

Bogotá D. C, 30 de abril de 2.018.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO Y ACLARACIÓN DE VOTO

El suscrito, en calidad de Árbitro dentro del presente trámite, por medio de este escrito respetuosamente se permite presentar SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO y ACLARACIÓN DE VOTO respecto de las decisiones adoptadas por la mayoría del Tribunal, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1. El suscrito honrosamente fue designado como árbitro dentro del Tribunal conformado para resolver las controversias surgidas con ocasión de la celebración y ejecución de los contratos de concesión 006 y 007 de 2010 celebrados entre TRANSMILENIO S.A. y MASIVO CAPITAL S.A.S., el cual culminó con la expedición del correspondiente Laudo Arbitral, por decisión unánime del Tribunal, el pasado 20 de diciembre de 2018 y la correspondiente decisión sobre aclaración, adición y/o corrección proferida el día 22 de enero de 2019.
2. Teniendo en cuenta lo anterior, el suscrito, al verificar el contenido de la demanda relativa a la controversia sobre el contrato de concesión 004 de 2010 celebrado entre TRANSMILENIO S.A. y GMÓVIL S.A.S., que es objeto de decisión en el presente trámite, encuentra que la mayoría de las pretensiones incoadas en el mismo son idénticas en su redacción respecto de aquellas contenidas en la demanda presentada por la empresa MASIVO CAPITAL S.A.S. relativas a los contratos de concesión 006 y 007 de 2010 y que se decidiera con la providencia anteriormente referida; así como que los hechos, separando particularidades muy concretas y específicas de la relación entre las partes de la presente controversia, son igualmente similares, especialmente aquellos que tienen una connotación netamente jurídica y que demandan una labor de igual naturaleza por parte de este Tribunal Arbitral.
3. Así las cosas, teniendo en cuenta que las pretensiones formuladas en su gran mayoría son las mismas, la demandada es la misma y las excepciones de mérito propuestas por este, en su gran mayoría, se fundamentan en los mismos hechos, el suscrito tiene una posición jurídica clara y ya decantada respecto de las declaraciones y condenas relativas a las pretensiones y excepciones que se encuentran en la demanda presentada por GMÓVIL S.A.S. y que comparten identidad de contenido y fundamento con aquellas contenidas en la providencia proferida en el Tribunal de Arbitramento constituido para pronunciarse sobre la

controversia planteada por parte de MASIVO CAPITAL S.A.S., sin que los hechos específicos del presente caso tengan la fuerza, en opinión del suscrito, de variar los criterios jurídicos adoptados con anterioridad, lo que conduce, indefectiblemente, a mi separación de la decisión de la mayoría en los aspectos que se mencionarán a continuación.

PRIMERO. Respecto de la incorporación normativa a partir del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, respetuosamente el suscrito se permite aclarar su posición jurídica, de manera consistente con lo expresado en el Laudo de 20 de diciembre de 2018, así:

"[N]o puede ser de recibo por parte del Tribunal el argumento de que las normas que fijan deberes administrativos o de política pública para el Ente Gestor se comprendan como no integradas al contenido obligacional del contrato y que, como consecuencia de esto, el Tribunal se vea compelido únicamente a hacer el análisis de las disposiciones contractuales por exclusiva.

"Esto, cuando quiera que ha quedado decantado a lo largo de este Laudo la posición que expresa que el contenido de las obligaciones contractuales no deviene únicamente de lo acordado en el contrato, pues también pueden emanar de reglas o postulados legales que resultan a todas luces aplicables, toda vez que tienen una incidencia trascendental en los contratos, pues así se ha dispuesto de forma expresa desde el pliego de condiciones y aceptado de forma expresa por las partes al suscribirse los contratos.

"Por lo tanto, cabe predicar la formación de deberes contractuales a cargo de Transmilenio S.A. fundamentados en la normativa de transporte público masivo de pasajeros, tanto a nivel Nacional como Distrital.

"De otro lado, es también posible concluir sin vacilación alguna que el principio de la buena fe no sólo exige el análisis de cara a los cocontratantes de una conducta contractual proba, recta, leal, generadora de confianza en la palabra dada, sino que, además, no se limita por exclusiva a este respecto, pues el mismo principio es dinámico y demanda tener en cuenta la naturaleza de las obligaciones acordadas

conforme a la ley, la costumbre o la equidad natural, de manera que la buena fe implica una carga de diligencia y probidad de las partes mucho mayor que el simple comportamiento.

"Así las cosas, los argumentos que sobre buena fe contractual se describen no son otra cosa que el fundamento principal que permite, en suma, con la teoría de la integración, habilitar a las partes para la inclusión de preceptos normativos al contenido contractual en razón de su pertenencia a la naturaleza del contrato o de los contratos que se han celebrado.

"De acuerdo con las normas atinentes sobre política pública de transporte público masivo de pasajeros Nacional y Distrital, es claro que Transmilenio S.A. es la entidad encargada de la planeación estructural, vigilancia y control del Sistema y funge como Ente Gestor. Así ha quedado dispuesto en la regulación, la cual hace parte integrante del marco de la licitación y del contrato de acuerdo con el pliego de condiciones, el cual ha mutado y se ha convertido en una cláusula contractual que incorpora de forma directa la normativa al acuerdo de voluntades, aunado al simple hecho de que la misma tiene una incidencia directa en el objeto contractual a satisfacer.

"Como medida adicional, las partes en el contrato han sido claras en disponer como derechos de Transmilenio S.A., algo ya decantado por la normativa de política pública analizada frente a la titularidad de Ente Gestor que este tiene de cara al sistema. Simplemente se hace una afirmación en punto de contrato sobre las obligaciones legales que tiene la entidad en el marco de los lineamientos de la política pública en donde es titular y que inciden o repercuten de forma directa en los contratos.

"Hasta lo ahora expuesto, el Tribunal puede concluir que en efecto Transmilenio S.A. es el Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) en el Distrito de Bogotá D.C. y su área de influencia.

"Adicionalmente, le corresponde por normativa de política pública, la cual está incorporada a los contratos de concesión de acuerdo con los

argumentos esgrimidos la obligación de planeación estructural, gestión, vigilancia y control del Sistema Integrado de Transporte Público en el Distrito de Bogotá y su área de influencia, tal como se evidencia de lo pactado en la cláusula 24 de los contratos de concesión”.

Aunado a lo anterior, y para soportar aún más la posición del suscrito, se comparte lo dicho en el Laudo de 29 de noviembre de 2018 de Grupo Integrado de Transporte Masivo S.A. contra Metro Cali S.A., que expresa lo siguiente:

“[L]a prestación del servicio público de transporte masivo urbano de pasajeros en la ciudad de Santiago de Cali y su área de influencia a través del Sistema MIO se encuentra regulado por las Leyes y Decretos Nacionales relacionadas con el servicio público masivo de pasajeros, por Decretos Municipales que contienen obligaciones propias de Metro Cali S.A., y por diversos Convenios suscritos entre esa entidad, el municipio y la Nación. En verdad, como se mencionó anteriormente, las obligaciones legales de Metro Cali S.A., y su condición de titular y ente gestor del SITM-MIO, por lo menos en cuanto a la legislación nacional, corresponden en su integridad al marco normativo general integrado por las Leyes 86 de 1989, 310 y 336 de 1996 y el Decreto 3109 de 1997.

“Todo el anterior bloque normativo, de cara a los contratos de concesión, constituye parte del contenido de estos y, por ello, de él surgen auténticas obligaciones contractuales. En verdad, de acuerdo con el contenido de la cláusula 17 del Contrato de Concesión que consagra el régimen legal aplicable, las partes acordaron que “[e]ste Contrato se regirá en general por las normas civiles y comerciales vigentes en la República de Colombia, salvo en los aspectos particularmente regulados por la Ley 80 de 1993, las normas y decretos que la adicionen, la modifiquen o reformen y por lo previsto en las demás normas concordantes que resulten aplicables.” En ese sentido, para el Tribunal resulta importante resaltar que no se trata de meras enunciaciones normativas ajenas a los Contratos de Concesión, sino todo lo contrario, obligaciones que de un lado se entienden incorporadas a éste, y del otro, supuestos necesarios que sustentaron la presentación de la propuesta por parte de los hoy concesionarios. Se reitera lo anterior, como quiera

que la celebración de los contratos parte de la necesaria base de que Metro Cali S.A. actuaría como el gestor del Sistema-MIO; todo lo que ello conlleva será objeto de análisis por parte del Tribunal”.

SEGUNDO. De cara a la segunda pretensión declarativa de la reforma de la demanda, discrepa el suscrito de su no declaración, pues conforme a lo señalado en el Laudo de MASIVO CAPITAL S.A.S. contra TRANSMILENIO de 20 de diciembre de 2018 (pretensión 2), los contratos de concesión adjudicados con ocasión de la Licitación Pública No. TMSA – LP 004 de 2009, son contratos de adhesión en la medida en que es la entidad la que ha predispuesto las condiciones contractuales a las que los contratistas de operación han decidido acogerse, a lo que se suma que el hecho de que se les permita a los futuros contratistas participar en observaciones preliminares del negocio, no implica que por esta causa se modifiquen de tajo las condiciones contractuales previamente dispuestas por el Ente Gestor desde el pliego de condiciones, pues es de notar, que, a pesar de su participación voluntaria en el comento de algunas cuestiones previas, esto en nada influye frente al contenido contractual, toda vez que su voluntad se ve menguada por los lineamientos trazados por la entidad estatal contratante. En consecuencia, considera el suscrito debió prosperar la pretensión segunda de la reforma de la demanda principal.

TERCERO. En relación con la pretensión quinta declarativa de la reforma de la demanda, el suscrito respetuosamente salva su voto en el sentido de que se considera que la pretensión debe prosperar en los términos en ella consagrados de que TRANSMILENIO es la entidad encargada de otorgar la concesión y explotación del sistema de transporte masivo en Bogotá y área de influencia, en atención a que *"Transmilenio es el Ente Gestor y titular del Sistema Integrado de Transporte en el Distrito de Bogotá. Dicha calidad no solo es manifiesta desde la escritura de constitución de la sociedad, sino que también se hace presente en el pliego de condiciones de la Licitación Pública **LP-TMSA-004-2009**, así como como también del clausulado contractual y de algunas normas (...), las cuales, le imponen deberes"* y que *"en virtud del Decreto 309 de 2009 y del Decreto 486 de 2006, se buscó asegurar que la prestación del servicio de transporte público masivo en el Distrito, concordando en que esta se realizaría mediante la celebración de contratos de concesión adjudicados en licitación pública, bajo las reglas del estatuto de contratación estatal vigente, teniendo como máxima autoridad a la Secretaría de Movilidad y como Ente Gestor a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio"*, tal como se expuso al respecto sobre la misma pretensión en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 (pretensión 5).

CUARTO. En cuanto a lo decidido en la pretensión sexta de la reforma de la demanda, el suscrito igualmente se aparta de la decisión mayoritaria, por cuanto, en su concepto y como se manifestó en la providencia de 20 de diciembre de 2018 (pretensión 6), *"Si bien es cierto, en virtud de la presente licitación pública fue adjudicado un total de 13 contratos de concesión para la explotación preferencial y no exclusiva de determinadas zonas en las que se dividió el sistema, cierto es que no puede afirmarse que producto de dicha licitación fue adjudicada la totalidad de la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá"*.

QUINTO. Frente a la pretensión séptima declarativa de la reforma de la demanda principal, si bien el suscrito está de acuerdo con su declaratoria, el razonamiento dispuesto en el literal b no resulta acogido, en la medida en que el contenido de la cláusula quinta del contrato de concesión implica la coexistencia del contrato No. 004 de 2010 con contratos actuales y futuros suscritos por el Ente Gestor que tengan por objeto el desarrollo de la funcionalidad del Sistema Integrado de Transporte Publico – SITP, por lo que se adhiere a los argumentos expuestos en la solución dada a la pretensión séptima en el Laudo Arbitral de MASIVO CAPITAL contra TRANSMILENIO de 20 de diciembre de 2018 y, en consecuencia, aclara su voto al respecto.

SEXTO. De cara a la pretensión octava declarativa de la reforma de la demanda, el suscrito salva su voto, por cuanto lo que se pretende a partir de esta pretensión es una declaración que se encuentra establecida en una disposición de carácter legal que dispone que TRANSMILENIO tiene la obligación de integrar, evaluar y hacer seguimiento a la operación del SITP conforme a la normativa, cual es el artículo 1º del Decreto 486 de 2006, tal como se expresó en las consideraciones sobre la pretensión 8 del Laudo de 20 de diciembre de 2018.

SÉPTIMO. En lo relativo a las pretensiones décima, undécima y duodécima, el suscrito salva su voto parcialmente, pues considera que las mismas debieron prosperar parcialmente y no en su totalidad, en la medida en que los incumplimientos legales y contractuales de TRANSMILENIO, así como los presuntos desequilibrios que se alegan, serán tópicos que se resolverán en detalle cuando se dé solución a cada una de las pretensiones especiales, así como cuando se decida sobre sus respectivas indemnizaciones.

OCTAVO. Respecto de la pretensión décima cuarta declarativa de la reforma de la demanda, el suscrito respetuosamente salva su voto, por cuanto el sentido de la pretensión, a su juicio, no se encamina a que se declare que la totalidad de la cláusula 17.5 del contrato de concesión 004 de 2010 ha sido cumplida, sino a que se declare que se cumplió precisamente con el cierre financiero en el aparte de aportar los compromisos respectivos, lo que se compadece con la declaración que, en efecto, se hace respecto de la existencia de certificación de cierre financiero por parte de TRANSMILENIO en la pretensión décima quinta.

NOVENO. Respecto a lo decidido sobre la pretensión vigésima declarativa de la reforma de la demanda arbitral relativo a la declaratoria de que a la fecha no se han cumplido los requisitos para la implementación de las Fases 1 y 2 del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, el suscrito se aparta de la decisión tomada por la mayoría de los pares que componen el Tribunal, en atención a que el dictamen técnico de parte de la firma CAL Y MAYOR expresa que: *"de acuerdo con el Artículo 19 del Decreto 309 de 2009, el SITP estará totalmente implementado e integrado al término de la Fase 2, únicamente cuando las trece zonas de concesión del componente zonal estén plenamente implementadas e integradas en términos tarifarios y operativos entre sí y con todas las troncales del componente troncal de Transmilenio, y cuando se termine de desmontar por completo el TPC. (...) Sin embargo, es importante aclarar que el hecho de que algunas rutas o zonas implementadas durante la Fase 2 estén integradas entre sí y/o con el componente troncal, NO significa que el SITP esté integrado en su totalidad. Para ello se debe culminar en su totalidad la Fase 2 de implementación a tal punto que todos los servicios de las (13) zonas de concesión estén plenamente implementados e integrados operativa y tarifariamente entre sí y con el componente troncal, además de sustituir por completo el antiguo esquema de operación TPC"*¹, lo cual indefectiblemente demuestra que los requisitos necesarios para la implementación de la fase 1, de acuerdo con la norma referida en el peritaje y que corresponden a la iniciación de los procesos de selección de los operadores zonales y del SIRCI ya se cumplieron, mientras que la totalidad de los que se requiere para la implementación de la fase 2 no se han cumplido en su totalidad, pues las 13 zonas de concesión no están integradas entre sí ni con la operación troncal y no se ha sustituido completamente el esquema de TPC.

¹ Cuaderno de pruebas No. 4, pág. 37, 38.

DÉCIMO. En relación con la pretensión vigésima primera, el suscrito se permite aclarar su voto, en el sentido de que la negación de la misma no obedecería a la negación de la pretensión vigésima, sino, porque los hechos presentados en la demanda y las pruebas que reposan en el expediente demuestran que las situaciones que generan la no implementación de la totalidad del SITP de la fase 2 por la terminación de los contratos de COOBUS y EGOBUS y la prolongación indefinida del SITP Provisional, no pueden conectarse con ninguna obligación legal y/o contractual que se evidencie como incumplida por parte de la Convocada.

DÉCIMO PRIMERO. Respecto de la pretensión vigésima cuarta, el suscrito se aparta respetuosamente de la decisión de la mayoría y salva su voto, por considerar que la pretensión debió ser concedida en consonancia y por los argumentos expuestos en el salvamento de voto sobre la pretensión vigésima, pues si está acreditado que no se ha cumplido con todo lo que requiere la implementación de la fase 2 del SITP, claramente no se han reunido los requisitos para la total entrada de este sistema.

DÉCIMO SEGUNDO. En cuanto a lo decidido en relación con la pretensión vigésima sexta, el suscrito se permite aclarar el voto, en el sentido de que se encuentra fundamentada la excepción 4.2 de la contestación de la reforma de la demanda de que la implementación del sistema se previó de manera gradual y progresiva, sin que exista un horizonte definido para su terminación en el tiempo, y sin que exista disposición contractual en ese sentido.

DÉCIMO TERCERO. En relación con la pretensión trigésima primera declarativa de la reforma de la demanda, el suscrito igualmente se permite salvar el voto, por cuanto, a diferencia de lo expuesto para decidir la misma, considera que cuando el contrato de concesión afirma que el Distrito será quien deba notificar sobre la ampliación de la etapa de transición al concesionario; ello se hace extensivo a TRANSMILENIO como parte contratante, a lo que se suma que la conducta contractual de ambas partes, tanto GMÓVIL como TRANSMILENIO, así lo demuestra, y prueba indefectible de ello es que la calidad de la Convocada como legitimada para el efecto no está en discusión, sino el momento en que ello fue realizado. En consecuencia, habida cuenta de la demostración de que la comunicación sobre ampliación de la etapa de transición por parte de TRANSMILENIO a GMÓVIL se dio luego de vencidos los tres años siguientes a la fecha de celebración del contrato de concesión, esto es, luego del 16 de noviembre de 2013, era procedente declarar la prosperidad de la pretensión, pues la misma se dirige a que

se reconociera por parte del Tribunal que el aviso efectuado no se dio dentro del plazo contractualmente previsto para el efecto.

DÑECIMO CUARTO. En cuanto a la pretensión trigésima cuarta declarativa de la demanda, el suscrito se permite salvar el voto parcialmente, porque no se comparte la decisión de prosperidad parcial de la pretensión respecto de lo relativo a que lo sucedido con los contratos 005, 012 y 013 de 2010 se encuentra dentro del riesgo asumido por GMÓVIL de demora en el arranque de la concesión por otros operadores, porque en el caso concreto, y tomando el mismo argumento expuesto sobre la procedencia de la pretensión en cuanto al riesgo de modificación del cronograma por entrada de otros contratos; el riesgo de demora hace referencia al comienzo de la operación y no a los problemas de operación una vez iniciada la misma, que es lo que ocurre en el caso concreto; es decir, que la concesión de GMÓVIL sí arrancó, en los términos del riesgo examinado, solo que ha tenido problemas en su desarrollo, por lo que se considera que la pretensión debió prosperar en su totalidad.

Al respecto, el suscrito retoma lo expuesto en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 proferido en el marco de la controversia incoada por MASIVO CAPITAL S.A.S. (pretensión 30), en el sentido de que: *"En cuanto a la calificación de los hechos aquí examinados, como generadores del riesgo señalado en la Matriz de Riesgos de los contratos, como el causado por las demoras en la iniciación de los cronogramas de la operación por otros concesionarios, según declaración solicitada (...), no encuentra el Tribunal la correspondencia de lo sucedido con Coobus y Egobus, con la iniciación de la operación, como lo prevé la disposición contractual"*.

DÉCIMO QUINTO. Respecto de la pretensión trigésima quinta declarativa de la reforma de la demanda, el suscrito también se permite salvar voto parcialmente, por cuanto, como se expuso respecto de la pretensión anterior, claramente los riesgos derivados de la terminación de contratos de concesión una vez iniciada la concesión de GMÓVIL no hace parte del riesgo asumido por este contratista, por lo que se acoge nuevamente lo expuesto en la pretensión recién estudiada sobre lo manifestado en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 para las pretensiones 30 y 31 de que: *"En cuanto a la calificación de los hechos aquí examinados, como generadores del riesgo señalado en la Matriz de Riesgos de los contratos, como el causado por las demoras en la iniciación de los cronogramas de la operación por otros concesionarios, según declaración solicitada (...), no encuentra el Tribunal la correspondencia de lo sucedido con Coobus y Egobus, con la*

iniciación de la operación, como lo prevé la disposición contractual". En consecuencia, debería prosperar la declaración en cuanto a que lo sucedido con la terminación de dichos contratos se constituye en eventos ajenos y no imputables a GMÓVIL.

