



272

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCION A

Consejera Ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO

Bogotá D.C., tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación: 11001032600020190011300 (64318)

Convocante: SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S. CIUDAD MÓVIL S.A.S.

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

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Temas: FALLO EN CONCIENCIA. Causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. / JURAMENTO ESTIMATORIO – la falta de identificación del actuar negligente o temerario en que se debe fundar la sanción de acuerdo con el parágrafo del artículo 206 del CGP constituye fallo en conciencia.

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por la parte convocada, contra el laudo que profirió el Tribunal de Arbitramento¹, dentro del trámite arbitral de la referencia, el 27 de marzo de 2019, en el cual se resolvió lo siguiente (se transcribe de forma literal):

"PRIMERO: Declarar que no prospera la tacha del testigo MAURICIO ARCINIEGAS JARA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO: Declarar que prospera la primera pretensión de la Demanda Inicial, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

¹ Tribunal Integrado ante el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.



"TERCERO: Declarar que no prosperan las excepciones propuestas por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"CUARTO: Declarar que no prospera la Pretensión Primera Subsidiaria de la Demanda de Reconvención Reformada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"QUINTO: Declarar que no prospera la Pretensión Segunda Subsidiaria de la Demanda de Reconvención Reformada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"SEXTO: Declarar que prosperan las excepciones de 'Cumplimiento del Contrato' e 'Imposibilidad de que se Compensen Obligaciones', interpuestas por SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO- CIUDAD MÓVIL S.A.S., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"SÉPTIMO: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y en aplicación al parágrafo del artículo 206 del C.G.P., condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. a pagar la suma de pesos NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$99.981.856), a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración.

"El pago de la anterior sanción deberá realizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente Laudo, y dentro del mismo término, deberá radicarse ante la secretaria del Tribunal, la copia de la consignación respectiva.

"OCTAVO: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, no imponer condena en costas a las partes².

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis de la controversia arbitral

El contrato de concesión suscrito el 11 de abril de 2000 entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A y la Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A.S. Ciudad Móvil S.A.S. tuvo por objeto la explotación económica no exclusiva del transporte masivo urbano de pasajeros y de los patios que el concesionario se comprometió a incorporar a la operación troncal del Sistema Transmilenio Fase I.

² Páginas 101 y 102 del laudo arbitral.



Las partes entraron en conflicto en cuanto a los bienes que estaban sujetos a reversión.

La Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A consideró que la concesionaria había percibido una sobreremuneración a raíz de la entrada en operación de la Fase III y que tenía derecho a compensar las sumas de dinero que habían sido transferidas en exceso.

2. El procedimiento arbitral

Con fundamento en la cláusula 131 del contrato de concesión suscrito el 11 de abril de 2000, se integró un Tribunal de Arbitramento para conocer de la demanda instaurada el 18 de noviembre de 2016 por la Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A.S. Ciudad Móvil S.A.S.³, obrando como convocante, en contra de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A⁴. en calidad de convocada.

2.1. La demanda

En la demanda se narró que el contrato de concesión sin número suscrito el 11 de abril de 2009 para la "*Operación Troncal del Sistema Transmilenio*" fue celebrado como consecuencia de la adjudicación realizada en la Licitación Pública 001 de 1999, a favor de varios proponentes, entre ellos, "*Consortio Internacional Transporte Masivo*"⁵, según se dispuso en la Resolución 0026 de 10 de abril de 2000 expedida por Transmilenio.

La demandante afirmó que el contrato comprendió el compromiso del concesionario de excluir los autobuses troncales de la circulación, con posterioridad a su terminación, por lo que no estaban incluidos dentro de la obligación de reversión los vehículos de propiedad de la concesionaria, ni los

³ En adelante se denominará Ciudad Móvil.

⁴ En adelante se denominará Transmilenio.

⁵ Folio 309 del cuaderno 1.



bienes, muebles y enseres que habían sido destinados por ella a la ejecución del contrato⁶.

De la misma forma, reseñó que en el contrato fueron definidos los bienes objeto de la reversión, dentro de los cuales, en criterio de la convocante, no se contemplaron los vehículos y bienes por los que se reclamó en la demanda.

Se anota que la citada pretensión prosperó en el laudo arbitral⁷ y la decisión correspondiente no es materia del recurso de anulación que ahora se examina.

2.2. Demanda de reconversión

En la demanda de reconversión reformada⁸, Transmilenio presentó pretensiones para que se declarara que la concesionaria se enriqueció "*sin justa causa*"⁹ como consecuencia de la entrada en operación del Sistema Integrado de Transporte Público - SITP y que, por ello, Ciudad Móvil debía ser condenada a reconocer un "*enriquecimiento sin justa causa*"¹⁰ por la suma \$1.999'637.128, a través de la compensación con el Fondo de Estabilización Tarifaria (FET)¹¹.

Según se detallará más adelante en esta providencia, el Tribunal de Arbitramento no asumió competencia sobre las pretensiones antes citadas, en cuanto se fundaron en el enriquecimiento sin justa causa y, por ello, consideró que se encontraban por fuera del alcance del contrato y del pacto arbitral.

En las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconversión, sobre las cuales el Tribunal de Arbitramento sí asumió competencia, Transmilenio solicitó, en la primera subsidiaria, que se declarara que estaba facultado para corregir la distorsión en el pago de la remuneración y, en la segunda pretensión subsidiaria, reclamó la compensación de la mayor remuneración pagada durante el período

⁶ Folio 9 del laudo arbitral.

⁷ La Sala no se extenderá en las pretensiones y otros aspectos de la demanda, en cuanto no fueron objeto del recurso de anulación.

⁸ Folios 318 a 391 del cuaderno 1.

⁹ Folio 210 del cuaderno 1.

¹⁰ Folio 322 y 323 del cuaderno 1.

¹¹ Folio 323 del cuaderno 1.



comprendido entre el 22 de junio de 2012 y el 10 mayo de 2013, más su indexación a 31 de mayo de 2017, la cual estimó en la suma de \$1.999.637.128.

Dentro de las pruebas documentales presentadas con la demanda de reconvencción, Transmilenio allegó un estudio elaborado por Valora Consultoría SAS¹² el 3 de marzo de 2017, titulado "CUANTIFICACIÓN SOBRE LOS PAGOS DE LOS OPERADORES TRONCALES DE FASE I Y FASE II DEL SISTEMA TRANSMILENIO DESDE EL 22 DE JULIO DE 2012 HASTA EL 10 DE MAYO DE 2013".

De acuerdo con lo que se reseñó en el laudo arbitral, Transmilenio fundó sus pretensiones de la demanda de reconvencción en los siguientes argumentos (se transcribe de forma literal):

"19. De esta forma, con la entrada de Fase III, en mayo de 2012, la remuneración que se venía realizando a los concesionarios de las fases I y II, no contemplaba la posibilidad de discriminar el recaudo proveniente de pasajeros que se movieron en buses de las diferentes fases.

"Por esta razón, a partir de la entrada en operación de la Fase III, la bolsa de ingresos (con base en la cual se remuneraba a los concesionarios de las fases I y II) recogió dineros de pasajeros que se movilizaron en buses de Fase III, pero que no pudieron ser identificados uno a uno, y que pagaron sus cargas de pasajes con los recaudadores de las fases I y II.

"Esta situación tuvo como efecto que los recaudadores de fase I y fase II, recaudaran ingresos de la Fase III.

"20. Por lo anterior, desde el inicio de la Fase III los concesionarios de las fases I y II se vieron beneficiados por un recaudo por pasajeros que se movieron en buses de Fase III y no suyos, y que se mezclaron con aquellos que se movilizaron en las fases I y II. Este recaudo por pasajeros de la Fase III en las troncales de las fases I y II ocasionó una sobre remuneración a los operadores de las fases I y II, debido a la metodología de cálculo de la remuneración que se encontraba vigente contractualmente en ese momento¹³ (la negrilla no es del texto).

¹² De acuerdo con la carta remisoría suscrita por Valora Consultoría SAS, el informe correspondió a lo estipulado en el contrato de prestación de servicios 371 de 2017 que tuvo por objeto apoyar con asesoría especializada "la construcción de modelos y estudios de simulación financiera que estimen los costos y tarifas de remuneración de las concesiones actuales y/o futuras ante los cambios operativos, contractuales y/o esquemáticos en la prestación del servicio de transporte en el marco del Sistema Integrado de Transporte Público SITP". Folio 230 del cuaderno 2.

¹³ Página 23 del laudo arbitral, correspondiente al punto 4, de los "hechos de la demanda de reconvencción".



2.3. Auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento declaró su competencia

En la audiencia que se realizó el 22 de agosto de 2018¹⁴, el Tribunal de Arbitramento decidió asumir competencia para conocer de las pretensiones primera y tercera de la demanda principal y de las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvención¹⁵.

El Tribunal de Arbitramento estableció que carecía de competencia para conocer sobre las pretensiones de Transmilenio que se fundaron en el enriquecimiento injusto, por cuanto, al no tener como causa el contrato, se encontraban por fuera del pacto arbitral.

En relación con las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvención, Transmilenio solicitó que se declarara su facultad para definir la compensación y que se condenara a Ciudad Móvil a realizar la compensación, a través del patrimonio fiduciario, sobre las sumas supuestamente percibidas en exceso de la remuneración pactada.

Se puntualiza que, en la demanda de reconvención, Transmilenio estimó la condena en \$1.999'637.128, de acuerdo con el monto cuantificado por Valora Consultoría S.A.S.

2.4. Conciliación improbadada

Las partes presentaron un acuerdo de conciliación parcial suscrito el 8 de marzo de 2018, en relación con la procedencia de la reversión de la flota de vehículos, el cual fue improbadado por el Tribunal de Arbitramento, según consta en el acta No. 17 de 1º de junio de 2018, por considerarlo contrario a las normas legales y por condicionar su realización al querer de una de las partes, en ese caso Transmilenio¹⁶.

¹⁴ Acta No. 22 de 22 de agosto de 2018.

¹⁵ Folios 241 a 243 del cuaderno 2.

¹⁶ Folio 165 a 178 del cuaderno 3.



2.5. Concepto de la Procuraduría General de la Nación

El Procurador 119 Judicial II Administrativo de Bogotá emitió concepto ante el Tribunal de Arbitramento, el 19 de febrero de 2019, en el cual consideró

"(...) TRANSMILENIO S.A. (...) 'tiene plena facultad para corregir en el contrato de concesión las distorsiones o disparidades económicas producidas por la sobre remuneración reconocida y pagada al operador'"¹⁷.

Debe advertirse que, en cuanto al valor de la supuesta sobre remuneración, la Procuraduría citó la parte del dictamen pericial que indicó que la metodología adoptada por Valora Consultoría del 3 de marzo de 2017 *"corresponde al diferencial obtenido entre la remuneración real pagada y establecida con las fórmulas del contrato frente a la remuneración estimada en el estudio citado"*¹⁸.

Igualmente, el Ministerio Público estimó que se debía permitir a Transmilenio la compensación de los valores, de acuerdo con el artículo 1715 del Código Civil, aplicando la extinción de las obligaciones recíprocas.

Se destaca que en relación con la sobre remuneración, la Procuraduría consideró que no estaba prevista en el contrato y que, por ello, no existió título jurídico que habilitara a la contratista para cobrarla y/o no reintegrarla a Transmilenio¹⁹.

Es pertinente advertir que las consideraciones del Ministerio Público no tienen en cuenta que el Tribunal de Arbitramento, al observar las pretensiones sobre compensaciones no originadas en el contrato, estableció su falta de competencia para resolver sobre ellas en el trámite arbitral.

2. El laudo arbitral

En el laudo arbitral proferido el 27 de marzo de 2019, el Tribunal de Arbitramento accedió a la pretensión primera principal presentada por Ciudad Móvil en su

¹⁷ Folio 93 del cuaderno 3.

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Folios 92 y 93 del cuaderno 3.



calidad de convocante, es decir, aceptó que no había lugar a la reversión de los vehículos y bienes, de conformidad con lo que se pretendió en la demanda.

En segundo lugar, prosperaron las excepciones de Ciudad Móvil - *demandante y demandada en reconvención*-, en cuanto se declaró probado que cumplió el contrato de concesión y que no había lugar a las compensaciones que solicitó Transmilenio en su demanda de reconvención.

El laudo arbitral de 27 de marzo de 2019 no acogió los argumentos ni la prueba en la que Transmilenio fundó la cuantificación de la supuesta sobre remuneración y, por ello, denegó las pretensiones incoadas en la demanda de reconvención.

En el análisis de las pruebas y específicamente en relación con el informe elaborado por Valora Consultoría SAS, el Tribunal de Arbitramento advirtió que cuantificó una suma que no podía compensar siguiendo la fórmula pactada en el contrato y que así se estableció con fundamento en la prueba testimonial y en el dictamen que se practicó en el proceso: (se transcribe de la siguiente manera textual).

*“Como se observa en la fórmula y en la explicación de las variables que la conforman, en el Contrato de Concesión se estipuló que la participación del Concesionario en los beneficios económicos de la explotación del sistema se determinaba en función de los kilómetros recorridos efectivamente, de acuerdo a las órdenes de servicio expedidas por TRANSMILENIO, restringidos al nivel de ingreso generado por los operadores de la troncal, esto es, de los pasajeros pagos (PP), **y no los pasajeros transportados**, pero aplicando previamente a esta variable la multiplicación de la tarifa técnica ajustada (TI ajustada) y la resta de los pagos efectuados por concepto de Remuneración al Alimentador (RA), Remuneración al Operador de Recaudo (RT), Remuneración al Fiduciario (RF), **lo cual permite entender que el Concesionario no recibía una participación en función exclusivamente de los pasajeros pagos, porque a esta variable siempre se le efectuaron las deducciones antes indicadas. Por consiguiente: el beneficio en favor del contratista se calculaba con base en un remanente de la totalidad de la bolsa de ingresos del sistema Transmilenio, sin que en el Contrato de Concesión se establecieran topes o mínimos y máximos que afectaran el beneficio pactado.***

“Ahora bien, como fundamento de lo anterior, el Tribunal pone de presente la prueba testimonial rendida por el Ingeniero Mauricio Arciniegas Jara, Director Financiero de TRANSMILENIO en el año 2001, quien al referirse a la estructuración de la bolsa de ingresos (...) señaló: (...)



