



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

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 660012333000201600548 01 (66207) acumulado 66001-23-3300020180017300

Actor: SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.

Demandado: MEGABUS S.A.

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (Ley 1437 de 2011)

Temas: FALTA DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS – efectos procesales / CARGA DE SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN – no basta con reiterar los mismos supuestos de la causa y la contradicción / ENAJENACIÓN DE ACCIONES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA CONCESIONARIA– la sola existencia del contrato de compraventa no rompe la solidaridad del socio deudor solidario frente a terceros – RESERVA ESPECIAL DE SOLIDARIDAD – en el caso no se dan los supuestos normativos para su exigencia / CESIÓN DEL CONTRATO ESTATAL COMO ALTERNATIVA A LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO / facultad discrecional, pero sujeta a criterios objetivos / FALTA DE NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO – requisito de eficacia, no de validez

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala Segunda de Decisión, el 21 de febrero de 2020, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“1. DECLARASE LA NULIDAD del numeral quinto de la resolución no. 019 del 09 de febrero de 2016, proferida por el gerente general de MEGABUS S.A. por medio de la cual se declara la caducidad del contrato 001 de 2004 y se declara la ocurrencia de un siniestro por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

“2.- DECLARASE LA NULIDAD del numeral tercero de la resolución No. 164 del 15 de noviembre de 2016, proferida por el gerente general de MEGABUS por medio de la cual se liquida de manera unilateral el contrato de concesión No. 001 de 2004, suscrito entre MEGABUS S.A. y la sociedad PROMASIVO S.A. en liquidación judicial por las razones expresadas en la parte considerativa de la presente sentencia.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

“3.- NIEGANSE LAS DEMÁS SÚPLICAS DE LA DEMANDA, por las razones expuestas.

“4.- Sin condena en costas en esta instancia, de conformidad con lo expuesto”.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

La presente controversia gira en torno a la nulidad de las resoluciones por las cuales Megabus S.A. declaró la caducidad y liquidó unilateralmente el contrato de concesión No. 001 de 2004, celebrado entre esa entidad y Promasivo S.A., con el objeto de prestar el servicio público de transporte masivo de pasajeros dentro del sistema integrado de transporte masivo del área metropolitana del Centro de Occidente – operación troncal y alimentadora del sistema Megabus, a partir de la cuenca Cuba.

Se afirma que Megabus S.A. no podía declarar la caducidad del contrato y exigir los perjuicios derivados de esa declaratoria a la sociedad SI 99 S.A., por cuanto, si bien para la época en que se celebró la propuesta y se celebró el contrato No. 001 de 2004, ésta era socia integrante de Promasivo S.A. y deudora solidaria del cumplimiento de las obligaciones contractuales, posteriormente SI 99 S.A. había enajenado sus acciones y, por ello se había extinguido la solidaridad en cuya virtud se le estaba requiriendo el pago de los perjuicios tasados en el acto de caducidad.

Adicionalmente, se aduce que los actos enjuiciados se expidieron con desconocimiento de las normas en que debían fundarse, con violación al debido proceso y falta de competencia.

2. Proceso radicado No. 2016-00458

2.1. La demanda

El 28 de julio de 2016 la sociedad Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., promovió demanda¹, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, contra la sociedad Megabus S.A., con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

¹ Folios 1 a 87 del cuaderno 1.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 19 del 9 de febrero de 2016, por medio de la cual Megabus S.A. declaró la caducidad del contrato 001 de 2004 y se declaró la ocurrencia de un siniestro, en los siguientes apartes (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

QUINTO: Cuantificar los perjuicios del incumplimiento grave en que ha incurrido el concesionario Promasivo S.A. en liquidación judicial en la suma de ONCE MIL TREINTA Y OCHO MILLONES CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$11.038'045.800).

SEPTIMO: Requerir a los representantes de las sociedades SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. y sociedad López Bedoya y asociados Cia. S en C, al pago de los perjuicios cuantificados en este acto administrativo, en su calidad de deudores solidarios de la sociedad Promasivo S.A. en liquidación conforme lo dispone el artículo 1571 del C.C., una vez quede en firme el presente acto administrativo.

2. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 20 del 9 de febrero de 2016, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición contra la anterior, en cuanto confirmó lo expuesto en los apartes transcritos.

3. Ordenar a Megabus S.A. que repare integralmente los daños de todo orden, a título de daño emergente y lucro cesante, actuales o futuros, causados a Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., con ocasión de la declaración de caducidad.

2.2. Hechos

2.2.1. Previo procedimiento de licitación pública, el 28 de noviembre de 2005, Megabus S.A. y Promasivo suscribieron el contrato de concesión No. 001 de 2004 para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros dentro del sistema integrado de transporte masivo del área metropolitana del Centro de Occidente – operación troncal y alimentadora del sistema Megabus, a partir de la cuenca Cuba.

2.2.2. En la parte final del contrato se precisó que también era suscrito “*de manera solidaria con el concesionario*”, por la sociedad Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A. y la sociedad López Bedoya y Asociados y Cía S. en C, que a su turno eran accionistas de Promasivo S.A.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

2.2.3. De conformidad con la cláusula 127 del negocio jurídico, se acordó que, durante los tres primeros años, contados a partir del inicio de la operación, el concesionario se obligaba a mantener vinculados a su capital o la composición económica a los propietarios señalados en su formato de acreditación de la participación. Dicha cláusula fue modificada en virtud del otrosí No. 5 al contrato, para que el cómputo de los tres años se produjera a partir de la firma de este instrumento y no de su inicio.

2.2.4. Entre el 14 de febrero de 2005 y el 3 de abril de 2009, Megabus S.A. y Promasivo S.A. suscribieron varios otrosíes al contrato de concesión, sin que a la suscripción de ese documento hubiera concurrido la firma del deudor solidario, Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A.

2.2.5. Desde agosto de 2009, la sociedad Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A. dejó de ostentar la calidad de accionista de Promasivo S.A. por virtud de la enajenación de sus acciones.

2.2.6. Entre el 24 de mayo de 2011 y 8 de septiembre de 2014 Megabus S.A. expidió varias resoluciones impositivas de multas en contra de Promasivo S.A., por incurrir en incumplimiento contractual y requirió a sus deudores solidarios, entre ellos SI 99 S.A., para el pago de las multas.

2.2.7. El 11 de septiembre de 2015, Megabus citó a SI 99 S.A. para que, en su condición de deudor solidario, asistiera a la audiencia de procedimiento sancionatorio y eventual declaratoria de caducidad del contrato 001 de 2004, frente a lo cual el convocado solicitó que se reprogramara la audiencia, puesto que no tenía conocimiento de lo acontecido respecto de las modificaciones contractuales, ni había sido partícipe de lo sucedido durante la ejecución.

2.2.8. Megabus S.A. no dio respuesta a la solicitud de aplazamiento, por lo que el 9 de octubre de 2015 se llevó a cabo la audiencia de procedimiento de imposición de sanciones, oportunidad en la que asistió SI 99 S.A. y solicitó la práctica de pruebas, las cuales fueron denegadas por Megabus.

2.2.9. Megabus fijó como fecha el 14 de diciembre de 2015 para proferir decisión de fondo.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

2.2.10. El 26 de noviembre de 2015 la Superintendencia de Sociedades, en sede jurisdiccional, profirió el auto 400-016033, mediante el cual decretó la apertura del proceso de liquidación judicial de Promasivo S.A.

2.2.11. Como consecuencia de lo anterior, el 10 de diciembre de 2015, Megabus S.A. expidió la Resolución No. 183, por la cual declaró la terminación anticipada del procedimiento sancionatorio, bajo la consideración de que no podía continuarlo tras haber perdido la competencia para decretar la caducidad, dado que el proceso de liquidación de Promasivo S.A. llevaba a la terminación de los contratos de tracto sucesivo en los que esta fuera parte.

2.2.12. El 15 de diciembre de 2015, la Superintendencia de Sociedades profirió un auto en cuya virtud autorizó la continuación del contrato y reconoció que las normas de insolvencia son de aplicación preferente, decisión que fue confirmada en auto del 7 de enero de 2016.

2.2.13. Con fundamento en lo anterior, Megabus S.A., a través de la Resolución No. 13 del 21 de enero de 2016, negó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 183 y aplicó la pérdida de fuerza ejecutoria de ese acto administrativo, para continuar con el procedimiento sancionatorio de caducidad iniciado antes del proceso de liquidación judicial del contratista.

2.2.14. Mediante Resolución No. 19 del 9 de febrero de 2016, Megabus S.A. declaró la caducidad del contrato No. 001 de 2004, declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, cuantificó los perjuicios en la suma de \$11.038'045.800 y requirió a las sociedades Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A. y López Bedoya y Asociados Cía. S en C. al pago de esos perjuicios, en calidad de deudores solidarios de la sociedad Promasivo S.A., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1571 del Código Civil.

2.2.15. La anterior decisión, luego de ser objeto de recurso de reposición, fue confirmada por Megabus S.A. mediante Resolución 20 del 9 de febrero de 2016.

2.3. Normas violadas y concepto de la violación

Señaló el demandante que las resoluciones acusadas vulneraron las normas que regulan la solidaridad, el perfeccionamiento de las modificaciones contractuales y el principio de relatividad.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Adujo que el contrato fue modificado en varias oportunidades sin intervención de SI 99 en su condición de deudor solidario, de tal suerte que no podía imponérsele su contenido para atender obligaciones derivadas de esos acuerdos de manera solidaria. Agregó que tal proceder desconocía el principio de relatividad de los contratos, puesto que SI 99 S.A. no fue parte de los documentos modificatorios.

Indicó que se transgredieron las normas sobre novación de las obligaciones, debido a que las modificaciones novatorias suscritas entre Megabus y Promasivo, sin incluir a SI 99, conllevaban a su liberación como deudor solidario, dado que no accedió a obligaciones nuevamente constituidas en los otrosíes.

Agregó que se produjo una renuncia tácita a la solidaridad cuando no se planteó la *“reserva especial de solidaridad”* en las modificaciones contractuales.

Explicó que se desconocieron las normas que consagran la caducidad del contrato, en razón a que Megabus conocía del incumplimiento del contratista mucho antes de su declaratoria y obró con diligencia y prontitud para evitar su parálisis.

Advirtió que se vulneraron las normas concursales de liquidación judicial de aplicación preferente.

Sostuvo que los actos acusados estaban viciados de falta de competencia por razón de la materia, por cuanto había parálisis del contrato desde el inicio del proceso sancionatorio y porque la entidad perdió la facultad para darlo por terminado, por existir orden ejecutoriada de la Superintendencia de Sociedades para continuarlo.

Consideró que la entidad no tenía potestad para tasar los supuestos perjuicios causados a Megabus, porque la afectación causada por el incumplimiento no se produjo en detrimento del concedente sino del sistema, a lo que agregó que solo se tuvieron en cuenta los ingresos del sistema de Megabus sin descontar los gastos.

Adicionalmente, expresó que los actos estaban viciados de nulidad por haber sido expedidos irregularmente, con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, con falsa motivación y con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

2.4. Por auto del 6 de diciembre de 2016, el Tribunal Administrativo de Risaralda admitió la demanda, ordenó la notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

2.5. Contestación de la demanda

Como se verá más adelante, en el curso de la audiencia inicial, el Tribunal observó que la contestación de la demanda presentada por Megabus no había sido acompañada del poder del apoderado que decía ejercer la representación de esa entidad, lo que llevaba a considerar no contestada la demanda.

3. Proceso radicado No. 2018-00173

3.1. La demanda

Este litigio inició con la demanda² presentada el 12 de junio de 2018 por la sociedad Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, contra la sociedad Megabus S.A., con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 164 del 15 de noviembre de 2016, por medio de la cual Megabus S.A. liquidó de manera unilateral el contrato de concesión número 001 de 2004, en los siguientes apartes

TERCERO: Tener como parte del monto de la liquidación unilateral del contrato, el valor establecido en el numeral quinto de la parte resolutive de la Resolución 019 de 2016, por medio (sic) por medio de la cual se declara la caducidad del contrato 001 de 2004 y se declara la ocurrencia de un siniestro, cuantificados los perjuicios del incumplimiento en que incurrió el concesionario Promasivo S.A. en liquidación judicial, en la suma de ONCE MIL TREINTA Y OCHO MILLONES CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$11.038'045.800,00).

2. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 204 del 22 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición contra la anterior, en cuanto confirmó el citado numeral.

3. Ordenar a Megabus S.A. que repare integralmente los daños de todo orden, a título de daño emergente y lucro cesante, actuales o futuros, causados a Sistema

² El 6 de julio de 2018 fue presentada reforma integral de la demanda, la cual fue rechazada por el Tribunal de primera instancia mediante auto del 13 de julio de 2018, decisión que fue confirmada en providencia del 24 de agosto de 2019. Folios 1.035 a 1.036 y 1.049 a 1.050 del cuaderno 6.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Integrado de Transporte SI 99 S.A., con ocasión de las declaraciones que preceden.

3.2. Los hechos

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora, además de reiterar los fundamentos fácticos expuestos en el proceso antes referido, narró los siguientes hechos relevantes:

3.2.1. El 15 de noviembre de 2016, Megabus expidió la Resolución 164, por medio de la cual liquidó unilateralmente el contrato No. 001 de 2004, trámite en el que no se vinculó a SI 99 S.A.

3.2.2. Megabus no notificó en debida forma la mencionada Resolución a SI 99 S.A. y, de manera errada, la consideró notificada por conducta concluyente.

3.2.3. El 21 de septiembre de 2017, SI 99 S.A. interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión, el cual fue rechazado mediante Resolución No. 204 del 22 de noviembre de 2017, aduciendo que la resolución impugnada había sido notificada a través de aviso, al cual, según la demandante, nunca tuvo acceso.

3.3. Normas violadas y concepto de la violación

Como apoyo jurídico de sus pretensiones, la parte demandante señaló que los actos acusados adolecían de nulidad por:

Infracción de las normas en que debieron fundarse, en relación con el deber de notificación de los actos administrativos previsto en los artículos 67 a 69 del CPACA, disposiciones que no fueron observadas al notificar la Resolución 164 del 15 de noviembre de 2016.

Agregó que se desconocieron las normas que regulan la liquidación de los contratos, por cuanto en ese documento no se incorporaron asuntos asociados al balance técnico y económico de las obligaciones, ni de los derechos a cargo o a favor de las partes. Además, introdujo cifras que no eran ciertas por encontrarse en discusión y no haber adquirido firmeza.

Falta de competencia temporal para liquidar. Adujo que Megabus había convocado a Promasivo a liquidar de mutuo acuerdo el contrato cuando estaban vencidos los cuatro meses y, más de cinco meses después de cumplido ese plazo, procedió a liquidarlo unilateralmente.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado Megabus S.A.
Referencia: 66207

Falsa motivación. Explicó que la resolución por la cual se había declarado la caducidad del contrato No. 001 de 2004 había sido demandada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuestión que se oponía a su firmeza e impedía que las sumas cobradas en el acto de liquidación como consecuencia de los perjuicios derivados de la caducidad no constituyeran sumas ciertas. Con base en estos mismos argumentos, indicó que se había configurado una desviación de poder de Megabus al actuar en forma arbitraria y en exceso de sus propias atribuciones.

Expedición irregular. Según el demandante, Megabus S.A. incurrió en varias anomalías en la formación de los actos demandados, aunque no se indicó en el libelo expresamente en qué consistían.

3.4. Actuación procesal

3.4.1. Por auto del 24 de agosto de 2018, el Tribunal Administrativo de Risaralda, admitió la demanda, ordenó la notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

3.5. Contestación de la demanda

La entidad accionada contestó la demanda dentro del término legal.

Como razones de la defensa, se refirió a los antecedentes de la celebración del contrato No. 001 de 2004 como a los sucesos ocurridos durante su ejecución en relación con el incumplimiento del contratista y el procedimiento sancionatorio adelantado en su contra.

Señaló que no existió voluntad del contratista para liquidar de mutuo acuerdo el contrato y que el acto de liquidación unilateral fue notificado al representante de Promasivo S.A.

Agregó que el acto de liquidación unilateral fue expedido en debida forma, sin violación de derecho alguno del contratista.

Presentó las excepciones de caducidad, cosa juzgada e indebido medio de control.

4. Acumulación de procesos



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Mediante auto del 1 de febrero de 2019, el Tribunal Administrativo de Risaralda decretó la acumulación del proceso número 2018-00173 al proceso con radicado 2016-00548³.

5. Audiencia Inicial

El 4 de julio de 2019 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, en la cual tuvo lugar la etapa de saneamiento.

Señaló que la contestación de la demanda allegada en el expediente 2016-00548 no sería tenida en consideración, por no haber sido adjuntado el poder del profesional del derecho que la suscribió en nombre de la entidad.

Precisó que, como medida de saneamiento, en aplicación de lo consagrado en el artículo 90 del CGP, debía dársele al proceso el trámite que correspondiera por lo que, pese a haberse invocado en ambas demandas el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el asunto debía resolverse desde el cauce del medio de control de controversias contractuales.

Al pronunciarse sobre la excepción de caducidad estimó que no estaba llamada a prosperar, toda vez que las demandas se habían interpuesto dentro de los dos años siguientes a la expedición de los actos demandados en cada uno de los procesos.

Frente a la excepción de cosa juzgada, explicó que, aun cuando existía un laudo proferido el 27 de octubre de 2006 por el tribunal de arbitramento convocado por Promasivo S.A. contra Megabus S.A., ciertamente en esa controversia se pretendió la declaratoria de incumplimiento del concedente, mientras que en este litigio se procuraba la nulidad del acto administrativo de caducidad y de liquidación unilateral, lo que evidenciaba la ausencia de identidad de partes y de causa. Por lo anterior declaró infundado el medio exceptivo.

Al fijar el litigio lo circunscribió a determinar la juridicidad de las resoluciones demandadas y el consecuencial derecho que le asiste a la sociedad demandante a la reparación integral del daño emergente y lucro cesante actual y futuro.

³ Folios 1.063 a 1.065 del cuaderno 7.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado Megabus S.A.
Referencia: 66207

Al pronunciarse acerca de las pruebas, decretó como tales los documentos allegados por las partes y ordenó librar los oficios solicitados y la exhibición de algunos documentos, negó la de otros y decretó los testimonios pedidos.

5.4. Etapa de pruebas

El 31 de octubre de 2019 se realizó la audiencia de pruebas, en la que se incorporaron al expediente los documentos allegados y se escucharon los testimonios ordenados. Se dejó constancia de que la entidad no allegó los documentos materia de exhibición, conducta que sería apreciada al momento de dictar sentencia.

5.5. Alegatos de conclusión

Al finalizar la audiencia de pruebas, el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. En el término concedido, la entidad demandada presentó su respectivo escrito de alegaciones, en el cual reiteró los argumentos expuestos en oportunidades procesales precedentes.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

5.6. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala Segunda de Decisión, en sentencia del 21 de febrero de 2020, resolvió el asunto en los términos transcritos al inicio de esta providencia.

Al abordar el fondo del asunto, señaló que la tipología del contrato objeto de controversia correspondía a una concesión celebrada entre Megabus S.A. con Promasivo S.A. -sociedad con objeto social único-, cuyo plazo de existencia en un principio era indefinido, pero que para el 30 de diciembre de 2016 se hallaba liquidada.

Afirmó que la responsabilidad de este tipo de sociedades se regía por las normas que regulaban los consorcios. Encontró acreditado que la sociedad Promasivo S.A. conformó su capital accionario con las sociedades Sistema Integrado de Transporte



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

SI 99 y López Bedoya y Asociados Cía. S en C, las que habrían de asumir las obligaciones contractuales de manera solidaria.

Indicó que ello no quería decir que Promasivo S.A. careciera de personalidad jurídica, ya que se regía por las normas propias de la sociedad comercial, pero, para efectos de la responsabilidad, se sujetaba a la solidaridad de las normas propias de los consorcios.

Adujo que no reposaba en el expediente el libro de acciones donde constara la enajenación de las pertenecientes a SI 99 S.A., al resto de integrantes de Promasivo S.A, sin perjuicio de lo cual precisó que, incluso de estar acreditada su venta, esta situación no afectaría la responsabilidad solidaria, por cuanto, además de originarse en la ley, también tenía génesis en el contrato.

En ese sentido señaló que, en principio, la posible venta de acciones de la SI 99 S.A. a los demás integrantes de Promasivo S.A. habría de conducir a la extinción de la obligación solidaria respecto de aquella para con la entidad concedente. Advirtió que, de cualquier manera, con la presentación de la propuesta se prestó la garantía solidaria de SI 99 S.A. en la que ésta se obligó a responder solidariamente por las obligaciones derivadas de la concesión, con lo cual esa solidaridad había adquirido, además, una fuente contractual.

Dicho esto, consideró que, si bien la obligación solidaria originada en la ley podría finalizar por la supuesta venta de acciones, lo cierto es que esta situación no afectaba ni impedía el cumplimiento de la obligación nacida en el contrato *-al suscribirse con garantía solidaria-* y emanada de la autonomía de la voluntad, en tanto la sociedad SI 99 S.A., al proponer y firmar el convenio, prestó su consentimiento con independencia del capital accionario que tuviera en Promasivo S.A., por lo se convirtió así en garante de la obligación y destinataria legítima de su cobro.

Con base en lo anterior, concluyó que SI 99 S.A. era deudora solidaria de Megabus S.A. por virtud del contrato No. 001 de 2004.

Planteado lo expuesto, estimó el *a quo* que las modificaciones u otrosíes al contrato no influyeron de manera sustancial en el acuerdo ni en las obligaciones contraídas al celebrar la concesión, de tal suerte que no era viable sostener que la garantía de



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

solidaridad hubiere desaparecido por tratarse de contratos diferentes al inicialmente suscrito que hubieran novado los compromisos originales.

Agregó que las obligaciones incumplidas *-falta de mantenimiento de flota e incumplimiento de salarios y prestaciones-*, que sirvieron de sustento para la declaratoria de caducidad, fueron pactadas desde la celebración del contrato primigenio y no fueron adicionadas ni incorporadas a través de la posterior suscripción de los otrosíes, lo que indicaba que la demandante conocía desde la celebración de la concesión, en calidad de deudor solidario, las obligaciones que se reputaron desatendidas en el acto de caducidad.

Añadió que Promasivo S.A era una persona jurídica facultada para suscribir las modificaciones contractuales y los otrosíes, sin que fuera necesario que cada uno de sus socios intervinieran en las actuaciones surtidas a lo largo de su ejecución.

Explicó que la solidaridad de sus socios ante la entidad no enervaba las facultades del representante legal de la sociedad, ni implicaba que sus gestiones no involucraran a la sociedad, pues esa era una interpretación contraria a lo dispuesto en el artículo 833 del Estatuto Mercantil.

Por lo anterior, no encontró que se hubieran vulnerado las normas en que debía fundarse el acto, por el hecho de no hallarse vinculada SI 99 S.A. en las adiciones del contrato, ya que los actos celebrados por la sociedad anónima Promasivo S.A. se llevaban a cabo a través de su representante legal, sin que fuera necesaria la participación de cada uno de sus socios.

En cuanto a la declaratoria de caducidad, el Tribunal observó que el demandante estructuraba su ilegalidad sobre la base de la excepción de contrato no cumplido, pues, en su criterio, la que incumplió las obligaciones negociales fue Megabus S.A.

Al respecto, el *a quo* estimó que ese incumplimiento no se encontraba demostrado, por cuanto las pretensiones que en ese sentido elevó Promasivo ante el tribunal de arbitramento fueron despachadas de manera desfavorable, cuestión que habilitaba a Megabus S.A. para declarar la caducidad del contrato.

Advirtió que la parálisis del servicio que motivó esa declaratoria se hallaba acreditada y fue desencadenada por el incumplimiento de Promasivo S.A. en el mantenimiento de la flota de buses y en el pago de salarios y prestaciones, lo cual



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

generó paros y cortes en la operación que concretaron la falta de continuidad en la prestación del servicio público.

Dicho esto, indicó que el hecho de que se hubiera presentado la parálisis del servicio no se podía alegar como una falta de competencia de la entidad para proferir la caducidad, habida cuenta de que el contrato se hallaba vigente al tiempo de su decreto y, ante la gravedad de su incumplimiento, era necesario adoptar un plan de contingencia a través de otros operadores que mantuvieran la continuidad en su prestación, siendo esto, por el contrario, un requisito que, lejos de despojar de competencia material a la entidad, habilitaba su declaratoria.

Por otra parte, aclaró que no se encontraba un vicio en la declaratoria de caducidad por la negativa de Megabus de aceptar una cesión del contrato, por cuanto no se demostró que su decisión fuera arbitraria o ajena a la realidad fáctica y jurídica y, menos, que la posible cesionaria contara con los requisitos técnicos y económicos para continuar con el contrato y superar la situación de incumplimiento.

En lo referente a la supuesta vulneración al debido proceso, afirmó que los fundamentos de hecho que motivaron el inicio del procedimiento sancionatorio fueron expuestos al contratista y sus garantes desde la citación a la audiencia de defensa, la cual sufrió varios aplazamientos por solicitud de pruebas, estudio de una posible cesión del contrato y la apertura del proceso de liquidación judicial. Por tal motivo no evidenció que se hubiera impedido, en términos de tiempo, contradecir y ejercer el derecho de defensa de Promasivo S.A. frente a los cargos formulados por Megabus S.A.

De ahí concluyó que la realización de manera concentrada de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 no vulneraba el derecho de contradicción de la demandante.

Acto seguido, se refirió al proceso de insolvencia de la sociedad Promasivo S.A., para determinar si ello impedía la declaratoria de caducidad. Sobre el particular precisó que el proceso adelantado por la Superintendencia de Sociedades frente a Promasivo S.A. fue de liquidación judicial y no de reorganización, por lo que debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 1116 de 2016 y no el artículo 21, referente al proceso de reorganización, que expresamente prohibía la declaratoria de caducidad del contrato administrativo.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Luego de analizar los hechos probados en relación con el proceso de insolvencia, observó que en el caso no se presentó restricción alguna por parte del juez concursal en relación con la potestad de caducidad que radicaba en Megabus S.A., pues lo que se limitó fue la posibilidad de terminarlo anticipadamente por el inicio del proceso de liquidación judicial, es decir, la inviabilidad de aplicar la causal de terminación contenida en la cláusula 95.1.

Indicó que, en tanto la Superintendencia de Sociedades había autorizado la continuación de la ejecución del contrato, bien podría la entidad ejercer la potestad de declarar su caducidad, dado que el contrato no finalizó por cuenta del proceso de intervención.

En lo atinente a la tasación de los perjuicios desencadenados por la caducidad que decretó la entidad en el acto administrativo demandado, el tribunal advirtió que en el contrato No. 001 de 2004 no se había fijado cláusula penal alguna.

Sumó a lo dicho que Megabus se limitó a tomar un número de pasajeros transportados en el año 2011 y lo comparó con el número de pasajeros movilizados en 2014 y 2015, para establecer una diferencia y multiplicarla por el valor del pasaje para esos años.

Al estudiar las cláusulas contractuales relativas al cálculo y pago de la participación de Megabus S.A. en el contrato, la primera instancia estimó que el perjuicio derivado del incumplimiento de Promasivo S.A. no se podía establecer de forma probable por una disminución en el número de pasajeros durante 2014 y 2015, ya que ese valor no reflejaba los egresos de la concedente fijados en el contrato.

Manifestó que Megabus S.A. no sufrió un perjuicio de más de once mil millones de pesos como lo estableció en el acto acusado, en la medida en que en el negocio jurídico se determinó como egreso a favor de la concedente una tarifa fija pactada de acuerdo con la participación económica de esa sociedad.

Por lo anterior estimó de recibo el argumento de la demandante en torno a la indebida tasación de los perjuicios, ya que se fijaron sobre la base de una proyección de pasajes que dejaron de venderse y no sobre la participación económica de Megabus señalada en la cláusula 62.4 del contrato.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Con apoyo en esas consideraciones, declaró la nulidad parcial del acto que declaró la caducidad, en lo que hace a los perjuicios tasados por Megabus S.A. en el numeral 5) de la parte resolutive de la Resolución 19 del 9 de febrero de 2016, confirmado en la Resolución No. 20 de la misma fecha.

Respecto de la nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato por falta de competencia temporal, adujo que, de acuerdo con las normas que regulan ese instituto, vencidos los cuatro meses para la liquidación bilateral y los dos meses para la unilateral, la facultad de liquidar el contrato se extendía durante los dos años subsiguientes, ya fuera bilateral o unilateralmente. En ese orden, consideró que, al haberse liquidarlo el acuerdo dentro los dos años de caducidad, el acto se produjo con competencia temporal.

Frente a la vulneración del derecho de audiencia y de defensa por no haber vinculado a SI 99 S.A. en la etapa liquidatoria, el fallador de primer grado se remitió a los argumentos expuestos en precedencia, en punto a la capacidad para actuar con que contaba la sociedad Promasivo S.A. en todas las etapas del contrato.

Dispuso la nulidad parcial del acto de liquidación unilateral, en cuanto a la inclusión que allí se hizo del monto de los perjuicios causados por la caducidad.

El *a quo* se abstuvo de condenar en costas por considerar que no estaba demostrada su causación y, además, porque en el caso prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda.

5.7. El recurso de apelación

La sociedad demandante, SI 99 S.A., presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, para lo cual expuso los siguientes cargos de inconformidad:

Adujo que en la sentencia no se realizó un análisis crítico de las audiencias llevadas a cabo en el procedimiento sancionatorio.

Agregó que tampoco se analizaron los efectos derivados de la falta de contestación de la demanda, en virtud de lo cual estaban demostrados los hechos susceptibles de confesión.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Señaló que el *a quo* omitió resolver los problemas jurídicos planteados, en tanto no dispuso la reparación integral del daño, consistente en el lucro cesante y el daño emergente, desencadenado por las nulidades declaradas y que no tuvo en cuenta que Megabus S.A. promovió demanda ejecutiva para cobrar las sumas contenidas en los actos acusados, lo cual implicó un perjuicio para SI 99 S.A.; por lo anterior, solicitó que se ordenara de manera inmediata la terminación del proceso ejecutivo en mención.

Argumentó que la sentencia no aplicó los efectos negativos ocasionados por la no exhibición de documentos por parte de Megabus S.A., relacionados con las diligencias de notificación del acto que liquidó unilateralmente el contrato.

Sostuvo que la negativa a condenar en costas por no hallarse demostradas no podía llevar a que se exonerara a Megabus S.A. del pago de las agencias en derecho en los procesos acumulados, atendiendo a los criterios fijados en el numeral 4) del artículo 366 del CGP. Con base ello, solicitó tasar las agencias en derecho para ambas instancias.

En cuanto a la ausencia de prueba de la enajenación de acciones, manifestó que en el proceso sí se encontraba acreditada dicha venta y, por tanto la extinción de la obligación solidaria, puesto que así se desprendía de las actas de la asamblea general de accionistas y el certificado emitido por el revisor fiscal de Promasivo, el que daba cuenta de la composición accionaria de la referida sociedad para la fecha de los hechos materia de debate.

Indicó que la obligación solidaria de SI 99 S.A. emanaba directamente de lo dispuesto en el numeral 2, del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, sin que pudiera afirmarse que tal obligación tenía un origen además contractual, pues lo que ocurría era que lo plasmado sobre ese punto en el contrato era consecuencia directa de lo estipulado por el legislador. De ahí explicó que la extinción de la solidaridad legal por la enajenación de las acciones conducía al fenecimiento de la solidaridad contractual, por tratarse de la misma.

Expresó que en el fallo no se realizó alguna consideración acerca del por qué no se requería la vinculación de SI 99 S.A. en los otrosíes del contrato No. 001 de 2004 y añadió que el contrato no podía modificarse sin la intervención o firma de esa sociedad, en calidad de garante o deudor solidario, máxime cuando en el caso no



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

había operado la reserva especial de solidaridad y por tanto aplicaba la renuncia tácita a la misma, en los términos del artículo 893 del Código de Comercio.

Reiteró que las decisiones acusadas desconocieron el derecho de audiencia y de defensa de la demandada y que el *a quo* no se pronunció respecto de la negativa de Megabus S.A. a practicar las pruebas solicitadas por SI 99 S.A. en el procedimiento sancionatorio, con lo cual se dejó de lado su posibilidad de controvertir los hechos en que se fundó el incumplimiento endilgado. Señaló que no era cierto que la audiencia hubiera sufrido aplazamientos debido a la petición de pruebas, dado que las únicas tenidas en cuenta fueron las aportadas por el ente sancionador. En ese sentido, censuró la labor del *a quo* por no valorar las grabaciones contentivas de las audiencias llevadas a cabo en el procedimiento sancionatorio, pruebas que, según afirmó, ni siquiera enlistó en la sentencia como parte del acervo probatorio.

Alegó que la decisión de declarar la caducidad le resultó intempestiva a SI 99 S.A., por no haber sido vinculado al procedimiento sancionatorio que le dio origen y que tampoco fue posible controvertir la motivación de no aceptar la cesión del contrato, porque, en realidad, Megabus S.A. no resolvió esta petición.

Adujo que en el proceso estaba demostrado que la potencial cesionaria ya había tenido acuerdos empresariales con Megabus S.A., situación que permitía deducir que contaba con la experiencia y la posibilidad de retomar la ejecución del contrato.

Insistió en que se habían vulnerado las normas del proceso concursal de liquidación de Promasivo, para lo cual hizo un recuento de lo acontecido en ese escenario en los mismos términos que fueron expuestos en la demanda.

Dijo que en la sentencia no se tuvo en cuenta que el objeto de la caducidad era evitar la paralización del servicio, mas no subsanar el cesa ya existente. Por contera, estimó que no podía adoptarse esa decisión para impedir una interrupción que ya se había presentado de tiempo atrás a su declaratoria y, en adelante, enlistó las pruebas que daban cuenta de la preexistencia de esa suspensión.

En relación con la ausencia de culpa del contratista para la declaratoria de caducidad, adujo que, si bien el tribunal de arbitramento falló negativamente las pretensiones de incumplimiento del demandante, lo cierto era que Promasivo S.A.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

venía reclamando reiteradamente la ruptura de la ecuación contractual, al punto de hallarse en curso una demanda ante el Tribunal de Risaralda con ese objeto de debate, lo cual no fue tenido en consideración en la sentencia recurrida.

Manifestó que, pese a que se demostró que la resolución que liquidó el contrato no fue debidamente notificada, el Tribunal de primer grado omitió pronunciarse sobre esa circunstancia y sobre los efectos que de allí se desprendían.

6. Actuación en segunda instancia

6.1. Inicialmente, el conocimiento del asunto en segunda instancia correspondió por reparto al despacho del magistrado José Roberto Sáchica Méndez, quien mediante escrito del 2 de diciembre de 2020, manifestó su impedimento para asumirlo, con fundamento en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 141 del Código General del Proceso.

6.2. En auto del 5 de marzo de 2021 se declaró fundando el impedimento manifestado por el magistrado José Roberto Sáchica Méndez.

6.3. Mediante providencia del 9 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

6.2. En decisión del 9 de noviembre de 2021, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado, las partes presentaron sus escritos de alegaciones, en los que, en esencia, reiteraron los argumentos que soportaron la causa y la contradicción.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales; **3)** cuestiones previas: **3.1)** la carga de sustentación del recurso de apelación; **3.2)** la falta de contestación de la demanda y exhibición de documentos por parte de Megabus; **3.4)**



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

régimen jurídico del contrato de concesión 001 de 2004; **4)** análisis de los cargos de la apelación: **4.1)** enajenación de acciones de SI 99 S.A. y su impacto en la responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de SI 99 S.A.; **4.2)** la falta de vinculación de SI 99 S.A. a las modificaciones contractuales; **4.3)** la vulneración del derecho de audiencia y de defensa en la expedición del acto de caducidad; **4.4)** la decisión de no ceder el contrato como mecanismo para evitar la declaratoria de caducidad; **4.5)** el proceso de liquidación judicial de Promasivo S.A. y la preexistencia de la parálisis en la prestación del servicio masivo como impedimento para declarar la caducidad; **4.6)** la configuración de la excepción de contrato no cumplido; **4.7)** la ausencia de reparación integral del daño; **4.8)** la nulidad del acto que liquidó unilateralmente el contrato de concesión No. 001 de 2004 basada en su indebida notificación; **4.9)** la nulidad parcial que debió declararse frente a los actos que resolvieron los recursos de reposición formulados contra las resoluciones que declararon la caducidad y liquidaron unilateralmente el contrato 001 de 2004 y **5)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado

A continuación, la Sala verificará su competencia para conocer del recurso de apelación:

Se tiene presente que el artículo 104⁴ de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), vigente a partir del 2 de julio de 2012, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para conocer, “*además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, (...) en los que estén involucradas las entidades públicas*”.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes a la nulidad de las resoluciones mediante las cuales Megabus S.A. declaró la caducidad

⁴ “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

“Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

“(…)”.

“2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

del contrato de concesión No. 001 de 2004 suscrito con Promasivo S.A. y, como consecuencia, lo liquidó unilateralmente.

En efecto, Megabus S.A.⁵ ostenta la naturaleza de entidad pública, por lo que, con sujeción a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 104 del CPACA, esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto.

También le asiste competencia a la Sala para tramitar la causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$11.038'045.800⁶, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V.⁷, exigida en la Ley 1437 de 2011, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2. Procedencia y oportunidad para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales

Observa la Sala que las pretensiones versan sobre nulidad de las resoluciones mediante las cuales Megabus S.A. declaró la caducidad del contrato de concesión No. 001 de 2004 suscrito con Promasivo S.A y lo liquidó unilateralmente, aspecto que, al tenor de los dictados del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, corresponde ventilarse a través del medio de control de controversias contractuales.

Para establecer la oportunidad de la interposición de la demanda, en principio, cabría precisar que, en cuanto los actos acusados son actos encadenados, debido a que la liquidación unilateral se profirió como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato de concesión, lo propio sería contar el término de la interposición desde la notificación de aquel; sin embargo, toda vez que las demandas con las que se persigue la nulidad de esos actos se formularon separadamente, al cabo de lo cual se acumularon, corresponde contar la caducidad de manera independiente frente a cada una de ellas.

⁵ **MEGABUS S.A.** es una sociedad por acciones constituida entre entidades públicas, de la especie de las anónimas, creada mediante acuerdo metropolitano N° 02 febrero 25 de 2003 y regida en lo pertinente por las disposiciones legales aplicables a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

⁶ Folio 3 del cuaderno 1.

⁷ Teniendo en cuenta que se trata de procesos acumulados, ha de advertirse que para la fecha de presentación de la demanda con radicado 2016-00458, 28 de julio de 2016, el salario mínimo mensual ascendía a \$689.455, por lo que 500 smmlv equivalían a \$344'727.500, mientras que para la fecha de presentación de la demanda con radicado 2018-00173, 12 de junio de 2018, el salario mínimo legal mensual vigente era de \$781.242, de suerte que 500 smmlv equivalían a \$390'621.000.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Así, frente al medio de control promovido en procura de la nulidad del acto que declaró la caducidad del contrato No. 001 de 2004, contenido en la Resolución No. 19 del 9 de febrero de 2016, proferida por MEGABUS S.A. y en la Resolución No. 20 del 9 de febrero de 2016, por la cual aquella fue confirmada en sede de reposición, en aplicación de la regla prevista en el primer inciso del literal j) del numeral 2) del artículo 167 de ese compendio legal, según la cual *“En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”*, se ha de tomar el día siguiente a la fecha en que se expidió la resolución 20 del 9 de febrero de 2016, por lo que los dos años habrían de vencerse el 10 de febrero de 2018.

Como la demanda se interpuso el 28 de julio de 2016, se concluye que su presentación se surtió dentro del término legal⁸.

Respecto del medio de control enderezado a lograr la declaratoria de nulidad de la Resolución 164 del 15 de noviembre de 2016 que liquidó unilateralmente el contrato 001 de 2004, confirmada mediante Resolución 204 del 22 de noviembre de 2017, debe tenerse en consideración la regla prescrita en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, de conformidad con la cual *“iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe”*.

Así pues, el cómputo en este caso iniciaba a correr el 23 de noviembre de 2017, lo que llevaba a que el vencimiento de los dos años se situara en el 23 de noviembre de 2019. Dado que la demanda se presentó el 12 de junio de 2018, emerge con claridad la oportunidad de su formulación⁹.

3. Cuestiones previas

3.1. La carga de sustentación del recurso de apelación

⁸ Lo anterior, sin perjuicio de la suspensión que el término de caducidad sufrió por cuenta del trámite de conciliación extrajudicial llevado a cabo ante la Procuraduría 37 Judicial II para Asuntos Administrativos desde el 26 de mayo de 2016 hasta el 14 de julio de 2016, fecha en la que se profirió la constancia de la Procuraduría en la que consta la ausencia de ánimo conciliatorio de las partes. Folio 107 del cuaderno 2.

⁹ Ha de tenerse en cuenta, además, que el mencionado término se suspendió entre el 22 de marzo y el 12 de junio de 2018, amén del trámite de conciliación extrajudicial que se adelantó ante la Procuraduría 38 Judicial para Asuntos Administrativos, declarado fallido por falta de interés en lograr un acuerdo.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Esta Subsección, de manera reiterada, ha considerado que el marco fundamental para la competencia del juez de segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la decisión recurrida, razón por la cual no basta con la simple interposición del recurso por la parte interesada, así como tampoco es suficiente la manifestación general de no estar conforme con la decisión impugnada, toda vez que quien tiene interés en que el asunto sea analizado de fondo en segunda instancia debe señalar cuáles fueron los yerros o desaciertos en los que incurrió el juez de primera instancia al resolver la *litis* planteada¹⁰.

De manera reciente, esta Subsección¹¹ consideró que la carga de sustentación que le corresponde cumplir a la parte recurrente no se satisface con la mera manifestación de inconformidad con el proveído impugnado, ni tampoco con la petición de que se revoque, pues lo que la ley exige es que se ataquen los fundamentos de hecho y/o de derecho que sirvieron de sustento a la providencia en el punto que se considere desfavorable a sus intereses, no solo porque la decisión sea contraria a la parte que interpone el recurso, sino porque en realidad existen razones o motivos -y así se indiquen en el respectivo escrito- que conduzcan a considerar que lo decidido en primera instancia no fue acertado.

Sobre el particular, la Sala estima conveniente traer a colación un pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en relación con la carga procesal de sustentar el recurso de apelación:

(...) cree la Corte que no pueda darse por sustentada una apelación, ni por ende cumplida la condición que subordina la admisibilidad de este recurso, cuando el impugnante se limita simplemente a calificar la providencia recurrida de ilegal, injurídica o irregular; tampoco cuando emplea expresiones abstractas tales como, 'sí hay prueba de los hechos' u otras semejantes, puesto que aquellos calificativos y estas expresiones, justamente por su vaguedad e imprecisión no expresan, pero ni siquiera implícitamente, las razones o motivos de la inconformidad del apelante con las deducciones

¹⁰ Ver, entre otras, las siguientes providencias proferidas por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación: (i) sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente 54.675; (ii) sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente 51.212; (iii) auto del 14 de octubre de 2015, expediente 48.502, C.P. Hernán Andrade Rincón y iv) sentencia del 9 de abril de 2014, expediente 27.550, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de diciembre de 2021, expediente 65.962, criterio reiterado por esta Subsección en sentencias del 4 de marzo de 2022, expediente: 53.376, C.P. José Roberto Sáchica Méndez y expediente: 66.390.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

lógico-jurídicas a que llegó el Juez en su proveído impugnado¹² (se destaca).

Bajo esta óptica, resulta claro que en el recurso de apelación deben exponerse las razones o los fundamentos de disenso con las consideraciones de la sentencia recurrida, en orden a que el superior jerárquico confronte el sustento de la decisión apelada con los argumentos de inconformidad planteados por la parte recurrente, máxime porque, se insiste, los reproches frente a la providencia impugnada son los que fijan la competencia del juez de segunda instancia, *“cuya función no puede ir al extremo de suponer las razones de inconformidad de la parte apelante frente a la sentencia y, por esa vía, de suplir las cargas que legalmente le han sido impuestas a ella”*¹³.

Tampoco basta para el efecto hacer una reiteración casi que automática de los fundamentos expuestos en oportunidades procesales precedentes, como en la demanda, en la contestación o en los escritos de alegatos, ejercicio a través del cual se busca simplemente sacar adelante su aspiración sin entrar a cuestionar de manera directa y concreta las razones en que se fundó la providencia recurrida que le resulta adversa al apelante.

En el presente asunto, la parte demandante apeló la sentencia con el fin de que sea revocada con sustento en múltiples argumentos, varios de los cuales no cumplen con la referida carga de sustentación, como se verá cuando se aborde el análisis de cada uno de ellos.

3.2. La falta de contestación de la demanda y exhibición de documentos por parte de Megabus S.A.

Recuerda la Sala que dos de los cargos del recurso de apelación apuntaron a censurar la decisión de primera instancia, por no haber derivado las consecuencias procesales del hecho de que la entidad demandada no hubiera contestado la demanda y no hubiera exhibido documentos decretados como prueba en la etapa respectiva.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de 30 de agosto de 1984, Gaceta Judicial No. 2415, M.P. Humberto Murcia Ballén. Este pronunciamiento fue citado en la sentencia del 19 de junio de 2020, expediente 49.572, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia de la magistrada María Adriana Marín.

¹³ Ibidem.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Al respecto, la Sala observa que en la audiencia inicial llevada a cabo el 4 de julio de 2019¹⁴, el tribunal de primera instancia advirtió que en el proceso con radicado 2016-00548, el profesional del derecho que decía representar a Megabus S.A. no había allegado el poder que le fue otorgado para actuar, circunstancia que llevó al *a quo* a considerar que tal falencia implicaba que no fue contestada la demanda en ese asunto, sin perjuicio de que pudiera intervenir en la audiencia en relación con el proceso No. 2018-00173, en cuyas piezas sí obraba el respectivo poder.

De otro lado, se evidencia que, al decretar las pruebas solicitadas por la parte actora, se ordenó a Megabus S.A. que exhibiera los siguientes documentos que obraban en su poder: **i)** copia auténtica del aviso fijado el 13 de enero de 2017, mediante el cual se notificó a SI 99 de la Resolución No. 164 de 2016, en la que se liquidó unilateralmente el contrato de concesión 001 de 2004; **ii)** constancia de fijación y desfijación del mencionado aviso; **iii)** certificación del área de sistemas del referido aviso publicado en la página electrónica de Megabus; **iv)** constancia de la publicación del aviso.

En la audiencia de pruebas practicada el 31 de octubre de 2019, el tribunal indagó a la apoderada de Megabus S.A. para que allegara la documentación objeto de exhibición, a lo cual contestó que no contaba con dicha documentación.

Frente a lo anterior, la apoderada de la parte actora solicitó la aplicación del artículo 267 del C.G.P., ante lo cual el *a quo* precisó que la conducta asumida por la entidad demandada respecto de la orden de exhibición documental sería analizada al momento de proferir el fallo.

No se observa que en la sentencia de primera instancia se hubiera hecho referencia a la falta de contestación de la demanda, como tampoco a la ausencia de exhibición de la prueba documental.

En este contexto, la parte actora pretende que en esta instancia se deriven las consecuencias procesales que las mencionadas omisiones habrían de desencadenar, las que, en su criterio, acarrearían estimar como ciertos los hechos susceptibles de confesión.

¹⁴ Folios 1.071 a 1.077 del cuaderno 7.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Sobre el particular cabe poner de presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 del Código General del Proceso, la falta de contestación de la demanda hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.

Una consecuencia similar establece el mismo estatuto en su artículo 267, frente a la renuencia a acatar la orden de exhibición de documentos, al disponer que

“Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, o en la diligencia en que ella se ordenó, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale.

Como se aprecia, la norma procesal general consagra la misma consecuencia para aquellos eventos en los que no se conteste la demanda, *-lo cual debe entenderse igualmente para los casos en que se declare no contestada-* y cuando no se exhiban los documentos ordenados sin que se allegue prueba justificativa de su renuencia.

Sin embargo, las referidas disposiciones legales no pueden examinarse de manera aislada o desligada del artículo 195 del mismo compendio, en cuanto señala que *“No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas”*.

La anterior previsión impide que se asuman como ciertos los hechos susceptibles de confesión cuando la parte contra los que se aducen sea una entidad pública. En ese caso, el efecto de la renuencia a la exhibición de documentos o la ausencia de contestación de la demanda consistirá en que tales omisiones eventualmente habrán de constituir un indicio en su contra.

