

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO VEINTE ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CALI

SENTENCIA DE ORALIDAD No. 063

Santiago de Cali, veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

RADICADO: 76-0001-33-40-020-2017-00243-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: WILLIAM MONCADA VÁSQUEZ
DEMANDADO: METROCALI S.A. Y UNIMETRO S.A.

Procede el Despacho, a decidir la demanda que en ejercicio del medio de control de Reparación Directa, consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011-¹, promueve el señor William Moncada Vásquez, en contra de METROCALI S.A. y UNIMETRO S.A.

1. Las Pretensiones.

➡ Que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a las entidades demandadas, por los perjuicios causados al demandante, al no darle trámite a al pago de los siguientes contratos de compraventa suscritos con el operador UNIMETRO S.A.:

- Contrato No. 264 del vehículo de placas VBU-767 para desintegración.
- Contrato No. 263 del vehículo de placas VBV-768 para desintegración.
- Contrato No. 262 del vehículo de placas VBV-811 para desintegración.

➡ Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la entidad demandada, a pagar a la parte demandante las siguientes sumas de dinero:

-Por perjuicios materiales: El valor de DOSCIENTOS DOCE MILLONES TRESCIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$212.310.000) M/CTE.

-Por perjuicios morales: El equivalente a 100 s.m.l.m.v., es decir la suma de SETENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS PESOS (\$73.771.700).

➡ Que se ordene a la entidad accionada, pagar los intereses moratorios, acorde con lo preceptuado por el artículo 192 del CPACA.

¹ En adelante CPACA.

➔ Que se ordene a la entidad demandada, cancelar los gastos y costas procesales, los honorarios de abogado y las agencias en derecho.

2. Los Hechos que fundamentan el presente medio de control, se sintetizan en la siguiente forma:

2.1.1. Entre los propietarios de vehículos inscritos a la Cooperativa de Transportes La Ermita y UNIMETRO S.A. se negoció la compraventa de 20 vehículos, para la desintegración del sistema de vehículos de transporte público en la ciudad.

En la negociación, UNIMETRO S.A. ofreció a los propietarios de los buses, pagarles la suma de \$70.770.000 y un valor de \$18.648.993 como aporte del fondo FRESA –Fondo de reconversión empresarial social y ambiental, creado por METROCALI S.A. para incentivar a los pequeños propietarios de transporte a chatarrizar sus vehículos.

2.1.2. En virtud de dicha negociación, el día catorce (14) de octubre de 2015, el señor William Moncada Vásquez suscribió 3 contratos con UNIMETRO S.A., que tenían por objeto, la compra venta de los vehículos identificados con placas VBV-768, VBV-811 y VBU-767, para su desintegración, por valor de \$70.770.000, menos el porcentaje de retención en la fuente, por cada uno de los vehículos.

2.1.3. En la forma de pago se acordó, que el precio del vehículo se pagaría con recursos del patrimonio autónomo FIDUDAVIVIENDA, en un tiempo estimado de 45 días, a partir del ingreso del automóvil a la Siderúrgica SIDOC –entidad desintegradora autorizada por el Ministerio de Transporte para efectuar el proceso de desintegración física de vehículos-, siempre y cuando no se presentaran externalidades que impidieran los procesos.

2.1.4. El señor Moncada Vásquez entregó dos (02) de los (03) vehículos de su propiedad a la Siderurgica y el tercer vehículo se lo entregó a UNIMETRO S.A., porque presentaba trámites judiciales pendientes.

2.1.5. El día nueve (09) de diciembre de 2015 se llevó a cabo la chatarrización de los vehículos de placas VBV-768 y VBU-767, pero hasta la fecha no se ha pagado al vendedor, el valor de los vehículos conforme al contrato de compraventa celebrado.

2.1.6. En el mes de julio de 2016, por solicitud de la Cooperativa de Transporte La Ermita, se realizó audiencia con el presidente de METROCALI S.A., para exponerle el tema del incumplimiento de UNIMETRO S.A., quien se limitó a indicar que revisaría el tema.

2.1.7. El día catorce (14) de julio de 2016, UNIMETRO S.A. envió comunicado informando que había iniciado negociaciones para un acuerdo de reorganización – Ley 1116 de 2006-, motivo por el cual, las obligaciones derivadas de los contratos de compraventa entrarían a ser parte del acuerdo de acreedores en el último lugar, por tratarse de obligaciones de tipo quirografario.

2.1.8. De acuerdo a lo manifestado en comunicación suscrita por METROCALI S.A. -No. 915.1.20.2390.2015 del veintiséis (26) de julio de 2016-, el proceso de reducción de oferta del transporte público colectivo inició en el año 2012, pero ante la manifestación de los concesionarios de no poseer recursos para continuar el proceso, METROCALI S.A. gestionó un crédito con la Fiduciaria DAVIVIENDA y le dio el nombre de DEBCA (Desintegración de buses de Cali), por valor de \$45.000.000.000 para ejecutar el proceso.

La reducción de oferta se realizó entre febrero de 2014 y diciembre de 2015, cuando los recursos del crédito se agotaron, durante ese lapso se logró la compra y pago de 813 vehículos de transporte público.

Por tal razón, METROCALI S.A. ha informado que a partir del mes de diciembre de 2015 no es responsable del proceso de reducción y cada concesionario de transporte masivo debe realizar con recursos propios, el pago correspondiente, en caso de que negocie algún vehículo.

2.1.9. METROCALI S.A. ha indicado, que informó la falta de recursos en el Fondo DEBCA a cada concesionario, indicándoles que los negocios que realizaran por ese concepto deberían ser cancelados con los recursos propios de cada concesionario, pero en ningún momento informó tal situación a las Empresas y Cooperativas de Transporte, y mucho menos a los propietarios de los vehículos.

2.1.10. METROCALI S.A. ha señalado en otros comunicados, que la meta planteada es la completa reducción de oferta de transporte público colectivo, y por ello ejecuta la labor de gestionar recursos económicos para culminar dicho proceso.

2.1.11. Las solicitudes de los interesados en participar en el proceso de reducción de oferta, fueron recibidas por METROCALI S.A. a través de la ventanilla del fondo DEBCA, es decir, que METROCALI continuó recibiendo solicitudes de los transportadores de acogerse al proceso de chatarrización, pese a que tenía conocimiento de que no existían recursos en el fondo DEBCA.

3. Los Fundamentos de Derecho.

La parte demandante expone como fundamentos de derecho de la demanda, los artículos 140 y 164 de la ley 1437 de 2011, que establecen el medio de control de reparación directa para demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes estatales, y la oportunidad para hacerlo, que es dentro de los dos (2) años siguientes a la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño.

4. Actuaciones Procesales

La demanda fue admitida por auto del veintitrés (23) de febrero de 2018 (folio 270) y debidamente notificada al buzón de correo electrónico de las entidades demandadas y al Ministerio Público, el quince (15) de marzo de 2018.

4.1. Contestación de la demanda.

4.1.1. UNIMETRO S.A.

La mandataria judicial de UNIMETRO S.A., contestó la demanda oportunamente mediante escrito visible a folios 314 a 347, oponiéndose a las pretensiones de la demanda donde manifestó que la situación de iliquidez en la que se encuentra y que le ha imposibilitado atender algunos de sus compromisos, obedece a causas imputables a METROCALI S.A., quien no ha cumplido con las obligaciones derivadas del contrato de concesión, ocasionándole serios perjuicios de índole operativo, contractual y económico, lo que ha impedido que cuente con los fondos suficientes para continuar con la operación del sistema MIO.

Aduce, que el rubro que el demandante atribuye al Fondo FRESA no corresponde a un ofrecimiento por parte de UNIMETRO, ni tiene relación con el contrato de compraventa, sino que se refiere a un reconocimiento económico a título de compensación ofrecido por METROCALI S.A., respecto de lo cual UNIMETRO S.A. no tiene ninguna obligación.

Asegura, que el Fondo FRESA fue creado por los operadores del servicio de transporte público y METROCALI S.A., con la finalidad de mitigar el impacto que ocasiona al propietario transportador la enajenación de su vehículo a un concesionario de transporte, con el único propósito de ser chatarrizado, como consecuencia de lo cual, se previó el reconocimiento y pago de un monto a los propietarios de transporte, siempre y cuando acreditaran las condiciones previstas en el reglamento del Fondo.

4.1.2. METROCALI S.A.

La apoderada judicial de la entidad, contestó la demanda oportunamente mediante escrito visible a folios 282 a 313, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, desestimando la responsabilidad que se pretende endilgar y solicitando la absolución de la entidad.

Señala, que los operadores del sistema MIO celebraron un contrato de fiducia, con el que se conformó un patrimonio autónomo administrado por FIDUDAVIVIENDA, para atender el pago a los propietarios de los vehículos que fueran objeto de reducción de oferta.

Refiere, que el único papel de METROCALI S.A. en la fiducia es el de ordenador del gasto, es decir, avalar las solicitudes de pago de los transportadores, de manera que, una vez agotados los recursos del Fondo, METROCALI S.A. terminó su gestión.

Expone, que el contrato de compraventa fue celebrado entre el demandante y UNIMETRO S.A., el fondo destinado para pagar su valor no era el Fondo FRESA sino el Fondo DEBCA, patrimonio autónomo administrado por la Fiduciaria DAVIVIENDA, y que los recursos del Fondo DEBCA se agotaron, situación que fue avisada a los concesionarios en reunión llevada a cabo el treinta (30) de noviembre de 2015.

Manifiesta, que el demandante radicó la solicitud de pago de los vehículos VBU-767 y VBV-768, ante METROCALI S.A., el día cuatro (04) de enero de 2016, para esa época, el operador UNIMETRO S.A. sabía que no existían recursos en el fondo; que el día trece (13) de enero de 2016 METROCALI reiteró a los operadores que no era posible tramitar solicitudes de pago con recursos del DEBCA, por lo que las negociaciones que realizaran debían soportarse en recursos propios.

Finalmente explica, que el día primero (01) de julio de 2016, METROCALI devolvió a UNIMETRO S.A., veinte (20) solicitudes de pago elevadas por los propietarios de los buses negociados, entre éstas las del demandante, para que les dieran trámite y las cancelaran con sus recursos.

El diecinueve (19) de junio de 2018, se corrió traslado de las excepciones propuestas (fls. 348 y 349).

Mediante escrito del tres (03) de julio de 2018, visible de folios 365 a 385, el apoderado judicial del demandante presentó reforma a la demanda, la cual fue rechazada mediante auto del nueve (09) de julio del mismo año.

4.2. Audiencia Inicial.

El Despacho, mediante auto del diecisiete (17) de julio de 2018 señaló fecha y hora para la audiencia prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (folio 389). La audiencia inicial se llevó a cabo el treinta y uno (31) de agosto de 2018 donde se resolvieron las excepciones previas propuestas por la parte demandada, las cuales se declararon no probadas, se procedió a fijar el litigio determinando los hechos en que las partes están de acuerdo y en los que hay controversia.

Así mismo en desarrollo de la audiencia inicial se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, se prescindió de la audiencia de pruebas, alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado común a la partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión.

5. Los Alegatos de Conclusión.

5.1. Parte demandante²:

El apoderado judicial de la parte accionante aduce, que la responsabilidad de METROCALI S.A. se origina en la omisión de supervisar y administrar el Sistema de Transporte Integrado Masivo MIO.

Afirma, que METROCALI S.A. y UNIMETRO S.A., tenían conocimiento de que los recursos del fondo DEBCA se habían acabado, por lo que debieron haber suspendido los procesos de chatarrización y pedir la resolución de los contratos de compraventa, para así no perjudicar a los propietarios de los vehículos y no asumir obligaciones que sabían que no podían cumplir.

Señala, que METROCALI S.A. es la encargada de gestionar los recursos para que los concesionarios adelanten el proceso de reducción de oferta de vehículos de

² Fl. 419-430.

transporte público en la ciudad, pues se trata de un proceso a cargo de ambas entidades, por tanto ambas deben responder por los daños y perjuicios que se causen a terceros.

Arguye, que UNIMETRO S.A. en calidad de oferente y adjudicatario, se comprometió a desintegrar físicamente o desvincular del sistema de transporte de la ciudad los buses de servicio público, en los términos del contrato de concesión, por su parte METROCALI S.A. se obligó a tramitar diligentemente las apropiaciones presupuestales que se requirieran para solventar las obligaciones económicas que surgieran del desarrollo del contrato de concesión; por lo que era deber tanto de METROCALI S.A., como de UNIMETRO S.A., cumplir con las obligaciones de reducción de oferta y cancelar las sumas adeudadas a los propietarios de los buses a chatarrizar.

Agrega, que METROCALI S.A. en su calidad de titular y gestor del sistema MIO, es el responsable de autorizar las ofertas de chatarrización y de velar por el debido cumplimiento de las obligaciones que contraía UNIMETRO S.A.

5.2. METROCALI S.A.³:

Manifiesta, que METROCALI S.A. no se encuentra legitimada por pasiva dentro del contrato de fiducia mercantil celebrado entre los operadores y la Fiduciaria DAVIVIENDA, puesto que su único papel era el de ordenador de pagos, ello en consonancia del control fiscal, verificando que no se estuviesen efectuando desembolsos a propietarios que no cumplieran con los requisitos, con el propósito de garantizar que los procesos de pago se dieran con la transparencia requerida.

Reitera, que la obligación de cancelar al accionante el valor de los vehículos chatarrizados, recae en el concesionario, quien debe asumir dicha obligación con recursos propios, en el evento de que no existan recursos en el fondo DEBCA, por la falta de pago de los concesionarios del crédito adquirido con las entidades bancarias.

5.3. UNIMETRO S.A.⁴:

Presentó escrito de alegaciones finales, en el cual reitera en esencia, los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

5.4. Ministerio Público:

El señor Agente del Ministerio Público, no rindió concepto en esta oportunidad procesal.⁵

No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, y de conformidad con el artículo 187 del CPACA, se procede a resolver de fondo el presente asunto, previas las siguientes:

³ Fl. 414-418.

⁴ Fl. 401-412.

⁵ Constancia secretarial visible a folio 431.

6. Consideraciones.

6.1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 155 y ss. del CPACA, el Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cali, es competente para conocer del presente medio de control.

6.2. Marco Normativo.

El artículo 140 del CPACA, dispone que en los términos del artículo 90 de la C.P., la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico originado por la acción u omisión de las autoridades, es decir, que el Estado responderá cuando la causa del daño sea por un hecho, una omisión, una operación de la Administración Pública, o por la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos, o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo expresa instrucción de la misma.

Que en los casos en los que la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

6.3. Problema Jurídico.

¿El daño antijurídico presuntamente padecido por el demandante, derivado del detrimento patrimonial que sufrió por la falta de pago del valor del contrato de compraventa para desintegración de tres vehículos de su propiedad, celebrado con UNIMETRO S.A., es imputable extracontractualmente a METROCALI S.A. y a UNIMETRO S.A., por haber omitido los deberes de vigilancia y control sobre el proceso de reducción de oferta del transporte público?.

Para arribar a la decisión requerida, se seguirá el siguiente derrotero: **8.4.** Se analizará la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado, estudiando la validez de los medios probatorios obrantes en el plenario; **8.4.1.** Iniciando por la acreditación del **daño antijurídico** alegado por los accionantes; **8.4.2.** Se repasarán los antecedentes del Sistema Integrado de Transporte Masivo en la Ciudad de Cali- "MIO"; y **8.4.3.** Las nociones del contrato de concesión; Luego se deberá analizar si esa afectación resulta **imputable** a las entidades demandadas, éste último, estudiado con fundamento en el régimen de imputación aplicable al caso y los hechos probados; **8.5.** Acto seguido, se plasmará la conclusión del litigio, **8.6.** Posteriormente, si hay lugar a ello, se estudiará la procedencia del reconocimiento de los perjuicios para el caso concreto y, **8.7. Las costas.**

6.4. Elementos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado.

El artículo 90 de la Constitución Política consagró el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado, aduciendo que este respondería patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión

de las autoridades públicas.

De conformidad con el artículo citado, el esquema de la responsabilidad extracontractual del Estado, se contrae a 2 elementos a saber: **i)** la demostración de un daño antijurídico, entendido este como aquella afectación patrimonial o extrapatrimonial a un bien, derecho o interés legítimamente protegido por el ordenamiento jurídico, el cual la víctima no estaba en la obligación legal de soportar; y **ii)** la imputación del mismo al ente público, entendido como la atribuibilidad tanto material (conducta: acción y/u omisión) como jurídica (establecer el fundamento jurídico de la obligación resarcitoria) de ese menoscabo a la autoridad demandada.

6.4.1. El Daño Antijurídico.

Constituye el primer presupuesto y fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado, el cual no tiene definición positiva en nuestro ordenamiento jurídico, en esa medida el desarrollo de su contenido normativo, se ha perfeccionado vía jurisprudencial, por el Consejo de Estado, quien lo ha descrito en los siguientes términos:

"(...) es la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que "el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación (...)".⁶

En ese sentido, para que el daño se torne en antijurídico, debe reunir los siguientes elementos:

i) Que el afectado no esté en la obligación jurídica de soportarlo, esto es, que sea antijurídico en sentido estricto;

ii) Que sea cierto, es decir, que sea apreciable material o jurídicamente y, que constituya una afectación real a un bien, derecho o interés legítimamente protegido por el ordenamiento jurídico, toda vez que la *lex* –en sentido amplio– no protege situaciones por fuera del marco legal y,

iii) que sea personal, refiriéndose a que sea padecido por quien lo está reclamando, constituyendo una especie de legitimación en la causa –por activa– para reclamar el resarcimiento del mismo, bien sea porque el ordenamiento jurídico lo autoriza, el bien o interés le es propio o le devino por herencia.

Tales elementos concretan el concepto de daño antijurídico, dentro del cual resulta pertinente clarificar, que su antijuridicidad no deviene de la imputabilidad del mismo al Estado, sino que tal categoría sobreviene de si la persona que lo padece está o no en el deber jurídico de soportarlo –ello porque el ordenamiento jurídico le imponga o no tal carga–, pues es precisamente esa ausencia de justificación en

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de diciembre de 2005, Expediente No. 12158, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, así mismo ver Sentencias del 11 de noviembre de 1999, expediente No. 11499, del 27 de enero de 2000, expediente No. 10867 y del 2 de marzo de 2000, expediente No. 11945.

el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, que por el hecho de vivir en sociedad todos debemos soportar, lo que precisamente lo hace antijurídico.⁷

Sobre el primer elemento de responsabilidad estatal, el Despacho, de acuerdo al análisis del material probatorio militante en el dossier, encuentra acreditado lo siguiente:

En el *sub lite*, el daño alegado por el actor se concretó en el detrimento patrimonial que aduce, ha padecido por la falta de pago por parte de METROCALI S.A. del valor de los automóviles vendidos a UNIMETRO S.A. para desintegración o chatarrización.

Sobre el daño alegado obran en el expediente las siguientes pruebas:

i) Contratos de compraventa para desintegración de los vehículos con placas VBV-811, VBV-768 y VBU-767, suscritos por el señor William Moncada Vásquez en calidad de propietario y el representante legal de UNIMETRO S.A.⁸

ii) Certificados de tradición expedidos por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cali, en la que figura anotación del mes de septiembre de 2017, según la cual, el señor William Moncada Vásquez es propietario de los vehículos con placas VBV-811, VBV-768 y VBU-767, afiliados a la Cooperativa La Ermita.⁹

En los mismos certificados consta que los vehículos de placas VBV-768 y VBU-767, fueron desvinculados administrativamente y desintegrados físicamente, anotación registrada el cinco (05) de diciembre de 2015.

Respecto del vehículo de placas VBV-811 no existe constancia de que haya sido desintegrado o desafiliado de la Cooperativa Transportadora.

iii) Certificados de reducción de oferta de servicio Público colectivo municipal de pasajeros No. RO4211 y RO4203, en los que se indica que los vehículos de placas VBV-768 y VBU-767, fueron desintegrados físicamente el día veintiséis (26) de noviembre de 2015, según consta en los certificados No. 9782 y 9783, expedidos por la Siderúrgica de Occidente SIDOC.¹⁰

Del mismo modo, se certifica que el día siete (07) de diciembre de 2015, se expidieron los actos administrativos No. 48051 y 48053, mediante los cuales se autoriza la cancelación de matrícula por destrucción total de los referidos vehículos.

⁷ Al respecto pueden consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de enero de 2015, No. Interno: 32912, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Subsección C, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, No. Interno 29590, C.P. Enrique Gil Botero.

⁸ Folios 3-15.

⁹ Folios 205-209.

¹⁰ Folios 219-220.

Finalmente se hace constar, que el propietario de los vehículos referenciados autoriza que se acredite el registro disponible en el servicio de transporte público para la operadora de transporte UNIMETRO S.A.

De acuerdo a las pruebas relacionadas, se encuentra acreditado que el actor era el propietario de tres (03) buses dedicados al servicio público, los cuales se encontraban afiliados a la Cooperativa de Transporte La Ermita, con destino al servicio público de transporte de pasajeros y que dos (02) de ellos fueron sometidos al proceso de chatarrización para la reducción de oferta de servicio público en esta ciudad, cuya disminución o cupo en el registro fue autorizada por el propietario para la sociedad UNIMETRO S.A.

Igualmente está acreditado, que UNIMETRO S.A. no ha pagado al actor el valor de los vehículos adquiridos para desintegración, pues así lo ha sostenido la misma sociedad en su escrito de contestación.

Frente al tercer vehículo, si bien es cierto existe prueba del contrato de compraventa que se celebró para su chatarrización, no existe claridad acerca de su ubicación, es decir, si se encuentra en posesión del actor, del operario UNIMETRO S.A. o en trámite para desintegración.

En conclusión, los anteriores elementos dan cuenta del daño deprecado al demandante, por la falta de pago del valor de los vehículos de placas VBV-768 y VBU-767, que fueron desintegrados para la reducción de oferta del servicio público de transporte en esta ciudad.

6.4.2. El Estudio de la Atribución de Responsabilidad.

Este elemento de la responsabilidad patrimonial, tiene que ver con la atribución fáctica y jurídica de la afectación sufrida por la parte accionante, a la Administración Pública, es decir, que esta se debe analizar a partir del estudio de dos (2) supuestos:

- i) Una imputación material, que tiene como fundamento la causación física de la conducta, asimilable a una relación de causalidad entre la conducta del Estado y,
- ii) el daño padecido por la víctima, y otra conocida como imputación jurídica, que se refiere a la búsqueda del contenido obligacional que permita reparar al demandante por la conducta oficial, y en la cual deben estudiarse los diferentes títulos de imputación de la responsabilidad extracontractual, para determinar cuál es el llamado a aplicar al caso concreto.¹¹

¹¹ "(...) la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas. (...)" Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

El modelo constitucional de responsabilidad estatal, no privilegió ningún régimen de atribución en particular, dejando a arbitrio del operador judicial, frente a cada caso en concreto, la escogencia de los argumentos fácticos y jurídicos que sustenten la decisión, eso ha permitido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo acudir a diversos "títulos de imputación", de acuerdo a las circunstancias fácticas del caso.¹²

De esta manera, la imputación fáctica y jurídica del daño antijurídico al Estado, puede hacerse a título de falla del servicio, desequilibrio de las cargas públicas, concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que lo permita en el caso concreto.

6.4.2.1. El Régimen de Imputación.

La jurisprudencia contencioso administrativa ha establecido que en los casos en los que se estudia la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico, el título de imputación aplicable es el de falla del servicio.

Ello significa, que para determinar la responsabilidad atribuida al ente estatal, debe establecerse que el daño padecido es imputable al incumplimiento de una obligación que se encuentra a su cargo:

"(...)

Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad responsable no ha atendido -o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa- al referido contenido obligacional, esto es, se ha apartado -por omisión- del cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, es menester precisar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño atendiendo, de acuerdo con la postura que reiteradamente ha sostenido la Sala, a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada.

(...).

En suma, son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, como en el presente caso: en primer término, la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública o que ejerza función administrativa y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente; y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante no derivarse -temporalmente hablando- de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta¹³

De acuerdo a dicho análisis, la Alta Corporación ha determinado que para atribuir responsabilidad al Estado por omisión consistente en el incumplimiento de un deber legal se debe establecer i) que existía la obligación y que la misma no fue

¹²Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO, catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016), radicación número: 25000-23-26-000-2006-01728-01(38815).

cumplida satisfactoriamente y ii) que la omisión fue la causa del daño, es decir, que de no haberse incurrido en la omisión de cumplimiento de obligaciones atribuidas por el ordenamiento jurídico no se hubiese materializado el daño.

En igual sentido, el Alto Tribunal reiteró que *"... el daño antijurídico puede ser ocasionado por el funcionamiento anormal de la administración que se concreta en el incumplimiento de una obligación legal. Así, el análisis del caso debe hacerse bajo el régimen de la falla del servicio, toda vez que según la jurisprudencia de esta Corporación en los casos en que se analiza la responsabilidad como consecuencia de la producción de daños, por omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus funciones, es necesario confrontar el deber funcional con el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto"*.

En el presente caso, la parte actora ha señalado que la Administración incurrió en incumplimiento de una obligación legal, al señalar que METROCALI S.A. no cumplió en debida forma con su obligación de gestionar recursos para que se llevara a cabo el proceso de reducción de oferta de transporte y omitió sus deberes de vigilancia y control a los contratos que suscribían los operarios del SITM, para evitar que se celebraran contratos de reducción de oferta y chatarrización en detrimento de los terceros propietarios transportadores.

Siendo así, la falta u omisión atribuida a la entidad demandada se debe estudiar bajo el régimen de falla en el servicio.

6.4.2.2. El material probatorio y los hechos probados.

De la revisión de la demanda y sus anexos, las contestaciones a la demanda, así como los demás medios de convicción decretados y aportados, resultan relevantes para resolver la controversia planteada, las pruebas que acreditan los siguientes hechos:

a. El día 14 de octubre de 2015, el señor William Moncada Vásquez en calidad de propietario y el representante legal de UNIMETRO S.A., celebraron contratos de compraventa para la desintegración de los vehículos con placas VBV-811, VBV-768 y VBU-767.

El objeto de los contratos era el siguiente:

"La parte vendedora se compromete y obliga para con el comprador, en la venta del vehículo de su propiedad para desintegración del actual sistema de los vehículos de transporte urbano de pasajeros de la ciudad de Cali, distinguiéndolos con las siguientes características.

...

TERCERA: El vendedor se compromete y obliga con el comprador a autorizar todos los trámites de chatarrización del vehículo automotor descrito anteriormente por sus características ante la secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de la ciudad de Cali y la Siderúrgica de Occidente SIDOC, previo cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las entidades mencionadas, con el debido acompañamiento del funcionario delegado por UNIMETRO S.A. para este fin, quien auditará que todos los procesos están ajustados a la ley y a los requisitos exigidos por la Secretaría de Tránsito SIJIN y SIDOC."

En los contratos se pactó como precio y forma de pago lo siguiente:

"SEXTA: El precio de la presente compraventa corresponde a la suma de SETENTA MILLONES SETECIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$70.770.000.00) MCTE, los cuales se pagarán por parte del COMPRADOR al VENDEDOR contra recursos del patrimonio autónomo FINDUDAVIVIENDA, en un tiempo estimado de cuarenta y cinco días a partir del ingreso a la siderúrgica SIDOC, siempre y cuando no se presente (sic) externalidades que impidan los procesos.

PARÁGRAFO: El COMPRADOR hará entrega al VENDEDOR del correspondiente certificado de retención en la fuente del 2.5%, sobre el valor del precio de la compraventa equivalente a UN MILLÓN SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$1.769.250.00)

SÉPTIMA: Cumplimiento del contrato: Este contrato de cesión de derechos por chatarrización se entenderá perfeccionado únicamente con el cumplimiento por parte de EL VENDEDOR de la obligación de (sic) su cargo establecida en la cláusula tercera de este contrato.

...

DECIMA SEGUNDA: El fondo fresa será cobrado única y exclusivamente por EL VENDEDOR...".

b) De acuerdo a la certificación expedida por METROCALI S.A. el señor William Moncada Vásquez radicó petición de pago al fondo DEBCA el día cuatro (04) de enero de 2016, por los vehículos de placas VBV-768 y VBU-767, por valor de \$68.318.150 y \$68.008.750, respectivamente.¹⁴

c) Mediante oficio No. 917.102-2.148.2016 del trece (13) de enero de 2016, METROCALI S.A. informó al representante legal de UNIMETRO S.A., lo siguiente:

"Teniendo en cuenta los documentos radicados en METROCALI S.A., solicitando la autorización para el pago del patrimonio autónomo DEBCA de varios vehículos, me permito indicarle que, como es de su conocimiento, no podrán tramitarse las solicitudes hasta tanto no exista un desembolso por parte de los acreedores del contrato de crédito fideicomisario DEBCA, pues el desembolso inicial de los \$40.000.000.000 MCTE ya se agotó.

Conforme lo expuesto, reiteramos que deben negociar con sus propios recursos directamente con los propietarios, hasta tanto el segundo desembolso del crédito DEBCA no se haga efectivo...".

d) El Consorcio UNIMETRO S.A. mediante oficio del veintitrés (23) de junio de 2016, hace entrega al demandante y a otros propietarios de vehículos, de los contratos para desintegración, celebrados por dicha sociedad.¹⁵

e) A través de oficio No. 913.102.2.1939.2016 del primero (01) de julio de 2016, librado por METROCALI S.A. dirigido a UNIMETRO S.A.¹⁶, se indica lo siguiente:

"Se constituyó un Patrimonio Autónomo (P.A.) a través de Fiduciaria Davivienda S.A, quien suscribió el contrato con el Grupo Integrado de Transporte Masivo S.A Blanco y Negro Masivo S.A Empresa de Transporte Masivo ETM S.A en Reorganización y Unión

¹⁴ CD visible a folio 268.

¹⁵ Folios 58-59.

¹⁶ Folio 308.

Metropolitana de Transportes S.A - Unimetro.

En Marzo de 2014, Los Bancos Sindicados desembolsaron Recursos por valor de \$40.000 mil millones, con el fin de mitigar el impacto a pequeños propietarios de buses que se encuentran dentro del proceso de reducción de oferta.

De acuerdo con lo establecido en el Contrato, estos recursos se entregaron en calidad de préstamo a los COT (Concesionarios de Operación de Transporte) con unas condiciones de pago establecidas.

Dado que las condiciones de crédito no se cumplieron, el segundo tramo por valor \$50.000 mil millones, no fue desembolsado, razón por la cual, en el mes Diciembre de 2015 los fondos por valor de \$40.000 mil millones se agotaron y la administración de Metro Cali S.A. de la época, convocó a una reunión a los Concesionarios la cual se celebró en el mes de Noviembre de 2015 y se informó a los Representantes Legales de dicha situación. Sin embargo, los concesionarios siguieron radicando documentos para la desintegración física de automotores los cuales suman un total de 22 radicados pendientes de atender.

El 13 de Enero de 2016, mediante comunicado No 917.102-2-148, la Ingeniera Sandra Liliana Ángel Almario quien obraba como Vicepresidente de la Entidad reiteró a cada uno de los Concesionarios lo siguiente, "...No podrán tramitarse las solicitudes hasta tanto no exista un desembolso por parte de los acreedores del Contrato de Crédito Fideicomiso DEBCA: pues el desembolso inicial de los Cuarenta Mil Millones de Pesos M/Cte ya se agotó.

Conforme con lo anteriormente expuesto, reiteramos que deben negociar con sus propios recursos directamente con los propietarios, hasta tanto el segundo desembolso del crédito DEBCA no se haga efectivo".

Por lo antes expuesto, Metro Cali S.A. procede a realizar la devolución de las 20 (veinte) solicitudes radicadas y que se encuentran pendientes de pago..."

f) A través de oficio No. 915.120.1.2388.2016 del veintiséis (26) de julio de 2016¹⁷, librado por el Secretario General de Asuntos Jurídicos de METROCALI S.A., dirigido a los señores SUSY GIRALDO y GIOVANI GÓMEZ BRICEÑO, propietarios de buses afiliados a la Cooperativa La Ermita, se informa lo siguiente:

"para la fecha en la que los documentos pertenecientes a la placa anteriormente mencionada fueron radicados, Metro Cali había informado desde el mes de diciembre de 2015, que los recursos económicos destinados para dicho proceso, ya habían sido agotados, por lo que al momento de realizar cualquier negociación de este tipo cada Concesionario debía asumir el pago de los mismos con sus propios recursos..."

g) Mediante oficio librado el veinticuatro (24) de septiembre de 2016¹⁸, por el representante legal de UNIMETRO S.A., se informó a los acreedores de la sociedad, que:

"El día 22 de septiembre de 2016, se radicó ante la Superintendencia de Sociedades solicitud de admisión a trámite de validación de acuerdo extrajudicial de reorganización, con fundamento en el artículo 2.2.2.013.3.2 del Decreto 1074 de 2015 (parágrafo del artículo 21 del Decreto 1730 de 2009).

Como consecuencia de lo anterior, la superintendencia de Sociedades entregó comunicación a la sociedad, por la cual pone de presente los efectos, limitaciones y prohibiciones que se producen por cuenta de dicha radicación, en aplicación a lo señalado por el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006..."

¹⁷ Folio 54.

¹⁸ Folios 45-46.

h) Mediante oficio No. 913.102.2.1103.2017 del veintiuno (21) de abril de 2017¹⁹, METROCALI S.A. dio respuesta a la solicitud de información de la Cooperativa la Ermita en los siguientes términos:

- Se hace entrega de la copia del Reglamento del Fondo DEBCA.
- Se señala que el acta de reunión sostenida en el mes de noviembre de 2015, sí se había realizado con los concesionarios, durante la cual se les había informado que no habían recursos disponibles en el Fondo DEBCA, para asumir los gastos de reducción de oferta.
- Se les entregó copia de los oficios No. 913.102.2.1939.2016, en el que se formaliza la devolución a UNIMETRO S.A. de las solicitudes radicadas para pago en METROCALI S.A.
- Se les entregó certificación de la fecha en que se radicaron cada una de las solicitudes para pago de los 20 vehículos para reducción de oferta, con recursos del Fondo DEBCA.

6.4.2.3. Antecedentes del Sistema Integrado de Transporte Masivo en la Ciudad de Cali- "MIO"

Mediante el Acuerdo No. 16 del veintisiete (27) de noviembre de 1998, el Concejo Municipal de Cali autorizó la participación del Municipio de Santiago de Cali en la conformación de una sociedad para el desarrollo del sistema de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros, y dictó otras disposiciones para el desarrollo de su objeto.

Por Escritura Pública No. 580 del día del veinticinco (25) de febrero de 1999 otorgada ante la Notaría Novena de Cali, la sociedad Metrocali S. A. se constituyó como una sociedad por acciones, compuesta por entes públicos de orden municipal, vinculada al Municipio de Santiago de Cali, y regida por las disposiciones aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado.

Esta sociedad fue concebida para la ejecución de todas las actividades previas, concomitantes y posteriores de construcción y operación del sistema de transporte masivo de la ciudad de Santiago de Cali, así como a la construcción y puesta en funcionamiento del sistema que comprenderá todas las obras principales y accesorias necesarias para la operación eficaz y eficiente del servicio de transporte masivo de pasajeros, comprendiendo el sistema de redes de movilización aérea y de superficie, las estaciones, los parqueaderos y la construcción y adecuación de todas aquellas zonas definidas por la autoridad competente como parte del sistema de transporte masivo.

El Decreto 2556 de noviembre 27 de 2001, *"Por el cual se adopta una medida en materia de reposición de vehículos destinados al servicio público de transporte terrestre automotor colectivo metropolitano, distrital y municipal de pasajeros"*, consagró en su artículo 3º que *"Para la implementación de sistemas de transporte masivo, incluyendo las rutas alimentadoras; las autoridades de transporte a nivel local, previo los estudios correspondientes, reducirán la capacidad transportadora*

¹⁹ Folios 119-121.

global de servicio público de transporte colectivo, de acuerdo con las equivalencias que dichas autoridades establezcan”.

En virtud de lo anterior, el 11 de febrero de 2003, la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Santiago de Cali y METROCALI S.A. suscribieron el CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE UTILIZACIÓN DE VÍAS Y OPERACIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO DE CALI. En el OTRO SI No. 2 de dicho convenio, pactaron un esquema de reducción de oferta de transporte público colectivo en el que la Secretaría se comprometía a realizar la reducción gradual de las capacidades transportadoras de las empresas de Transporte Colectivo, a medida que se generara la entrada del Sistema Integrado de Transporte Masivo, mediante la expedición de los actos administrativos a los que hubiere lugar.

Mediante Licitación Pública MC-DT-001-2006, METROCALI S.A. realizó una convocatoria de concesiones para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros dentro del sistema integrado de transporte masivo de Santiago de Cali, bajo el siguiente pliego de condiciones:

"EL CONCESIONARIO deberá acreditar el cumplimiento del manual de imagen del Sistema MIO, en relación con la presentación y apariencia, tanto interna como externa de los autobuses, el cual será suministrado por Metro Cali S.A.

EL CONCESIONARIO se obliga a vincular los autobuses, de acuerdo con la flota de referencia de la concesión que le fue adjudicada la Licitación Pública que da origen al presente Contrato de Concesión.

...

Metro Cali S.A. definirá los aumentos de flota o las disminuciones de la misma que se requieran conforme a los desarrollos y necesidad de la operación de transporte y previa consulta no obligatoria al Comité de Operadores.

...

CLÁUSULA 58. CUMPLIMIENTO DEL COMPROMISO DE REDUCCIÓN OFERTA DE TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO

Para que Metro Cali S.A. autorice la operación de cada autobús en el Sistema MIO, será responsabilidad del CONCESIONARIO solicitar a Metro Cali S.A. el certificado de operación, para lo cual, deberá poseer los demás certificados exigidos en el presente Contrato de Concesión, que acreditan el cumplimiento de los respectivos protocolos.

Sera requisito indispensable para la autorización de la vinculación de cada autobús, que el CONCESIONARIO demuestre haber cumplido con el compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo que asumió con la presentación de la propuesta...

58.1 *Se establece el proceso de desintegración física total, para efectos del cumplimiento del compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo que el CONCESIONARIO asumió con la presentación de su propuesta. La reducción de oferta de transporte público colectivo se realizará de conformidad con las condiciones determinadas en el presente Contrato de Concesión, y de acuerdo con la solicitud de vinculación de flota.*

58.2 *Se entiende por reducción de oferta de transporte público colectivo, el compromiso asumido con la presentación de la propuesta que dio lugar a la suscripción del presente Contrato de Concesión. Así mismo, el procedimiento para su implementación, se hará conforme con lo estipulado en el Pliego de Condiciones, de la siguiente manera:*

El proponente adjudicatario adquirió el compromiso de contribuir a la reducción de oferta de transporte público colectivo. Tal obligación puede cumplirse mediante

alguna de las alternativas que adelante se detallan o una combinación de las mismas:

i. La desintegración física de los vehículos de Transporte Público Colectivo de Santiago de Cali, de acuerdo con el procedimiento que para el efecto establezca la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali, previa demostración oficial y concreta antes de vincular flota al Sistema MIO.

ii. La desintegración física de vehículos que se encuentran matriculados en cualquier parte del país, de acuerdo con el procedimiento que para el efecto establezca la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali, previa la demostración oficial y concreta de que los citados vehículos están en reemplazo de igual número de vehículos del Sistema de Transporte Público Colectivo en Santiago de Cali. Igualmente, debe demostrarse también de manera oficial y concreta, que los vehículos del Sistema de Transporte Público Colectivo en Santiago de Cali reemplazados, hayan sido desvinculados del Sistema de Transporte Colectivo de la ciudad de Santiago de Cali, trasladados y se encuentren operando en otra ciudad, antes de vincular flota al Sistema MIO.

iii. La desvinculación de los vehículos pertenecientes al Sistema de Transporte Público Colectivo de Santiago de Cali, y su incorporación al Sistema MIO, previo el cumplimiento de las tipologías y requerimientos técnicos y tecnológicos exigidos por Metro Cali S.A.

iv. La desvinculación del Sistema de Transporte Público Colectivo de la ciudad de Santiago de Cali y su vinculación en otro municipio, lo cual deberá demostrarse de manera oficial y concreta.

v. La desvinculación del Sistema de Transporte Público Colectivo de la ciudad de Santiago de Cali y su cambio de servicio, lo cual deberá demostrarse de manera oficial y concreta.

En el caso específico de la desintegración física, se deberá acreditar que se efectuó de acuerdo con la Resolución que para el efecto expida la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali”.

De conformidad con los requisitos señalados en el pliego de condiciones de la licitación de operación de transporte del sistema MIO, METROCALI S.A. a través de sus concesionarios de Transporte Masivo, realizarían la adquisición y reducción de la oferta de buses u otros vehículos de transporte público colectivo, y una vez hecho eso, la Secretaria de Tránsito y Transporte Municipal de Cali cancelaría las tarjetas de operación de tales vehículos.

Como resultado de la licitación, los 4 operadores adjudicatarios de concesiones de operación del SITM, habilitados por la Secretaria de Tránsito y Transporte Municipal para operar en el servicio de transporte público masivo en la ciudad de Cali fueron los siguientes:

- Grupo Integrado de Transporte Masivo S.A. – GIT
- Blanco y Negro Masivo S.A.
- Empresas de Transporte Masivo ETM S.A
- Unión Metropolitana de Transportadores S.A. Unimetro S.A.

Entre METROCALI S.A. y UNIMETRO S.A. se suscribió el contrato de concesión para la prestación del servicio público masivo de transporte de pasajeros dentro del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cali, el 15 de diciembre de 2006; con el siguiente objeto:

"Otorgar en Concesión no exclusiva, conjunta y simultánea con otros Concesionarios, y exclusiva respecto de otros operadores de transporte público colectivo, la explotación del servicio público de transporte masivo del Sistema MIO al CONCESIONARIO, por su cuenta y riesgo en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente Contrato.

Dicha Concesión otorgará al CONCESIONARIO: (i) el derecho a la explotación ce Servicio Público de Transporte Masivo en las Rutas Troncales, las Rutas Auxiliares y las Rutas Alimentadoras del Sistema MIO para las Fases 1 y 2 a través de la participación del CONCESIONARIO en los recursos económicos generados por la prestación del servicio, y (ii) el permiso de operación al CONCESIONARIO para la prestación del servicio público de transporte masivo en la ciudad de Santiago de Cali y su área de influencia dentro del Sistema MIO."

De otra parte, entre los concesionarios del SITM MIO se celebró un contrato de fiducia, con cuyo patrimonio autónomo se creó el Fondo de Reconversión Empresarial, Social y Ambiental del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Santiago de Cali (FRESA).

Mediante Resolución No. 1.10.108 del 12 de abril de 2010, METROCALI S.A. adoptó el Reglamento del FRESA, mediante el cual se establecen las características bajo las cuales se regiría el funcionamiento de dicho Fondo, del cual se destacan las siguientes cláusulas:

PRIMERA. Naturaleza. El FRESA es una cuenta del Patrimonio Autónomo FIDUMIO.

SEGUNDA. Objeto. El Fondo tiene como finalidad mitigar el impacto que ocasiona al pequeño propietario transportador, la enajenación de su vehículo a los Concesionarios de Transporte, únicamente con el propósito de ser desintegrado físicamente, dentro del Compromiso de Reducción de Oferta de Transporte Público.

...

CUARTA. VEHÍCULO DESINTEGRADO. El Fondo FRESA opera por vehículo desintegrado, es decir, en caso que el vehículo desintegrado físicamente pertenezca a dos (2) personas, el valor del FRESA se distribuirá a prorrata de su participación en la propiedad del vehículo, teniendo en cuenta, en todo caso, que una persona no puede acreditar una propiedad inferior al cincuenta por ciento (50%) del vehículo, porque ante tal situación no es considerado PEQUEÑO propietario transportador.

QUINTA. Beneficiarios. Son beneficiarios del FRESA los pequeños propietarios transportadores que cumplan con las siguientes condiciones:

- 1. Que el propietario del vehículo sea persona natural o jurídica.*
- 2. Que sea propietario de una proporción igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) de uno o más vehículos al servicio del Sistema de Transporte Público Colectivo de la ciudad de Santiago de Cali, incluidos en el Anexo 3, es decir, en la Resolución 685 de 2.004.*
- 3. Que acredite la calidad de propietario antes del 30 de noviembre de 2005.*
- 4. Que el propietario enajene su(s) vehículo(s) a un Concesionario de Transporte, entendidos estos como aquellos que resultaron adjudicatarios de la Licitación Pública MC-DT-001 de 2006.*
- 5. Que el propietario haya sido acreditado como pequeño propietario transportador por algún Concesionario de Transporte en la proforma 9.1 del Pliego de condiciones de la Licitación Pública MC-DT-001 de 2006.*
- 6. Que el(los) vehículo(s) de su propiedad sean desintegrados físicamente, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal.*
- 7. Que el(los) vehículo(s) de su propiedad sean acreditados por el Concesionario de Transporte adjudicatario, como parte de su compromiso de reducción de la oferta de transporte público colectivo.*

SEXTA. Desembolsos. La compensación por vehículo desintegrado físicamente, será equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente durante treinta (30) meses de operación del Sistema MIO.

...

SÉPTIMA. Condiciones para su disposición. Para la disposición de los recursos del FRESA, se tendrá en cuenta el siguiente procedimiento:

1. Metro Cali S.A. determinará, de conformidad con los recursos que se encuentren en el fondo FRESA y los recursos proyectados que recibirá el fondo, durante los siguientes treinta meses; el momento a partir del cual se dará inicio a los desembolsos.

2. Los beneficiarios deberán acreditar ante Metro Cali S.A. su calidad, mediante la presentación del formulario que para tal efecto se disponga, acompañado de los documentos soportes:

a. Fotocopia ampliada del documento de identificación.

b. Original del Certificado de tradición y libertad del vehículo incluido en el Anexo 3, donde conste que el beneficiario era propietario del mismo antes del 30 de noviembre de 2005.

c. Original del Certificado de que su vehículo fue enajenado a algunos de los Concesionarios de Transporte para dar cumplimiento al compromiso de reducción de oferta.

d. Original de la Certificación expedida por el organismo o entidad autorizada por la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Cali, de la desintegración física del vehículo...".

Posteriormente se realizaron unas modificaciones al Reglamento del Fondo FRESA, encaminados a cambiar la manera de acreditar los requisitos que se debían cumplir para ser beneficiarios del auxilio.

De lo anterior se infiere, que el Fondo FRESA, estaba destinado para que los propietarios de los vehículos que por su voluntad se sometieran a la modalidad de desintegración o chatarrización, recibieran beneficios económicos por la venta del cupo o registro al operador del sistema de transporte masivo.

Por otra parte, se observa que entre la Fiduciaria DAVIVIENDA y los cuatro concesionarios del MIO, entre ellos UNIMETRO S.A., constituyeron un fideicomiso denominado DEBCA, previas las siguientes consideraciones:

"....

DÉCIMA CUARTA: Que no obstante la destinación de los recursos del Fondo de Contingencia arriba acordada, es claro que, dentro de las obligaciones de los contratos de concesión de transporte del SITM MIO, los FIDEICOMITENTES son titulares de la obligación de reducir la oferta de la demanda (compra de autobuses del transporte público colectivo).

DÉCIMA QUINTA: Que la compra de autobuses del transporte público colectivo asciende a una suma aproximada de \$90.000 000.000.

DÉCIMA SEXTA: Que la obligación contemplada en la consideración anterior, se atenderá a través de créditos que tomará el FIDEICOMISO DEBCA que por este documento se constituye. Así pues, dichos CRÉDITOS, tal como se ha expuesto, tendrán las siguientes dos fuentes de pago: a) Los ingresos por el componente de participación económica que se liberó de los tres patios talleres y que se alojan en el Fondo de Contingencias del PA FIDUMIO. b) Pagos que deberán ser asumidos directamente por los cuatro FIDEICOMITENTES, en proporción a sus compromisos pendientes de reducción de oferta.

DÉCIMA SÉPTIMA: Que las fuentes de pago arriba mencionadas se componen de los siguientes conceptos la fuente a) corresponde a la participación de la tarifa del SITM MIO, que se liberó de las aludidas tres culminadas concesiones de patios talleres. La fuente b), corresponde hasta el 5% de la participación económica de cada uno de los concesionarios en el SITM MIO.

DÉCIMA OCTAVA: Que los FIDEICOMITENTES solicitaron un crédito a Banco Davivienda S.A. por la suma de \$50.000.000.000, a Banco de Bogotá S.A. por la suma de \$20.000.000.000 y al Banco de Occidente S.A. por la suma de \$20.000.000.000, los cuales ya fueron aprobados.

DÉCIMA NOVENA: Los \$90.000 000.000 aprobados por los BANCOS serán, a su vez, prestados a los FIDEICOMITENTES a través de dicho fideicomiso.

VIGÉSIMA: Que METROCALI S.A. en virtud de la consideración anterior, entregará a la FIDUCIARIA las condiciones de los créditos (tasa, plazo y amortización), que el FIDEICOMISO DEBCA otorgue a los FIDEICOMITENTES.

VIGÉSIMA PRIMERA: Que con dichos recursos, el FIDEICOMISO DEBCA, en nombre y por cuenta de los FIDEICOMITENTES, girará directamente los recursos a los BENEFICIARIOS TRANSPORTADORES y/o a otro beneficiario, siempre que esté debidamente autorizado por escrito por METROCALI S.A.

VIGÉSIMA SEGUNDA: Que los recursos derivados del pago efectuado por los FIDEICOMITENTES del crédito otorgado a estos por el FIDEICOMISO DEBCA, servirán de una parte y como ya se explicó, como fuente de pago de los CRÉDITOS y de otra, como fuente de pago de los recursos que el PA FIDUMIO gire al FIDEICOMISO DEBCA.

VIGÉSIMA TERCERA: Para ello, METROCALI S.A. instruirá a la FIDUCIARIA como administradora del FIDEICOMISO, para que, a medida que se vayan pagando las cuotas de los CRÉDITOS, registre en cabeza de los FIDEICOMITENTES obligaciones a favor del FIDEICOMISO DEBCA.

VIGÉSIMA CUARTA: Que para la instrumentalización de todo lo anterior los FIDEICOMITENTES, han solicitado a la FIDUCIARIA la celebración de un contrato de fiducia mercantil para la conformación del FIDEICOMISO DEBCA.

VIGÉSIMA QUINTA: Que en razón de lo antes expuesto, la FIDUCIARIA presentó a los FIDEICOMITENTES una propuesta de servicios fiduciarios para el mencionado negocio, propuesta que fue aceptada por éstos, en virtud de lo cual se celebra el presente contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, el cual se registrará por las cláusulas que más adelante se indican"

El objeto del contrato se acordó de la siguiente manera:

"i) Tramitar y suscribir por instrucción de los FIDEICOMITENTES y, a nombre del PATRIMONIO AUTÓNOMO, los CRÉDITOS, ii) recibir y administrar los recursos provenientes de los CRÉDITOS, iii) con los recursos provenientes de los CRÉDITOS, efectuar los pagos a los BENEFICIARIOS TRANSPORTADORES, previa instrucción del ORDENADOR DE PAGOS; iv) recibir y administrar los recursos provenientes de la participación de la tarifa del SITM MIO que se liberó de las tres culminadas concesiones de patios talleres, alojados en el Fondo de Contingencias del P.A. FIDUMIO, con la finalidad de servir de fuente de pago de los CRÉDITOS; vi) Recibir y administrar los recursos correspondientes de hasta el 5% de la participación económica de cada uno de los FIDEICOMITENTES en el SITM MIO y, con éstos, atender, en primer lugar, el servicio de la deuda de los CRÉDITOS si hay lugar a ello, y en segundo lugar, el pago de la deuda que, estos últimos, adquieran con el FIDEICOMISO DEBCA: v) Efectuar el pago que deba hacer el FIDEICOMISO DEBCA al PA FIDUMIO, con los recursos que los FIDEICOMITENTES le giren al FIDEICOMISO DEBCA por el pago del crédito otorgado a estos, para que a su vez, el FIDEICOMISO DEBCA, pague los recursos que el PA FIDUMIO haya girado al FIDEICOMISO DEBCA,

previa instrucción del ORDENADOR DE PAGOS y previa aprobación de los ACREEDORES BENEFICIARIOS DE LA FUENTE PAGO."

Sobre el procedimiento para pagar a los beneficiarios transportadores, se indica en el contrato de fiducia:

"Para efectos de proceder a realizar estos pagos, el ORDENADOR DE PAGOS deberá presentar el listado de BENEFICIARIOS TRANSPORTADORES relacionando el valor a cancelar a cada uno. La FIDUCIARIA realizará estos pagos a través de transferencia electrónica vía ACM a más tardar al sexto (6) día hábil siguiente al recibo de la orden de pago, la cual deberá presentarse en el formato establecido por la FIDUCIARIA. En el evento de realizar pagos en cheque, éstos se emitirán con cruce restrictivo y con sello de pago únicamente al primer beneficiario y se entregarán únicamente a este último.

Adicionalmente, el ORDENADOR DE PAGOS deberá remitir la copia del Certificado de reducción de oferta expedido por la Secretaria de Tránsito y Transporte de la ciudad de Santiago de Cali y con firma y sello original de la Secretarla General del ORDENADOR DE PAGOS, con este certificado, la FIDUCIARIA procederá a comparar el nombre del propietario, identificación y la placa del vehículo contra el listado enviado por el ORDENADOR DE PAGOS, si este no está incluido, el pago no será realizado y le Informará al ORDENADOR DE PAGOS de tal situación."

6.4.2.4. Nociones del contrato de concesión

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define los contratos de concesión como:

"(...) los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden".

En esta modalidad contractual, el Estado quien es denominado concedente, es el titular de la actividad o del bien y le otorga a una persona su desarrollo, servicio o construcción, a quien se denomina concesionario, quien asume el ejercicio del servicio público o la realización y explotación de una obra, por su propia cuenta y riesgo y como contraprestación recibirá un incentivo económico.

Las características principales de este tipo de contratos son, que el particular: a) asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyéndolo en el cumplimiento de dicha carga o la construcción y/o mantenimiento de una obra pública; b) obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público; y c) asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines Estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

A cambio, el particular recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación.

Dentro de las clases de contratos de concesión, se encuentra el contrato de concesión de servicios públicos, que tiene como fin, otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público.

6.4.2.5. El caso concreto.

Como se indicó en el anterior acápite, para la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, debe acreditarse, por una parte, la existencia de la obligación atribuida a la entidad y el desconocimiento de la misma y, por otra, que el incumplimiento de la obligación sea la causa del daño.

En el caso bajo estudio, el demandante señala que el daño sufrido es atribuible a METROCALI S.A. por ser el titular del Sistema de Transporte Masivo en la ciudad de Cali, a quien se le concedió la autorización para utilizar las vías y operar dicho sistema, mediante el Convenio Interadministrativo, suscrito el 11 de febrero de 2003 con la Secretaría de Tránsito y Transporte del municipio de Cali.

En dicho contrato, según indica la parte actora, se acordó un régimen de transición del sistema de transporte tradicional a la implementación del sistema de transporte masivo, con el propósito de que el incremento gradual de cumplimiento y de la capacidad transportadora del SITM se acompañara de una reducción gradual de la oferta de transporte colectivo, para que no se presentaran fenómenos de sobreoferta que impactaran negativamente la industria transportadora del municipio de Cali.

De acuerdo a lo anterior, METROCALI S.A. en calidad de entidad titular y gestora del SITM es la encargada del proceso de reducción de oferta, sin perjuicio de la celebración de contratos de concesión con operadores privados, en este caso con UNIMETRO S.A.

Asegura la parte actora, que el daño que le fue causado obedeció al incumplimiento por parte de METROCALI S.A., de su obligación de reducir la oferta de transporte público colectivo en la ciudad, para lo cual debía gestionar los recursos económicos suficientes, responsabilidad que reposaba en cabeza de dicha entidad y no de los concesionarios.

Igualmente expone el demandante, que METROCALI S.A. fue el encargado de gestionar un crédito para que los operarios adelantaran la compra para desintegración y desvinculación de buses de transporte público tradicional, denominado DEBCA, recursos con los que se pagaba a los propietarios transportadores, el precio de los vehículos pactado con los concesionarios en los contratos de compra venta, previa solicitud de pago por parte de los propietarios.

No obstante, pese a que METROCALI S.A. tenía conocimiento de que los recursos de dicho crédito se habían agotado, continuó recibiendo peticiones de pago de los propietarios de los vehículos que habían desintegrado sus automotores previa negociación con los operarios.

Reprocha también el demandante, la falta de gestión por parte de METROCALI S.A. al no haber informado con antelación a los propietarios transportadores, acerca del

estado en que se encontraban los recursos del Fondo DEBCA, para prevenirlos acerca de seguir firmando contratos de desintegración con los concesionarios y evitarles un perjuicio como el que se le ha causado con el incumplimiento de UNIMETRO S.A.

Así lo infiere el demandante, del oficio No. 915.120.1.2388.2016 del 26 de julio de 2016,²⁰ librado por METROCALI S.A., en el que manifiesta a una peticionaria, que a partir del mes de diciembre de 2015, METROCALI S.A., no se hace responsable de los procesos de reducción de oferta, y cada concesionario de transporte masivo debe responder con recursos propios, por el pago al beneficiario correspondiente, en caso de que lleve a cabo algún negocio de reducción de oferta.

Expuestos los argumentos de la parte actora, a efecto de estudiar la imputación del daño padecido por el actor, se analizará si existe una obligación normativamente atribuida a METROCALI S.A. y seguidamente se verificará la responsabilidad que le pueda caber, por omitir la observancia de las obligaciones que le hayan sido impuestas por las normas respectivas.

En el presente caso, está demostrado que existe un contrato de concesión celebrado entre UNIMETRO S.A. y METROCALI S.A., cuyo objeto es la prestación del servicio público de transporte, de manera simultánea con otros tres (3) concesionarios, a cambio de una remuneración consistente en la participación de la explotación económica del transporte masivo del Sistema Integrado de pasajeros MIO.

De acuerdo a los antecedentes expuestos en el anterior acápite, desde el pliego de condiciones se dispuso de manera clara la obligación del contratista de reducir la oferta de transporte público tradicional en la ciudad, es decir, que el concesionario UNIMETRO S.A. asumió con la presentación de su propuesta, el compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo, aspecto del que dependía la vinculación de autobuses al Sistema de Transporte Masivo.

Así se reitera en el contrato de concesión celebrado entre METROCALI S.A. y UNIMETRO S.A., en cuyo artículo 58 se estipuló:

"CLÁUSULA 58 CUMPLIMIENTO DEL COMPROMISO DE REDUCCIÓN DE OFERTA DE TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO

Para que Metro Cali S.A. autorice la operación de cada autobús en el Sistema MIO será responsabilidad del CONCESIONARIO solicitar a Metro Cali S.A el certificado de operación, para lo cual deberá poseer los demás certificados exigidos en el presente Contrato de Concesión, que acreditan el cumplimiento de los respectivos protocolos.

Será requisito indispensable para la autorización de la vinculación de cada autobús, que el CONCESIONARIO demuestre haber cumplido con el compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo que asumió con la presentación de su propuesta, de acuerdo con el Apéndice 7 Protocolo Legal.

58.1 Se establece el proceso de desintegración física total, para efectos del cumplimiento del compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo, que el CONCESIONARIO asumió con la presentación de su propuesta. La reducción de oferta de transporte público colectivo se realizará de conformidad con las condiciones determinadas en el presente Contrato de Concesión y de acuerdo con la

²⁰ Folio 54.

solicitud de vinculación de flota.

56.2 Se entiende por reducción, de oferta de transporte público colectivo, el compromiso asumido con la presentación de la propuesta que dio lugar a la suscripción del presente Contrato de Concesión. Así mismo, el procedimiento para su implementación se hará conforme con el Pliego de Condiciones de la siguiente manera:

El proponente adjudicatario adquirió el compromiso de contribuir a la reducción de oferta de transporte público colectivo. Tal obligación puede cumplirse mediante alguna de las alternativas que adelante se detallan o una combinación de las mismas:

La desintegración física de los vehículos de Transporte Público Colectivo de Santiago de Cali, de acuerdo con el procedimiento que para el efecto establezca la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali, previa demostración oficial y concreta mediante certificación de la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal antes de vincular flota al Sistema MIO.

La desintegración física de vehículos que se encuentran matriculados en cualquier parte del país, de acuerdo con el procedimiento que para el efecto establezca la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali, previa la demostración oficial y concreta mediante certificación de la Secretaria de Tránsito y Transporte Municipal de que los citados vehículos están en reemplazo de igual número de vehículos del Sistema de Transporte Público Colectivo en Santiago de Cali. Igualmente, debe demostrarse también de manera oficial y concreta que los vehículos del Sistema de Transporte Púdico Colectivo en Santiago de Cali reemplazados, hayan sido desvinculados del Sistema de Transporte Público Colectivo de Santiago de Cali, trasladados y se encuentren operando en otra ciudad, antes de vincular flota al sistema MIO.

La desvinculación de los vehículos pertenecientes al Sistema de Transporte Público Colectivo de la ciudad de Santiago de Cali y su incorporación al sistema MIO, previo el cumplimiento de las tipologías y requerimientos técnicos y tecnológicos exigidos por METROCALI S.A.

La desvinculación del Sistema de Transporte Público Colectivo de la ciudad de Santiago de Cali y su vinculación a otro municipio, deberá demostrarse de manera oficial y concreta mediante certificación de la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal.

La desvinculación del Sistema de Transporte Público Colectivo de la ciudad de Santiago de Cali y su cambio de radio de acción, lo cual deberá demostrarse de manera oficial y concreta mediante certificación de la Secretaria de Tránsito y Transporte Municipal.

La desvinculación del Sistema de Transponte Público Colectivo de la ciudad de Santiago de Cali, lo cual deberá demostrarse de manera oficial y concreta mediante certificación de la Secretaria de Tránsito y Transporte Municipal.

En el caso específico de la desintegración física, se deberá acreditar que se efectuó de acuerdo con la Resolución que para el efecto expida la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali.

El compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo se debe cumplir de acuerdo con la siguiente fórmula..."

Como se observa, en dicha prescripción se reflejó el contenido de los pliegos de condiciones, y se mantuvo la obligación de que el concesionario cumpliera con el compromiso de reducción de oferta que asumió cuando presentó su propuesta, la cual se podía cumplir mediante la desintegración física de los vehículos o su desvinculación del sistema de transporte público colectivo de la ciudad de Cali.

El número de vehículos que el concesionario debía reducir, se establece mediante la aplicación de la fórmula determinada en dicha cláusula, además que se indica que solo en el caso de que se acredite la reducción, METROCALI S.A. autorizará la entrada en funcionamiento de buses en el STIM.

Posteriormente, entre METROCALI S.A. y UNIMETRO S.A. se suscribe el contrato modificadorio No. 5 al contrato de concesión, en el que se realizan modificaciones, entre otras, a la cláusula 58 del contrato, previas las siguientes consideraciones:

"2.3. Consideraciones especiales relacionadas con la reducción de oferta:

2.3.1. Que según la cláusula 58 del contrato de concesión, los concesionarios tienen a su cargo el compromiso de reducción de la oferta de transporte público colectivo.

2.3.2. Que los Concesionarios argumentan que no han podido cumplir totalmente con dicho compromiso debido a diversas razones, entre ellas, a la falta de recursos económicos que no han permitido lograr los niveles de chatarrización a cargo de los Concesionarios; a las dificultades que ha tenido la Administración para lograr la salida del transporte público; y, a inconvenientes en la negociación para la compra de los vehículos a chatarrizar.

2.3.3. Que la Alcaldía del municipio de Santiago de Cali ha expedido diversos actos administrativos que autorizaron la vinculación de la flota de referencia restante del SITM-MIO y fijaron equivalencias para la reducción de oferta de transporte público colectivo de pasajeros de la ciudad de Santiago de Cali.

2.3.4. Que teniendo en cuenta que los decretos aludidos generaron situaciones particulares para los Concesionarios que modificaron la obligación a su cargo de reducción de oferta y es necesario hacer cumplir los términos del Contrato de Concesión, con la suscripción del presente modificadorio se entiende concedida la autorización de las partes para modificar dicha obligación mediante el acto administrativo correspondiente.

2.3.5. Que los documentos técnicos de estructuración del SITM MIO preveían que el seis por ciento (6%) de la demanda de transporte público del municipio de Santiago de Cali circunscrita a la ladera fuera atendida por camperos, y que el noventa y cuatro por ciento (94%) restante fuera atendido por un sistema moderno con vehículos articulados, padrones y complementarios.

2.3.6. Que de acuerdo con la información de la Secretaria de Tránsito y Transporte Municipal se debería reemplazar dicho noventa y cuatro por ciento de vehículos de transporte colectivo en la ciudad.

2.3.7. Que se considera necesario modificar la fórmula para aclarar la cantidad de buses a reducir por cada concesionario de dicho total, y el tiempo para exigir el cumplimiento de la reducción.

2.3.8. Que pudiera llegar a ser inconveniente impedir la vinculación de vehículos al Sistema MIO o suspender la vigencia de los certificados de cumplimiento legal, por el incumplimiento del compromiso de reducción de oferta del concesionario.

2.3.9. Que como consecuencia de lo anterior, se hace necesario modificar la cláusula 58 y el Apéndice No. 7 del Contrato de Concesión, de manera tal que sea potestativo para Metro Cali S.A. autorizar la vinculación de vehículos al Sistema MIO y/o suspenderla vigencia de los certificados de cumplimiento legal, cuando el Concesionario se encuentre en incumplimiento del compromiso de oferta, para lo cual Metro Cali S.A. tendrá en cuenta lo que sea más conveniente para el Sistema MIO, sin perjuicio de la facultad de Metro Cali S.A. de imponer las sanciones a que haya lugar por dicha causa."

En dicha modificación al contrato de concesión suscrito con UNIMETRO S.A., se cambió la fórmula que determina el número de buses a reducir por cada concesionario, se amplió el tiempo para el cumplimiento de la obligación de reducción de oferta y se contempló que era potestativo de METROCALI S.A., declarar el incumplimiento del contrato, cuando el concesionario no cumpliera con la reducción de oferta.

Los anteriores antecedentes, permiten ver que tanto en el pliego de condiciones, como en el contrato de concesión y en el "otro sí" al mismo, se consagró la obligación de los operadores del SITM, entre éstos UNIMETRO S.A., de cumplir con la reducción de oferta del transporte público en la ciudad, en el porcentaje y a través de los procedimientos estipulados por la administración, que fueron aceptados por el concesionario.

En este punto vale la pena recordar, que el fideicomiso o patrimonio autónomo DEBCA, como se vio en líneas anteriores, es un patrimonio autónomo creado en virtud del contrato de fiducia celebrado entre UNIMETRO S.A. y los demás operadores del SITM MIO con la Fiduciaria DAVIVIENDA, el cual está conformado por los recursos provenientes de un determinado porcentaje de la participación económica del SITM MIO de cada uno de los participantes, cuyo objeto es pagar los créditos otorgados por entidades bancarias, para pagar la compra de vehículos, en aras de que los fideicomitentes -concesionarios- cumplan con su obligación de reducción de oferta, contemplada en los contratos de concesión celebrados con METROCALI S.A.

De acuerdo a las estipulaciones de dicho contrato de fiducia, METROCALI S.A. cumple la función de ordenador de pago, es decir, que le corresponde instruir a la fiduciaria para realizar el pago a los beneficiarios transportadores o realizar otros pagos conforme lo acordado en el contrato de fiducia.

Según el proceso para pago acordado, con los recursos provenientes de los créditos otorgados al fideicomiso por los bancos, podrán realizarse pagos a los fideicomitentes, previa instrucción por parte del ordenador de pagos, siempre que, los fideicomitentes, le acrediten al ordenador de pagos las siguientes condiciones:

"A) Que el FIDEICOMITENTE pruebe haber efectivamente realizado la reducción de oferta, con sus propios recursos, de los buses objeto de esta, con anterioridad al desembolso de los CRÉDITOS. B) Para efectos de demostrar la reducción de oferta arriba mencionada, únicamente, será válido el certificado de reducción de oferta expedido por la Secretaría de Tránsito y Transporte de la ciudad de Santiago de Cali. C) Que los buses adquiridos, se encuentren expresa y plenamente identificados e individualizados en el listado que, para estos efectos, presenta el ORDENADOR DE PAGOS al FIDEICOMISO DEBCA para soportar los pagos a los BENEFICIARIOS TRANSPORTADORES."

De lo anterior se infiere, que con los recursos provenientes de los créditos otorgados al fideicomiso por los bancos, los cuales se pagan con los fondos del fideicomiso DEBCA, la fiduciaria hace los pagos a los transportadores propietarios de los buses de transporte tradicional, previa instrucción por parte del ordenador de pago, y en caso de que los concesionarios paguen directamente a los transportadores propietarios por la falta de recursos del fondo, el ordenador de pago puede autorizar que una vez se vuelvan a girar créditos al fondo, se pague directamente a los concesionarios el valor que han pagado de sus propios recursos.

En ese orden de ideas, el fideicomiso constituido por UNIMETRO S.A. y los otros operarios del SITM, representaba una alternativa de financiamiento buscada por los concesionarios, para pagar el valor de los vehículos negociados con los propietarios de transporte público tradicional, en cumplimiento de su obligación de reducción de oferta.

De lo anterior se puede colegir, que el hecho de que METROCALI S.A. cumpliera el papel de ordenador de pago, en el proceso estipulado para pagar el valor de los contratos a los transportadores, no implicaba que la responsabilidad en la consecución de la reducción de oferta se hubiese trasladado a dicha entidad.

Por el contrario, la obtención de otras fuentes de financiamiento, para conseguir los recursos necesarios para la reducción de oferta en ejecución del contrato de concesión, llevó al operario UNIMETRO S.A. a adquirir créditos con entidades financieras a través de figuras como el fideicomiso.

De forma que, el cumplimiento de las obligaciones contractuales de UNIMETRO S.A., implicaba también el deber de cumplir con los requerimientos efectuados por las distintas entidades financieras que otorgaron los créditos al patrimonio autónomo, para así pagar los contratos de compraventa de los vehículos que adquirieran para reducción de oferta, entre ellos los que eran propiedad del demandante.

La anterior conclusión encuentra respaldo además, en la defensa realizada por UNIMETRO S.A., quien no ha negado su obligación frente al demandante, sino que ha afirmado que su incumplimiento obedece al incumplimiento por parte de METROCALI S.A., de las obligaciones contraídas con la celebración del contrato de concesión, que en palabras de la sociedad demandada, la han llevado a una situación de iliquidez, que le ha impedido pagar al demandante, el valor de la compra de su vehículo.

Sin embargo tal situación, es decir, el alegado incumplimiento de METROCALI S.A., de las obligaciones pactadas en el contrato de concesión celebrado con UNIMETRO S.A., es un asunto que no corresponde al debate litigioso que se dirime en esta oportunidad, por tanto, no se hará ninguna consideración al respecto.

Sobre el auxilio del Fondo de Reconvención Empresarial, Social y Ambiental – FRESA-, se observa, que aunque el actor lo menciona en su escrito de demanda, no se probó por ningún medio idóneo que hubiera solicitado ser beneficiario de los recursos de dicho Fondo, por la reducción de oferta de transporte público colectivo, puesto que las pruebas aportadas al plenario demuestran que su solicitud de pago se realizó para que el valor de sus vehículos se cancelara con los recursos del Fondo DEBCA.

Respecto a los deberes de supervisión de METROCALI S.A., frente a las actividades del concesionario, se debe precisar que, como se dijo en líneas anteriores, una de las características del contrato de concesión es que el desarrollo de las actividades necesarias para la adecuada prestación del servicio, se realiza por cuenta y riesgo del concesionario.

No obstante lo anterior, el fin que se persigue con este tipo de contrato, que es la prestación de servicios públicos a la comunidad, involucra intereses y derechos claramente colectivos; que demandan del Estado la necesidad de verificar que el concesionario cumpla con las obligaciones del contrato, de acuerdo a lo pactado pues lo que está en juego es la prestación del servicio destinado a la sociedad.

Por consiguiente, la concesión no implica que el Estado se desprenda absolutamente de la actividad a cargo del contratista, sino que continúa siendo titular de la misma para ejercer vigilancia y control.

En efecto, el artículo 365 de la Constitución Política, establece que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares y que en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

En línea con dicho precepto constitucional, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 preceptúa, que con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, las entidades podrán ejercer facultades excepcionales al principio de igualdad interpretando unilateralmente los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

De acuerdo a la Ley 105 de 1993,²¹ la operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejerce el control y la vigilancia necesarios, para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad.

Por su parte el Decreto 170 de 2001²², que regula las competencias de las autoridades nacionales y territoriales frente al servicio de transporte, señala que son autoridades de transporte competentes en la jurisdicción distrital y municipal, los alcaldes municipales y/o distritales o en los que estos deleguen tal atribución.

El aludido precepto establece también, que la inspección, vigilancia y control de la prestación del servicio estará a cargo de los alcaldes metropolitanos, distritales y/o municipales según el caso, o de las autoridades a las que se les haya encomendado la función.

En el municipio de Cali, a METROCALI S.A. en su calidad de titular del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros SITM, le corresponde organizar adecuadamente la operación del transporte masivo de pasajeros, mediante la contratación con terceros, quienes a su vez, ejercen otros instrumentos propios de su carácter de privados, para el cumplimiento de las actividades contratadas.

²¹ *"Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones",*

²² *"Por el cual se reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor colectivo metropolitano, distrital y municipal de pasajeros".*

De acuerdo a los elementos de convicción allegados al proceso, los contratos de compraventa para chatarrización, celebrados por el operario UNIMETRO S.A. con el demandante, hacen parte de la iniciativa privada del concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Ahora, el hecho de que exista un contrato de concesión entre METROCALI S.A. y UNIMETRO S.A., no significa que METROCALI S.A. no tenga la facultad de dar instrucciones en torno a la forma como se presta el servicio de transporte, incluso así se estipuló en la cláusula 84 de interventoría y control del contrato de concesión celebrado entre ambas sociedades, que a su tenor indica:

"CLÁUSULA 84 INTERVENTORÍA Y CONTROL DEL CONCESIONARIO

*METROCALI S.A. o en quien este delegue, tiene el derecho de supervisar técnica, legal administrativa, y financieramente el desarrollo y ejecución del presente Contrato de Concesión, lo que le permitirá acceder en cualquier momento a las instalaciones físicas, a los datos a los documentos e información que soportan la labor del CONCESIONARIO ante lo cual se impondrá a cargo de Metro Cali S.A. así como de las personas que este delegue el derecho de supervisar técnica legal administrativa y financieramente el **desarrollo** y ejecución del presente Contrato de Concesión, un compromiso de confidencialidad sobre la información a las que tenga acceso, la que se entiende asumida por Metro Cali S.A. con la firma del presente Contrato de Concesión, dentro de las limitaciones que para el efecto establezca la ley.*

Metro Cali no ejercerá funciones de control de las actividades de los subcontratistas, ni de aprobación de resultado de las mismas, sin embargo, en el caso en que el CONCESIONARIO adelante actividades del Sistema MIO que le son propias a través de subcontratistas, deberá disponer, bajo su costo, propio equipo de interventora o control de calidad, que estará obligado a suministrar a satisfacción de Metro Cali S.A. la información que este le requiera..."

Conforme al último inciso de la referida cláusula, METROCALI S.A. no ejercerá funciones de control de las actividades de los subcontratistas, ni de aprobación del resultado de las mismas, aunque éstas sí deberán ser supervisadas por el propio concesionario, quien a su vez mantendrá informado a METROCALI S.A.

Esta estipulación debe entenderse en torno a que el concesionario está sujeto y subordinado al control del ente concedente, quien ejerce dicha supervisión frente a la prestación del servicio público de transporte, mas no a las actividades privadas que realiza el concesionario, de forma que, en el evento en que el incumplimiento del concesionario pueda llegar a paralizar el servicio público o a causar una prestación ineficiente del mismo, METROCALI S.A. podría acudir a las figuras e instituciones que considere necesarias para el debido seguimiento al contrato, o a la adopción de las decisiones correctivas o de otra naturaleza que sean pertinentes, incluso la terminación unilateral del contrato.

Resulta claro entonces, que dicha supervisión, control y vigilancia que se reserva la entidad contratante –METROCALI S.A.- sobre la ejecución del contrato, y la prestación del servicio público, se ejerce a la operación del concesionario, quien, a su turno, tiene la obligación de ejercer las actividades necesarias para responder por las obligaciones que adquiriera para ejecutar el servicio objeto de la concesión, so pena de incumplir las obligaciones del contrato de concesión.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada, que "(...) **las entidades estatales son responsables de los daños por el hecho de sus contratistas, porque se considera que cuando la Administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra, o para la prestación de un servicio público, es como si la misma entidad la ejecutara o prestara directamente** (...)”²³ (Negrilla fuera de texto).

Así, la jurisprudencia de la Alta Corporación ha sido pacífica en señalar que la administración no se desliga de sus deberes cuando ejecuta trabajos públicos con el fin de satisfacer los fines que le son propios, a través de un contratista.

Lo anterior significa, que la entidad estatal, por su condición de dueño y beneficiario de la obra o servicio, y destinatario del mismo, debe reparar los daños que con su ejecución se cause a terceros.

Aplicando dichos lineamientos al presente caso, se encuentra que la responsabilidad que se atribuye a METROCALI S.A., no tiene lugar por la ocurrencia de un daño que se vincula a la ejecución del servicio que la entidad contrató con unos contratistas particulares, en este caso el servicio de transporte.

En efecto, el daño sufrido por el actor, no fue causado con ocasión de la prestación del servicio de transporte, para lo cual, METROCALI S.A. celebró un contrato de concesión con varios operadores entre ellos UNIMETRO S.A., servicio que como se ha dicho, continua bajo la vigilancia de METROCALI S.A., en su calidad de titular del servicio de transporte masivo en la ciudad.

Por el contrario, el daño padecido por el actor, tiene origen en el incumplimiento por parte de uno de los concesionarios –UNIMETRO S.A.–, de las obligaciones contractuales adquiridas con la celebración de unos contratos privados de compraventa, celebrados por ambas partes dentro de su esfera privada y sobre la cual el ente estatal no ejerce ninguna vigilancia y control.

Es decir, que el hecho dañoso que en este caso causó los perjuicios al actor, no está vinculado directamente con la ejecución del servicio de transporte masivo en la ciudad, prestado por METROCALI S.A. a través de contratistas; sino que se deriva del incumplimiento de unos contratos privados celebrados con uno de los concesionarios de transporte, y por tanto se desvirtúa el componente fundamental esencial de su imputabilidad a METROCALI S.A.

Sobre la responsabilidad de UNIMETRO S.A., advierte el Despacho, que la controversia planteada por el demandante respecto a dicha sociedad, estaba orientada, más que a obtener una indemnización por una falla del servicio, al cumplimiento de la obligación contraída con la firma de los contratos de compraventa.

En efecto, las pruebas aportadas al plenario, permiten tener por acreditado, que entre el señor William Moncada Vásquez y UNIMETRO S.A. se suscribieron tres contratos de compraventa para desintegración de los vehículos de placas VBU-

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número (20090).

767, VBV-768 y VBV-811, que tenían por objeto reducir la oferta transportadora en esta ciudad, y que dos de dichos vehículos fueron chatarrizados y desvinculados de la oferta de transporte y su cupo fue autorizado por el señor William Moncada Vásquez para que fuera utilizado por UNIMETRO S.A.

No obstante lo anterior, no es posible, a través del presente medio de control, adelantar el juicio de responsabilidad contractual de dicha sociedad por el incumplimiento de los contratos privados que celebró con el demandante, pues en sede de reparación directa, solo se estudia lo atinente a una eventual responsabilidad extracontractual cuando no existe una relación contractual entre las partes, de cuyo incumplimiento se deriven las indemnizaciones reclamadas, tal como se aclaró en la etapa inicial del proceso, al fijar la controversia a dirimir.

De suerte que, el incumplimiento del contrato de compraventa celebrado entre el actor y UNIMETRO S.A., sería una discusión de tipo contractual que entre otros aspectos, escapa al conocimiento de esta jurisdicción ya que se trata de dos particulares y desconoce la naturaleza indemnizatoria de la acción de reparación directa, en atención al vínculo contractual que existe entre las partes.

6.5. Conclusión.

En conclusión, luego de revisar los mandatos constitucionales y legales de supervisión y control de la prestación de los servicios públicos, y el contenido obligacional de dichos mandatos frente al contrato de concesión celebrado por METROCALI S.A. y UNIMETRO S.A., a efecto de establecer si la entidad pública incumplió sus deberes de supervisión y vigilancia de la ejecución de dicho contrato de concesión de servicios públicos; se establece que no existía por parte de dicha entidad el deber constitucional de supervisar los contratos privados de compraventa celebrados por UNIMETRO S.A. por corresponder a la esfera privada del contratista.

En esa orientación, no se acreditó que en el presente proceso existiera una disposición legal en cabeza de METROCALI S.A., que le obligara a supervisar los contratos privados que celebrara el concesionario UNIMETRO S.A. operador de transporte masivo en la ciudad, para cumplir sus obligaciones contractuales adquiridas al suscribir el contrato de concesión.

En consecuencia, no se encuentra demostrado que en el presente caso, METROCALI S.A., hubiera incurrido en alguna conducta u omisión o hubiese faltado a su carga obligacional en su condición de titular del Sistema Integrado Masivo de Transporte, y mucho menos que ésta hubiere sido determinante en la producción del daño ocasionado al actor.

6.6. Costas Procesales

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP se condena a la parte vencida en costas, pues el CPACA acoge

el criterio objetivo²⁴ quedando proscrita la facultad del Juez de ver la conducta de las partes para su condena.

En el presente asunto, se condenará al demandante, por ser la parte vencida en el sub-lite, al pago de la suma que resulte de la liquidación que habrá de adelantarse por Secretaría del Despacho, incluyendo las agencias en derecho, que se fijan en el equivalente a 1 s.m.l.m.v., ello conforme a las normas referidas y al Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, "*Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho*", expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Conforme con lo expuesto, el Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1.- DENEGAR las pretensiones de la demanda.

2.- CONDENAR EN COSTAS a la parte actora, a favor de la parte demandada. Fijar las agencias en derecho en el equivalente a 1 s.m.l.m.v.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Original Firmada
JAIRO GUAGUA CASTILLO
Juez

²⁴ Sobre este tópico puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Segunda –Subsección A, Sentencia del 7 de abril de 2016, No. Interno: 1291-2014, C. P. William Hernández Gómez.