para lo que se fija, por concepto de agencias en derecho, la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a ocho millones doscientos ochenta y un mil ciento sesenta pesos moneda corriente (\$ 8.281.160.00 M/cte), a favor de la empresa convocada.

⁹³ Numeral 1.12.2.3 del acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

GUILLERMO SANCHEZ LUQUE
Presidente
Con aclaración de voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00160-00(62476)

Actor: SOCIEDAD DE OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S.

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

Asunto: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

CAUSAL 7 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563-Fallo en conciencia o equidad debiendo ser en derecho. FALLO EN CONCIENCIA-No es procedente valorar el mérito que le dio el Tribunal Arbitral al acervo probatorio.

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque acompañé la decisión adoptada en la providencia de 18 de enero de 2018, en cuanto negó la anulación de laudo arbitral proferido, aclaro voto.

Según la sentencia la causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, se configura en los eventos en los cuales hay *“una aplicación arbitraria de las reglas de valoración[...]que ponga en evidencia el manifiesto desconocimiento de los árbitros de las reglas de la sana crítica”*

Frente a esta causal, esta Subsección⁹⁴ ha señalado que no se configura por el hecho de que en el laudo no se haga referencia a determinada prueba, pues el fallo en conciencia es aquel en el cual el Tribunal Arbitral omite en su integridad las pruebas recaudadas para, en su lugar, acudir a la íntima convicción de sus

⁹⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 9 de abril de 2018, Rad. 59270 [fundamento jurídico 6]

integrantes para definir los hechos probados. La valoración probatoria y la aplicación de las reglas de la sana crítica son asuntos sustanciales que escapan a la naturaleza y fines del recurso de anulación de laudos arbitrales.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE