



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SALA PLENA

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., catorce (14) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación número: 11001-03-26-000-2022-00173-00 (68.994)

Convocante: SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI 99 S.A.

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

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

TEMAS: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN: El juez solo puede pronunciarse frente a errores o defectos in procedendo del laudo / FALTA DE JURISDICCIÓN DE LOS ÁRBITROS: El panel arbitral no puede controvertir, ni explícita ni implícitamente, la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de poderes excepcionales / FALLO EN CONCIENCIA: Esta causal procede cuando la decisión se profiere con prescindencia de soporte normativo o probatorio.

Con fundamento en lo dispuesto en el auto del 20 de abril de 2023¹, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado resuelve el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocada, en contra del laudo del 11 de julio de 2022, proferido por el tribunal arbitral constituido para resolver las diferencias contractuales surgidas entre la convocante, sociedad **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI 99 S.A.** (en adelante, SI 99 S.A.), y la convocada, **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.** (en adelante, TRANSMILENIO S.A.). El laudo acogió parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

TRANSMILENIO S.A. interpuso el recurso extraordinario de anulación en contra del laudo arbitral proferido para dirimir las controversias surgidas entre dicha

¹ Mediante auto del 20 de abril de 2023, la Sala Plena de la Sección Tercera resolvió avocar el conocimiento del presente asunto, con el fin de unificar su jurisprudencia respecto de cuáles son los alcances de la potestad que, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, tienen los árbitros, en presencia de un acto administrativo contractual en el que se ejercen facultades excepcionales.



entidad y la sociedad SI 99 S.A., con ocasión del contrato de concesión 001 de 2000. Se adujeron como causales de anulación las contempladas en los numerales 2 y 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012². Lo anterior, por cuanto: (i) el tribunal de arbitramento actuó sin tener competencia para resolver las pretensiones cuarta y decimocuarta, así como sus subsidiarias, de la demanda arbitral reformada, y (ii) en el numeral 22 de la parte resolutive del laudo se negaron las pretensiones decimocuarta y decimoquinta propuestas por TRANSMILENIO en su demanda de reconvención, sin que en la parte motiva de la providencia existiese una sola referencia a las razones jurídicas que llevaron al tribunal a pronunciarse en ese sentido.

II. ANTECEDENTES

1. El proceso o trámite arbitral³:

1.1 El pacto arbitral:

El 19 de abril de 2000⁴, SI 99 S.A. y TRANSMILENIO S.A. suscribieron el contrato de concesión No. 001. En lo relativo a la solución de controversias, las partes pactaron en la cláusula 131 lo siguiente:

CLÁUSULA 131.- TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

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

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

131.2. La designación de (los) árbitro (s) deberá realizarse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que se entienda agotada la etapa de

² “ARTÍCULO 41. CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN. Son causales del recurso de anulación: (...) 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia. // (...) 7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.

³ Toda la documentación referida en la presente sentencia se encuentra en el expediente digital de esta Corporación, disponible para consulta en la plataforma SAMAI, y en el expediente digital del proceso arbitral, consultado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en el siguiente link: <https://simasc.centroarbitrajeconciliacion.com/simasc/#/app/Arbitraje/TRANSF081:idCaso=119770:fecha=partes>.

⁴ Si bien todas las hojas del contrato están fechadas con este día, en la página 170 del mismo se lee: “En constancia de lo anterior, se firma el presente contrato de concesión, en dos (2) ejemplares originales del mismo tenor, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., República de Colombia, a los 11 días del mes de abril del año dos mil (2000)”.



conciliación. Si tal acuerdo no se lograra, las partes recurrirán a la Cámara de Comercio de Bogotá para que sea ésta quien los designe.

131.3. Los árbitros decidirán en derecho.

131.4. El Tribunal se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y se regirá por lo previsto en esta cláusula y por todas las disposiciones aplicables, en particular el Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, o por las normas que los adicionen, modifiquen, o reemplacen.

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

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

131.7. Los gastos que ocasione el tribunal de arbitramento serán cubiertos por la parte que resulte vencida⁵.

1.2 La demanda y sus pretensiones:

El 19 de noviembre de 2019, la sociedad SI 99 S.A. presentó demanda arbitral de carácter contractual en contra de TRANSMILENIO S.A., cuyas pretensiones, luego de la reforma oportunamente efectuada, fueron⁶:

(i) Que se declare que el contrato 001 de 2000 fue suscrito por las partes el 19 de abril de ese año, y que, para el momento de presentación de la demanda, se encontraba en proceso de liquidación; (ii) que se declare que TRANSMILENIO modificó unilateralmente el contrato a través de la Resolución 589 de 2017, confirmada por la Resolución 691 del mismo año; (iii) que se declare que con los actos administrativos referidos, la empresa contratante alteró el equilibrio económico del contrato, a cuyo restablecimiento se encuentra obligada; (iv) como subsidiaria de la anterior, que se declare que la modificación unilateral del contrato y la indebida aplicación de la fórmula de remuneración para determinar el descuento tarifario, previsto en las Resoluciones 589 y 691, alteraron el equilibrio económico del contrato; (v) que se condene a TRANSMILENIO a pagarle a la convocante la suma de \$23.277'235.494 (o lo que se probara durante el trámite arbitral), con el fin de restablecer el equilibrio económico del contrato, alterado por la expedición y aplicación de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, y (vi) como subsidiarias de lo anterior, que se condene a pagar a TRANSMILENIO

⁵ Esta cláusula se transcribió tal y como obra en el contrato de concesión 001 de 2000.

⁶ Se enuncian únicamente las pretensiones relacionadas directamente con el recurso de anulación, en los términos en que fueron plasmadas en el laudo arbitral. La reforma a la demanda es visible en los folios 274 a 308, c. ppl. 2 del expediente del proceso arbitral, y su subsanación en los folios 331 a 334 del mismo cuaderno.



diferentes sumas de dinero, para restablecer el equilibrio económico del contrato, el cual se vio alterado por la modificación unilateral y por la indebida aplicación de la fórmula de remuneración para determinar el descuento tarifario (en concreto, por la indebida aplicación de algunas de sus variables).

Como fundamento de la demanda, la convocante refirió, en síntesis, la celebración entre las partes -previo proceso licitatorio- del contrato de concesión 001 de 2000, del cual describió sus principales cláusulas y las reformas de las que fue objeto. A continuación, dio cuenta de los siguientes hechos⁷:

1.3 Hechos relativos a la modificación unilateral efectuada:

En el año 2016, el concesionario solicitó aclaración a la entidad sobre la fecha de terminación del contrato, pero no obtuvo respuesta. El 17 de octubre de 2017, TRANSMILENIO S.A. le anunció que el contrato estaba próximo a terminar, el 12 de diciembre de ese año, pero propuso unas mesas de trabajo para estudiar su extensión, lo que SI 99 aceptó. Se planteó ampliar el término del negocio en 18 meses, prorrogables por otros tres, y TRANSMILENIO S.A. expuso una fórmula para calcular la remuneración y el descuento, que debería recibir el concesionario a partir de la prórroga.

Según el demandante, la entidad, a la hora de plasmar esta variable, no efectuó un ejercicio correcto, incluyendo en la misma un valor que no correspondía a los costos y gastos reales del concesionario a la fecha de la modificación unilateral y tasando indebidamente el número de kilómetros que debía recorrer la flota, lo que afectó varios componentes de la fórmula y se traducía en una afectación económica para el contratista. Por lo mismo, este planteó que la prórroga del acuerdo de voluntades debía ser por 24 meses, como la otorgada a otros operadores, y no de 18 meses, como pretendía TRANSMILENIO S.A., lo que esta entidad no aceptó.

En la última reunión que sostuvieron, el 17 de noviembre de 2017, y ante la negativa del concesionario de aceptar las modificaciones que le quería imponer la entidad, esta “(...) le intentó notificar a SI99 la Resolución No. 589 de 2017, mediante la cual modificaba unilateralmente el Contrato de Concesión No. 001 de 2000, Resolución, que tal y como se puede constatar, se encuentra fechada y firmada ese mismo día”.

⁷ Se expondrán únicamente los relativos a los puntos que son objeto del recurso de anulación.



En este acto administrativo se introdujeron varias modificaciones al negocio jurídico: (i) se alteró la fórmula para calcular el plazo de la etapa operativa del contrato -de kilómetros promedio de la flota a meses-, estableciendo que el plazo de la concesión se extendería por 18 meses, contados a partir del 14 de diciembre de 2017; (ii) se incluyó un nuevo indicador para medir el desempeño de la flota del concesionario, denominado “*Indicador Distancia Promedio Entre Varados*” o “*DPV*”, y (iii) con el argumento de evitar que, aparentemente, SI 99 S.A. recibiera beneficios “*indebidos*”, se decidió modificar unilateralmente la tarifa de la relación contractual, aumentando el descuento de la misma; esta decisión se fundamentó en una canasta de costos que incluía los costos de combustible, sistema neumático, lubricantes, mantenimiento, personal y costos fijos en que incurría el concesionario y que resultaba determinante a la hora de fijar la tarifa técnica. También introdujo modificaciones en materia de participación del concesionario, acogiendo la fórmula y los valores que había propuesto TRANSMILENIO S.A. durante las negociaciones previas, y que el concesionario le había advertido que eran incorrectos y diferían de la realidad operacional del contrato.

En ese sentido, TRANSMILENIO calculó el descuento en la tarifa a aplicar con base en información y parámetros que se alejaban de la realidad operacional del concesionario, afectando el equilibrio económico del contrato. Lo anterior, significa que el ente estatal modificó, de manera unilateral, el descuento del concesionario de entre 11.40% y 12.70% a 19%.

Contra el anterior acto administrativo se interpuso recurso de reposición, el cual fue decidido de manera desfavorable. A partir de su firmeza, ha causado un rompimiento del equilibrio inicial del contrato de concesión, perjudicando sustancialmente los intereses de SI 99 S.A.

1.4 Defensa de la convocada:

En la contestación de la demanda reformada⁸, TRANSMILENIO S.A. aceptó como ciertos algunos hechos y negó otros; manifestó que no se oponía a las pretensiones primera, segunda y tercera y se opuso a todas las demás, principales y subsidiarias, declarativas y de condena; objetó el juramento estimatorio, y propuso las excepciones de (i) falta de competencia del tribunal para conocer de la presente controversia, pues de las pretensiones cuarta y su subsidiaria y decimocuarta y sus subsidiarias, así como de los hechos de la demanda, se demostraba la real intención de la convocante de alegar la ilegalidad de la

⁸ F. 348 a 414, c. ppl. 2.



Resoluciones 589 y 691 de 2017; (ii) inexistencia del desequilibrio económico o afectación económica en contra de SI 99 S.A. con la expedición y firmeza de las resoluciones mediante las cuales TRANSMILENIO S.A. modificó unilateralmente el contrato; (iii) inexistencia de los presupuestos para que se configure el desequilibrio económico del contrato de concesión 001 de 2000, derivado de la modificación unilateral realizada por TRANSMILENIO; (iv) la demanda del concesionario resulta extemporánea e improcedente, en tanto hasta antes de su presentación, no hizo reclamaciones económicas relacionadas con las mismas pretensiones; (v) inexistencia de nulidad de las cláusulas 83.1, 83.2, 84, 88.1, 88.2, 88.3 y 88.5 del contrato de concesión 001 de 2000; (vi) mala fe contractual del concesionario SI 99 S.A., con fundamento en la prohibición de actuar en contra de sus propios actos; (vii) caducidad del medio de control de controversias contractuales en relación con la pretensión de nulidad de las cláusulas 83.1, 83.2, 84, 88.1, 88.2, 88.3 y 88.5, y (viii) la genérica.

1.4.1 Demanda de Reconvención:

TRANSMILENIO presentó demanda de reconvención, en la cual pidió que se declarara (i) la existencia y validez de algunas cláusulas del contrato; (ii) que algunos desincentivos -operativos y por incumplimiento de los niveles de satisfacción- impuestos al contratista fueron legales y, por lo tanto, que la entidad podía cobrarlos y efectuar la respectiva compensación; (iii) que, como consecuencia de lo anterior, se condenara a SI 99 S.A. a pagar a favor de TRANSMILENIO el valor de los desincentivos más intereses moratorios, y iv) que se condenara a la convocante al pago de los gastos y costas del proceso⁹.

En los hechos de su demanda de reconvención, TRANSMILENIO enunció algunas cláusulas del contrato, con fundamento en las cuales impuso a SI 99 S.A. varios desincentivos por incumplimiento de las obligaciones a su cargo, respecto de los cuales dio cuenta de los procedimientos adelantados, en los que le fueron comunicadas las referidas decisiones al concesionario y se le dio la oportunidad de pronunciarse, lo que hizo aceptando algunas de ellas y oponiéndose a otras.

Sostuvo que “[a] pesar que Transmilenio S.A. ratificó mediante varias comunicaciones la imposición y procedencia contractual de los desincentivos operativos y los desincentivos impuestos por incumplimiento de los niveles de satisfacción al usuario, no ha descontado ni compensado el valor de los mismos al concesionario”, y agregó que, al existir una controversia entre las partes, “(...)

⁹ Reforma de la demanda de reconvención (f. 473 a 513, c. ppl. 3).



derivada de la imposición de los desincentivos operativos y los desincentivos por incumplimiento de niveles de satisfacción al usuario, conforme a lo establecido en el contrato 001 de 200 (sic), especialmente la cláusula 129, es necesario acudir al Juez del Contrato”.

1.4.2 Contestación de la demanda de reconvención:

SI 99 S.A. contestó la demanda de reconvención¹⁰, se opuso a sus pretensiones, objetó el juramento estimatorio efectuado por TRANSMILENIO S.A., y propuso las excepciones de (i) nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en los numerales 83.1 y 83.2 de la cláusula 83 y 84.5 de la cláusula 84 del contrato de concesión No. 001 de 2000; (ii) nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en los numerales 88.1, 88.2, 88.4 y 88.5 de la cláusula 88 del contrato 001 de 2000; (iii) existencia de desequilibrio económico en el contrato No. 001 de 2000, que afectó el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo; (iv) infracción de las disposiciones previstas en los numerales 82.5 de cláusula 82 y 84.6 de la cláusula 84 del contrato; (v) infracción del tope contractual previsto para la imposición de desincentivos; (vi) ausencia de prueba de la comisión de las infracciones que dan lugar al cobro de desincentivos; (vii) inexistencia de un término contractual para la presentación de objeciones por parte del concesionario; (viii) TRANSMILENIO sistemáticamente se ha abstenido de ejecutar la relación contractual de buena fe; (ix) actuación en contravía de sus propios actos; (x) improcedencia de intereses moratorios; (xi) caducidad, y (xii) la excepción genérica.

2. El laudo impugnado:

En audiencia del 11 de julio de 2022, el Tribunal de Arbitramento profirió el respectivo laudo¹¹, en el cual¹²: (i) se desestimaron la mayoría de las excepciones formuladas por TRANSMILENIO; (ii) se acogió la excepción de *“INEXISTENCIA DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS 83.1, 83.2, 84, 88.1, 88.2, 88.3 Y 88.5 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 001 DE 2000”*, la cual se desestimó únicamente en relación con el numeral 88.2 de la cláusula 88 del contrato; (iii) se declaró la prosperidad de las pretensiones relativas a la celebración y modificación unilateral del contrato; (iv) se declaró la prosperidad de la pretensión cuarta de la demanda principal, en el sentido de que, con la expedición de las Resoluciones 589 y 691

¹⁰ F. 526 a 551, c. ppl. 3.

¹¹ C. 5 ppl. del expediente del proceso arbitral.

¹² Solo se mencionan las decisiones del laudo que guardan relevancia para la solución del caso concreto.



de 2017, se alteró el equilibrio económico del contrato 001 de 2000; (v) se negaron las pretensiones de nulidad en contra de algunas cláusulas del contrato, salvo la presentada en contra del numeral 88.2, la cual prosperó; (vi) se condenó a TRANSMILENIO a pagar a SI 99 S.A. la suma de \$12.870'612.940, con el fin de restablecer el equilibrio económico del contrato (es decir, se concedió la pretensión decimocuarta); (vii) se condenó a TRANSMILENIO a pagarle a la convocante la suma de \$333'150.000, por concepto de costas del proceso; (viii) se desestimaron la mayoría de excepciones formuladas en contra de la demanda de reconvencción, y (ix) se declaró la existencia, validez y eficacia de las cláusulas 83, 84 y 129, y de los numerales 88.1, 88.3 y 88.5 de la cláusula 88 del contrato de concesión 001 de 2000.

Las consideraciones y motivaciones esbozadas en el laudo sobre los puntos controvertidos en el recurso extraordinario de anulación serán referidas por la Sala al analizar los cargos formulados. Ninguna de las partes solicitó aclaración, corrección ni adición del laudo arbitral.

3. Recurso de anulación y su trámite:

La sociedad convocada, TRANSMILENIO S.A., interpuso el recurso extraordinario de anulación en contra del mencionado laudo, con apoyo en las causales contempladas en los numerales 2 -caducidad de la acción, falta de jurisdicción o de competencia- y 7 -haberse fallado en conciencia o equidad debiendo ser en derecho- del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. La impugnación se sustentó en los argumentos que la Sala expondrá en la parte considerativa de esta sentencia.

En sede del tribunal de arbitramento, y en virtud de lo ordenado por el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público del recurso extraordinario de anulación interpuesto en contra del laudo arbitral, por el término de 15 días, a partir del 25 de agosto de 2022, término dentro del cual intervinieron SI 99 S.A. y el Procurador 142 Judicial II Administrativo de Bogotá, cuyos argumentos serán expuestos dentro de las consideraciones de la presente providencia.

Mediante auto del 24 de octubre de 2022, esta Corporación avocó el conocimiento del recurso extraordinario de anulación y ordenó notificar personalmente al Ministerio Público; en proveído del 9 de noviembre del mismo



año, por solicitud de la entidad convocada en el proceso arbitral, se ordenó suspender la ejecución del laudo impugnado¹³.

A través del auto del 20 de abril de 2023, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió avocar el conocimiento del presente recurso de anulación, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 271 del CPACA y en el numeral 2 del artículo 14 del Reglamento del Consejo de Estado (Acuerdo No. 80 de 2019), normas conforme a las cuales las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo son competentes para asumir el conocimiento de los asuntos remitidos por las Subsecciones y dictar providencias de unificación por “*necesidad de sentar jurisprudencia*” en relación con dichos temas.

III. CONSIDERACIONES

1. Jurisdicción y competencia:

La demanda arbitral que dio origen a este proceso se presentó el 19 de noviembre de 2019¹⁴, esto es, en vigencia del actual Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Por tanto, la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene jurisdicción y competencia para resolver el recurso extraordinario de anulación, de conformidad con el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012¹⁵, norma que determina que esta Corporación conoce, en única instancia, de los recursos de anulación de laudos arbitrales originados en asuntos en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas.

En el contrato de concesión 001 de 2000, que originó la controversia, fungió como contratante la entidad EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., sociedad por acciones constituida entre entidades públicas del orden distrital, bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos¹⁶.

Por ello, se trata de una entidad pública que intervino en el contrato sometido a juicio en el proceso arbitral, razón por la cual se cumple el presupuesto de competencia previsto en el artículo 46, inciso tercero, de la Ley 1563 de 2012.

¹³ Índices 4 y 11 del SAMAI.

¹⁴ F. 1, c. ppl. 1.

¹⁵ “ARTÍCULO 46. *COMPETENCIA. Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar en donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje. // (...) Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo[s] 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*”.

¹⁶ Escritura Pública No. 1528 de 1999 de constitución de la sociedad TRANSMILENIO S.A., consultada en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6377#0>.



2. El recurso extraordinario de anulación: naturaleza y características:

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado la naturaleza, las características y las particularidades que identifican al recurso de anulación de laudos arbitrales, advirtiendo que el mismo es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, por lo que no constituye ni puede entenderse como una instancia adicional en el proceso¹⁷.

Se ha señalado, asimismo, que la finalidad del mencionado mecanismo es controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral por errores *in procedendo*, de modo que a través de él no puede atacarse el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, es decir, por errores *in iudicando*. En ese sentido, no le es dable al juez del recurso examinar si el tribunal de arbitramento obró o no de acuerdo con el derecho sustancial, ni revivir el debate probatorio para entrar a considerar eventuales yerros en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del panel arbitral. Al respecto, el inciso final del artículo 42 del Estatuto Arbitral prohíbe al juez de la anulación pronunciarse sobre el fondo de la controversia y calificar o modificar los criterios, interpretaciones y análisis plasmados en el laudo¹⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe anotar que, excepcionalmente, el juez de la anulación puede corregir o adicionar la providencia, pero solo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación referente a la incongruencia, prevista en los numerales 8 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 43 del Estatuto Arbitral.

Ahora bien, los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “*principio dispositivo*”, en cuya observancia dicho operador judicial debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación del respectivo recurso. A su vez, el objeto que se

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 11001-03-26-000-2006-00029-00 (32.871).

La Sala ha dicho, en concreto: “*La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado, de manera reiterada, la naturaleza, características y particularidades que identifican el recurso extraordinario de anulación, aspectos que se concretan de la siguiente manera: // i) El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso (...)*” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 25 de agosto de 2011, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 11001-03-26-000-2010-00013-00 (38.379)).

¹⁸ “*La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo*”.



persigue con el recurso se debe encuadrar en las precisas causales que la ley consagra, por lo que, en principio, no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas, y menos aún, para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación.

Por otro lado, se tiene que, dado el carácter restrictivo que identifica el recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten debidamente las causales que se invocan en forma expresa, las cuales deben tener correspondencia con aquellas que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por ello, el legislador indica que el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a ninguna de las señaladas expresamente en la ley (inciso primero del artículo 42 de la Ley 1563).

3. Análisis de las causales de anulación del laudo arbitral:

3.1 Causal segunda: caducidad de la acción, falta de jurisdicción o de competencia:

3.1.1 Requisito de procedibilidad:

En relación con esta causal, que contiene en realidad tres circunstancias que se pueden alegar como fundantes de la nulidad del laudo arbitral, el artículo 41 del Estatuto Arbitral establece que las mismas “(...) sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”.

En el presente caso, se observa que el tribunal de arbitramento, mediante Auto No. 30 del 19 de mayo de 2021¹⁹, resolvió sobre su propia competencia para decidir la controversia, para lo cual tuvo en cuenta la excepción presentada por TRANSMILENIO S.A., consistente en la “*FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA PRESENTE CONTROVERSIA EN TANTO DE LAS PRETENSIONES Y LOS HECHOS DE LA DEMANDA SE DEMUESTRA LA REAL INTENCIÓN DE LA CONVOCANTE DE ALEGAR LA ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIONES 589 Y 691 DE 2017 QUE MODIFICAN UNILATERALMENTE EL CONTRATO 001 DE 2000*”, por considerar “(...) que SI 99 S.A. pretende

¹⁹ F. 772, c. ppl. 3.



obtener un pronunciamiento por parte del Tribunal frente a la legalidad de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, para lo cual no tendría competencia el panel”.

El tribunal coligió que “(...) *de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, es competente para conocer de las consecuencias económicas de los actos administrativos proferidos en ejercicio de las facultades excepcionales de las cuales gozan las entidades públicas, ámbito dentro del cual aparecen planteadas las pretensiones de la demanda reformada*”, razón por la cual se declaró competente para conocer de todas las pretensiones y excepciones propuestas en las demandas principal y de reconvención y en sus respectivas contestaciones.

El anterior auto fue notificado en estrados y TRANSMILENIO interpuso el recurso de reposición en su contra, que fue decidido a través del Auto No. 31 de la misma fecha, confirmando la decisión impugnada²⁰. De acuerdo con lo expuesto, es claro que la recurrente dio cumplimiento al requisito de procedibilidad de la causal segunda invocada, por lo que resulta válido su análisis de fondo.

3.1.2 Sustentación de la causal de falta de competencia:

El recurrente estimó que el tribunal actuó sin competencia, porque resolvió las pretensiones cuarta y decimocuarta (junto con las subsidiarias de cada una de ellas) de la demanda arbitral reformada, las cuales buscaban que: (i) se declarara que, con la expedición de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, se alteró el equilibrio económico del contrato de concesión, a cuyo restablecimiento está obligada TRANSMILENIO, y (ii) se condenara a dicha entidad a pagar el monto necesario para restablecer la economía del negocio jurídico.

Lo anterior, puesto que, según la entidad convocada, “(...) *la real intención de dichas peticiones consistió evidentemente en cuestionar la legalidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 589 y 691 de 2017*”, por medio de las cuales TRANSMILENIO modificó unilateralmente el contrato de concesión, es decir, ejerció una facultad excepcional de las contempladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual se trató de un acto administrativo que escapaba de aquellos asuntos que pueden ser sometidos a la decisión arbitral. En concreto, sostuvo:

En efecto, las pretensiones CUARTA SUBSIDIARIA y PRIMERA SUBSIDIARIA de la pretensión DÉCIMA CUARTA de la reforma a la demanda arbitral hacen referencia a una “indebida” conducta por parte de la Entidad

²⁰ F. 783, c. ppl. 3.



en la **“aplicación de la fórmula para determinar el descuento tarifario”** aplicable al CONCESIONARIO mediante las Resoluciones 589 y 691 de 2017. Ello, sin lugar a dudas, constituye un ataque en contra de la legalidad de las Resoluciones en cuestión en tanto el reproche se centra en evidenciar como (sic), a juicio de la demandante, TRANSMILENIO se apartó de los postulados legales para efectos de aplicar la fórmula de descuento que regiría la modificación contractual contenida en las Resoluciones 589 y 691 de 2017 (las negrillas y subrayas son del texto original).

Aseveró que, conforme a la jurisprudencia, la legalidad de los actos administrativos es un asunto que, analizado desde el punto de vista de la arbitrabilidad objetiva, no puede ser sometido al arbitraje, pues resulta ajeno al poder de disposición por las partes, al no ser un tema transable o renunciabile.

Reiteró que, en el presente caso, es evidente que la parte actora pretendió escudarse en los efectos económicos de las resoluciones proferidas por TRANSMILENIO, para poner en conocimiento de la justicia arbitral las pretensiones cuarta y su subsidiaria, y decimocuarta y sus subsidiarias, pero de su lectura, así como de los hechos de la demanda y de las pruebas obrantes en el proceso, se podía advertir que, realmente, cuestionaba la legalidad de las Resoluciones 589 y 691 de 2017.

En los hechos de la demanda reformada, la convocante relató cuál fue el procedimiento para la adopción de la fórmula para la remuneración y el descuento a cargo del concesionario a partir de la prórroga del contrato, y cómo este no estuvo de acuerdo con lo propuesto, porque TRANSMILENIO S.A. se equivocó incluyendo unos valores que no eran reales; y al no ser correctas las bases sobre las cuales se construyó la propuesta económica, el concesionario no la aceptó, por cuanto afectaban el equilibrio económico del contrato, a pesar de lo cual fue la que quedó plasmada en el acto unilateral de la entidad, contra el que se interpuso el recurso de reposición, alegando su ilegalidad.

En cuanto a las pruebas, el recurrente adujo que se practicaron testimonios tendientes “(...) a cuestionar la conducta de la Entidad en la definición de los términos económicos que regirían la expedición y aplicación de las Resoluciones 589 y 691 de 2017”.

De esta manera, concluyó que, “[a] pesar de la inminente naturaleza de legalidad de los reproches esbozados por la CONVOCANTE en las pretensiones CUARTA y subsidiaria y DÉCIMO CUARTA y subsidiarias de la demanda arbitral reformada, el Panel Arbitral decidió SI 99 S.A (sic) interpretar en favor de SI 99 y a modo



propio dichas pretensiones²¹, otorgándoles un carácter eminentemente económico del cual adolecen de forma exclusiva". En ese sentido, (i) desestimó la excepción de falta de competencia del tribunal invocada por TRANSMILENIO; (ii) accedió a las pretensiones cuarta y decimocuarta, y (iii) condenó a la entidad convocada a pagar \$12.870'612.940, por el supuesto desequilibrio económico probado.

En relación con los argumentos del laudo, el recurrente insistió en que eran desacertados, puesto que era evidente la intención de la convocante de cuestionar la legalidad de los actos de modificación unilateral del contrato, por considerar que la fórmula en sí misma era ilegal. Al respecto, en el recurso se dijo:

El hecho de cuestionar los valores con los que TRANSMILENIO alimentó la fórmula de remuneración y de descuento aplicable al CONCESIONARIO en virtud de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, indudablemente constituye un reproche en contra de la legalidad de la fórmula en sí, y de ahí en contra de los actos administrativos que la adoptan, en tanto es sólo a partir de la operatividad de dichos valores dentro de la fórmula que puede hablarse de la finalidad y objetivo de las mentadas Resoluciones consistente en extender el contrato adaptando la remuneración a las nuevas condiciones del servicio.

En este orden de ideas, considerar las variables de la fórmula como algo independiente y ajeno a los valores que las reemplazan para de allí argumentar que el cuestionamiento de los mismos no implica el cuestionamiento de la legalidad de la fórmula per se, ni el de las Resoluciones, resulta a todas luces equivocado máxime cuando para efectos de valorar la remuneración y el descuento tarifario objeto de modificación a partir de dichas Resoluciones, la fórmula debe ser analizada como un todo, esto es, como una serie de variables reemplazadas por unos valores específicos asignados por la Entidad con base en la información del Concesionario.

En otras palabras, para efectos de analizar el propósito de las Resoluciones consistente en modificar y (sic) el plazo y adaptar la tarifa a las nuevas condiciones del servicio, no tiene ningún sentido concebir las variables de la fórmula sin los respectivos valores asignados por la Entidad. Hacer ello sería tanto como desconocer la realidad de las bases en que se fundamentaron dichas determinaciones, puntualmente la económica. (...)

Si bien es claro que en sede del proceso arbitral la parte convocante -por obvias razones- no adujo pretensiones de nulidad frente a los actos administrativos por medio de los cuales TRANSMILENIO modificó unilateralmente el Contrato de Concesión, ello en manera alguna impedía al Tribunal – como era su obligación- interpretar la real intención de la demandante con su escrito de demanda y en caso de evidenciar algo que pudiese contrariar su competencia, pronunciarse consecuentemente. (...)

Si la intención de la convocante hubiese sido REAL y ÚNICAMENTE la de atacar los efectos económicos del descuento tarifario aplicable en virtud de las Resoluciones -como erradamente lo concluye el Tribunal Arbitral en el Laudo objeto de anulación-, los hechos de la demanda y sus pretensiones no hubiesen referido a un supuesto "indebido" proceder de la Entidad a la hora de definir y

²¹ [21] "TRIBUNAL ARBITRAL DE SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A. vs. EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. Expediente No. 119770. Pg. 71. 'Es en este sentido que han de entenderse formuladas la pretensión cuarta y su subsidiaria y la décima cuarta y sus subsidiarias de la demanda principal reformada, en cuanto hablan de la aplicación de las Resoluciones Nos. 589 y 691 de 2017 y de la indebida aplicación de la fórmula de remuneración para determinar el descuento tarifario'".



aplicar -con los valores aplicables- la fórmula de descuento tarifario aplicable al CONCESIONARIO en virtud de las resoluciones 589 y 691 de 2017. (...).

Con fundamento en lo anterior, el recurrente pidió declarar la anulación del laudo arbitral objeto de reproche, puntualmente de los numerales 1, 4 y 10 de su parte resolutive²².

3.1.3 Oposición de la convocante:

La sociedad SI 99 S.A. recorrió el traslado del recurso de anulación, oponiéndose al mismo, por considerar que los argumentos de la recurrente desconocían que la reforma integrada de la demanda siempre tuvo como único objetivo que se declarara la ocurrencia de un desequilibrio económico del contrato, y que el ejercicio efectuado por el tribunal se limitó exclusivamente a analizar y determinar -en derecho- si dicho desequilibrio tenía asidero legal y probatorio, calculando los efectos económicos adversos para el concesionario.

Adujo que el tribunal era competente para exponer y valorar los efectos económicos y financieros generados por la expedición de las resoluciones, las cuales están en firme y nunca fueron atacadas por la convocante a través de la reforma integrada de la demanda, tal y como lo analizaron y determinaron válidamente los árbitros en el laudo.

Según SI 99, para las partes, el tribunal y el Ministerio Público siempre fue clara la improcedencia de un pronunciamiento sobre la legalidad de los actos administrativos debatidos, así como la posibilidad que le asistía al panel arbitral para conocer de las controversias relacionadas con los efectos económicos generados por el ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral.

Insistió en que nunca buscó cuestionar la legalidad de los actos de modificación unilateral, dado que su único objetivo consistía en solicitar que se definiera si, con la aplicación de tales resoluciones, se había alterado el equilibrio económico del contrato.

Por esa razón, en la demanda no se pidió que el descuento establecido en la Resolución 589 de 2017, o la propia fórmula planteada en la misma, fuera declarada nula, ineficaz o ilegal. Además, los ejercicios probatorios de la convocante apuntaron a que se analizara dicha fórmula, “(...) *alimentándola con*

²² En estos numerales, el panel arbitral desestimó la excepción de falta de competencia formulada por TRANSMILENIO (entre otras excepciones), declaró que los actos de modificación unilateral alteraron el equilibrio económico del contrato, y condenó a la convocada a pagar \$12.870'612.940.



los resultados financieros y económicos reales, propios y probados del concesionario, ya fuera previos a la modificación unilateral y aquellos causados con posterioridad a la misma (año 2018 y primer semestre del año 2019)”. Lo anterior, con el fin de que el tribunal tuviera las herramientas necesarias para determinar si TRANSMILENIO había generado que SI 99 incurriera en mayores costos o se disminuyera su utilidad.

Aseveró que su propósito jamás fue que se declararan nulas las resoluciones y que, por eso, no entabló la respectiva acción de nulidad y restablecimiento del derecho; de haber sido así, toda su labor argumentativa y probatoria se habría resquebrajado, pues ella partía de aceptar el diseño de la fórmula, pero refutando la forma en la que habían sido determinadas sus variables.

La convocante cuestionó, asimismo, que TRANSMILENIO S.A. se hubiera referido a la demanda inicial, ya que la misma fue totalmente reemplazada con su reforma, por lo que era solamente esta última la que debía tenerse en cuenta en la resolución de la controversia sometida a la decisión arbitral.

Sobre el argumento de la recurrente, según el cual en las pretensiones subsidiarias de la pretensión decimocuarta se alegó una ilegalidad del acto de modificación unilateral -por invocar la indebida aplicación de la fórmula de remuneración-, SI 99 S.A. sostuvo que cada una de estas pretensiones hacía referencia a la necesidad de restablecer el equilibrio económico del contrato, y que, de la lectura literal y pacífica de cada una de ellas, se advertía que la convocante simplemente expuso que, respetando el principio de legalidad del que gozan las resoluciones, sí era posible concluir que TRANSMILENIO efectuó una indebida aplicación de la fórmula que permitía establecer el descuento al que alude la modificación unilateral.

Aclaró que en el proceso quedó demostrado que el descuento que operó con la modificación unilateral tuvo como origen una fórmula diferente, la cual no hizo parte de las resoluciones, pero fue expuesta por la entidad contratante para sustentar lo plasmado y resuelto en ellas.

Por lo anterior, insistió en que lo que persiguió y logró obtener a través de las pretensiones declarativas y de condena, fue confirmar que la fórmula con base en la cual TRANSMILENIO determinó el descuento fue indebida e incorrectamente alimentada (no que estaba indebidamente estructurada), ocasionándose un desequilibrio económico, que no tenía por qué sufrir.



3.1.4 Concepto del Ministerio Público:

El Procurador 142 Judicial II Administrativo de Bogotá presentó un escrito mediante el cual solicitó declarar infundado el recurso de anulación interpuesto por TRANSMILENIO S.A., por cuanto consideró que no se había configurado ninguna de las causales aducidas.

En relación con la causal segunda, empezó por distinguir las tres circunstancias que, en virtud de la misma, se pueden alegar: caducidad de la acción, falta de jurisdicción y falta de competencia, concluyendo que, en el presente caso, la alegada en el recurso fue la falta de jurisdicción, puesto que se arguyó que el tribunal arbitral se había pronunciado sobre un asunto que la ley le tenía vedado, como lo es la legalidad de los actos administrativos proferidos en virtud de facultades excepcionales.

Al respecto, el agente del Ministerio Público consideró que, tal y como lo había manifestado en otras oportunidades dentro del proceso arbitral, entre las pretensiones de la parte convocante, ninguna se orientó a cuestionar la legalidad de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, y lo que se evidenciaba era que lo perseguido con la demanda era el reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato y la orden de su restablecimiento.

