



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Magistrado Ponente: OMAR EDGAR BORJA SOTO

Santiago de Cali, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No. 169

Medio de Control	Reparación Directa
Ref. Proceso	76001-23-33-008-2014-00556-00
Demandante	EFRAIN MATTA ALVAREZ NO APORTA CORREO ELECTRÓNICO.
Demandado	MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y OTROS notificacionesjudiciales@cali.gov.co notificacionesjudiciales@mintransporte.gov.co judiciales@metrocali.gov.co
Asunto	daños derivados implementación MIO –

ADVERTENCIA SOBRE PUBLICIDAD DEL EXPEDIENTE Y MEMORIALES.

En aras del cumplimiento del artículo 46¹ de la Ley 2080 de 2021 que modifica el artículo 186 de la Ley 1437 de 2011, las partes cuentan con los documentos necesarios para formular sus alegaciones en la medida en que fueron notificados de todas las actuaciones surtidas en el proceso y se surtieron los correspondientes traslados.

La **Ley 2080 del 2021**, vigente en materia procesal a partir del 26 de enero de este año, reformó el CPACA, por lo cual se hacen las siguientes precisiones:

El **expediente físico** fue digitalizado y puede consultarse en el repositorio **MERCURIO**, previa solicitud de acceso al siguiente link <https://bit.ly/3i5HGEU> . En el siguiente link encontrará un video tutorial para el ingreso: <https://bit.ly/3BQHMIIn>.

El **expediente digital** está en la sede electrónica **SAMAI**, donde podrá consultar las actuaciones en el botón **“CONSULTA DE PROCESOS”** en el siguiente link <https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/procesos.aspx>.

En SAMAI también encontrará la VENTANILLA VIRTUAL, link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8087/> donde los sujetos procesales podrán solicitar ACCESO A LOS EXPEDIENTES para consultar documentos protegidos, pedir CITA VIRTUAL y además deberán **RADICAR MEMORIALES Y ESCRITOS los cuales se gestionarán directamente al proceso, lo que garantiza celeridad, economía, eficiencia, transparencia y publicidad, por tanto, es el canal oficial para recibir memoriales** a partir del **16 de mayo de 2022**.

Para el ACCESO A LOS EXPEDIENTES debe ingresar a la VENTANILLA VIRTUAL, dirigirse al módulo “Solicitudes y otros servicios en línea”, dar clic en “Acceso a expedientes” aceptar términos y condiciones, diligenciar el formulario respectivo, anexando copia del documento de identidad que acredite su calidad dentro del proceso.

Para radicar memoriales debe ingresar a la VENTANILLA VIRTUAL, dirigirse al módulo “Solicitudes y otros servicios en línea”, dar clic en “Memoriales y/o Escritos”, aceptar términos y condiciones, diligenciar el formulario respectivo anexando copia del documento de identidad que acredite su calidad dentro del proceso **y cargar los archivos con destino al proceso** en los formatos permitidos pdf,.docx,.doc,.xlsx. Tamaño máximo por cada archivo: 20 MB.

En el siguiente link podrá consultar un video tutorial que lo guiará en SAMAI [VENTANILLA VIRTUAL](#)

Solo de manera subsidiaria continuarán recibiendo escritos y memoriales en el correo electrónico: rpmemorialestadmvc Cauca@cendoj.ramajudicial.gov.co identificando la radicación completa del

expediente, el magistrado ponente, el medio de control, las partes y el asunto so pena de no gestionar el memorial. Las partes darán cumplimiento al artículo 78.14 del CPG

I. OBJETO.

Decide el Tribunal, a través de la Sala de Decisión conformada por los magistrados **ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA, EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS y OMAR EDGAR BORJA SOTO**, éste último como ponente sobre el medio de control de reparación directa interpuesto por **EFRAIN MATTA ALVAREZ** (en adelante la parte demandante) en contra del **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y OTROS**.

II. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES.

En ejercicio del medio de reparación directa, el señor **EFRAIN MATTA ALVAREZ** (en adelante la parte demandante), actuando a través de apoderado judicial, pretende lo siguiente:

*“1. METROCALI S.A, LA ALCALDIA DE SANTIAGO DE CALI Y LA NACION-MINISTERIO DE TRANSPORTE, son administrativamente responsables por los daños y perjuicios materiales causados a la **demandante (propietaria de vehículo de transporte público colectivo)**, por los **daños** económicos causados en su legítimo derecho, **falla en el servicio que condujo a la privación definitiva de la libertad de la explotación económica lícita de la industria y el comercio de la prestación del servicio público colectivo urbano de pasajeros** de la ciudad de Santiago de Cali con base en los diversos hechos, actos administrativos, actuaciones administrativas, operaciones administrativas, acciones y omisiones de las entidades públicas que originaron y materializaron en forma determinante el respectivo desplazamiento forzoso sin indemnización previa y justa alguna a la demandante propietaria transportadora lesionada en este caso concreto, de las principales vías públicas de la ciudad de Santiago de Cali, sin la posibilidad de reponer en forma legal, real y concreta su vehículo automotor, en su condición de legítima propietaria del mismo*

2. Condenar, en consecuencia, a METROOALI S.A., LA NAOION MINISTERIO DE TRANSPORTE y AL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, como reparación del daño ocasionado, a pagar a favor de la actora, o a quien represente legalmente sus derechos, /os daños y perjuicios de orden material y moral, objetivados y subjetivados, actuales y futuros, daño emergente y lucro cesante, debidamente indexados, los cuales se estiman en \$3500.000.000.

3. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.

4. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C.A.”.

HECHOS.

Sustentó como hechos relevantes los siguientes:

“1. Los demandados son administrativamente responsables por los perjuicios materiales y morales causados al señor EFRAIN MATTA ALVAREZ, por la operación administrativa que derivó en la implementación del sistema masivo de occidente MIO, afectando la producción del vehículo de placa VBU059 marca Chevrolet, motor 490902 de propiedad del convocante, llevándolo a la quiebra por la improvisación y arbitrariedad en medio de la implementación. Dicha implementación continua en curso, por lo que el hecho está presente.

2. METROCALI S.A, LA NACION A TRAVES DE SU MINISTERIO DE TRANSPORTE Y EL MUNICIPIO De SANTIAGO DE CALI son administrativamente responsables por los perjuicios materiales y morales causados al señor EFRAIN MATTA ALVAREZ, por la operación administrativa que derivó en un contrato de VENTA DEL VEHÍCULO causado por la presión estatal de reducir la oferta, que tiene los mismos efectos perjudiciales de la chatarrización.

3. Metro Cali S.A. es una entidad descentralizada del orden municipal. Se encarga de gestionar el diseño, construcción y puesta en marcha del Sistema Integrado de Transporte Masivo (SITM), de pasajeros para Cali. La operación del sistema, mediante licitación pública, METROCALI S.A lo subcontrató con cuatro operadores: (GIT, Blanco y Negro Masivo, ETM y Unimetro S.A).

4. Desde el Plan Vial de Tránsito y Transporte de 1990, la ciudad de Cali ha estado concibiendo el desarrollo de un sistema de transporte urbano integral y sostenible. Los frutos de varios años de estudios de prefactibilidad y viabilidad 2 del, en ese entonces, propuesto sistema de tren liviano con plataformas urbanas complementarias (TL), acarrearón finalmente la aprobación de un esquema concreto del plan de transporte urbano de la ciudad, así como los términos de participación de la Nación en el proyecto a través del CONPES 2932 de junio de 1997, todo esto tras la aprobación de la Ley 336 del 20 de diciembre de 1996 mediante la cual se adoptó el Estatuto Nacional de Transporte, que buscaba definir y articular la reglamentación de todo el sector de transporte, y donde además se determinaba como prioritaria la utilización de medios de transporte masivo.

Sin embargo, tras la revisión de la capacidad fiscal de la ciudad y de los compromisos financieros que tenía que ajustar para cumplir con la instauración del sistema, se determinó la necesidad de considerar alternativas diferentes, donde sobresalía el sistema integral de transporte masivo (SITM) basado en el uso de buses articulados que transitan por carriles exclusivos. Con la asesoría de la Unión Temporal Schroders-Corfivalle, se realizó un estudio financiado por el DNP (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION) para determinar, comparativamente, cuál de los dos modelos de representaba mayores beneficios a la ciudad (entre el TL y SITM), considerando componentes técnicos, legales y financieros.

Este ejercicio finalmente dio lugar, en 2002, a la modificación del diseño del proyecto para implementar un sistema de buses de alta capacidad, inspirado en las experiencias de Bogotá, Curitiba y Porto Alegre en Brasil, para suplir las necesidades de transporte del municipio de Santiago de Cali. Ese diseño fue aprobado por el CONPES (Consejo Nacional de Política Económica y Social) 3166 de mayo de 2002, donde se presentaron las acciones para el desarrollo de un sistema de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros. Por su parte, el documento CONPES 3369 de 2005, revisó el estado de avance del proyecto, identificando problemas en su ejecución, y propuso una nueva estrategia de desarrollo del proyecto, ajustada a las nuevas condiciones del proyecto, y con presupuestos más precisos obtenidos de los estudios y diseños definitivos de los corredores.

Finalmente, el documento CONPES 3504 de diciembre de 2007, plantea unos nuevos alcances del proyecto proporcionales a la decisión local de suplantar la totalidad del transporte colectivo por transporte masivo, dando lugar al proyecto que se denominó SITM (SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO).

5. En la audiencia de adjudicación realizada el 16 de noviembre de 2006 se adjudicaron 4 grupos que operan el sistema (GIT, Blanco y Negro Masivo, ETM y Unimetro) Estos 4 concesionarios firmaron sendos contratos de operación con METROCALI S.A., en los cuales se comprometieron a la reducción del transporte público colectivo una vez contaran con la flota requerida de buses articulados para operar el sistema SITM, para evitar el paralelismo.

La viabilidad de los operadores depende de que el sistema tenga una demanda considerable, que permita un flujo de caja positivo en el balance entre usuarios y gastos de operación, por la cual METROCALI, presionó a sus operadores para hacer efectivas las resoluciones de cancelación y retiro de rutas, de manera que los vehículos de transporte público colectivo salieran de circulación.

6. Se originaron controversias entre los concesionarios de Metrocali y Metrocali S.A., porque los primeros no satisfacían los requerimientos de METROCALI en cuanto a utilidad, funcionamiento y cobertura.

7. Es claro para METROCALI y sus concesionarios que el SITM no alcanza a satisfacer las necesidades de los usuarios y para una gran mayoría es más útil el transporte público colectivo por mayor frecuencia, pago en efectivo y abordaje en cualquier punto de la ciudad.

8. Es evidente que para METROCALI y sus concesionarios el transporte público colectivo es una gran competencia, pues le resta usuarios al sistema SITM.

9 METROCALI Y SUS CONCESIONARIOS centraron su estrategia comercial en cancelar rutas del TPC, a pesar de que el SITM no alcanza a cubrir toda la demanda del transporte público del municipio de Cali.

10. METROCALI ejerció una fuerte presión a sus concesionarios para permitir la cancelación de rutas y el retiro de los vehículos que operan el transporte público colectivo.

11. A su vez, los concesionarios de METROCALI, por medio de presión, manifestaciones engañosas y evidente coersión(sic), lograron que aproximadamente 2400 propietarios de vehículos de transporte de pasajeros cedieran sus derechos por desintegración física del vehículo.

12. El programa de Sistemas Integrados de Transporte Masivo se enmarca dentro de la normatividad vigente en materia de transporte urbano y masivo y desarrolla los objetivos de la política nacional de transporte urbano establecida mediante documento CONPES 3260 de 2003 y modificada mediante documento CONPES 3368 de 2005. De acuerdo con la misma normatividad, los recursos que aporta la Nación están destinados al servicio de la deuda del proyecto en lo que respecta al desarrollo parcial o total de la infraestructura de soporte a la operación de transporte masivo.

13, Dentro del programa de concientización de METROCALI S.A., para que los propietarios de buses y busetas accedieran a chatarrizar, creo el fondo F.R.E.S.A (Fondo de Recuperación Empresarial, Social y Ambiental), como un mecanismo de mitigación social para que los propietarios que chatarrizaron sus vehículos (aproximadamente 1800) pudieran emprender proyectos productivos. En ese sentido se estableció que recibirían un salario mínimo por 30 meses, producto de porcentaje de los recursos de operación del MIO (3%).

Dicho fondo empezó a desembolsar a aproximadamente un 5% de los solicitantes los recursos del Fondo Fresa, porque aún no se han recolectado en su totalidad. El presidente de METROCALI, Luís Eduardo Barrera reconoció al periódico el país de Cali en la edición

del 21 de enero de 2011 "Actualmente un porcentaje de los recursos de operación del MÍO (3%) está destinado para este fondo, con lo cual hemos recolectado a la fecha \$2.500 millones. Sin embargo, necesitamos tener al menos \$9. 000 millones para poder pagarles a los 1.800 propietarios que han chatarrizado los buses de servicio público".

El funcionario agregó que el Fondo Fresa se creó como un mecanismo de mitigación social para que los propietarios que chatarrizaron sus vehículos puedan emprender proyectos productivos. En ese sentido se estableció que recibirán un salario mínimo por 30 meses en efecto, el decreto que lo convocó lo establece como un subsidio para mitigar el impacto social causado por la chatarrización de los vehículos.

De acuerdo a la anterior declaración podemos deducir lo siguiente:

A. Al crear el fondo FRESA como un medio de indemnización, que funciona incipientemente, METROCALI asume la responsabilidad de las consecuencias sufridas por los propietarios al chatarrizar sus vehículos.

B. El objetivo del fondo, como mecanismo de mitigación social, evidencia la certeza de METROCALI S.A., de que el proceso de chatarrización traerla consecuencias de tipo social.

C. Es claro el desequilibrio entre los perjuicios causados y los valores estipulados en dicho fondo. Un salario minio mensual legal vigente durante 30 meses no compensa en lo más mínimo las repercusiones de retirar de funcionamiento un vehículo de transporte público de pasajeros.

(...)

14. El derecho a la igualdad no se traduce en una igualdad mecánica y matemática sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto. Lo cual, implica que la aplicación efectiva de la igualdad en una determinada circunstancia no puede ignorar o desconocer las exigencias propias de la diversidad de condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los sujetos. Sin que ello sea en manera algún óbice para hacerlo objeto de tratamiento igualitario. La vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente dar un tratamiento diferente a sujetos colocados en unas mismas condiciones, cuando exista motivo razonable que lo justifique.

(...)

14. (sic) es manifiesta la responsabilidad de Metrocali, por los perjuicios causados a los transportadores de servicio público colectivo por los contratos de cesión de derechos realizados con sus concesionarios y es evidente el nexo causal entre este y la nación a través de su ministerio de transporte y el municipio de Santiago de Cali.

La operación administrativa de METROCALI, consistente en la puesta en marcha del Sistema Integrado de Transporte Masivo (SITM), de pasajeros para Cali, a través de los cuatro operadores (GIT, Blanco y Negro Masivo, ETM y Unimetro S.A) sin hacer reserva dentro de los costos operacionales las consecuencias de cancelar rutas del transporte público colectivo y su consecuente eliminación de los vehículos, lo convierte en responsable del costo social que implica la chatarrización de los vehículos.

La misma creación del fondo FRESA, es una tacita aceptación de esta responsabilidad, pero desconociendo los costos reales que significan tal aceptación. El hecho de que la operación la haya realizado a través de la firma UN/METRO y demás concesionarios, no lo exime de responsabilidad, es la típica de responsabilidad extracontractual, derivada de la actividad de la Administración, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 90 de la Constitución política...

(...)

17. El 15 de agosto de 2007 la secretaría de tránsito de Cali, emitió la resolución no 456 en la cual modifica la capacidad transportadora de las empresas de transporte público

colectivo para dar paso al sistema masivo, con la consecuente cancelación, reestructuración y desvío de rutas, volviendo el funcionamiento de /os pequeños transportadores cada vez más difícil.

18. *La operación administrativa del estado. Consistente en la implementación del sistema integrado de transporte masivo "MIO", a través de la firma METROCALI S.A., quien a su vez contrato con varios concesionarios su operación, causo daños y perjuicios a la demandante, pues chatarrizó su vehículo producto de la presión, privando definitivamente de la libertad de explotación económica lícita de la industria y el comercio de la prestación del servicio público esencial de transporte público de pasajeros...*

2. CONTESTACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.

2.1. NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE. (folios 58 a 69).

La entidad demandada se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar que, conforme a sus facultades constitucionales y legales, no es la entidad encargada de diseñar la política del sector transporte en el municipio de Cali, ni mucho menos aprueba planes que tengan que ver con cancelación de rutas y/o chatarrización de vehículos.

De conformidad con lo anterior, propuso como excepciones las de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de la obligación”* e *“inexistencia de responsabilidad”*.

2.2. METROCALI S.A. (folios 97 a 111).

Por intermedio de apoderado judicial la parte demandada sostiene que el presunto daño que supuestamente padeció el actor por la implementación del sistema integrado de transporte, no reviste las condiciones de singularidad y desproporcionalidad que evidencien un rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, por cuan el permiso de operación es temporal y no genera derechos adquiridos.

2.3. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI. (folios 122 - 136).

La entidad demandada se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar que no existe nexo causal entre los daños denunciados como antijurídicos y la actuación de la entidad, puesto que no hay prueba suficiente que permita establecer con claridad el monto astronómico de perjuicios que se solicitan en la demanda.

De conformidad con lo anterior, propuso como excepciones las que denominó:

“Ausencia de estimación razonada de la cuantía”, “Improcedencia de la acción”, “Caducidad de la acción”, “Inexistencia del daño antijurídico especial indemnizable”, “Carencia de derecho a ser indemnizado el demandante por la implementación del SITM”, “Inexistencia del monopolio”, “Carencia de imputación” y la “Innominada”.

3. TRÁMITE PROCESAL.

3.1. Mediante auto interlocutorio No. 030 del 30 de enero de 2015 (folios 24 - 25) se admitió la demanda en contra del Municipio de Santiago de Cali y otros.

3.2. Por auto No. 542 del 14 de octubre de 2016 se procedió a convocar audiencia inicial (folio 144) la cual se celebró el 04 de abril de 2017 tal como se acredita en el acta No. 026 (folios 156 - 158), en la cual se recaudaron la totalidad de las pruebas y se concedió a las partes el término legal para que presentaran sus alegatos de conclusión.

3.3. Tal como se acredita en la constancia secretarial visible a folio 161, el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI y METROCALI S.A. presentaron sus alegatos de conclusión mientras que la parte actora guardó silencio y el Ministerio Público no emitió concepto.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. PARTE DEMANDADA – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI. (folio 159).

La entidad demandada reiteró los argumentos expuestos al momento de presentar la contestación de la demanda.

4.2. PARTE DEMANDADA – METROCALI S.A. (folio. 160).

Solicito que a falta de prueba que permita al tribunal establecer algún juicio de imputación a las entidades demandadas, es imposible acceder a las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para proferir el presente fallo de conformidad con lo establecido en el art. 125 de la ley 1437 de 2011, en concordancia con lo establecido en el art. 152-6 ibídem.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico que debe resolverse dentro del presente asunto se contrae a determinar si le asiste responsabilidad al municipio de Santiago de Cali por los presuntos perjuicios ocasionados al demandante como consecuencia de la entrada en funcionamiento del Sistema Integrado de Transporte Masivo que ocasionó la cancelación de las tarjetas de operación de las empresas transportadoras y la privación del ejercicio de la actividad que desarrollaba.

3. TESIS DE LA SALA.

Se negarán las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que no se demuestran los elementos de responsabilidad estatal, en el caso *sub-examine* el daño antijurídico, personal y concreto sobre un derecho subjetivo en titularidad del extremo activo de la litis.

4. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Frente a la cláusula de responsabilidad estatal contenida en el artículo 90 Constitucional, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo¹ ha señalado:

“De acuerdo con lo establecido por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Del mencionado precepto constitucional la jurisprudencia de esta Sala ha concluido, en cuanto tiene que ver con los elementos cuya acreditación resulta necesaria en el proceso para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en un título jurídico subjetivo u objetivo de imputación, que deben concurrir en el plenario los elementos demostrativos de la existencia de: (i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado o determinable, que se inflige a uno o a varios individuos; (ii) que resulte jurídicamente imputable a una autoridad pública, y (iii) cuando hubiere lugar a ella, una relación o nexo de

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera - Subsección “A”. Radicación: 47001-23-31-000-2006-00937-01(43916). Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, 5 de julio de 2018.

causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción o la omisión atribuible a la entidad accionada”.
(*Negrillas y subrayado de la Sala*).

Siguiendo con la explicación sobre los **elementos constitutivos de la responsabilidad** del Estado, el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo² afirmó:

“En relación con la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su “constitucionalización” al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés. De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de **falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro**. En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración. **El daño** consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y **la antijuridicidad** en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.”. **La imputación** no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada”. (*Negrillas y subrayado fuera del texto original*).

En lo que respecta **al daño**, la misma Corporación en otro pronunciamiento sostuvo³:

“Por **daño** ha de entenderse la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Daño que **deberá ser personal, cierto y directo**, tal y como lo explica Mazeaud:

“Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser

² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera – Subsección “C”. Radicación: 73001-23-31-000-2008-00726-01 (42721). Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, cinco (05) de julio de dos mil dieciocho (2018).

³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera – Subsección “C”. Radicación: 73001-23-31-000-2005-03265-01 (42922). Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, cinco (05) de julio de dos mil dieciocho (2018).

personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido» [...]»⁴.

Así, los elementos constitutivos del daño son: (1) **la certeza del daño**; (2) **el carácter personal**, y (3) **directo**. **El carácter cierto**, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual⁵. Al efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto⁶, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio:

“[...] tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia⁸”.

De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio.

Adicionalmente, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser antijurídico. Se considera como tal, la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial (bienes e intereses), que no es soportable por quien lo padece.

Así pues, **daño antijurídico** es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo”. (Negrillas y subrayado propios de la Sala de Decisión).

Sobre los títulos de imputación de responsabilidad endilgables a la administración, indicó⁹:

“Siguiendo el precedente de unificación sentado en la materia, según el cual se deja en libertad al juez contencioso administrativo de configurar libremente la imputación de responsabilidad, y de acuerdo con algunas consideraciones de la doctrina nacional, podemos decir que, frente a los títulos jurídicos de imputación que estructuran la responsabilidad del Estado por daños producidos por actos violentos de terceros: (1) si la acción u omisión del Estado que produce el daño es ilegítima e imputable a este, el fundamento de la responsabilidad lo constituye la falla del servicio; (2) si la actividad del Estado es, en cambio, legítima y, además, riesgosa,

⁴ MAZEAUD. Lecciones de derecho civil. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510.

⁵ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”., ob., cit., p.507.

⁶ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

⁷ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

⁸ Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección “B”. Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO. Radicación: 05001-23-31-000-1998-03751-01(26161).

y el daño es producto de la concreción del peligro que ella conscientemente crea para el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales asignados, el fundamento será el título de **riesgo excepcional** con algunas evoluciones; y (3) si la acción del Estado es legítima y no es riesgosa y se ha desarrollado en cumplimiento de un encargo o mandato legal y en beneficio del interés general, pero con ella se ha producido un perjuicio concreto, grave y especial a un particular o a un grupo de particulares, imputable al Estado, el fundamento será el título de **daño especial**". (Negrillas y subrayado de la Sala).

Reiteración del anterior pronunciamiento, fue el acogido en sentencia de fecha 05 de octubre de 2015¹⁰, que a la letra señala:

*“Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de **falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro**. En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico) (...) El daño comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos (...) En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: **falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional**) (...) [L]a atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la **falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos**, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el **daño especial**, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el **riesgo excepcional** (...) [L]a jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación (...) [R]esulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado (...) [L]a tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).*

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección “C”. Radicación: 25000-23-26-000-2004-01485-01(34789). Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA (E).

5. CASO CONCRETO.

En el caso sometido a consideración, se pretende que se declare la responsabilidad patrimonial del municipio de Santiago de Cali, Metrocali S.A. y al Ministerio de Transporte por causarle un daño antijurídico a los demandantes, *“por los daños económicos causados en su legítimo derecho, falla en el servicio que condujo a la privación definitiva de la libertad de la explotación económica lícita de la industria y el comercio de la prestación del servicio público colectivo urbano de pasajeros de la ciudad de Santiago de Cali ...”*¹¹.

Entonces, aunque la parte actora asegura que la operación administrativa consistió en la implementación del Sistema Integrado de Transporte Masivo MIO, acto seguido alega que el daño se concretó como consecuencia de la interrupción en su actividad económica de transporte público de pasajeros, pues ello fue lo que les impidió continuar obteniendo la ganancia derivada de la explotación económica de su vehículo, a través de la prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros en Santiago de Cali.

El daño.

En vista de lo anterior, para resolver el problema jurídico planteado, se debe hacer la siguiente precisión en cuanto al primer elemento de la responsabilidad extracontractual a estudiar¹², el daño, el cual debe entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que tiene como característica el ser antijurídico. En este sentido, el daño sólo adquirirá esta característica y tornarse indemnizable, cumpliendo una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo, tal y como lo explica Mazeaud:

*“Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido...”*¹³.

¹¹ Folio 16 del cuaderno 1.

¹² Juan Carlos Henao -EL DAÑO- Pág. 36 - 37 *“El daño es entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de ésta es lógica y simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería sino que iría a enriquecerla sin justa causa”*

¹³ MAZEAUD. Lecciones de derecho civil. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510.

Es decir, la certeza del daño; el carácter personal, y el ser directo. El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual¹⁴. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto¹⁵⁻¹⁶, esto es, un daño específico y cierto que pueda sufrir una persona en su patrimonio:

“... tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia¹⁷”.

La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización¹⁸. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual¹⁹.

Del daño antijurídico.

El daño antijurídico se considera como la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de **un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural**), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial (**bienes e intereses**), **que no es soportable** por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.

¹⁴ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”, ob., cit., p.507.

¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

¹⁶ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

¹⁷ Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

¹⁸ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”, ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado “lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta”.

¹⁹ HENAO, Juan Carlos, El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.

En Sentencia del veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017)²⁰. C.P JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, el Consejo de Estado profundizó sobre el daño antijurídico de la siguiente forma:

“...El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual²¹ y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”²²; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”²³; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”²⁴, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos²⁵; y, iii) porque no encuentra

²⁰ radicación 25000-23-26-000-2005-02096-01(41359), actor: zoe del socorro veloza monteiro y otros vs. nación-fiscalía general de la nación.

²¹ PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en Anuario de Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, No.4, 2000, p.185. “[...] el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”.

²² LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

²³ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

²⁴ PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186. “[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”.

²⁵ MILL, John Stuart, Sobre la libertad, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153. “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar

sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general²⁶, o de la cooperación social²⁷.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”²⁸. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”²⁹.

los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”.

²⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

²⁷ RAWLS, John, Liberalismo político, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279. Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.168. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sic)”.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual, ob., cit., p.297. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”³⁰.

Se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamada a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva, y no sujeta o anclada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera, aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o interés jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece³¹.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”³². Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable³³, anormal³⁴ y que se trate de una situación jurídicamente protegida³⁵...”.

Definido entonces la diferencia entre el daño y el daño antijurídico, la Sala de Decisión negará las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta lo siguiente:

absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DíEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

³¹ HENAO, Juan Carlos, “De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés”, en VVAA, Daño ambiental, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203. “[...] el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo [...] Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta “el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave” [...] La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiese reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido [...] La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirlo de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial”.

³² Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550. Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”.

³³ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

³⁴ Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166. “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.

³⁵ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 150, numeral 23 y 365 de la Constitución Política, es función del Congreso de la República regular mediante Ley el régimen jurídico de la prestación de los servicios públicos.

En ejercicio de estas competencias, el Congreso expidió las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, que establecen el régimen jurídico del servicio público de transporte.

El numeral 2° del artículo 3° de la Ley 105 de 1993 dispone el carácter de público y bajo la regulación del Estado el servicio público de transporte. Al respecto se estableció:

“2. DEL CARÁCTER DE SERVICIO PÚBLICO DEL TRANSPORTE:

*La operación del transporte público en Colombia **es un servicio público bajo la regulación del Estado**, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad.*

Excepcionalmente la Nación, las Entidades Territoriales, los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de cualquier orden, podrán prestar el servicio público de transporte, cuando este no sea prestado por los particulares, o se presenten prácticas monopolísticas u oligopolísticas que afecten los intereses de los usuarios. En todo caso el servicio prestado por las entidades públicas estará sometido a las mismas condiciones y regulaciones de los particulares.

Existirá un servicio básico de Transporte accesible a todos los usuarios. Se permitirán de acuerdo con la regulación o normatividad el transporte de lujo, turísticos y especiales, que no compitan deslealmente con el sistema básico”.

Por su parte, el numeral 7 ibidem dispone que la prestación del servicio público de transporte estará sometida al otorgamiento de permisos o contratos de concesión a operadores por parte del Ministerio de Transporte:

“7. DE LOS PERMISOS O CONTRATOS DE CONCESIÓN:

Sin perjuicio de lo previsto en tratados, acuerdos o convenios de carácter internacional, la prestación del servicio de transporte público estará sujeta a la expedición de un permiso o contrato de concesión u operación por parte de la autoridad competente.

***Quien cumpla con las exigencias que al respecto se establezcan**, tendrá derecho a ese permiso o contrato de concesión u operación. Quedan incluidos dentro de este literal los servicios de transportes especiales”.*

De igual forma, el artículo 5° de la misma norma establece que “*El otorgamiento de permisos o contratos de concesión a operadores de transporte público a*

particulares no genera derechos especiales, diferentes a los estipulados en dichos contratos o permisos”.

Nótese que la naturaleza jurídica de los permisos o contratos de concesión está enmarcada dentro de la revocabilidad de dichos actos, por cuanto, la actividad llevada a cabo por el particular involucra intereses que superan a los suyos y comprometen derechos de la colectividad en los que media un interés público, razón por la cual es deber de la Administración no solo velar por su cumplimiento eficiente, so pena de revocar el permiso de operación, sino también reacondicionarlo o adecuarlo, en forma razonada y justa, a las circunstancias sobrevinientes a su expedición, y que hubieran sido determinantes para concederlo de haber existido en su oportunidad, dado que se trata de una actividad en la que resulta comprometido el interés general, el derecho otorgado es precario y temporal y, por tanto, puede resultar afectado en cuanto a su ejecución, o bien por determinaciones de la Administración dirigidas a la optimización del servicio, o bien por normas posteriores de carácter legal o reglamentario, también dictadas por motivos de utilidad pública o de interés general.

En este sentido el artículo 18 de la Ley 336 de 1996, establece:

“El permiso para la prestación del servicio público de transporte es revocable e intransferible, y obliga a su beneficiario a cumplir lo autorizado bajo las condiciones en él establecidas” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Sobre este tema la Sección Primera del Consejo de Estado ha señalado que la administración tiene la facultad para revocar permisos o autorizaciones, en materia de transporte, por tratarse de derechos temporales y precarios, bien sea porque se haya producido un cambio de las condiciones que dieron lugar a su expedición, para optimizar la prestación del servicio o porque el ordenamiento jurídico así lo prevea. Por ejemplo, en sentencia del 2 de abril de 2009³⁶, se dijo al respecto:

“[...] De conformidad con lo dispuesto en los artículos 150, numeral 23 y 365 de la Constitución Política, es función del Congreso de la República regular mediante Ley el régimen jurídico de la prestación de los servicios públicos.

(...)

³⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, número de radicado: 11001-03-24-000-2003-00132-01. Magistrado Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno.

El transporte es un servicio público que está bajo la regulación del Estado, quien ejerce el control y la vigilancia necesaria para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad. Es deber del Estado evitar que se presenten prácticas monopolísticas u oligopolísticas que afecten los intereses de los usuarios.

El numeral 7 del artículo 3° de la ley 105 de 1993 dispone que la prestación del servicio público de transporte estará sometida al otorgamiento de permisos o contratos de concesión a operadores por parte del Ministerio de Transporte.

[...]

La naturaleza jurídica de los permisos o contratos de concesión está enmarcada dentro de la revocabilidad de dichos actos, por cuanto, está de por medio la prestación del servicio público de transporte.

En consecuencia, cuando la actividad llevada a cabo por el particular involucra intereses que superan a los suyos y comprometen derechos de la colectividad en los que media un interés público, es deber de la Administración no solo velar por su cumplimiento eficiente, so pena de revocar el permiso de operación, sino también reacondicionarlo o adecuarlo, en forma razonada y justa, a las circunstancias sobrevinientes a su expedición, y que hubieran sido determinantes para concederlo de haber existido en su oportunidad.

Con esto no se pretende desconocer el derecho que la Administración otorga al particular para operar un servicio público. Sin embargo, como ha quedado explicado, dado que se trata de una actividad en la que resulta comprometido el interés general, el derecho otorgado es precario y temporal y, por tanto, puede resultar afectado en cuanto a su ejecución, o bien por determinaciones de la Administración dirigidas a la optimización del servicio, o bien por normas posteriores de carácter legal o reglamentario, también dictadas por motivos de utilidad pública o de interés general.

(...)

En conclusión, el permiso para prestar el servicio público de transporte es, en esencia, revocable, lo que permite inferir que no genera derechos adquiridos, por lo que desde esta misma perspectiva tampoco los generarían las autorizaciones otorgadas en virtud de los convenios. [...]”. (Subrayado fuera de texto).

Así mismo, la misma Sección primera, en sentencia de 29 de julio de 2010³⁷ señaló que, por tratarse de derechos temporales o precarios que no generan derechos adquiridos, resulta posible que se puedan revocar sin el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho. El citado fallo dijo puntualmente:

*“(...) Como se advierte con la lectura de los apartes resaltados de la sentencia transcrita [la C- 043 de 1998], la Corte Constitucional reconoce que de las autorizaciones o permisos proferidos por las autoridades competentes para que las empresas de transporte presten el servicio en determinadas rutas y horarios **surgen derechos, necesarios para la ejecución de dichas autorizaciones o permisos.** Esos derechos que el actor invoca y califica como derechos administrativos están reconocidos por el artículo 11 del Decreto No. 1558 de 4 de agosto de 1998 del*

³⁷ Sección Primera del Consejo de Estado, número de radicado: 5000-23-24-000-2001-90499-01, actora: Cooperativa de Conductores y Transportadores de la Empresa Vecinal de Suba Ltda.

Gobierno Nacional que reglamenta el servicio público de transporte terrestre colectivo distrital de pasajeros.

*No obstante, señala la Corte que esos derechos, contrario a lo afirmado por el actor, **son precarios y temporales y por ello la administración puede revocar, modificar o complementar los permisos en que se fundan, cuando cambian las condiciones que dieron lugar a su expedición**, para optimizar el servicio o para dar cumplimiento a normas posteriores de carácter legal o reglamentarias dictadas en vista del interés general.*

*La revocatoria total o parcial de tales autorizaciones **no está, en tales casos, sujetas al consentimiento expreso y escrito del titular**, como si se tratara de los derechos plenos derivados de otro tipo de actos administrativos” (Destacado es original de la sentencia)*

*Por todo lo expuesto y siguiendo la jurisprudencia antes transcritas “(...) las autorizaciones administrativas **no constituyen derechos adquiridos** para sus beneficiarios. Este tipo de autorizaciones, como lo han puesto de presente García de Enterría y Fernández, “...responden, en efecto, con carácter general al esquema de los actos condición (concepto que perfiló León DUGUIT); son, pues, títulos jurídicos que colocan al administrado en una situación impersonal y objetiva, definida abstractamente por las normas en cada caso aplicables y libremente modificables por ellas, una situación, en fin, legal y reglamentaria, cuyo contenido, en su doble vertiente, positiva y negativa (derechos y obligaciones), hay que referir en cada momento a la normativa en vigor”³⁸.*

En efecto, las licencias, autorizaciones o permisos son derechos temporales de operación que nacen subordinados al cumplimiento de deberes que trascienden el interés individual de su titular, sobre todo en tratándose del ámbito del servicio de transporte, puesto que de cualquier forma se encuentran subordinados al interés público. En sentencia del 14 de mayo de 2015³⁹, la Sección Primera del Consejo de Estado se refirió al tema de manera puntual:

*“Con base en lo expuesto, tampoco puede considerarse que el otorgamiento de licencias de funcionamiento para operar el servicio público de transporte genere **derechos adquiridos a favor de los operadores de dicho servicio**, entendiendo como tales -lo ha dicho la Corte- aquellos que “**se entienden incorporados válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona**”⁴⁰. Se trata simplemente de **derechos temporales de operación**, sujetos a las nuevas condiciones y modificaciones que se deriven de la regulación legal y reglamentaria, que buscan, en todo caso, coordinarlos con los derechos e intereses de la comunidad; ello, como ya se ha explicado, encuentra respaldo constitucional en los principios fundantes y fines esenciales del Estado, como lo son la prevalencia del interés general y el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de la población (arts. 1°, 2° y 366 C.P.).”*

Siendo ello así, mal puede hablarse de la vulneración de derechos adquiridos en relación con los permisos de operación para prestar el servicio público de

³⁸ Sentencia C- 1078 de 2002, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

³⁹ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 14 de mayo de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2008-00044-00. M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

⁴⁰ Sentencia C-147/97 (M.P., doctor Antonio Barrera Carbonell).

transporte, pues, como ya quedó dicho, la titularidad que se ostenta respecto de tales permisos no tiene la connotación de un derecho adquirido en cuanto que no entra a ser parte del patrimonio del individuo y siempre se encuentra limitado por su temporalidad y el interés público al que se somete tanto al momento en que le es otorgado como en todo el ejercicio de la actividad autorizada.

Dicho de otro modo, la prestación del servicio público de transporte no comprende la esfera personal o se encuentra exclusivamente en titularidad de los particulares que realizan tal actividad, y el lucro por esta actividad o servicio no es un bien o derecho de que dispongan para su uso y goce en contraposición o en detrimento al interés general que prevalece sobre el interés particular.

Lo anterior tiene incidencia en la presunta concreción del daño alegado, el cual se reitera, deviene a criterio de la parte demandante, de la privación de la explotación económica de su vehículo a través de la prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros en Santiago de Cali, situación que pese a estar ligada a la actuación administrativa del ente municipal, la parte actora no cuestiona la legalidad de estas decisiones, además que considera se encuentra demostrado un daño especial por estas decisiones de la administración municipal.

Sin embargo, como se explicó en líneas anteriores, el hecho de contar con un permiso para operar el servicio público de transporte no genera derechos adquiridos a favor de los operadores de dicho servicio, pues las características de tales disposiciones son su precariedad y temporalidad, toda vez que cuando hablamos de un servicio público, este se encuentra supeditado al interés general.

Así las cosas, no evidencia esta Sala una ruptura en el equilibrio de las cargas públicas, pues, terminar con el permiso de operación sobre un servicio público como en el caso concreto no genera un perjuicio concreto, grave y especial a un grupo de particulares, en este caso el demandante, por cuanto estos derechos temporales de operación no incorporan “*per se*” derechos adicionales que incidan o hagan parte al patrimonio del particular como lo es la explotación económica por el servicio que está en cabeza del estado, y por disposición de la administración pública prestaba el demandante de manera particular por intermedio de una empresa privada.

En otras palabras, la parte actora de conformidad con lo señalado por el artículo 167 del C.G.P., debía demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue, y toda vez que la parte actora no acreditó **el daño antijurídico**, no queda otra opción a esta Sala de decisión de negar las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 del CPACA señala:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

El artículo 365 del C.G.P., versa:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

*2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.
(...)*

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. (...).” (Subrayado de la Sala).

Sobre los criterios para la imposición de condena en costas, el Consejo de Estado⁴¹ indicó:

*“Al respecto, debe mencionarse que el **artículo 188 del CPACA** determina que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el juez tiene la obligación de pronunciarse en la sentencia sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público. Asimismo, que la liquidación y ejecución se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365⁴².*

⁴¹ Sección Segunda – Subsección “A”. Radicación: 11001-03-15-000-2018-01606-00(AC). Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018)

⁴² “[...] Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

En esos términos, para la Subsección es claro que el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-, criterio que implica que en toda sentencia se decidirá sobre costas, con independencia de las causas de la decisión desfavorable.

*Asimismo, el calificativo de “**valorativo**” se debe a que en el expediente al juez le corresponde revisar si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes. (...). (Negrillas y subrayado de la Sala)*

La nueva línea jurisprudencial del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa puesta en consideración, estableció un criterio “objetivo valorativo” para la imposición de condena en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, cuya tasación y liquidación debe realizarse con base en criterios objetivos y verificables. No obstante, no la parte demandada no demostró o acreditó la ocurrencia de gastos en esta instancia y en tal sentido esta Sala de Decisión se abstendrá de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: INFORMAR a las partes que el canal oficial para recibir memoriales y escritos será la **VENTANILLA VIRTUAL** de SAMAI, como se explica en el capítulo de publicidad de esta providencia

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada esta providencia, archívese el presente expediente. **CÚMPLASE.**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha (Acta Virtual)

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.” [...]

Los Magistrados,

Firmado electrónicamente.
ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA

Firmado electrónicamente.
EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS

Firmado electrónicamente.
OMAR EDGAR BORJA SOTO

DFGG