**FALLO EN CONCIENCIA O EN EQUIDAD - Supuestos**

i) la ausencia en su contenido de normas de derecho positivo; ii) la libre apreciación del juez, tanto de los hechos como de las pruebas allegadas al expediente; iii) la íntima convicción del juez sobre lo justo o equitativo para tomar la decisión y iv) la equidad como único criterio para dirimir la controversia.

**FALLO EN DERECHO - Supuestos**

Al respecto, cabe anotar que la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación ha señalado que no basta la invocación de normas de derecho positivo para que el laudo pueda calificarse como proferido “en derecho”, sino que es necesario para ello que las normas que se invocan como fundamento de la decisión estén “conectadas” con el problema que se resuelve por el Tribunal de Arbitramento, de modo que no debe tratarse de una simple anotación descontextualizada en relación con la secuencia que desarrolla el laudo para la resolución del caso, pues de esta manera el fallo tendría la apariencia de estar sustentado en el derecho positivo, a pesar de que las normas jurídicas invocadas no tengan relación alguna con el debate sustancial planteado.

**LAUDO ARBITRAL -** **Fallo en conciencia o equidad - Alcance del numeral 7° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012**

En consecuencia, se puede afirmar que la decisión fue adoptada en derecho, pues no se limitó a consignar citas normativas y jurisprudenciales desconectadas de los temas objeto de la litis, sino que, por el contrario, la decisión estuvo fundada en un marco eminentemente jurídico-normativo aplicable al caso y no fue el resultado de la libre apreciación de los árbitros o de su leal saber y entender -ex aequo et bono- , pues, además se valoraron los medios probatorios que se consideraron relevantes para el caso y se realizó el análisis e interpretación del contrato y de las pretensiones que se sometieron a su consideración. Cosa diferente es que el convocante no esté de acuerdo con la forma en que se resolvieron las pretensiones, ni con las consideraciones que le dieron sustento a la decisión, por lo que ahora pretende reabrir el debate tanto probatorio, como jurídico sobre el asunto que fue sometido a competencia de los árbitros. En efecto, la argumentación del recurrente denota que, en realidad, en muchos casos él no está de acuerdo con las consideraciones, con el alcance que le dio el tribunal a las pretensiones, ni con la valoración probatoria, aspectos que no resulta procedente debatir en el recurso de anulación del laudo arbitral, por no constituir esta una instancia adicional, pues la argumentación del recurrente no se enmarcan dentro de la causal de nulidad esgrimida contra el laudo arbitral, sino que constituye fundamentos de reproche frente al mismo.

**LAUDO ARBITRAL - Características**

(i) es de carácter excepcional, restrictivo, extraordinario y, por consiguiente, no constituye una instancia adicional al proceso arbitral, (ii) se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores in procedendo, (iii) no permite atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo (errores in judicando), puesto que el juez de anulación no es superior funcional del Tribunal de Arbitramento, iv) excepcionalmente, permite al juez de la anulación corregir o adicionar el laudo, si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros, o por haberse pronunciado éstos sobre aspectos no sujetos a su decisión, o por haberse concedido más de lo pedido, v) está gobernado por el “principio dispositivo”, de modo que es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra, de modo que al juez no le es dable interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número:** **11001-03-26-000-2017-00019-00(58678)**

**Actor: PROMASIVO S.A.**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN**

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto el 26 de diciembre de 2016[[1]](#footnote-1), por Promasivo S.A. (parte convocante), contra el laudo arbitral del 27 de octubre de 2016, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias originadas con ocasión del contrato de concesión 1 del 22 de julio de 2004, celebrado entre el convocante y Megabús S.A. (parte convocada)*,* mediante el cual se tomaron las siguientes decisiones (se transcribe tal como obra a folios 163 a 164 c. Consejo de Estado):

“**Primero.** Declarar no probadas las excepciones 3.6, 3.13,3.18, 3.20, 3.34, 3.36, 3.37, 3.38 y 3.40.

“**Segundo.** Declara probadas las excepciones 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.7, 3.8, 3.9, 3.10, 3.11, 3.12, 3.14, 3.15, 3.16, 3.17, 3.19, 3.21, 3.22, 3.23, 3.24, 3.25, 3.26, 3.27, 3.28, 3.29, 3.30, 3.31, 3.32, 3.35 y 3.39.

“**Tercero.** Denegar las pretensiones de la demanda.

“**Cuarto.** Condenar a PROMASIVO S.A. en Liquidación Judicial a pagar a MEGABUS S.A la suma de trescientos millones de pesos ($300.000.000) moneda corriente por concepto de costas y advertir que, teniendo en cuenta el resultado del proceso, ya no resulta procedente el rembolso de los gastos y honoraros de que trata la certificación expedida el once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), en cumplimiento de los dispuestos en Auto No. 9 del 29 de julio de 2016, como título ejecutivo en favor de LÓPEZ BEDOYA Y ASOCIADOS & CIA. S. en C. y en contra de MEGABÚS S.A. y que, si éste ya se hubiere producido, la convocada tiene derecho a su restitución.

“**Quinto.** Disponer que por Secretaria se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes y al señor agente del Ministerio Público, con las constancias de ley.

“**Sexto.** Disponer que por Secretaría se remita el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

**I. ANTECEDENTES.**

**1.- El pacto arbitral.-**

En la cláusula 118 del contrato de concesión del 22 de julio de 2004, las partes convinieron el siguiente pacto arbitral (transcripción literal)[[2]](#footnote-2):

**“Cláusula 118. Arbitraje**

“Si agotadas las etapas indicadas en los puntos anteriores de la presente Cláusula[[3]](#footnote-3), las partes no han resuelto el conflicto o la controversia correspondiente, éste será resuelta por un Tribunal de Arbitramento que funcionará en la ciudad de Bogotá, proferirá un fallo en derecho y se sujetará en su funcionamiento y tarifas al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje dela Cámara de Comercio de Bogotá. El número de árbitros que integrarán el Tribunal será de tres (3), salvo en el caso en que la cuantía del proceso sea inferior al equivalente a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, evento en el cual el Tribunal estará integrado por un árbitro único. El, o los árbitros que integren el Tribunal serán abogados en ejercicio en Colombia, y se designarán por las partes de común acuerdo y, a falta de éste, por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, de tas que al efecto tiene integradas esa institución”.

**2.- La demanda arbitral.-**

**2.1.-** Mediante escrito presentado ante la Cámara de Comercio de Bogotá, el 9 de noviembre de 2015, reformado el 27 de junio de 2016[[4]](#footnote-4), Promasivo S.A. solicitó, por conducto de apoderado,la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, para efectos de resolver las controversias que se presentaron con Megabús S.A., en desarrollo del contrato de concesión 1 del 22 de julio de 2004.

En la demanda arbitral, el convocante solicitó lo siguiente (se transcribe tal como obra en los folios 15 a 19 del cuaderno principal 2):

**“DECLARATIVA:**

**“Relativa al incumplimiento de los Principios del Marco Económico del Contrato.**

**“1.** Que se declare que el Sistema Megabús no fue permanentemente **autónomo** **en sus flujos,** llevándolo a ser deficitario en su Fase de Operación Plena, hecho con el cual se vulneró, el postulado del numeral 60.1 de la Cláusula 60 del Contrato de Concesión No. 1 de 2004.

“**2.** Que se declare que las tarifas usuario del Sistema Megabús, en la Fase de Operación Plena, **no reflejaron en todo momento los egresos básicos** del Sistema, trasgrediendo el postulado del numeral 60.1 de la Cláusula 60 del Contrato de Concesión No. 1 de 2004.

“**3.** Que como consecuencia de las anteriores Pretensiones, se declare que **MEGABÚS** incumplió con su obligación, como Ente Gestor del Sistema Megabús, de velar por la Autosostenibilidad del Sistema en el tiempo, quebrantando lo preceptuado en el numeral 60.1 de la Cláusula 60 del Contrato de Concesión No. 1 de 2004.

“**4.** Que en aplicación del Marco Económico del Contrato se declare que **MEGABÚS** debió dar cumplimiento al Principio de Autosostenibilidad del Sistema Megabús en el Tiempo, con antelación al principio de Costeabilidad de la Tarifa al Usuario, de acuerdo con lo indicado el numeral 60.3 de la Cláusula 60 del Contrato de Concesión No. 1 de 2004.

**“Relativas al no pago del 100% de la participación económica liquidada.**

**“5.** Que se declare que **MEGABÚS** incumplió con el pago del 100% de la participación económica liquidada a que tiene derecho **PROMASIVO** por los servicios prestados en la Operación Troncal y Alimentadora del Sistema Megabús, durante la Fase de Operación Plena, contraviniendo lo establecido en el numeral 8.1 de la Clásula 8 y en el literal a), numeral 62.4 de la Cláusula 62 del Contrato de Concesión No. 1 de 2004.

**“Relativas al ajuste de la Tarifa Usuario no coincide con las fórmulas tarifarias del Contrato.**

**“6.** Que se declare, que el Sistema Megabús, durante la Fase de Operación Plena, **no se materializó el ajuste de la tarifa usuario,** en los términos indicados en el numeral 61.4 de la Cláusula 61 en concordancia con el numeral 63,1 de la Cláusula 63 del Contrato de Concesión No. 1 de 2004.

**“7.** Que se declare, que **MEGABÚS no solicito el ajuste de la Tarifa Usuario** de conformidad con el Convenio Interadministrativo de Operación firmado entre **MEGABÚS** y el **AMCO,** vulnerando lo acordado en el numeral 63.3 de la Cláusula 63 del Contrato de Concesión No. 1 de 2004.

**“8.** De conformidad con lo preceptuado en el literal (a), numeral 13.2 de la Cláusula 13 del Contrato de Concesión No. 1 de 2004, se declare que **MEGABÚS** está en la obligación contractual de asumir la contingencia, que generó el detrimento en los ingresos del Sistema Megabús, por la no actualización de la Tarifas Usuario coincidente con la aplicación de las formulas del Contrato de Concesión No. 1 de 2004.

**“Relativas al incumplimiento de reestructuración de rutas para la Operación Alimentadora – Exclusividad – Derecho de Paso**

**“9.** Que se declare que como consecuencia del incumplimiento a los derecho de paso, **MEGABÚS** vulneró la exclusividad señalada en el literal b) numeral 2.1 de la cláusula 2 del contrato de concesión No 1 de 2004, independientemente del origen y destino que tuvieran rutas de los dos sistemas de transporte.

**“10.** Que se declare que **MEGABÚS** incumplió el literal (b) del numeral 11.7 de la Cláusula 11 al permitir otorgar rutas del Servicio Público de Transporte Colectivo paralelas al rutas del Sistemas de Transporte Masivo, transgrediendo las condiciones de exclusividad estipuladas en el Contrato de Concesión No. 1 de 2004, e igualmente **MEGABÚS** omitió las **acciones jurídicas** pertinentes ante la autoridad correspondiente, con arreglo a lo acordado en el Convenio Interadministrativo de Operación suscrito con la Autoridad de Transporte.

**“11.** Que se declare que las rutas del Sistema de Transporte Público Colectivo, realizaron tránsito paralelo a las rutas alimentadoras de la Cuenca Cuba, al circular por más de 1000 metros en los mismos trayectos, transgrediendo así lo establecido para el derecho de paso en el literal A), numeral 41.3 de la Cláusula 41 del contrato de concesión No. 1 de 2004.

**“Relativas a pasajeros estimados para la estructuración del Sistema Megabús vs los realmente movilizados en la Operación Alimentadora de la Cuenca Cuba.**

**“12.** Que se declare que de acuerdo con el Estudio de la Corporación Financiera del Valle S.A. – **CORFIVALLE,** presentado en noviembre de 2002, la demanda de pasajeros **estimados** para la operación alimentadora de la Cuenca Cuba del Sistema Megabús, correspondía a 47.820 pasajeros pagos por día.

**“13.** Que se declare que de acuerdo con las liquidaciones realizadas por **MEGABÚS,** durante el período comprendido entre agosto de 2008 y agosto de 2014 – Fase De Operación Plena, el máximo de pasajeros/pagos/día efectivamente transportados en la operación alimentadora de la Cuenca Cuba, no superó los 28.000.

**“14.** Que se declare que conforme a los estipulado en el literal a), Numeral 13.1, Cláusula 13 del Contrato de Concesión No. 1 de 2004, el riesgo asumido por **PROMASIVO** no se materializó, por lo que no es exigible legalmente a **PROMASIVO.**

**“15.** Que en virtud de lo anterior, se declare que el riesgo de disminución o aumento de pasajeros en el sistema, debe ser asumido por **MEGABÚS,** por cuanto la determinación de la necesidad que por ley le asiste a Megabús lleva implícita la estimación de pasajeros.

**“Relativa al incumplimiento en la entrega de la Infraestructura**

**“16.** Que se declare que MEGABÚS incumplió con la entrega de la infraestructura, Terminal Dosquebradas y Estación San Fernando, vulnerando los numerales 11.1 y 11.3 del Contrato de Concesión No. 1 de 2004, así como el literal b del numeral 5.1 y numeral 5.3 de la Cláusula 5 del Otrosí No. 4 del 18 de agosto de 2006 del citado Contrato de Concesión.

**“17.** Que se declare que **MEGABÚS,** de conformidad con lo estipulado en la cláusula 13.2 del Contrato de Concesión No. 01 de 2004, tiene la obligación contractual de soportar la contingencia que consiste en el detrimento que han sufrido los ingresos del Sistema Megabús y particularmente los ingresos de **PROMASIVO,** que se han generado por la no actualización de las tarifas del Servicio Público de Transporte Masivo, de conformidad con las formulas tarifarias previstas en el contrato.

**“CONDENA:**

**“1.** Que como consecuencia de las declaración número 5, se condene a **MEGABÚS** a reconocer y pagar a favor de **PROMASIVO,** la suma de **SETENTA Y CINTO MIL NOVENCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES CIENTO DIECIOCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS MONEDA LEGAL ($75,942,118,741),** o aquella que resultaré probada, de acuerdo a la siguiente liquidación:

|  |  |
| --- | --- |
| Valor participación económica no pagada- Valor histórico | $35.081589.326 |
| Valor participación económica no pagada- indexada | $42.542.522.794 |
| Intereses de Mora | $33.399.595.947 |
| **Valor Total participación económica liquidada no pagada, indexada y con intereses de mora** | **$75.942.118.741** |

**“2.** Que como consecuencia de las declaración número 5, se condene a **MEGABÚS** a reconocer y a pagar a favor de **PROMASIVO,** la suma de QUINCE MIL NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO PESOS MONEDA LEGAL ($15,009,458,185) o aquella que resultare probada, correspondiente al valor total de los pasivos a enero de 2015, dejados de cancelar por el no pago del 100% de la participación económico a que tiene derecho la Convocante, por los servicios prestados al Sistema Megabús de agosto de 2008 a agosto de 2014.

**“3.** Que como consecuencia de la declaración número 8, se condene a **MAGABÚS** a reconocer y pagar a favor de **PROMASIVO,** la suma de **CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS MONEDA LEGAL ($52,154,687,467),** o aquella que resulte probada, por concepto de la utilidad esperada por la prestación del servicio en las condiciones pactadas, las cuales no se dieron por el incumplimiento de **MEGABÚS.**

**“4.** Que como consecuencia de las declaraciones números 4 y 8, se condene a **MEGABÚS** a reconocer y pagar a favor de **PROMASIVO** la suma de **MIL CIENTO CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA LEGAL, ($1,150,286,280)** o aquella que resultare probada, en razón a que, a pesar de conocer la no autosostenibilidad y el detrimento en los ingresos totales del Sistema Megabús, actuó en forma irregular y arbitraria al imponer a **PROMASIVO** multas, desconociendo que las mismas fueron originadas por los reiterados incumplimientos de las obligaciones contractuales a cargo de propio **MEGABÚS.**

**“5.** Que, de acuerdo con la valoración efectuada por ese H. Tribunal, se condene a la convocada **MEGABÚS** a pagar, conforme a derecho, las costas judiciales del proceso a que haya lugar.

**2.2.-** Los hechos narrados en la demanda arbitral se sintetizan de la siguiente manera:

2.2.1.- Según el actor, los estudios que dieron soporte al pliego de condiciones y los anexos del proceso licitatorio 1 de 2003 fueron i) el estudio contratado por la Nación, llamado Systra, ii) el realizado por la Corporación Financiera del Valle S.A. y iii) los documentos Conpes, estudios relacionados con los sistemas de transporte masivo del país y específicamente del sistema Megabús. Todos ellos los tomó en cuenta Promasivo S.A. para evaluar la viabilidad del negocio y su participación en el proceso licitatorio.

2.2.2.- Megabús no cumplió con el principio de planeación, pues no realizó el estudio de conveniencia y oportunidad del proceso licitatorio que dio origen al contrato 1 de 2004.

2.2.3.- El sistema Megabús se diseñó con el fin de cubrir el 46% de la demanda de pasajeros del Área Metropolitana Centro Occidente (AMCO), ese sistema se dividió en dos cuencas: i) la de Cuba y ii) la de Dosquebradas (DQS).

2.2.4.- A Promasivo S.A. se le adjudicó la concesión de la cuenca de Cuba y a Integra S.A. la cuenca DQS.

2.2.5.- El 22 de julio de 2004, entre Megabús S.A. y Promasivo S.A. se celebró el contrato de concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo del Área Metropolitana de Centro Occidente (AMCO), operación troncal y alimentadora del sistema Megabús.

2.2.6.- Una vez cumplidos los requisitos señalados en el contrato, se dio inició al mismo el 19 de agosto de 2004.

2.2.7.- Promasivo S.A. cumplió con sus obligaciones para dar inicio a la ejecución del contrato, tales como el pago de los estudios de estructuración técnica, legal y financiera y la entrega de la flota para la operación del sistema, la cual fue vinculada al sistema Megabús, pero la contratante no entregó oportunamente la infraestructura incumpliendo así lo pactado, por lo que se cambió la programación acordada inicialmente.

2.2.8.- El 18 de agosto de 2006 se firmó el otrosí 4 con el cual se modificaron las fases de operación y se pactó que se desarrollaría en dos, así: i) fase de operación temprana, por el término de dos años y ii) la fase de operación plena, la que inició vencidos los dos años, esto es, en agosto de 2008. Sobre esta fase es que recaen las reclamaciones de la demanda arbitral.

2.2.9.- Promasivo S.A. se vio afectada financieramente por la falta de pago de la participación económica a la que tenía derecho por los servicios prestados, lo que obligó a esa sociedad a refinanciar los créditos que tenía y con los cuales adquirió la flota para la operación del sistema.

2.2.10.- Debido al desgaste de la flota de buses, Promasivo S.A. solicitó a Megabús S.A. autorización para la compra de nuevos vehículos, lo cual no fue permitido. Megabús S.A., en su calidad de gestor del sistema, no prestó la colaboración necesaria para superar el déficit operacional del mismo, originado en que los costos eran superiores a los ingresos, lo que conllevó al desgaste definitivo de la flota por falta de recursos.

2.2.11.- Promasivo S.A. prestó en forma regular el servicio de transporte, cumpliendo con más del 99,5% de los servicios programados; pese a ello, Megabús S.A. permitió que los servicios se disminuyeran, lo que implicó la disminución de pasajeros y de ingresos totales, lo que, a su vez, llevó al aumento de la tarifa al usuario.

2.2.12.- Megabús S.A. incumplió el contrato de diversas formas, tales como: la falta de pago de la participación económica que le correspondía al contratista, la ausencia de reestructuración de las rutas, la falta de entrega de la totalidad de la infraestructura en forma oportuna, no mantuvo la demanda proyectada, no aumentó el número de pasajeros para permitir que el sistema fuera autosostenible y no controló la reventa de pasajes; por su parte, el contratista cumplió a cabalidad con sus obligaciones. Los incumplimientos del contratante ocasionaron que Promasivo S.A. fuera intervenida por la Superintendencia de Puertos y Transportes en julio de 2014, debido al aumento de sus pasivos.

2.2.13.- En el contrato de concesión se le asignó a Megabús S.A. el riesgo del detrimento en los ingresos del sistema derivado de la falta de actualización de la tarifa usuario, por lo que el contratante debía asumir la afectación económica causada a Promasivo S.A.

2.2.14.- De conformidad con el contrato de concesión, el principio de autosostenibilidad prevalecía sobre el de costeabilidad de la tarifa usuario, con lo que no cumplió Megabús S.A. y generó que Promasivo S.A. no recibiera la contraprestación a que tenía derecho.

2.2.15.- Debido a la falta de actualización de las tarifas, el sistema Megabús no fue autosostenible, pues se presentó un detrimento en los ingresos totales, lo que no hubiera ocurrido de haberse respetado la fórmula para establecer la tarifa, pactada en el contrato.

2.2.16.- Desde el inició de la fase plena, Megabús S.A. no cumplió con su obligación de reestructurar las rutas, por lo cual se presentaron paralelismos y, en consecuencia, la pérdida de pasajeros del Sistema Megabús, lo que también afectó la autosostenibilidad del sistema.

Si bien es cierto se pactó un derecho de paso, ello estaba sometido a que las rutas de servicios públicos de transporte colectivo no podían transitar en forma paralela por más de mil metros, luego de ello se incurría en paralelismo y, consecuentemente, en vulneración del contrato de concesión.

2.2.17.- Megabús S.A. impuso multas al concesionario por hechos originados en su propio incumplimiento y también declaró la caducidad del contrato de concesión.

2.2.18.- Promasivo S.A. entró en proceso de liquidación, el cual fue ordenado por la Superintendencia de Sociedades.

**3.- Integración del Tribunal.-**

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá citó a las partes a una audiencia para designar a los árbitros que dirimirían la controversia.

La instalación del Tribunal se cumplió el 10 de febrero de 2016 y, una vez integrado, se fijó su sede. Posteriormente, el 1 de marzo de 2016, se admitió la demanda arbitral, se ordenó correr traslado de la demanda a la entidad convocada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

El 27 de junio de 2016 se admitió la reforma de la demanda presentada por Promasivo S.A.

**4.- La oposición.-**

En la contestación presentada el 15 de julio de 2014 a la reforma de la demanda, Megabús S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, señaló que era Promasivo S.A. el que debía responder por los graves incumplimientos en los que incurrió y que llevaron a la declaratoria de caducidad del contrato.

Dijo que la afectación del flujo del sistema se debía al propio incumplimiento de Promasivo S.A. por no prestar el servicio, debido a la falta de mantenimiento preventivo y correctivo, al mantenimiento correctivo insuficiente y a la falta de un plan de mejoramiento de recuperación de los autobuses.

Precisó que la autosostenibilidad del sistema está estrechamente ligada con la operación concesionada, es decir, que con una oportuna y eficiente prestación del servicio de transporte, se genera y aumenta la demanda, lo que redunda en el aumento de ingresos.

Indicó que la diferencia entre la tarifa técnica (costos en los que incurre el operador del servicio) y la tarifa usuario (la que se cobra al púbico) también fue producto del incumplimiento del contratista, comoquiera que su valor no proviene de la discrecionalidad de la autoridad, sino de aspectos relacionados con la prestación del servicio, la demanda y la posibilidad de pago de los usuarios. Como el operador ofreció bajas frecuencias de los servicios por la falta de flota, los usuarios se vieron obligados a usar otros medios de transporte, con lo que se redujeron las ventas diarias.

La entidad convocada adujo que sobre ella no recaía la autosostenibilidad, sino que ello se predicaba del sistema en sí mismo y que Megabús S.A. veló por el cumplimiento de ese principio por medio de los diferentes instrumentos contractuales con los que contaba, tales como solicitudes de cumplimiento a Promasivo S.A., adopción de medidas correctivas para la prestación del servicio y, finalmente, la declaratoria de caducidad del contrato, para mitigar los efectos negativos del incumplimiento.

Mencionó que el convocante confundió el Sistema Megabús con Megabús S.A. y que no tomó en cuenta que esta última no era la autoridad de tránsito sino que lo era AMCO, quien era la encargada de fijar la tarifa usuario, ante quien se presentó la información necesaria para que actualizara las tarifas.

Ahora, en lo relacionado con la aplicación del principio de costeabilidad con prelación del de sostenibilidad, señaló que esos principios no se excluyen entre sí, ni se superponen, sino que sobre ambos se fundamenta el valor de la tarifa.

Agregó que Promasivo S.A. no obtuvo el retorno de la inversión porque no explotó adecuadamente la concesión.

En la resolución 019 del 9 de febrero de 2016, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato, se resolvió lo pertinente al detrimento patrimonial por la supuesta falta de actualización oportuna de las tarifas, al resolver lo relacionado con la excepción de contrato no cumplido, por lo que el tribunal de arbitramento carece de competencia para pronunciarse sobre ese aspecto.

En cuanto al incumplimiento de los derechos de paso por haberse presentado paralelismo, Megabús S.A. se defendió aduciendo que esos mismos argumentos fueron presentados por el concesionario en el trámite de las multas, por lo que consideró que se trataba de cosa juzgada administrativa.

Indicó que el tribunal carecía de competencia para pronunciarse sobre las pretensiones 12 y 13, pues se referían a la declaratoria del contenido de un documento y la verificación de un dato (el número máximo de pasajeros) sobre el cual no ha existido conflicto.

Precisó que el riesgo de aumento o disminución de pasajeros estaba a cargo del concesionario, según lo pactado en el contrato y de conformidad con el esquema de distribución de riesgos.

Lo relativo a la falta de entrega de infraestructura de manera oportuna fue resuelto en el trámite sancionatorio que culminó con multa, acto que no fue demandado y frente al cual ya operó la caducidad de la acción.

Señaló, además, que no podían prosperar las pretensiones ya que se solicitó el pago de pasivos del año 2015, fecha para la cual Promasivo S.A. ya no estaba operando el sistema, acumuló indebidamente el cobro de intereses de mora y la actualización, aspectos que se excluyen, solicitó la condena de ingresos futuros respecto de un contrato ya terminado por caducidad y, por último, pidió simultáneamente el pago de la utilidad esperada y de los ingresos dejados de percibir.

En cuanto a los estudios previos que se realizaron para el Sistema Megabús, indicó que ellos fueron el soporte para la estructuración del sistema, pero se trataba de un modelo y ellos no hacían parte del pliego de condiciones, ni del contrato de concesión.

Agregó que no era cierto que Promasivo S.A hubiera cumplido con el 100% de la entrega de la flota al sistema Megabús, pues frente a alguno de ellos se condicionó su vinculación a ciertas adecuaciones que se debían hacer; además, el 100% de la flota no estuvo disponible, ni operando durante todo el tiempo de ejecución del contrato, con lo que se incumplió el mismo.

Promasivo S.A fue sometida a control por parte de la Superintendencia de Puertos y Transporte como consecuencia de múltiples incumplimientos, tales como falta de pago de nómina y seguridad social a sus trabajadores, la falta de mantenimiento preventivo y correctivo de la flota, acreedores sin pagar, embargos de la Dian, retraso en el envío de información financiera al ente gestor y procesos judiciales en su contra.

La entidad convocada formuló las siguientes excepciones: i) cumplimiento del contrato 01 de 2004 por parte de Megasbús S.A., ii) inexistencia de omisión de Megabús S.A., iii) inexistencia de materialización del riesgo contenido en la cláusula 13.2, iv) obligación de medio y obligación de resultado cumplida por Megabús S.A., v) violación del principio legal según el cual el contrato es ley para las partes, vi) inexistencia de pretensión de nulidad de la cláusula 13.2, vii) el convocante no es contratante cumplido, viii) nadie puede alegar su propia culpa a su favor, ix) obligación pura y simple de Promasivo S.A., x) principio de diligencia a cargo del concesionario, xi) violación de función económica y jurídica del contrato, xii) enriquecimiento sin causa, xiii) mala fe, abuso del derecho a litigar, xiv) interpretación del contrato según la ley, xv) obligación legal de garantizar costos accesibles al público, a través de la tarifa usuario, xvi) incumplimiento de la carga de la prueba y del nexo causal, xvii) inexistencia de la causa de detrimento alegada por Promasivo S.A., xviii) falta de competencia del tribunal, xix) ausencia de título de imputación, xx) compensación, xxi) desconocimiento de la estructura de mitigación del riesgo asociado a la tarifa, xxii) ausencia de prueba sobre los elementos estructurantes de las pretensiones, xxiii) desconocimiento del régimen de asignación de riesgos, xxiv) desconocimiento de las reglas relativas a la fijación de la tarifa usuario, xxv) falta de prueba sobre la certeza y demás calidades del daño, xxvi) ausencia de derecho indemnizatorio del actor, xxvii) operación equilibrada, xxviii) excepción genérica, xxix) desconocimiento de las áleas y riesgos propios del contrato de concesión, xxx) responsabilidad del concesionario en la determinación de los egresos básicos del sistema, xxxi) inexistencia de la obligación de autosostenibilidad, xxxii) inexistencia de la obligación de pago a cargo de Megabús, xxxiii) falta de competencia del tribunal para pronunciarse sobre el adecuado o inadecuado ejercicio de la competencia del AMCO como autoridad encargada para la determinación de la tarifa usuario, xxxiv) inexistencia de rutas origen-destino atendidas por el sistema colectivo o el operador Integra, respecto de rutas alimentadoras de Promasivo con el mismo origen-destino, xxxv) falta de jurisdicción y competencia del tribunal para reasignar el riesgo de demanda a Megabús S.A., xxxvi) ausencia de daño, xxxvii) inepta demanda, xxxviii) daño no exigible a Megabús S.A., xxxix) imposibilidad de emitir una condena soportada en el ingreso futuro de un contrato que fue declarado terminado por razón del ejercicio de la competencia excepcional de la caducidad.

**6.-La competencia del Tribunal.-**

Fracasada la audiencia de conciliación, se surtió la primera audiencia de trámite, la cual se realizó el 29 de julio de 2016. Allí se dio lectura a la cláusula compromisoria y el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir las controversias planteadas en la reforma de la demanda y en la contestación de la misma.