No obstante, en el caso concreto, en relación con la parte de la pretensión que solicita que se declare que tales circunstancias alteraron el equilibrio financiero del contrato y que la Convocada está obligada a su restablecimiento, el suscrito considera que ello no es procedente, por cuanto no se demuestran ni el nivel de imprevisibilidad ni la onerosidad excesiva que demanda la teoría para la configuración del desequilibrio contractual, de manera que el hecho de que lo sucedido sea ajeno y no imputable al Convocante no es título suficiente para deducir imprevisibilidad de la situación ni la alteración de la igualdad entre derechos y obligaciones del contrato en condiciones anormales, presupuestos esenciales para la declaratoria de desequilibrio económico y un correspondiente restablecimiento.

DÉCIMO SEXTO. El suscrito se permite aclarar su voto en relación con las consideraciones por las cuales se niegan las pretensiones trigésima sexta a cuadragésima declarativas de la reforma de la demanda arbitral, en el sentido de que la simple afirmación de que las normas sobre las que basa la Convocante sus pretensiones son posteriores a la celebración del contrato o genéricas para el nivel nacional, no es título suficiente para su rechazo, sino que debió analizarse si las mismas tienen relación con cláusulas del contrato o si fueron incorporadas de alguna manera en el mismo, bien a partir de la previsión del numeral 1.13 del pliego de condiciones de la Licitación Pública 004 de 2009, o mediante alguno de los otrosíes incorporados al expediente del trámite, para determinar si era procedente o no un pronunciamiento de fondo. Se acoge, entonces, lo expresado en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 tantas veces referido al decidir sobre este mismo tema (pretensiones 33 a 36), de que, tratándose de la fuerza vinculante de las normas distritales en la ejecución de los contratos, *"salvo disposiciones concretamente allí previstas, su incidencia directa y oponibilidad para las partes contractuales requiere de Otrosíes formal y voluntariamente suscritos de común acuerdo por los contratantes, lo que no ocurre el tema que se analiza"*.

DÉCIMO SÉPTIMO. Respecto de la pretensión quincuagésima primera de la reforma de la demanda, el suscrito se permite aclarar el voto, en el sentido de que, tal como se encontró en relación con la pretensión 46 en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 frente al caso de MASIVO CAPITAL S.A.S., también debe tomarse en consideración que todas

las modificaciones del plan de implementación se concertaron entre TRANSMILENIO y GMÓVIL y, por ello, no se evidencia incumplimiento; que no se evidencia que haya imprevisibilidad en las fallas del SIRCI tratándose de un tema de tecnología en donde es normal que haya fallas, lo que un experto como el concesionario debe saber; y que, por último, no se estableció la causalidad entre la obligación de control de TRANSMILENIO y el funcionamiento del SITP con las fallas del SIRCI.

DÉCIMO OCTAVO. Respecto de la pretensión quincuagésima segunda de la reforma de la demanda, el suscrito respetuosamente se permite salvar su voto, por cuanto, con independencia de lo expresado en su momento por la Superintendencia de Industria y Comercio para efectos del análisis de conductas violatorias de competencia, las decisiones de la Superintendencia de Puertos y Transporte derivan del estudio de la conducta de TRANSMILENIO desde su posición como Ente Gestor y en el marco de la actividad del sistema de transporte, con lo cual se comparte lo expresado en el Laudo de 20 de diciembre de 20 de diciembre de 2018 sobre la controversia de MASIVO CAPITAL al resolver la pretensión 46, idéntica a la que aquí se estudia, en cuanto a que: *"En cuanto al Medio de Pago, los contratos de concesión 006 y 007 [lo cual es idéntico en el contrato 04 de 2010] lo definen así en el punto 1.54: El mecanismo o instrumento que se adopte para que los usuarios del SITP, puedan acceder a él, mediante el pago de una suma de dinero equivalente a Unidades de Transporte. El medio de pago a utilizar en el Sistema Integrado de Recaudo será la tarjeta inteligente sin contacto (TISC) o cualquier otro que en el futuro defina Transmilenio S.A. con las funcionalidades necesarias para permitir la integración operativa y tarifaria del SITP"*, que *"Obran en el expediente las Resoluciones 3790, 327 y 328, de 2013, (Anexos 30,31 32 Dictamen de Cal y Mayor) expedidas por la Superintendencia de Puertos y Transporte, regulatorias de la integración operativa de los medios de pago, así como la 15148 del mismo año impositiva de multas a Transmilenio "por no haberse cumplido la integración del medio de pago recogida en la Resolución 11890 expedida por esta Superintendencia, para la totalidad del Sistema a fecha 30 de noviembre de 2013. También en el Informe de Auditoría de Desempeño. Secretaria Distrital de Movilidad. Período Auditado 2012-2015 por la Contraloría de Bogotá (Anexo14 Cal y Mayor), se hizo el siguiente pronunciamiento respecto del tema en cuestión: "...deficiente gestión de Transmilenio S.A. en relación a hacer cumplir de manera oportuna la actividad de unificación del medio de pago que es la condición fundamental para la integración plena entre el Transmilenio con el Sistema Integrado de Transporte (...). Se concluye que el Ente Gestor no logró dirigir una efectiva*

gestión frente a los concesionarios de recaudo de las Fases I y II del sistema Transmilenio para la unificación del medio de pago (...)”.

DÉCIMO NOVENO. En cuanto a la pretensión quincuagésima tercera declarativa de la reforma de la demanda, el suscrito aclara su voto en el sentido de adicionar como argumento para negar la pretensión que no hay prueba de que usar flota de reserva haya afectado la operación del concesionario, y no se estableció la obligación de TRANSMILENIO de responder por costos de instalación y desinstalación de equipos, ni tampoco su costo, tal como se refiere en la decisión a la pretensión 48 del Laudo de 20 de diciembre de 2018 citado.

VIGÉSIMO. Respecto de la pretensión quincuagésima quinta, el suscrito se permite aclarar el voto, en el sentido de adicionar como argumentos para negar la pretensión que además de lo dicho en la matriz de riesgos sobre que dicho riesgo debe asumirlo el concesionario, tal decisión se justifica en el mismo documento en que son sus operarios los que tienen contacto directo con el pasajero al momento de ingreso al vehículo, a lo que se suma que la cláusula 17.1.21 del contrato de concesión consagra como obligación del concesionario de *“responder por la evasión del pago de la tarifa al usuario que se genere con motivo del comportamiento de los conductores contratados por su empresa y en general por todos los mecanismos de control de acceso al vehículo”*.

En este punto, se considera pertinente igualmente poner de presente lo expresado en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 ya citado para resolver la pretensión 50, idéntica a la que aquí se estudia, así:

“El Tribunal considera hacer la distinción de dos eventos disparadores del riesgo, los cuales se traducen; i) de un lado en la falta de educación de los usuarios que se suben a los buses del componente zonal operado por MASIVO CAPITAL sin la validación del medio de pago y sin el uso de la fuerza o violencia; ii) y de otro, los eventos en donde la fuerza y la violencia imperan para el acceso a los vehículos sin validar el pago del tiquete.