3.1.5 Consideraciones de la Sala:

La recurrente señaló que, al resolver las pretensiones cuarta y decimocuarta, el panel arbitral desconoció el marco de sus competencias, pues los hechos y los argumentos presentados por SI 99 se orientaron, en realidad, a cuestionar la legalidad de la fórmula contenida en los actos de modificación unilateral. En el laudo impugnado, por el contrario, los árbitros siempre ratificaron su competencia para resolver el objeto del litigio, en tanto sus decisiones únicamente evidenciaron que, con la aplicación de la fórmula dispuesta por la entidad, se afectó el equilibrio económico del negocio jurídico en contra del concesionario, quien, por ese medio, recibió una contraprestación menor a la que le correspondía.

De esta forma, para resolver este cargo del recurso, la Sala deberá analizar -de manera preliminar- el alcance de la causal aducida por el recurrente (definiendo si se trata de falta de competencia de los árbitros o, en realidad, de falta de jurisdicción). A partir de ello, se determinará si, con fundamento en la normativa



actual, aquellos están habilitados para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de poderes excepcionales -fijando el sentido del inciso final del artículo 1° de la Ley 1563 de 2012-. En caso de que no gocen de dicha facultad, lo cual, como se explicará más adelante, se traduciría en una falta de jurisdicción, se deberá estudiar si, con la orden de restablecer el equilibrio económico, el tribunal realmente cuestionó la validez de los actos, o si simplemente se revisaron sus efectos económicos.

A) La causal de falta de jurisdicción debido a la ausencia de facultades de los árbitros para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos excepcionales:

Se advierte que la causal segunda contempla, como motivos invalidantes del laudo arbitral, tanto a la falta de jurisdicción, como a la falta de competencia. La primera, corresponde a aquellos eventos en los que la decisión recae sobre materias respecto de las cuales no existe autorización legal para los árbitros, teniendo en cuenta que constitucionalmente -artículo 116- el arbitraje implica la habilitación de las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley, la cual, a su vez -Ley 1563 de 2012-, dispone las materias susceptibles de arbitraje: “(...) las partes defieren a los árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”. La segunda, esto es, la falta de competencia, corresponde a aquellos eventos en los que el laudo recae sobre asuntos que, si bien pueden ser disponibles o estar autorizados por la ley, no fueron considerados por las partes como susceptibles de ser resueltos por el tribunal arbitral, es decir, sobre materias no sometidas a su consideración, por no hallarse incluidas en el pacto arbitral -cláusula compromisoria o compromiso-.

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso el vicio aducido por el recurrente corresponde al de falta de jurisdicción, toda vez que lo funda en la imposibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre la legalidad de los actos administrativos en los que se ejercen facultades excepcionales, por no estar legalmente autorizados para ello.

Aclarado este punto, se reitera que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, mediante el cual las partes acuden a un panel arbitral para que este solucione una controversia relacionada con asuntos de libre disposición o con aquellos autorizados por la ley.



En su momento, la Ley 80 de 1993 previó la posibilidad de que, en materia de contratación estatal, se pudiera acudir al arbitramento; para el efecto, los artículos 70 y 71 regularon las figuras de la cláusula compromisoria y del compromiso, respectivamente²³. La Corte Constitucional, a través de la sentencia C-1436 de 2000, declaró la constitucionalidad condicionada de tales normas, toda vez que, bajo su criterio, los árbitros no gozaban de competencia para conocer de la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de poderes excepcionales. En concreto, se puntualizó:

En este orden de ideas, las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares (...).

Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares. Por otra parte, las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas, no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados.

Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más (sic), en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede (sic) ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contenciosa administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política (...)²⁴.

²³ El artículo 70, por ejemplo, disponía: “En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. // El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro (...)”.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.



Como se observa, en esta providencia la Corte Constitucional distinguió los puntos sobre los cuales un juez podría pronunciarse, al momento de conocer sobre actos proferidos en ejercicio de poderes excepcionales; esto es, (i) su legalidad y (ii) sus efectos económicos. En su criterio, cuando la validez del acto estuviera en discusión, el juez contencioso era el competente para conocer de la totalidad de la controversia. No obstante, cuando el litigio se limitara a los efectos patrimoniales de los actos, los árbitros sí eran competentes.

La Sección Tercera del Consejo de Estado retomó los anteriores planteamientos, exponiendo lo siguiente:

En materia contractual se encuentran excluidos de la competencia de los árbitros i) los actos administrativos de contenido particular y concreto que se expidan en ejercicio de potestades o facultades excepcionales en los términos previstos por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-1436 de 2000 y ii) los actos administrativos de carácter general proferidos en desarrollo de la actividad contractual de la Administración. Podrán, en cambio, ponerse en conocimiento de los árbitros los actos administrativos contractuales de contenido particular que no provengan del ejercicio de facultades excepcionales, dado que respecto de tales actos se reconoce la capacidad dispositiva de las partes, según se desprende de la misma sentencia C-1436 de 2000 en consonancia (sic) con los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998²⁵.

Asimismo, aseveró:

A partir de lo expuesto y con base en las argumentaciones que aquí se han desarrollado, la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad (sic) de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993–, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado –independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes– bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos.

Naturalmente esta conclusión tiene que aparejarse con la anotación adicional, que le resulta inescindible, de que al ejercer las funciones judiciales que en relación con los actos administrativos contractuales distintos de los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, les autorizan la Constitución Política y las normas legales vigentes, los árbitros debidamente habilitados para ello por las partes no podrán, en evento alguno, suspender provisionalmente los efectos de tales actos administrativos contractuales, puesto que, de conformidad con los dictados del artículo 238 de la Carta, esa competencia la reservó el Constituyente de 1991 a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de la cual no forman parte los jueces particulares (árbitros)²⁶.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 11001-03-26-000-2007-00009-00 (33.644)A.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 11001-03-26-000-2009-00001-00 (36.252).



Posteriormente, fue promulgada la Ley 1563 de 2012, la cual ratificó que los árbitros podían pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos proferidos en ejercicio de poderes excepcionales²⁷. Sin embargo, dicha norma no dijo nada sobre su legalidad; de allí, anticipa la Sala, se deriva la falta de jurisdicción de la justicia arbitral, ya que cualquier atribución de facultades de juzgamiento en estos asuntos debe ser expresa y clara. En otras palabras, el nuevo Estatuto Arbitral no contempla una autorización para que los árbitros puedan pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos fruto del ejercicio de facultades excepcionales, pues su articulado únicamente define que los tribunales gozan de potestad para resolver -en derecho- los litigios surgidos con ocasión de la celebración, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de los contratos estatales, siempre y cuando dicha disputa no se conecte con la legalidad de los referidos actos administrativos.

En armonía con la idea que se viene expresando, el legislador profirió la Ley 1682 de 2013, conocida como ley de infraestructura de transporte, que en el artículo 14, literal c), estableció: *“Tanto los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales”*.

Aunque esta ley se circunscribe a los contratos relacionados con la infraestructura de transporte, lo cierto es que cristaliza la voluntad del legislador, orientada a que los árbitros no puedan conocer de la legalidad de actos expedidos en ejercicio de poderes excepcionales.

Ahora bien, en vigencia del actual Estatuto Arbitral, el Consejo de Estado ha reiterado la tesis expuesta en líneas precedentes, es decir, que los árbitros no pueden conocer de la legalidad de los actos expedidos en desarrollo de los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993:

A su vez el último inciso del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 reconoce dicha facultad [la de celebrar el contrato de arbitraje] al disponer que cuando intervenga una entidad estatal o quien desempeñe funciones administrativas, el laudo deberá proferirse en derecho cuando las controversias que se someten a la decisión de los árbitros surjan por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación o liquidación de un contrato estatal, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en el ejercicio de facultades excepcionales.

²⁷ El último inciso del artículo 1º de la ley en comento reza: *“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”*.



Lo dispuesto en las normas referidas ya había sido desarrollado a nivel jurisprudencial, señalándose que si bien los árbitros sí tenían la facultad de pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos, no podían hacerlo respecto de la legalidad de los actos administrativos proferidos en ejercicio de las denominadas facultades excepcionales²⁸.

Para finalizar este título, es importante resaltar que la Corte Constitucional conoció de una demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del último inciso del artículo 1° de la Ley 1563 de 2012. En esa oportunidad, la accionante argumentó que el precitado inciso le confería competencia a los árbitros para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo del artículo 14 de la Ley 80, lo cual desconocía el principio del juez natural, los artículos 116 y 238 de la Constitución, entre otros preceptos superiores.

El máximo tribunal de la jurisdicción constitucional se inhibió para fallar, porque consideró que esta interpretación de la actora, en virtud de la cual los árbitros podían pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las cláusulas excepcionales, no se derivaba de manera obvia o evidente del precepto acusado²⁹.

Tiempo después, la Corte Constitucional conoció de una demanda en contra del literal c) del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013. En criterio del demandante, se estaba violando el derecho a la igualdad, pues mientras el artículo 1° de la Ley 1563 permitía que los árbitros conocieran de la legalidad de los actos expedidos

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2015, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad.: 11001-03-26-000-2014-00162-00 (52.556).

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-457 de 2015, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Aun cuando se trató de un fallo inhibitorio, se considera importante su cita, en tanto las razones que fundamentaron lo decidido dan cuenta de la lectura que la Corte Constitucional hizo en relación con el contenido de la norma acusada, en cuanto no se puede afirmar, *a priori*, lo que el demandante en esa ocasión sostuvo, es decir, que de su sola lectura se desprendería la autorización a los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos que allí se mencionan. En esta providencia se arguyó: *“Abordando el caso sub examine, esta Corte encuentra que la demanda bajo revisión, en la que se solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 no satisface los requisitos necesarios para proferir un fallo de fondo, tal como en esta oportunidad lo formulan los representantes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y de la Universidad Externado de Colombia, en sus respectivos escritos de intervención, para quienes el juicio se formula en base de apreciaciones subjetivas de la actora, quien fundamenta sus cargos en una proposición normativa inexistente. // La demandante le atribuye a la norma demandada un alcance específico que parte de la consideración según la cual allí se establece una habilitación para que los árbitros, en ejercicio de sus competencias, puedan pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación de los contratos estatales, consecuente con lo cual podrían anularlos total o parcialmente con los efectos que dicha declaratoria conlleva. Ello es así a partir de afirmaciones tales como: ‘... el tribunal asume competencia para definir la legalidad del acto administrativo y, por añadidura, lo relacionado con su efecto económico, es decir, tiene competencia para lo uno y para lo otro’. // No obstante lo cual, resulta palmario que no logró evidenciar argumentativamente que, en realidad, tal sea la genuina finalidad de la disposición cuestionada, en la medida en que su texto, tal y como fue puesto de manifiesto por la mayoría de los intervinientes, bien podría admitir un entendimiento distinto del que la demandante prioritariamente le asigna, como sería el que da cuenta de que los conflictos a dirimir por la justicia arbitral en los que intervenga una entidad pública o que desempeñe funciones administrativas, relacionadas con la actividad contractual, el laudo respectivo deberá, necesariamente, proferirse en derecho”.*



en uso de poderes excepcionales, la Ley 1682 -de manera irrazonable- restringía tal posibilidad. La Corte se inhibió una vez más, con fundamento en lo siguiente:

7. Ahora bien, por otra parte existe también una diferencia objetiva de interpretaciones en torno a lo que prevé la norma que el actor invoca como parámetro de comparación; es decir, acerca de lo que dispone el artículo 1º, inciso tercero (sic), de la Ley 1563 de 2012. El ciudadano demandante afirma que según ese precepto admite sujetar a definición arbitral las controversias relacionadas con actos administrativos dictados al amparo de facultades excepcionales, “tanto para definir su legalidad como para definir sus efectos económicos”. Entre tanto, como se observó, la Agencia Nacional de Infraestructura, la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, la ANDI, la Universidad EAFIT, el ciudadano César Negret y el Procurador General de la Nación, sostienen que la previsión mencionada en momento alguno habilita el arbitramento sobre controversias relacionadas con la legalidad de los actos administrativos, pues se contrae –según puede inferirse de su texto y de la jurisprudencia nacional pertinente- a prescribir que los conflictos vinculados con las consecuencias económicas de los actos administrativos proferidos en ejercicio de facultades excepcionales, deben decidirse en derecho. En consecuencia, según esta interpretación, en realidad no habría, entre la norma demandada y el artículo 1º de la Ley 1563 de 2013 (sic), una disparidad en lo que atañe a la posibilidad de definición arbitral de las controversias sobre la legalidad de actos administrativos dictados con base en facultades excepcionales, pues ninguna de las dos disposiciones lo admite.