**7.- El laudo arbitral recurrido.-**

El 27 de octubre de 2016 fue proferido el laudo recurrido, el cual negó las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, ratificó lo concerniente a su competencia para conocer del asunto sometido a su decisión; para ello, consideró que lo solicitado en las pretensiones de la demanda se encuentra incluido en el pacto arbitral.

Al resolver las excepciones indicó que Megabús S.A. expidió la resolución 019 del 9 de febrero de 2016, con la cual se declaró la caducidad del contrato, tres meses después de interpuesta la demanda arbitral y en vísperas de la audiencia de instalación, es decir, que el asunto ya se había vuelto jurisdiccional y la decisión administrativa no podía impedir que los árbitros resolvieran la controversia planteada, toda vez que la administración conocía de la existencia del proceso arbitral comoquiera que se le había notificado su existencia con el fin de que participara en la integración del tribunal.

Indicó que le correspondía a AMCO establecer la tarifa usuario y que Megabús S.A. se limitaba a proponer el monto de dicha tarifa, en relación con lo cual esta última demostró que presentó los estudios respectivos ante AMCO y solicitó en algunas ocasiones el reajuste de la tarifa. Agregó que:

“el Tribunal debe poner de presente que no está en condiciones de tomar decisiones favorables a lo solicitado sobre este pretendido incumplimiento que se imputa a la parta convocada, porque no eran dichas decisiones de su resorte y porque cualquiera responsabilidad derivada de la diferencia entre las dos tarifas incumbía a AMCO, no a MEGABÚS, siendo así que la primera de estas dos entidades no fue convocada a este trámite, circunstancia que cierra toda posibilidad para que el Tribunal deduzca consecuencia por la diferencia entre las dos tarifas”[[5]](#footnote-5).

Por lo anterior, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva en lo relacionado con el reajuste de las tarifas.

Agregó que la obligación de Megabús S.A. era de medio y no de resultado, obligación que se cumplía con poner de presente ante AMCO los elementos necesarios para el reajuste en la tarifa usuario.

De otra parte, dijo que con los medios probatorios allegados al proceso se podía establecer el incumplimiento de Promasivo S.A., específicamente en la etapa de operación plena, por diferentes aspectos como la falta de puntualidad de los servicios, falta de mantenimiento de la flota de buses e inexistencia de repuestos suficientes. Esas pruebas llevaron al tribunal a acoger la excepción de contrato no cumplido, formulada por el Ministerio Público y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda arbitral.

A pesar de lo anterior, el tribunal estudió una a una las pretensiones declarativas y de condena.

En cuanto a las pretensiones relativas al incumplimiento de los principios del marco económico del contrato señaló que, por tratarse de un contrato de concesión, el contratista debía obtener el retorno de su inversión exclusivamente por medio de la explotación del servicio concesionado, es decir, se trataba de una operación comercial ejercida por el contratista bajo su propia cuenta y riesgo, sin que la entidad contratante debiera responder en forma alguna por los resultados económicos, ello de conformidad con la cláusula 70 del contrato.

Consideró que no podía entenderse que la tarifa usuario debía cubrir las necesidades de Promasivo S.A., pues, se habría caído en un círculo en el que, para solucionar las necesidades del contratista, se debían aumentar las tarifas por encima de la posibilidades del mercado, incremento que, a su vez, llevaría a un déficit mayor de la utilización del sistema, siendo necesario entonces nuevos aumentos.

Indicó que no se demostró que el déficit de Promasivo S.A. se derivara más del número de pasajeros que del monto de las tarifas; en todo caso, señaló que la disminución de pasajeros se derivó de la ineficiencia en la operación del sistema, ya que la demanda no pudo haber disminuido en una zona del país con crecimiento poblacional elevado.

Adujo que los resultados del sistema muestran que éste ha sido autosostenible, pues lo otros operadores continuaron desarrollando esa actividad en la respectiva área metropolitana y han asegurado la prestación adecuada del respectivo servicio público.

En cuanto a la exclusividad de las rutas, señaló: 1) que en el contrato se pactaron unas circunstancias que facultaban a Megabús S.A. para limitar ese derecho, tales como el derecho de paso y la afectación del funcionamiento del sistema, lo que en efecto ocurrió, pues los buses de Promasivo S.A. no eran aptos para la operación, sumado al hecho de que la asignación de rutas se encontraba en cabeza de la autoridad de transporte AMCO y 2) que no se probó que Megabús S.A. estuviera involucrada en el tránsito de transporte colectivo en rutas exclusivas, por lo que el convocado no tenía responsabilidad contractual.

Se agregó que no se probó que las rutas del transporte público colectivo realizaran tránsito paralelo a las rutas alimentadoras de la Cuenca Cuba y que Megabús S.A. no tenía competencia para hacer la restructuración de rutas, ni para autorizar el transporte colectivo o el cobro de derechos de paso.

Se concluyó que, según lo pactado en la cláusula 13.1 (literal a) del contrato de concesión, Promasivo S.A. asumió el riesgo de la disminución de pasajeros, por lo que ello no le era atribuible a Megabús S.A.

Finalmente, en cuanto a la falta de entrega de la infraestructura se estableció que las partes llegaron a un acuerdo sobre ese incumplimiento, lo que dio origen al otrosí 4, “el cual daba por finalizada cualquier discusión en torno a los incumplimientos en la entrega de la infraestructura contratada para la operación plena del sistema”[[6]](#footnote-6).

**8.- El recurso de anulación.-**

Mediante escrito presentado el 26 de diciembre de 2016, Promasivo S.A., por conducto de apoderado judicial, interpuso recurso de anulación, al amparo de la causal consagrada en el numeral 7 del artículo 41 de la ley 1563 de 2012, según la cual:

“ARTICULO 41. CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN. Son causales del recurso de anulación:

“…

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

Los fundamentos que informan la acusación contra el laudo arbitral los expondrá la Sala al momento de analizar cada causal de anulación invocada.

**II. CONSIDERACIONES.-**

El recurso fue formulado dentro de la oportunidad establecida por el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012[[7]](#footnote-7), teniendo en cuenta que la providencia que resolvió la aclaración del laudo fue proferida el 11 de noviembre de 2016, se notificó ese mismo día en estrados y el recurso de anulación fue interpuesto el 26 de diciembre de ese mismo año, es decir, dentro de los 30 días hábiles siguientes.

**1.- Competencia de la Sala para conocer del recurso.-**

El contrato que dio origen a la controversia y de cuyo pacto arbitral (que hace parte de aquél) derivó competencia el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo objeto del recurso que acá se decide es un contrato estatal, porque uno de los contratantes (Megabus S.A[[8]](#footnote-8)) tiene la naturaleza de entidad estatal (artículo 32 de la Ley 80 de 1993).

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido, ha dicho la Sala:

“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado,** ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos”[[9]](#footnote-9) (negrilla fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, en el marco del ordenamiento jurídico vigente la determinación de la naturaleza jurídica del contrato depende de la que, a su vez, tenga la entidad que lo celebra; así, si ésta es estatal, el contrato también lo es, sin importar el régimen legal que se le deba aplicar.

La afirmación anterior tiene fundamento legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que, al definir los contratos estatales, adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato: *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (…)”[[10]](#footnote-10).*

Así mismo, “los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado” (artículo 104, numeral 7, del CPACA) integran el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y son del conocimiento de ésta.