(...)

"TRANSMILENIO, si bien tiene obligaciones de carácter general que implican la supervisión y control del sistema de acuerdo con los documentos de su constitución, la normativa y del clausulado contractual, este, no tiene la facultad, ni competencia para intervenir en situaciones de orden público y social como es el caso de las situaciones de violencia que aquejan al componente zonal en algunos sectores de operación, eventos en los cuales, se ve compelido a solicitar la asistencia y colaboración de la fuerza pública y demás entidades administrativas que para tal efecto tengan competencia en virtud de la ley y del reglamento.

Bajo el primer evento que aquí se explica, el Concesionario y el Ente Gestor en una situación eximente de responsabilidad, por encontrarse ante un evento en el que se configura el hecho de un tercero que los pone por fuera de su capacidad de acción para poder obrar e impedir el acceso por conducto de la fuerza en los vehículos zonales operados por MASIVO CAPITAL.

(...)

"Bajo el segundo supuesto, esto es, personas que se suben al componente zonal operado por MASIVO CAPITAL sin el uso de la violencia o fuerza, pero sin la validación del medio de pago (...) se trata de un riesgo que debe ser asumido por el Concesionario, pues de acuerdo con la matriz de riesgo de los contratos 006 y 007 es este quien está en mejor posición de controlarlo, gestionarlo y mitigarlo, toda vez, que es el Concesionario de operación quien está en contacto directo con los pasajeros al momento de su ingreso al vehículo. Además, debe ponerse de presente que se impone como medida para su mitigación la realización de "todas las acciones a su alcance para que sus empleados adopten medidas para evitar evasión en el pago de la tarifa en los buses". Lo que implica, que el Concesionario de operación asuma dicha obligación en virtud de lo pactado en el Anexo 5 (Matriz de riesgo) y el clausulado contractual.

(...)

"[L]as situaciones de falta de validación del tiquete en el componente zonal es un evento que resulta ser ajeno tanto MASIVO CAPITAL como a TRANSMILENIO, pues depende diversos factores, configurándose un fenómeno de imprevisión (...) Sin embargo, no se trae por parte de la sociedad Convocante prueba alguna sobre la que se fundamente y/o cuantifique la excesiva onerosidad, y el impacto grave de cara a la ejecución del contrato que dificulte su ejecución que lleva a este Tribunal a ordenar a TRANSMILENIO un restablecimiento a favor de MASIVO CAPITAL".

VIGÉSIMO PRIMERO. En cuanto a la pretensión quincuagésima quinta declarativa de la reforma de la demanda, el suscrito se permite aclarar el voto en el sentido de adicionar como argumentos para la negación de la pretensión (i) que la parte Convocante no señala qué obligación legal o contractual se viola con esta situación ni en qué consiste el incumplimiento, (ii) que la cláusula 24.1 que consagra el deber general de TRANSMILENIO de vigilar el sistema es una obligación de medio, y (iii) que el concesionario conocía el fenómeno de la piratería en las zonas en las que se presentó para operar, con lo cual la imprevisibilidad desaparece.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Respecto de la pretensión quincuagésima novena declarativa de la reforma de la demanda, el suscrito aclara su voto en el sentido de que el argumento para negar la pretensión no es la transacción invocada, sino que en la cláusula séptima de los otrosí 17 se pactó sobre funcionamiento y mantenimiento de los mecanismos de accesibilidad que: *"el concesionario se obliga a mantener en funcionamiento y disponible para el servicio los mecanismos de accesibilidad. así mismo, el concesionario se obliga a realizar el mantenimiento preventivo y correctivo de dichos mecanismos, conforme a las instrucciones que fije su diseño de fábrica. el concesionario es responsable de todo daño, deterioro, pérdida o cualquier otra situación que afecte el funcionamiento de los mecanismos de accesibilidad y que no corresponden al desgaste normal de los mismos"*, siendo ello argumento suficiente para despachar negativamente la solicitud, tal como se hiciera en la misma pretensión 55 de la controversia decidida en el Laudo de 20 de diciembre de 2018, por ser idéntico el contenido de esta estipulación en dicho caso.

Y, en adición a lo anterior, el suscrito igualmente aclara su voto respecto del argumento esbozado de que: *"Darle efectos contractuales a la emisión de leyes de carácter general, o a la expedición de fallos del poder jurisdiccional desborda cualquier concepto del contenido de un vínculo negocial y mucho más cuando a partir de ello se pretenda imponerle a Transmilenio el restablecimiento de la supuesta ruptura del equilibrio económico del Contrato 004-2010"*, en el sentido de expresar que la expedición de leyes es causa tradicionalmente decantada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de imprevisión como detonante de desequilibrio económico del contrato.

Ahora bien, en concordancia con lo anterior, respecto de la negación de la pretensión subsidiaria, el suscrito aclara su voto en cuanto a que no se acreditaron los requisitos para la procedencia del desequilibrio, haciendo énfasis en que la expedición de leyes o sentencias sí puede ser fuente de un desequilibrio económico bajo la teoría de la imprevisión, siempre que se demuestren los presupuestos que demanda esta teoría.

VIGÉSIMO TERCERO. Respecto de la pretensión sexagésima de la reforma de la demanda, el suscrito respetuosamente se aparta de la decisión mayoritaria y salva su voto, porque, como se expuso en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 que aquí se toma como baremo de comparación (pretensión 56), la pretensión debió declararse próspera *"en la medida que la misma corresponde a los conceptos que doctrina y jurisprudencia (sic) ha delimitado frente al alcance de las normas allí citadas"*.

VIGÉSIMO CUARTO. En relación con las afirmaciones relativas a la asignación de riesgos, el suscrito respetuosamente se aparta por cuanto, de una parte, el riesgo lo asume quien esté en mejor posición para gestionarlo, y eso es independiente de si se es deudor de una obligación o no, como lo hemos expresado en otras decisiones arbitrales², y por otra, porque con la afirmación de que: *"tampoco le corresponde al deudor cargar con las consecuencias de un riesgo asumido por él, cuando la materialización del riesgo sea consecuencia del incumplimiento contractual de su adversario"* se está declarando tácitamente procedente la pretensión 65 de *"Que se declare que, en todo caso, Gmóvil S.A.S. no está obligado a asumir los efectos adversos generados por riesgos asignados"*

² Cfr. Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento de Consorcio Cosacol Confurca - Cosa Colombia contra Transoriente S.A. – E.S.P., Laudo Arbitral de 18 de junio de 2014; Cámara de Comercio de Barranquilla, Tribunal de Arbitramento de Transatlántico S.A. contra Transmetro S.A., Laudo de 10 diciembre de 2014; Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento de Transmasivo S.A. y Somos K S.A. contra Transmilenio S.A., Laudo de 21 de diciembre de 2016.

a ella válidamente, cuando el hecho generador provenga de incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de Empresa De Transporte Del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.”.

