



**JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO DE BOGOTÁ**

Bogotá, diez (10) de febrero de dos mil veinte (2020).

Medio de control: Acción de grupo
Radicado: 1100 13337 042 **2015 00238 00**
Demandantes: **MARCO HERNAN GONZALEZ Y OTROS**
Demandada: BOGOTÁ – DISTRITO CAPITAL, TRANSMILENIO S.A.,
EGOBÚS S.A.S.

1.- DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN.

Agotadas las etapas previas y verificados los presupuestos procesales del medio de control, no encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, el Despacho procede a dictar en derecho la Sentencia de Primera Instancia en el proceso de reparación de los perjuicios causados a un grupo.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN.

PARTES.

Demandantes:

6.767.595	JORGE RODRIGUEZ RODRIGUEZ
79.857.896	CARLOS JULIO LOPEZ CAMPOS
19.455.012	CRISANTO DE JESUS GONZALEZ
51.600.969	LUZ MARINA PEREZ GONZALEZ
19.430.138	JESUS ANTONIO GONZALEZ
51.749.387	OLGA ESPERANZA RODRÍGUEZ
6.761.937	JAIME ARMANDO RIVERA
7.165.244	JOSÉ ALFONSO TORRES
7.166.042	EDWIN TORRES RODRIGUEZ
51.993.915	GLORIA INES CAMACHO MANRIQUE
6.767.595	JORGE RODRIGUEZ RODRIGUEZ

51.627.033	MARTHA LUCIA MELO RODRIGUEZ
904.290	EZEQUIEL TERAN VILLAR
19.141.262	GONZALO IVAN PINZON
4.210.487	ANGEL MARÍA AVILA BAYONA
19.303.862	ALVARO POVEDA ROJAS
39.763.181	NANCY JUDITH PARRA ARADA
79.409.197	EDGAR HERNAN RINCON GUZMAN
13.951.022	JOSE JOVICELSO PINZON LICHT
51.666.967	FLOR ELBA SUESCA GARCIA
9.533.875	PACIFICO JAVIER AYALA CARDENAS
7.211.112	LUIS ALFREDO VEGA MARTINEZ
46.355.329	ANA BELEN LADINO DE MESA
9.526.737	RAFAEL MESA GOMEZ
46.355.329	ANA BELEN LADINO DE MESA
74.240.949	JAIRO ALONSO GUERRERO NIÑO
91.001.365	MILTON SANDOVAL PEÑA
79.048.846	LUIS FERNANDO SALDOVAL SANTOS
74.240.189	JOSÉ ANGEL MARIA GUERRERO NIÑO
3.270.305	JOSÉ ANTONIO PINILLA PORRAS
74.240.189	JOSÉ ANGEL MARIA GUERRERO NIÑO
3.270.305	JOSÉ ANTONIO PINILLA PORRAS
51.592.078	MARÍA CRISTINA CASTRO DE ROLONG
79.264.798	LUIS EDUARDO ALONSO SALAZAR
19.463.229	JOSÉ ANTONIO RODRIGUEZ PINEDA
19.311.895	RUBEN HERNANDEZ SOLER
13.213.879	LUIS ALBERTO URIAN GUAYACAN
79.293.327	MANUEL PASCUAL CHACON GUERRERO
19.238.421	BENEDICTO LOZANO RODRIGUEZ
79.767.445	JORGE ARMANDO FRANCO FORERO
39.716.859	ROSA TULIA PINTO DELGADO
80.019.812	JOHN HENRY RODRIGUEZ CASTAÑO
19.358.786	OSCAR HERNANDO CONTRERAS GOMEZ
79.231.023	JAIRO ANTONIO YOPASA OSPINA
79.845.467	YEFER YON DURAN TIMOTE
19.379.143	MARCO FIDEL DURAN LAITON

210.423	CLIMACO HUMBERTO ALONSO
79.160.415	FABIO HUMBERTO PURGA PAEZ
9.521.368	JORGE ANTONIO CELY HURTADO
79.249.923	LUIS ALBERTO VASGAS CUSBA
4.197.673	LUIS ORLANDO GARCIA ARENAS
4.172.045	MANUEL ANTONIO GONZALEZ PAEZ
7.217.054	MARDOQUEO CORREA CAMARGO
79.269.091	PABLO EMILIO SOLER SIERRA
51.849.873	PAULINA CAMARGO SOLER
11.516.375	PEDRO CAMPO VEGA ROCHA
4.268.268	ABEL VILLAMIL ALVARADO
35.516.670	ROSA VIRGINIA PALACIOS GONZALEZ
19.108.955	HECTOR REINALDO CHAPARRO
7.301.441	PEDRO CRISANTO GONZALEZ SIERRA
4.080.797	JUVENAL MORENO SAMACA
40.032.338	MARTHA YANETH HERRERA CARDENAS
39.710.156	ANA IRMENDA ROMERO DE RAMIREZ
9.516.829	JOSÉ DEL CARMEN MESA GOMEZ
79.466.834	ARNOL GERMAN TORRES MIRANDA
79.846.430	OMAR GABRIEL TORRES MIRANDA
9001496162	COMPAÑÍA INTEGRAL DE TRANSPORTES PENSILVANIA
4.265.346	WILMAN SALMANCA CIPACON
5.659.998	JUVENAL VELASCO PARDO
79.270.652	EDUARDO VELASCO PARDO
5.659.998	JUVENAL VELASCO PARDO
52.132.891	MARÍA EUGENIA MERCHAN AGUILERA
19.405.716	JAIRO HERNAN ALBARRACÍN MANRIQUE
79.274.611	JOSE MIGUEL ORTIZ

Demandada: BOGOTÁ – DISTRITO CAPITAL.
TRANSMILENIO S.A.
EGOBÚS S.A.S.

OBJETO

Declaraciones y Condenas

Los propietarios de vehículos de transporte público (en adelante 'Propietarios'), en ejercicio del medio de control de la reparación de los perjuicios causados a un grupo, prevista en el artículo 145 del CPACA, mediante apoderado judicial presentaron demanda en contra del DISTRITO CAPITAL, TRANSMILENIO SA y EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES SAS (en adelante EGOBUS SAS), ante este Despacho para que accediera a las siguientes pretensiones:

Se declare a *i.)* BOGOTÁ DC; *ii)* TRANSMILENIO SA y, por fuero de atracción; *iii)* EGOBUS SAS, administrativamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados en el ejercicio de sus funciones en relación con los contratos de concesión de la fase II del Sistema integrado de transporte público de Bogotá (en adelante SITP), a cargo del operador EGOBUS SAS, para las zonas Suba centro y Perdomo.

En consecuencia, pretende también sean condenados los demandados al reconocimiento y pago de las indemnizaciones derivadas de los daños y perjuicios causados y futuros. En este sentido, presenta en el texto de demanda, juramento estimativo del monto de la indemnización, el cual asciende a \$28.885`246.278,07 (veintiocho mil ochocientos ochenta y cinco millones doscientos cuarenta y seis mil doscientos setenta y ocho pesos, con siete centavos) y, adicionalmente, la ponderación que realice el despacho de las indemnizaciones de la totalidad de buses asociados a EGOBUS S.A.S. Esta cifra, sostiene el actor, comprende los dineros adeudados por concepto de rentas incumplidas e incluye los correspondientes intereses moratorios, los valores de las deducciones tributarias realizadas por EGOBUS S.A.S., de manera presuntamente indebida, así como también la proyección de rentas futuras de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato de asociación.

Pretende se condene al pago de perjuicios inmateriales, derivados de la alteración de las condiciones de existencia de los afectados, en virtud del padecimiento sufrido por aquellos; en este caso, solicita al Despacho una tasación mínima de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Ahora bien, de manera subsidiaria, el actor solicita se ordene la práctica de dictamen pericial con el objeto de determinar ciertamente los daños y perjuicios causados a título de daño emergente y lucro cesante.

FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

Fundamentos fácticos:

1. Que TRANSMILENIO S.A., expidió la Resolución N. 064 de fecha 30 de enero de 2010, mediante la cual dio apertura a la convocatoria pública para adjudicar mediante un proceso de licitación pública, los contratos de concesión para la Operación del Sistema Integrado de Transporte Público del Distrito de Bogotá, en los términos y condiciones previstas en los mismos y en el correspondiente Pliego de Condiciones.
- 1.1 El objeto de la licitación era seleccionar las propuestas más favorables para la adjudicación de trece (13) contratos de concesión, cuyo fin sería la explotación preferencial y no exclusiva, de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del, esquema del SITP en las siguientes zonas: 1) Usaquén, 2) Engativá, 3) Fontibón, 4) San Cristóbal, 5) Suba Oriental, (6) Suba Centro, 7) Calle 80, (8) Tintal - Zona Franca, (9) Kennedy, 10) Bosa, 11) Perdomo, 12) Ciudad Bolívar y 13) Usme.
2. Que, para la operación de las trece zonas reconocidas, TRANSMILENIO S.A., en calidad de Gestor del SITP, inició el proceso de licitación pública N. TMSA-LP-04.
3. Que el Gestor del proceso, determinó que en la licitación podrían participar tanto personas jurídicas ya constituidas como PROMESAS DE SOCIEDAD FUTURA que acreditaran "experiencia" y solidez al proyecto del SITP.
4. Que, entre el grupo de ofertantes, se encontró la Promesa de Sociedad Futura Egobus SAS, que se postuló para las zonas de Suba Centro y Perdomo.
5. Que, en desarrollo del principio de democratización, el pliego de condiciones estableció que los ofertantes, debían vincular al mayor número de Propietarios del Transporte Público Colectivo - en adelante, TPC, mediante alguna modalidad que permitiera el manejo total de la flota.
6. Que los ofertantes propusieron a los pequeños transportadores de servicio público colectivo TPC, dos modalidades de vinculación:

- La entrega del control total del vehículo (con o sin traspaso) a cambio del pago de una renta mensual, libre de cualquier gravamen o retención, por el término total de la concesión y un pago final por el valor del vehículo al terminar la misma.
 - La venta del vehículo, conforme a unas tarifas establecidas según las características y modelo del automotor.
7. Que, como consecuencia de lo anterior, y previo a la entrega de las concesiones, los interesados tuvieron que establecer modalidades de vinculación para los propietarios de TPC, a fin de "acreditar" su participación en el SITP.
 8. Que los ofertantes como la Promesa de Sociedad Futura Egobus, crearon un contrato de asociación en el cual, se estimaba el valor del vehículo, según sus características físicas y pliego de condiciones, y sobre dicho valor se reconocería el 1,5% mensual como renta fija, ajustable anualmente al IPC correspondiente y libre de cualquier gravamen o retención. Que dicho valor del automotor, también sería el empleado como valor total a pagar al propietario al terminar la concesión, previa actualización del mismo.
 9. Que en el contrato de asociación se pactó la incorporación del vehículo de propiedad de los miembros del grupo demandante, como parte de los activos futuros de EGOBUS, para que una vez aprobada tal empresa como adjudicataria de la licitación, ésta los transfiriera a una fiducia mercantil, como patrimonio autónomo, en el cual el beneficiario sería el propietario del vehículo, quien estaría vinculado a EGOBUS recibiendo a cambio una renta fija mensual, por el término de la concesión y su prórroga si era el caso.
 - 9.1 Que, en la naturaleza Jurídica del contrato, se estableció que aquel no constituía, ni una compra venta, ni prestación de servicios, ni contrato laboral, sino un esquema participativo de vinculación mediante renta fija mensual ofertada con devolución del capital actualizado al propietario, al momento de la finalización del contrato.
 10. Que la renta estipulada, se pagaría directamente desde una fiduciaria que "escogería el Concesionario, previa aprobación de TRANSMILENIO" y dicho pago sería prioritario.
 11. Que los Propietarios tendrían el derecho de participar accionariamente en la Sociedad de Propietarios Transportadores de Bogotá SPTB SAS, la cual formaba parte de la Promesa de Sociedad Futura Egobus.

12. Que según el pliego de condiciones el patrimonio del proponente se determinaría según la zona y que, para el caso en concreto, debía acreditarse un patrimonio no menor de \$87.556 millones de pesos, para desarrollar las zonas de SUBA CENTRO Y PERDOMO:

"Para la Zona 1- USAQUÉN: \$76.741 b) Para la Zona 2 -ENGATIVÁ: \$43.801 c) Para la Zona 3- FONTIBÓN: \$51.828 d) Para la Zona 4- SAN CRISTÓBAL: \$59.684 e) Para la Zona 5 - SUBA ORIENTAL: \$30.846 f) Para la Zona 6 -SUBA CENTRO: \$67.742 g) Para la Zona 7 - CALLE 80: \$28.630 h) Para la Zona 8 - TINTAL - ZONA FRANCA: \$14.011 i) Para la Zona 9 - KENNEDY: \$59.422 j) Para la Zona 10 - BOSA: \$52.604 k) Para la Zona 11 - PERDOMO: \$19.814 l) Para la Zona 12 - CIUDAD BOLÍVAR: \$23.056 m) Para la Zona 13 - USME: \$34.329 Cifras en millones de pesos constantes del 31 de diciembre de 2009"

13. Que, en el pliego de condiciones, se previó: "Para efectos de la determinación del patrimonio, los proponentes podrán incorporar al mismo, el valor de los vehículos de transporte público colectivo sobre los que se cuente con un compromiso de ser aportados por los propietarios como capital a la empresa. Para estos efectos, los vehículos aportados deberán estar relacionados en la proforma 6A. Igualmente el valor de los vehículos deberá coincidir con el propuesto en la proforma 8.J"
14. Que los ofertantes incluyeron en su patrimonio, los vehículos correspondientes a los propietarios que fueron vinculados a la promesa.
15. Que, respecto al capital de trabajo, el pliego determinó que la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA EGOBUS S.A.S., debía acreditar un capital de trabajo de \$18.000 millones de pesos como mínimo, y una capacidad financiera respaldada con estados financieros certificados por contador público con demostración efectiva de capacidad de consecución de financiación, que para las dos zonas adjudicadas no podía ser menor a \$178.000 millones de pesos:

""Adicionalmente a la exigencia sobre patrimonio a que se refiere el numeral anterior, el proponente deberá acreditar que cuenta con un capital de trabajo, entendido como la diferencia entre el activo corriente y el pasivo corriente, de acuerdo con la(s) zona(s) a la(s) que presente propuesta así-a) Para la Zona 1~ USAQUÉN: \$17.462 b) Para la Zona 2 -ENGATIVÁ: \$19.598 c) Para la Zona 3- FONTIBÓN' \$10.519 d) Para la Zona 4- SAN CRISTÓBAL: \$22.059 e) Para la Zona 5 - SUBA ORIENTAL: \$4.962 f) Para la Zona 6 - SUBA CENTRO: \$13.564 g) Para la Zona 7 - CALLE 80: \$5.543 h) Para la Zona 8 - TINTAL - ZONA FRANCA: \$2.974 i) Para la Zona 9 - KENNEDY: \$7.759 j) Para la Zona 10 - BOSA: \$7.250 k) Para la Zona 11 - PERDOMO: \$4.414 l) Para la Zona 12 - CIUDAD BOLÍVAR: \$3.523 m) Para la Zona 13 -USME: \$5.444 Cifras en millones de pesos constantes del 31 de diciembre de 2009".

16. Que la licitación culminó con la adjudicación de la mayoría de las zonas exceptuando la del Perdomo, la cual fue asignada con posterioridad:

USAQUEN	CONSORCIO EXPRESS S.A.S
SAN CRISTOBAL	CONSORCIO EXPRESS S.A.S
ENGATIVA	GMIVIL S.A.S
FONTIBÓN	PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA OPERDOR SOLIDARIO DE TRANSPORTE COOBUS S.A.S
ZONAS SIN OPERACIÓN	ADJUDICATARIO
USME	TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S
CIUDAD BOLIVAR	ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S
PERDOMO	PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA EGOBUS
SUBA CENTRO	PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA EGOBUS
BOSA	EMPRESA DE TRANSPORTE INTEGRADO DE BOGOTÁ ETIB S.A.S
KENNEDY	PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA MASIVO CAPITAL S.A.S
SUBA	PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA MASIVO CAPITAL S.A.S
CALLE 80	PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA ESTE ES MI BUS S.A.S
TINTAL ZONA FRANCA	PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA ESTE ES MI BUS S.A.S

17. Que una vez que la Promesa de Sociedad Futura Egobus fue adjudicataria, se procedió a su constitución como EGOBUS S.A.S, ante la CAMARA DE COMERCIO de BOGOTA, el 29 de noviembre del año 2010.
18. Que a través del acta de constitución de EGOBUS SAS, se constata que se creó con un capital de \$20'000.000,00 M/CTE.
19. Que, una vez establecidos los adjudicatarios de la licitación pública, TRANSMILENIO S.A., suscribió con EGOBUS S.A.SJ, los contratos N. 12 y 13 en el año 2010.
20. Que la concesión inició labores a finales del año 2012, de manera paulatina y progresiva, según las directrices de TRANSMILENIO SA.
21. Que la operación de EGOBUS inició en noviembre del año 2012, y a su primer cierre financiero, empleó la figura de créditos a proveedor de mediano plazo;

con deudas iniciales de US \$85'000.000,00 ochenta y cinco millones de dólares por un crédito con Vedebe Trading S.A., Volvo Brasil y Volvo Bus Corporation Suiza, que se destinaría para la compra de flota y otro crédito de suministro de combustible con Petrocom, por el valor de \$111.000*000.000,00 ciento once mil millones de pesos m/cte.

22. Que TRANSMILENIO SA efectuaba los pagos a los operadores desde el momento de entrada en operación del concesionario EGOBUS S.A.S., es decir el 22 de noviembre de 2012.
23. Que de conformidad con oficio remitido por el Gerente encargado de EGOBUS a los Propietarios, EGOBUS en el año 2013 develaba incumplimientos.
24. Que EGOBUS SAS, el 1 de marzo de 2013, capitalizó la empresa en la suma de \$10.000'000.000,00, sin que existiera participación real de los propietarios de Transporte Público Colectivo en la sociedad STPB SAS.
25. Que el 9 de mayo de 2014, tres rutas del Perdomo y una de Suba tuvieron que ser suspendidas.
26. Que los Propietarios empezaron a quedar sin el pago de sus rentas; de igual manera los conductores no devengaban salarios ni los proveedores recibieron sus acreencias (generándose demandas contra Egobus y Correval).
27. Que los pagos de la renta mensual, que a la fecha ha realizado EGOBUS, tuvieron descuentos del orden del 3,5% por concepto de retención.
28. Que mediante Resolución N 4677 del 30 de abril de 2013, la Superintendencia de Puertos y Transporte sometió a control a EGOBUS, por irregularidades en el pago de las rentas a los Propietarios, en la operación, incorporación oportuna de la flota, pago a conductores, entrega oportuna de información financiera, incumplimiento en el área de vehículos, de operaciones, de seguridad y ausencia de información financiera.
29. Que EGOBUS S.A.S., no dio cumplimiento a los deberes de registro de su información financiera ante la Superintendencia de Puertos y Transporte; no cumplió con la flota requerida para la prestación del servicio; y faltó al pago de los deberes contractuales asumidos en la concesión, como es el caso de las rentas de los miembros del grupo.
30. Que, debido a la deficiente administración, el 25 de junio de 2014, mediante la Resolución 10764, se removió al gerente de EGOBUS, (CORREVIAL S.A.S.) y a su Junta Directiva, nombrando en su reemplazo a un Gerente interventor y una nueva junta, quienes bajo un plazo de seis meses prorrogables elaborarían un Plan de Recuperación y Mejoramiento de la empresa.

31. Que el Distrito Capital, expidió el Decreto 580 del 19 de diciembre de 2014 "para la consolidación del proceso de implementación del Sistema Integrado de Transporte Público -SITP, en su fase 2, con el fin de mejorar la prestación del servicio de transporte en la ciudad y disminuir el costo de implementación que viene asumiendo el presupuesto Distrital", determinando en su artículo 51 que la cuenta de chatarrización del TPC debe recibir los derechos económicos de la cesión onerosa que realizarán los propietarios del TPC incluyendo de las rentas pactadas en los respectivos contratos.
32. Que mediante Resolución N. 006 del 14 de enero de 2015, Transmilenio reglamenta el decreto 580 de 2014, resolviendo que los derechos económicos que se pueden ceder, son aquellos derivados de los contratos suscritos entre los propietarios de vehículos de transporte colectivo y los concesionarios y acordes a lo estipulado en el pliego de condiciones y el contrato de concesión.
33. Que el 30 de abril de 2015 el Gerente interventor nombrado por la Superintendencia, presenta una propuesta de "Plan de Mejoramiento de EGOBUS" con notables deficiencias en materia de financiamiento.
34. Que el Plan de Mejoramiento, es reflejo de que la administración pretendió componer los errores estructurales en el montaje adjudicación y puesta en marcha del SITP y está llamado a un nuevo fracaso por la manera en que fue proyectado.

Fundamentos Jurídicos:

Normas de rango internacional:

Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 1.1, 2 y 21 (ley 16 de 1972);

Normas de rango constitucional:

Constitución Política: artículos. 2, 6, 13, 38, 57, 58, 60, 78, 83, 88, 90, 365.

Normas de rango legal:

Ley 57 de 1887: artículos 1613, 2341, 2344, 2356;

Ley 80 de 1993: artículo 4- numerales 1, 2, 4, 7, 9. Artículo 14 y 60.

Ley 1437 de 2011 artículos 145;

Normas de rango reglamentario:

Decreto 319 de 2006 (Plan Maestro de movilidad): artículos 15 y 17.

Argumentos del grupo actor

De acuerdo a la narración de la parte actora, las demandadas vulneraron los derechos colectivos de la moral administrativa, la libertad económica y la libertad de elección de oficio, derecho a su debida remuneración y derecho al patrimonio de los demandantes debido a la adjudicación de los contratos 012 de 2010 y 013 de 2011 a la Promesa de Sociedad Futura Egobus SAS y a la omisión en el control de la ejecución de los mismos por parte de la sociedad Egobus SAS, de acuerdo a los fundamentos que se reseñan a continuación.

El Distrito Capital, a través de Transmilenio S.A. como ente gestor, dio apertura a la Licitación Pública 04 del 2010, la cual buscaba la adjudicación de los contratos de concesión de la operación de la fase II del SITP. Aquella fase pretendía integrar el transporte colectivo al Sistema, garantizando la democratización accionaria y la participación de los Propietarios en las empresas operadoras.

En este sentido declara el actor que, como condiciones principales del Pliego de Condiciones, se estableció la obligación de que los operadores del SITP incluyeran a la totalidad de los Propietarios que transfirieran la propiedad o el control total de sus vehículos para el desarrollo de la operación del Sistema, a cambio del pago de una renta mensual, libre de cualquier gravamen o retención, durante el término de la concesión y, adicionalmente, un pago final por el valor del vehículo al terminar la misma.

Esta renta, estipulada en el Pliego de Condiciones, consistiría en el 1.5% del valor del vehículo de acuerdo a sus características físicas y técnicas, sería actualizada anualmente según Índice de Precios al Consumidor y sería pagada a través de una fiducia escogida por el concesionario, previa aprobación de Transmilenio S.A. Su cumplimiento, así como el de las demás obligaciones establecidas en el contrato, debía ser garantizado por medio de Garantía Única de Cumplimiento.

Tras concluir el proceso de licitación pública los contratos 012 de 2010 y 013 de 2011 fueron adjudicados a EGOBUS S.A.S., con el objeto de operar las rutas Suba Centro y Perdomo. Fiduciaria Popular y Seguros Cóndor S.A. se vincularon como fiduciaria y garante del cumplimiento. Las operaciones fueron iniciadas en el mes de noviembre del año 2012.

No obstante, según el actor, desde el mismo periodo precontractual el contrato concesión presentaba considerables fallas de planeación y financiamiento. Entre otras, relata que, de acuerdo al pliego de condiciones, el oferente debía acreditar una capacidad de respuesta por la operación de las dos concesiones, sostenida con un patrimonio mínimo de setenta mil millones de pesos (\$70.000`000.000), sin embargo, argumenta, el capital suscrito al constituir EGOBUS S.A.S. era de veinte millones de pesos (\$20`00.000). En este sentido, refiere que se interpuso acción contractual por la presunta asignación irregular al adjudicatario del contrato de concesión de la operación de la zona Perdomo (Exp. 2011-00595, Tribunal Administrativo de Cundinamarca).

Argumenta también la pasiva que, durante la proyección del contrato, al exigirse en el pliego de condiciones como requisitos de la propuesta la asociación de la mayor cantidad de Propietarios posible, se daba un "falso respaldo económico para la ejecución del proyecto SITP, lo que condujo a que la concesión fracasara, por cuanto los pequeños propietarios de los vehículos no iban a efectuar ningún aporte económico". Anota adicionalmente que, no obstante, la exigencia del pliego de condiciones, EGOBUS S.A.S. no asoció sino a una mínima cantidad propietarios.

En este sentido, cuestiona también que Egobus es una empresa conformada por tres grupos de accionistas: Correvial S.A.S., Cooperativas de Transporte y los Propietarios de Transporte Público a través de la STPB SAS; sin embargo, que Correvial S.A.S., solo en apariencia demostraba una gran participación de inversionistas; que las empresas Cooperativas de Transporte, poseían un porcentaje accionario menor al 1% cada una; y, finalmente, la Sociedad de Propietarios Transportadores de Bogotá SAS - SPTB, no fue constituida por todos los propietarios que firmaron el contrato de asociación, y por el contrario contaba con un accionante único que no era transportador.

Posteriormente, manifiesta el actor, tras iniciar la operación se empezaron a presentar diversos incumplimientos por parte del concesionario en cuanto a i. Vinculación de operadores a la sociedad; ii. Vinculación y mantenimiento de flota; iii. Paralización en la prestación del servicio; vi. Entrega de información; v. Cierre financiero; vi. Cesamiento en el pago de rentas a los propietarios; vii. Incumplimiento en el pago de salarios, retenciones del 3.5% en las rentas.

En este mismo sentido, la parte hace mención del “Informe de Auditoria Modalidad Regular” realizado en mayo de 2014 por la Contraloría de Bogotá, el cual en artículos 49.1 al 49.5 refiere una serie de hallazgos con presunta incidencia disciplinaria y fiscal de la entidad pública contratante debido a que, entre otras, el Concesionario no renovó las pólizas de cumplimiento exigidas por el Pliego de Condiciones. Adicionalmente, refiere el relato de los hechos de la demanda, que, a fecha de 5 de diciembre de 2013, la Superintendencia Financiera sometió a liquidación forzosa a la aseguradora Cóndor S.A.

Ahora bien, pone en conocimiento del Despacho el hecho de que mediante Resolución N. 4677 del 30 de abril de 2013, la Superintendencia de Puertos y Transportes sometió a control a EGOBUS S.A.S., debido a irregularidades en la operación de las rutas, en pago de rentas, incorporación de flota, pago a conductores y entrega oportuna de información financiera, entre otros.

Consecuentemente, que mediante Resolución 10764 del 14 de junio de 2014, la misma superintendencia removió al Gerente y a la Junta Directiva de la sociedad, nombrando Gerente interventor y nueva Junta Directiva con el objeto de que fuera elaborado un Plan de Recuperación y Mejoramiento.

En tal sentido, critica el actor que el Plan de Recuperación y Mejoramiento, que fue presentado el 30 de abril de 2015, estaba llamado a un nuevo fracaso debido a que en este se previó un aporte de \$58.000`000.000 por parte de CORREVIAL S.A.S a la concesión, y esta había apenas aportado inicialmente un momento de \$200`000.000 y por tanto no gozaba de solidez financiera.

Igualmente, señaló que este plan previo que el 70% de los propietarios rentistas y a su vez socios de EGOBUS, capitalizarían el 30% de las rentas durante un periodo de 60 meses con el objeto de colaborar con la reestructuración financiera del

concesionario; no obstante, anota el actor que esta propuesta es un reflejo de las irregularidades de la licitación y adjudicación que realizó Transmilenio, en el sentido de que se le impuso una nueva carga a los pequeños transportadores en procura de solventar la empresa.

Finalmente, tras hacer mención de ciertas comunicaciones entre los Propietarios y TRANSMILENIO S.A., el Distrito Capital y la Superintendencia de Puertos y Transportes, en las cuales se buscaba lograr un acuerdo para mitigar los detrimentos ocasionados como consecuencia del fracaso del contrato, el actor concluye que las demandadas son responsables por los perjuicios ocasionados de manera directa e indirecta a sus representados al no haber recibido ellos las rentas fijas mensuales adeudadas por EGOBUS S.A.S., debido a i) irregularidades en la planeación del contrato desde la formulación del pliego de peticiones y ii) la indebida gestión, dirección y control del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por parte del concesionario.

1.1.2. OPOSICIÓN.

Bogotá, Distrito Capital (ff. 511-532).

El Distrito Capital, a través de su apoderado (folio 654), se opuso a todas las pretensiones del actor. Introduciendo su texto de contestación de la demanda, afirma que no existe el nexo de causalidad requerido para declarar la responsabilidad del Distrito en el caso bajo estudio y solicita su desvinculación como parte demandada por falta de legitimación pasiva, señalando que las pretensiones son improcedentes por la vía de acción de grupo.

Al pronunciarse al respecto de los hechos aducidos por el demandante, manifestó, sobre el conjunto total de aquellos y de manera general, que eran apreciaciones subjetivas y no tenían soporte probatorio alguno. Así, señaló que desconoce las situaciones fácticas argüidas por la demanda, pues, según su contestación, tales circunstancias no se encuentran bajo responsabilidad del Distrito sino bajo la de TRANSMILENIO S.A. y EGOBUS S.A.S., como partes de los contratos de concesión.

Propuso como primera excepción de mérito la falta de legitimación en la causa por pasiva, reiterando que la responsabilidad por acción u omisión no recae en el Distrito

sino en terceros. Como segunda excepción formuló la ausencia de daño contingente, señalando que el actor nada probó al respecto y por lo tanto no debe proceder una acción popular.

En tercera medida, propuso la excepción denominada "inexistencia de perjuicio por falta de nexo causal", manifestando que no fue probado por el actor daño alguno y por esta razón tampoco puede existir nexo causal. Como cuarta excepción, formuló la llamada "inexistencia de vulneración de derechos colectivos", señalando que la demandada ha ejercido sin detenimiento la protección de los derechos colectivos y nunca los ha vulnerado.

Como quinta excepción de mérito propuso el hecho exclusivo de un tercero. Así, traslada la responsabilidad a TRANSMILENIO S.A. y EGOBUS S.A.S., toda vez que entre aquellas entidades fue suscrito el contrato de concesión. También propuso la excepción denominada "Inepta demanda por acción indebida", sustentando tal excepción en que el Distrito Capital no tuvo injerencia en la violación de los derechos colectivos determinados por el texto de la demanda. Finalmente propuso excepción innominada, fundamentada en cualquier hecho que llegue a probarse en el curso del proceso.

TRANSMILENIO S.A. (ff. 546-623).

TRANSMILENIO S.A., a través de su apoderado, se opuso a la totalidad de las pretensiones del actor. Al respecto de los hechos señalados en el texto de la demanda, sostiene que no son más que apreciaciones subjetivas del abogado de los demandantes y manifiesta que como ente gestor ha adelantado todas las gestiones administrativas que se encuentran a su alcance y que están dentro de su competencia para exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Manifiesta también que, al momento de la adjudicación del contrato, el proponente y después adjudicatario EGOBUS S.A., cumplió con todos los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y, por esta, razón la Entidad pública no actuó de manera indebida al otorgarle la concesión. En ese sentido, señala que las verdaderas causas de los incumplimientos se le atribuyen al mal gobierno corporativo del concesionario.

En relación con las exigencias financieras hechas a los proponentes, articula que aquellas establecían la obligación de acreditar una *capacidad de cierre financiero efectivo*—“el cual consiste en demostrar que tanto capital como créditos y en general el apalancamiento financiero del concesionario, soportara los gastos de operación para la ejecución del contrato”, mas no una capacidad patrimonial, en relación con el capital autorizado, suscrito y pagado.

Al respecto del incumplimiento en relación de participación accionaria y directiva de los Propietarios sobre el concesionario EGOBUS S.A., señaló la pasiva que esta circunstancia hace parte del giro ordinario de los negocios y el ámbito societario, razón por la cual escapa de la competencia de TRANSMILENIO S.A., ente gestor del SITP.

Así mismo, en relación con el Informe de auditoría modalidad regular realizado por la Contraloría de Bogotá, la parte demandada manifiesta que el ente gestor actuó con total diligencia al respecto de la garantía única de cumplimiento mediante de póliza de seguros, toda vez que al momento de la adjudicación del contrato aquella póliza cumplía todos los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y, posteriormente, solicitó el reconocimiento de la ocurrencia del siniestro mediante Resoluciones 228 y 229 de 2013. Señala, incluso, que oficiosamente TRANSMILENIO S.A., solicitó acompañamiento de los entes de control competentes, a saber: Veeduría distrital, Contraloría de Bogotá, Procuraduría Distrital, Superintendencia Financiera y Superintendencia de Puertos y Transportes.

Argumenta que no existe fuente de responsabilidad solidaria por parte de TRANSMILENIO S.A., toda vez que desde el mismo Pliego de condiciones se estableció que la obligación del pago de las rentas a los Propietarios estaba bajo responsabilidad exclusiva del concesionario y aclara el hecho de que no se pactó nunca clausula alguna que implicara el carácter solidario de tal obligación.

Así pues, como excepciones propone i. Ineptitud formal de la demanda por indebida acumulación de acciones; ii. Caducidad de la acción de grupo; iii. Improcedencia de la acción por ausencia de identidad del hecho generador e identificación del grupo; iv. Excepción genérica.

EGOBUS S.A.S. (ff. 750-769).

EGOBUS S.A.S., a través de su apoderado, se opuso a la totalidad de las pretensiones del actor. Argumenta que la sociedad demandada ha realizado todas las gestiones posibles tendientes a solventar el problema financiero mediante la estructuración del “Plan de Recuperación y Mejoramiento”, el cual ha tenido lugar tras la intervención de la Superintendencia de Puertos y Transportes, debido a múltiples hallazgos en relación con incumplimientos del contrato de concesión. Al respecto de las retenciones tributarias realizadas a los Propietarios, manifiesta que aquellas debían darse debido a la obligatoriedad de la ley.

Propuso las excepciones de mérito que a continuación se mencionan: i. Insuficiencia probatoria – Carga probatoria en cabeza del accionante y Acción prematura, justificada en que el objeto del Plan de Recuperación y Mejoramiento es enervar las deficiencias e incumplimientos de la sociedad y articula que las cifras solicitadas a título de indemnización son exageradas; ii. Falta de elementos de la responsabilidad – Ausencia de responsabilidad, la cual se sostiene en que la sociedad ha participado activamente en el Plan de Recuperación y Mejoramiento; iii. Falta de causalidad entre la culpa y la pretendida indemnización, alegando ausencia de nexo causal debido a que los incumplimientos “tienen origen en otras situaciones inherentes al Sistema de Transporte”, y; iv. Excesiva tasación de perjuicios.

1.2. TESIS Y PROBLEMA JURIDICO:

Según la tesis de la parte actora, los entes públicos accionados incurrieron en una falla en el servicio y, por esta razón, deben ser declarados solidariamente responsables de los daños y perjuicios derivados de los incumplimientos por parte del concesionario Egobus S.A.S. en el pago de las rentas mensuales a los Propietarios. En el caso de Transmilenio S.A., como ente gestor, al haber adjudicado los contratos 012 de 2010 y 013 de 2011 a Egobus SAS, y al no ejercer adecuadamente el control sobre los contratos de concesión de las empresas privadas que operan el Sistema y, el Distrito Capital, por su parte, debido a no concretar apropiadamente desde política pública, programas, proyectos y estrategias, una movilidad financiera y económicamente sostenible.

A su vez, en su tesis del caso, el Distrito Capital, considera que siempre actuó de manera diligente, con sujeción a los postulados normativos y en el marco de las competencias que sobre el particular le asistían. Sostiene que los hechos que motivaron la interposición del presente medio de control, ocurrieron en desarrollo de una actividad particular y de carácter privado, razones por las cuales considera que se configura la causal de exoneración de responsabilidad denominada hecho de un tercero.

En su tesis del caso, EGOBUS S.A.S. sostiene que la imputación de los hechos señalados en la demanda no puede hacerse a dicha sociedad, debido a que aquellos tuvieron origen en la proyección del SITP y a que mediante el Plan de Mejoramiento y Recuperación la intervención de la Superintendencia de Puertos y Transportes ha buscado solventar los incumplimientos del concesionario, razón por la cual este medio de control es prematuro.

Problema jurídico.

¿Las demandadas son responsables de la indemnización de los perjuicios causados a los Propietarios por el no pago de las rentas fijas mensuales debidas por el concesionario debido a que: (i) la selección del contratista Egobus SAS fue indebida al punto de resultar obvio que aquel incurriría en el incumplimiento del pago de las rentas debidas, o (ii) por haberse conducido de manera negligente en el ejercicio de sus facultades de vigilancia y control sobre el cumplimiento contractual del concesionario?

Es tesis del Despacho que las demandadas no cayeron en lo que se conoce como una falla en el servicio, toda vez que: i) la selección del contratista obedeció a criterios objetivos previstos en el ordenamiento jurídico y que fueron cumplidos por el entonces oferente y ii) el Gestor del sistema, que era el obligado funcional a ejercer el control contractual del SITP, acreditó la diligencia debida en el ejercicio de las facultades y competencias previstas por el ordenamiento para el desarrollo del control contractual sobre el concesionario Egobus SAS.

1.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Grupo demandante (ff. 2632-2661)

Al presentar lo que en su concepto son los antecedentes normativos y fácticos del asunto que se ventila ante esta Judicatura, el apoderado de la parte actora arguye que los particulares interesados en resultar adjudicatarios de los contratos de concesión para la Operación del Sistema Integrado de Transporte Público del Distrito de Bogotá, se vieron compelidos a establecer modalidades de vinculación con los pequeños propietarios de automotores de Transporte Público Colectivo de una manera en que se aparentara un patrimonio del oferente que en realidad no respaldaría el cumplimiento de la concesión.

No obstante, señala que aun cuando la licitación para las Zonas con Operación Troncal Perdomo y Suba Centro resultó adjudicataria la Promesa de Sociedad Futura Egobus y, en consecuencia, se constituyó la sociedad Egobus SAS, esta recibió como aportes a su patrimonio el valor de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20`000.000).

En tal orden de ideas, argumenta que, al tenor del pliego de condiciones, para que un oferente acreditara capacidad para responder por la operación de 2 concesiones, debía tener un patrimonio mínimo de SETENTA MIL MILLONES DE PESOS (\$70.000`000.000).

Luego, en concepto del demandante, ello permite inferir que Transmilenio faltó a sus funciones de gestor y garante, al permitir que una empresa con el capital de \$20`000.000 se hiciera concesionaria. En una palabra, considera que se inició el proyecto de Operación del Sistema Integrado de Transporte Público del Distrito de Bogotá, otorgando la concesión a una sociedad insolvente, sin respaldo, experiencia ni capacidad operacional real.

En tal sentido, señala que los múltiples incumplimientos de la concesionaria que tuvieron ocasión ya en el curso de la operación del servicio surtida en la etapa de ejecución del contrato, tuvieron su fuente en las fallas de la administración al adjudicar el contrato a Egobus SAS. En su concepto, la falla de Transmilenio SA en el ejercicio de sus funciones, expuso a los pequeños propietarios de los automotores

al no pago de las rentas, razón por la cual debe ser declarado solidariamente responsable junto con las demás demandadas.

Por otro lado, considera que la vinculación de los propietarios al SITP fue impuesta en tanto que con fundamento en la Circular N 002 de mayo de 2012, los entes rectores del SITP prescribieron las cancelaciones anticipadas de las tarjetas de operación de los propietarios de Transporte Público Colectivo. En concepto del apoderado del grupo actor, los propietarios que no se habían afiliado a Egobus desde la etapa Licitatoria, se vieron obligados a vincularse a Egobus al ver su tarjeta de operación cancelada.

Ahora bien, señaló que la pasiva, en su calidad de gestora del sistema, tiene en su cabeza la dirección y control, razón por la cual es responsable de los daños ocasionados a los propietarios de vehículos de transporte público colectivo.

Puntualmente en cuanto al Distrito Capital, en concepto del apoderado del grupo actor, es responsable por haber proyectado, delineado y creado el Plan Maestro de Movilidad y en esa medida su participación lo involucra de manera definitiva en el resultado dado. Igualmente, sostiene que al haber creado Transmilenio SA, no puede desligarse como el directo encargado de la toma de decisiones en materia de servicio público de transporte en Bogotá.

Igualmente, sostiene que la Alcaldía Mayor de Bogotá DC i) falló en sus funciones de control y vigilancia como director principal del sistema; ii) omitió el cumplimiento de los principios de movilidad financiera y económicamente sostenible; iii) incumplió su deber de control de la gestión desplegada por Transmilenio SA; iv) no dio solución oportuna a los afectados y; finalmente v) aprovechó su posición dominante frente a la comunidad afectada, al proceder a ofertar el valor del vehículo de los afectados absteniéndose de cancelar las rentas en mora y futuras.

En cuanto a la responsabilidad de Transmilenio SA, considera que es responsable en tanto dentro de sus deberes se encontraba la de establecer directrices y seleccionar los procesos licitatorios de operadores, sin embargo, eligió una propuesta que de manera evidente no cumplía con la capacidad para ejecutar el contrato de concesión.

Igualmente, ya que, en su calidad de gestor del sistema, era responsable de ejercer el control sobre el cumplimiento de los contratos de concesión de las empresas privadas que prestan el servicio de transporte público masivo.

Caducidad de la acción de grupo

Por otro lado, en cuando a la caducidad, precisa que la reclamación judicial tiene lugar por el incumplimiento en el pago de las rentas pactadas a favor de los propietarios de automotores de transporte público colectivo miembros del grupo, que en su mayoría acaecieron en febrero de 2014.

Recaudo probatorio

Señaló que con el Pliego de Condiciones de la licitación en que resultó adjudicatario Egobus SA y su acta de constitución, se acredita que la concesión se le entregó a un particular que no contaba con la robustez financiera para obtener la adjudicación.

Por otro lado, que, de acuerdo con un informe de auditoría de mayo de 2014 de la Contraloría de Bogotá, se constató que, con anuencia de la Gestora, Egobus no renovó las pólizas de aseguramiento a las que se encontraba obligado conforme el pliego de condiciones. Igualmente, que habría posibles incidencias disciplinarias por parte de Transmilenio en tanto este no recaudó diferentes multas impuestas a la concesionaria.

Respecto de la Resolución 46677 del 30 de abril de 2013 de la Superintendencia de Puertos y Transportes, señaló que por medio de tal acto la entidad vigilante sometió a control a Egobus.

Con relación a la circular N. 002 de mayo de 2012 de Transmilenio SA, que por medio de tal acto se les impuso a los transportadores un plazo máximo para vincularse con la concesionaria Egobus SA.

Finalmente, en lo relativo a la prueba pericial de avalúo de los perjuicios, practicada por el Auxiliar de la Justicia perito contador Juan Agustín Morales, considera que denota la existencia del daño.

Propuestas transaccionales de Transmilenio

Sostiene que se debe tener como confeso el actuar de Transmilenio, en tanto haber ofrecido el valor de los vehículos a cambio de que los propietarios cedieran las rentas al Distrito Capital.

Bogotá Distrito Capital.

Guardó silencio.

Transmilenio S.A.

Mediante memorial del 28 de febrero de 2019, el apoderado de este centro de imputación de la parte pasiva presentó alegatos de conclusión, solicitando se negaran las pretensiones de la demanda por cuanto considera, esencialmente, que las relaciones jurídicas sostenidas entre los miembros del grupo demandante en calidad de propietarios del Transporte Público Colectivo- TPC y la empresa concesionaria Egobus son del derecho privado y resultan ajenas e independientes a la relación existente entre Transmilenio SA, en calidad de ente gestor del Sistema y el particular concesionario.

En este sentido, precisó que el contrato estatal concesional implica el traslado de riesgos al contratista, para que este los asuma y gestione por su propia cuenta, sin que deba entrar el Estado a supervisar la forma en que el contratista se relaciona con los terceros propietarios.

Así mismo, afirma que se probó en el curso del proceso la ausencia de acción u omisión de Transmilenio SA en la imputación de responsabilidad a título de falla del servicio, al punto que, por el contrario, la causa determinante del no pago de las rentas a los propietarios miembros del grupo, obedeció al mal gobierno de la administración de la sociedad concesionaria.

Hizo una descripción de lo concerniente a la estructuración del Sistema Integrado de Transporte Público – Sitp y al proceso de Licitación TMSA-LP-004 de 2009, enfatizando en que se garantizó el principio de democratización del sistema, en tanto se propendió por la participación de los propietarios, exigiéndoles a los proponentes

la vinculación de un número importante de propietarios y otorgándole mayores puntajes a quienes presentaran un mayor número de propietarios vinculados bajo la modalidad de renta mensual o a través de contratos de promesa de compraventa.

Por otro lado, precisó que los requisitos financieros exigidos a los proponentes en materia de patrimonio y de experiencia en consecución de financiación se establecieron exclusivamente para verificar su idoneidad, pero que, sin embargo, las obligaciones en materia de cierre financiero tenían por objeto garantizar la disposición efectiva de los recursos de ejecución del contrato. En tal sentido, enfatizó en que se encuentra demostrado que, al momento de la adjudicación, Transmilenio encontró que la propuesta presentada por Egobus cumplía con la totalidad de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones de la licitación.

En tal orden, hizo referencia a que, de acuerdo con el principio de selección objetiva, Transmilenio otorgó la concesión a quien presentó la mejor oferta posible, sin que ello signifique que se garantice de manera absoluta que el contrato estatal se desarrolle de manera que el contratista cumpla con sus obligaciones dentro y fuera del mismo. Así, hizo énfasis en que la conducta exigible a Transmilenio consistía en vigilar el cumplimiento del contrato desde el punto de vista de la prestación del servicio y de acuerdo con la distribución de riesgos pactada.

Así, consideró que está probado con el acervo probatorio que Transmilenio, en su calidad de contratante y gestor del sistema, realizó todas las acciones que le exige y permite la ley y que, por el contrario, las vicisitudes contractuales de no pago de rentas obedecieron a causas imputables únicamente al contratista pues, al ente gestor no le era dable coadministrar aspectos y relaciones internas entre el concesionario y terceros.

En tal sentido, señaló que mediante radicado N. 2012ER2584 de marzo 11 de 2013, inició el proceso de imposición de multas, cual se definió mediante los actos administrativos Resolución 228 y Resolución 229 de 2013 y sus actos confirmatorios. En consecuencia, que inició un proceso ejecutivo con radicado 2014-00303 conocido por el juzgado 34 administrativo de Bogotá.

Igualmente, que es de resaltar el que el 5 de marzo de 2015, se inició el proceso por incumplimiento grave a los contratos 012 de 2010 y 013 de 2011, con el fin de

decretar la caducidad de los mismos, en virtud de la omisión que presenta el concesionario frente a la constitución de las garantías contractuales correspondientes para la vigencia del año 2014.

A este respecto, anotó que se adelantó una reunión el 16 de diciembre de 2013 con el agente liquidador de Seguros Cóndor SA y FOGAFIN, de la que resultó claridad acerca del procedimiento legal que debía surtir Transmilenio SA para el cambio de aseguradora y garantías, así como la claridad de que el agente liquidador gozaba de autonomía, pero debía rendir informes periódicos a FOGAFIN, los que se les hace seguimientos que podrían ser consultados en la página web de esta.

En tal orden de ideas, argumentó que las sanciones impuestas mediante Resoluciones N. 228 y N. 229 de 2013, fueron reconocidas y canceladas por parte del agente liquidador de la compañía de seguros generales Cóndor SA, mediante Resoluciones N. 001 y N. 200 de 2014, por el valor de \$2.413.656.222.

Por otro lado, relató la intervención de Egobus SAS por parte de la Superintendencia de Puertos y Transporte, tras lo cual resalta el apoderado que resulta acreditado que Transmilenio adelantó todas las gestiones que le eran exigibles desde el punto de vista de su papel como contratante y ente gestor del Sitp.

Finalmente, resalta la declaratoria del incumplimiento de los contratos 012 de 2010 y 013 de 2011, mediante las resoluciones N. 235 y N. 236 de 2016, respectivamente. Tras ello precisa que, al no llegarse a acuerdo entre las partes, Transmilenio SA inició la liquidación unilateral de los contratos. De esta manera, considera el profesional del derecho que el problema no corresponde a la estructuración del sistema, sino a la gobernabilidad del concesionario,

Por otro lado, añadió que la administración distrital ha adoptado políticas encaminadas a la consolidación de la implementación del SITP otorgando diferentes opciones a los propietarios que deseen salir del sistema antes de los 24 de la concesión, con lo cual, en su concepto, se desvirtúa que Transmilenio no previó ni adoptó medidas suficientes para proteger a los propietarios en el cambio de modelo del servicio de transporte público en Bogotá.

En tal sentido, argumentó que ello no es un reconocimiento de la responsabilidad de Transmilenio sobre la situación de los propietarios, sino muestra una actuación del mismo ente ya como administración distrital y ya como contratante.

Estas medidas, autorizadas por el concejo de Bogotá mediante la aprobación del artículo 78 del Plan Distrital de Desarrollo, son las relativas a i) Decreto Distrital 580 de 2014 "Por el cual se dictan medidas orientadas a la consolidación de la implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá D.C, en su etapa de integración del transporte público colectivo al transporte masivo"; ii) Decreto 351 de 2017 "Por medio del cual se reglamenta el artículo 78 del Acuerdo Distrital No. 645 de 2016 y se dictan otras disposiciones"; iii) la Resolución 006 de 2015 "Por la cual se reglamenta el procedimiento y las condiciones para hacer efectivo el cumplimiento del Decreto Distrital 580 de 2014" y; finalmente, iv) la Resolución 405 de 2017 "Por la cual se fija el procedimiento y condiciones para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto Distrital 351 de 2017 y se delegan algunas competencias".

Respecto del dictamen pericial rendido por el Auxiliar de la Justicia, contador Público Juan Agustín Morales, mediante los alegatos de conclusión, manifestó que lo objeta por error grave, al realizar una comparación del dictamen con cálculos realizados por un tercero, Valora SAS.

Finalmente, argumenta que no existe solidaridad entre Transmilenio SA y Egobus SAS, en la medida en que en el numeral 1.3.2 Glosario del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-04 de 2009, se tiene que el concepto de Control Total sobre la flota implica por parte del concesionario "El pago a los propietarios vinculados en la renta fija mensual ofertada, en los términos establecidos en el presente pliego de condiciones". En tal sentido, añadió que no existe cláusula contractual en que Transmilenio como entidad contratante y Egobus en calidad de contratista hayan pactado responsabilidad solidaria, la cual habrá de ser expresa y no presuntiva.

EGOBUS S.A.S.

Guardó silencio.

2. DECISIONES PARCIALES

En el caso que nos ocupa, se surtió a cabalidad el trámite y procedimiento establecido en el CPACA sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, razón por la cual debe ahora el Despacho desatar la controversia.

3. EXCEPCIONES

Previo a efectuar el estudio de las excepciones presentadas, en primer lugar, déjese dicho que mediante auto de 31 de marzo de 2016¹, se declararon no probadas las excepciones previas de inepta demanda por acción indebida- propuesta por el Distrito Capital de Bogotá-, e ineptitud formal de la demanda por indebida acumulación de acciones- propuesta por Transmilenio SA-.

En segundo lugar, debe el despacho señalar que las excepciones de fondo denominadas i) ausencia de daño contingente, ii) inexistencia de un perjuicio por falta de nexo causal- formuladas por el Distrito Capital de Bogotá-, iii) ausencia de los elementos constitutivos de responsabilidad de la acción de grupo – formulada por Transmilenio SA- iv) Falta de elementos de responsabilidad, v) insuficiencia probatoria y vi) falta de causalidad entre la culpa y la pretendida indemnización– formuladas por Egobus-, no serán estudiadas de manera separada en razón a que, al tenor de la manera como fueron planteadas, constituyen verdaderos argumentos de defensa más no excepciones en estricto sentido, debido a que tienden a negar el derecho invocado por el grupo demandante. Por lo anterior, las mismas habrán de dilucidarse al momento de analizar y decidir el fondo del asunto respecto de los elementos del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado que nos ocupa, quedando por lo pronto así resueltas.

Al respecto, el Consejo de Estado manifestó:

“En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litis contestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada. Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones de

¹ F. 1018.

la demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial.”²

“En lo tocante a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción “representa un verdadero contra derecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción” ³

(Subrayado fuera del texto original).

Caducidad de la acción

El apoderado de Transmilenio SA presentó la excepción de caducidad, argumentando que se venció para los actores el término de dos años previsto en la Ley 472 de 1998 y la ley 1437 de 2011. Para tales efectos, argumenta que el término de caducidad empieza el momento en que Egobus entró en operación, esto es el 22 de noviembre de 2012, debido a que en ese momento se tuvo conocimiento del daño; luego, como la demanda fue presentada, 30 de septiembre de 2015, habían vencido los dos años de caducidad.

Por otro lado, manifiesta que si el origen del daño fuese la actuación de la administración relativa a la adjudicación y a la suscripción contractual, según lo previsto por la ley 1434 de 2011, el término de caducidad para acudir a la acción de grupo es de cuatro meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo de adjudicación. En tal sentido, también este término habría caducado para los actores.

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00046-01(34239). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO. Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.-COVIANDES. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.

³CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL RIZA MUÑOZ. Santa Fe, de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: AC-1675. Actor: AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA. Demandado: VIVIANE MORALES HOYOS.

Por su parte, al recorrer el traslado de la excepción propuesta, el apoderado del grupo demandante señaló que la reclamación judicial nace con ocasión del incumplimiento de las rentas pactadas en los contratos de asociación a favor de los propietarios de TPC, razón por la cual solo a partir de la cesación de pago de rentas debe iniciarse el conteo de la caducidad. En tal orden de ideas, señala que la mayoría de rentas entraron en cesación de pagos en el mes de febrero de 2014, por lo cual a partir de aquel momento debe iniciarse el conteo de los dos años de que trata el artículo 47 de la Ley 472 de 1998.

No obstante, lo anterior, señaló también que el daño en el caso que nos ocupa es de tracto sucesivo, por lo que el fenómeno vulnerante no cesará hasta que finalicen los 25 años por los que inicialmente se había pactado la concesión.

Finalmente, precisó que con la acción no se pretende la anulación de las concesiones, razón por la cual no aplica el término de 4 meses como quiera que no se somete a control judicial la legalidad de ningún acto administrativo a través del presente medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo.

Así resumidas las posiciones de las partes, para resolver la excepción de caducidad propuesta por Transmilenio SA, téngase que, en palabras del Consejo de Estado, "la caducidad es la sanción consagrada en la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público."⁴

Ahora bien, la caducidad de la acción de grupo fue inicialmente regulada mediante el artículo 47 de la Ley 472 de 1998, en el sentido de otorgar un término de dos años con posterioridad a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo:

"ARTICULO 47. CADUCIDAD. Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo."

⁴ Consejo de Estado, Subsección C de la Sección Tercera, sentencia del 12 de agosto de 2014, Exp. nº 00298-01(AG).

Sin embargo, y de conformidad con lo interpretado por el Consejo de Estado⁵, el término de caducidad⁶ y la competencia de la acción de grupo fueron modificados por el CPACA, cuyas normas son prevalentes sobre las contenidas en la Ley 472 de 1998, por tratarse de una codificación normativa posterior:

"Así las cosas, en orden a imprimirle efecto útil a la norma⁷ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo debe entenderse que éstas son aplicables y prevalecen respecto de las normas contenidas en la Ley 472 de 1998, y ello permite colegir que el término de caducidad y la competencia fueron modificados por la nueva disposición. Los demás aspectos se siguen regulando por aquella.

(...)

Ahora bien, al igual que la anterior norma sobre caducidad del medio de control ejercido, la nueva codificación mantiene la fecha en que se causó el daño como supuesto a partir del cual iniciar el cómputo. No obstante, eliminó "la cesación de la acción vulnerante" que consagraba la antigua norma como el segundo punto de partida del cómputo de caducidad.

(...)

Así las cosas, se tiene que para el cómputo del término de caducidad en el medio de control de la pretensión de reparación de perjuicios causados a un grupo se contabiliza desde el momento en que se tuvo conocimiento del daño y no del hecho, omisión u operación administrativa.

No obstante, en el caso objeto de estudio como lo que alegan los demandantes es un daño continuado o de carácter sucesivo, lo que cobra relevancia es la noticia del mismo, por ello, no deben tenerse en cuenta el momento de cada una de las muertes de los animales, entendidas como un acontecimiento aislado, sino que, por el contrario, fue un daño que se prolongó en el tiempo y que ocasionó una pluralidad de perjuicios en el tiempo. En efecto, en la demanda se señala que hasta el 19 de agosto de agosto de 2012 seguía ocurriendo la contaminación de la Quebrada La Nutria y hasta el presente se desconoce si ésta ha cesado." (Subrayas fuera de texto)

De esta manera, debe atenderse el literal h del numeral 2 del artículo 164 de la ley 1437 de 2011 que señala lo que sigue:

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

⁵ Consejo de Estado Sección Tercera, Expediente No. 2013-00298-01(AG) de 12 de agosto de 2014 , C.P. Enrique Gil Botero

⁶ A estos efectos, es también de considerar que el artículo 624 del CGP, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, prescribe que los términos se rigen por las leyes vigentes al momento en que empiezan a correr.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-145-95 de marzo 23 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, actor: Jaime Orlando Santofimio y otros. En esta providencia la Corte se refirió sobre el principio del efecto útil en los siguientes términos: "Conforme al principio hermenéutico del efecto útil de las normas constitucionales, según el cual siempre debe preferirse aquella interpretación que confiere pleno efecto a las cláusulas de la Carta..."

(...)

2. En los siguientes términos, son pena de que opere la caducidad:

(...)

h) Cuando se pretenda la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados a un grupo, la demanda deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño. Sin embargo, si el daño causado al grupo proviene de un acto administrativo y se pretende la nulidad del mismo, la demanda con tal solicitud deberá presentar dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

Como se puede observar de la norma aplicable a las controversias de reparación de los daños ocasionados a un grupo que son ventiladas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por regla general el plazo para demandar es de 2 años siguientes a la fecha en que se causó el daño. Pero, por el contrario, el término de caducidad se reduce a 4 meses en caso de que el presunto daño causado al grupo provenga de un acto administrativo y se pretenda la nulidad del mismo por la parte actora.

Por ello, resulta imperioso establecer cuál es el término aplicable al caso que nos convoca: esto es el de dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo, o el de cuatro meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

A tales efectos, para el despacho es claro que los demandantes reclaman la indemnización de presuntos perjuicios, que corresponden principalmente al lucro cesante futuro y consolidado que ha significado el no pago de las rentas que contractualmente Egobus SAS debía cancelar a favor de los propietarios de Transporte Público Colectivo vinculados al concesionario.

Ahora, aun cuando los actos administrativos precontractuales son objeto de cuestionamientos por parte del actor, en tanto discute que la adjudicación de los contratos de concesión a Egobus SAS es una falla en el servicio por resultar este insolvente, el actor no elevó pretensiones declaratorias de nulidad sobre ninguno de aquellos actos administrativos de adjudicación; por tanto, es de concluir que el

término de caducidad aplicable al negocio de marras, es de 2 años y lo que sigue será determinar el momento a partir del cual inicia el conteo.

En este orden, se debe recordar aquí que el daño puede ser instantáneo o de tracto sucesivo, lo que torna compleja la manera de contabilizar la caducidad de la acción; al respecto tenemos que de tiempo atrás la jurisprudencia⁸ ha precisado que en el medio de control de reparación de los daños causados a un grupo, a diferencia de cuando el daño se ocasiona de manera instantánea, si *a)* la acción u omisión y *b)* el daño mismo, se prolongan en el tiempo, el término de caducidad se cuenta desde la cesación de los efectos vulnerantes⁹.

Por tanto, debe esta judicatura determinar cuál es el tipo de daño por el cual se reclama la indemnización, de manera que se adquiera certeza sobre las condiciones de tiempo y modo del daño, a fin de efectuar el estudio de la excepción de caducidad presentada por Transmilenio SA.

De conformidad con la demanda, entonces, la parte actora pretende se declare solidariamente responsables a los entes públicos demandados por el no pago por parte de Egobus SAS, de las rentas que producirían los buses de los propietarios de transporte público colectivo – TPC- asociados al concesionario, durante los 24 años de concesión, como quiera que en el marco de la implementación del sistema Integrado de Transporte les atribuye a los demandados: i) una indebida adjudicación de los contratos CTO 12 de 2010 y 13 de 2011 a la Promesa de Sociedad Futura Egobus SAS, en tanto esta carecía de capacidad económica para desarrollar la actividad y ii) una omisión en la gestión, dirección y control del cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por parte del concesionario.

Pues bien, efectivamente, atendiendo al contenido del Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009 en sus cláusulas tercera y séptima, los concesionarios debían suscribir con los propietarios del transporte público colectivo un contrato de asociación, cuya naturaleza jurídica habría de

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de octubre de 2008, Rad. nº. AG-2005-02076 [fundamento jurídico 3.1].

⁹ ⁹ Consejo de Estado, 31 de julio de 2019 dentro del radicado Rad. Nº 05001-23-33-000-2016-01318-01(AG) A. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de 13 de abril de 2018, expediente 60.450, magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de 9 de noviembre de 2017, expediente 59.019, magistrado ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de julio de 2017, expediente 38.887, magistrado ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO.

constituir un esquema participativo de vinculación mediante renta fija mensual, ofertada con devolución del capital actualizado al propietario al momento de la finalización del contrato.

En este mismo sentido, de acuerdo con la cláusula séptima de los Contratos de Asociación suscritos entre la Promesa de Sociedad futura Egobus S.A.S. y los propietarios de vehículos de transporte público colectivo, el concesionario se obligó a pagar a cada propietario, como contraprestación de la transferencia del vehículo, una renta mensual equivalente al 1.5% del valor del vehículo.

De lo anterior, observa el despacho que el concesionario, a favor de los propietarios, tiene una obligación de dar cuya prestación es periódica, como quiera que tiene por objeto el pago mensual de una suma de dinero determinada. Por otro lado, respecto de Transmilenio como entidad contratante y ente gestor del Sitp, el concesionario tenía, entre otras, una obligación de hacer, consistente en garantizar la participación de los propietarios en el negocio a través de la renta fija mensual en comento.

Dicho ello, se comprende que, a la luz de la dogmática de los regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado y con fundamento en lo argumentado en el libelo demandatorio, el caso trata de presunto daño que ostenta el carácter de sucesivo o periódico, al corresponder al no pago de cada una de las rentas exigibles mes a mes, pero respecto del cual se predicen dos causas claramente diferenciables; esta diferencia incide directamente en la manera en que habrá de realizarse el estudio de la excepción de caducidad, debido a que la temporalidad de todos los daños y de sus causas no se constata de la misma forma, a saber:

i) En lo tocante a la presunta indebida escogencia del contratista por ser éste insolvente, se advierte un escenario causal de daño instantáneo debido a que la acción que se le endilga a la administración tiene lugar justo al momento de la adjudicación de los contratos de concesión 12 de 2010 y 13 de 2011.

ii) En lo que respecta a la segunda causa alegada por el actor, la omisión de la administración en la gestión, dirección y control al cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por parte del concesionario, se observa que es una conducta que, a voces del actor, se prolongaría en el tiempo durante el cual se encontraban vigentes los contratos de concesión.

iii) Finalmente, en cuanto al presunto daño en sí- esto es considerado a parte de sus causas- se reitera que consiste en el incumplimiento del concesionario en la obligación periódica del pago de las rentas que debían cancelarse mes a mes.

Por tal razón, en concepto del Despacho, el parámetro objetivo para determinar el momento a partir del cual se cuenta la fecha del presunto daño, opera de manera diferenciada para cada uno de los miembros del grupo y a su vez para cada renta, toda vez que, de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, las fechas en que el concesionario entró en cesación de pagos con cada propietario no coinciden precisamente.

Ahora, no obstante haber ocurrido las causas del daño en dos momentos diferentes, uno instantáneo y otro prolongado en el tiempo, se comprende que las presuntas causas del daño se hicieron visibles solo tiempo después, es decir cuando aquel presunto daño acaeció al entrar la compañía concesionaria en cesación de pago de las rentas debidas a los propietarios de Transporte Público Colectivo a ella asociados.

En tal sentido, conforme lo señalado por el Consejo de Estado en la cita precedente, es claro que excepcionalmente hay acciones u omisiones dañosas que se prolongan en el tiempo de manera tal que el daño que se causa tiene el carácter de continuado, pero que es conocido por el administrado con posterioridad al momento en que se causó. En tales casos en que solo después de haber acaecido el hecho, la omisión o la operación que originó el daño se advierte el mismo, el término de caducidad se cuenta a partir del momento en que se adquiere conocimiento del daño.

Justamente por esta razón, en concepto del despacho, resultaría contrario a los principios de justicia y equidad que nutren el ordenamiento jurídico, contabilizar el término de la caducidad desde el momento en que se causó el daño (sea el momento de la adjudicación de los contratos o bien al cesar la presunta omisión de control durante el curso de los mismos), debido a que los demandantes, en tanto presuntas víctimas, tuvieron conocimiento de los perjuicios solo hasta el momento en que el concesionario entró en cesación de pago de las rentas¹⁰.

¹⁰ Al respecto del momento en que se tuvo noticia del daño como factor excepcional a partir del cual debe contarse la caducidad, ver la siguiente nota al pie, tomada de la providencia CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014) Radicación número: 18001-23-33-000-2013-00298-01(AG): <<RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ al respecto señala: "El plazo (de la caducidad) añade el

En este orden de ideas, no es dable exigirle al demandante el ejercicio del derecho de acción dentro de un término contado a partir de los momentos de causación del presunto daño, como quiera que ni para el momento de adjudicación, ni para el momento en que pudieron haber cesado las conductas omisivas de control previas a la cesación de pagos, se conocía que en un futuro sería ocasionado un daño a los propietarios de TPC. Es esta la razón por la cual se comprende que los miembros del grupo demandante, mientras no se habían visto lesionados en su patrimonio e intereses, no se encontraban en la obligación de accionar la jurisdicción solicitando el pago de las sumas cuya falta de pago consideran no están obligados a soportar.

Ahora bien, aplicando los anteriores razonamientos al caso, comprende el despacho que como quiera que el presunto daño habría tenido lugar de manera diferenciada para cada asociado a la compañía concesionaria conforme no recibía el propietario una renta determinada en cada mes, solo a partir de tal momento pudo conocer el daño y será a partir de cada uno de esos momentos en que deba contarse el término de caducidad de la acción. Sin embargo, a lo anterior se suma el hecho de que el daño fue sucesivo, ya que el incumplimiento del concesionario se daba cuando las rentas se tornaban exigibles mes a mes durante el término de duración de los contratos de concesión y este no las cancelaba. Por tanto, en concepto del despacho, el periodo de caducidad de la acción vencía a los dos años siguientes al momento en que se debía cancelar cada una de las rentas mensuales.

Lo anterior quiere decir que, como resulta apenas lógico, todas aquellas rentas no pagadas y cuya exigibilidad tuvo lugar en los meses anteriores al periodo de dos años anteriores a la fecha de presentación de la demanda, se encuentran caducadas, lo cual responde a la necesidad de evitar que "las situaciones generadoras de responsabilidad se extiendan de manera indefinida en el tiempo, brindando así seguridad jurídica al transformarlas en situaciones jurídicas consolidadas"¹¹.

artículo 1968 (del Código Civil español), se computa "desde que lo supo el agraviado". Debe entenderse: Desde que la víctima conoció la existencia del daño y estuvo en condiciones de ejercitar la acción.". Tratado de Responsabilidad Civil. Madrid, Civitas y Universidad de Deusto, 1993. p. 943. Esta Sección de lo contencioso administrativo del CONSEJO DE ESTADO, en múltiples oportunidades, ha señalado la importancia en muchos casos, de identificar, antes que el momento en que el daño se causó, el momento en que se tuvo noticia del mismo; a título de ejemplo se puede referir el siguiente pronunciamiento: Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia de 10 de noviembre de 2000. Expediente No. 18805. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Y en época más reciente: Auto de 19 de julio de 2007. Expediente 31.135. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. >>

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. Auto de 14 de noviembre de 2019, Exp. 81001-23-39-000-2017-00116-01(62809) C.P: RAMIRO PAZOS GUERRERO.

De esta manera, como quiera que la demanda fue presentada el 30 de septiembre de 2015¹², todas las rentas que se tornaron exigibles antes del 30 de septiembre del año 2013 se encuentran caducadas y respecto de aquellas se declarará la caducidad del derecho de acción.

Improcedencia de la acción por ausencia de identidad del hecho generador e identificación del grupo

Atiende ahora el despacho esta excepción, presentada también por parte de Transmilenio SA, que se sostiene fundamentalmente sobre el razonamiento de que no hay identidad del hecho generador de los presuntos daños causados a los miembros del grupo. En tal sentido, arguye el apoderado de la pasiva que si bien en el caso se puede predicar identidad en el sujeto que presuntamente causó los daños, no es posible predicar tal identidad respecto del hecho presuntamente causante de estos debido a que, en su concepto, la demanda no precisa el hecho generador del daño y su identidad.

A su vez, la parte actora, al descorrer el traslado de la excepción propuesta, manifestó que los miembros del grupo han padecido presuntos perjuicios económicos y alteraciones de sus condiciones de existencia como consecuencia directa del actuar indebido, negligente e irresponsable en la implementación del SITP, dado que el organismo Distrital llevó a los pequeños propietarios a hacerse parte del sistema, pero otorgó las concesiones en cuestión a un proponente insolvente que durante la ejecución de los contratos no fue objeto del debido control. En este sentido, señala que los perjuicios son consecuencia de las deficiencias de lo programado y ejecutado por las demandadas.

Descritas las manifestaciones de las partes en pugna, inicia el Despacho su análisis en el sentido de retomar lo razonado por la Corte Constitucional, en tanto precisó que la legitimación en la causa por activa en las acciones de grupo tiene sustento en que los daños percibidos por varios individuos hayan sido causados por una misma situación, al punto que *"el hecho generador del daño sea idéntico, que ese hecho haya sido cometido por el mismo agente, o sea referido a un mismo responsable, y que exista una relación de causalidad entre el hecho generador del*

¹² F. 489

daño y el perjuicio por el cual el grupo puede dirigir la acción tendiente a la reparación de los perjuicios sufridos.”¹³

Lo anterior explica la medida en que resulta indispensable que existan condiciones uniformes en el número plural de personas, respecto del hecho causante del daño y de su nexo causal con los perjuicios individualmente considerados. Por tanto, resulta menester, para resolver la excepción propuesta, establecer con certeza si en la demanda que nos ocupa se cumple con suficiencia la carga de presentar una situación idéntica en la causa de las afectaciones presuntamente sufridas por los miembros del grupo; no obstante, es menester hacer salvedad de que el estudio de la expresión propuesta el despacho no entrará a resolver de fondo respecto de si se encuentra acreditado un daño determinado ni las causas presuntamente atribuibles a la administración, sino que se limitará a establecer si del libelo demandatorio se advierte identidad del hecho presuntamente generador del daño como factor común de afectación de los miembros del grupo.

Para lograr tal objetivo, el estudio arranca de una interpretación integral de la demanda, de manera que se sintetizan a partir de su lectura las causas de los presuntos daños en dos grandes esferas ya anticipadas al momento en que se procedió a efectuar el estudio de caducidad de la acción de grupo:

De conformidad con la demanda, entonces, la parte actora les imputa a los entes públicos demandados dos tipos de fallas en el servicio en el marco de la implementación del SITP: i) la indebida adjudicación de los contratos CTO 12 de 2010 y 13 de 2011 a la Promesa de Sociedad Futura Egobus SAS, en tanto esta carecía de capacidad económica para desarrollar la actividad y ii) la omisión en la gestión, dirección y control del cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por parte del concesionario.

Por un lado, la indebida adjudicación de los contratos se sostiene principalmente bajo el argumento de que desde la misma fase precontractual era dable advertir la insolvencia del proponente Promesa de Sociedad Futura Egobus, debido a que al tenor del pliego de condiciones, para que un oferente acreditara capacidad para responder por la operación de 2 concesiones, debía tener un patrimonio mínimo de setenta mil millones de pesos (\$70.000`000.000), la Promesa de Sociedad Futura

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-1062 de 2000.

Egobus, al momento de su constitución, recibió como aportes a su patrimonio solo el valor de veinte millones de pesos (\$20`000.000).

A esto se suma el hecho de que, en concepto del apoderado del grupo actor, el mismo pliego de condiciones estableció la posibilidad de que los particulares interesados en resultar adjudicatarios de los contratos de concesión para la Operación del Sistema Integrado de Transporte Público del Distrito de Bogotá, aparentaran un patrimonio que en realidad no respaldaría el cumplimiento de las obligaciones de la concesión, en tanto la vinculación de los pequeños propietarios de automotores de Transporte Público Colectivo a la oferente, permitía que el valor de los vehículos aportados fuera tenido en cuenta para establecer la solvencia financiera del particular que deseaba resultar adjudicatario, sin que ello le ofreciera liquidez a la compañía.

A su vez, como segunda causa de los presuntos perjuicios, señala el demandante que Transmilenio que en su calidad de gestora del sistema era responsable de ejercer el control sobre el cumplimiento de los contratos de concesión de las empresas privadas que prestan el servicio de transporte público masivo, sin embargo considera que no realizó las acciones de control necesarias para que se garantizara que el concesionario cumpliría con el pago de las rentas debidas a los propietarios de TPC.

Quiere decir lo anterior, como aspecto a tener en cuenta al resolver la excepción que ocupa la atención del despacho que el interés primordial de los demandantes es la búsqueda de una indemnización por los perjuicios sufridos con ocasión de presuntas fallas de la gestión de las demandadas, no solo por una supuesta indebida adjudicación de los contratos de concesión, sino por una supuesta omisión en las funciones que le corresponden a cada una de las demandadas en la implementación del SITP.

Es decir que, aun cuando no ha entrado el despacho a resolver sobre el fondo del asunto, no se advierte una falta de identidad en los presuntos hechos generadores del daño percibido por cada uno de los miembros del grupo, como quiera que las varias causas de los perjuicios son idénticas para cada uno de los individuos demandantes.

De lo anterior, se puede advertir que la demanda no carece de nociones suficientes respecto de la identidad del hecho generador e identificación del grupo, como quiera que, de los cargos elevados por el apoderado del actor ante esta Judicatura, se puede advertir la alegación de que los miembros del grupo demandante comparten en sus afectaciones una identidad causal. La consecuencia de esta conclusión, es que se deba declarar como no probada la excepción de mérito bajo estudio.

Acción prematura

El apoderado de EGOBUS SAS, al contestar la demanda, argumentó esta excepción con fundamento en que el Estado, como medida para que se garantizara la prestación del servicio público, había presentado un Plan de Salvamento ante la Superintendencia de Puertos y Transportes, con el fin de enervar las causales que llevaron a la crisis de la sociedad.

Sin embargo, el despacho comprende que la excepción formulada no tiene vocación de prosperar, debido a que, no obstante, la adopción e implementación del Plan de Recuperación y Mejoramiento a EGOBUS S A S, ello no resultó suficiente para impedir el fracaso de la concesión y por ende el no pago de las rentas. Para explicar lo anterior, basta con atender los siguientes hechos que se encuentran probados dentro del proceso:

- 1) Mediante Resolución 3038 del 12 de febrero de 2015, la Superintendencia de Puertos y Transporte ordena prorrogar la remoción del representante legal y los miembros de la junta directiva por seis (6) meses más y otorga un plazo de quince (15) días para que el gerente designado presentara un plan de salvamento definitivo¹⁴.
- 2) el Plan de Recuperación y Mejoramiento a EGOBUS S A S efectivamente fue presentado mediante radicado S.A12315, ante TRANSMILENIO el 5 de mayo de 2015.
- 3) El 29 de enero de 2016, mediante radicado S. A03200, EGOBUS S.A.S. remitió un documento denominado información sobre el avance del proceso de implementación

¹⁴ Antecedentes Resolución 235 de 2016 (F. 1629 y ss.) y Resolución 236 de 2016 (F. 1657 y ss.), mediante las cuales se declara el incumplimiento total de los contratos de concesión 012 de 2010 y 013 de 2011, adjudicados al contratista EGOBUS SAS.

Plan de Recuperación y Mejoramiento EGOBUS S A S , en este documento se plasmó un cronograma con los siguientes hitos¹⁵:

- Entrega del Esquema general para la implementación del Plan de Recuperación y Mejoramiento. (29 de enero de 2016).
- Entrega formal de la propuesta de implementación (15 de febrero de 2016).
- Remisión de Observaciones por parte de la Superintendencia de Puertos y Transporte y TMSA sobre el contrato marco (26 de febrero de 2016).
- Firma del Contrato Marco entre EGOBUS S.A.S. y los VPE después de aprobados por las dos entidades (4 de marzo de 2016).
- Confirmación por parte de los VPE del primer desembolso recibido (15 de marzo de 2016).
- Iniciación ejecución del cronograma definitivo de actividades por parte de los VPE (15 de marzo de 2016).

4) El 25 de abril de 2016, fueron expedidas por parte de Transmilenio SA las resoluciones N. 235 de 2016 (F. 1629 y ss.) y N. 236 de 2016 (F. 1657 y ss.), mediante las cuales, entre otras, se declaró i) el incumplimiento grave y total de los contratos de concesión 012 de 2010 y 013 de 2011, adjudicados al contratista EGOBUS SAS; ii) la terminación Anticipada y Unilateral de los contratos de concesión; iii) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; y iv) ordenar la liquidación del contratos 012 de 2010 y 013 de 2011¹⁶.

De lo anterior, se puede observar que si bien al momento de presentación de la demanda – 30 de septiembre de 2015- se encontraba vigente y en implementación el Plan de Recuperación y Mejoramiento EGOBUS SAS, a los pocos meses después fue declarada la terminación Anticipada y Unilateral de los contratos de concesión 012 de 2010 y 013 de 2011, con lo cual se entiende descartada la prosperidad actual de la excepción que el apoderado de Egobus SAS denominó como acción prematura, que habrá de declararse como no probada.

Inexistencia de vulneración de derechos colectivos

A su turno, la apoderada del Distrito Capital de Bogotá presentó la excepción que ahora ocupa la atención del despacho, argumentando que su representada no ha quebrantado ningún derecho colectivo. Al respecto, precisó que, si bien se encuentra

¹⁵ Antecedentes RESOLUCIÓN No. 237 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-12 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." y RESOLUCIÓN No. 239 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-13 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." F. 2704-I.

¹⁶ Resolución 235 de 2016 (F. 1629 y ss.) y Resolución 236 de 2016 (F. 1657 y ss.).

en la obligación de asegurar las condiciones de vida digna de la ciudadanía, no se ha establecido ninguna presunción de responsabilidad en contra del ente territorial.

Descrita la argumentación en que se soporta la excepción, advierte el despacho que la mera afirmación de que el Distrito Capital de Bogotá no ha quebrantado ningún derecho colectivo no tiene la vocación de hacer prospera la defensa en cuestión.

Adicionalmente, debe tenerse presente que la acción de grupo procede para indemnizar todo tipo de daños sin diferenciar entre afectaciones a derechos individuales o colectivos¹⁷. Por tanto, aun cuando se encontrara acreditada la inexistencia de vulneración de derechos colectivos, ello no enerva las pretensiones del grupo actor, el cual, si bien de manera enunciativa arguye una presunta vulneración de derechos colectivos, ciertamente construye el texto de la demanda buscando la reparación de daños subjetivos correspondientes principalmente al lucro cesante futuro y consolidado por el no pago de rentas, presentes y futuras.

En tal medida, en concepto del despacho, se deberá declarar como no probada la excepción denominada inexistencia de vulneración de derechos colectivos.

El hecho exclusivo de un tercero y Falta de legitimación en la causa por pasiva

Teniendo en cuenta que el fundamento de ambas excepciones propuestas es el mismo, este Despacho se permite resolverlas de manera conjunta.

Estas excepciones, también presentadas por la apoderada del Distrito Capital de Bogotá, se sostienen sobre el argumento de que la afectación a los derechos de los miembros del grupo proviene de una relación jurídica entre Transmilenio SA y Egobus SAS, en la cual, objetivamente, el daño se debe imputar a quien lo está realizando o esté en capacidad de causarlo, que en este caso es la compañía concesionaria. A ello suma que el Distrito Capital de Bogotá carece de competencia

¹⁷ Al respecto, vale tener en cuenta que la Corte Constitucional, en sentencia C-215 de 1999, al efectuar de fondo la naturaleza y alcance de las acciones de grupo, señala que éstas “no hace relación exclusivamente a derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos colectivos, toda vez que comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal, los cuales suponen siempre – a diferencia de las acciones populares – la existencia y demostración de una lesión o perjuicio cuya reparación se reclama ante el juez”.

para satisfacer las pretensiones del grupo accionante, en tanto no ha sido vulneradora de los derechos colectivos alegados.

Por su parte, la actora al pronunciarse respecto de la excepción que nos ocupa, con fundamento en el Acuerdo N. 04 de 18 de febrero de 1999, sostuvo que el Distrito Capital de Bogotá al ser socio de Transmilenio SA y por mandato legal ejercer la dirección y control del sistema de transporte terrestre en la Capital, es solidariamente responsable junto con Transmilenio respecto de los daños que lleguen a resultar probados en el proceso.

Descritas así las posiciones de las partes, el despacho habrá de declarar no probada la excepción propuesta, como quiera que la afirmación de que el presunto daño fue causado por el concesionario Egobus SAS la soporta la apoderada limitándose a afirmar que se "probará en el expediente"¹⁸, y, por tanto, a efectos del estudio de las excepciones, no se otorgan elementos de juicio que permitan acreditar en esta parte del presente fallo la prosperidad de la excepción. Por tanto, su estudio será abarcado cuando se atienda el fondo del asunto en lo tocante a la imputación del daño, quedando así resueltas las excepciones en el sentido de declararlas no probadas.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Precisiones del caso.

Para abordar el estudio del pleito, vale primero recordar que el medio de reparación de perjuicios causados a un grupo, antes denominado acción de grupo, ostenta una naturaleza jurídica indemnizatoria, toda vez que su objeto es la declaración de responsabilidad y la consecuente condena al pago de los perjuicios percibidos de manera subjetiva por un grupo de individuos, siempre que les hayan sido originados en una misma causa.

Esta identidad de causa o si se quiere en el hecho generador demuestra cómo- aun cuando la técnica y metodología jurídicas le hacen estrechamente similar al medio de control de reparación directa dirigida en contra de una entidad pública-, al ser

¹⁸ F. 529

consagrada como una acción constitucional de clase, cobra relevancia en ella el principio de solidaridad en que se funda la República de Colombia¹⁹, pues permea su estructura teleológica.

Tal como se señaló al resolver las excepciones propuestas, es requisito que los miembros del grupo afectado hallen una identidad de orden fenomenológico en las causas que dieron pie al acaecimiento de los perjuicios. Sin embargo, esta identidad, que de hecho habrá de ser considerada no solo en su ámbito circunstancial sino también en su ámbito jurídico, pone de presente la relevancia social que tienen ciertos daños y que, por tanto, ameritan la intervención de la administración de justicia.

Este principio de solidaridad irradia la acción de grupo, en tanto se busca que la totalidad del conglomerado social, a través del Estado, reparare la afectación causada a una porción determinada de la población, que no estaba bajo el imperativo jurídico de soportarla, compartiendo, entonces, de manera indirecta todos los asociados las lesiones de los directamente afectados; eventualmente, el grupo afectado también gozará de relevancia constitucional no solo debido al número plural de individuos que lo conforman, sino además por las características propias del grupo que en tanto afectado, adquiere una condición de vulnerabilidad. Esta relevancia cuantitativa y cualitativa del grupo de afectados, desde una perspectiva de solidaridad social, diferencia, entonces, la naturaleza jurídica de la acción de grupo con la de una mera acumulación de pretensiones de reparación directa.

Teniendo presente el anterior razonamiento, debe redundarse en que, en el presente asunto, el grupo demandante es conformado por pequeños propietarios de transporte público colectivo – TPC- y pretende se declaren solidariamente responsables a los entes demandados por el no pago por parte de Egobus SAS, de las rentas que producirían los buses de los asociados al contratista, durante los 24 años de concesión.

¹⁹ El constituyente primario estableció en el artículo 1 de la Carta el principio de solidaridad como elemento esencial del Estado Social de Derecho. Por su parte, la Corte Constitucional, en Sentencia T-413 de 2013, definió el principio de solidaridad como: “un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”.

Esta responsabilidad solidaria de los entes públicos es, pues, el objeto central de la demanda presentada, como quiera que la estructura argumentativa en que se vierten los razonamientos de la parte actora se sostiene esencialmente en la imputación de que, en el marco de la implementación del sistema Integrado de Transporte, Transmilenio SA y el Distrito Capital de Bogotá incurrieron en i) una indebida adjudicación de los contratos CTO 12 de 2010 y 13 de 2011 a la Promesa de Sociedad Futura Egobus SAS, en tanto esta carecía de capacidad económica para desarrollar la actividad y ii) una omisión en la gestión, dirección y control del cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por parte del concesionario.

Así las cosas, comprende el despacho que el juicio del caso en concreto habrá de realizarse teniendo en cuenta que la atribución de responsabilidad reside en la falla del servicio en que habrían incurrido las instituciones demandadas, con lo cual resulta menester proceder a un estudio respecto de la existencia del daño y la antijuridicidad del mismo, y de su imputabilidad a los demandados por las acciones u omisiones a ellos atribuibles y la relación causal entre estas y el daño.

Ahora, si bien una de las causas del presunto daño que el demandante les atribuye a las demandadas es la indebida adjudicación de los contratos de concesión, también se cuestiona la ya enunciada supuesta omisión de Transmilenio SA y del Distrito Capital de Bogotá. A este respecto, debe precisar el despacho que la declaración de la responsabilidad de las entidades estatales frente a la falla en el servicio por omisión, conforme ha sido establecido por el órgano de cierre de esta jurisdicción, tiene lugar con base en los siguientes elementos adicionales a la básica estructura de la falla en el servicio: a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; y b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso;²⁰.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil ocho (2008) Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03099-01(14443).

4.2.- El daño antijurídico en el caso concreto.

El daño antijurídico ha sido entendido por una parte de la doctrina²¹ y de la jurisprudencia²² como la lesión a un bien, un interés legítimo o un derecho, que la víctima no está en obligación jurídica de soportar, identificándole conceptualmente con el mismo perjuicio.

De conformidad con la demanda, entonces, la parte actora refiere el daño como el no pago de las rentas a que tenían derecho los propietarios de transporte público colectivo – TPC- asociados a Egobus SAS y, en consecuencia, pretende se declare solidariamente responsables a los entes públicos demandados y se les condene a indemnizar a los demandantes pagando dichas rentas y sus réditos.

Así pues, efectivamente, atendiendo al contenido del Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 DE 2009 en sus cláusulas tercera y séptima, los concesionarios debían suscribir con los propietarios del transporte público colectivo un contrato de asociación cuya naturaleza jurídica debía constituir un esquema participativo de vinculación mediante renta fija mensual, ofertada con devolución del capital actualizado al propietario, al momento de la finalización del contrato. Esta renta fija se pagaría directamente desde una fiduciaria que escogería el Concesionario, previa aprobación de Transmilenio y teniendo prelación sobre cualquier otro rubro ocasionado por la concesión.

Ya de acuerdo con la cláusula séptima de los Contratos de Asociación suscritos entre la Promesa de Sociedad futura Egobus S.A.S. y los propietarios de vehículos de transporte público colectivo, el concesionario se obligó a pagar al propietario, como contraprestación de la transferencia del vehículo, una renta mensual equivalente al

²¹v. gr., Hineyrosa, Fernando (1967). Derecho de Obligaciones. P. 529. Bogotá, Universidad Externado de Colombia: señala que el daño es la "lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja". Por su parte, De Cupis, Adriano (1975), en El Daño. 2º edición. Barcelona: Editorial Bosch. p. 81, afirmó que el "daño no significa más que perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable".

²²El Consejo de Estado en Sentencia del 13 de julio de 1993, Exp. 8163 y C.P. Juan de Dios Montes Hernández, ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo".

A su vez, la Corte Constitucional en Sentencia C-333 de 1996, afirmó que esta "acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración".

1.5% del valor del vehículo. Este valor sería actualizado y ajustado anualmente en enero de cada año con la inflación y sería vigente a partir del décimo día calendario.

De lo anterior, observa el despacho que el concesionario, a favor de los propietarios tiene una obligación de dar, cuya prestación es periódica, como quiera que tiene por objeto el pago mensual de una suma de dinero determinada.

No obstante, tales prescripciones jurídicas, como se dijo de manera anticipada, la compañía concesionaria, al poco tiempo después de iniciados los contratos de concesión, entró en cesación de pago de las rentas a los miembros del grupo demandante. Esta circunstancia dañosa- en abstracto- fue reconocida íntegramente por las partes en disputa, con excepción del Distrito Capital de Bogotá, que al momento de manifestarse sobre la certeza o falsedad de los hechos aducidos en la demanda se limitó a cuestionarlos todos de manera genérica.

Ahora, si bien las circunstancias de modo y tiempo en que cada propietario entró en lucro cesante de rentas tuvieron lugar de manera particular, ya con ocasión del recaudo probatorio surtido en el curso de este proceso judicial ha resultado ratificado y por ende acreditado el daño alegado.

A saber, en auto del 04 de noviembre de 2016²³, mediante el cual se “Repone parcialmente el auto del 12 de octubre de 2016”, se ordenó la práctica de peritaje dirigido a la cuantificación de los presuntos perjuicios, e igualmente se requirió a la Fiduciaria Popular que remitiera: i) la fecha en que recibieron cada uno de los vehículos de los transportadores que obran como demandantes en este proceso presuntamente afiliados a EGOBUS SAS como empresa operadora del SITP; ii) los rendimientos cancelados por el patrimonio autónomo a estos propietarios junto con los días en que se produjeron estos pagos; iii) las retenciones o descuentos realizados, su monto y la periodicidad de las mismas; iv) la depreciación sufrida por estos automotores; v) deudas efectivas de estos vehículos con EGOBUS SAS, Fiduciaria popular o con cualquier otra persona natural o jurídica y; finalmente vi) si se produjo algún reintegro en dinero o en especie a los propietarios de los automotores luego de la terminación unilateral del contrato de concesión de TRANSMILENIO SAS. Así mismo, se le ordenó a EGOBUS SAS informar las

²³ Ff. 2053-2056

retenciones realizadas a los demandantes y el número total de asociados en modalidad de renta.

A los anteriores requerimientos, la Fiduciaria Popular dio respuesta con radicado del 22/02/2017²⁴, informando efectivamente, entre otras, los pagos realizados a los propietarios de TPC por concepto de rentas. Igualmente, mediante memorial radicado el 22 de febrero de 2017 suscrito por la directora de Negocios de la Fiduciaria Popular, se aportó Constancia de fecha 20/02/2017 suscrita por la Representante Legal de Fiduciaria Popular S.A.²⁵, al respecto de la suscripción de los dos contratos de fiducia mercantil de garantía con EGOBUS, la relación de pagos y los pagos no realizados, entre otros asuntos.

Por su parte, mediante memorial radicado el 22 de marzo de 2017 suscrito por el liquidador de EGOBUS, se aportó i) documento Impreso de consulta página de la DIAN de las obligaciones de EGOBUS, del 21/03/2017²⁶; ii) declaraciones mensuales de retenciones en la fuente período: 11-2012, 08-2012, 07-2012, 06-2012, 04-2012, 02-2012, 04-2011, 01-2011, 11-2010²⁷ y; iii) balances de pruebas períodos: 2012, 2013, 2014, 2015, 2016²⁸.

Con fundamento en las documentales recaudadas, entonces, considera el despacho que efectivamente se encuentra acreditado para los miembros del grupo el daño consistente en el no pago de las rentas debidas por parte del concesionario, cuyo inicio se remonta en su mayoría al final del año 2013. No obstante resultar así acreditado el daño correspondiente a la cesación de pagos que no estaban en deber de soportar los demandantes, lo relativo a su *quantum* será estudiado al momento de la tasación de los perjuicios, en caso de que resulten acreditados los demás elementos que constituyen la responsabilidad extracontractual del Estado para el caso en cuestión.

Así las cosas, en el caso concreto existe daño antijurídico y está referido al no pago de las rentas fijas mensuales dejadas de percibir por los pequeños propietarios de TPC asociados a Egobus SAS, sin que los demandantes estén compelidos u obligados

²⁴ F. 2121.

²⁵ Ff. 2121-2125.

²⁶ F. 2134.

²⁷ Ff. 2135-2143.

²⁸ Ff. 2144-2185.

a tolerarlo o soportarlo. Por tanto, el análisis a abordar en seguida, como ya se indicó, se orienta a establecer si el mismo es atribuible por acción u omisión a Transmilenio SA y el Distrito Capital, y en caso cierto, bajo qué criterio de imputación.

4.3.- La imputación en el caso concreto.

El Despacho advierte que el no pago de las rentas a que tenían derecho los demandantes es atribuible al concesionario Egobus, como quiera que aquel particular era el obligado, en virtud de una relación jurídica contractual del orden privado, a realizar las prestaciones dinerarias en favor de los propietarios de TPC asociados. Ahora, aunque ello no basta para exonerar a la administración, como quiera que esta tiene en sus obligaciones la supervisión y el control de la actividad del contratista, en el caso no se encuentra acreditada una falla en el servicio por acción u omisión de los entes públicos accionados, toda vez que de los hechos que dieron lugar al no pago de las rentas, no se acreditan conductas del Estado que hayan conducido a causar la cesación de pagos por parte del concesionario Egobus SAS.

Por el contrario, se observa que la administración distrital y Transmilenio SA desplegaron múltiples actuaciones en ejercicio de sus facultades legales y constitucionales, dirigidas a que se otorgara la concesión a proponentes que acreditaran el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones definitivo, acto administrativo que por demás goza de presunción de legalidad y que escapa del objeto de control judicial del caso que nos ocupa. Igualmente, se encuentra acreditada la realización de actuaciones administrativas destinadas al control y a la coerción al contratista para que este cumpliera sus obligaciones contractuales, dentro de las que se encontraba la obligación de garantizar el pago de las rentas.

Para abordar, entonces, este componente del análisis, debe el despacho inicialmente precisar las imputaciones alegadas en la demanda como fallas del servicio, y posteriormente, proceder al análisis jurídico y fáctico de cada una de ellas.

De acuerdo con la demanda, las entidades accionadas vulneraron los derechos colectivos de la moral administrativa, la libertad económica y la libertad de elección

de oficio, derecho a su debida remuneración y derecho al patrimonio de los demandantes, debido a la indebida adjudicación de los contratos 012 de 2010 y 013 de 2011 a la Promesa de Sociedad Futura Egobus SAS y a la omisión en el control de la ejecución de los mismos por parte de la sociedad Egobus SAS, de acuerdo a los fundamentos que se reseñan a continuación.

El cuestionamiento al respecto de la adjudicación se sostiene esencialmente en que se le otorgó al particular Egobus SAS la concesión de operar dos rutas del SITP, cuando este no contaba con respaldo técnico alguno ni antigüedad y experiencia efectiva²⁹. Es de precisar, entonces, que si bien en la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁰ existen copiosos pronunciamientos respecto de la responsabilidad administrativa por la adjudicación indebida de contratos estatales, estos han versado sobre la exclusión irregular de un proponente que tenía derecho a intervenir en el proceso contractual o en la adjudicación de un contrato a quien no había formulado la mejor propuesta. En tal sentido, es de la mayor importancia comprender que las acusaciones contenidas en la demanda no corresponden a una pugna o controversia contractual de ninguna de estas índoles.

Así las cosas, tras una interpretación integral de las alegaciones del actor, se encuentra que los pilares fundamentales de sus cuestionamientos se sostienen sobre la que sería una presumible insolvencia o inviabilidad financiera de la propuesta ofertada por la Promesa de Sociedad Futura Egobus SAS. Ello en tanto que la licitación pública para adjudicar las concesiones contó con un Pliego de Condiciones definitivo que exigía que el particular interesado en resultar adjudicatario, acreditara una capacidad de respuesta por la operación de las dos concesiones, sostenida con un patrimonio mínimo de setenta mil millones de pesos (\$70.000`000.000), mas este, en concepto del actor, no fue acreditado en el proceso de selección por el oferente y posteriormente adjudicatario, al constituirse como sociedad mercantil suscribiendo y pagando un capital de apenas veinte millones de pesos (\$20`000.000).

²⁹ F. 34.

³⁰ Al respecto, vale tener en consideración la investigación cuyas resultas se encuentran contenidas en el documento "RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL ESTATAL DERIVADA DE LA NO ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO O DE SU ADJUDICACIÓN INDEBIDA. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL", de Rico Puerta, Luis Alfonso, publicado en la Revista Opinión Jurídica, vol.6 no.11 Medellín Jan./June 2007 ISSN 1692-2530.

Igualmente, crítica la manera en que se estructuró el principio de democratización, facilitando que el proponente aparentara una solidez patrimonial ilíquida, debido a la posibilidad que tenía aquel de integrar patrimonialmente el valor total de la flota de vehículos de los asociados a su propuesta contractual.

Al respecto debe advertir el despacho que dentro de las pretensiones de la demanda no se encuentra solicitud alguna de declaración de nulidad de los actos administrativos del proceso de selección de contratistas, razón por la cual el examen que realizará el despacho se limitará al marco de los elementos propios del medio de control de reparación de los daños causados a un grupo, absteniéndose de efectuar un control de legalidad a los actos administrativos precontractuales que puedan tener incidencia en el caso que nos ocupa. Por el contrario, el despacho se encuentra en la obligación legal y constitucional de reconocer la presunción de legalidad de los actos de la administración que no han sido declarados nulos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Igualmente se debe precisar que, aun cuando en la demanda se elevan múltiples acusaciones que atacan no solo el proceso de selección del contratista y la ejecución del contrato, sino también aspectos propios de la política pública de transporte en el distrito capital, debe el despacho señalar que no entrará a hacer un estudio económico, social y jurídico de la política pública en sí misma considerada, sino que llevará a cabo un estudio de la demanda limitado por la estructura propia del medio de control y siempre a la luz de las pretensiones de la demanda.

Dicha la anterior propedéutica, esta judicatura parte de que constitucional y legalmente se comprende al Transporte Público como un servicio público, y encuentra que los entes demandados se encontraban plenamente facultados por el ordenamiento jurídico para formular la política pública del SITP, aun cuando ello limitara el ejercicio de la libre competencia y la libertad económica, con el objeto de garantizar la plena prestación del servicio público de transporte como medio de realización de los fines del Estado.

Así, conforme a razonado la Corte Constitucional, el Transporte Público es “una actividad comercial³¹ que tradicionalmente ha sido considerada un servicio público

³¹ Téngase en cuenta que, conforme indican los artículos 1000 y 1001 del Código de Comercio, el transporte de personas, en cuanto al pago del pasaje, las condiciones de seguridad y las especificaciones del boleto de transporte, se regirá por los reglamentos oficiales que se expidan para el efecto.

en atención a su trascendencia para el desarrollo económico y social de la comunidad (CP arts. 78, 334 y 365 a 370)”³². Su carácter de servicio público, acorde el desarrollo que tal concepto ha tenido en los Estados de Derecho modernos, le imprime la naturaleza de ser el “medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (CP art. 2)”³³.

En tal sentido, la ley 105 de 1993 dispuso que, por el carácter de servicio público esencial que tiene el Transporte Público, se somete aquel al principio rector de la intervención del Estado. Justamente en tal medida, en su artículo 2, se estableció que la operación del servicio estaría bajo la regulación del Estado, por lo que aquel es también el responsable del control y vigilancia necesarios para su adecuada prestación, en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad. Igualmente, en el artículo 8 ibidem, se estableció que las autoridades que conforman el sector y el sistema de transporte público serán las encargadas de la organización, vigilancia y control de la actividad transportadora dentro de su jurisdicción.

Con fundamento en tal facultad de intervención con que gozan las autoridades públicas competentes, el Concejo Distrital de Bogotá, mediante Acuerdo 190 de 2004, concibió los planes maestros como instrumentos estructurantes del primer nivel de jerarquización en el planeamiento urbanístico, mediante los cuales se establecen los objetivos, políticas y estrategias de largo plazo.

En tal orden, fue expedido el Plan Maestro de Movilidad contenido en el Decreto 319 de 2006, como instrumento normativo que tenía por objetivo, por un lado, lograr un transporte urbano–regional integrado, eficiente, competitivo y ambientalmente sostenible, en operación sobre una red jerarquizada y, por otro, de regular el tráfico en función de los modos de transporte que la utilicen, incluido el ordenamiento de estacionamientos, con el fin de corregir los problemas de movilidad en el Distrito Capital.

En este Plan Maestro de Movilidad, fue creado el SITP, que se define como el Sistema Integrado De Transporte Público que comprende las acciones para la articulación, vinculación y operación integrada de los diferentes modos de transporte público, las

³² Corte Constitucional. Sentencia T-604 de 1992.

³³ Corte Constitucional. Sentencia T-540 de 1992.

instituciones o entidades creadas para la planeación, la organización, el control del tráfico y el transporte público, así como la infraestructura requerida para la accesibilidad, circulación y el recaudo del sistema. Tal sistema está integrado por el Transporte Masivo, el Transporte Público Individual y el Transporte Público Colectivo; este último se encuentra compuesto por rutas de transporte público colectivo, sus rutas alimentadoras, auxiliares y complementarias, mientras se integran al SITP.

Es así como, mediante el Decreto 309 de 2009 “Por el cual se adopta el Sistema Integrado de Transporte Público para Bogotá y se dictan otras disposiciones”, se estableció que si bien la Secretaría Distrital de Movilidad era la autoridad del SITP con funciones de formulación de la política pública sectorial, regulación, vigilancia y control de las actividades de tránsito y transporte³⁴, es competencia precisa de Transmilenio SA la gestión del SITP³⁵. Así, la empresa está encargada de la planeación gestión y control contractual del sistema; el proceso de integración, evaluación y seguimiento de la operación y los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del actual Transporte Público Colectivo –TPC- al transporte público masivo.

Pues bien, con fundamento en tal espectro normativo tuvo lugar la Licitación Pública TMSA-LP-004 de 2009, con el objeto seleccionar las propuestas más favorables para la adjudicación de trece (13) contratos de concesión, cuyo objeto sería la explotación preferencial y no exclusiva, de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP: 1) Usaquén, 2) Engativá, 3) Fontibón, 4) san Cristóbal, 5) Suba Oriental, 6) Suba Centro, 7) Calle 80, 8) Tintal – Zona Franca, 9) Kennedy, 10) Bosa, 11) Perdomo, 12) Ciudad Bolívar y 13) Usme.

A este respecto, advierte el despacho que, conforme un estudio pormenorizado del Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública en comento, se encuentra desvirtuada la afirmación del apoderado del grupo demandante relativa a que el proceso de selección de contratista careció de exigencias aptas para garantizar que las compañías que resultaran adjudicatarias del contrato contaran con todas las prerrogativas necesarias para poder dar cumplimiento a sus obligaciones. Como se verá en detalle a continuación, la regulación de las exigencias impuestas a quienes

³⁴ Artículo 7, Decreto 309 de 2009.

³⁵ Artículo 8, Decreto 309 de 2009.

se encontraran interesados en realizar una oferta para obtener la adjudicación de los contratos, presentaba requerimientos precisos con el objeto de garantizar, tanto la viabilidad económica de la propuesta y del mismo oferente, como el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Pues bien, primero téngase que, en el Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública, numeral 2.2, se prescribió la posibilidad de que las promesas de sociedad futura con objeto único pudieran presentarse como proponentes en la licitación, siempre que acreditaran experiencia y solidez al proyecto del SITP. No obstante, esta capacidad de presentar propuestas se encontraba atada a que el objeto social de la sociedad a constituir fuese precisamente la operación de la concesión, que tenía por fin la explotación preferencial y no exclusiva de la prestación del servicio público de pasajeros dentro del esquema del SITP.

En este sentido, y de acuerdo con el artículo 4.5.1. "Estrategia de Democratización", los oferentes debían, además, vincular al mayor número de Propietarios del Transporte Público Colectivo - en adelante TPC-, mediante alguna modalidad que permitiera el manejo total de la flota. Igualmente, como resulta apenas obvio, con fundamento en el numeral 14.4.3 del pliego de condiciones definitivo, el concesionario se encontraba obligado a mantener durante la vigencia de la concesión la participación de los propietarios de TPC.

Ahora bien, es posible trazar una línea de relación entre la realización del principio de democratización del SITP y la conformación patrimonial de las propuestas de los ofertantes, como quiera que las promesas de sociedades futuras que se encontraran interesadas ser adjudicatarias de las concesiones licitadas, de conformidad con el numeral tercero del artículo 3.2.6.1.1 "PATRIMONIO" del Pliego de Condiciones, podían incorporar en las cuentas de su patrimonio, el valor de los vehículos de transporte público colectivo sobre los que contara con un compromiso de ser aportados por los propietarios como capital a la empresa. Para el caso de las zonas Suba Centro y Perdomo, el patrimonio del proponente debía ser de \$67.742`000.000 y \$19.814`000.000, respectivamente.

Aunado a lo anterior, de conformidad con el numeral tercero del artículo 3.2.6.1.2 CAPITAL DE TRABAJO, del Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 DE 2009, adicionalmente a la conformación patrimonial, la

promesa de sociedad futura **debía** acreditar que contaba con un capital de trabajo, entendido como la diferencia entre el activo corriente y el pasivo corriente, de acuerdo con las zonas a las que presentara su propuesta así:

[...]

f) Para la Zona 6 – SUBA CENTRO: \$13.564

[...]

k) Para la Zona 11 – PERDOMO: \$4.414

[...]

Cifras en millones de pesos constantes del 31 de diciembre de 2009.

Por su parte, de acuerdo con la Nota 1 del artículo 3.2.5.1 EXPERIENCIA EN TRANSPORTE CON PARTICIPACIÓN DE PROPIETARIOS (PROFORMA 5 A, 5B Y 6) el principio de democratización en el Sitp debía garantizar la asociación del propietario de TPC al proponente cuando se estableciera entre ellos un contrato que garantizara el control total del vehículo. Así, el control total de la flota, de conformidad con la definición que se encuentra en el glosario del Pliego de Condiciones Definitivo, EGOBUS, implicaba los siguientes imperativos para el concesionario:

a) La disponibilidad y tenencia del vehículo sin ninguna condición o salvedad diferente a la adjudicación del contrato; la responsabilidad total del operador – adjudicatario por toda la operación, mantenimiento, disponibilidad, costos, gastos y obligaciones totales que genere el vehículo o su utilización; b) El pago a los propietarios vinculados de la renta fija mensual ofertada, en los términos establecidos en el presente pliego de condiciones; c) La desintegración física total (chatarización) al momento de cumplirse la vida útil establecida en el pliego de condiciones y el contrato; d) El esquema de participación pactado y e) Que el acuerdo entre las partes constituya título ejecutivo y que el mismo se podrá ceder por parte del propietario solo hasta después de cumplidos los seis primeros años contados a partir de la entrega material del vehículo, sin que medie autorización del concesionario de operación.

Consecuentemente, ya de acuerdo con el artículo 4.5.1 “ESTRATEGIA DE DEMOCRATIZACIÓN” del Pliego de Condiciones Definitivo, el pago de las rentas a los propietarios se encontraba sujeto únicamente a la entrega material de los vehículos al concesionario, razón por la cual el concesionario debía garantizar que la renta mensual ofertada se pagaría al propietario, una vez hiciera entrega material del vehículo, hasta el final de la concesión.

Como se puede observar del anterior análisis fundamentado en el régimen normativo aplicable al transporte público terrestre y a los imperativos jurídicos previstos en el Pliego de condiciones Definitivo de la Licitación Pública TMSA-LP-004 de 2009, es claro que al ser el Transporte Público un servicio público inherente a la finalidad social del Estado, la administración debía garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes, razón por la cual se encontraba facultado el Distrito Capital de Bogotá para regular el servicio en consonancia con los planes, estrategias y proyectos y políticas públicas que desarrollara con el fin de lograr los objetivos trazados en la Carta y desarrollados en la ley y los reglamentos.

En tal sentido, considera el Despacho que el Gestor del Sistema se encontraba plenamente facultado por el ordenamiento para procurar que, en la formulación de la política pública sectorial, en la regulación, vigilancia y control de las actividades de tránsito y transporte en el Distrito Capital, se adoptaran medidas de democratización que permitieran la migración del transporte público colectivo al transporte público masivo. Ello, habilitando a los pequeños propietarios para participar de las propuestas asociándose a Promesas de Sociedades Futuras y vinculándose a estas en cuanto a la acreditación de los requisitos patrimoniales, de capital de trabajo y de cierre financiero, con la aportación de vehículos garantizada con la suscripción de acuerdos propios del derecho privado que aseguraran la entrega total de los vehículos al concesionario, en caso de que este resultara adjudicatario de alguna de las concesiones.

Sin embargo, aun bastando lo anterior para desestimar el cuestionamiento del actor en materia de la facultad de las demandadas para establecer exigencias de requisitos financieros a los proponentes, procederá igualmente el despacho a estudiar si las exigencias presentadas en lo tocante a la solidez financiera y de capital de trabajo, fueron cumplidas por el proponente o si, por el contrario, EGOBUS SAS acreditó con su propuesta una solvencia inferior a la exigida por el pliego de condiciones.

A estos efectos, obran en el expediente los siguientes documentos, que acreditan el cumplimiento de los requisitos patrimoniales y de capital de trabajo de las propuestas de la Promesa de Sociedad Futura Egobus, que posteriormente se constituiría como Egobus SAS: i) Propuesta 27, Promesa de sociedad Futura Egobus

por la Zona Suba Centro; ii) propuesta Egobus segunda ronda Zona Perdomo y; finalmente iii) informe preliminar de evaluación del Gestor³⁶.

De los anteriores documentales, observa el despacho que el proponente, mediante la presentación de la proforma 6A, acreditó los acuerdos de incorporación de la flota actual y de participación de propietarios; mediante la presentación de la proforma 4A Sección B, acreditó el patrimonio mínimo requerido mediante vinculación de flota y, mediante la presentación de la proforma 4B, acreditó la experiencia en materia de consecución de financiación³⁷.

Adicionalmente, advierte el despacho que el proponente acreditó también en materia de democratización, un total de 1766 automotores que cumplieran con las exigencias del pliego de condiciones definitivo, con fundamento en los registros de vehículos en la base del anexo de la proforma 6A, correspondiendo aquellos a un total de 1370 pequeños propietarios de TPC.³⁸ En este sentido, tras concluir el proceso de licitación pública, los contratos 012 de 2010 y 013 de 2011 fueron adjudicados a EGOBUS S.A.S., con el objeto de operar las rutas Suba Centro y Perdomo.

Sin embargo, los anteriores hallazgos, que brotan de examen de las probatorias correspondientes al expediente administrativo del proceso de selección – Pliego de condiciones Definitivo y las propuestas de proponente Promesa de Sociedad Futura Egobus y sus evaluaciones por parte del Gestor-, desvirtúan la alegación de la supuesta insolvencia en materia de solidez patrimonial y de capital de trabajo del proponente alegada por el demandante.

Al respecto, es necesario añadir que, en concepto del Despacho, del estudio de las reglas que tuvo el proceso de selección, el capital autorizado, suscrito y pagado con el cual se constituyó Egobus SAS no corresponde con los conceptos de patrimonio del oferente, capital de trabajo y cierre financiero acreditados por este, con lo cual carece de certeza la afirmación de que desde el mismo periodo precontractual de los contratos concesión, se avizoraba una insolvencia financiera del proponente. En otras palabras, no es dable para el Despacho afirmar que la administración haya incurrido en la selección de un proponente que resultara imprudente o negligente en el curso precontractual, como quiera que este cumplió con los requisitos exigidos

³⁶ Expediente administrativo contenido en CD obrante a F. 2704.

³⁷ Expediente administrativo contenido en CD obrante a F. 2704.

³⁸ Expediente administrativo contenido en CD obrante a F. 2704.

en el pliego de condiciones acreditando en aquel entonces la capacidad para ejecutar los contratos de concesión.

La forzosa conclusión de los anteriores análisis es, entonces, que no resulta acreditada la presunta acción causante del daño relativa a una irregular adjudicación de los contratos de concesión 12 de 2010 y 13 de 2011 a la promesa de sociedad futura Egobus SAS, toda vez que i) el marco legal que regula la prestación del servicio público para el Distrito Capital de Bogotá, facultaba a las demandadas para formular la política pública de Sistema Integrado de Transporte, previendo estrategias que permitieran una transición del Transporte Público Colectivo al nuevo esquema, y partiendo de medidas propias del principio de Democratización y; ii) debido a que en el proceso de selección se encuentra acreditado que el proponente Promesa de Sociedad Futura Egobus cumplió con los requisitos previstos en el Pliego de condiciones Definitivo- acto administrativo que por lo demás goza de presunción de legalidad y no fue sometido al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el proceso de la referencia-.

Corresponde ahora al Despacho establecer si se encuentra acreditada en el expediente la omisión de las demandadas en el marco de sus obligaciones de gestión, dirección y control del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por parte del concesionario, que se encontraba obligado al pago de las rentas a los particulares que conforman el grupo demandante.

Sin embargo, previo a abordar de lleno componente del estudio judicial, déjese dicho que aun cuando dentro de los contratos de concesión otorgados a Egobus SAS, en la cláusula 120, acordaron las partes el régimen de responsabilidad frente a terceros, estableciendo que la responsabilidad civil contractual del concesionario frente a terceros, es la que surja de la legislación aplicable en cada caso y que el concesionario sería el responsable de los daños y perjuicios que se produjeran por su causa y que Transmilenio S.A. no sería responsable frente a terceros por las obligaciones que asumiere o debiere asumir el concesionario con aquellos, comprende el despacho que el objeto del presente proceso judicial es la determinación de si Transmilenio SA fue el causante de que Egobus entrara en cesación de pagos a los propietarios de TPC, debido a una presunta omisión en sus obligaciones de vigilancia y control. Por tanto, deberá ahora pasar el estudio a

confrontar el deber funcional de control con el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de las demandadas.

Pues bien, tal caso de responsabilidad de la Administración Pública derivada de la ineficaz supervisión del cumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista, es lo que la doctrina ha conocido como culpa in vigilando³⁹. El fundamento de esta imputación recae en la misma obligación de reparar el daño causado por los actos o por las omisiones de terceros que se encontraban bajo el cuidado de otro que actúa con culpa o negligencia en la vigilancia, y se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico colombiano desde antaño en el ámbito civil, según se observa en el artículo 2347 del Código Civil colombiano⁴⁰ y en sentencias en que la Corte Suprema de Justicia ha condenado al empleador por el daño causado por sus representantes o trabajadores dependientes en desarrollo de sus actividades o labores⁴¹.

Por su parte, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, la culpa in vigilando, por un lado, se presentó como fundamento de los primeros desarrollos de la responsabilidad extracontractual del estado. Al respecto, precisó la Corte Constitucional:

“[S]e fue consolidando paulatinamente una jurisprudencia que puede describirse en tres etapas distintas, en las que el concepto de responsabilidad estatal evolucionó, así: (a) el de la responsabilidad indirecta del Estado, -que suponía que las personas de derecho público respondían por las acciones u omisiones de sus agentes, bajo el entendido de que se trataba del hecho de otro, ante el daño causado-⁴²; (b) el de la responsabilidad directa, -que admitía que quien provocaba el daño finalmente, era la persona natural al servicio del Estado, lo cual implicaba en últimas, que el

³⁹ BLANQUER CRIADO, David, “Responsabilidad patrimonial de la administración por daños sufridos en fiestas populares y espectáculos”, pp.1551, 1563 y 1567: “[...] A juicio de la jurisprudencia, hay una responsabilidad de la Administración Pública derivada de la desacertada elección del contratista imprudente o negligente (<>), o de la ineficaz supervisión del cumplimiento de sus obligaciones contractuales (<>). Ahora bien, esa orientación jurisprudencial es discutible pues tiende a transformar en obligaciones de resultado, las que derivan de la actividad de supervisión del cumplimiento del contrato, máxime cuando ni siquiera es la Administración quien adjudica el contrato a quien lo ejecuta. Si la municipalidad adoptó la forma adecuada las correspondientes medidas de seguridad, y existe certeza sobre la negligencia o la imprudencia del contratista, carece de fundamento derivar la responsabilidad para atribuirle a la Administración”

⁴⁰ ARTICULO 2347. <RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO Y DE LAS PERSONAS A CARGO>. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso.

Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

⁴¹ Ver, entre otras, la Sentencia CSJ SL, 6 marzo. 2012, rad. 35097, reiterada en CSJ SL5619 -2016

⁴² Cita original: Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. M.P.R.E.G.. El sostén original de esta tesis parte de la idea de culpa en contra de la persona jurídica, pues se supone que ésta ha debido de elegir bien a sus agentes (culpa in eligiendo) o ha debido vigilarlos diligentemente (culpa in vigilando).

verdadero causante del daño era la entidad pública de manera directa⁴³-, y (c) el de la falla del servicio⁴⁴”.

Posteriormente, se han trazado líneas jurisprudenciales⁴⁵ al respecto de la culpa in vigilando algunas materias, dentro de las que se destaca por su desarrollo la de instituciones educativas, en las cuales se ha establecido una presunción de derecho relativa a que el centro educativo debe responder por los hechos de sus estudiantes mientras estos se encuentren sometidos a su autoridad, *salvo que la institución demuestre su actividad efectivamente dirigida a la vigilancia de sus estudiantes, hasta hacer imprevisible e irresistible la causación del daño causado por estos*⁴⁶. La anterior aplicación de la culpa in vigilando respecto de las instituciones educativas resulta de provecho para el análisis que a esta providencia corresponde, en tanto observa el despacho que la obligación de vigilancia y control en tales casos es una obligación de resultado, como quiera que se entiende satisfecha únicamente si es efectiva. Redunda lo anterior justamente al punto de que se presume la responsabilidad de la institución demandada y su exoneración solo procede ante la acreditación de la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho causante del daño.

No obstante, el juicio a realizar ahora corresponde en este caso a una variante distinta de la culpa in vigilando, como quiera que en el ordenamiento jurídico no se ha establecido ninguna presunción de responsabilidad en contra del Estado respecto de sus obligaciones de vigilancia y control a las actividades de los concesionarios del servicio público de transporte, por lo que tales obligaciones no son de resultado sino de medio. Esta ausencia de presunciones en contra de la administración se sostiene sobre la naturaleza jurídica de la obligación de vigilancia y control en materia de contratación estatal y concesión de prestación de servicios públicos, pues en el caso del control al contratista el ordenamiento establece en cabeza de la administración

⁴³ Cita Original: Cfr. sentencia C-832 de 2001. M.P.R.E.G..

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del Junio 30 de 1962. M.P.J.J.G.. La tesis de falla del servicio público o culpa de la administración, se estructuró bajo el supuesto de que “entre los deberes sociales del estado sobresale el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes, así que fallando éstos, deja de cumplir el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño”. Como lo reconoció esta Corte previamente en la sentencia C-285 de 2002, la responsabilidad indirecta del Estado se sustentó por la Corte Suprema de Justicia básicamente, en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, mientras que la responsabilidad directa, lo hizo en el artículo 2341 de ese mismo estatuto, incorporando la teoría de la culpa de la administración a la explicación de los fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado.

⁴⁵ Otro caso reiterado es la responsabilidad del estado por daños a terceros con ocasión de la ejecución de obras públicas, adelantadas con el concurso de contratistas. Este régimen de responsabilidad se soporta en tanto que “(i) es tanto como si la misma Administración ejecutara directamente las obras; (ii) la Administración es siempre la dueña o titular de la obra pública, (iii) la realización de las obras siempre obedece a razones de servicio y de interés general y (iv) no son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista, esto es, exonerarse de responsabilidad extracontractual frente a esos terceros, en tanto la Administración debe responder si el servicio no funcionó o funcionó mal.” Consejo de Estado, Sentencia de 28 de julio de 2011, C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO, Exp. 50001233100019965474-01 (20.112)

⁴⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 29 de agosto de 2012, Exp. (24356), C.P. Stella Conto Díaz de Castilla.

una serie de obligaciones que al ser de medio y no de resultado, se cumplen ejerciendo la diligencia al grado debido.

Esa es justamente la razón por la cual el Despacho reconoce que en el caso que ocupa su atención debe implementarse la estructura analítica que el Consejo de Estado ha desarrollado respecto del título de imputación aplicable por los daños ocasionados por omisión en el cumplimiento de los deberes de las autoridades públicas- falla del servicio por omisiones de la administración-, de lo que se desprende que para efectos de estudiar este cargo de la demanda se deberá constatar no que la administración haya impedido efectivamente que el contrato de concesión fue incumplido por el contratista en lo tocante al pago de rentas, sino por el contrario un examen de diligencia, esto es si en el caso se advierte una omisión de poner en funcionamiento los recursos de que disponía la entidad demandada para el adecuado cumplimiento del deber a su cargo y de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios, atendidas las circunstancias particulares del caso⁴⁷.

Así, lo primero es que el despacho advierte la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de una de las entidades demandadas, consistente en realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios, pues Transmilenio SA, se encontraba efectivamente obligada a la vigilancia y control del Contratista; sin embargo, no sucede lo mismo con el Distrito Capital.

Como se vio en precedencia, si bien el Decreto 309 de 2009 “Por el cual se adopta el Sistema Integrado de Transporte Público para Bogotá y se dictan otras disposiciones”, estableció que la Secretaria Distrital de Movilidad era la autoridad del SITP con funciones de formulación de la política pública sectorial, regulación, vigilancia y control de las actividades de tránsito y transporte⁴⁸, por otro lado atribuyó de manera precisa a Transmilenio SA la gestión del SITP⁴⁹:

Artículo 8º.- Competencia de TransMilenio S.A. como Ente Gestor del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO. De conformidad con lo establecido en el Acuerdo Distrital 4 de 1999 y los Decretos Distritales 319 y 486 de 2006, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TransMilenio S.A. como ente gestor del SITP

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil ocho (2008) Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03099-01(14443).

⁴⁸ Artículo 7, Decreto 309 de 2009.

⁴⁹ Artículo 8, Decreto 309 de 2009.

realizará: La planeación, gestión y control contractual del Sistema; el proceso de integración, **evaluación y seguimiento de la operación y los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del actual transporte público colectivo al transporte público masivo.**

(Resalta el Despacho)

Como se puede observar, aun cuando el Distrito Capital, a través de la Secretaría Distrital de Movilidad y debe ejercer el control y la vigilancia a las actividades de tránsito y transporte como máxima autoridad del SITP, por su parte, el sistema jurídico atribuyó a Transmilenio SA, la planeación, gestión y control contractual del sistema, así como el proceso de integración, evaluación y seguimiento de la operación y los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del actual transporte público colectivo al transporte público masivo.

De esta atribución de facultades y competencias por parte del ordenamiento jurídico, es claro que aun teniendo el Distrito Capital una obligación de amplio alcance de vigilancia y control en tanto autoridad del Sistema, es Transmilenio SA quien se encuentra obligado, entre otras, de manera precisa y directa, al seguimiento de la operación y al control contractual del sistema.

Lo anterior es de la mayor importancia, como quiera que en los procesos judiciales adelantados ante esta Jurisdicción por los daños ocasionados por omisión en el cumplimiento de los deberes de las autoridades públicas, la declaración de responsabilidad del Estado por incumplimiento de un deber legal se configura siempre y cuando se tenga certeza de la existencia de una obligación determinada que no fue cumplida y del daño que generó dicha omisión. Señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“... 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’⁵⁰.”⁵¹

⁵⁰ Cita del original: “Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 15 de noviembre de 2011; Exp. 21768”.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. C.P.: Olga Melida Valle de la Hoz Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01906-01(27136).

Dicho ello, debe el despacho desde ya despachar negativamente la pretensión de declarar al Distrito Capital de Bogotá solidariamente responsable por los perjuicios causados, como quiera que sus calidades de autoridad del SITP y de socio mayoritario de la compañía Transmilenio SA no le imprimen el carácter de directamente responsable de la gestión y el control contractual del Sistema, ni del seguimiento de la operación y de los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del TPC al SITP, pues estas obligaciones se encuentran, en virtud del ordenamiento jurídico puntualmente en cabeza de Transmilenio SA.

A este respecto, por lo demás, surge que, a pesar de estar vinculada al Sector Movilidad dentro de la estructura administrativa del Distrito Capital, Transmilenio SA cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestal y patrimonio propio, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Por ende, la eventual declaratoria de responsabilidad habrá de recaer justamente en el Gestor del Sistema, y no en el ente territorial.

Ahora, ya habiendo hecho claridad respecto de la obligación jurídica en cabeza de Transmilenio SA, advierte el despacho que tal imperativo jurídico se encontraba desarrollado no solo en los decretos distritales referenciados y citados, sino además en los contratos de concesión 12 de 2010 y 13 de 2011, suscritos entre Transmilenio SA y Egobus SAS.

En primer lugar, tenemos la cláusula 24 de los contratos en cita, cual refiere a las obligaciones de Transmilenio SA, de la que es menester resaltar el siguiente numeral:

24.1 Adelantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión y control del Sistema Integrado de Transporte público de Bogotá SITP, en los términos establecidos en el presente Contrato y en el Manual de Operación, que permitan al CONSECIONARIO el desarrollo de la actividad de transporte, que es objeto de la presente Concesión.

En el mismo sentido, ténganse presentes las siguientes cláusulas, correspondientes al Capítulo 18 Supervisión y control:

CLÁUSULA 111. INTERVENTORÍA Y CONTROL DEL CONCESIONARIO

TRANSMILENIO SA., directamente o a través de terceros, tendrá el derecho de supervisar técnica y administrativamente el desarrollo y ejecución del Contrato, lo

que permitirá acceder en cualquier momento a las instalaciones físicas y a los documentos e información que soportan la labor del CONCESIONARIO, quien no podrá oponer reserva comercial, derechos de autor o acuerdos de confidencialidad internos o con terceros que limiten o impidan que TRANSMILENIO S.A., o el tercero designado por éste, accedan a la información del CONCESIONARIO para el ejercicio de sus facultades de supervisión y control.

TRANSMILENIO S.A., con la firma del presente Contrato, asume un compromiso de confidencialidad sobre la información a la que tenga acceso, acorde con las previsiones y dentro de las limitaciones legales.

TRANSMILENIO S.A. ejercerá las actividades de vigilancia y control de la ejecución del Contrato que le corresponden, directamente o a través de terceros, y tendrá las siguientes facultades básicas:

111.1 Exigir al CONCESIONARIO la información que considere necesaria para verificar la correcta ejecución del presente contrato y para ejercer de manera general el control del Sistema. El CONCESIONARIO estará obligado a suministrar la información solicitada inmediatamente, a no ser que se convenga un plazo cuando la naturaleza de la información exigida así lo requiera.

111.2 Verificar directamente, o a través de terceros, que el CONCESIONARIO cumpla con los Niveles de Servicio y, en general, las condiciones de ejecución del presente Contrato, según los términos en los que se ha convenido la concesión, y requerir al CONCESIONARIO para que corrija los incumplimientos.

111.3 Realizar las pruebas que considere necesarias para verificar que los vehículos cumplen con las características técnicas y funcionales exigidas en el presente Contrato. En caso de que los resultados de estas pruebas impliquen que el vehículo salga del servicio, el CONCESIONARIO deberá garantizar la operación y Niveles de Servicio por ruta, con la Flota de Reserva.

111.4 Verificar mediante visitas o mediante el examen de los documentos que TRANSMILENIO S.A. considere pertinentes, las condiciones de cumplimiento de la normatividad vigente y del presente Contrato frente a las áreas aprobadas de patios y talleres para la operación no troncal.

111.5 Verificar el cumplimiento de los programas de higiene y seguridad industrial y de capacitación de los conductores y demás personal al servicio del CONCESIONARIO.

111.6 En caso de terminación anticipada del Contrato por mutuo acuerdo de las partes, adelantar las labores pertinentes para determinar el valor de las compensaciones mutuas.

111.7 En general, vigilar y controlar que el CONCESIONARIO cumpla con sus obligaciones para el normal desarrollo y ejecución del presente Contrato.

CLÁUSULA 113. PROCESOS DE INSPECCIÓN

TRANSMILENIO S.A. verificará las actividades del CONCESIONARIO relacionadas con la ejecución del presente Contrato, a través de los siguientes mecanismos, sin perjuicio de su facultad de establecer otras conforme a las necesidades del servicio:

1113.1. Interventores: A través de interventores, sean estos designados por TRANSMILENIO S.A. de su personal o terceros contratados al efecto, quienes efectuarán labores de inspección, auditoria y supervisión de las distintas actividades

a cargo del CONCESIONARIO y sin perjuicio de los demás mecanismos que el ente gestor implemente y que son descritos en esta cláusula.

113.2. Inspectores del Sistema: A través de inspectores del Sistema, que sean designados por TRANSMILENIO S.A., se verificará el comportamiento y desarrollo de la actividad del operador. Los informes presentados por los inspectores estarán elaborados con la información de la infracción cometida, y constituirán la prueba de TRANSMILENIO S.A. sobre las circunstancias observadas.

113.3. Sistema de control de la operación: TRANSMILENIO S.A. cuenta con un sistema de información y de control, que permita obtener información en línea sobre la operación de los vehículos del concesionario y la atención de los servicios programados. Los datos resultantes del sistema de control constituirán plena prueba sobre las circunstancias que con ellos se acredite.

113.4. Participación ciudadana: Las quejas formuladas por los usuarios serán un mecanismo de control de TRANSMILENIO S.A., quien implementará los medios para la canalización de dichas inquietudes. Las quejas presentadas podrán ser utilizadas como prueba de una circunstancia, en el caso en que se presenten por escrito, contengan la información que permita identificar al usuario, y la existencia de pruebas testimoniales o documentales para determinar los hechos.

113.5. Encuestas a los usuarios: TRANSMILENIO S.A. podrá contratar, con compañías especializadas, de amplia trayectoria y experiencia, la realización de encuestas a los usuarios del Sistema. Los resultados de dichas encuestas servirán, entre otras cosas, para el control y supervisión sobre la prestación de los servicios por parte del CONCESIONARIO. Los resultados de dichas encuestas podrán servir como medio de prueba de los hechos que allí se incluyan.

113.6. Otros: Los demás mecanismos que se implementen en los Manuales y Reglamentos.

En este mismo sentido, teniendo en consideración que uno de los mecanismos, para ejercer la vigilancia y control del contrato es el adelanto de procedimientos sancionatorios por incumplimiento contractual, se hace menester transcribir algunas de las cláusulas contractuales que regulan el asunto:

CLÁUSULA 13. MULTAS ASOCIADAS A OTRAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Si el CONCESIONARIO no cumpliera con cualquiera de los parámetros, requisitos, obligaciones y responsabilidades previstos en el presente Contrato diferentes de los regulados de manera específica en otras cláusulas del presente Contrato, salvo que TRANSMILENIO S.A. lo hubiere autorizado, TRANSMILENIO S.A. podrá imponer multas diarias, por cada requisitos, obligación o responsabilidad incumplida, por un valor de veinte (20) salarios mínimos mensuales, mientras subsista el incumplimiento.

CLÁUSULA 131. PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN Y LIQUIDACIÓN DE MULTAS.

La imposición, liquidación y pago de las multas se sujetará al siguiente procedimiento:

Como se puede observar, Transmilenio SA, en calidad de gestor del Sistema y de contratante de los contratos de concesión que ocupan al despacho, contaba con

plenas facultades para vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones a que se encontraba atado el contratista, de conformidad con los alcances que de ellas se determinó en cada contrato. Por tal motivo, es del caso tener presente el CAPÍTULO 20, que regula lo atinente a las multas.

CLÁUSULA 121. IMPOSICIÓN DE MULTAS

TRANSMILENIO S.A. podrá imponer las multas correspondientes de acuerdo con lo previsto en las cláusulas incluidas en el presente capítulo en los eventos en que el CONCESIONARIO incumpla las obligaciones, requisitos, parámetros y responsabilidades en cuanto a los plazos, estándares o condiciones establecidos en el Contrato de Concesión y en los manuales anexos al mismo.

La multa será impuesta mediante acto administrativo motivado, previo el seguimiento de un procedimiento cuya finalidad es garantizar el derecho de defensa y el debido proceso del CONCESIONARIO

Las multas se causarán a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación y hasta que cese el respectivo incumplimiento. En todo caso y para efectos de la tasación, en ningún evento se impondrán multas por un valor total acumulado que supere el diez por ciento (10%) del valor total de los ingresos que por todo concepto perciba el CONCESIONARIO con ocasión del presente Contrato, durante el mes en que se haya causado la sanción correspondiente.

La introducción, modificación o supresión de multas no afectará las multas que se hayan impuesto hasta el día en que aquellas sean vinculantes y exigibles.

Las multas estarán expresadas en el salario mínimo legal mensual vigente para el momento en el que se esté aplicando.

En los manuales expedidos por TRANSMILENIO S.A. se identificará e individualizará las conductas generadoras de multas por concepto de servicio al usuario, teniendo en cuenta las quejas y reclamos que reciba por parte de los usuarios, y las conductas que observe en el CONCESIONARIO o sus empleados, representantes y dependientes, que puedan afectar el grado de satisfacción de los usuarios con el Sistema.

CLÁUSULA 130. MULTAS ASOCIADAS A OTRAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Si el CONCESIONARIO no cumpliera con cualquiera de los parámetros, requisitos, obligaciones y responsabilidades previstos en el presente Contrato diferentes de los regulados de manera específica en otras cláusulas del presente Contrato, salvo que TRANSMILENIO S.A. lo hubiere autorizado, TRANSMILENIO S.A. podrá imponer multas diarias, por cada requisito, obligación o responsabilidad incumplida, por un valor de veinte (20) salarios mínimos mensuales, mientras subsista el incumplimiento.

CLÁUSULA 131. PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN Y LIQUIDACIÓN DE MULTAS.

La imposición, liquidación y pago de las multas se sujetará al siguiente procedimiento:

TRANSMILENIO S.A. preparará y remitirá al CONCESIONARIO un informe de los hechos identificados mediante cualquiera de los mecanismos previstos en el presente Contrato que pueden configurar un incumplimiento, con indicación del soporte técnico y jurídico que sustenta el informe y el valor de la multa.

El CONCESIONARIO tendrá tres (3) días hábiles a partir del recibo de la comunicación para presentar a TRANSMILENIO S.A. sus descargos sobre el informe, anexando los soportes y pruebas que sustenten su respuesta. Cumplido este plazo se convocará a la audiencia prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Si dentro del plazo de que trata el numeral anterior, el CONCESIONARIO acepta expresamente el contenido del informe, TRANSMILENIO S.A., mediante acto administrativo, en el que se resumirán las circunstancias de hecho y de derecho de la multa, procederá a imponerla y, en razón al allanamiento voluntario, el valor de la multa al CONCESIONARIO se disminuirá en un cuarenta por ciento (40%).

Igualmente se entenderá que hubo allanamiento en el evento de que el CONCESIONARIO no formule objeción a la multa dentro del plazo para rendir descargos y, en consecuencia, se hace acreedor al descuento.

Si dentro del plazo de que trata el numeral anterior, el CONCESIONARIO objeta la multa, TRANSMILENIO S.A. estudiará la defensa y pruebas aportadas por el CONCESIONARIO y decidirá si las acepta, evento en el cual se dará por terminado el trámite.

Si TRANSMILENIO S.A. no considera aceptables los descargos, procederá a imponer la multa mediante acto administrativo, el cual contendrá el detalle de los hechos que configuran el incumplimiento, la condición o previsión contractual incumplida, los mecanismos de verificación que dan cuenta de la infracción identificando las circunstancias de condición, tiempo y lugar que la determinaron, los descargos rendidos por el CONCESIONARIO, el análisis de los mismos y la tasación o cuantificación de la multa que se ha hecho exigirlle conforme a las previsiones contempladas al efecto en el presente Contrato.

En el evento de que el CONCESIONARIO que hubiere presentado descargos manifieste por escrito a TRANSMILENIO S.A. el allanamiento a la multa, antes de que se profiera el acto administrativo de imposición, el valor de la multa al CONCESIONARIO se disminuirá en un veinte por ciento (20%).

El acto administrativo a través del cual imponga la multa será notificado personalmente al CONCESIONARIO, a la Fiducia SITP y al asegurador.

Si el CONCESIONARIO que se hubiera allanado, expresamente o en virtud de su silencio, interpone recursos contra el acto administrativo de imposición de multa, perderá el descuento concedido.

Todas las multas que se causen se pagarán a través de la figura de la compensación, descontándose el valor de las multas de la participación que el CONCESIONARIO

tenga derecho a obtener derivados de la ejecución del presente Contrato, una vez se encuentre en firme el acto administrativo de imposición de la multa. Será función de TRANSMILENIO S.A. verificar que se hagan los descuentos correspondientes, de manera oportuna en los periodos de pago de las participaciones previstos en el presente Contrato.

En todo caso, el pago o la deducción de dichas multas no exonerarán al CONCESIONARIO de su obligación de cumplir plenamente con las responsabilidades y obligaciones que emanen del presente Contrato

El CONCESIONARIO, expresamente y en forma voluntaria acepta y autoriza, con la firma del presente Contrato, a TRANSMILENIO S.A. a solicitar a la FIDUCIA la compensación para el pago de las multas de que trata el numeral anterior.

En el evento en que no sea posible efectuar la compensación, TRANSMILENIO S.A. podrá hacer efectiva la garantía única o acudir al cobro coactivo de la misma.

Pues bien, de las anteriores cláusulas normativas y contractuales que regulan y desarrollan las obligaciones de vigilancia y control en cabeza de Transmilenio SA, se encuentra con claridad que aquel se encontraba bajo el imperativo jurídico de vigilar y controlar el desarrollo y ejecución del Contrato. Ello significa que la entidad debía desarrollar las prestaciones propias de su obligación de supervisión y control, sin embargo, se reitera que esta obligación es de medio, y no de resultado.

Lo anterior explica que el papel que jugaba Transmilenio en relación con que el concesionario Egobus SAS cumpliera sus obligaciones contractuales, corresponde al ejercicio diligente de sus facultades, dentro de los términos que dicta el ordenamiento y de conformidad con los límites que aquel mismo establece, lo que supone que aun cuando no se alcance el resultado de lograr que el contrato se desarrollara y ejecutara de manera regular, las obligaciones del Gestor se entienden cumplidas en la medida en que se acredite una diligencia cualificada, es decir aquella propia de un profesional en la materia; por el contrario, se entenderá incumplida la obligación y por tanto acreditada una omisión de Transmilenio SA, en tanto se encuentre demostrado en el expediente que la entidad contratante no actuó con la diligencia debida en el marco de sus competencias y funciones.

Así, es de reiterar que aunque los contratos de concesión otorgados a Egobus SAS son complejos, en la medida en que implican múltiples conductas, obligaciones, prestaciones y relaciones entre los distintos sujetos que hacen parte del Sistema Integrado de Transporte Público, en el presente proceso judicial el objeto de estudio se limita a la obligación de pago de las rentas mensuales a los pequeños propietarios de TPC: de conformidad con la cláusula tercera de los contratos CTO 12 de 2010 y

CTO 13 de 2011, uno de los propósitos de los mismos era garantizar el cumplimiento de la oferta presentada por el concesionario en el proceso de selección, en materia de participación de propietarios y sus sostenibilidad en las empresas operadoras del sistema. En similar sentido, de conformidad con el artículo 17.4.2 de los contratos en cuestión, era obligación del concesionario respecto de la participación y sostenibilidad de los propietarios, garantizar la participación en el negocio como parte del concesionario en las condiciones definidas en la propuesta respecto de la vinculación y la renta fija mensual (por tipo y modelo de vehículo) durante los 24 años de concesión.

En tal sentido, debe manifestar el Despacho que, de conformidad con los hechos que resultaron probados en el expediente, no se encuentra acreditado que Transmilenio haya incurrido en una omisión de sus obligaciones de vigilancia y control, en la medida en que las probatorias que obran en el cuaderno demuestran un ejercicio diligente de su parte por la puesta en funcionamiento de los recursos, facultades y competencias de que disponía para el adecuado cumplimiento del deber legal, en calidad tanto de entidad contratante como de Gestor del sistema.

En este orden de ideas, se encuentran acreditadas las siguientes actuaciones y operaciones administrativas de Transmilenio SA en virtud de su obligación de control y vigilancia, que se pueden clasificar en dos grandes grupos. Por un lado, se observan unas actuaciones que pueden comprenderse como un ejercicio *blando* de la vigilancia y control, en tanto comprende la remisión de memoriales y oficios y realización de reuniones cuyas constancias se soportan en actas, destinados a compeler al concesionario al cumplimiento de sus obligaciones de pago de rentas a los propietarios. En segunda medida, se encuentra un ejercicio *duro* de las facultades de vigilancia y control, como quiera que a través de actuaciones administrativas sancionatorias ya posteriormente y declaratorias del incumplimiento grave del contrato y su terminación unilateral se impone el poder de la administración.

Lo anterior se acredita en la medida en que los documentos aportados por las partes se valoran de conformidad con lo establecido en el artículo 246 del Código General del Proceso y, de acuerdo con lo decidido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia de 28 de agosto de 2013⁵². En tal medida, se les otorga valor

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

probatorio a todos los documentos arrimados oportunamente al expediente en copia simple, siempre que no hayan sido tachados de falsos por la parte contra la cual se pretenden hacer valer⁵³. En este mismo sentido, además de presumirse veraces de no ser tachados de falso, cuando tales documentos sean copias de actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad, su contenido, se comprende, también se encuentra amparado por la presunción de veracidad y legalidad.

i) Memoriales, actas y oficios:

1. Acta de reunión TRANSMILENIO SA y EGOBUS, del 25 de enero de 2013⁵⁴.

Observa el Despacho que en tal reunión se trataron diversos temas, más respecto del pago de las rentas adeudadas a los propietarios de TPC, Transmilenio requirió al concesionario remitiera pruebas del cumplimiento en el pago de las rentas o los acuerdos de pago a los que hubieren llegado, e informara acerca del estado de cada vehículo, con el fin de saber la razón por la cual se suspendió el pago de rentas.

2. Acta de reunión TRANSMILENIO SA y EGOBUS, de 06 de junio de 2013⁵⁵.

De esta documental, advierte el despacho que Transmilenio, representado por el Subgerente Jurídico Ernesto Cadena Rojas, instó al operador a ponerse al día en los pagos, aclarando que el atraso en los mismos es verificado con información suministrada por la subgerencia económica.

3. Oficio Rad. No. 2013EE12743 del 01/10/2013 suscrito por el Subgerente Jurídico de TRANSMILENIO S.A.⁵⁶

Indica la Subgerencia jurídica de Transmilenio SA que, en reunión de 14 de junio de 2013, se ratificó con el concesionario Egobus SAS que en virtud de la circular 10 de tabla de rentas para el año 2013, y lo concerniente en el contrato de concesión, resulta improcedente realizar descuentos sobre el valor acordado como renta, para cada uno de los propietarios.

⁵³ Artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁴ Folios: 206-209 c.a.1.

⁵⁵ Folios: 208-209 c.a.1

⁵⁶ Fl. 211 c.a.1.

Igualmente, informó que Transmilenio SA tomaría las medidas contractuales pertinentes para conminar al concesionario a honrar su compromiso, en virtud del contrato de concesión.

4. El 19 de marzo de 2014, se llevó a cabo una reunión con los propietarios de EGOBUS y COOBUS con funcionarios de TRANSMILENIO para discutir la problemática que se presentaba con las dos empresas⁵⁷.
5. Oficio suscrito por el Subgerente Jurídico de Transmilenio SA fecha: 01/04/2014 y dirigido al Representante Legal de EGOBUS SAS⁵⁸.

Se remite llamado de atención por queja de propietario de TPC respecto del incumplimiento en el pago de las rentas con radicado TMSA 2014ER7459, poniendo de presente la preocupación del Ente Gestor respecto de presuntas irregularidades en el pago de rentas. Para tales efectos, le requiere para que acredite lo anterior en un término perentorio de 3 días hábiles.

6. Oficio No. 2014EE22474 en respuesta al derecho de petición anterior. Suscrito por el Subgerente Jurídico (E) de TRANSMILENIO SA. Fecha: 21/11/2014⁵⁹.

En la documental, el Subgerente Jurídico Encargado de Transmilenio, informa que el ente gestor no tiene facultades ni competencias que le permitan pronunciarse sobre la exigibilidad de los contratos suscritos entre los propietarios y los concesionarios, dado que estos negocios son de naturaleza privada. Sin embargo, afirmó que mediante Radicado N. 2012ER2584 de 11 de marzo de 2013, dirigidos al concesionario y a la aseguradora, Transmilenio SA inició el proceso de imposición de multas por incumplimiento grave a los Contratos 12 de 2010 y 13 de 2011, en virtud de la omisión que presenta el concesionario frente a la constitución de garantías contractuales correspondientes para la vigencia del año 2014.

No obstante, lo anterior, precisó el ente gestor que el trámite de los procesos sancionatorios es independiente a los que el propietario dentro de la

⁵⁷ Antecedentes Resolución 235 de 2016 (F. 1629 y ss.) y Resolución 236 de 2016 (F. 1657 y ss.), mediante las cuales se declara el incumplimiento total de los contratos de concesión 012 de 2010 y 013 de 2011, adjudicados al contratista EGOBUS SAS.

⁵⁸ Fl. 213 c.a.1.

⁵⁹ Fl. 215 c.a.1.

autonomía de su voluntad decida iniciar frente al contrato privado suscrito con el operador por el no pago de las rentas debidas.

7. Oficio suscrito por el Subgerente Jurídico de TRANSMILENIO SA como respuesta a un derecho de petición. Fecha: 19/08/2015⁶⁰.

Observa el despacho que si bien mediante el oficio en cuestión se remite por competencia al representante legal de Egobus SAS una petición tendiente a que se ordene el pago inmediato de las rentas atrasadas, también se le requiere al concesionario con el fin de que presente un informe de las acciones adelantadas por el concesionario para su cumplimiento.

8. Oficio remitido por el Subgerente Jurídico de TRANSMILENIO S.A. al Gerente General de Egobus SAS, de fecha: 27/03/2014⁶¹.

Mediante esta documental, el Ente Gestor remite por competencia un derecho de petición mediante el cual se solicita el pago de las rentas fijas mensuales adeudadas, y le comunica que es deber del concesionario dar cumplimiento a las obligaciones pactadas con el propietario de TPC, en virtud de lo señalado en las cláusulas 147.4.1 y 17.4.2 del contrato de concesión suscrito con Transmilenio SA y el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-004 de 2009. Igualmente le requiere con el fin de que remita la información relativa al pago de rentas al propietario de TPC peticionario.

9. El 10 de junio de 2014, mediante memorando interno con radicado No. 2014IE4241, el Director Técnico de Buses de TRANSMILENIO les informó a las otras subgerencias que desde el 9 de mayo de 2014 EGOBUS había cesado operaciones y que, desde el 15 de mayo, se encontraba cerrado su centro de control zonal⁶².
10. El 2 de julio de 2014, mediante memorando interno con radicado No. 2014IE4981, el Subgerente Técnico y de Servicios de Transmilenio SA informa a la subgerencia jurídica, que en concordancia con el plan de implementación

⁶⁰ Fl. 217-219 c.a.1.

⁶¹ Fl. 221-222 c.a.1.

⁶² Antecedentes RESOLUCIÓN No. 237 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-12 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." y RESOLUCIÓN No. 239 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-13 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." F. 2704-I.

actualizado en octubre de 2013 por EGOBUS, este concesionario debía tener para abril de ese año un total de 348 buses vinculados, haber iniciado 20 rutas urbanas y una especial pero que para esa fecha no había cumplido ninguno de los compromisos indicados (Zona Perdomo)⁶³.

11. El 2 de julio de 2014, mediante memorando interno con radicado No. 2014IE4983, el Subgerente Técnico y de Servicios de Transmilenio SA informa a la subgerencia jurídica, que en concordancia con el plan de implementación actualizado en octubre de 2013 por EGOBUS, este concesionario debía tener vinculados para abril de ese año un total de 1424 buses vinculados, y haber iniciado 39 rutas urbanas pero que para esa fecha no había cumplido ninguno de los compromisos indicados (Zona Suba Centro)⁶⁴.

ii) Actuaciones administrativas sancionatorias y declaratorias del incumplimiento grave de los contratos y su terminación unilateral.

1. El 17 de noviembre de 2013 la Gerencia General de Transmilenio SA expide la Circular 0017 con destino a los Concesionarios del Sitp, reiterando los lineamientos generales en relación con la participación de los propietarios en el Sitp, conforme fue estipulado en el Pliego de condiciones Definitivo⁶⁵.
2. Mediante Resolución N. 228 de 2013, se impusieron multas al concesionario por incumplimientos hallados en la ejecución del contrato de concesión CTO.12 de 2010 –Zona Centro-, por un valor de CIENTO MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$100.175.579)⁶⁶.
3. Mediante Resolución N. 228 de 2013 se impusieron multas al concesionario por los incumplimientos hallados en la ejecución del contrato de concesión Cr013-10 zona Perdomo, por un valor de SETENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CATORCE PESOS (\$74.151.214)⁶⁷

⁶³ Antecedentes RESOLUCIÓN No. 237 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-12 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." y RESOLUCIÓN No. 239 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-13 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." F. 2704-I.

⁶⁴ Antecedentes RESOLUCIÓN No. 237 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-12 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." y RESOLUCIÓN No. 239 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-13 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." F. 2704-I.

⁶⁵ Antecedentes Resolución 290 de 2017 - Liquidación Contrato 012 de 2010 Egobús (F. 2704-I)

⁶⁶ Antecedentes Resolución 290 de 2017 - Liquidación Contrato 012 de 2010 Egobús (F. 2704-I)

⁶⁷ Antecedentes Resolución 290 de 2017 - Liquidación Contrato 012 de 2010 Egobús (F. 2704-I)

4. Mediante Resolución N. 229 de 2013, se impusieron multas al concesionario por incumplimientos hallados en la ejecución del contrato de concesión CTO.12 de 2010 –Zona Centro-, por un valor de CIEN MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$100.175.579)⁶⁸.
5. Mediante radicado 2013EE15561 de noviembre 19 de 2013, Transmilenio inició proceso de incumplimiento total del contrato 013 de 2011, identificando los siguientes incumplimientos, para entonces presuntos⁶⁹:
- Aspectos técnicos y de Implementación: Insuficiencia de zonas de patio taller para el parqueo de la flota programada para la implementación del SITP en las zonas a cargo de EGOBUS.
 - a. Inicio de Rutas: atraso de 7 meses en la zona de Perdomo y Suba Centro.
 - Aspectos Operativos:
 - a. Respecto del mantenimiento de la flota a su cargo.
 - b. Respecto de la Vinculación de la flota.
 - c. Vinculación de Operadores.
 - d. Auditoria o Proveedor Técnico.
 - Aspectos Ambientales
 - a. Obligaciones Ambientales.
 - Aspectos Financieros, Contables y Administrativos.
 - a. Información Financiera y estado de sostenimiento del cierre financiero.
 - b. Cumplimiento al pago de rentas.
 - Garantías.
 - Afectación Imagen Institucional Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) y Transmilenio.
6. Mediante radicado 2013EE15560 de noviembre 19 de 2013, Transmilenio inició un proceso de incumplimiento total del contrato 012 de 2010, identificando los siguientes incumplimientos, para entonces presuntos⁷⁰:
- Aspectos técnicos y de Implementación: Insuficiencia de zonas de patio taller para el parqueo de la flota programada para la implementación del SITP en las zonas a cargo de EGOBUS.
 - b. Inicio de Rutas: atraso de 7 meses en la zona de Perdomo y Suba Centro.
 - Aspectos Operativos:
 - e. Respecto del mantenimiento de la flota a su cargo.
 - f. Respecto de la Vinculación de la flota.
 - g. Vinculación de Operadores.

⁶⁸ Antecedentes Resolución 290 de 2017 - Liquidación Contrato 012 de 2010 Egobús (F. 2704-I)

⁶⁹ Antecedentes Resolución 235 de 2016 (F. 1629 y ss.)

⁷⁰ Antecedentes Resolución 236 de 2016 (F. 1657 y ss.)

- h. Auditoria o Proveedor Técnico.
 - Aspectos Ambientales
 - b. Obligaciones Ambientales.
 - Aspectos Financieros, Contables y Administrativos.
 - c. Información Financiera y estado de sostenimiento del cierre financiero.
 - d. Cumplimiento al pago de rentas.
 - Garantías.
 - Afectación Imagen Institucional Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) y Transmilenio.
7. El 18 de febrero de 2014, el subgerente jurídico de TRANSMILENIO profirió el Auto No. 1 dentro del proceso sancionatorio adelantado contra EGOBUS por incumplimiento de los contratos 012 de 2010 y 013 de 2011. El auto se profirió en virtud de la solicitud de pruebas que se había efectuado en la audiencia de alegatos⁷¹. Se decretaron las siguientes pruebas:
- i. Informe de evaluación de la licitación pública LP-004 de 2009 de cada uno de los proponentes.
 - ii. Testimonios: Fernando Páez Mendieta, Fernando Rojas Rojas, Constanza García Alicastro, Javier Hernández López.
 - iii. Estado de cumplimiento respecto vinculación de la flota.
 - iv. Modelo financiero mediante el cual se estructuro el proceso del sistema integrado de Transporte Público (SITP).
 - v. Modelo de operación con el cual se dio inicio al SITP.
 - vi. Informe de cuantos vehículos de propietarios vinculados a EGOBUS S.A.S. han sido adquiridos por terceras personas determinando si estas personas se han vinculado a otro operador, y si es estas personas han adquirido la obligación de pagar las rentas o cancelar los vehículos.
 - vii. Si toda la infraestructura del SITP ya fue habilitada por TRANSMILENIO.
 - viii. Informe respecto la unificación de tarjetas para acceder al sistema.
 - ix. Informe respecto a la presentación efectuada por directivos de TRANSMILENIO a la Secretaria de Hacienda (PPT Club Metropolitan).
8. El 9 de junio de 2014, mediante radicado 2014EE10714, TRANSMILENIO radicó solicitud de intervención a la Superintendencia de Puertos y Transporte para que interviniera las sociedades COOBUS y EGOBUS. En la solicitud se

⁷¹ Antecedentes Resolución 235 de 2016 (F. 1629 y ss.) y Resolución 236 de 2016 (F. 1657 y ss.), mediante las cuales se declara el incumplimiento total de los contratos de concesión CTO-12 y CTO-13 de 2011, adjudicados al contratista EGOBUS SAS.

- señaló que EGOBUS desde el 9 de mayo de ese año no prestaba el servicio de transporte⁷².
9. El 28 de mayo de 2014, Transmilenio SA inició procesos sancionatorios por incumplimiento grave de los contratos de concesión 012 de 2010 y 013 de 2011, por presunto incumplimiento de obligaciones que ponían en riesgo la adecuada, permanente y continua prestación del servicio, obligaciones establecidas en las cláusulas: 1, 3, 6, 17, 102 y 103 de los contratos de concesión⁷³.
10. El 3 de diciembre de 2014, el concesionario presentó los descargos correspondientes al incumplimiento grave del contrato por paralización de la prestación del servicio a su cargo⁷⁴.
11. El 5 de mayo de 2015, mediante radicado S.A12315, EGOBUS radicó ante TRANSMILENIO el Plan de Recuperación y Mejoramiento en su versión del 29 de abril de 2015⁷⁵. En el mencionado plan de salvamento se lee en la comunicación remisoría a la Superintendencia de Puertos y Transporte, lo siguiente:
- "Una vez finalizada esta compleja etapa que estamos terminando con éxito, que garantiza el plan de Recuperación y Mejoramiento de EGOBUS S.A.S. que estamos presentando a su despacho en su última versión la hace una empresa totalmente viable, tenemos ahora el reto de diseñar y poner en funcionamiento el VPE y conseguir los recursos necesarios para que se pueda producir el cierre financiero, temas sobre los cuales yo nos estamos empezando a mover de manera proactiva."
12. El 27 de mayo de 2015, la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Puertos y Transporte, mediante radicado S.A15350, informa a EGOBUS que el Comité de Dirección de Sometimiento a Control de esa entidad manifestó la conformidad y por ende viabilidad del Plan de Salvamento presentado por EGOBUS, de conformidad con los lineamientos

⁷² Antecedentes RESOLUCIÓN No. 237 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-12 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." y RESOLUCIÓN No. 239 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-13 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." F. 2704-I.

⁷³ Antecedentes RESOLUCIÓN No. 237 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-12 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." y RESOLUCIÓN No. 239 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-13 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." F. 2704-I.

⁷⁴ Antecedentes RESOLUCIÓN No. 237 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-12 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." y RESOLUCIÓN No. 239 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-13 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." F. 2704-I.

⁷⁵ Antecedentes RESOLUCIÓN No. 237 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-12 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." y RESOLUCIÓN No. 239 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-13 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." F. 2704-I.

expedidos por TRANSMILENIO. Esta información también le fue suministrada a TRANSMILENIO, mediante comunicado No. S. A16279, suscrito por el Superintendente de Puertos y Transporte de fecha 5 de junio de 2015⁷⁶.

13. El 13 de julio de 2015, Carlos Eduardo Cadena Cuervo, representante legal de EGOBUS con radicado S. A20011, solicitó que los procesos que se adelantaban contra EGOBUS siguieran suspendidos y aportó nuevamente el Plan de Recuperación y Mejoramiento 2015, en su versión actualizada del 29 de abril de 2015⁷⁷.

14. El 19 de agosto de 2015, TRANSMILENIO solicita a la Superintendencia de Puertos y Transporte, mediante radicado 2015EE15859 que informe si ya se nombró junta directiva en la sociedad EGOBUS y cuál es el estado de los procesos de sometimiento de los concesionarios⁷⁸.

15. El 3 de septiembre de 2015, la Superintendencia de Puertos y Transporte da respuesta a la solicitud formulada por TRANSMILENIO respecto al nombramiento de la Junta Directiva de EGOBUS y el estado de los procesos de sometimiento, con radicado S. A25512. En esta comunicación la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica le indica a TRANSMILENIO que ha remitido la totalidad de información relacionada con el estado de los procesos de sometimiento de los concesionarios EGOBUS y COOBUS. Así mismo, manifiesta que no se ha nombrado una Junta Directiva ante la dificultad de que haya un pago de honorarios a los eventuales miembros de la misma por parte de la sociedad y solicita se mantenga la suspensión de los procesos sancionatorios dada las condiciones de las empresas intervenidas, pues se estaba iniciando la ejecución de las actividades planteadas en los Planos de Mejoramiento y Recuperación⁷⁹.

⁷⁶ Antecedentes RESOLUCIÓN No. 237 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-12 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." y RESOLUCIÓN No. 239 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-13 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." F. 2704-I.

⁷⁷ Antecedentes RESOLUCIÓN No. 237 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-12 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." y RESOLUCIÓN No. 239 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-13 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." F. 2704-I.

⁷⁸ Antecedentes RESOLUCIÓN No. 237 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-12 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." y RESOLUCIÓN No. 239 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-13 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." F. 2704-I.

⁷⁹ Antecedentes RESOLUCIÓN No. 237 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-12 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." y RESOLUCIÓN No. 239 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-13 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." F. 2704-I.

16. El 29 de enero de 2016, mediante radicado S. A03200, EGOBUS S.A.S. remitió un documento denominado información sobre el avance del proceso de implementación Plan de Recuperación y Mejoramiento EGOBUS S A S En este documento se plasma un cronograma con los siguientes hitos⁸⁰:

- Entrega del Esquema general para la implementación del Plan de Recuperación y Mejoramiento. (29 de enero de 2016).
- Entrega formal de la propuesta de implementación (15 de febrero de 2016).
- Remisión de Observaciones por parte de la Superintendencia de Puertos y Transporte y TMSA sobre el contrato marco (26 de febrero de 2016).
- Firma del Contrato Marco entre EGOBUS S.A.S. y los VPE después de aprobados por las dos entidades (4 de marzo de 2016).
- Confirmación por parte de los VPE del primer desembolso recibido (15 de marzo de 2016).
- Iniciación ejecución del cronograma definitivo de actividades por parte de los VPE (15 de marzo de 2016).

17. El 8 de marzo de 2016, se convocó a EGOBUS para que presentara alegatos de conclusión en el proceso sancionatorio de caducidad⁸¹.

18. El 25 de abril de 2016, fueron expedidas por parte de Transmilenio SA las resoluciones N. 235 de 2016 (F. 1629 y ss.) y N. 236 de 2016 (F. 1657 y ss.), mediante las cuales, entre otras, se declaró i) el incumplimiento grave y total de los contratos de concesión 012 de 2010 y 013 de 2011, adjudicados al contratista EGOBUS SAS; ii) la terminación Anticipada y Unilateral de los contratos de concesión; iii) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; y iv) ordenar la liquidación del contrato 013 de 2011⁸².

Como se puede observar de los anteriores hallazgos, se encuentra desvirtuada la acusación de que Transmilenio mantuvo una actitud pasiva y omisiva respecto de los incumplimientos de Egobus SAS en cuanto el pago de las rentas a los pequeños propietarios de TPC. Por un lado, la remisión de memoriales, oficios y realización de reuniones demuestra un ejercicio administrativo de despliegue de diferentes

⁸⁰ Antecedentes RESOLUCIÓN No. 237 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-12 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." y RESOLUCIÓN No. 239 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-13 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." F. 2704-I.

⁸¹ Antecedentes RESOLUCIÓN No. 237 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-12 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." y RESOLUCIÓN No. 239 de 25 de abril de 2016 "Por medio de la cual se culmina el proceso sancionatorio de declaratoria de la caducidad al contrato de concesión CTO-13 del 17 de noviembre de 2010 adjudicado al contratista EGOBUS S.A.S." F. 2704-I.

⁸² Resolución 235 de 2016 (F. 1629 y ss.) y Resolución 236 de 2016 (F. 1657 y ss.).

recursos tendientes a que el contratista no incurriera en incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Por otro lado, el desarrollo de las actuaciones sancionatorias tuvo por objeto compeler al concesionario para lograr el eficaz cumplimiento del objeto contractual, de manera que no solo se vieran garantizados los derechos de terceros como lo fueren los propietarios de TPC, sino especialmente se viera satisfecho el interés público colectivo a través de la prestación efectiva del servicio de transporte. Ello tiene entonces relevancia dado que, como ha señalado el Consejo de Estado, "la imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial"⁸³.

En tal sentido, debe manifestar el Despacho que, de conformidad con los hechos que resultaron probados en el expediente, no se encuentra acreditado que Transmilenio haya incurrido en una omisión de sus obligaciones de vigilancia y control, en la medida en que las probatorias que obran en el cuaderno demuestran un ejercicio vigilante con el grado de diligencia esperado de un gestor de sistemas de transporte, sustentada en la puesta en funcionamiento los recursos, facultades y competencias de que disponía para el adecuado cumplimiento del deber de control.

Así las cosas, no tiene vocación de prosperar la demanda presentada por el grupo demandante en ejercicio del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, ya que no se advierte configurada la falla en el servicio por parte de las demandadas al resultar del estudio judicial que estas no incurrieron en una indebida adjudicación de los contratos de concesión 12 de 2010 y 13 de 2011, ni tampoco faltó Transmilenio al grado de diligencia esperado en el ejercicio de sus facultades y competencias en tanto Gestor del SITP.

Finalmente, manifiesta el Despacho que al no resultar solidariamente responsables el Distrito Capital de Bogotá y Transmilenio SA por los incumplimientos contractuales del concesionario Egobus SAS, carece de relevancia jurídica continuar el estudio del medio de control que le ocupa, pues es claro que esta acción judicial no tiene por objeto la declaración de responsabilidad del particular contratista y que es independiente de los procesos judiciales que se puedan adelantar frente al

⁸³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2040 del 29 de noviembre de 2010.

incumplimiento de los contratos privados suscritos entre los propietarios de TPC con el operador por el no pago de las rentas debidas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Dos Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

Primero.- Declarar no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas denominadas i) ausencia de daño contingente, ii) inexistencia de un perjuicio por falta de nexo causal, iii) ausencia de los elementos constitutivos de responsabilidad de la acción de grupo iv) Falta de elementos de responsabilidad, v) insuficiencia probatoria, vi) falta de causalidad entre la culpa y la pretendida indemnización, vii) improcedencia de la acción por ausencia de identidad del hecho generador e identificación del grupo, viii) Acción prematura, ix) Inexistencia de vulneración de derechos colectivos, x) El hecho exclusivo de un tercero y, xi) Falta de legitimación en la causa por pasiva.

Segundo. - Declarar parcialmente probada la excepción de caducidad propuesta por Transmilenio SA, en estricta relación con las rentas que se tornaron exigibles antes del 30 de septiembre del año 2013, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Tercero. - Denegar las pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. - Notificar la presente sentencia conforme al artículo 203 del CPACA.

Quinto. - Archivar el expediente una vez cobre firmeza la presente providencia.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE, 7



ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO

JUÉZ.