Por lo anterior, la Sala es competente para conocer del recurso de anulación interpuesto contra el laudo proferido el 27 de octubre de 2016, conforme a lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 149 del CPACA[[11]](#footnote-11), en armonía con el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, norma que otorga a la Sección Tercera del Consejo de Estado la competencia para conocer del recurso de anulación contra los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por las entidades públicas.

**2.- Examen de la causal de anulación del laudo invocada por la recurrente.-**

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

**El cargo.-**

El tribunal de arbitramento profirió un fallo en conciencia ya que: 1) no declaró el incumplimiento contractual de la entidad convocada, el que fue demostrado en la demanda, 2) no se analizó el marco jurídico correspondiente y 3) negó todas las pretensiones de la demanda sin que ellas fueran valoradas en el proceso.

Posteriormente, el recurrente hace una relación de las consideraciones esbozadas por el tribunal en relación con las pretensiones de la demanda y concluye que (se transcribe como obra en el original):

“**1. PROMASIVO** presentó las pretensiones en la reforma a la demanda inicial, organizada por temas…

“**2.** El Tribuna, al pronunciarse sobre las pretensiones en el Laudo, se aparta del orden presentado por la Convocante, aunado a lo cual, también omite realizar el análisis y valoración probatoria, en relación con los aspectos jurídicos, técnicos y económicos que soportaron y demostraron las legales pretensiones de la demanda, empero, decide, abiertamente apartado de derecho, resolver que las mismas NO PROSPERAN, en ese sentido, al no ser esencial para el Tribunal la motivación y, en consecuencia decidir conforme a la mera equidad y no en derecho, como para el presente caso corresponde, **PROMASIVO** al haberse vulnerado el Debido Proceso, procede a continuación a realizar impugnación de las mismas[[12]](#footnote-12) (se subraya).

Luego, presenta los planteamientos frente al laudo respecto de cada una de las pretensiones, que la Sala resume así:

Pretensión 1: no se realizó ninguna consideración.

Pretensión 2: la decisión se tomó con fundamento en su leal criterio.

Pretensión 3: las pruebas que la sustenta no fueron analizadas, ni valoradas.

Pretensión 4: El laudo concluyó que esta pretensión es igual a la tercera, sin tener en cuenta que se trataba de aspectos diferentes, por lo que era requisito imprescindible estudiarla, es decir, que el tribunal adoptó una decisión fundada en su leal saber y entender, en equidad.

Pretensión 5: El tribunal le dio un alcance fundamentado en su criterio y estudiándola en un orden diferente al planteado en la demanda.

Pretensión 6: Los árbitros se apartaron de lo acordado en el contrato de concesión.

Pretensión 7: El tribunal no tuvo en cuenta las pruebas aportadas por Promasivo S.A. y los árbitros se apartaron de lo acordado en el contrato de concesión.

Pretensión 8: No se analizó el riesgo asumido por Megabús S.A.

Pretensión 9: No se realizó el análisis probatorio del literal Ñ de la demanda, en el que se demostró la transgresión a la exclusividad, y se acogieron los testimonios sin valorarlos. Adicionalmente, el recurrente explica las razones por las cuales no comparte las consideraciones del tribunal.

Pretensión 10: No se valoraron las pruebas aportadas y el tribunal hizo conclusiones sueltas, sin un análisis temporal y de resultados sobre la gestión de Megabús S.A. Adicionalmente, el recurrente explica las razones por las cuales no comparte las consideraciones del tribunal.

Pretensión 11: El recurrente explica las razones por las cuales no comparte las consideraciones del tribunal y concluye que los árbitros no realizaron valoración probatoria.

Pretensión 12: El tribunal emitió un concepto con el cual se aparta de las estipulaciones contractuales. No valoró la prueba.

Pretensión 13: No realizó ninguna valoración probatoria, ni considera esa pretensión.

Pretensión 14: El recurrente presenta argumentación por la cual no comparte las consideraciones del tribunal y concluye que no se estudió el contenido de la cláusula contractual a la que se refería la pretensión.

Pretensión 15: No fue considerada, ni valorada.

Pretensión 16: No se valoró el testimonio que demostraba el incumplimiento del otrosí 4 del contrato de concesión por parte de Megabús S.A.

Pretensión 17: No fue considerada, ni valorada.

Pretensiones de condena:

Pretensiones 1, 2: Como consecuencia de la negación de la pretensión 5, el tribunal obvió considerar esta petición.

Pretensiones 3: Como consecuencia de la negación de la pretensión 8, el tribunal obvió considerar esta petición.

Pretensión 4: Promasivo S.A. tiene derecho a reclamar el pago del valor de las multas impuestas, pues fueron originadas por los incumplimientos de Megabús S.A.

Luego de controvertir una a una las pretensiones, hizo lo mismo en la atinente a las excepciones propuestas por Megabús S.A., para lo cual relacionó el fundamento de cada una de ellas, las consideraciones de Promasivo S.A. en relación con las mismas, las consideraciones del tribunal y presentó una nueva argumentación frente a lo concluido y resuelto por los árbitros en la que insiste en que el tribunal no realizó una valoración probatoria adecuada, que frente a algunas pretensiones no se pronunció, que el tribunal se apartó de lo acordado en el contrato y que este aplicó su leal saber y entender u omitió realizar un análisis conceptual de fondo.

**La oposición.-**

Megabús S.A. indicó que el fallo proferido por el tribunal de arbitramento reúne las condiciones para ser considerado en derecho y no en conciencia, pues la decisión se tomó con fundamento en la normativa legal aplicable al caso; en cambio, la argumentación del recurso de anulación plantea un nuevo debate sobre la valoración probatoria y lo que se busca es que haya una segunda instancia, lo que no resulta procedente.

**Consideraciones de la Sala.-**

De conformidad con el artículo 1 de la ley 1563 de 2012, el laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico; sin embargo, tratándose de entidades estatales el laudo debe ser en derecho:

“ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN, MODALIDADES Y PRINCIPIOS. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

“El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

“El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

“En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho”.

La jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha ilustrado, en múltiples pronunciamientos, las características que identifican el fallo dictado en conciencia y las del que se profiere en derecho; conforme a ellos, puede decirse que el laudo en conciencia está determinado por la conjunción de los siguientes supuestos: i) la ausencia en su contenido de normas de derecho positivo; ii) la libre apreciación del juez, tanto de los hechos como de las pruebas allegadas al expediente; iii) la íntima convicción del juez sobre lo justo o equitativo para tomar la decisión y iv) la equidad como único criterio para dirimir la controversia[[13]](#footnote-13).

En el asunto sub lite, la censura contra el laudo impugnado reside, fundamentalmente, en que la decisión arbitral no estuvo fundada en normas de derecho positivo, sino que fue proferida en equidad, pues en el estudio de las pretensiones imperó el “leal saber y entender” de los árbitros, no se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas o no se valoraron apropiadamente, lo que conllevó a que el laudo concluyera en forma contraria a lo que realmente se probó.

Al respecto, cabe anotar que la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación[[14]](#footnote-14) ha señalado que no basta la invocación de normas de derecho positivo para que el laudo pueda calificarse *como* proferido *“en derecho”,* sino que es necesario para ello que las normas que se invocan como fundamento de la decisión estén *“conectadas”[[15]](#footnote-15)* con el problema que se resuelve por el Tribunal de Arbitramento, de modo que no debe tratarse de una simple anotación descontextualizada en relación con la secuencia que desarrolla el laudo para la resolución del caso, pues de esta manera el fallo tendría la apariencia de estar sustentado en el derecho positivo, a pesar de que las normas jurídicas invocadas no tengan relación alguna con el debate sustancial planteado.