VIGÉSIMO QUINTO. Respecto de la pretensión 68 de la demanda y sus apartes 68.1 a 68.5, el suscrito debe salvar su voto, porque en el laudo referido de Masivo Capital S.A.S., si bien se llega igualmente a la conclusión de que el argumento de ineficacia solamente se trajo a colación en etapa de alegatos de conclusión, se interpreta que sí hay una pretensión subsidiaria de ineficacia (pretensión 64), pero se limita a reconocer la ineficacia de pleno derecho del aparte de la cláusula 115 de los contratos 006 y 007 – que también es la misma del contrato 004 de GMÓVIL- que expresa que: *"no procederán reclamaciones del concesionario basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueron asumidos por él y consecuentemente, Transmilenio S.A. no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al concesionario, que permita eliminar y/o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentre expresamente pactado en el presente contrato de concesión"*, ya que en el inciso final del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 se expresa que *"serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados"* y, como la ineficacia referida opera sin necesidad de declaración judicial, lo que procede es simplemente reconocer la configuración de la misma.

A lo anterior se suma que, contrario a lo expuesto sobre la prosperidad de la excepción propuesta por TRANSMILENIO de inexistencia de nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas respetuosamente no se comparte, porque los argumentos expuestos por la Convocada para defender la misma no tienen relación con la caducidad del medio de control, que es el argumento esbozado por el Tribunal para negar la pretensión.

VIGÉSIMO SEXTO. Se hace igualmente aclaración de voto respecto de los argumentos para denegar la pretensión sexagésima novena subsidiaria de la reforma de la demanda, en el sentido de que, para el suscrito, la razón para ello es que: *"los riesgos, conforme a la matriz del contrato, en lo referente al deterioro de la malla vial y el aumento del parque automotor, se encuentran cubiertos y adjudicados al concesionario, quien los aceptó en su momento, sin reparo alguno, por lo cual (...) no es dable adjudicarlos a*

TRANSMILENIO”, argumento que se esbozara sobre idéntica solicitud en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 a partir de hechos y contenido contractual similar (pretensión 65 subsidiaria).

VIGÉSIMO SÉPTIMO. En cuanto a la pretensión octogésima novena declarativa de la demanda arbitral, el suscrito aclara su voto en el sentido de que la razón para denegar la pretensión debería ser el hecho de que la condición de las vías es un tema que corresponde al Distrito Capital y no a Transmilenio, pero dicha circunstancia hace parte de los riesgos asumidos por el concesionario. Al respecto, el suscrito se atiene a las consideraciones expuestas en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 sobre la controversia de MASIVO CAPITAL S.A.S. (pretensión 81), de que: *“por lo que hace al mal estado de la malla vial, no parece que, al no ser de responsabilidad de TRANSMILENIO sino del Distrito, puede ser adjudicada a él bajo como una obligación de las que se derivan de su condición de gestor, a que se refiere el artículo 24 numeral 24.1 del contrato, que describe sus deberes de manera general, ni extenderse a lo que contractualmente se estableció como un riesgo a cargo del Concesionario”* y que: *“Sobre esta base y la premisa de que el análisis del negocio y las condiciones, el entorno y la eventual evolución de las mismas, como en diversos aspectos del caso se ha puesto de presente, era de cargo y cuenta del Concesionario, conforme a la matriz de riesgos y la explicación de los alcances de la misma y se tiene en cuenta que se trata de profesionales reconocidos de vieja data en la actividad del transporte, era previsible y razonable que tuvieran claro, al momento de presentarse a licitar, la evolución y crecimiento del transporte en cuanto a la evolución del parque automotor de la ciudad y su perspectiva futura”*.

VIGÉSIMO OCTAVO. En relación con la pretensión nonagésima segunda declarativa de la reforma de la demanda, el suscrito se permite aclarar su voto, pues, si bien se comparte lo dicho en cuanto a que el contrato habilita a TRANSMILENIO para expedir manuales y reglamentos, así como lineamientos técnicos para la operación del SITP, se reitera lo dicho en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 tomado como baremo respecto de la pretensión 86, que es exactamente igual a la que aquí se comenta, de que: *“la parte convocante no especifica dentro de su argumentación, cuáles son las obligaciones legales y/o contractuales que vulneró Transmilenio al expedir la actualización del manual de operaciones (resolución 174 de 2015)”*, y que *“el manual de operaciones vigente para el componente zonal es más adecuado para la operación de alimentación que para*

la operación zonal y, siendo este el caso, no se evidenciaría el incumplimiento referido por la parte convocante para dar prosperidad a su pretensión”.

VIGÉSIMO NOVENO. El suscrito respetuosamente aclara su voto en relación con la pretensión nonagésima tercera declarativa de la reforma de la demanda, por cuanto, en su opinión, el concepto de tiquete como base para la tasación de desincentivos no se encuentra estipulado en ningún aparte de los documentos contractuales. Así, el suscrito repite los argumentos expuestos en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 frente a la exactamente igual pretensión 87, en cuanto a que: *“respetando lo pactado y los documentos existentes para su cabal ejecución, (...) el baremo establecido por parte de Transmilenio en el manual de operaciones adoptado mediante la Resolución 059 de 2014 del número de tiquetes para tasar el monto de los desincentivos operativos, no tiene sustento contractual en la medida en que en la cláusula 121.2 de los contratos de concesión, que es la estipulación que consagra esta figura como una sanción independiente de las multas “las conductas generadoras de desincentivos operativos derivados de los acuerdos de niveles de servicio por concepto de servicio al usuario”, sin habilitarse a Transmilenio a fijar la forma de tasación de este tipo de sanción de manera unilateral”, y que “no puede el Tribunal analizar de fondo si la interpretación sobre el significado que debe darse al término “tiquete” correspondería o no al cobro que se hace a cada usuario para poder acceder al sistema, pues, en el marco de la pretensión incoada y la defensa presentada, que es a lo que se contrae su competencia, ello resulta improcedente”.*

Ahora bien, respecto de lo decidido frente a la pretensión subsidiaria a la anterior, el suscrito igualmente salva su voto con base en lo aducido igualmente en el Laudo de la controversia propuesta por MASIVO CAPITAL S.A.S. sobre la pretensión 87 subsidiaria, en el sentido de que: *“la cláusula 121.2 de los contratos de concesión presenta un serio vacío que impide su aplicación efectiva por la ausencia de referencia al monto o mecanismo de tasación de la sanción de desincentivos operativos, pero no por ello son procedentes las pretensiones principal ni primera (...) subsidiarias de la demanda, toda vez que no se observa violación de ninguna norma o cláusula contractual ni abuso por parte de Transmilenio al interpretarse que el concepto de tiquete es el del valor que se cobra a los usuarios por el uso del sistema, al no evidenciarse un exceso de los límites que pueda fijar la buena fe o la finalidad de la estipulación (especialmente porque dicho baremo ya existía desde que la cláusula de multas no había sido modificada y se hacía referencia al manual de operaciones para el efecto)”.*

Seguidamente, sobre lo decidido frente a la segunda pretensión subsidiaria de la nonagésima tercera declarativa de la reforma de la demanda, el suscrito aclara su voto en cuanto a que, además de lo dicho frente a la caducidad, *"tampoco procede una declaratoria de nulidad, primero, por no ser ello una cláusula" contractual, y segundo, porque el solo hecho de que se trate de una acción unilateral de la Convocada no se compadece con ninguna de las causales de nulidad existentes en el ordenamiento jurídico"*, argumento que se extracta de lo expresado contractualmente a la segunda pretensión subsidiaria 87 decidida en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 extensamente citado.

Por último, sobre la tercera pretensión subsidiaria, corresponde al suscrito salvar su voto por considerar que la misma debe prosperar parcialmente, *"en el sentido de que (...) el valor del tiquete calculado con base en la Tarifa al Usuario es improcedente para la liquidación de imposición de desincentivos operativos por las razones anteriormente esbozadas, esto es, por ausencia de estipulación expresa al respecto o de remisión a dicho concepto en la cláusula 121.2 de los contratos de concesión"*, siendo concordante con lo decidido sobre idéntica pretensión (tercera subsidiaria 87) en el Laudo de 20 de diciembre de 2018.

TRIGÉSIMO. En cuanto a la pretensión nonagésima cuarta declarativa de la demanda y su subsidiaria, el suscrito se separa de las consideraciones hechas para decidir su negación, en atención a que, tal como se decidiera en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 sobre la pretensión 88 y su subsidiaria, idénticas en contenido y argumentación a las que aquí se estudian, se considera que existe una nulidad absoluta de la cláusula 131.2 del contrato de concesión 004 de 2010, porque *"consagra un procedimiento diferente al establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para la imposición de desincentivos, especialmente si se tiene en cuenta que la suscripción de los otrosíes No. 5 a los mismos, con los cuales se incorpora la cláusula referida, se celebraron precisamente con ocasión de la expedición de dicha Ley"*, de manera que, dado *"que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se trata de una norma de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, (...) se configura una nulidad absoluta por objeto ilícito en la cláusula 131.2 (...) que consagra un procedimiento diferente para la imposición de desincentivos, en la medida en que dicha estipulación es jurídicamente imposible por violar el derecho público de la Nación, a través de la pretermisión del mandato legal de procedimiento para imposición de sanciones"*.

TRIGÉSIMO PRIMERO. El suscrito respetuosamente aclara su voto en relación con las pretensiones nonagésima quinta y nonagésima sexta declarativa de la reforma de la demanda, por cuanto, siguiendo lo manifestado al respecto en las pretensiones 89 y 90 del Laudo de 20 de diciembre de 2018 de la controversia de MASIVO CAPITAL S.A.S., *"No se especifica por la Convocante qué obligaciones legales y/o contractuales se violan por parte de Transmilenio al aplicar el tope del 10% sobre el total de ingresos del concesionario como límite a la cuantía de los desincentivos, sino solamente el hecho de que, en estricto sentido de lo contenido en el contrato, jurídicamente tal limitación no es aplicable a los desincentivos",* y que *"bajo la aplicación de la regla de interpretación del artículo 1622 del Código Civil, el tope contenido en el aparte 121.1 de la cláusula 121 de los contratos de concesión (...) se constituye en el límite máximo para cualquier tipo de sanción comprendido dentro de dicha estipulación, es decir, que en ausencia de pacto sobre un tope en valor monetario para la aplicación de los desincentivos operativos, los mismos en ningún caso podrían ser superiores al diez por ciento del total de ingresos que perciba el concesionario por cualquier causa en el mes en que se causan los hechos constitutivos de dicha sanción pues, de entenderse de otra manera y sin aplicación de este criterio legal de interpretación contractual, estos desincentivos podrían exceder dicho monto y TRANSMILENIO cobraría al concesionario el valor que arroje el cálculo correspondiente".*

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Respecto de las pretensiones nonagésima séptima y nonagésima octava declarativas de la reforma de la demanda, el suscrito aclara su voto en el sentido de que el límite pactado para el valor de las multas debe aplicarse a los desincentivos, y que ello debió ser parte determinante de la decisión adoptada. Al respecto, nuevamente se trae a colación lo decidido en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 frente a las pretensiones 91 y 92, idénticas a las aquí analizadas, en cuanto a que: *"bajo la aplicación de la regla de interpretación del artículo 1622 del Código Civil, el tope contenido en el aparte 121.1 de la cláusula 121 de los contratos de concesión (...) se constituye en el límite máximo para cualquier tipo de sanción comprendido dentro de dicha estipulación, es decir, que en ausencia de pacto sobre un tope en valor monetario para la aplicación de los desincentivos operativos, los mismos en ningún caso podrían ser superiores al diez por ciento del total de ingresos que perciba el concesionario por cualquier causa en el mes en que se causan los hechos constitutivos de dicha sanción pues, de entenderse de otra manera y sin aplicación de este criterio legal de*

interpretación contractual, estos desincentivos podrían exceder dicho monto y TRANSMILENIO cobraría al concesionario el valor que arroje el cálculo correspondiente”.

TRIGÉSIMO TERCERO. Respecto de lo decidido sobre la pretensión nonagésima novena declarativa de la reforma de la demanda, el suscrito respetuosamente se permite salvar su voto en coherencia con lo dicho respecto de la aclaración hecha frente a lo decidió en la pretensión nonagésima cuarta declarativa, toda vez que lo relativo a intereses moratorios se encuentra consignado en la cláusula 131.2 del contrato de concesión, la cual, a juicio del suscrito, debió ser declarada nula absolutamente de oficio por el Tribunal. Al respecto, nuevamente es necesario traer a colación lo decidido en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 sobre la pretensión 93, que es exactamente igual a la aquí analizada, de que: *"dado que en esta providencia se declara oficiosamente la nulidad absoluta de la cláusula 131.2. incorporada mediante el otrosí No 5 de los concesión (...), por cuanto el procedimiento en ella consagrado para la imposición de desincentivos no corresponde con el legalmente establecido para la aplicación de sanciones en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y que fue en esta cláusula en la que se estipuló que los intereses de mora aplicarían desde la fecha en que ocurriera el hecho constitutivo del desincentivo, dicha estipulación es igualmente nula, con los mismos efectos ya referidos, pues una previsión en tal sentido no se encuentra prevista en la norma imperativa sobre procedimiento para sanciones, a lo que se suma que el acto administrativo que finaliza el procedimiento de igual naturaleza es el que da certeza de la configuración de la situación jurídica, en este caso, de los incumplimientos objeto de desincentivos, por lo que sus efectos rigen hacia el futuro al no haber norma expresa que disponga lo contrario”.*