En armonía con lo anterior, la posibilidad de apreciar las conductas procesales como un indicio en contra de la parte renuente tampoco puede llevar a considerar que por cuenta de tal omisión se deba indefectiblemente acceder a las pretensiones de la demanda, como lo sugiere el recurrente, pues tal proceder iría en contravía de la regla plasmada en el artículo 167 del Código General del Proceso, a cuyo tenor se



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

consagra “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

De ahí que el hecho de que exista un indicio en contra de la entidad por la omisión de sus deberes procesales no releva a la parte de su carga de probar los hechos en los cuales funda sus pretensiones y, por esta razón será su valoración en conjunto, en consonancia con la presencia del mencionado indicio, la que determine el rumbo de las súplicas invocadas.

3.4. Régimen jurídico del contrato de concesión 001 de 2004

En orden a resolver los cargos de apelación asociados al fondo del asunto, la Sala estima necesario referirse al régimen jurídico que gobernó el contrato origen de la controversia.

En ese sentido se advierte que Megabus S.A. es una sociedad por acciones constituida entre entidades públicas del orden municipal, de la especie de las anónimas, creada mediante acuerdo metropolitano N° 02 febrero 25 de 2003 y regida en lo pertinente por las disposiciones legales aplicables a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Su objeto social consiste en ejercer la titularidad sobre el Sistema Integrado de Transporte Masivo de pasajeros del Área Metropolitana Centro Occidente, que sirve a los municipios de Pereira, Dosquebradas y La Virginia y sus respectivas áreas de influencia.

El contrato 001 de 2004 guarda relación con el objeto social de Megabus S.A., por lo que se encuentra regido por la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, en los términos del artículo 93 de la Ley 489 de 1998¹⁵.

En efecto, el objeto del contrato de concesión 001 celebrado el 22 de julio de 2004 entre Megabus S.A. y Promasivo S.A. consistió en otorgarle a este último la explotación del servicio público de transporte masivo en las troncales del sistema Megabus, actividad de la cual se desprende la relación directa entre el negocio

¹⁵ “Artículo 93. Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales”.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

jurídico en mención y la actividad que de manera principal desarrolla la entidad estatal en cumplimiento de su cometido misional.

Como consecuencia, el régimen aplicable a la relación negocial bajo estudio es el contenido en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

4.1. La enajenación de acciones de SI 99 S.A. y su impacto en la solidaridad de esta sociedad en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato

Se recuerda que, con el propósito de establecer la existencia de obligaciones solidarias en el cumplimiento del contrato 001 de 2004 en cabeza de la sociedad SI 99 S.A, integrante de la concesionaria Promasivo S.A., el tribunal de primera instancia previamente consideró que la concesionaria era una sociedad con objeto único, por lo que su responsabilidad se asemejaba a la de los consorcios, en la que sus socios respondían de forma solidaria en el cumplimiento de las obligaciones y sanciones proferidas en el marco del contrato estatal.

Dicho esto, se refirió a la acreditación sobre la enajenación de acciones que SI 99 S.A. supuestamente hizo al resto de sus socios, estudio al final del cual concluyó que la mencionada venta no estaba acreditada en el proceso y que, aun de estarlo, esa circunstancia tampoco rompía la solidaridad predicada de SI 99 S.A.

A la anterior conclusión arribó tras considerar que en este caso la solidaridad de SI 99 S.A en el cumplimiento de las obligaciones del contrato emanaba no solo de la ley, sino que también tenía fuente contractual.

En cuanto a la ausencia de prueba de la enajenación de acciones, el recurrente manifestó que en el proceso sí se encontraba acreditada dicha venta y, por tanto, la extinción de la obligación solidaria, puesto que así se desprendía de las actas de la asamblea general de accionistas y el certificado emitido por el revisor fiscal de Promasivo S.A., que daba cuenta de la composición accionaria de la referida sociedad para la fecha de los hechos materia de debate.

Agregó el recurrente que la obligación solidaria de SI 99 S.A. emanaba directamente de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, sin que pudiera afirmarse que tal obligación tenía un origen además contractual, pues lo que ocurría era que lo plasmado sobre ese punto en el contrato era consecuencia directa de lo



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

estipulado por el legislador y adujo que la extinción de la solidaridad legal por la enajenación de las acciones conducía a la extinción de la solidaridad contractual por tratarse de la misma fuente.

Para decidir el argumento de la apelación, la Sala empieza por referirse a la creación de Promasivo S.A, la persona jurídica que fungió como concesionaria dentro del negocio 001 de 2004.

De acuerdo con la escritura pública No. 0302 del 9 de febrero de 2004¹⁶, otorgada en la Notaría Sexta del Círculo de Pereira, Promasivo S.A. se constituyó en sociedad comercial de la especie de las anónimas, con el objeto de la prestación del servicio de transporte de terrestre masivo, mediante su participación en el sistema de concesiones, por lo que quedaba facultada para participar en las licitaciones que se abrieran con esa finalidad y de resultar adjudicataria, suscribir y ejecutar los contratos de concesión, de conformidad con los resultados de la licitación.

Adicionalmente, en el instrumento de su conformación se dejó constancia de que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores)

“en razón de las obligaciones derivadas de la prestación del servicio de transporte masivo por concesión, La responsabilidad de los socios/accionistas de la presente sociedad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993 para los consorcios. En consecuencia, los socios/constituyentes, o aquellos que los sustituyan en todo o en parte mediante la cesión o transferencia de su participación, responderán solidariamente por todas y cada una de las obligaciones y sanciones derivadas de la propuesta y el contrato de concesión, de manera que las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que la conforman”.

Posteriormente, al presentar la propuesta para participar en la licitación que dio origen a la celebración del contrato 001 de 2004, en el anexo 1 del formato de presentación de la propuesta se expresó que la sociedad Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A. quedaba obligada solidariamente al contrato de concesión¹⁷.

Igualmente, en la sección D del anexo 1 del formato de presentación de la propuesta, el representante legal del Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A. indicó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores)

¹⁶ Folios 1099 a 1135 del cuaderno 7.

¹⁷ Folio 1.158 del cuaderno 7.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

“por medio del presente manifiesto, incondicional e irrevocablemente que el integrante [SI 99 S.A.] se obliga a suscribir el contrato de concesión objeto de la Licitación Pública No. 001 de 2003 convocado por Megabus S.A. de que el proponente resulta ser adjudicatario, como obligado solidario bajo dicho contrato.

“El compromiso que aquí se adquiere por el integrante se encuentra sometido única y exclusivamente a la condición suspensiva de que el mencionado proponente resulte adjudicatario de cualquiera de los contratos de concesión licitados bajo la licitación pública No. 001 de 2003 convocada por Megabus S.A. y que en virtud de ello celebre dicho contrato de concesión”¹⁸.

Se observa que, al celebrar el contrato de concesión No. 001 de 2004, su texto fue suscrito no solo por Promasivo S.A. sino por sus socios integrantes, entre ellos SI 99 S.A., en condición de deudores solidarios.

Con base en lo anterior, la Sala considera acertado el planteamiento del *a quo*, en cuanto estimó que la conformación de Promasivo S.A. respondió a la intención de dar origen a una sociedad con objeto único y, en aplicación de lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, asemejó su responsabilidad a la de los consorcios, pues, aun cuando, según quedó plasmado en la escritura, se creó de forma genérica para participar en licitaciones en las que se adjudicaran contratos de concesión para la prestación del servicio de transporte masivo, ello no desnaturaliza la correspondencia entre la exclusividad de su objeto, con aquel que identificó el contrato de concesión 001 de 2004, al que ya se hizo referencia.

En relación con este tópico, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado reflexionó:

Ahora bien, en cuanto hace a la posibilidad de que la finalidad de la sociedad anónima constituida se hubiera modificado porque al momento de elevar la promesa a escritura pública se incluyó en la cláusula correspondiente al “objeto”, adicionalmente la expresión “y la participación en licitaciones y/o concursos tendientes a la contratación de obras por el sistema de concesión y/o cualquier otro sistema”, no significa en criterio de esta Sala que dicha estipulación la excluya del ámbito de las sociedades de objeto único a que se refiere el párrafo 3o. del artículo 7o., por cuanto tal adición no enuncia una actividad diferente de la indicada como objeto principal, sino una forma de ofrecer servicios comprendidos en el objeto social, el cual según el artículo 99 del Código de Comercio apunta a los actos relacionados con la actividad de la empresa, que permiten ejercer los derechos o cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivados de su existencia. Por lo demás el artículo 110-4 del mismo Código considera el objeto social como la empresa o negocio de la sociedad, con una enunciación clara y completa de las actividades principales.

¹⁸ Folio 1.154 del cuaderno 7.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Por tanto, en el evento de conformarse una sociedad en cualquiera de las formas previstas en la ley con el único objeto de presentar la oferta, celebrar y ejecutar el contrato de concesión, o de presentar la oferta bajo la figura de promesa de contrato de sociedad sujeta a la condición de adjudicación, la responsabilidad de la misma y sus efectos serán los previstos en la ley 80 para los consorcios, esto es, responderán solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato; y las actuaciones, hechos u omisiones que se presenten en desarrollo de aquélla y de éste afectarán a todos los miembros que la integren¹⁹.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que la generalidad del objeto de la sociedad impide catalogarla como sociedad de objeto único, de cualquier forma, es claro que en el acto de su creación sí se puso de presente que la responsabilidad de sus socios se manejaría de la misma manera en la que se gestiona la responsabilidad en el evento de los consorcios, figura definida en el numeral 6° del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 de la siguiente manera:

Consortio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

Establecido lo anterior, en atención a que la concesionaria Promasivo S.A. tomó la forma de una sociedad anónima, cuyo capital estaba compuesto por acciones y de ella hizo parte integrante la sociedad SI 99 S.A., respecto de la cual se discute la ausencia de solidaridad de las obligaciones contractuales por cuenta de la supuesta venta de sus acciones, a efectos de determinar el procedimiento de enajenación de acciones aplicable en este caso, resulta necesario remitirse a las normas ordinarias contenidas en el Código de Comercio y, en particular, a las que regulan la actividad de ese tipo societario.

El artículo 403 del Código de Comercio consagra el principio de libre negociabilidad de las acciones, con excepciones relativas a: **i)** las acciones privilegiadas²⁰; **ii)** las comunes frente a las cuales se pactó derecho de preferencia²¹; **iii)** las de industria

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 4 de septiembre de 2000, Rad. 1283, M.P. Augusto Trejos Jaramillo.

²⁰ Aquellas que, además de los derechos contemplados en el artículo 379, otorgan al accionista algunos privilegios atinentes a su reembolso en caso de liquidación, la destinación de utilidades y otras prerrogativas económicas. En este caso, se deberá cumplir lo dispuesto sobre el particular.

²¹ En este evento, en la negociación de las acciones deberá agotarse el derecho de preferencia, si fue estipulado en los estatutos.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

no liberadas²² y; **iv**) las gravadas con prenda²³. Además, según el artículo 407 *ejusdem* (inciso 2°), si la sociedad tiene inscritas sus acciones en bolsas de valores, cualquier cláusula de restricción a su libre negociabilidad se tendrá por no escrita.

Igualmente, al tenor de lo previsto en el artículo 409 *ejusdem*, las acciones cuya inscripción en el registro haya sido cancelada o impedida por orden de autoridad competente no pueden enajenarse.

Así, de conformidad con el principio antes mencionado, y como lo prevé el artículo 406 de tal codificación, para realizar la enajenación de acciones nominativas basta el simple acuerdo de las partes; sin embargo, a renglón seguido se prescribe que, para que esta operación surta efectos frente a la sociedad y frente a terceros, se requiere la respectiva inscripción en el libro de registro de acciones²⁴ mediante orden escrita del enajenante, la cual puede efectuarse con endoso sobre el título corporativo.

En consonancia con lo dicho, en la misma norma se estatuye que, antes de hacer la nueva inscripción y expedir el título correspondiente, previamente deben cancelarse los títulos expedidos al tradente. Al lado de ello, con apego a lo dispuesto en el artículo 416 *ejusdem*, la sociedad no puede negarse a hacer esta inscripción, salvo que: **i**) medie orden de autoridad competente; o **ii**) la negociación de las acciones esté sometida, en cada caso, a requisitos o formalidades que no se hayan cumplido.

Respecto de este asunto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia²⁵ ha afirmado que “*en las sociedades por acciones rige el principio de la libre enajenación de los títulos de participación, o lo que es lo mismo, los actos contractuales sobre las acciones son consensuales*” (se resalta) y que “*la negociación de las acciones se puede llevar a cabo mediante cualquiera de las modalidades que comportan la enajenación de dichos títulos corporativos, tales como la donación, la permuta o la compraventa*”.

²² En este supuesto, tales acciones pueden negociarse solo con autorización de la junta directiva o de la asamblea general.

²³ En este escenario, para negociar las acciones se requiere la autorización del acreedor prendario.

²⁴ Exigencia ratificada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de agosto de 2018, expediente: 05001-31-03-010-2011-00338-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2013. Expediente: 11001-3103-023-1997-04959-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

En esa dirección, la Alta Corporación ha precisado, además, que, en el contexto específico de una compraventa de acciones, *el título* se materializa en el respectivo contrato, el cual, como se explicó, se perfecciona por el simple acuerdo de las partes, al paso que *el modo* se concreta con la tradición de las acciones, lo que normalmente se realiza por endoso.

Sumado a lo anterior, ha aclarado que la inscripción del adquirente en el libro de registro de accionistas “no afecta el modo porque el objeto de esta formalidad es que la cesión produzca efectos frente a la sociedad y a terceros (artículo 406 ejusdem)”²⁶.

Corolario de lo anterior, resulta viable concluir que la enajenación de acciones de la sociedad anónima se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre el vendedor y el comprador, mientras que la eficacia de ese negocio jurídico, o mejor, su producción de efectos frente a terceros y frente a la misma sociedad, solo se logrará a través de la respectiva inscripción en el libro del registro de acciones.

La ausencia de la prueba de la respectiva inscripción en el libro del registro de acciones fue lo que llevó al tribunal de primera instancia a concluir que no se había demostrado la venta de las acciones que SI 99 S.A. tenía en Promasivo S.A., sobre lo cual cabe precisar que la falta de ese documento no se traduce en la inexistencia del contrato de enajenación de acciones.

La consecuencia de esa falencia consiste en que, no obstante obrar otros medios de prueba que apunten a la existencia del acuerdo de voluntades, de lo que no hay evidencia es de que ese acto hubiera producido efectos frente a Promasivo S.A. y menos frente a Megabus S.A. o lo que es lo mismo, le hubiere resultado oponible.

Es de resaltar que la ausencia del libro de registro de acciones en el que conste la inscripción de la enajenación de acciones por parte de SI 99 S.A. no fue una circunstancia que hubiera sido controvertida por la parte que recurre en apelación, dado que su argumento se centró en señalar que dicha venta estaba probada con las actas de la asamblea general de accionistas y el certificado emitido por el revisor de Promasivo S.A., que daba cuenta de la composición accionaria de la referida sociedad para la fecha de los hechos materia de debate.

²⁶ *Ibíd.*



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Como se advirtió, la presencia de tales documentos en el expediente no es suficiente para afirmar que la venta de las acciones de SI 99 S.A. hubiera surtido efectos frente a Megabus S.A.

Las anteriores conclusiones están llamadas a impactar de manera directa la solidaridad que se predicó de SI 99 S.A. como socio integrante de Promasivo S.A. para el cumplimiento del contrato No. 001 de 2004 durante el término de su ejecución y para la fecha en que se expidieron los actos administrativos materia de censura, solidaridad que tuvo fuente en lo dispuesto en el ordinal primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, vigente para ese momento²⁷, y que fue expresamente incorporada en la escritura pública de conformación de la sociedad concesionaria, en la propuesta y en el contrato.

Ciertamente, el hecho de que la enajenación de acciones no hubiera surtido efectos frente a Megabus S.A. aparejaba al tiempo la circunstancia de que, frente a esta entidad, la solidaridad contraída por SI 99 S.A. como socio integrante del concesionario, para el cumplimiento de las obligaciones negociales, se mantuviera inalterada y, por tal virtud, fuera válido acudir a ella en exigencia de la satisfacción de los compromisos o sanciones contractuales²⁸.