"Como se observa, el aparte de la prueba testimonial transcrita aporta una claridad adicional al objeto del problema jurídico en cuestión, y es que la estructuración del contrato contempló que la participación del Concesionario en la explotación económica del sistema Transmilenio se calculaba o pagaba a partir de pasajeros pagados, y no de pasajeros transportados como ahora lo pretende TRANSMILENIO en su demanda de reconvención. Resulta evidente que estos dos conceptos son muy diferentes y, que como lo aclaró el interrogado, ésta fue la decisión a la que se llegó desde el principio del Contrato, porque era muy difícil establecer el comportamiento de los pasajeros transportados.

"Así las cosas, resulta claro que éste no fue un tema extraño o sorpresivo o que se iniciara con la implementación de la Fase III de Transmilenio y, en ese sentido, no encuentra el Tribunal que se haya producido una sobre remuneración en los términos expuestos en la demanda de reconvención, toda vez que el Concesionario recibió los beneficios de la cláusula 77 del Contrato de Concesión, con base en el cálculo de pasajeros pagados, es decir, los que compraron un tiquete para ingresar al sistema, y no conforme a pasajeros transportados, que fue una variable que solamente se planteó y manejó dentro de los contratos de los operadores de los alimentadores y no en los de las troncales, como el que nos ocupa.

"En este mismo orden de ideas, la prueba pericial rendida por la doctora Ana Matilde Cepeda precisó: (...)"

Por otra parte, al referirse a la ruptura del equilibrio contractual que fue mencionada por Transmilenio en su demanda de reconvención, el Tribunal de Arbitramento consideró improcedente la argumentación, dado que el desequilibrio no fue invocado en la ejecución contractual, gobernada por el principio de buena fe, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, así: (se transcribe de forma literal):

"Para el Tribunal no es de recibo que la falta de planeación contractual por parte de la entidad estatal, pretenda "subsanarse", en este momento de la ejecución, bajo el ropaje de un posible desequilibrio contractual -cuya declaración, por demás, no fue solicitada al Tribunal-, toda vez que resulta evidente que, conforme a los considerandos del otrosí del 6 de mayo de 2013, TRANSMILENIO, al retirar de la fórmula de remuneración del Concesionario el IPK, buscaba no sólo hacer la integración del SITP de Bogotá, sino, además, corregir el desfase financiero que se estaba presentando por la falta de integración de las tarifas que regulaban las formas de remuneración de los Sistemas Transmilenio y SITP, antes de que los buses de este último entraran a operar. Por consiguiente, el Tribunal declarará que prospera la excepción "Cumplimiento del Contrato", interpuesta por CIUDADMÓVIL²⁰.

²⁰ Página 83 del laudo arbitral.



*"Sumado a lo anterior, es importante señalar que, conforme a la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, entre las que se destaca el reciente pronunciamiento de la Sección Tercera, contenido en la sentencia con radicado 680012333000201300118 01 (52.666) de 29 de enero de 2018, M.P. Jaime Orlando Santofimio, en virtud del principio de buena fe contractual, la solicitud de reclamación de desequilibrio económico debe hacerse de manera oportuna, esto es, una vez conocidas las circunstancias que afectan la ecuación contractual, si se establecen entre las partes acuerdos como suspensiones, adiciones, prórrogas y otrosíes, es al tiempo de suscribir tales documentos que se deben presentar las reclamaciones, solicitudes, salvedades relacionadas con aquellas circunstancias imprevistas, sobrevinientes y no imputables a ninguna de las partes, y no con posterioridad a la firma de tales acuerdos, **so pena de considerarse que la petición de restablecimiento del equilibrio contractual ulterior es extemporánea, improcedente y no tendrá vocación de prosperidad en razón a la violación del principio de buena fe contractual**".*

*"Ahora bien, considerando que el otrosí suscrito entre las partes de este litigio el 6 de mayo de 2013 quiso integrar de manera tarifaria y operacional los Sistemas Transmilenio y SITP y que en el texto de dicho acuerdo modificador no se indicó nada respecto a la supuesta sobre remuneración otorgada a CIUDAD MÓVIL, e, incluso, se señaló expresamente que las disposiciones de este otrosí regirían hacia el futuro, a partir del 10 de mayo de 2013. **Por consiguiente, no encuentra de recibo el Tribunal que TRANSMILENIO, en contra de sus propios actos y vulnerando el principio de buena fe, haga las solicitudes contenidas en la pretensión de la demanda de reconvencción encaminada en este sentido, la cual no puede tener vocación de prosperidad**". (la negrilla no es del texto).*

En el acápite correspondiente al análisis de los juramentos estimatorios presentados por la demandante y por la demandada en reconvencción, el Tribunal de Arbitramento estimó que había lugar a imponer la sanción prevista en el parágrafo del artículo 206 del CGP a favor del Consejo Superior de la Judicatura, en relación con la pretensión de perjuicios reclamados por Transmilenio y denegados en su totalidad por el laudo arbitral, teniendo en cuenta que careció de soporte fáctico y contractual y se fundó en una prueba inconducente.

3. Solicitud de aclaración

En memoriales presentados el 3 de abril de 2019, las partes solicitaron aclaración, adición y corrección del laudo arbitral.

Según consta en acta 35 del 11 de abril de 2019, el Tribunal de Arbitramento denegó las solicitudes de aclaración y corrección, pero aceptó la petición de



complementación, en orden a resolver la pretensión tercera de la demanda principal, que conllevó la decisión de condenar a Transmilenio a pagar los gastos del proceso arbitral.

El laudo arbitral complementario se profirió y notificó a las partes en audiencia, el 11 de abril de 2019²¹. Las partes manifestaron su conformidad con la decisión adoptada en estrados²².

4. Trámite procesal del recurso de anulación

En su oportunidad, el 28 de mayo de 2019, Transmilenio presentó recurso extraordinario de anulación parcial contra el laudo arbitral, en el cual solicitó la anulación del punto séptimo de su parte resolutive, mediante el cual se le impuso la sanción del párrafo del artículo 206 del CGP, relacionada con la falta de demostración de los perjuicios indicados en el juramento estimatorio, condenándola a pagar la suma de \$99'981.856, equivalente al 5% del monto que Transmilenio pretendió como compensación por concepto de la remuneración contractual que estimó como pagada en exceso.