En este caso, la Sala advierte que, tras una lectura detenida del laudo y contrario a lo que afirma la impugnante, es claro que aquél no puede calificarse como un laudo en conciencia, por cuanto el Tribunal de Arbitramento decidió la controversia con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente, conforme a la interpretación razonada de las normas positivas y a la prueba que consideró pertinente para llegar a la conclusión plasmada en la parte resolutiva de la providencia.

Examinada esta última, encuentra la Sala que, en las consideraciones, los árbitros se pronunciaron, en primer lugar, sobre la competencia que les asistía para conocer del asunto sometido a su consideración y a la integración del contradictorio, aspectos que, en todo caso, habían sido decididos en el trámite de la demanda arbitral, pero que fueron reiterados en el laudo. Posteriormente, estudiaron, como cuestión preliminar lo correspondiente a la tarifa usuario y la tarifa técnica, para concluir la falta de legitimación por pasiva, pues se consideró que quien tenía la competencia para fijar las tarifas era AMCO, la cual no fue vinculada al proceso arbitral.

Posteriormente, estudió el laudo la excepción de contrato no cumplido, de conformidad con el artículo 1609 del Código Civil, que consideró aplicable al cso en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y concluyó que en la medida en que Promasivo S.A. no hubiera cumplido sus compromisos contractuales, no podía reclamar el cumplimiento de Megabús S.A.; así las cosas, al considerar probado el incumplimiento de Promasivo S.A. por diferentes medios, concluyó que las pretensiones no podían prosperar. En relación con el incumplimiento, estimó que la prueba del mismo se vio reforzada con las distintas multas de que fue objeto el concesionario, así como con la toma de posesión de que fue objeto el contratista por parte de la Superintendencia de Puertos y Transportes y con la declaratoria de caducidad del contrato.

Consideró el Tribunal que, probado como estaba el incumplimiento, ello era suficiente para negar las pretensiones de la demanda; sin embargo, decidió abordar el estudio detallado de cada una de las pretensiones, para lo cual siguió parcialmente el orden propuesto en aquélla.

Así, en primer lugar, estudió las pretensiones “relativas al incumplimiento de los principios del marco económico del contrato”[[16]](#footnote-16) estudio en el que indicó que se incluía el análisis de las pretensiones 1 a 8 relacionadas con el alegado incumplimiento de esos principios y con el “no pago (sic) del 100% de la participación económica liquidada” y el ajuste de la tarifa usuario; luego, estudió en qué consiste un contrato de concesión, citó para el efecto la Ley 80 de 1993 y analizó el contenido del artículo 32 (numeral 4) ibídem de ese cuerpo normativo, lo que vinculó con lo pactado en el contrato y en la licitación pública, para concluir que en esa clase de contratos el concesionario debe obtener el retorno de su inversión y de sus esfuerzos exclusivamente a través de la explotación del servicio concesionado, sin que la entidad contratante deba responder por los resultados económicos.

Indicó el laudo que con lo pactado en el contrato se dio cumplimiento anticipado a lo previsto por el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, al establecer la asignación de riesgos de los contratantes y, para el efecto, realizó un estudió armónico de las cláusulas contractuales (literal a del punto 13.2), de conformidad con el artículo 30 del Código Civil, para concluir que a Megabús S.A. le correspondía requerir a Amco la actualización de las tarifas, mas no fijarlas, por no ser ello de competencia de la primera de ellas (Megabús S.A.), luego de lo cual concluyó que para esta clase de contratos no tienen aplicación los artículos 5 (numeral 1) yi 27 de la Ley 80 de 1993, lo que apoyó en jurisprudencia de esta Corporación.

Consideró que no le asistía razón a Promasivo S.A. al señalar que Megabús S.A. estaba obligada a reflejar en las tarifas usuario autorizadas los egresos básicos del sistema y agregó que este último (el sistema) “con independencia de uno de los operadores, ha venido siendo autosostenible y ha asegurado la prestación adecuada del respectivo servicio público”[[17]](#footnote-17).

Es importante resaltar que desde el principio el tribunal consideró que ninguna de las pretensiones debía prosperar, ello en virtud de la excepción de contrato no cumplido, con lo que se desvirtúa el argumento del recurrente, consistente en que en el laudo no se estudiaron las pretensiones 1, 13, 15 y 17; pero, sumado a ello, se observa que la pretensión 1[[18]](#footnote-18), fue estudiada al punto que el laudo concluye que el sistema era autosostenible, pues así lo que está diciendo, en otros términos, es que el sistema no fue deficitario y que tuvo autonomía en sus flujos.

Continuando con el estudio de las pretensiones, respecto de la quinta el tribunal hizo un análisis para entender su alcance.

También afirmó el laudo que la disminución en el número de pasajeros era síntoma de una deficiencia en el servicio, ya que la demanda no podía disminuir porque era un hecho notorio “que una de las zonas con crecimientos poblacionales más elevados en el país es, precisamente, el área metropolitana de Pereira, Dos Quebradas y La Virginia”[[19]](#footnote-19).

Posteriormente, el Tribunal estudió lo relativo a la restructuración de rutas, exclusividad y derechos de paso, para lo cual tuvo en cuenta las cláusulas contractuales que se referían al tema y concluyó que las pretensiones 9, 10 y 11, se debían negar por cuanto no era de competencia de Megabús S.A. establecer las rutas del servicio colectivo y por cuanto no se probó que se hubieran violado las reglas del capítulo 7 del contrato de concesión, que establece las reglas de operación de Megabús, a lo cual se agregó que no se probó que Megabús S.A. fuera competente para reestructuras las rutas, ni para establecer los derechos de paso, pues ello le correspondía a la autoridad de tránsito. Para llegar a estas conclusiones, el Tribunal se basó en las cláusulas contractuales y en la declaración de algunos testigos.

En el acápite 5 del laudo denominado “Pasajeros Estimados para la Estructuración del Sistema Megabús vs. los Pasajeros Realmente Transportados”[[20]](#footnote-20), se hace expresa referencia a las pretensiones 13[[21]](#footnote-21) y 15[[22]](#footnote-22), que según el recurrente no fueron estudiadas por el laudo, y vuelve sobre las consideraciones referentes a la naturaleza jurídica del contrato, para señalar que el concesionario asume la operación por su cuenta y riesgo, tomando en cuenta, además, lo pactado en el contrato (cláusula 13.1 literal a).

Posteriormente, en el acápite 6, relativo a los incumplimientos de la infraestructura, el Tribunal estudió las pretensiones 16 y 17[[23]](#footnote-23), y apoyó sus consideraciones en diversas cláusulas contractuales (cláusulas 14 y 15, otrosí 4), en testimonios y en lo expuesto tanto en la demanda, como en la contestación de la misma, para concluir que las partes, al suscribir el otrosí 4, dieron por finalizada cualquier discusión “en torno a los incumplimientos en la entrega de la infraestructura contratada para la operación plena del sistema”[[24]](#footnote-24).

Posteriormente, hizo el estudio de las demás excepciones propuestas por Megabús S.A.

Lo expuesto permite constatar que la ilación de la providencia cuestionada estuvo ligada tanto a la interpretación de las leyes citadas, como al material probatorio recaudado, por lo que no se puede hablar de un fallo en conciencia, pues sólo cuando el árbitro deja de lado en forma ostensible el marco jurídico que debe acatar para resolver el litigio, para basarse exclusivamente en lo que le dicta su fuero íntimo o en la equidad, puede hablarse de la existencia de un fallo en conciencia.