Ello es así, además, no solo porque la enajenación de acciones realizada por SI 99 S.A no le habría de resultar oponible a Megabus S.A., sino por cuanto la solidaridad contraída para el cumplimiento de las obligaciones contractuales subsistiría aun en el caso de que la venta tuviera eficacia frente a terceros.

²⁷ Se precisa que la norma que se cita fue modificada por artículo 3 de la Ley 2160 de 2021, norma que mantuvo la definición de los consorcios en el ordinal sexto del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, así:

“6). Consorcio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman”.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 11 de enero de 2000, exp. 5208, M.P. Manuel Ardila Velásquez: *“Bien se conoce, ciertamente, que la solidaridad pasiva tiene como rasgo característico el que todos y cada uno de los obligados responden por el total de la deuda; es decir, que a los ojos del acreedor cada deudor responde como si fuera el único que se encuentra en la parte pasiva del vínculo obligacional. Es por esto que la solidaridad constituye una caución para el acreedor; pues así se le garantiza que ningún obligado pueda pretextar que la deuda sea dividida. Trátese, entonces, de la quintaesencia misma de la solidaridad, al punto de que donde se diga obligación solidaria se dice al propio tiempo que para el acreedor todos los obligados son iguales, y a cualquiera puede perseguir por la obligación entera. El acreedor los mira a ras: sencillamente todos son codeudores. No interesa si los deudores reportan beneficio económico de la negociación, o no”.*



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Al examinar el evento de la enajenación de las cuotas partes o acciones de uno de los miembros de la sociedad contratista cuando estos hubieran asumido el cumplimiento del acuerdo en forma solidaria, la Sala de Consulta y Servicio Civil consideró:

Dicha responsabilidad solidaria se genera por las actuaciones, hechos y omisiones relacionados con las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. (...) Por tanto, si durante el desarrollo de la propuesta o el contrato adjudicado uno o varios socios de la sociedad constituida transfieren sus partes de interés, cuotas o acciones en ella a un tercero, dicho socio o socios no quedan por ese hecho liberados de la responsabilidad solidaria, por cuanto ella tiene su fuente en la ley, y no es en relación con las obligaciones que emanan del contrato de sociedad sino de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato, a las cuales quedan ligados los socios desde el momento en que suscriben el documento de intención²⁹.

Surge con nitidez que, con independencia de la enajenación de acciones e incluso de la eficacia que hubiera podido producir dicho acto, la solidaridad que recaía sobre el socio de la concesionaria no habría de extinguirse, en tanto al presentar la propuesta y suscribirse el contrato, cada uno de los miembros de Promasivo S.A. vincularon expresamente su voluntad de cumplir solidariamente las obligaciones emanadas del acuerdo en los términos previstos en el ordinal primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, de manera incondicional e irrevocable y sujeta de manera exclusiva a que Promasivo S.A. resultara adjudicatario de la licitación No. 001 de 2003 y no a que sus miembros mantuvieran su calidad de socios.

En atención a las consideraciones trazadas, los cargos de la apelación que se resuelven en este acápite no están llamados a prosperar.

4.2. La falta de vinculación de SI 99 S.A. a las modificaciones contractuales

Otro de los argumentos de la apelación consistió en reprochar el fallo de primera instancia porque, en criterio del apelante, no se realizó alguna consideración acerca del por qué no se requería la vinculación de SI 99 S.A. en los otros ítems del contrato No. 001 de 2004 y añadió que el contrato no podía modificarse sin la intervención o firma de esa sociedad como deudor solidario, máxime cuando en el caso no había operado la reserva especial de solidaridad y por tanto, en los términos del artículo 893 del Código de Comercio, aplicaba la renuncia tácita a la misma.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 17 de mayo de 2001, rad. 1346, C.P. César Hoyos Salazar.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Para resolver este punto, se advierte por la Sala que, contrario a lo sostenido por el recurrente, el fallador de primer grado sí se refirió a la falta de necesidad de vinculación de SI 99 S.A. en los actos de modificación del contrato de concesión No. 001 de 2004, al cabo de lo cual decidió que no resultaba necesario que la referida persona jurídica concurriera a su suscripción, consideración que se estructuró sobre la base de dos argumentos principales:

En mérito del primero, el *a quo* estimó que las modificaciones u otrosíes al contrato no influyeron de manera sustancial en el acuerdo ni en las obligaciones iniciales contraídas al celebrar el contrato de concesión, de tal suerte que no era viable sostener que la garantía de solidaridad hubiere desaparecido por tratarse de contratos diferente al inicialmente suscrito o por haberse novado sus obligaciones.

En ese punto sumó que las obligaciones incumplidas *-falta de mantenimiento de flota e incumplimiento de salarios y prestaciones-* que sirvieron de sustento para la declaratoria de caducidad fueron pactadas desde la celebración del contrato primigenio y no fueron adicionadas ni incorporadas a través de la posterior suscripción de los otrosíes, lo que indicaba que la demandante conocía desde la celebración de la concesión, en calidad de deudora solidaria, las obligaciones que se reputaron desatendidas en el acto de caducidad.

El segundo argumento estribó en que Promasivo S.A era una persona jurídica facultada para suscribir las modificaciones contractuales y los otrosíes, sin que fuera necesario que cada uno de sus socios intervinieran en las actuaciones surtidas a lo largo de su ejecución.

Explicó que la existencia de la solidaridad de sus socios para cumplir las obligaciones negociales no enervaba las facultades del representante legal de la sociedad, ni implicaba que sus gestiones no involucraran a la sociedad como a cada uno de sus socios, pues esa interpretación se apartaría de lo dispuesto en el artículo 833 del Estatuto Mercantil.

Como se aprecia, a diferencia de lo afirmado por el recurrente, el Tribunal sí se refirió de manera expresa y sustentada a la falta de vinculación de SI 99 S.A. a las modificaciones contractuales, con exposición de las razones fácticas y jurídicas que llevaron a desatender el cargo de la demandante.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Cuestión distinta es que pretendiera apartarse de ellas y desconocerlas bajo el argumento de que no hubo pronunciamiento sobre ese tópico. Esto desencadena, a su turno, una ausencia total de sustentación de la apelación frente a la falta de vinculación de SI 99 S.A. a las modificaciones del contrato.

Ahora, de admitir que la sustentación en este punto se contrajo únicamente al argumento según el cual no era dado modificar el contrato sin la intervención del deudor solidario, por cuanto no había operado la reserva especial de solidaridad y, por tanto, en los términos del artículo 893 del Código de Comercio, aplicaba la renuncia tácita a la misma, cabe precisar lo siguiente:

El artículo 893 del Código de Comercio contempla expresamente:

“RESERVA DE NO LIBERAR AL CEDENTE. Si el contratante cedido hace la reserva de no liberar al cedente, al autorizar o aceptar la cesión o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor.

Se advierte que la disposición legal invocada por el recurrente regula los efectos que se presentan frente a la cesión de un contrato y no frente a la enajenación de acciones de una sociedad, que es el evento que ocupa la atención de la Sala.

Sin perjuicio de lo dicho, si lo que sugiere el demandado es que esa es la misma regla que se aplica para la venta de enajenación de acciones, no evidencia la Sala el fundamento normativo en que soporta su dicho.

Sin embargo, aun en el evento de que resultara acertado su planteamiento en cuanto a la aplicabilidad de ese precepto en el caso concreto, ello no alteraría el hecho de que, de cualquier modo, la enajenación de acciones que habría realizado SI 99 S.A., al no probarse su inscripción en el registro de accionistas, acarreó la consecuencia prevista en el artículo 901 del Estatuto Mercantil, con arreglo a la cual *“Será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija”*.

Se sigue de lo dicho que Megabus S.A., al margen de que el perfeccionamiento de ese negocio se hubiera surtido con reserva de no liberación o sin reserva del



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

comprador al vendedor, bien podía exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales al deudor solidario, tras no resultarle oponible esa venta.

Con independencia de lo expuesto, y con apoyo en el principio constitucional que impone la prevalencia de la sustancia sobre la forma, de considerar que el demandante incurrió en una imprecisión técnica involuntaria al invocar el artículo 893 del Estatuto Mercantil y que su intención era ampararse en lo dispuesto en el artículo 1573 del Código Civil, que establece la figura de la renuncia tácita o expresa a la solidaridad³⁰, la Sala considera pertinente puntualizar:

³⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. Régimen General de las Obligaciones. Octava edición. Editorial Temis. 2014. Página 251.

393. *EXTINCIÓN DE LA SOLIDARIDAD PASIVA. LA RENUNCIA DEL ACREEDOR.*-La solidaridad se extingue por la renuncia del acreedor, según las reglas consagradas en el artículo 1573 del Código Civil. Puede ser esta expresa o tácita. Es expresa cuando el acreedor manifiesta en términos explícitos que renuncia a dicho beneficio en favor de alguno o de todos los codeudores. Es tácita cuando la conducta del acreedor permite inferir inequívocamente su voluntad de renunciar a la solidaridad, como cuando exige o recibe de cada codeudor su correspondiente cuota en la deuda, sin hacer reserva especial de sus derechos (*ibídem*).

PÉREZ VIVES, ÁLVARO. Teoría General de las Obligaciones, Volumen III Parte Segunda. Cuarta edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2012. Páginas 115 y 116.

352. *EXTINCIÓN DE LA SOLIDARIDAD PASIVA*

Dos son los motivos de extinción de la solidaridad: la renuncia que a ella haga el acreedor y la muerte de uno o de todos los deudores solidarios.

a) *La renuncia puede ser respecto de todos los deudores, o respecto de uno o unos; puede ser, además, expresa o tácita.*

Veamos cada uno de estos casos:

1°) *La renuncia en favor de uno solo de los codeudores, deja viva la solidaridad respecto de los demás. Para que se extinga respecto de todos, es menester que así lo manifieste el acreedor, expresa o tácitamente.*

2°) *Se renuncia a la solidaridad expresamente, cuando así lo manifiesta el acreedor; y tácitamente, de dos modos: en favor de uno solo de los deudores, cuando el acreedor le ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, y en la demanda o en la carta de pago se dice que se pide o recibe esa porción o cuota, sin hacer la reserva de la solidaridad, o, por lo menos, sin la reserva general de sus derechos. La otra forma de hacer la renuncia es en favor de todos los codeudores, cuando el acreedor consiente la división de la deuda.*

Lo que se dice de "un" deudor, es aplicable a la renuncia en favor de "algunos". Todas las reglas anteriores están consignadas en el artículo 1573.

HINESTROSA, FERNANDO. Tratado de las Obligaciones. Tomo I. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia. 2015. Páginas 345 y 346.

226. *RENUNCIA DE LA SOLIDARIDAD*

Por lo mismo que la solidaridad implica una ventaja para el acreedor, este puede prescindir de ella o renunciarla respecto de todos los deudores, de uno solo o de varios, discrecionalmente, caso en el cual lo que ocurre es que si la prestación es divisible, el vínculo se regirá por las reglas de las obligaciones conjuntivas o dividuas, y en el evento contrario, se someterá al de las obligaciones indivisibles o individuales, en todo aquello en que desaparece la solidaridad (art 1573, 1568 [I]y 1581 c. c.).

El acreedor puede renunciar a la solidaridad en todo o en parte, por declaración o por conducta concluyente, e inclusive puede renunciar por conductas omisiva. En el caso de conducta concluyente, al desplegarla puede anticiparse y prevenir la interpretación adversa haciendo la reserva del caso. La aceptación del pago que uno de los deudores le haga de su parte o cuota, sin aclaración reservas, así como la demanda en esos mismos términos, se entienden como abdicación de la solidaridad respecto de él; situación que puede presentarse simultánea o sucesivamente frente a los demás deudores. Pero en tales casos el acreedor puede conjurar esos entendimientos y efectos de su conducta contrarios a sus intereses, haciendo reserva o salvedad expresa de la solidaridad o la general de sus derechos (art. 1573 [2] c. c.). También se produce renuncia de la solidaridad cuando



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

ARTICULO 1573. RENUNCIA DE LA SOLIDARIDAD POR EL ACREEDOR. El acreedor puede renunciar expresa o tácitamente la solidaridad respecto de unos de los deudores solidarios o respecto de todos.

La renuncia tácitamente en favor de uno de ellos, cuando la ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago, sin la reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva general de sus derechos.

Pero esta renuncia expresa o tácita no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores, por toda la parte del crédito que no haya sido cubierta por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad.

Se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consciente en la división de la deuda.

La norma en cita prescribe la existencia de dos supuestos en los que puede tener cabida la renuncia a la solidaridad de la parte pasiva, los cuales coinciden en que esa renuncia debe provenir del acreedor.

El primero de ellos consiste en la renuncia tácita, la que debe emanar de un acto de voluntad concreto del acreedor, de conformidad con el cual, al exigir el pago a uno de sus deudores o al reconocer el débito que alguno de ellos ha hecho en su favor, se abstiene de reservar expresamente, en la demanda en que exige la satisfacción de la deuda o en la carta de pago, que conserva la solidaridad respecto de uno de sus deudores solidarios o del resto.

De ahí que la renuncia tácita emerge cuando en cualquiera de esos dos eventos el acreedor guarda silencio frente a la reserva especial de solidaridad, ora en la demanda en la que pretende el pago de la deuda frente a uno o varios de sus deudores, ora en la carta de crédito en la que declara haber recibido todo o parte de lo que se le adeuda.

El segundo evento se presenta en los mismos eventos señalados, a condición de que el acreedor consienta de manera expresa que renuncia a la solidaridad.

Ninguna de esas dos premisas tuvo cabida en el *subexamine*. Lo que se afirmó en este caso fue que, al haberse suscrito las modificaciones contractuales a la concesión No. 001 de 2004 sin la firma del deudor solidario SI 99 S.A. operaba,

el acreedor consiente en la división de la deuda (art. 1573 [4]c. c.). Pero si se trata de pensiones periódicas, y otro tanto habrá de decirse de las deudas por cuotas, la renuncia expresa o por conducta concluyente u omisiva no se extiende de por sí sino a las porciones devengadas, esto es, exigibles, y no a las futuras, salva declaración del acreedor en contrario (arts. 1574 c. c. y 962 c. co.).



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

entonces, la renuncia tácita a la solidaridad por parte de Megabus S.A., supuesto que de su sola enunciación permite evidenciar la ausencia total de correspondencia con las eventualidades establecidas en la norma analizada para que opere la renuncia a la solidaridad.

Como consecuencia, el cargo de la apelación al que se ha hecho mención no tiene vocación de prosperidad.

4.3. La vulneración del derecho de audiencia y de defensa en la expedición del acto de caducidad

En lo referente a la supuesta vulneración al debido proceso, en la sentencia se afirmó que los fundamentos de hecho que motivaron el inicio del procedimiento sancionatorio fueron expuestos al contratista y sus garantes desde la citación a la audiencia de defensa, la cual sufrió varios aplazamientos por solicitud de pruebas, estudio de una posible cesión del contrato y la apertura del proceso de liquidación judicial. Por tal motivo, no evidenció que se hubiera impedido, en términos de tiempo, contradecir y ejercer el derecho de defensa frente a los cargos de Promasivo S.A. formulados por Megabus S.A.

En discrepancia con lo anterior, el apelante alegó que la decisión de declarar la caducidad le resultó intempestiva a SI 99 S.A., por no haber sido vinculado al procedimiento sancionatorio que le dio origen, reiteró que las decisiones acusadas desconocieron el derecho de audiencia y de defensa de la demandada y que el *a quo* no se pronunció respecto de la negativa de Megabus a practicar las pruebas solicitadas por SI 99 S.A., con lo cual se dejó de lado su posibilidad de controvertir los hechos en que se fundó el incumplimiento endilgado. Señaló que no era cierto que la audiencia hubiera sufrido aplazamientos debido a la petición de pruebas, dado que las únicas tenidas en cuenta fueron las aportadas por el ente sancionador. En ese sentido, censuró la labor del *a quo* por no valorar las grabaciones contentivas de las audiencias llevadas a cabo en el procedimiento sancionatorio, pruebas que ni siquiera enlistó en la sentencia como parte del acervo probatorio.