La secretaría del Tribunal de Arbitramento dio traslado del recurso y realizó la fijación en lista para su contestación²³. Ciudad Móvil no presentó contestación al recurso extraordinario de anulación.

El expediente fue remitido al Consejo de Estado el 12 de julio de 2019.

Mediante providencia de 25 de julio de 2019, el despacho conductor del proceso admitió el recurso extraordinario de anulación interpuesto por Transmilenio.

El auto de admisión del recurso fue notificado al Procurador Delegado ante el Consejo de Estado el 9 de agosto de 2009²⁴.

²¹ Folios 250 a 253 del cuaderno principal del recurso de anulación.

²² Folio 248 del cuaderno principal del recurso de anulación.

²³ Folios 263 a 264 del cuaderno principal del recurso de anulación.

²⁴ Folio 269 vuelto del cuaderno principal del recurso de anulación.



II.- CONSIDERACIONES

La Sala seguirá el siguiente orden de razonamiento: **1)** jurisdicción y competencia; **2)** oportunidad en la presentación del recurso; **3)** fallo en conciencia, causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y su ocurrencia en relación con la sanción del juramento estimatorio prevista en el artículo 206 del CGP, por falta del requisito consistente en el actuar negligente o temerario y **4)** costas.

1. Jurisdicción y competencia

Se reafirma lo dispuesto en el auto de 25 de julio de 2018 acerca de la jurisdicción y la competencia para conocer del presente recurso de anulación, teniendo en cuenta que una de las partes del conflicto contractual que se desató con el laudo arbitral –*Transmilenio*- es una entidad de naturaleza pública²⁵.

Se agrega que corresponde a esta Sala conocer del recurso, con fundamento en el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012²⁶ y el numeral 7 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011²⁷.

2. Oportunidad en la presentación del recurso

Se verifica la oportunidad en la presentación del recurso extraordinario de anulación, tal como se expuso en el auto de admisión proferido por este despacho el 25 de julio de 2019, toda vez que la solicitud de aclaración del laudo se resolvió y notificó por el Tribunal de Arbitramento el 11 de abril de 2019 y el término de 30

²⁵ La Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. es una "sociedad por acciones constituida entre entidades públicas del orden distrital bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos, autorizada mediante Acuerdo No. 004 del 4 de febrero de 1999 del Concejo de Bogotá, constituida mediante escritura pública 1528 del 21 de octubre de 1999" folio 1 del cuaderno 1, folio 178 del cuaderno 1.

²⁶ "Ley 1563 de 2012. Artículo 46. Competencia. (...) Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo <sic> 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".

²⁷ "Artículo 149 C.P.A.C.A. Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...) 7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia".



días fijado en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012²⁸ empezó a correr el 12 de abril de 2019 y venció el 28 de mayo de 2019, fecha esta última en la que se presentó el recurso.

3. Fallo en conciencia, causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y su ocurrencia en relación con la sanción del juramento estimatorio consagrada en el artículo 206 del CGP, por falta del requisito consistente en el actuar negligente o temerario

3.1. Argumentos de la recurrente

Transmilenio presentó su recurso de anulación parcial con fundamento en la causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, consistente en el fallo en conciencia, en la cual habría incurrido el Tribunal de Arbitramento al imponerle la sanción del párrafo del artículo 206 del CGP.

Transmilenio expuso los siguientes argumentos (se transcribe de forma literal):

"De conformidad con lo anterior, un fallo en conciencia -que se reitera, está proscrito en el ordenamiento jurídico colombiano- es aquel en el que el fallador se aparta completamente del marco jurídico aplicable, porque:

"a) Se apoya en su íntima convicción para fallar, b) No da razones para sustentar su decisión c) O prescinde de toda consideración jurídica o probatoria.

"(...).

"El artículo [206 del CGP] en cita prevé dos sanciones:

"La primera de ellas opera cuando el juramento estimatorio excede en un 50% de lo que resulte probado en el proceso, caso en el cual, quien hizo la estimación, debe pagar a su contraparte el 10% de la diferencia.

"La segunda sanción que prevé el artículo procede cuando las pretensiones se niegan por falta de demostración absoluta de perjuicios. En este caso, la sanción sólo procede cuando en el proceso se encuentre plenamente acreditado que la causa para no haber demostrado el valor pretendido se debe a un acto de negligencia o temeridad.

²⁸ "Artículo 40. Recurso Extraordinario de Anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición".



“Sobre este aspecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en su jurisprudencia. Sin embargo, resulta, para el caso objeto de estudio, particularmente relevante la sentencia C157 de 2013, oportunidad en la que la Corte se pronunció sobre la exequibilidad condicionada del párrafo del artículo 206: (...).

“De lo anterior, es evidente que la sanción del párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso procede cuando i) no se logren demostrar los perjuicios pretendidos y ii) la causa de la no demostración sea imputable a la negligencia o temeridad de la parte.

“En otras palabras, la sola falta de prueba del perjuicio sin valoración alguna de la conducta de la parte, descarta o inhabilita la procedencia de la sanción.

(...)

“Ahora bien, también es cierto que la ley presume la temeridad en estos casos:

a) Que se suministre información que no corresponda a la verdad; b) Que se obre de mala fe; c) Que la demanda carezca de fundamento legal; d) Que se aleguen hechos contrarios a la realidad; e) Que se emplee el proceso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.

(...).

“Es decir, la presunción legal tiene una función probatoria, de manera que es deber del fallador valorar expresamente los hechos presumidos que se dan como probados en la sentencia, sin que le sea posible arribar a conclusiones infundadas y desmotivadas, amparándose en el pretexto de la presunción.

“En conclusión, la sanción del párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso no puede ser entendida de manera objetiva. Es decir, ésta no procede ni puede ser impuesta con la sola verificación de la no demostración de los perjuicios pretendidos.

(...).

“2.3. Caso en concreto

“El laudo arbitral aquí disputado hace el análisis de los juramentos estimatorios correspondientes a la demanda arbitral y a la demanda de reconvencción, ambos objetados por las partes, en el que cita el artículo 206 incluyendo el inciso segundo del párrafo:

(...).

A continuación de esa cita legal, la recurrente afirmó (se transcribe de forma literal):



"El Tribunal establece, conforme a la norma, que sólo podrá imponerse la sanción cuando la parte que presta el juramento hubiere desplegado un comportamiento negligente en el transcurso del proceso".

Igualmente, la recurrente advirtió (transcripción de forma literal):

*"Del aparte transcrito se destaca que efectivamente el Tribunal reconoce la normativa aplicable a la sanción y califica como inconsiderada la reclamación de TRANSMILENIO S.A., no obstante **huelga todo tipo de mención o valoración sobre la configuración de la negligencia o la temeridad**²⁹.*

"Resulta importante destacar que en el trámite arbitral, el Tribunal asumió competencia sobre dos pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvencción. La primera, sobre la facultad de TRANSMILENIO S.A. como Ente Gestor del Sistema de hacer ajustes en la remuneración y efectuar compensaciones; la segunda, sobre posibilidad de hacer un ajuste respecto de la sobre-remuneración generada por la entrada de la Fase III al Sistema.