8. También en relación con este punto, la Corte advierte entonces que hay un problema de aptitud. Para fundamentar su cuestionamiento por supuesta vulneración del derecho a la igualdad, el demandante erige como parangón el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, pero le atribuye un sentido que (sin que ello implique pronunciamiento alguno), no se sigue obvia o evidentemente de su texto, de su contexto de creación, o de sus fines. Esta disposición dice textualmente que cuando se sometan a arbitraje las controversias surgidas 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”. Se puede apreciar entonces que de la previsión legal no se deriva inmediatamente el sentido que le asigna el accionante (...)³⁰.

Bajo estos términos, y como ya lo indicó la Sala líneas más arriba, que la Ley 1563 de 2012 admita que los árbitros pueden conocer o pronunciarse frente a los efectos económicos de actos administrativos expedidos con fundamento en poderes excepcionales, no significa que ellos puedan cuestionar su validez. En efecto, en la Ley 1563 no existe ninguna referencia normativa que permita colegir que los árbitros pueden conocer de la legalidad de este tipo de actos administrativos, circunstancia que se refuerza si se tiene en cuenta que la única mención que se incluye alude, de forma puntual, a las consecuencias económicas de dichos actos. Por lo tanto, y con fundamento en los lineamientos jurisprudenciales antes expuestos, el tribunal únicamente podría analizar los efectos económicos que se hubieran derivado de la aplicación y ejecución del acto

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-045 de 2017, M.P.: María Victoria Calle Correa. Nuevamente se considera necesaria la cita de esta providencia, a pesar de tratarse de un fallo inhibitorio, pues su contenido resulta ilustrativo, en cuanto resalta que el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 no autorizó expresamente el pronunciamiento de los árbitros sobre la legalidad de los actos administrativos allí mencionados.



administrativo de modificación unilateral, como algo externo y posterior al mismo, pero no sobre la forma del restablecimiento ordenado en él.

Dicho en otras palabras, los árbitros podrán pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos en los que se ejerzan facultades excepcionales, siempre y cuando no implique desconocer o modificar las medidas de restablecimiento expresamente incluidas en ellos, tomadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, norma que establece que la entidad puede aplicar mecanismos de ajuste económico del contrato para mantener la ecuación o equilibrio inicial, es decir, la equivalencia de prestaciones entre las partes, que se puede ver afectada en contra de cualquiera de ellas, no solo del contratista.

En el presente caso, la medida de restablecimiento adoptada mediante el acto de modificación unilateral y que quedó plasmada en una fórmula aritmética, como se advierte de las consideraciones que la sustentaron, apuntó a evitar una sobre remuneración del contratista, que habría afectado la ecuación contractual en detrimento de la entidad contratante. Fue así como TRANSMILENIO modificó no solo el plazo del contrato, mediante la prórroga, sino también la forma de remuneración del concesionario, por lo que ese mecanismo de mantenimiento del equilibrio económico del contrato que se implementó en la decisión administrativa no constituye un mero efecto económico de la misma, sino que hace parte del acto administrativo, vinculado al ejercicio de esa competencia de la administración³¹.

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala procederá a unificar su jurisprudencia en torno a los alcances de la facultad que, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, tienen los árbitros en presencia de un acto administrativo contractual en el que se ejercen poderes excepcionales, en los siguientes términos:

Las medidas de reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones y la aplicación de mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial, son inescindibles al ejercicio de las potestades previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Los litigios que versen sobre tales medidas y mecanismos comprometen un juicio de validez y legalidad sobre el ejercicio de la función administrativa y no solamente sobre sus efectos económicos; por tanto, los árbitros carecen de

³¹ Si bien el panel arbitral siempre reconoció que carecía de autoridad para pronunciarse sobre la legalidad de estas resoluciones, se consideró esencial fijar el alcance del artículo 1° de la Ley 1563, ya que era un asunto relevante a la hora de determinar si el tribunal había desbordado los límites de su jurisdicción.



jurisdicción para pronunciarse sobre esas disposiciones, y cualquier controversia en torno a ellas deberá surtirse a través de la correspondiente impugnación judicial ante esta jurisdicción especializada.

B) Caso concreto:

La Sala observa que, en su recurso, la entidad convocada dio cuenta de la excepción que propuso frente a la demanda arbitral, consistente en la “*falta de competencia*” de los árbitros para pronunciarse sobre los actos administrativos contractuales proferidos en virtud del contrato y, como parte de la misma, adujo el contenido de la cláusula compromisoria, en la que expresamente se consignó esta limitación, en los siguientes términos:

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

No obstante, la cláusula contractual expresamente indicó que esa limitación se daría “*En la medida en que las normas legales así lo exijan*”, y precisamente las normas aplicables en el presente caso -Ley 1563 de 2012, artículo 1°, inciso final- autorizan el pronunciamiento sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, que fue justamente lo que alegó la parte convocante en su demanda y que configura la materia a dilucidar, para efectos de resolver el cargo esgrimido en el recurso extraordinario. En tal sentido, resulta necesario establecer si, en esta oportunidad, los árbitros se pronunciaron únicamente sobre los efectos económicos del acto administrativo de modificación unilateral, o si lo decidido invadió la órbita de validez del mismo.

Antes de resolver el cargo planteado en el recurso, la Sala debe aclarar algunos aspectos en torno al acto de modificación unilateral: en primer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 3 del contrato de concesión No. 001 de 2000 -celebrado entre TRANSMILENIO S.A. y SI 99 S.A.-, se trató de un negocio jurídico regido por las disposiciones de la Ley 80 de 1993; asimismo, el acto administrativo de modificación unilateral, tal y como allí se anunció -Resolución No. 589 del 17 de noviembre de 2017-, fue proferido por el gerente general de la convocada en uso de sus facultades legales y, en especial, de las conferidas por los artículos 3, 4, 14 y 16 de la referida ley³².

³² TRANSMILENIO S.A. es una sociedad entre entidades públicas; de acuerdo con lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, las sociedades públicas se someten al



En segundo lugar, debe advertirse que la decisión de modificar unilateralmente un contrato se divide en dos partes: la primera, que altera el contenido de alguna de sus cláusulas, bien porque se amplía el plazo, se varía una obligación, se aumenta el precio, etc., y la segunda, que define la manera en la que se restablecerá la ecuación contractual, la cual pudo verse afectada por la decisión unilateral de la administración. Esto último, en virtud del multicitado artículo 14 de la Ley 80, según el cual en los actos administrativos en los que se ejerciten los poderes excepcionales al derecho común, se deberá proceder al reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas. Asimismo, se deberán aplicar los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Por esta razón, se insiste en ello, el acto de modificación unilateral no solo se reduce a la decisión de mutar el clausulado del negocio jurídico, puesto que también abarca las determinaciones relacionadas con las compensaciones económicas. En tal sentido, estos efectos patrimoniales del acto son inescindibles al mismo, y no son externos o ajenos a él.

La anterior precisión es importante, porque permite entrar a evaluar si el tribunal, al resolver las pretensiones cuarta y decimocuarta de la demanda principal reformada, se pronunció -implícitamente- sobre la legalidad de la Resolución 589 de 2017.

Ahora bien, la Sala procede a exponer los siguientes elementos del procedimiento arbitral, los cuales son relevantes para la solución de la controversia:

-Las modificaciones de la Resolución 589 se enfocaron, principalmente, en dos puntos, a saber: (i) la ampliación del plazo del contrato de concesión y (ii) la inclusión de una fórmula, que tenía como propósito determinar la nueva remuneración del concesionario.

-La fórmula que incluyó el acto administrativo es la siguiente:

$$ROT_K = (1 - DctoC_{F1}) \times C_K \times Km_K$$

régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado y, de conformidad con el artículo 93 de la misma ley, los contratos que celebren tales empresas para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.



Donde:

ROT_K = valor de la participación del concesionario.

C_K = costo por kilómetro licitado ajustado por ΔCT del operador K.

Km_K = kilómetros en servicio netos de desincentivos por el operador K.

$DctoC_{F1}$ = valor de descuento sobre C_K , el cual será del 19%.

-El factor de descuento tenía por fin excluir los componentes de depreciación y de remuneración de las inversiones, toda vez que el concesionario ya había sido remunerado por esos conceptos durante la vigencia del contrato, así como el no reconocimiento de los mayores costos de mantenimiento asociados a la edad de la flota³³.

-La Resolución 589 no especificó la metodología empleada para determinar el descuento. Empero, según el dictamen pericial de oficio, existieron unas memorias en video de unas mesas de negociación adelantadas entre las partes, mediante las cuales se pudo constatar que TRANSMILENIO empleó una metodología denominada “costo plus con margen”, la cual se expresa en la siguiente fórmula:

$$TARIFA = \frac{[(C + G) + \% \Delta Mtor + \Delta mtoMayor] + M}{Km}$$

La variable “C+G” corresponde a los costos más gastos de operación reportados por SI 99, los cuales, en palabras de TRANSMILENIO, son tomados de los estados financieros del concesionario.

La variable “ $\% \Delta MtoR$ ” corresponde a un delta de mantenimiento regular o rutinario, es decir, un mayor mantenimiento rutinario para el total de la flota y como consecuencia de la edad de la misma.

La variable “ $\Delta MtoMayor$ ” corresponde a un delta de mantenimiento mayor para inversiones en seguridad y calidad de 164 vehículos que superaran los 1,2 millones de Km, durante la extensión del contrato.

La variable “M” es un margen que se definió en el 9,9%, y que se aplica sobre las variables de “C+G” y “ $\% \Delta MtoR + \Delta MtoMayor$ ”. A partir de lo indicado en los documentos del proceso y en la Resolución 691 de 2017, M corresponde al margen EBITDA.

La variable “Km” corresponde a 80,000 Kilómetros que en promedio recorre un bus por año.

-En virtud de lo expuesto por los peritos, existía una igualdad entre las dos fórmulas mencionadas. En el dictamen de oficio, por ejemplo, se dijo: “En teoría, esto pone de manifiesto que hay una igualdad entre las dos ecuaciones

³³ En el laudo se señala: “De lo expuesto se puede concluir, entonces, que la modificación unilateral a la ecuación económica del Contrato se concretó en (i) incorporar a la participación del Concesionario en la tarifa licitada que se revisaba mes a mes (cláusula 77), a la que tenía derecho como compensación y/o pago, (ii) un descuento que cubría la exclusión de los componentes de depreciación y remuneración de las inversiones y el no reconocimiento de los mayores costos de mantenimiento, diseñada para mantener los costos, gastos y una rentabilidad esperada del Concesionario (...)”.



anteriormente mencionadas, y así mismo, son así relacionadas por el Informe Pericial de STRATEGAS CONSULTORES. Por un lado, la primera representa la remuneración total, que es el costo por Km por el número de Km, mientras la segunda representa el costo por Km. Así las cosas, si a la primera ecuación se le quitan los km recorridos, se tendría la tarifa por Km que debería ser exactamente igual a la segunda ecuación (...).”

Teniendo en cuenta la igualdad entre las dos fórmulas, entre ellas se encontraba la siguiente relación:

$$(1 - DctoC_{FI}) * Ck * (1 - M\%) = [(C + G) / km + \% \Delta Mtor / km + \Delta MtoMayor / km]$$

-En el dictamen pericial de oficio, que es el documento tenido en cuenta por el tribunal para resolver las pretensiones relativas al desequilibrio económico del contrato, se diseñaron diferentes escenarios, los cuales tenían como finalidad definir cuál debió ser la tarifa pagada a SI 99. De estos escenarios, se resalta el j), cuyo objetivo era estimar el valor del descuento que se le debió aplicar al concesionario -en caso de que en la tarifa de “costo plus con margen” se hubiesen puesto todos los parámetros de SI 99-.

-El escenario j) tuvo tres sub-escenarios, que variaban a partir del valor que se le asignara al margen EBITDA. El EBITDA, a partir de lo planteado por el perito, es un anglicismo que traduce la utilidad antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones. En el laudo se estableció que uno de los puntos centrales de la controversia se relacionaba con definir cuál era el EBITDA a cuyo reconocimiento tenía derecho SI 99, por cuanto este factor se conectaba directamente con la utilidad³⁴, la cual, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, debía asegurarse en los casos en que se empleara el *ius variandi*.