Para resolver este cargo, la Sala parte de precisar que está demostrado que el 11 de septiembre de 2015, Megabus S.A., mediante oficio D-896 citó a SI 99 S.A. para que, en su condición de deudora solidaria, asistiera a la audiencia de procedimiento sancionatorio y eventual declaratoria de caducidad programada para el 30 de septiembre de 2015.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

En la fecha señalada se llevó a cabo la audiencia, la cual fue suspendida y reprogramada para el 9 de octubre de 2015. En esta nueva audiencia, adelantada con participación de la sociedad SI 99 S.A., se puso de presente la posibilidad de ceder el contrato No. 001 de 2004³¹.

La referida sociedad se opuso a los cargos de incumplimiento en los que se estructuró el posible decreto de la caducidad, aduciendo, principalmente, que no participó en las modificaciones contractuales, que no era parte contractual por no ser accionista de Promasivo S.A., que la caducidad no procedía porque la ejecución del contrato ya se encontraba paralizada y que el incumplimiento que se le atribuía a la concesionaria tenía génesis en el propio incumplimiento de Megabus S.A.

Adicionalmente, solicitó pruebas testimoniales y exhibición de documentos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Megabus S.A., pruebas que fueron negadas por la concedente.

Al finalizar la audiencia, Megabus S.A. fijó como fecha el 9 de noviembre de 2015 para proferir decisión de fondo, para que entretanto se practicaran las pruebas decretadas y se allegara la información solicitada; así mismo, advirtió falencias en la información presentada para sustentar la solicitud de cesión del contrato. La etapa probatoria se amplió hasta el 14 de diciembre de ese año, día en que se esperaba emitir decisión de fondo.

En curso la actuación administrativa, Megabus S.A. recibió copia del auto proferido el 26 de noviembre de 2015 por el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades³², mediante el cual decretó la apertura del proceso de liquidación judicial de Promasivo S.A. por la cesación de pagos e inviabilidad financiera de esa persona jurídica. Se informó que la apertura de ese proceso producía la terminación del contrato de tracto sucesivo de Promasivo S.A.

Ante la circunstancia sobreviniente al procedimiento sancionatorio, Megabus S.A. profirió la Resolución 183 del 10 de diciembre de 2015, por la cual declaró la

³¹ Folios 690 a 677 del cuaderno 5.

³² Folios 678 a 680 del cuaderno 5 del cuaderno 1.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

terminación anticipada de ese procedimiento, bajo el entendimiento de que la terminación del contrato ordenada por la Superintendencia impedía el ejercicio del poder sancionatorio por parte de la concedente. Esta decisión fue notificada a la concesionaria y a sus socios³³.

La referida decisión fue recurrida por Promasivo S.A. con fundamento en el hecho de que la Superintendencia de Sociedades, mediante auto del 15 de diciembre de 2015, había autorizado la continuación del contrato 001 de 2004.

Con base en lo anterior, Megabus S.A. en Resolución 013 del 21 de enero de 2015³⁴ declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución 183 del 10 de diciembre de 2015 y ordenó la continuación de la audiencia de procedimiento sancionatorio iniciado contra Promasivo S.A., fijando como fecha de su realización el 9 de febrero de 2016. Tal decisión fue notificada a la concesionaria y a sus socios³⁵.

El 9 de febrero de 2016 se adelantó la audiencia señalada para proferir la decisión que pusiera fin al procedimiento sancionatorio, con asistencia de Promasivo S.A. y cada uno de sus socios.

En desarrollo de la audiencia, Megabus S.A. se refirió uno a uno frente a los descargos y argumentos de defensa rendidos por los intervinientes.

En relación con los cargos expuestos por SI 99 S.A., Megabus S.A. se refirió en los siguientes términos:

Inexistencia de la calidad de obligado solidario de la sociedad Sistema integrado de Transporte SI 99 en el contrato 001 de 2004

Luego de referirse a las normas que regulaban la solidaridad por pasiva como figura que garantiza el cumplimiento de una obligación exigible de forma íntegra a todos o a cualquiera de los sujetos que conforman la parte plural obligada, señaló que en la medida en que la fuente de la solidaridad en este caso era un contrato estatal, se impedía predicar la existencia de una renuncia tácita a ese pacto, en tanto para ese propósito debía existir un documento por escrito que así lo indicara. Añadió que era

³³ Folios 671 a 677 del cuaderno 5.

³⁴ Folios 678 a 687 del cuaderno 5.

³⁵ Así se desprende de los documentos de notificación con sus respectivas constancias de entrega a sus destinatarios, visible a folios 682 a 687 del cuaderno 5.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

el acreedor el que podía renunciar a esa solidaridad, sin que esta posibilidad fuera una posibilidad del deudor solidario, como lo señalaba SI 99 S.A.

En ese sentido explicó que no existía una renuncia escrita de Megabus S.A que liberara de responsabilidad a SI 99 S.A., por lo que era acertado colegir que mantenía su condición de deudor solidario de las obligaciones emanadas del contrato, condición que, además, fue ratificada por Promasivo S.A. en comunicado del 26 de diciembre de 2013, en el que negaba la desvinculación de SI 99 como deudor solidario.

A la par con lo anterior, frente a la manifestación de que SI 99 S.A. desconocía todo lo ocurrido sobre la ejecución del contrato 001 de 2004, Megabus S.A. puso de presente que uno de los representantes de la deudora solidaria que actuó en la audiencia fungió como gerente de Promasivo S.A. desde octubre de 2007, a lo que agregó que en los antecedentes administrativos obraban sendas comunicaciones alusivas a los requerimientos por los incumplimientos del concesionario, lo que descartaba el supuesto desconocimiento sobre lo acontecido en el curso del contrato.

La parálisis del contrato como hecho que desnaturaliza la declaratoria de caducidad

Adujo Megabus que en el caso se presentaban los dos supuestos normativos para proceder a la declaratoria de caducidad del contrato, ya que, por un lado, se evidenció la afectación directa del servicio por cuenta de la inejecución de las obligaciones, cuyo efecto directo había sido la no prestación del servicio de transporte masivo, y, de otro, el incumplimiento presentado era grave, al punto que paralizó la prestación del servicio.

Para Megabus, la materialización del riesgo prescrito en la norma, consistente en la parálisis del servicio, revestía mayor gravedad que la amenaza sobre su ocurrencia, cuestión que, lejos de desnaturalizarla, acentuaba la facultad de la entidad para ejercer la potestad excepcional.

Excepción de contrato no cumplido

Megabus se refirió a las causas con las que se estructuraba el incumplimiento a ella enrostrado, consistentes en: **i)** no actualización oportuna del servicio ordenada por la autoridad competente; **ii)** incumplimiento en la construcción de la infraestructura



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

por Megabus S.A.; **iii)** expedición de actos irregulares; **iv)** incumplimiento del principio de exclusividad y paralelismo.

Luego de explicar las reglas y condiciones legales y jurisprudenciales bajo las cuales operaba la excepción de contrato no cumplido, estimó que las obligaciones de Promasivo S.A eran de resultado y no estaban sujetas a condición, ni al comportamiento de los ingresos del sistema Megabus o a la remuneración percibida por el concesionario.

En línea con lo dicho, sostuvo que el cumplimiento de las obligaciones a cargo de Promasivo no era escalonado o dependiente de la satisfacción previa de obligaciones a cargo de Megabus. Afirmó que Promasivo S.A. debía cumplir primero en el tiempo, puesto que la prestación del servicio de transporte constituía la base que condicionaba las variables de su ejecución y determinaba el aumento de la demanda y el comportamiento económico del sistema.

En adelante, se refirió frente a cada una de las causas que estructuraban la excepción de contrato no cumplido, al cabo de lo cual las consideró infundadas.

Culminado el análisis emprendido, al finalizar la audiencia, Megabus declaró que la sociedad Promasivo S.A. era responsable de incumplimiento grave de sus obligaciones negociales y declaró la caducidad del contrato 001 de 2004, ordenando, como consecuencia, su liquidación. Cuantificó los perjuicios en la suma de \$11.038'045.800 y requirió a los representantes legales de los deudores solidarios, entre ellos SI 99 S.A., el pago de los referidos perjuicios.

Del recuento que se deja plasmado, la Sala evidencia que no le asiste la razón al recurrente cuando afirma que la decisión de declarar la caducidad le resultó intempestiva, por no haber sido vinculado al inicio del procedimiento sancionatorio.

Se dejó visto que la sociedad SI 99 S.A. fue vinculada al referido trámite desde su inicio y, como consecuencia de ello, pudo intervenir en las distintas audiencias adelantadas en el marco del procedimiento sancionatorio, conocer los hechos que estructuraban el incumplimiento endilgado a Promasivo S.A. y rendir sus descargos.

Igualmente, se evidenció que Megabus S.A. se pronunció de fondo en relación con cada uno de los argumentos tanto fácticos como jurídicos en que SI 99 S.A. sustentó su defensa, sin que el hecho de que sus aspiraciones no hubieran sido atendidas



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

favorablemente configure una vulneración al debido proceso o al derecho de contradicción o que se hubieran desconocido sus garantías procesales.

Ahora, en cuanto a la negativa al decreto de las pruebas solicitadas por SI 99 S.A. en el procedimiento sancionatorio como hecho transgresor del derecho de defensa, la Sala procede a resolver ese cargo, bajo las siguientes consideraciones:

Sea lo primero anotar que no deja de llamar la atención a esta instancia la censura elevada por el recurrente frente a la valoración probatoria realizada por el *a quo*, reproche que basó en que, según su dicho, el tribunal no se pronunció frente a la negativa a la práctica de pruebas dispuesta por Megabus S.A., ya que ni siquiera escuchó los CDS de las grabaciones de las audiencias adelantadas en el curso del procedimiento sancionatorio.

Para la Sala ese reproche devela que el recurrente ni siquiera tuvo de presente que la solicitud de prueba consistente en allegar al expediente los CDS de las grabaciones de las audiencias adelantadas en el procedimiento sancionatorio fue denegada en la audiencia de inicial realizada en primera instancia, de tal suerte que mal puede echarse de menos la valoración de unos elementos de convicción que no fueron decretados ni incorporados en el proceso.

En efecto, se observa que en la audiencia inicial llevada a cabo el 4 de julio de 2019, el tribunal de primer grado se pronunció sobre la solicitud elevada por la parte actora en el sentido de que se decretara la exhibición de documentos en poder de Megabus S.A, entre ellos, las grabaciones de las audiencias relacionadas con los actos administrativos demandados, petición que fue negada por el *a quo* bajo el argumento de que la solicitud no cumplía con las exigencias del artículo 266 del CGP, con arreglo al cual deben expresarse los hechos que se pretenden demostrar, carga que no había sido atendida por el accionante.

Contra la anterior decisión, la parte actora presentó recurso de reposición y, una vez resuelto, se confirmó la negativa de la referida exhibición de documentos.

En esas condiciones, no es de recibo el argumento del apelante de conformidad con el cual el Tribunal omitió valorar las mencionadas grabaciones, en razón a que no había nada que valorar al no haber sido decretadas.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado Megabus S.A.
Referencia: 66207

Ahora, concatenado lo expuesto con el cargo de vulneración al debido proceso, según el cual se vio transgredido porque Megabus S.A. negó la solicitud probatoria elevada por SI 99 S.A. en el procedimiento sancionatorio, la Sala encuentra que la sola negativa a decretar las pruebas pedidas en sede administrativa no es suficiente para concluir que su rechazo violentó el derecho de contradicción.

Para tal fin, resultaba indispensable acreditar que la petición elevada cumplía con los requisitos de pertinencia, conducencia e idoneidad y que, pese a ello, su negativa por la entidad concedente careció de sustento, se encontraba apartada del ordenamiento jurídico o fue arbitraria. Estas falencias no se acreditaron en este proceso y se ignora cuál fue el fundamento de la negativa de la entidad, al no reposar en el expediente las aludidas grabaciones de las audiencias, omisión atribuible en la primera instancia a la falta de técnica para su solicitud.

Es claro así que el demandante desatendió la carga probatoria que le asistía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, por lo que el cargo de la apelación que se resuelve no está llamado a prosperar.

4.4. La decisión de no ceder el contrato como mecanismo para evitar la declaratoria de caducidad

El tribunal *a quo* señaló que no observaba vicio alguno en la declaratoria de caducidad frente a la negativa de Megabus S.A. de aceptar una cesión del contrato, habida cuenta de que no se demostró que esa decisión fuera arbitraria o ajena a la realidad fáctica y jurídica, como tampoco que la posible cesionaria contara con los requisitos técnicos y económicos para continuar con el contrato y superar la situación de incumplimiento.

En desacuerdo con lo anterior, en la apelación se sostuvo que se vulneró el derecho de SI 99 S.A. a controvertir la motivación de no aceptar la cesión del contrato porque, en realidad, Megabus S.A. no resolvió expresamente esta petición.

Adujo que en el proceso estaba demostrado que la potencial cesionaria ya había tenido acuerdos empresariales con Megabus S.A., de lo cual se deducía que contaba con la experiencia y la posibilidad de retomar la ejecución del contrato.

Al respecto, la Sala recuerda que, como quedó expuesto en precedencia, en la audiencia adelantada el 9 de octubre de 2015, en el marco del procedimiento



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

sancionatorio, Promasivo S.A. solicitó a Megabus S.A. que estudiara la posibilidad de ceder el contrato No. 001 de 2004³⁶.

Al finalizar esa audiencia, Megabus S.A. fijó nueva fecha para proferir decisión de fondo y así mismo advirtió falencias en la información presentada para sustentar la solicitud de cesión del contrato.

Una vez superada la situación sobreviniente relativa al inicio del proceso de liquidación judicial de Promasivo y constatada la viabilidad de continuar con el procedimiento sancionatorio, por cuenta de la decisión de la Superintendencia de Sociedades que autorizó seguir con la ejecución del contrato, la entidad concedente retomó el análisis de la pertinencia de ceder el negocio.

Es así como en la audiencia del 9 de febrero de 2016, que finalizó con la declaratoria de caducidad del contrato, Megabus S.A. se refirió a los aspectos relativos a su cesión, aspecto en torno al que consideró que debía valorarse si en esas condiciones de incumplimiento, la alternativa sugerida se ajustaba a los principios de la contratación estatal.

Sobre el particular señaló que la autorización de la cesión correspondía a una decisión facultativa de la administración, cuyo tratamiento se enmarcaba en los límites del carácter *intuitu personae* del contrato estatal.

Consideró que la cesión del contrato, al tenor del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, procedía en eventos distintos al incumplimiento grave del contrato como ante la inhabilidad o incapacidad sobreviniente, incapacidad permanente del contratista o interdicción judicial de declaración de quiebra, casos en los que la cesión respondía a eventos externos al contrato pero que incidían en su ejecución, mientras el incumplimiento grave estaba llamado a afrontarse con la continuidad del contrato a través del garante o de un tercero.

Señaló que la solicitud de cesión y la propuesta que la acompañaba no pasaba de ser un instrumento de contención de la sanción por el incumplimiento grave, del cual, en todo caso, no se extraía la forma en que serían asumidos los derechos y obligaciones generados en virtud del contrato 001, debido a que la presentación fraccionada de ofertas de forma parcializada y limitativa se adecuaba más a una

³⁶ Folios 690 a 677 del cuaderno 5.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

cesión de créditos que garantizaba la ejecución el contrato y no la solución a los problemas económicos, operativos, técnicos y la afectación al sistema generados por Promasivo S.A.

Explicó que para la valoración del mecanismo de cesión y el análisis que impidiera la violación a la regla de la licitación pública, Megabus elaboró una prueba con parámetros objetivos que debía ser resuelto por Promasivo S.A., en la cual observó que las propuestas presentadas por los potenciales cesionarios aludían a un interés de aceptar la cesión de algunos derechos y obligaciones.

Advirtió que Promasivo S.A. inició un procedimiento de selección de cesionario que, más allá de responder a un acuerdo de cesión, correspondía a una manifestación de interés de dos personas jurídicas, de las cuales puso en evidencia que se hallaban limitadas y parcializadas. En ese sentido, consideró que la cesión, en cuanto se trataba de sustituir una parte contractual, no admitía esas manifestaciones limitadas en las que las eventuales cesionarias fijaban su responsabilidad a partir de la aceptación de la cesión, sin que hicieran parte de ella los efectos económicos del incumplimiento del concesionario cedente.

Por lo anterior, estimó que la cesión propuesta era inconveniente para los fines de la contratación pública, pues solo se cedía el derecho a explotar la concesión, sin mención a los efectos generados por el incumplimiento grave de Promasivo, cuestión que no justificaba que, a partir de esa figura, se pretendiera eludir la regla de selección de la licitación pública.