"El Tribunal, en el laudo, descartó la primera pretensión subsidiaria por considerar que el acervo probatorio no permitía concluir que TRANSMILENIO S.A. tuviera la facultad contractual de hacer ajustes a la remuneración. Respecto de la desestimación de esta pretensión, es claro que no procede el reproche contenido en el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso.

*"Por su parte, toda vez que la pretensión segunda subsidiaria se desprendía necesariamente de la prosperidad de la pretensión primera subsidiaria, el Tribunal la negó. **Sin embargo, sobre esta negativa el Tribunal considera que procede la sanción prevista en el parágrafo del artículo 206 por cuanto, en su criterio, la cuantificación es 'inconsiderada' pues la carga probatoria en cabeza del demandante en reconvencción fue desatendida**³⁰.*

"Ahora bien, en el memorial de solicitud de corrección del laudo arbitral, TRANSMILENIO S.A. cuestionó si la expresión 'inconsiderada' debía entenderse como sinónimo de una actuación temeraria o negligente, con el fin de que -en caso negativo- se revocara la imposición de la sanción, adaptando la decisión a los lineamientos esbozados por la jurisprudencia constitucional sobre la aplicación de la figura.

"El Tribunal, en el auto de aclaraciones, correcciones y adiciones de 11 de abril de 2019 determinó al respecto que:

'(...) el Tribunal impuso la sanción correspondiente a la parte convocada, que en razón de que las sumas solicitadas objeto del juramento, adolecieron de

²⁹ Se destaca el argumento de la recurrente, la negrilla no es del texto.

³⁰ Se destaca el argumento de la recurrente, la negrilla no es del texto.



demostración y carecían de fundamento contractual y fáctico, lo cual no implica que el Tribunal hubiera calificado este comportamiento de la parte convocada ni como doloso, ni como temerario, ni como constitutivo de negligencia grave':

"La anterior aclaración es una aceptación manifiesta por el Tribunal de Arbitramento en el sentido de que no considera que TRANSMILENIO S.A. hubiera actuado con temeridad, dolo o negligencia.

"Entonces, teniendo en cuenta que i) ha quedado demostrado que el Panel expresamente reconoce que TRANSMILENIO S.A. no actuó de manera temeraria o negligente, ii) se ha establecido, con absoluta certeza que, para poder aplicar la sanción prevista en el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, se requiere establecer el supuesto de hecho de que la parte no probó la pretensión por negligencia o temeridad, **iii) resulta diáfano que era imposible para el Tribunal Arbitral aplicar la sanción contemplada en la norma en comento, PUES EL SUPUESTO DE HECHO PARA APLICAR LA SANCIÓN NO EXISTE, NI SE DEMOSTRÓ** y más aún, el Tribunal expresamente manifiesta que no lo calificó³¹. (negrilla y subraya son del texto).

3.2. Trámite del juramento estimatorio y contenido de la decisión

El trámite de los juramentos estimatorios se reseñó en el laudo arbitral de la siguiente manera (se transcribe de forma literal):

"Mediante Auto del tres (3) de agosto de dos mil diecisiete (2017) el Tribunal corrió traslado de la objeción al juramento estimatorio contra la Demanda principal y de la objeción al juramento estimatorio contra la Demanda de Reconvención. El apoderado de la parte convocante recorrió dicho traslado mediante memorial presentado el once (11) de agosto de dos mil diecisiete (2017). La apoderada de la parte convocada recorrió dicho traslado mediante memorial presentado el once (11) de agosto de dos mil diecisiete (2017)"³².

"(...).

"El diecisiete (17) de octubre de dos mil diecisiete (2017) se admitió la reforma de la Demanda de Reconvención.

"El veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) la parte convocante presentó la contestación a la Demanda de Reconvención Reformada. El siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) se fijó en lista el traslado a la Parte Convocada de las excepciones de mérito y la

³¹ Escrito contentivo del recurso de anulación. Folio 260 vuelto, cuaderno principal del recurso de apelación.

³² Página 4 del laudo arbitral.



objeción al juramento estimatorio presentados por la Parte Convocante contra la Reforma de la Demanda de Reconvención. El quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) la Parte Convocada describió el traslado de las excepciones de mérito y la objeción al juramento estimatorio presentados por la Parte Convocante contra la Reforma de la Demanda de Reconvención³³ (la negrilla no es del texto).

Ciudad Móvil objetó el juramento estimatorio presentado por Transmilenio, por "ser *inexacta su estimación*"³⁴ en cuanto Transmilenio no afirmó haber hecho pago alguno a Ciudad Móvil "con ocasión de la entrada en operación del SITP"³⁵ y agregó que, en su criterio, Valora Consultoría SAS tomó un período "caprichoso de cinco años"³⁶ para realizar las estimaciones.

Por otra parte, al imponer la condena por concepto de la sanción del artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por la Ley 1743 de 2014, el Tribunal de Arbitramento desplegó el siguiente análisis (se transcribe el acápite completo, de forma literal):

"G. El juramento estimatorio

"Atendidas las pretensiones planteadas por CIUDAD MÓVIL en su demanda y aquellas formuladas por TRANSMILENIO en su demanda de reconvención, junto con las excepciones de mérito presentadas por las partes para enervar las pretensiones antes mencionadas, es menester que el Tribunal se pronuncie sobre el juramento estimatorio presentado por CIUDAD MÓVIL y objetado por TRANSMILENIO y sobre aquél presentado por TRANSMILENIO, en su demanda de reconvención, que a su vez fue objetado por CIUDAD MÓVIL.

"Para tal fin, se tiene el artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por la ley 1743 de 2014, señala³⁷

"[Aquí se transcribió el texto completo del artículo 206 CGP].

"Al pronunciarse sobre el artículo 206 antes transcrito la Corte Constitucional precisó:

³³ Página 5 del laudo arbitral.

³⁴ Folio 249, cuaderno 1.

³⁵ Ibidem

³⁶ Folio 250, cuaderno 1.

³⁷ Página 97 del laudo arbitral.



'Al aplicar los parámetros dados en la sentencia C 652 de 2004, empleados también en la sentencia C 227 de 2009, para establecer si la norma demandada preveía una sanción excesiva o desproporcionada, la Corte pudo establecer que la finalidad de desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias es acorde con el ordenamiento constitucional, que esta norma es potencialmente adecuada para cumplir dicha finalidad; y que sólo en uno de los escenarios hipotéticos planteados –en el de que la causa de no satisfacer la carga de la prueba sea imputable a hechos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado, la sanción resulta excesiva o desproporcionada frente al principio de la buena fe y a los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso.

(...).