En el dictamen pericial de oficio se tuvieron en cuenta 3 porcentajes de EBITDA:
(i) uno del 26.9%, que se extrae de los estados financieros del concesionario con

³⁴ El panel arbitral expuso en el laudo: “Bajo este entendimiento, avalado -valga repetir- por la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha de considerarse que el reconocimiento que debe hacerse por parte de la Administración cuando utiliza el ‘ius variandi’ se refiere a la utilidad esperable por el contratista -opción preferente frente a la utilización de una utilidad ‘de mercado’-, por lo que, en ese sentido, aquella se acompasa con la situación en que se encontraba antes de la incorporación de las modificaciones introducidas al Contrato -asumiendo circunstancias de normalidad en la ejecución-, utilidad que en el caso bajo estudio fue cambiada por TRANSMILENIO por el concepto de EBITDA, que cuantitativamente definió para SI99 en un 9.9%, que no se aviene con el ‘real’ del Concesionario, que los dos peritos -el de parte y el de oficio- ubican en un 26.9%, correspondiente al percibido por SI99 según sus estados financieros con corte a 2017”.

Por su parte, en el interrogatorio al perito Julio Ernesto Villarreal, al este enunciar los componentes de la fórmula costo plus con margen, se refirió al componente 3, que es el margen o la utilidad, el cual se vincula al EBITDA o utilidad operativa.



corte a 2017, y que es, supuestamente, el único porcentaje verificable; (ii) uno del 13.8%, que fue el mínimo margen de EBITDA del 2008 al 2015 -sirvió para calcular el definido por TRANSMILENIO-, y (iii) uno del 9.9%, que fue el utilizado por la convocada, y del cual se desconoce a cuáles criterios obedece.

En el sub-escenario que valoraba el EBITDA del 26.9% se despejaron las variables de la fórmula con fundamento en la información real de SI 99 (los deltas de mantenimiento rutinario y mayor se mantuvieron en cero, porque no fue posible esclarecer estos ítems desde la óptica de la realidad del concesionario³⁵).

Al realizar las operaciones correspondientes -utilizando los parámetros reales de SI 99-, se obtuvo el valor del descuento de cada uno de los meses que duró la extensión del plazo (de enero de 2018 a junio de 2019), al igual que la diferencia entre el descuento estimado y el descuento aplicado por TRANSMILENIO:

Fecha	Descuento%	Diferencia (19% - descuento%)
Jan-18	10,37%	8,626%
Feb-18	7,60%	11,401%
Mar-18	-4,47%	23,471%
Apr-18	-0,43%	19,430%
May-18	4,80%	14,198%
Jun-18	11,10%	7,895%
Jul-18	10,18%	8,815%
Aug-18	17,84%	1,164%
Sep-18	14,07%	4,929%
Oct-10	24,17%	-5,174%
Nov-18	14,66%	4,344%
Dec-18	-13,00%	31,995%
Jan-19	26,79%	-7,786%
Feb-19	12,82%	6,183%
Mar-19	19,99%	-0,991%
Apr-19	26,67%	-7,673%
May-19	33,93%	-14,931%
Jun-19	20,62%	-1,618%

³⁵ En el dictamen de oficio se lee: “Cuando este escenario [escenario j)] pretende utilizar todos los parámetros de SI99, sin utilizar variables determinadas por Transmilenio S.A, se esperaría que las variables % Δ Mtor y Δ mtoMayor fuesen calculadas para la realidad de SI99. Empero, de acuerdo a la dificultad de entender de los videos y audios de la mesa de negociación cómo Transmilenio S.A estima estas variables, el perito de STRATEGAS CONSULTORES S.A no pudo determinar estas variables para la realidad de SI99, por lo que en este escenario decidió poner dichos parámetros en cero. // Si bien es claro (sic) la intención en el escenario de dejar estos valores de deltas de mantenimiento en cero (No utilizar valores de TMSA). Es importante resaltar que esto a su vez implica estimar una Tarifa que se le debió remunerar a SI99 en la que NO se le debe pagar por el delta del mantenimiento rutinario, ni por el delta del mantenimiento mayor, lo que podría estar incurriendo en una tarifa subestimada”.



Luego de esto, se multiplicó la diferencia entre los porcentajes del descuento por el Ck, lo cual permitía encontrar cuántos pesos por kilómetro faltaron o sobraron al remunerar la tarifa. Esto se multiplicó por el número de kilómetros pagos al concesionario, y así se encontró el efecto económico por mes:

Fecha	Diferencia	Valor por Km	Km pagos	Efecto Económico
Jan-18	8,626%	675	1.196.987	808'551.474
Feb-18	11,401%	906	1.542.646	1.397'724.134
Mar-18	23,471%	1.883	1.572.836	2.961'985.484
Apr-18	19,430%	1.563	1.628.958	2.545'867.840
May-18	14,198%	1.141	1.646.470	1.878'585.058
Jun-18	7,895%	639	1.552.987	992'108.077
Jul-18	8,815%	720	1.599.678	1.152'048.198
Aug-18	1,164%	95	1.666.007	158'372.254
Sep-18	4,929%	403	1.627.210	655'879.056
Oct-18	-5,174%	-426	1.691.809	-721'403.083
Nov-18	4,344%	360	1.617.475	582'783.811
Dec-18	31,995%	2.674	1.598.751	4.275'141.443
Jan-19	-7,786%	-651	1.639.479	-1.067'693.941
Feb-19	6,183%	524	1.590.500	833'417.898
Mar-19	-0,991%	-84	1.687.326	-142'348.119
Apr-19	-7,673%	-657	1.612.232	-1.059'527.394
May-19	-14,931%	-1.281	1.695.042	-2.171'202.315
Jun-19	-1,618%	-139	1.505.956	-209'676.934
Total				12.870'612.940 ³⁶

-Solo se describe el procedimiento del sub-escenario j) con EBITDA del 26.9%, porque este fue el tenido en cuenta por el tribunal al conceder las pretensiones relativas al desequilibrio económico del contrato. En el laudo se aseveró:

En consecuencia, corresponde determinar, con los referentes normativos y jurisprudenciales que se han reseñado, si la modificación unilateral dispuesta por TRANSMILENIO, en particular el factor de descuento del 19% en la fórmula de Costo Plus con Margen, efectivamente cubrió, durante el período de extensión de la vigencia del Contrato, en el que hubo continuidad en la prestación del servicio público, los costos y gastos ciertos del Concesionario y la utilidad a que razonablemente tenía derecho, reemplazada por el concepto de EBITDA, pues de no hacerlo, se habría configurado el desequilibrio económico alegado por SI99, cuyo restablecimiento se pretende con la demanda principal reformada instaurada por dicha sociedad.

(...) Lo que le corresponde estudiar y decidir al Tribunal es si el factor de descuento asociado a la fórmula de Costo Plus con Margen, que disminuye en

³⁶ Esta tabla fue tomada del dictamen pericial de oficio.



un porcentaje relevante la contraprestación a favor del Concesionario -la participación en la tarifa técnica-, efectivamente aseguró el cubrimiento cabal de los costos y gastos reales del Concesionario durante la operación vinculada al período de extensión de la vigencia del Contrato, y de la utilidad a que tenía legítimo derecho percibir en dicho período, por cuanto allí descansa la ecuación económica contractual que la ley protege desde la óptica de los derechos del Contratista, a la vez que funge como parámetro o límite de imperativa observancia para la Contratante desde la perspectiva del ejercicio, también legítimo, del ius variandi, a lo que ya se ha hecho referencia en esta providencia. (...)

Respecto del concepto de utilidad, protegido en los eventos de ejercicio de la potestad de modificación unilateral según lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado ya reseñada, ha advertido el Tribunal que dicho concepto estaba incorporado en el Contrato, según la versión modificada por el Otrosí del 21 de junio del 2013, en la denominada “canasta operacional de costos” como “REMUNERACIÓN SOBRE CAPITAL INVERTIDO”, “Tasa efectiva anual (%) sobre capital invertido (valor del vehículo nuevo)” en 15%. Y que TRANSMILENIO decidió eliminar dicho concepto bajo la consideración de haberse depreciado las inversiones, y cambiarlo por un nuevo concepto, el del “EBITDA”, que cuantitativamente estableció en un 9.9%. En el proceso arbitral, el debate alrededor de este asunto se basa en establecer cuál es el EBITDA a cuyo reconocimiento tenía derecho SI99, en los términos señalados por la jurisprudencia del Consejo de Estado al proteger el derecho del contratista a la utilidad: el decidido unilateralmente por TRANSMILENIO, o uno diferente, como el propuesto por SI99 con base en el dictamen de parte que aportó en sustento de su reclamación, también admisible para el perito de oficio. (...)

El Tribunal estima oportuno y pertinente destacar que el EBITDA acogido para efectos de los cálculos periciales -26.9%- excluye eventuales escenarios de distorsión o anomalía respecto del derrotero que en esa materia imperó a lo largo de la vigencia del Contrato de Concesión 001 de 2000, como se advierte al constatar, con cifras expresamente invocadas en el dictamen elaborado por Strategas Consultores, en este tópico específico no confrontadas ni cuestionadas por TRANSMILENIO, que el comportamiento histórico del EBITDA fue siempre superior al 26.9% tenido en cuenta por los expertos. En efecto, el dictamen referido -versión 2021, ajustada y complementada- informa que el EBITDA de SI99, desde 2001 hasta 2016 tuvo un guarismo siempre superior al 26.9% que se ha referenciado, y que, más concretamente, en los últimos previos a la modificación unilateral, de 2013 -año del relevante Otrosí a que ya se hizo alusión- en adelante fue del 28.3% (en 2013), 28.3% (en 2014), 28.6% (en 2015) y 33.4% (en 2016).

También resulta conveniente destacar, al momento de concretar si se configuró o no el rompimiento del equilibrio económico del Contrato que alega la Convocante, que el escenario de análisis que debe privilegiarse es aquel en el que se coteja el resultado de la aplicación de la fórmula definida por TRANSMILENIO -incluido el descuento- al implementar la modificación unilateral, con las cifras reales (costos, gastos, kilómetros recorridos) de SI99 durante la operación propia del período de extensión de la vigencia contractual -enero de 2018 a junio de 2019-, extractadas de sus estados financieros, de lo que se ocupó, con ese cometido específico, el dictamen pericial de oficio, el cual presenta, conforme se solicitó al decretarlo, distintos escenarios de valoración, de los cuales el “Escenario j” -en su Sub-escenario “1”- es el que, a juicio del Tribunal, debe prevalecer desde lo jurídico -y desde lo técnico según lo expresó el propio perito-, pues refleja, de manera panorámica y comprensiva, la realidad de la ejecución contractual objeto de verificación, considerando las cifras reales -y con detalle mensual- de la operación de SI99 durante el período de extensión de la vigencia del Contrato, referente idóneo para decidir sobre la reclamación de desequilibrio económico que ocupa la atención del Tribunal. (...)

De conformidad con lo que ha quedado expuesto, el Tribunal encuentra que el Sub-escenario 1 del Escenario j. del dictamen rendido por el perito de oficio determina, cabalmente, la afectación cierta sufrida por SI99 como consecuencia



de la alteración de la ecuación económica del Contrato de Concesión 001 de 2000 que se produjo en razón de la modificación unilateral introducida al mismo mediante las varias veces citadas Resoluciones 589 y 691 de 2017, puesto que, como ya se dijo anteriormente, la aplicación de la fórmula adoptada en tales actos administrativos como base de la remuneración de SI99, involucrado el descuento definido por TRANSMILENIO, no cubrió integralmente, con ocasión de la prestación del servicio durante el período de extensión de la vigencia del Contrato definida de manera unilateral, los costos y gastos de la operación, junto con la utilidad propia de tal actividad a que razonablemente tenía derecho el Concesionario, componentes del equilibrio prestacional cuya protección, con ese alcance, avala la jurisprudencia del Consejo de Estado. (...)

En los términos anteriores el Tribunal accederá las pretensiones “Cuarta” -principal- y “Décima Cuarta” -principal- por la suma efectivamente probada en el proceso arbitral que asciende a \$12.870.612.940. Esta suma deberá ser sufragada a SI99 en los términos de tiempo y de causación de intereses de mora previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 (...)

Conforme a lo anterior, la Sala colige que, en realidad, el tribunal sí desconoció el límite de sus facultades o potestades, puesto que, bajo la excusa de restablecer el equilibrio económico del contrato, reprochó la estructura de la fórmula de participación, aspecto que, como se dijo en párrafos precedentes, es inescindible del acto administrativo de modificación unilateral.

Ciertamente, cuando el panel arbitral definió el efecto económico que, supuestamente, se le había generado al concesionario, alteró diferentes variables de la fórmula, entre ellos, el descuento, que era el único factor fijo definido en la Resolución 589 de 2017. Esta mutación del porcentaje de descuento -con fundamento en el cambio de otros componentes, como el EBITDA- constituyó, realmente, una censura del acto administrativo, ya que lo resuelto en el laudo ponía en evidencia un defecto del mismo.

De manera más simple, cuando el tribunal modificó el porcentaje del descuento, en verdad, se pronunció sobre la legalidad de las resoluciones, lo cual era un tema que le estaba vedado.

Aunque en el laudo se insistió repetidamente que las decisiones adoptadas se relacionaban únicamente con los efectos económicos de los actos de modificación unilateral, la realidad permite evidenciar que el cálculo del monto indemnizatorio se fundó en una nulidad virtual de la Resolución 589, la cual, según se concluyó, implementó unas variables que no eran veraces o correctas.

Los análisis del panel arbitral no se limitaron, como él lo arguyó, a valorar o cuestionar las cargas o prestaciones correlativas entre las partes, con ocasión de la modificación unilateral de la concesión, pues las determinaciones del laudo, y la



Sala quiere ser reiterativa en ese punto, tienen como génesis una transformación de la fórmula (del componente del descuento), lo cual se erige como una forma de controvertir su validez.

Los árbitros, a la hora de, según ellos, restablecer el equilibrio contractual, tuvieron en cuenta mes a mes un descuento diferente al determinado por TRANSMILENIO, lo cual significa que, de manera implícita, coligieron que el acto adolecía de falsa motivación, en el sentido de que no era cierto que con la fórmula de participación se le reconocerían las utilidades y demás emolumentos a los que tenía derecho el concesionario, y que tampoco era cierto que, como lo planteaba el artículo décimo de la Resolución 589, dicho acto no afectó la economía del contrato.

De ese modo, al declararse el desequilibrio del contrato, el tribunal efectuó un juicio de legalidad sobre las fórmulas adoptadas por TRANSMILENIO, rebatiendo el valor asignado por la entidad a cada una de las variables, especialmente, a las destinadas a calcular el descuento, el cual se había cristalizado -de manera expresa- en un porcentaje del 19%. Diferente a lo argumentado por el laudo, el objetar los valores con los que se alimentó la fórmula, al punto de cambiar los elementos fijos de la misma, sí implicó un cuestionamiento de legalidad, que estaba por fuera del marco de sus potestades.

En este punto, carecía de relevancia que SI 99 no hubiera elevado, de forma específica, la pretensión anulatoria del acto, porque fue el tribunal arbitral quien, sin jurisdicción, estimó adecuado el análisis del perito, sin percatarse de que, con esa decisión, se ratificaba un cambio en un factor estático de la fórmula de remuneración. Es decir, cuando se infirió, a partir del escenario j), que el descuento debería haber sido distinto al 19%, se ingresó a un estudio -prohibido en este caso- de la legalidad del acto.

Si bien es cierto que el laudo no declaró una falta de competencia, una expedición irregular, una desviación de poder o, en general, alguna de las causales de nulidad de un acto administrativo, sí aseguró que la fórmula definida en el acto objeto de análisis era insuficiente para lograr recuperar la economía del contrato, optando por modificar sus variables y los valores tenidos en cuenta por la entidad, lo cual implicó una refutación a la presunción de su legalidad, que estaba proscrita para la justicia arbitral.

Así, la Sala declarará fundada la causal 2 de anulación, en consideración a que el tribunal arbitral actuó sin jurisdicción al pronunciarse -implícitamente- frente a la



legalidad de las resoluciones de modificación unilateral. Como consecuencia de lo anterior, se anulará parcialmente el numeral 1 de la parte resolutive del laudo, en el sentido que desestimó la excepción de *“1. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA PRESENTE CONTROVERSIA EN TANTO DE LAS PRETENSIONES CUARTA Y SU SUBSIDIARIA, DÉCIMO CUARTA Y SUS SUBSIDIARIAS, ASÍ COMO LOS HECHOS DE LA DEMANDA SE DEMUESTRA LA REAL INTENCIÓN DE LA CONVOCANTE DE ALEGAR LA ILEGALIDAD DE LA (SIC) RESOLUCIONES 589 Y 691 DE 2017 QUE MODIFICAN UNILATERALMENTE EL CONTRATO 001 DE 2000”* formulada por TRANSMILENIO.

Igualmente, se anularán integralmente los numerales 4 y 10 de la parte resolutive del laudo, que, en su orden, declararon que las Resoluciones 589 y 691 alteraron el equilibrio económico del contrato de concesión 001 de 2000 y condenaron a TRANSMILENIO a pagar la suma de \$12.870'612.940.

3.2 Causal séptima: haberse fallado en conciencia o en equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo:

3.2.1 La causal de fallo en conciencia:

De acuerdo con lo dispuesto en el pluricitado inciso cuarto del artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, cuando en un proceso arbitral la controversia ha surgido por causa de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de un contrato estatal, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.

Por lo anterior, el artículo 41 de la misma ley erigió como causal de anulación de estos laudos, precisamente, el hecho de que se hubiera fallado en conciencia o en equidad, debiendo ser en derecho.

En relación con la naturaleza del fallo en conciencia, se observa que es aquel en el cual el juez decide de acuerdo con su leal saber y entender, dejando de lado el derecho positivo aplicable en la solución de la controversia y/o cuando omite las pruebas que sustentan una decisión; se identifica con el brocardo *“ex equo et bono”*, porque el panel arbitral, al margen de un parámetro normativo o legal, aplica criterios axiológicos como los de *“lo correcto o lo bueno”*. En otros términos,



la causal del fallo en conciencia o en equidad opera cuando el tribunal de arbitramento profiere el laudo apartándose del sistema jurídico, normativo o probatorio. En relación con esta causal de anulación, la Sala ha expresado:

(...) 3.- Existen diferencias entre el laudo en conciencia y el laudo en equidad y, desde luego, entre estas dos especies y el laudo en derecho.

La causal de anulación conocida como “Haberse fallado en conciencia o en equidad debiendo ser en derecho” comprende, en materia de contratación estatal, tanto los laudos proferidos en conciencia, como los laudos en equidad.

El laudo en conciencia se estructura cuando los árbitros se apoyan exclusivamente en su íntima convicción del caso, no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria y es en equidad cuando los árbitros inaplican la ley al caso concreto, porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

4.- El laudo en conciencia está proscrito en el ordenamiento jurídico colombiano y el laudo en equidad está permitido cuando el conflicto objeto del arbitraje se traba entre particulares, de modo que uno y otro serán anulables bajo la aducción de la causal “Haberse fallado en conciencia o en equidad debiendo ser en derecho”, cuando se trate de conflictos derivados de contratos estatales.

5.- El laudo en derecho debe ser proferido con fundamento en el derecho positivo vigente, lo cual significa, por una parte, que no basta la simple referencia de una norma Constitucional o legal, para que se repute como tal, pues es necesario que la norma positiva esté hilada en la cadena argumentativa que sustenta la decisión y, por otra parte, supone que la norma debe estar vigente en el ordenamiento jurídico para que pueda tener la virtualidad de fundar la decisión.

6.- La decisión en derecho debe estar fundada en las pruebas aportadas al proceso, de manera que la decisión que se adopte con prescindencia de la prueba necesaria para fundar la decisión o con carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de la prueba es una decisión que solo responde a la íntima convicción del juzgador, luego es una decisión en conciencia³⁷.

En cualquier caso, se debe recordar que el recurso de anulación no es una instancia para controvertir las valoraciones normativas o probatorias realizadas por los árbitros, pues la causal de fallo en conciencia opera cuando el laudo no se funda en el derecho positivo, cuando es inexistente el sustento probatorio o cuando se desconocen en forma manifiesta e injustificada las pruebas que son indispensables para decidir.

3.2.2 Sustentación de la causal:

El recurrente manifestó que, en el numeral 22 de la parte resolutive del laudo arbitral, se decidió lo siguiente respecto de su demanda de reconvención: “Negar, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, las pretensiones

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 17 de agosto de 2017, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Rad.: 11001-03-26-000-2016-00030-00 (56.347).



‘DÉCIMO CUARTA’ y ‘DÉCIMO QUINTA’, relativas a ‘costas’ y a ‘gastos’ del proceso”.

Indicó que, si bien en el laudo se afirmó que las pretensiones decimocuarta y decimoquinta propuestas por TRANSMILENIO serían negadas con fundamento en la parte motiva del mismo, en la aludida parte motiva de la providencia no se referenció la causa por la que el tribunal decidió en dicho sentido, sin que se advierta ningún razonamiento en derecho. Arguyó que la única referencia a las costas se consignó en el título “IV. COSTAS”, que analizó la solicitud de reconocimiento de costas impetrada por SI 99, y en el cual se condenó a TRANSMILENIO a pagarle a la convocante la suma de \$333’150.000.

Por tanto, pidió que se declarara la nulidad del referido numeral 22 de la parte resolutive del laudo, porque tal decisión no se encuentra motivada, y dejó de lado los argumentos en derecho por los que se negó la condena en costas en favor de la entidad recurrente.

3.2.3 Oposición de la convocante:

SI 99 S.A. sostuvo que el tribunal de arbitramento había decretado correctamente las costas a cargo de TRANSMILENIO, según consta en las consideraciones que, sobre este punto, incluyó en el capítulo IV del laudo arbitral. Luego de identificar las normas aplicables a este asunto concreto, confirmó que resultaba válido que se produjera una condena parcial en costas, teniendo como base el resultado del trámite arbitral y lo concedido al convocante, de un lado, y a la entidad, del otro. Así, era irrefutable que los árbitros sí habían incluido en la parte motiva del laudo todas las consideraciones, argumentos y fuentes normativas que justificaban la condena en costas a cargo de la concedente.

3.2.4 Concepto del Ministerio Público:

Para el Ministerio Público, la causal de fallo en conciencia no se configuró en el presente caso, toda vez que el laudo arbitral, expresamente, postergó el estudio de las pretensiones elevadas en la demanda principal y en la de reconvención, relacionadas con la condena en costas del proceso, con el propósito de que fueran resueltas de forma conjunta, cuando ya existiera claridad sobre cuáles pretensiones y excepciones prosperarían y cuáles no. Ello se hizo efectivamente en el acápite IV, denominado “COSTAS”, en el cual el tribunal abordó el análisis que había diferido de manera previa, procediendo a (i) definir las costas, (ii)



enunciar las normas aplicables para su determinación y (iii) aplicar lo dispuesto en el artículo 365 del CGP para realizar la condena.

Por lo anterior, consideró que las pretensiones decimocuarta y decimoquinta de la demanda de reconvención sí fueron suficientemente analizadas, despachándolas de forma desfavorable como consecuencia de la no prosperidad de la mayor parte de las pretensiones presentadas por TRANSMILENIO y, por lo tanto, respecto de aquellas no se produjo un fallo en conciencia.

3.2.5 Consideraciones de la Sala:

El recurrente pretende que se anule el numeral 22 de la parte resolutive del laudo arbitral, en el cual se resolvió negar las pretensiones decimocuarta y decimoquinta de la demanda de reconvención presentada por TRANSMILENIO, por considerar que, en relación con las mismas, el fallo fue en conciencia. Las referidas pretensiones solicitaban que se condenara a SI 99 a pagar las costas del proceso y los gastos que ocasionara el tribunal arbitral.

En la parte motiva del laudo, al concluir sobre las pretensiones de la demanda de reconvención reformada, se dijo: *“En lo que concierne a las pretensiones ‘DÉCIMO CUARTA’ y ‘DÉCIMO QUINTA’, relativas a ‘costas’ y a ‘gastos’ del proceso, el Tribunal, como ya lo advirtió³⁸, hará el correspondiente pronunciamiento en capítulo posterior independiente”*, lo cual efectivamente hizo en un capítulo final que tituló *“IV. COSTAS”*.

En relación con este aspecto de la decisión arbitral, se observa que en los procesos judiciales la condena en costas es una obligación que la ley le impone a los jueces, la cual determina cuándo y cómo procede la misma. Como lo ha manifestado la jurisprudencia, *“(…) la liquidación de las costas no requiere solicitud de parte alguna, ya que opera por mandato legal, de forma oficiosa y de manera concentrada, cuando culmina el proceso con la sentencia ejecutoriada; no está contemplada de manera expresa como un incidente o cuestión accesoría en el artículo 209 de la Ley 1437 de 2011; tampoco incide en el curso del proceso o en las decisiones que se tomen al interior del mismo, pues al ser posterior a la sentencia, no puede modificarla”³⁹*.

³⁸ Se refiere al pronunciamiento que hizo respecto de la pretensión decimoséptima de la demanda principal reformada, relativa a la condena en *“costas del proceso, incluyendo agencias en derecho, honorarios y gastos (...)”*, sobre la cual el laudo manifestó que *“(…) el Tribunal, como es habitual, hará el correspondiente pronunciamiento en capítulo posterior independiente”*.

³⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de unificación del 31 de mayo de 2022, C.P.: Rocío Araújo Oñate. Rad.: 11001-03-15-000-2021-11312-00 (IJ).



Ahora bien, toda vez que la Ley 1563 de 2012 no reguló de manera concreta lo relativo a la condena en costas, resulta aplicable el Código General del Proceso⁴⁰, que en el artículo 361 dispuso que las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho, las cuales deberán ser tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente.

En el artículo 365 se consagran las reglas a las que se sujetará la condena en costas, estableciendo, en primer lugar, que se condenará a la parte vencida en el proceso -numeral 1-, aunque también se prescribe que, en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciará una condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión -numeral 5-.

En el laudo arbitral impugnado, en el capítulo de costas, luego de definir el régimen legal aplicable⁴¹, se expresó:

El Tribunal estima incuestionable, de conformidad con la orientación decisoria anunciada respecto de las pretensiones impetradas en las dos demandas -principal y de reconversión- y de las excepciones recíprocamente formuladas en las respectivas contestaciones, y considerando el resultado cuantitativo y cualitativo del litigio en sus varias aristas y componentes, que tiene razonabilidad la condena parcial en costas a cargo de TRANSMILENIO y a favor de SI99, en una cuantía equivalente al 30% de las costas asumidas por la Convocante.

Para la determinación del monto de la condena en costas, el Tribunal tendrá en cuenta que los gastos y honorarios de este trámite arbitral fueron pagados por cada una de las partes, por mitades, conforme se señaló en la providencia que fijó las partidas de honorarios y gastos del proceso, y que lo propio ocurrió con las partidas de gastos y honorarios de la prueba pericial decretada de oficio. En consecuencia, TRANSMILENIO deberá asumir sus propias costas y, además,

⁴⁰ Cuyo artículo 1° reza: “Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”. A su vez, el artículo 188 del CPACA, relativo a la condena en costas, indica: “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil (...)”.

⁴¹ Al respecto, en el laudo se dijo: “Las costas están constituidas por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso y por las agencias en derecho. // Aunque la controversia ventilada se sujeta a la Ley 1563 de 2012, que no tiene regulación propia en cuanto a costas y agencias, en virtud de lo previsto por el artículo 1° del CGP se aplica este Estatuto, referente al que también podría llegarse en el presente asunto de conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-. // En lo pertinente al caso sub-judice, los numerales 1. y 5. del artículo 365 del citado Código General del Proceso disponen: // ‘En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: // 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...). // 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.



deberá pagar a SI99 el 30% de las incurridas por esta sociedad, conforme a la liquidación que pasa a realizarse, incluyendo, en la misma proporción del 30%, la condena asociada al componente de agencias en derecho.

Al realizar la precitada liquidación, se condenó a TRANSMILENIO a pagar: (i) \$209'700.000, por el 30% de la partida fijada en cabeza de SI 99, por concepto de honorarios de los árbitros y de la secretaria, por los gastos de funcionamiento de la Cámara de Comercio, y por otros gastos del proceso; (ii) \$18'750.000, por el 30% de la partida fijada a cargo de la convocante, por concepto de los honorarios y gastos del perito de oficio, y (iii) \$104'700.000, por concepto de agencias en derecho (30% del valor equivalente a los honorarios de un árbitro del presente trámite).

En total, la condena a cargo de la entidad estatal ascendió a \$333'150.000, cifra que fue plasmada en el numeral 12 de la parte resolutive del laudo, el cual concedió la pretensión decimoséptima de la demanda principal reformada. En contraste a lo anterior, el ya citado numeral 22 del fallo arbitral negó las pretensiones decimocuarta y decimoquinta de la demanda de reconvención, en el sentido de no condenar en costas a SI 99.

El anterior análisis, relativo a lo decidido sobre las pretensiones decimocuarta y decimoquinta de la demanda de reconvención, permite advertir que no se configuró la alegada causal séptima de fallo en conciencia, toda vez que el tribunal de arbitramento expuso las normas procesales en las que fundó su decisión, y explicó las razones por las cuales consideró procedente una condena en costas parcial a cargo de la entidad convocada, la cual se sustentó en el resultado del trámite arbitral.

En relación con esto, se puede observar que, de las 18 pretensiones de la demanda principal, 13 prosperaron (total o parcialmente), al igual que una excepción de las 12 propuestas frente a la demanda de reconvención. Por su parte, de las 8 excepciones y 15 pretensiones formuladas por TRANSMILENIO, solo prosperaron la relacionada con la falta de nulidad de las cláusulas 83.1, 83.2, 84, 88.1, 88.3 y 88.5 del contrato de concesión (se declaró la nulidad del numeral 88.2 de la cláusula 88), y la relativa a la declaración de existencia, validez y eficacia de algunas cláusulas del negocio. Por lo anterior, es claro que en este aspecto el laudo arbitral fue resuelto en derecho y, en consecuencia, la causal de anulación alegada en el recurso será desestimada.



4. Costas y otras medidas relacionadas con lo decidido en el presente proceso:

En este caso, no se impondrán costas a la parte convocada, puesto que, de conformidad con la normativa aplicable, solo procede dicha condena cuando el recurso extraordinario de anulación no prospera. Así, el inciso final del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que: *“Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”*. No obstante, la ley no prevé consecuencia alguna en materia de costas para los casos en que, al acoger la impugnación extraordinaria, se declara la anulación del laudo.

En segundo término, tampoco se ordenará el reembolso de los honorarios pagados a los árbitros, porque si bien esa sanción está contemplada en el artículo 48 de la misma Ley 1563 de 2012, lo cierto es que no cubre el supuesto de prosperidad del recurso por configurarse la causal segunda de anulación, que fue el evento ocurrido en esta oportunidad.

Finalmente, dado que el artículo 43 *ibidem* manda que *“Cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas (...)”*, la Sala ordenará la remisión del proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por ser la autoridad judicial competente (por el factor cuantía⁴² y por el factor territorial⁴³) para conocer de la controversia.

5. Conclusión:

Con fundamento en las consideraciones expuestas, y dando cumplimiento a lo dispuesto en el auto por medio del cual se asumió la competencia para conocer del presente asunto, la Sala procede a **UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA** de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

⁴² El artículo 152 del CPACA prescribe que los tribunales administrativos conocerán -en primera instancia- de las controversias relativas a contratos, en los que sea parte una entidad pública, cuando la cuantía supere los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. El artículo 157 *ibidem* señala que, para definir la competencia en razón de la cuantía, se debe tener en cuenta la pretensión mayor (en los casos en que se acumulen pretensiones). La pretensión mayor de la demanda principal reformada asciende a \$23.277'235.494 (pretensión decimocuarta), lo cual es un monto que supera quinientas veces el salario mínimo de 2024 (\$1'300.000 x 500 = \$650'000.000).

⁴³ El artículo 156 de la Ley 1437 de 2011 define que, en los procesos contractuales, la competencia territorial se definirá por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato, que en este caso corresponde a la ciudad de Bogotá D.C. (territorio que es competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca).



Las medidas de reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones y la aplicación de mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial, son inescindibles al ejercicio de las potestades previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Los litigios que versen sobre tales medidas y mecanismos comprometen un juicio de validez y legalidad sobre el ejercicio de la función administrativa y no solamente sobre sus efectos económicos; por tanto, los árbitros carecen de jurisdicción para pronunciarse sobre esas disposiciones, y cualquier controversia en torno a ellas deberá surtirse a través de la correspondiente impugnación judicial ante esta jurisdicción especializada.

En el caso concreto, toda vez que se probaron algunos de los cargos esgrimidos por TRANSMILENIO S.A. en contra del laudo arbitral impugnado, se declarará parcialmente fundado el recurso de anulación por la causal 2 -falta de jurisdicción- y, en consecuencia, se anulará en forma parcial el numeral primero de la parte resolutive del laudo, en tanto desestimó la excepción de “*falta de competencia*” del tribunal para conocer de la presente controversia, e integralmente los numerales cuarto y décimo. Los demás cargos formulados en contra del laudo arbitral se declararán infundados, por cuanto la Sala no encontró que los mismos se configuraran en esta oportunidad.

Como consecuencia de la prosperidad parcial del recurso de anulación, por la causal de falta de jurisdicción, y en cumplimiento de lo señalado en el artículo 43, inciso segundo, de la Ley 1563 de 2012, la Sala remitirá el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que adelante el trámite judicial pertinente, y ordenará el levantamiento de la suspensión de la ejecución del laudo.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR PARCIALMENTE FUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por TRANSMILENIO S.A., en contra del laudo arbitral del 11 de julio de 2022, por haberse configurado la causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en lo relativo a la falta de jurisdicción, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: En consecuencia, **ANULAR PARCIALMENTE** el laudo arbitral del 11 de julio de 2022, así:

-ANULAR PARCIALMENTE el numeral 1 de la parte resolutive del laudo, en tanto desestimó la excepción de *“1. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA PRESENTE CONTROVERSIA EN TANTO DE LAS PRETENSIONES CUARTA Y SU SUBSIDIARIA, DÉCIMO CUARTA Y SUS SUBSIDIARIAS, ASÍ COMO LOS HECHOS DE LA DEMANDA SE DEMUESTRA LA REAL INTENCIÓN DE LA CONVOCANTE DE ALEGAR LA ILEGALIDAD DE LA (SIC) RESOLUCIONES 589 Y 691 DE 2017 QUE MODIFICAN UNILATERALMENTE EL CONTRATO 001 DE 2000”* propuesta por TRANSMILENIO.

-ANULAR INTEGRALMENTE el numeral 4 de la parte resolutive del laudo, que indica: *“4. Declarar, en relación con la pretensión ‘Cuarta’, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, ‘que con la expedición y aplicación de las Resoluciones No. 589 de 2017 y No. 691 de 2017 se alteró el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, a cuyo restablecimiento se encuentra obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.’. No hay lugar, por lo tanto, a hacer pronunciamiento sobre la pretensión subsidiaria de la referida pretensión ‘Cuarta’”*.

-ANULAR INTEGRALMENTE el numeral 10 de la parte resolutive del laudo, el cual señala: *“10. En relación con la pretensión ‘Décima Cuarta’, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, condenar a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. la suma de DOCE MIL OCHOCIENTOS SETENTA MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL NOVECIENTOS CUARENTA PESOS (\$12.870.612.940) MONEDA CORRIENTE, ‘para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, alterado por la expedición y aplicación de las Resoluciones No. 589 de 2017 y No. 691 de 2017’. // El pago de la condena deberá hacerse en los términos de tiempo y de causación de intereses de mora previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 (pretensión ‘Décima Octava’). // No hay lugar, por lo tanto, a hacer pronunciamiento sobre ninguna de las cinco (5) pretensiones subsidiarias de la referida pretensión ‘Décima Cuarta’”*.



TERCERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto en contra del laudo del 11 de julio de 2022, respecto de los demás cargos formulados.

CUARTO: Por la Secretaría de la Sección Tercera, **REMÍTASE** el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que adelante el trámite judicial pertinente, de acuerdo con lo señalado en el artículo 43, inciso segundo, de la Ley 1563 de 2012.

QUINTO: SIN CONDENA en costas.

SEXTO: LEVANTAR la suspensión de la ejecución del laudo arbitral del 11 de julio de 2022, decretada a través del auto del 9 de noviembre de ese año.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado, y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador.aspx>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente
Con salvamento de voto

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Con salvamento de voto

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN
Con aclaración de voto

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Con aclaración de voto

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
Con aclaración de voto

Firmado electrónicamente
JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Con aclaración de voto

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
NICOLÁS YEPES CORRALES
Con salvamento de voto