En consecuencia, se puede afirmar que la decisión fue adoptada en derecho, pues no se limitó a consignar citas normativas y jurisprudenciales desconectadas de los temas objeto de la litis, sino que, por el contrario, la decisión estuvo fundada en un marco eminentemente jurídico-normativo aplicable al caso y no fue el resultado de la libre apreciación de los árbitros o de su leal saber y entender -ex aequo et bono-[[25]](#footnote-25), pues, además se valoraron los medios probatorios que se consideraron relevantes para el caso y se realizó el análisis e interpretación del contrato y de las pretensiones que se sometieron a su consideración. Cosa diferente es que el convocante no esté de acuerdo con la forma en que se resolvieron las pretensiones, ni con las consideraciones que le dieron sustento a la decisión, por lo que ahora pretende reabrir el debate tanto probatorio, como jurídico sobre el asunto que fue sometido a competencia de los árbitros.

En efecto, la argumentación del recurrente denota que, en realidad, en muchos casos él no está de acuerdo con las consideraciones, con el alcance que le dio el tribunal a las pretensiones, ni con la valoración probatoria, aspectos que no resulta procedente debatir en el recurso de anulación del laudo arbitral, por no constituir esta una instancia adicional, pues la argumentación del recurrente no se enmarcan dentro de la causal de nulidad esgrimida contra el laudo arbitral, sino que constituye fundamentos de reproche frente al mismo.

Así las cosas, debe recordarse que la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación[[26]](#footnote-26) ha precisado que el recurso de anulación: (i) es de carácter excepcional, restrictivo, extraordinario y, por consiguiente, no constituye una instancia adicional al proceso arbitral, (ii) se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores *in procedendo*, (iii) **no permite atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo (errores *in judicando*), puesto que el juez de anulación no es superior funcional del Tribunal de Arbitramento,** iv) excepcionalmente, permite al juez de la anulación corregir o adicionar el laudo, si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros, o por haberse pronunciado éstos sobre aspectos no sujetos a su decisión, o por haberse concedido más de lo pedido, v) está gobernado por el “principio dispositivo”, de modo que es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, **dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra**, de modo que al juez no le es dable interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario.

En síntesis, el cargo se estima infundado y en tal sentido se pronunciará la Sala en la parte resolutiva de esta providencia.

**3. Condena en costas.-**

Se impondrá condena en costas al recurrente vencido, tal como lo dispone el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012.

En la liquidación en costas se incluirá, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia, teniendo en cuenta las reglas previstas por el artículo 188 del C.P.AC.A, el artículo 366 (numeral 4) del C.G.P y las tarifas establecidas por el numeral 1.12.2.3 del Acuerdo 1887 de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**F A L L A:**

**PRIMERO.- DECLÁRASE INFUNDADO** el recurso de anulación interpuesto por Promasivo S.A., contra el laudo arbitral proferido el 27 de octubre de 2016 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias originadas con ocasión del contrato de concesión 1, del 22 de julio de 2004, celebrado entre la mencionada sociedad y Megabús S.A.*,* de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** **CONDÉNASE** en costas al recurrente, esto es, a Promasivo S.A.

Liquídense por Secretaría de la Sección e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE.**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Fls. 176 a 326, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fl. 14, c. ppal. 2. [↑](#footnote-ref-2)
3. Se refiere al capítulo vigésimo correspondiente a la resolución de conflictos, específicamente a las cláusulas 116 y 117 que aluden al arreglo directo y a la conciliación, respectivamente. [↑](#footnote-ref-3)
4. Fls. 212 a 280, c. ppal. 2. [↑](#footnote-ref-4)
5. Fl. 125, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-5)
6. Fl. 159, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-6)
7. “Artículo 40. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso”. [↑](#footnote-ref-7)
8. MEGABUS S.A “es una sociedad por acciones constituida entre entidades públicas, de la especie de las anónimas, creada mediante acuerdo metropolitano 02 del 25 de febrero de 2003 y regida en lo pertinente por las disposiciones legales aplicables a las Empresas Industriales y Comerciales del estado”, según consta en http://www.megabus.gov.co/index.php/ct-megabus/naturaleza-juridica. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, auto de 20 de agosto de 1998, exp. 14.202. Esta posición ha sido expuesta en otras providencias, entre las cuales se encuentran la sentencia de 20 de abril de 2005 (exp: 14519) y el auto de 7 de octubre de 2004 (exp. 2675). [↑](#footnote-ref-9)
10. Según este artículo, son contratos estatales los celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

    “Para los solos efectos de esta ley:

    “1o. Se denominan entidades estatales:

    “a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

    “b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (…)”. [↑](#footnote-ref-10)
11. “ARTÍCULO 149.- COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA.- El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

    “…

    “7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión”. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fl. 192, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ver entre otros pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 3 de abril de 1992, exp. 6695; del 14 de septiembre de 1995, exp. 10468; del 4 de mayo de 2000, exp. 16766; del 9 de agosto de 2001, exp. 19273; del 2 de octubre de 2003, exp. 24320; del 7 de junio de 2007, exp. 32.896; del 26 de marzo de 2008, exp. 34701; y del 13 de mayo de 2009, exp. 34525. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 32.896 [↑](#footnote-ref-14)
15. Ibídem. [↑](#footnote-ref-15)
16. Fl. 34, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-16)
17. Fl. 136 , c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-17)
18. En esa pretensión se solicitó: “1. Que se declare que el Sistema Megabús no fue permanentemente autónomo en sus flujos, llevándolo a ser deficitario en su Fase de Operación Plena, hecho con el cual se vulneró, el postulado del numeral 60.1 de la Cláusula 60 del Contrato de Concesión No. 1 de 2004”. [↑](#footnote-ref-18)
19. Fl. 138, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-19)
20. Fl. 146, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-20)
21. “13. Que se declare que de acuerdo con las liquidaciones realizadas por MEGABÚS, durante el período comprendido entre agosto de 2008 y agosto de 2014 – Fase De Operación Plena, el máximo de pasajeros/pagos/día efectivamente transportados en la operación alimentadora de la Cuenca Cuba, no superó los 28.000”. [↑](#footnote-ref-21)
22. “15. Que en virtud de lo anterior, se declare que el riesgo de disminución o aumento de pasajeros en el sistema, debe ser asumido por MEGABÚS, por cuanto la determinación de la necesidad que por ley le asiste a Megabús lleva implícita la estimación de pasajeros”. [↑](#footnote-ref-22)
23. “17. Que se declare que MEGABÚS, de conformidad con lo estipulado en la cláusula 13.2 del Contrato de Concesión No. 01 de 2004, tiene la obligación contractual de soportar la contingencia que consiste en el detrimento que han sufrido los ingresos del Sistema Megabús y particularmente los ingresos de PROMASIVO, que se han generado por la no actualización de las tarifas del Servicio Público de Transporte Masivo, de conformidad con las formulas tarifarias previstas en el contrato. [↑](#footnote-ref-23)
24. Fl. 159, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-24)
25. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 1992, expediente 6695 y sentencia del 4 de mayo de 2000, expediente 16766. [↑](#footnote-ref-25)
26. Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 15 de mayo de 1992 (exp. 5.326), del 12 de noviembre de 1993 (exp. 7.809), del 24 de octubre de 1996 (exp. 11.632), del 16 de junio de 1994 (exp. 6.751), del 18 de mayo de 2000 (exp. 17.797), del 23 de agosto de 2001 (exp. 19.090), del 28 de abril de 2005 (exp. 25.811), del 4 de julio de 2002 (exp. 21.217), del 20 de junio de 2002 (exp. 19.488), del 4 de julio de 2002 (exp. 22.012), del 1º de agosto de 2002 (exp. 21.041), del 25 de noviembre de 2004 (exp. 25.560), del 8 de junio de 2006 (exp. 32.398), del 4 de diciembre de 2006 (exp. 32.871). [↑](#footnote-ref-26)