'Si bien el legislador goza de una amplia libertad para configurar los procedimientos, no puede prever sanciones para una persona, a partir de un resultado, como el de que se nieguen las pretensiones por no haber demostrado los perjuicios, cuya causa sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado' (Subraya el Tribunal).

"De esta manera, el Tribunal encuentra que únicamente podrá imponerse la citada sanción cuando la parte que presta el juramento hubiere desplegado un comportamiento negligente en el transcurso del proceso.

"En lo que respecta a CIUDAD MOVIL, presentó sus argumentos con convicción plena, se esforzó por allegar las pruebas que consideró pertinentes para la toma de la decisión por parte del Tribunal y, adicionalmente, facilitó el desarrollo del trámite presentando argumentos jurídicos debidamente fundamentados, lo cual condujo al Tribunal a decretar que prosperaran las pretensiones de su demanda.

"De esta manera, no se encuentra que la Convocante se halle inmersa en las hipótesis del artículo antes citado.

"Revisada la actuación del demandante en reconvención, el contenido de su demanda y la estimación del valor del perjuicio reclamado, es claro que las pretensiones de condena fueron negadas porque su reclamación carecía de todo fundamento contractual y fáctico, además de que las pruebas allegadas por TRANSMILENIO para tal efecto eran inconducentes, hechos que, de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional, lleva[n] a que su reclamación se califique como inconsiderada.

"Por consiguiente, no sólo el valor estimado del perjuicio reclamado resulta totalmente injustificado, sino que, además, la carga probatoria que tenía la demandante en reconvención fue desatendida.

"Con fundamento en lo expuesto, y en aplicación al párrafo del artículo 206 del C.G.P., el Tribunal impondrá la multa correspondiente, a favor del Consejo Superior de la Judicatura, por la suma de \$99.981.856, que



corresponde al 5% del valor del perjuicio reclamado por valor de \$1.999.637.128³⁸ (la negrilla no es del texto).

La cita anterior incluye íntegramente el texto del literal G, del laudo arbitral referido al juramento estimatorio.

De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento impuso la siguiente condena (se transcribe de forma literal):

"SÉPTIMO: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y en aplicación al parágrafo del artículo 206 del C.G.P., condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. a pagar la suma de pesos NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$99.981.856), a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración.

"El pago de la anterior sanción deberá realizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente Laudo, y dentro del mismo término, deberá radicarse ante la secretaria del Tribunal, la copia de la consignación respectiva"³⁹.

La Sala observa que la sanción relacionada con el juramento estimatorio fue proferida con invocación expresa del artículo 206 del CGP, considerando que "la reclamación carecía de fundamento", "además de que las pruebas allegadas por TRANSMILENIO para tal efecto eran inconducentes", y no solo "el valor estimado del perjuicio reclamado resulta totalmente injustificado, sino que, además, la carga probatoria que tenía la demandante en reconvención fue desatendida".

Se registra que, para imponer la sanción, en el laudo arbitral se mencionó el requisito consistente en el "comportamiento negligente", pero no se detuvo en identificar, de manera concreta, las conductas de Transmilenio que se habrían enmarcado en ese supuesto.

Por otra parte, en el acápite que se acaba de transcribir también se indicó que la decisión se tomó "revisada la actuación en reconvención", lo cual implica que para resolver el presente recurso de anulación debe analizarse el contenido del laudo

³⁸ Página 97 a 100 del laudo arbitral.

³⁹ Página 102 del laudo arbitral.



en cuanto a lo que reseña sobre la actuación de la demandante en reconvencción que dio lugar a la sanción y no sólo en lo que aparece en el acápite G.

3.3. Consideraciones de la Sala

3.3.1. Descendiendo al asunto materia del recurso de anulación, el **problema jurídico** que se plantea radica en determinar si la referencia a la conducta consistente en allegar pruebas inconducentes es suficiente para que el Tribunal de Arbitramento pueda imponer la sanción del juramento estimatorio, de acuerdo con lo previsto en el párrafo del artículo 206 del CGP o, en caso contrario, si el laudo arbitral careció de un razonamiento concreto sobre el "*actuar negligente o temerario*" y en tal supuesto, si se incurrió o no en la causal de fallo en conciencia.

3.3.2. Previo a resolver la cuestión planteada, resulta útil precisar que la regulación del juramento estimatorio es aplicable al proceso arbitral, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, dado que la demanda respectiva debe reunir los requisitos exigidos en el estatuto procesal civil, hoy contenido en el Código General del Proceso⁴⁰, cuyo artículo 82, a su vez, establece como uno de los requisitos de la demanda la presentación del juramento estimatorio "*cuando sea necesario*" (numeral 7), vale decir, cuando se "*pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras*", como lo impone el artículo 206 del CGP.

3.3.3. Nótese que el artículo 206 del CGP, en su texto completo, dispone, en primer lugar, un procedimiento de objeciones en el que el demandado tiene la oportunidad de controvertir la estimación de los perjuicios que presenta la parte demandante y la misma norma establece el efecto probatorio del juramento que opera como un límite a la condena en caso de que no sea objetado⁴¹.

⁴⁰ Ley 1564 de 2012.

⁴¹ El juramento estimatorio puede constituir un medio de prueba para determinar el "*quántum*" del perjuicio y, como tal, solo puede desvirtuarse mediante la objeción que especifique el rubro o los rubros que se estimen equivocados o mal estimados. Considerando que el trámite previsto para el juramento estimatorio involucra la oportunidad de la contradicción, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que, al establecerse en el artículo 206 del CGP un procedimiento para la aplicación y objeción del juramento estimatorio, "*se garantiza el derecho de defensa y el debido proceso*" - Sentencia C-279 de 2013; sin embargo, a la luz de lo que establece el artículo 206 del CGP, el juramento estimatorio constituye prueba del "*monto*", valor o cuantía del perjuicio, pero no de la ocurrencia del daño, la cual debe demostrarse con los medios de prueba previstos en la ley.



282

Igualmente, el artículo 206 del CGP se refiere a dos tipos de sanciones: **i)** la que procede en el caso del juramento sobre estimado y **ii)** en el párrafo final, consagra la potestad del juez de imponer la sanción a favor del Consejo Superior de la Judicatura, en caso de falta de demostración de los perjuicios, respecto de la cual se indica que debe estar fundada en el actuar negligente o temerario de la parte, así:

*"Artículo 206 CGP Juramento estimatorio. Quien **pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente** bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

"Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

"Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

"Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

"El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

"El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

*"Párrafo. **También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento***



(5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

“La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte (la negrilla y subraya no son del texto).

Se reitera que el Tribunal de Arbitramento aplicó el párrafo del artículo 206 del CGP con el siguiente razonamiento (se transcribe de forma literal):

“Revisada la actuación del demandante en reconvención, el contenido de su demanda y la estimación del valor del perjuicio reclamado, es claro que las pretensiones de condena fueron negadas porque **su reclamación carecía de todo fundamento contractual y fáctico, además de que las pruebas allegadas por TRANSMILENIO para tal efecto eran inconducentes, hechos que, de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional, **lleva[n] a que su reclamación se califique como inconsiderada**”** (la negrilla no es del texto).

3.3.4. En primer lugar, se advierte que el párrafo transcrito se refiere de manera general a la “*actuación de la demandante en reconvención*”; sin embargo, sobre esa afirmación, la Sala establece que en el texto completo del laudo arbitral no se califica o identifica ninguna actuación procesal de Transmilenio como negligente o temeraria.

3.3.5. En segundo lugar, se observa que, de acuerdo con el acápite G antes transcrito, el Tribunal de Arbitramento aplicó la sanción del párrafo del artículo 206 del CGP, por considerar que la pretensión careció de fundamento contractual y fáctico, pero no refirió de manera expresa o individualizada en qué consistió el “*actuar negligente*”.

3.3.6. Para la Sala es claro que el perjuicio cuantificado por Valora Consultoría SAS en la prueba que allegó Transmilenio no estaba fundado en el contrato y que por ello el Tribunal de Arbitramento consideró que la demandante en reconvención se respaldó en pruebas inconducentes; sin embargo ese razonamiento no es indicativo de negligencia o temeridad en la conducta procesal de Transmilenio.

En las consideraciones del laudo que han sido transcritas en esta providencia, el Tribunal de Arbitramento reseñó el fracaso de la prueba allegada por Transmilenio



dado que "carecía de todo fundamento" contractual y legal y afirmó que la carga probatoria que tenía la demandante en reconvención fue desatendida.

De acuerdo con lo anterior, es cierto que la conducta probatoria negligente o temeraria no fue identificada o reseñada en el laudo arbitral y, tal como lo alegó la recurrente, con base en el texto del artículo 206 del CGP, era imperativo señalar dentro del laudo aquella actuación del proceso arbitral que se enmarcaba en el supuesto normativo del párrafo del artículo citado.

Se agrega que pese a citar la sentencia de la Corte Constitucional que consideró la exequibilidad del artículo 206 del CGP, el laudo carece de un análisis de la culpa de Transmilenio en su actuar, partiendo de la conducta negligente o temeraria debidamente imputada⁴², tal como lo indicó la Corte Constitucional en la misma sentencia citada, al resolver el caso concreto, así:

*"6.4.3.2. Si la carga de la prueba no se satisface por el obrar descuidado, negligente y ligero de la parte sobre la cual recae, valga decir, **por su obrar culpable, al punto de que en el proceso no se logra establecer ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios, aunque sea posible que sí hayan existido en la realidad, de esta situación deben seguirse consecuencias para la parte responsable.** La principal consecuencia es la negación de sus pretensiones, con lo que lleva aparejado. **Pero merced a su propia culpa, tampoco es irrazonable o desproporcionado que se aplique la sanción prevista en la norma demandada.** Y es que someter a otras personas y a la administración de justicia a lo que implica un proceso judicial, para obrar en el de manera descuidada, descomedida y, en suma, culpable, **no es una conducta que pueda hallar amparo en el principio de la buena fe⁴³, o en***

⁴² Tal como se ha transcrito en esta providencia, el laudo destacó aquella parte de la sentencia C 157 de 2013 que reseñó "el legislador (...) **no puede prever sanciones cuya causa sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado**" (la negrilla es del Tribunal).

Se agrega que en la misma sentencia C 157, en el numeral 7.1. al presentar la síntesis de la decisión, la Corte Constitucional, reiteró:

"En el análisis precedente, encontró que existe un escenario hipotético, relativo a una interpretación posible de la norma en el cual se podría sancionar a la parte pese a que su obrar haya sido diligente, cuando la decisión de negar las pretensiones obedece a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado, lo cual resulta desproporcionado".

⁴³ La negrilla no es del texto.



los derechos a acceder a la justicia o a un debido proceso⁴⁴ (la negrilla no es del texto).

Mediante sentencia C-279 de 2013 la Corte Constitucional, al declarar exequibles los incisos primero a sexto del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, advirtió la fuerza de cosa juzgada de la sentencia C- 157 de 2013, así:

*“La Corte evidenció la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional, ya que mediante sentencia C-157 de 2013 analizó ampliamente la constitucionalidad del parágrafo del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 y lo declaró EXEQUIBLE, bajo el entendido de que tal sanción –por falta de demostración de los perjuicios que conduce a la negación de las pretensiones- **no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de su obrar diligente**”*(la negrilla no es del texto).

3.3.7. La Sala observa que en el proceso arbitral Transmilenio fracasó al pretender que se le reconociera el derecho a la compensación, por cuanto la estimación de Valora Consultoría S.A.S. no se correspondía con el contenido de la fórmula que contractualmente se debía aplicar en el contrato de concesión, pero de allí no se puede inferir una conducta negligente.

3.3.8. Por otra parte, la Sala puede observar que la prueba documental contenida en el informe de Valora Consultoría S.A.S. no fue la única que solicitó la entidad, dado que en la demanda de reconvención pidió que se decretara un dictamen con un *“perito experto en materias financieras y contables”*⁴⁵, entre otros puntos, para validar la metodología que siguió Valora Consultoría S.A.S.

Esa prueba se decretó y practicó en el proceso arbitral por la perito designada por el Tribunal de Arbitramento y, desde esa óptica, tiene que advertirse que Transmilenio expuso el estimativo realizado por la mencionada firma de banca de inversión al debate procesal.

⁴⁴ La recurrente realizó una cita extensa de la sentencia C-157 de 2013 de la Corte Constitucional. La Sala extracta la parte que se refiere a la culpa que invocó como no identificada o razonada por el Tribunal de Arbitramento.

⁴⁵ Acta 22 de 22 de agosto de 2018, folios 246 y 247 del cuaderno 2.



3.3.9. Desde el punto de vista conceptual se puede distinguir entre negligencia y temeridad y también cabría observar que el actuar negligente no necesariamente es equivalente a la mala fe en el debate probatorio. Por ejemplo, la negligencia puede ocurrir por no pedir una prueba que habría resultado esencial y la temeridad puede configurarse por exhibir una prueba a sabiendas de que no corresponde a lo pactado en el contrato.

3.3.10. Sin embargo, lo cierto es que, en este caso, en el laudo no se identificó de manera concreta actuar negligente o temerario alguno por parte de Transmilenio y de la actuación procesal que allí se reseñó y tampoco salta a la vista la referencia a una conducta de tal naturaleza, de manera que puede concluirse que no se cumplió con el presupuesto del párrafo del artículo 206 del CGP para imponer la sanción.