Con base en lo expuesto, y luego de cotejar la situación fáctica de las propuestas con el contenido de los principios que informan la contratación estatal, Megabus S.A resolvió, en el curso de la referida audiencia, que ninguna de las manifestaciones de interés se ajustaba a esos mandatos de optimización, por lo que se abstuvo de aceptar la solicitud de cesión contractual.

El relato que antecede es suficiente para extraer las siguientes conclusiones:

La afirmación del apelante según la cual se vulneró su derecho a controvertir la motivación de no aceptar la cesión del contrato, porque en realidad Megabus S.A. no resolvió esta petición, carece de asidero.

Contrario a lo sostenido por el censor, la solicitud de cesión del contrato no solo fue resuelta negativamente en la audiencia llevada a cabo el 9 de febrero de 2016, sino



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

que también fue ampliamente motivada a partir de la exposición de fundamentos de hecho y de derecho que sustentaron su rechazo.

Sobre el análisis que debe abordar la entidad estatal en procura de autorizar la cesión de un contrato, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha referido las siguientes exigencias³⁷:

- i) la cesión debe hacerse en favor de un tercero
- ii) el cesionario debe tener capacidad jurídica para continuar con la ejecución del objeto contractual y no estar incurso en alguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar.
- iii) debe contar con una capacidad técnica, económica y financiera suficiente para cumplir con las obligaciones y el objeto del contrato estatal.

Se agrega a lo anterior que, si bien la decisión de autorizar la cesión del contrato es discrecional, que no obligatoria para la entidad, ello no obsta para que deba atender

³⁷ Respecto del primero, debe entenderse que tercero, en términos generales, será aquél diferente a la persona contratista (persona jurídica, natural o integrantes de unión temporal o consorcio) y de la entidad estatal.

En cuanto al segundo requisito, es importante recordar que el tercero, quien potencialmente sería cesionario del contrato, asume la posición contractual del cedente dentro del contrato estatal y, por lo tanto, las disposiciones, los pliegos de condiciones y el contrato mismo serán aplicables a quien asuma la nueva posición contractual, porque implica que cumple con las mismas calidades que el contratista cedente.

Por último, el cesionario debe contar con capacidad técnica, económica y financiera para cumplir con el objeto del contrato. Si bien tal exigencia no se encuentra en ninguna de las disposiciones contenidas en el estatuto general de contratación, teniendo en cuenta que el cesionario sustituye la posición contractual del cedente (contratista), es indispensable que la entidad, en aras de proteger el interés público, el cumplimiento de los fines del Estado contenidos en la Carta Política y aquellos fines de la contratación (Artículo 3 de la ley 80 de 1993), analice y verifique que el tercero, con sus calidades, se reitera, por tratarse de un contrato *intuitu personae*, pueda cumplir con las obligaciones inherentes al objeto del contrato.

Significa que el potencial cesionario del contrato estatal debe cumplir con los mismos requisitos que se exigieron al contratista, para que así pueda ingresar a ser parte del contrato estatal y ejecutar su objeto y el cumplimiento de las prestaciones.

Adicionalmente es importante destacar que el proceso de cesión del contrato y las exigencias que se le impongan al tercero, no pueden alterar ni burlar los procedimientos de selección del contratista, en otras palabras, la figura de la cesión de contrato, no puede servir como instrumento para desviar las obligaciones que tiene la entidad contratante del cumplimiento de los parámetros de la selección objetiva.

La administración contratante al analizar la posibilidad o no de autorizar la cesión del contrato, debe observar por ejemplo, el tipo selección a que se llegó al contrato estatal, el tipo de contrato a ceder; el porcentaje de ejecución del contrato, todo porque teniendo en cuenta que los contratos estatales son "*intuitu personae*" las calidades del tercero que asumirá la posición contractual del contratista, deben ser similares a las de éste último, por cuanto el fin de la contratación estatal es el cumplimiento del objeto del contrato del interés general³⁷. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 16 de marzo de 2015, exp. 31619, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado Megabus S.A.
Referencia: 66207

a unos fundamentos objetivos encaminados a cristalizar el cumplimiento del fin que se pretende satisfacer con el contrato objeto de cesión.

Dicho esto, la Sala considera que el análisis efectuado por el ente concedente encauzado a establecer la viabilidad de autorizar la cesión del contrato consultó las directrices anteriormente trazadas.

Así, no bastaba con establecer, como se indica en el recurso, que el potencial cesionario cumplía las condiciones técnicas y financieras exigidas por el hecho de haber celebrado previamente contratos con Megabus S.A.

De lo que se trataba era de definir si, a pesar de la situación de grave incumplimiento en que se hallaba el contrato 001 de 2004 por cuenta de la parálisis de la prestación del servicio de transporte masivo que desencadenó la insatisfacción de las obligaciones a cargo de Promasivo S.A., el interesado en sustituir la posición contractual del concesionario estaba en capacidad y en disposición de asumir el estado de cosas como se hallaba y continuar con la ejecución pese al déficit económico y financiero en que se encontraba el sistema de prestación del servicio de transporte masivo, certeza que, al no poderse desprender de las propuestas de cesión condicionadas, impidió que la cesión propuesta fuera considerada como una alternativa conveniente que justificara la pretermisión del procedimiento de selección de licitación pública para la escogencia de un nuevo concesionario.

Ante este panorama, la Sala encuentra infundado el cargo de la apelación que se analiza.

4.5. El proceso de liquidación judicial de Promasivo S.A. y la preexistencia de la parálisis en la prestación del servicio masivo como impedimento para declarar la caducidad

La sentencia de primera instancia se refirió al proceso de insolvencia de la sociedad Promasivo S.A. para determinar si ello impedía la declaratoria de caducidad. En ese sentido, aclaró que el proceso adelantado por la Superintendencia de Sociedades frente a Promasivo S.A. fue el de liquidación judicial y no de reorganización, por lo que debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 1116 de 2016 y no el artículo 21, referente al proceso de reorganización, que expresamente prohibía la declaratoria de caducidad del contrato administrativo.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Después de revisar los hechos probados en relación con el proceso de insolvencia, observó que en el caso no se presentó restricción alguna por parte del juez concursal en relación con la potestad de caducidad que radicaba en Megabus S.A., pues lo que se limitó fue la posibilidad de terminarlo anticipadamente por el inicio del proceso de liquidación judicial, es decir, la inviabilidad de aplicar la causal de terminación contenida en la cláusula 95.1, que era aquella referente a la existencia del proceso de liquidación o disolución del concesionario, terminación que no fue la que se produjo en este evento.

Adicionalmente, el *a quo* concluyó que en tanto la Superintendencia de Sociedades había autorizado la continuación de la ejecución del contrato, la entidad podría ejercer la potestad de declarar su caducidad, dado que el contrato no finalizó por cuenta del proceso de intervención.

Adicionalmente, el *a quo* adujo como fundamento de su decisión la sentencia C-620³⁸ del 9 de agosto de 2012, por la cual la Corte Constitucional, en un caso de reorganización, consideró que la facultad para declarar la caducidad del contrato por incumplimientos graves que amenacen la parálisis del servicio no se afectaba con la prevalencia de las normas de insolvencia contenidas en la Ley 1116 de 2006, al cabo de lo cual sostuvo que (se transcribe literal incluso con posibles errores):

“De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que no existe restricción alguna para que, ante el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales por parte de Promasivo S.A. la entidad contratante pudiera ejercer el poder exorbitante, decretando la caducidad del contrato de concesión No. 01 de 2004, toda vez que el contrato se encontraba en ejecución al momento de ejercer este poder, o en otras palabras se ejerció durante el plazo contractual, y de otro, la Superintendencia de Sociedades no fijó restricciones al respecto”.

En relación con lo anterior, el recurrente insistió en que se habían vulnerado las normas del proceso concursal de liquidación de Promasivo, para lo cual hizo un recuento de lo acontecido en ese escenario en los mismos términos en que fueron expuestos en la demanda.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C- 620 del 9 de agosto de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. *Por lo anterior, teniendo en cuenta que la administración sí puede decretar la caducidad de un contrato ante la existencia de un incumplimiento grave de una empresa que se encuentre en un proceso de reorganización, el cargo formulado por el actor carece de certeza y por ello la Corte Constitucional deberá declararse inhibida para fallar sobre la constitucionalidad de la expresión: “Tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha” contenida en el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006.*



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado Megabus S.A.
Referencia: 66207

A partir de la lectura de la fundamentación de este cargo, la Sala observa que su argumento se centró en reproducir por entero, aunque en diferente orden, el cargo de nulidad que sobre el particular se plasmó en el escrito introductorio bajo el título de “*falta de competencia*”, sin esbozar algún razonamiento concreto de disenso frente a la motivación del juez de primera instancia, lo que desencadena una falta de sustentación de la apelación en relación con este aspecto.

Una situación semejante se presentó en relación con la decisión del tribunal, de conformidad con la cual consideró que la preexistencia de la parálisis de la prestación del servicio era una circunstancia habilitante, que no invalidante, para declarar la caducidad de contrato.

Para el Tribunal, la parálisis del servicio que motivó esa declaratoria estaba acreditada y fue desencadenada por el incumplimiento de Promasivo S.A. en el mantenimiento de la flota de buses y en el pago de salarios y prestaciones, lo cual generó paros y cortes en la operación que concretaron la falta de continuidad en la prestación del servicio público.

Planteado ese escenario, en la sentencia se esgrimió que el hecho de que se hubiera presentado la parálisis del servicio no se podía alegar como una falta de competencia de la entidad para proferir la caducidad, puesto que el contrato estaba vigente al tiempo de su decreto y ante la gravedad de su incumplimiento era necesario adoptar un plan de contingencia a través de otros operadores que mantuvieran la continuidad en la prestación del servicio, siendo esto, por el contrario, un requisito que lejos de despojar de competencia material a la entidad, habilitaba su declaratoria.

Adicionalmente, señaló el Tribunal:

No resulta así de recibo alegar a su favor la propia culpa, esto es, el incumplimiento sistemático de las obligaciones de Promasivo S.A., al punto de una parálisis del servicio público, para predicar una supuesta falta de competencia de la entidad para declarar la caducidad del contrato en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

Respecto de lo anterior, en el recurso de apelación se dijo que en la sentencia no se tuvo en cuenta que el objeto de la caducidad era evitar la paralización del servicio, mas no subsanarla. Por contera, estimó que no podía adoptarse para impedir una paralización que ya se había presentado de tiempo atrás a su declaratoria y, en



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

adelante, enlistó las pruebas que daban cuenta de la preexistencia de esa paralización.

Se advierte que desde la demanda ya se había sostenido la misma argumentación, al señalar que Megabus S.A. carecía de competencia para decretar la caducidad, por cuanto para el momento en que se profirió el acto ya había parálisis del servicio, cuestión que contravenía la esencia de esta figura que está dada para impedir que ello ocurriera.

Sin embargo, nada cuestiona acerca de que las razones expuestas por el *a quo* para refutar el anterior dicho y que consistieron en que la declaratoria de caducidad resultaba viable en tanto se produjo en el plazo de ejecución del contrato, con independencia de que el servicio se hallara paralizado y frente al hecho de que la preexistencia de esa parálisis lo que hacía era aumentar la gravedad del incumplimiento y tornaba en imperativo que se declarara la caducidad para garantizar la continuidad del servicio a través de otros operadores.

Es claro así que en este supuesto tampoco se encuentra satisfecha la carga de sustentación del recurso de apelación y en tal virtud, no puede ser estimado.

4.6. La configuración de la excepción de contrato no cumplido

El Tribunal advirtió que uno de los cargos con los que el demandante edificaba la ilegalidad de la declaratoria de caducidad consistía en que fue Megabus S.A. el que incumplió las obligaciones negociales, pretendiendo así configurar la excepción de contrato no cumplido. En ese punto estimó que ese incumplimiento no estaba demostrado, por cuanto las pretensiones que en ese sentido elevó Promasivo S.A. ante el tribunal de arbitramento convocado por esta sociedad fueron despachadas de manera desfavorable, cuestión que posibilitaba que Megabus declarara la caducidad del contrato.

Advirtió que la parálisis del servicio que motivó esa declaratoria se hallaba acreditada y fue desencadenada por el incumplimiento de Promasivo S.A. en el mantenimiento de la flota de buses y en el pago de salarios y prestaciones, lo cual generó paros y cortes en la operación que concretaron la falta de continuidad en la prestación del servicio público.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Inconforme con esa decisión, la parte recurrente adujo que, si bien el tribunal de arbitramento falló negativamente a las pretensiones de incumplimiento del demandante, lo cierto fue que Promasivo había venido reclamando reiteradamente la ruptura de la ecuación contractual, al punto de que cursaba en ese momento una demanda ante el Tribunal Administrativo de Risaralda con dicho objeto de debate, lo cual no fue tenido en consideración en la sentencia recurrida.

Observa la Sala que, además de que el cargo de inconformidad no ataca de forma expresa y directa los razonamientos del fallo, ciertamente el argumento en que radica su desacuerdo constituye un supuesto fáctico nuevo que impide su estudio de fondo.

No evidencia la Sala que en la demanda se alegara que durante la ejecución del contrato No. 001 de 2004 se presentaran circunstancias generadoras de la fractura del equilibrio económico que hubieran hecho más onerosa su ejecución o que hubieran situado al concesionario en una posición de difícil cumplimiento de sus obligaciones contractuales, tampoco se advierten argumentos dirigidos a señalar que se formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para ventilar aspectos asociados a la ruptura de la ecuación financiera por los mismos hechos que ahora se debaten.

Aspirar a introducir estos cargos nuevos a través de la interposición del recurso de apelación es una circunstancia que riñe con el principio de congruencia³⁹, en cuya virtud la sentencia debe guardar estrecha consonancia con lo pedido en la demanda, sin que pueda referirse a hechos o circunstancias que allí no fueron alegadas *ab initio*.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 30 de julio de 2021, exp. 62474, C.P. José Roberto SÁCHICA. *En términos generales, la congruencia se entiende como la armonía que debe haber entre la parte motiva y la parte resolutive de la sentencia, denominada congruencia interna, y la concordancia entre la providencia judicial y lo pedido por las partes tanto en la demanda como en el escrito de contestación, denominada congruencia externa. El artículo 281 del CGP expresa este principio en los siguientes términos: “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley // No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta // Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último”. La incongruencia se configura cuando la sentencia decide o concede más allá de lo pedido, o sea, ultra petita; cuando el fallo recae o decide sobre puntos no sometidos al litigio, es decir, de manera extra petita; y también se presenta incongruencia cuando se decide con base en “causa petendi” distinta a la invocada por las partes.*



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Lo expuesto conduce a la Sala a abstenerse de decidir el cargo planteado.

4.7. La ausencia de reparación integral del daño

Señaló la parte actora que el *a quo* omitió resolver los problemas jurídicos planteados, en tanto no dispuso la reparación integral del daño consistente en el lucro cesante y el daño emergente desencadenado por las nulidades declaradas y que no tuvo en cuenta que Megabus promovió demanda ejecutiva para cobrar las sumas contenidas en los actos acusados, lo cual implicó un perjuicio para SI 99 S.A.; por lo anterior, solicitó que se ordenara de manera inmediata la terminación del proceso ejecutivo en mención.

En orden a decidir el cargo planteado, la Sala observa que, como primer aspecto, debe tenerse en consideración que, aun cuando el tribunal declaró la nulidad parcial de las resoluciones acusadas, ciertamente el vicio recayó únicamente en cuanto tenía que ver con la tasación de los perjuicios desencadenados por el incumplimiento del contratista que Megabus estimó en esos actos.

Sin embargo, el resto de las decisiones alusivas a la declaratoria de caducidad del contrato No. 001 de 2004 y a su liquidación unilateral se conservaron, precisamente porque no se desvirtuaron los motivos de hecho y de derecho que condujeron a Megabus S.A. a proferirlas.

Lo anterior implicaba la imposibilidad de que emergiera el supuesto jurídico que habría de servir de base para la prosperidad de los perjuicios reclamados, puesto que se siguen mantenimiento las consecuencias normativas respecto de los sujetos sobre los cuales recae la declaratoria de caducidad del contrato No. 001 de 2004.

Además, es importante poner de presente en este punto que, al elevar la pretensión de reparación integral del daño, el demandante simplemente se limitó a solicitar que se pagaran los perjuicios de todo orden por concepto de lucro cesante y daño emergente que se causaron por la ilegalidad de los actos censurados.