TRIGÉSIMO CUARTO. Frente a lo decidido sobre la primera pretensión principal de la reforma de la demanda de reconvención, el suscrito aclara su voto acogiendo lo expuesto sobre la misma pretensión en el Laudo de 20 de diciembre de 2018, en el sentido de que: *"el contenido de la cláusula 121.2 de los contratos de concesión (...) incorporado mediante los otrosíes No. 5 de 28 de diciembre de 2011 no contradice ninguno de los presupuestos del artículo 1495 del Código Civil, ya que las partes que estipularon dicha cláusula son plenamente capaces, no se evidencia error, fuerza o dolo de ninguna de las partes que denote un vicio en el consentimiento de alguna de ellas, y lo previsto en la misma no es material ni jurídicamente imposible y no viola el derecho público de la Nación, ni tampoco se encuentra una motivación para su celebración prohibida por la ley, de manera que no se encuentra ningún vicio de validez en la cláusula referida; ni*

tampoco se evidencia ninguna inhabilidad en el contratista concesionario, ni hay expresa prohibición constitucional o legal para pactar dicha estipulación, así como algún abuso o desviación de poder, ni, por supuesto, se ha declarado nulo algún acto administrativo que fundamente dicha modificación contractual, de modo que no se configura ninguna de las causales de nulidad absoluta especiales que se encuentran en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993”.

TRIGÉSIMO QUINTO. En cuanto a lo decidido en la segunda pretensión principal de la demanda de reconvención, el suscrito respetuosamente salva su voto, por cuanto lo que concluye el Tribunal es la nulidad absoluta de oficio solamente del aparte 4 de la cláusula 131.2 del contrato de concesión, mientras que, en nuestra opinión y como se dijo frente a la demanda principal, la nulidad absoluta cobija a la totalidad de la cláusula, de modo que se acogen los argumentos esbozados sobre idéntica pretensión en el Laudo de 20 de diciembre de 2018, en cuanto a que: *"habida cuenta de que se ha declarado de oficio la nulidad absoluta de la cláusula 131.2 de los contratos de concesión 006 y 007 de 2010 que se encuentra al estudiar la pretensión octogésima octava de la demanda principal, esta pretensión de la Convocante en reconvención, de manera consecuente, no está llamada a prosperar, de modo que, como se manifestó en el aparte correspondiente, en caso de que TRANSMILENIO decida imponer los desincentivos operativos que considere se han configurado desde la suscripción de los Otrosíes No. 5 de 28 de diciembre de 2011, deberá acudir al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para el efecto, desarrollando los procedimientos administrativos en los términos legalmente establecidos para lo pertinente”.*

TRIGÉSIMO SEXTO. Sucede lo mismo frente a la pretensión tercera principal de la reforma de la demanda de reconvención, de modo que el suscrito salva su voto, por cuanto considera que la misma debió denegarse ante la configuración de nulidad absoluta de la totalidad de la cláusula 131.2 del contrato, como se ha sostenido, por lo que, nuevamente, se trae a colación lo expresado frente a la misma pretensión en el Laudo de 20 de diciembre de 2018, de que: *"ante la declaratoria de nulidad de la cláusula 131.2 de los contratos de concesión (...) en los términos y por las razones oportunamente expuestas, y por generarse con ella los efectos expresamente establecidos en el artículo 1746 del Código Civil de dar derecho a las partes a ser restituidas al mismo estado en que se encontraban si no hubiese existido la cláusula que aquí se ha anulado, se negará la pretensión incoada y su subsidiaria, así como las excepciones propuestas, dado que*

el efecto aquí referido proviene directamente de la ley y no deriva de los argumentos fácticos y jurídicos esbozados en la contestación de la demanda de reconvención”.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Respecto de las pretensiones tercera, quinta y sexta de integración de la reforma de la demanda reconvención, el suscrito respetuosamente aclara su voto al considerar que la mismas debieron negarse en atención a que, como se expuso en el salvamento de voto hecho frente a la pretensión de la demanda principal correspondiente, se considera que a la fecha la integración total del SITP no se ha dado porque no están coordinados los trece concesionarios ni se ha eliminado totalmente el sistema TPC.

TRIGÉSIMO OCTAVO. Respecto de la pretensión cuarta de integración de la reforma de la demanda reconvención, el suscrito respetuosamente aclara su voto al considerar que la misma debió negarse en atención a que TRANSMILENIO incumplió su obligación de gestión dirigida a evitar la existencia simultánea de varios medios de pago electrónicos, durante los meses de junio de 2012 a diciembre de 2015.

TRIGÉSIMO NOVENO. En cuanto a lo decidido frente a las pretensiones décima tercera y décima cuarta de integración de la reforma de la demanda de reconvención, el suscrito se aparta de la decisión, porque no considera como argumento válido para la misma el hecho de que se estime por parte del Tribunal que la redacción de la pretensión hace referencia a las concesiones en general y no al contrato objeto de estudio, cuando claramente en otras pretensiones que tenían similar redacción expresamente interpretó la demanda para circunscribirla al contrato de concesión 004 de 2010. En consecuencia, se considera que debió analizarse de fondo la fecha de la presentación del plan de implementación por parte de GMÓVIL y la fecha de aprobación por parte de TRANSMILENIO para determinar si era procedente la declaratoria de que la terminación de la fase de puesta en marcha y el consecuente inicio de la etapa operativa propiamente dicha se dio en agosto de 2014.

CUADRAGÉSIMO. El suscrito aclara su voto frente a la pretensión décima octava de integración de la reforma de la demanda de reconvención, en el sentido de que la negación de la misma debería obedecer, tal como se expuso respecto de la misma pretensión en el Laudo de 20 de diciembre de 2018, a que lo *"regulado por el parágrafo 2 de la cláusula 64 de los Contratos, relativa específicamente a los derechos de participación del concesionario, se refiere a la evaluación cualitativa y cuantitativa de la*

calidad del servicio de transporte prestado por este” y a que “dicho factor es exigible únicamente al finalizar la fase de implementación del sistema, la cual (...) no está actualmente implementada. Tampoco encuentra el Tribunal prueba de que TRANSMILENIO haya iniciado a MASIVO CAPITAL un procedimiento tendiente a afectar su remuneración por la imposición del factor de calidad”.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. En relación con la pretensión segunda del acápite relativo a la solicitud de nulidad del parágrafo 1 de la cláusula 119 del contrato de concesión, y que se refiere a la solicitud de declaratoria de ineficacia del derecho de preferencia, el suscrito se aparta de la decisión del Tribunal por cuanto, a su juicio, se configura una ineficacia de pleno derecho en dicho aparte contractual por violación del artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, en los mismos términos referidos sobre idéntica pretensión en el Laudo de 20 de diciembre de 2018 de que: *“la incorporación de la posibilidad de que un concesionario del componente zonal se convierta en operador de una troncal del sistema, despliega la consecuencia consignada en el inciso final del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, esto es, la ineficacia de pleno derecho, la cual el Tribunal reconoce ante su evidente configuración por mandato de la ley, sin que ello signifique una declaratoria de su parte en tal sentido”.*

JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ

Árbitro

Fecha et supra