3.4. Consideraciones de la Sala en torno de la causal de fallo en conciencia

Resulta imperativo contrastar lo anterior con las siguientes consideraciones de la Corte Constitucional, expuestas en la sentencia SU 173 de 2015, en la cual delimitó el alcance del recurso de anulación y la causal de fallo en conciencia (se transcribe de forma literal):

*“El recurso extraordinario de anulación no es otra cosa que un mecanismo restrictivo, extraordinario y excepcional, que se limita a cuestionar asuntos de forma - errores in procedendo-, que comprometen la ritualidad de la actuación procesal, esto es la forma de los actos, su estructura externa, su modo ordinario de realizarse, los cuales se presentan cuando el juez, ya sea por error propio o de las partes, **se desvía o aparta de los medios señalados por el derecho procesal para la dirección del juicio, al punto que con ese apartamiento se disminuyen las garantías del contradictorio o se priva a las partes de una defensa plena de sus derechos.***

“(…).

*“De acuerdo con la jurisprudencia uniforme de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el fallo en equidad o en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia **sin efectuar razonamientos de orden jurídico, prescindiendo del ordenamiento positivo y de acuerdo con su íntima convicción** en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (*ex aequo et bono*)”. (la negrilla no es del texto)*



La *ratio decidendi* de la sentencia de la Corte Constitucional se fundó en que el Consejo de Estado, en conocimiento del recurso de anulación, no puede realizar un juicio basado en los errores "*in iudicando*", por cuanto obraría como juez de segunda instancia, lo cual se opone a la naturaleza del trámite arbitral como proceso de única instancia y a la condición exceptiva y taxativa de las causales del recurso de anulación previstas en la ley. Lo anterior se puede observar en el siguiente razonamiento (se transcribe de forma literal):

"En este punto, se destacó que la competencia del Juez Contencioso en materia de anulación, se contrae a revisar los errores in procedendo, pues, salvo excepciones legales, no hace parte de la órbita de competencia del Juzgador el conocimiento del errores in iudicando, siendo estos más propios de una segunda instancia y el recurso de anulación no tiene tal condición. // (...) el fallo atacado, contiene una censura a la interpretación de las reglas del contrato de concesión y, a la valoración de las pruebas que en su momento hicieran los árbitros del contrato de concesión celebrado (...). Para la Corte Constitucional, dicha forma de proveer evidencia un juicio por errores in iudicando, con lo cual el Juez de anulación se transformó en un Juez de Segunda Instancia, excediendo con ello las competencias propias de la anulación adjudicándose otras que para el caso no le están atribuidas por la Ley. Del mismo modo, al fungir materialmente como segunda instancia, la Sección Tercera del Consejo de Estado, incurrió en un defecto procedimental, pues, surtió un trámite que no le está autorizado por el ordenamiento jurídico en asuntos como el revisado"⁴⁶.

Siguiendo la sentencia de la Corte Constitucional, se ha advertido que la causal de fallo en conciencia no se puede estructurar rebatiendo el análisis de la ley o de las pruebas que haya apreciado el Tribunal de Arbitramento. Lo anterior, toda vez que *-se repite-* el recurso extraordinario de anulación no constituye una segunda instancia del proceso arbitral y el juez de anulación no puede corregir la apreciación de la ley aplicable ni la valoración de las pruebas realizada en el fallo arbitral.

Pasando al caso concreto, al revisar el laudo arbitral se encuentra que ni en el acápite del juramento estimatorio ni en todo el texto del fallo se ocupó el Tribunal de Arbitramento de un análisis acerca del comportamiento negligente exigido para aplicar la sanción prevista en el artículo 206 del CGP.

⁴⁶ Corte Constitucional, SU 173 de 2015.



El recurso de anulación no se dirigió a controvertir la interpretación del Tribunal diferente a la que establece el laudo, dado que el Tribunal de Arbitramento refiere la misma norma legal y coincide en reseñar el comportamiento negligente, pero no lo identifica.

Es más, la Sala no puede inferir el análisis de la conducta negligente de otros acápite del laudo arbitral, toda vez que, por el contrario, revisando la actuación procesal reseñada se encuentra una conducta normal consistente en aportar, pedir y participar en la práctica de las pruebas, buscando atender la carga de la prueba de manera exitosa, aunque la demandante en reconvención no hubiera conseguido salir avante con la demostración de los fundamentos de sus pretensiones.

Por ello, aunque el alcance impuesto por la sentencia SU 173 de 2015 situó la causal de fallo en conciencia en un extremo de ocurrencia muy reducida⁴⁷, este es un caso en el que se configura respecto de la condena impuesta por concepto de la sanción del juramento estimatorio, toda vez que no fue soportada en el requisito previsto en el artículo 206 del CGP ni en las actuaciones negligentes o temerarias que se debieron señalar en el laudo arbitral.

Por último, se observa que la Sala no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo dado que: i) la sanción sobre el juramento estimatorio no se refirió a un aspecto del fondo de la controversia sometida al arbitramento y ii) el presupuesto del actuar negligente o temerario, consagrado en el parágrafo del artículo 206 del CGP, no fue objeto de valoración concreta.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, prospera la causal de anulación parcial por el fallo en conciencia.

⁴⁷ Puede citarse uno de los pocos casos en que ha procedido la causal de fallo en conciencia después de la sentencia SU 173 de 2015: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 10 de noviembre de 2017, radicación número: 11001-03-26-000-2017-00032-00 (58875) A, actor: Consorcio Paipa y otro, demandando: municipio de Ataco, referencia: recurso de anulación de laudo arbitral (costas no razonadas).



Por último, teniendo en cuenta que la decisión solo afecta un punto de la parte resolutive del laudo arbitral, no habrá lugar a la pérdida de honorarios de que trata el artículo 48 de la Ley 1563 de 2012.

9. Costas

El inciso quinto del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que, si ninguna de las causales prospera, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente, salvo que éste haya sido presentado por el Ministerio Público.

Teniendo en cuenta que en este caso prospera la causal presentada por la recurrente, no se condenará en costas.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el recurso extraordinario de anulación parcial interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 27 de marzo de 2019 y complementado el 11 de abril de 2019.

SEGUNDO: ANULAR el punto séptimo de la parte resolutive del laudo arbitral de 27 de marzo de 2019, por las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO: SIN CONDENA en costas.



Radicación: 1001032600020190011300(64318)
Referencia: recurso extraordinario de anulación de
laudo arbitral

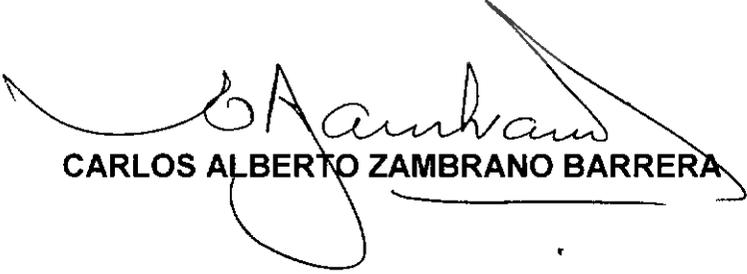
286

CUARTO: En firme la providencia, se ordena devolver el expediente al Tribunal de Arbitramento por conducto de la Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA ADRIANA MARÍN


MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

legis