Luego, en el acápite de la estimación razonada de la cuantía, el sustento del daño reclamado consistió en que para la reparación debían tenerse en cuenta los efectos de las eventuales decisiones de la justicia laboral en las que estaban dictando condenas relacionadas con la solidaridad predicada frente a SI 99 S.A.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Frente a lo anterior cabe indicar que la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales del negocio 001 de 2004 atribuible SI 99 S.A. no fue desvirtuada en esta causa, de tal suerte que el daño alegado por las posibles reclamaciones judiciales basadas en aquella circunstancia carece de base jurídica.

Ahora, en cuanto hace a la existencia de procesos ejecutivos en los que se ha exigido el pago de los perjuicios estimados en el acto de caducidad e incorporados en la liquidación judicial que a la postre fueron anulados por el tribunal de primera instancia, debe decirse que no es al juez declarativo al que le corresponde impartir órdenes de cesación del proceso de ejecución.

Atañe a la parte ejecutada alegar en el marco del proceso de ejecución la suspensión por prejudicial por la existencia de un proceso declarativo en el que se discutía la legalidad de título base de recaudo, carga que no puede ser trasladada a esta instancia.

En estas condiciones, la inconformidad referente a la ausencia de reparación integral del daño no tiene vocación de prosperidad.

4.8. La nulidad del acto que liquidó unilateralmente el contrato de concesión No. 001 de 2004 basada en su indebida notificación

Frente a la vulneración del derecho de audiencia y de defensa por no haber vinculado a SI 99 S.A. en la etapa liquidatoria, el *a quo* se remitió a los argumentos expuestos en precedencia, en punto a la capacidad para actuar con que contaba la sociedad Promasivo en todas las etapas del contrato.

En discrepancia con lo anterior, el apelante manifestó que, pese a que se demostró que la resolución que liquidó el contrato no fue debidamente notificada, el tribunal de primer grado omitió pronunciarse sobre esa circunstancia y sobre los efectos que de allí se desprendían.

De la conformación de los argumentos de la sentencia y los motivos de inconformidad que el recurrente esbozó en su contra, se desprenden dos situaciones.

La primera de ellas alude a que en realidad el cargo no se dirige a atacar las razones por las cuales el fallador consideró que no se había vulnerado el derecho de audiencia y de defensa de SI 99 S.A. al no ser vinculada a la etapa de liquidación,



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

pues en el recurso nada se advirtió acerca de la suficiencia de que a esa etapa compareciera el representante legal de Promasivo S.A. en calidad de concesionario.

De ahí que se echa de menos un verdadero argumento que ataque la esencia de la negativa a despachar favorablemente el cargo de nulidad planteado en contra del acto de liquidación unilateral.

La segunda particularidad que se advierte es que los fundamentos en los que el censor radica su reproche ciertamente no constituyen circunstancias dirigidas a cuestionar la legalidad del acto de liquidación unilateral, sino su eficacia en términos de oponibilidad.

Según jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, la falta de notificación o la indebida notificación de los actos administrativos tiene como consecuencia su ineficacia o su inoponibilidad frente a los interesados, no guarda ninguna relación con su existencia o su validez y no constituye una causal de nulidad⁴⁰. En efecto, la Corporación ha expresado que:

*[D]ebe precisarse que **la indebida notificación de los recursos no es una causal que afecte la validez del acto administrativo**, sino que, según las normas aplicables, constituye una causal de ineficacia, que, en todo caso, faculta al interesado para acudir directamente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como se procede a explicar a continuación:*

(...)

Los presupuestos de eficacia, por tanto, son aquellos requisitos indispensables para que el acto existente y válido produzca finalmente los efectos que estaría llamado a producir. La notificación del acto administrativo se constituye, entonces, en una obligación para la administración y en un **presupuesto necesario de eficacia y oponibilidad del acto frente a su destinatario.**

La falta o la irregularidad de [la notificación] genera como consecuencia que el acto administrativo sea ineficaz, esto es, que no produzca los efectos para los cuales se profirió, en consideración a que la publicidad del acto administrativo es un requisito indispensable para que las decisiones administrativas sean obligatorias.

(...)

Ahora, si bien, de acuerdo con el artículo 137 del CPACA, una de las causales por las cuales puede controvertirse la legalidad de un acto administrativo es por el desconocimiento del derecho de audiencia o de defensa, lo cierto es que en

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de octubre de 2018, expediente 37.975, C.P. María Adriana Marín; auto del 9 de diciembre de 2013, expediente 47.783, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

*el caso concreto **la indebida notificación per se no conlleva a la declaratoria de nulidad del acto acusado**, como quiera que la consecuencia procesal establecida por los artículos 135 del CCA y 161 del CPACA consiste en que el interesado queda habilitado para demandar directamente, sin agotar la vía gubernativa⁴¹ (se destaca).*

Así, las irregularidades en la notificación de los actos administrativos particulares afectan el presupuesto de su eficacia, pero no los requisitos de su validez, por cuanto la primera no integra una etapa propia del proceso de formación del acto; se erige como una fase posterior exigida para que el acto produzca la plenitud de sus efectos⁴².

En otras palabras, mientras que la validez tiene que ver con un aspecto intrínseco del acto *-la ausencia de vicios en su formación-*, la eficacia involucra un aspecto extrínseco al acto *-consistente en la posibilidad de generar los efectos para los que fue proferido-*⁴³.

En suma, el Consejo de Estado ha considerado que:

[E]l único efecto que produce la indebida notificación es la inoponibilidad, pero en ningún momento esa irregularidad acarrea la nulidad. Las causales de anulación son las del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo [hoy artículo 137 del CPACA) y todas se refieren a irregularidades que son propias del acto y que están presentes desde en el momento mismo de su expedición. Es decir, para que se configure una causal de nulidad, el acto debe estar viciado desde su aparición en el tráfico jurídico.

(...) En contraste, los problemas que se presentan con la ausencia de notificación, o con las notificaciones defectuosas del acto, son obviamente posteriores a este y, lejos de producir su anulación, solo dan lugar a su inoponibilidad, comoquiera que la publicidad es un elemento ajeno del acto y la anulación de estos se da solo por elementos que le son propios⁴⁴ (se destaca).

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 30 de septiembre de 2021, radicación No. 05001-23-33-000-2012-00797-01(2058-16), C.P. César Palomino Cortés.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 21 de octubre de 2021, radicación No. 11001-03-24-000-2019-00402-00, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 6 de febrero de 1992, expediente 1.487, C.P. Miguel González Rodríguez. Ver también: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 22 de marzo de 2018, radicación No. 25000-23-24-000-2011-00097-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de julio de 2018, expediente 39.920, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Se deriva de lo expuesto que los cargos esgrimidos por el recurrente en torno a la indebida notificación del acto de liquidación unilateral no podían dirigirse a enjuiciar su presunción de legalidad.

En ese orden, de considerar que se habían producido irregularidades en la notificación del acto, tal circunstancia facultaba al afectado para acudir a la jurisdicción a demandar su nulidad, sin agotar la vía gubernativa en contra de esa decisión.

Con todo, ello no se traduce en que, una vez acudiera a la instancia judicial, el demandante estuviera relevado de invocar en contra del acto las causales de nulidad de las que eventualmente podría adolecer, como en efecto lo hizo, y tampoco a que en sede de apelación pudiera abstenerse de desarrollar argumentos encaminados a enervar la decisión del *a quo* en cuyo mérito despachó desfavorablemente los cargos de invalidez que en la demanda fueron invocados en su contra.

Este último fue el supuesto que en este caso tuvo ocurrencia, pues, no obstante que en la demanda se formularon reparos expresos de nulidad en contra del acto de liquidación unilateral, luego de ser resueltos por el *a quo* en sentido negativo a los intereses del demandante, este no presentó motivos concretos de censura en contra de esa decisión.

Por las razones anotadas, el cargo de la apelación que se analiza es infundado.

4.9. La nulidad parcial que debió declararse frente a los actos que resolvieron los recursos de reposición formulados contra las resoluciones que declararon la caducidad y liquidaron unilateralmente el contrato 001 de 2004

Sostuvo el demandante que la sentencia de primer grado omitió referirse a la nulidad parcial de las resoluciones No. 020 del 9 de febrero de 2016 y 204 de 22 de noviembre de 2017, por medio de las cuales se resolvió confirmar íntegramente la decisión de caducidad y liquidación unilateral del contrato 001 de 2004. Adujo que, si estas fueron declaradas nulas parcialmente, las que resolvieron los recursos de reposición en su contra debieron correr la misma suerte.

La Sala estima que le asiste la razón al libelista, pues se observa que, pese a ser declarada la nulidad del ordinal quinto de la resolución No. 019 del 09 de febrero de



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

2016, proferida por Megabus S.A., por medio de la cual se declara la caducidad del contrato 001 de 2004 y se declara la ocurrencia de un siniestro y la nulidad del numeral tercero de la resolución No. 164 del 15 de noviembre de 2016, por medio de la cual se liquida de manera unilateral el contrato de concesión No. 001 de 2004, el tribunal no procedió en el mismo sentido frente a las resoluciones No. 020 del 9 de febrero de 2016 y 204 del 22 de noviembre de 2017, que desataron la reposición en contra de aquellas y cuya declaratoria de nulidad también fue solicitada expresamente en la demanda.

Por lo anotado, se modificará la decisión apelada para declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 20 del 9 de febrero de 2016, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la declaratoria de caducidad del contrato No. 001 de 2004, nulidad que recaerá únicamente en cuanto confirmó el numeral 5 de la Resolución 19 del 9 de febrero de febrero de 2016, en la que se dispuso:

QUINTO: Cuantificar los perjuicios del incumplimiento grave en que ha incurrido el concesionario Promasivo S.A. en liquidación judicial en la suma de ONCE MIL TREINTA Y OCHO MILLONES CUARENTA Y CINCO OCHOCIENTOS PESOS (\$11.038'045.800).

También se declarará la nulidad parcial de la Resolución 204 del 22 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la liquidación unilateral del contrato 001 de 2004, en cuanto confirmó el siguiente numeral:

“TERCERO: Tener como parte del monto de la liquidación unilateral del contrato, el valor establecido en el numeral quinto de la parte resolutive de la Resolución 019 de 2016, por medio (sic) por medio de la cual se declara la caducidad del contrato 001 de 2004 y se declara la ocurrencia de un siniestro, cuantificados los perjuicios del incumplimiento en que incurrió el concesionario Promasivo S.A. en liquidación judicial, en la suma de ONCE MIL TREINTA Y OCHO MILLONES CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$11.038'045.800,00).

Conclusión

La Sala modificará la sentencia de primera instancia para, en su lugar, además de mantener la declaratoria de nulidad parcial sobre los apartes de las resoluciones impugnadas, disponer también:

- La nulidad parcial de la Resolución No. 20 del 9 de febrero de 2016, que resolvió el recurso de reposición contra la declaratoria de caducidad, nulidad



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

que recaerá únicamente en cuanto confirmó el numeral 5 de la Resolución 19 del 9 de febrero de febrero de 2016.

- La nulidad parcial de la Resolución 204 del 22 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la liquidación unilateral del contrato 001 de 2004, en cuanto confirmó el numeral tercero de dicho acto de liquidación.

5. Costas

A pesar de que en la sentencia de primera instancia no se condenó en costas a la parte pasiva, el extremo activo, en el recurso de apelación, alegó que dicha circunstancia no puede traducirse en la exoneración del pago de las agencias en derecho a su favor.

En tal virtud, la sociedad demandante estima que dicho rubro económico “*efectivamente*” se causó en los dos procesos judiciales que resultaron acumulados y, en ese sentido, sostiene que el *a quo* no tuvo en cuenta los criterios establecidos en los artículos 366-4 del CGP y 2 del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 -*expedido por el Consejo Superior de la Judicatura*- para fijar las agencias en derecho a favor del extremo actor en el caso concreto.

Por lo anterior, la parte actora afirmó que las agencias en derecho sí se causaron y se probaron en este asunto, toda vez que dicha sociedad “[...] *tuvo que asumir costos para su representación judicial dentro de los mismos* [se refiere a los procesos de la referencia] [...]” [aclaración añadida].

Establecidos los argumentos de disenso sobre los cuales se edifica este aspecto de la impugnación, la Subsección advierte, de entrada, que esta alegación no tiene vocación de prosperidad, tal y como pasa a exponerse:

El fallo de primera instancia accedió **parcialmente** a las pretensiones de la demanda, lo cual, sin lugar a dudas, sí le permitía al Tribunal *a quo* abstenerse de condenar en costas a la parte pasiva, posibilidad que se encuentra regulada en el artículo 365-5⁴⁵ del CGP.

⁴⁵ “**Artículo 365. Condena en costas.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia **la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: [...] 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 [...]**” [énfasis añadido].



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

Ahora bien, aunque el juzgador de primer grado no condenó en costas a la parte pasiva, la sociedad apelante pretende *-sin importar esa circunstancia-* que se le reconozcan las agencias en derecho a su favor. Dicho en otros términos, el extremo activo considera posible disgregar las agencias en derecho de las costas.

La proposición que se acaba de mencionar no es viable jurídicamente, toda vez que el artículo 361 del CGP establece 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.

En ese sentido, para la Sala es evidente que alterar la composición que legislativamente se ha dispuesto para las costas, tal y como lo sugiere la apelante, no es procedente.

Sostener lo contrario implicaría desfigurar la definición que procesalmente se le ha otorgado a las costas. Así pues, resulta necesario concluir que cuando no se condene en costas, indefectiblemente, no se fijarán agencias en derecho, pues este último concepto integra las primeras en una relación de especie a género.

De otro lado, si bien es cierto que el Tribunal de origen justificó su decisión de no condenar en costas a la parte pasiva a partir de la aplicación de los numerales 5 y 8⁴⁶ del artículo 365 CGP, esta Sala considera que la adición del último supuesto normativo era innecesaria e imprecisa si se quiere, dado que la prosperidad parcial de la demanda era una circunstancia suficiente para abstenerse de proferir la condena en costas y, como consecuencia de ello, no fijar las agencias en derecho a favor de la sociedad aquí apelante.

Así las cosas y por cuenta de los argumentos que anteceden, el cargo de la apelación objeto de este análisis será desestimado.

En lo que concierne a las costas en segunda instancia, teniendo en cuenta que para este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso, y en consideración a que en este caso el recurso de apelación interpuesto por la demandante fue resuelto

⁴⁶ “**Artículo 365. Condena en costas.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia **la condena en costas** se sujetará a las siguientes reglas: [...] **8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación** [...]” [énfasis añadido].



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

favorablemente de manera parcial, sin que ello hubiera implicado que la parte demandada hubiera resultado vencida, en tanto no se anularon totalmente los actos administrativos por ella proferidos en el marco del contrato de concesión 001 de 2004, no se presentan los supuestos del numeral 1) del artículo 365 del CGP para proferir condena en costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 21 de febrero de 2020, por el Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala Segunda de Decisión, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia, la cual quedará así:

1.- DECLARAR LA NULIDAD del numeral quinto de la Resolución No. 019 del 09 de febrero de 2016, por la cual MEGABUS S.A. declaró la caducidad del contrato de concesión 001 de 2004 y se declara la ocurrencia de un siniestro y la nulidad parcial de la Resolución 20 de 9 de febrero de 2016 por la que se resolvió el recurso de reposición en contra de aquella, únicamente en cuanto confirmó el referido numeral quinto, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia

“2.- DECLARAR LA NULIDAD del numeral tercero de la Resolución No. 164 del 15 de noviembre de 2016, por la cual MEGABUS S.A. liquidó de manera unilateral el contrato de concesión 001 de 2004 y la nulidad parcial de la Resolución 204 de 22 de noviembre de 2017 por la que se resolvió el recurso de reposición en contra de aquella, únicamente en cuanto confirmó el referido numeral tercero, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia

“3.- NEGAR LAS DEMÁS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Para el cumplimiento de esta sentencia, expídanse, con destino a las partes, las copias auténticas con las constancias previstas en la ley procesal. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.



Expediente: 660012333000201600548 01
acumulado
66001233300020180017301
Actor: Sistema Integrado de
Transporte SI 99 S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: 66207

CUARTO: Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Con impedimento

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta providencia fue suscrita 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/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF.