

533



OTROSI No. 1 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No.4 CELEBRADO ENTRE METRO CALI S.A Y UNIMETRO S.A



Entre los suscritos a saber: por una parte **LUIS EDUARDO BARRERA VERGARA**, mayor de edad, vecino de Santiago de Cali, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 13.510.472 expedida en Bucaramanga (S), actuando en nombre y representación legal de **METRO CALI S.A.**, con NIT 805.013.171-8, sociedad por acciones constituida entre entidades públicas del orden municipal bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos, autorizada mediante Acuerdo No. 16 del 27 de noviembre de 1998 del Concejo Municipal de Cali, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, constituida mediante Escritura Pública No. 580 del 25 de febrero de 1999, registrada en la Cámara de Comercio de Cali, en su condición de **PRESIDENTE**, según consta en Decreto de Nombramiento No. 411.20.001 de 5 de enero de 2009 y Acta de Posesión No. 0760 de 7 de enero de 2009 y conforme a las facultades estatutarias establecidas en la Escritura Pública No. 0580 de Febrero 25 de 1.999, corrida en la Notaria 9ª del Circulo de Cali, quien en adelante y para todos los efectos legales del presente documento se denominará **METRO CALI S.A.-EL CONCEDENTE** y por la otra, UNION METROPOLITANA DE TRANSPORTADORES S.A. **UNIMETRO S.A** con N.I.T No. 805.025.780-5; quien en el presente acuerdo actúa a través de su representante legal **SEBASTIAN NIETO SALAZAR**, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.014.383 expedida en Pereira, a quien en adelante se hará referencia para todos los efectos legales como el **CONCESIONARIO**, suscriben el presente Otrosí No. 1 previa las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Que mediante Resolución No. 415 de 16 de Noviembre de 2006, Metro Cali S.A. adjudicó el Contrato de Concesión No. 4 a Unimetro S.A., en atención a la propuesta.
2. Que el servicio de transporte, es un servicio público de carácter esencial, y por lo tanto, debe prevalecer el interés general sobre el particular, especialmente en lo que tiene que ver con la garantía de la prestación del servicio y la protección de los usuarios.
3. Que la finalidad perseguida con la contratación realizada por Metro Cali S.A. con el concesionario Unimetro S.A., es la prestación del servicio de transporte masivo de pasajeros en la ciudad de Cali, es decir, el cumplimiento de los fines estatales y asegurar la continua y eficiente prestación del servicio público de transporte en la ciudad
4. Que Unimetro S.A. ha incumplido de manera sistemática las obligaciones del contrato de concesión, afectando gravemente la prestación del servicio público de transporte masivo, pudiendo llegar a que el mismo se paralice como consecuencia que el Concesionario no cuenta con los recursos económicos suficientes que permitan garantizar la adecuada operación de su flota.
5. Que mediante oficio UG-426-11 radicado el 11 de julio de 2011; Unimetro S.A. solicitó a Metro Cali S.A. autorización para la emisión de acciones en un porcentaje igual al cincuenta y uno por ciento (51%)del capital social para ser adquiridas por parte de SI 03 S.A. autorización que fue negada por Metro Cali S.A. debido a que con dicha operación se disminuiría la participación en el capital social de los pequeños propietarios transportadores acreditados por Unimetro S.A., lo cual está proscrita según la cláusula 8. 3 del contrato del concesión.



OTROSI No. 1 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No.4 CELEBRADO ENTRE METRO CALI S.A Y UNIMETRO S.A



- 6. Que los accionistas de Unimetro S.A., incluidos los acreditados como pequeños propietarios transportadores, mediante decisión tomada en la Asamblea General de Accionistas llevada a cabo el 16 de julio de 2011 , según consta en el acta No. 24 protocolizada mediante la escritura pública No. 1.940 de 11 de agosto de 2011 de la Notaría 2ª del Círculo de Cali, voluntariamente decidieron aumentar el capital suscrito de la sociedad, renunciar al derecho de preferencia, y por ende, no suscribir acciones y diluir su participación en el capital social de Unimetro S.A. lo anterior para permitir la vinculación como accionista de SI 03 S.A.
- 7. Que mediante oficio UG-620-11 de fecha 12 de septiembre de 2011 ampliamente sustentado, el representante legal de UNIMETRO S.A nuevamente presenta ante Metro Cali S.A. solicitud de "autorización para realizar la capitalización instruida por la asamblea de Unimetro S.A., de forma que SI 03 S.A. o quien este determine adquiera acciones de Unimetro S.A. hasta contar con el 51% del capital social, en caso contrario, Unimetro S.A. solicitó la modificación el contrato de concesión, específicamente las cláusulas 8.3.1 y 122.5, en el sentido de reducir el número de años en que se debe mantener la participación en el capital social de los pequeños propietarios transportadores acreditados por Unimetro S.A. en la licitación, y la fecha en que se empieza a contar tales años.
- 8. Que mediante comunicación UG-666-11 de 28 septiembre de 2011, Unimetro da alcance a su comunicado anterior UG-620-11, solicita la modificación del contrato de concesión en el sentido que *"se dejen establecidos eventos en los cuales se pueda llevar a cabo una capitalización, y que si no todos los socios lo puedan o deseen capitalizar, aquellos socios o terceros que deseen capitalizar la empresa lo puedan hacer, para ello sería necesario modificar los límites porcentuales o numéricos que establecen los contratos en las cláusulas que regulan tal situación"*.
- 9. Que el pliego de condiciones de la Licitación Pública MC-DT-001 de 2006, numeral 4.1.2, Acreditación de la Aptitud Legal, subnumeral 4.1.2.1.3, acerca de las sociedades de objeto único, establece que tratándose de sociedades de capital, debían incluir en sus estatutos la siguiente previsión:

"La responsabilidad de los accionistas de la presente sociedad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993 o en la ley que la reemplace o sustituya, para los consorcios. En consecuencia, los accionistas constituyentes, o aquellos que los sustituyan en todo o en parte mediante la cesión o transferencia de sus acciones, responderán solidariamente por todas y cada una de las obligaciones y sanciones derivadas de la propuesta y del contrato, de manera que las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los accionistas que la conforman."

"La cesión o transferencia de acciones a cualquier título, aún cuando se trate de transacciones que se rijan por el derecho de preferencia, se subordinará en todos los casos a la autorización previa y escrita que imparta Metro Cali S.A. la que se encontrará sometida al cumplimiento de los requisitos y procedimientos previstos para tal efecto en el correspondiente Contrato de Concesión."

535



OTROSI No. 1 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No.4 CELEBRADO ENTRE METRO CALI S.A Y UNIMETRO S.A



10. Que el Contrato de Concesión, cláusula 8 obligaciones del Concesionario respecto a la participación de los pequeños propietarios transportadores señala lo siguiente:

8.3.1 No disminuir, desde la Adjudicación del Contrato de Concesión hasta los primeros ocho (8) años de la concesión contados a partir de la fecha de iniciación de la etapa de operación regular, el número y la participación de los pequeños propietarios transportadores que hagan parte de la estructura societaria del CONCESIONARIO al momento de la adjudicación.

8.3.2 No disminuir la participación de los pequeños propietarios transportadores tal como fue acreditada en la presentación de su propuesta en la Licitación No. MC-DT-001 de 2006, aún en el evento de aumentos de capital.

8.3.3 Remitir anualmente a Metro Cali S.A. desde la adjudicación y hasta los primeros ocho (8) años de la etapa de operación regular, una certificación suscrita por el representante legal y por el revisor fiscal, en la cual conste la composición de la estructura societaria del CONCESIONARIO. Cada una de las personas jurídicas compuestas por propietarios transportadores, que conforman o hacen parte del CONCESIONARIO, deberán anualmente remitir certificación suscrita por el Representante Legal y Revisor Fiscal en la cual conste su composición societaria. La sociedad fiduciaria vocera del patrimonio autónomo constituido por propietarios transportadores, que conforman o hacen parte del CONCESIONARIO, deberá anualmente remitir certificación suscrita por el Representante Legal de la sociedad fiduciaria en la cual conste la participación de cada uno de los propietarios transportadores, en el patrimonio autónomo"

11. Que el Contrato de Concesión, cláusula 122 alusiva a la terminación anticipada del contrato de concesión por causa o incumplimiento imputable al Concesionario, numerales 122. 4 y 122. 5 dispone:

"Metro Cali S.A. podrá terminar unilateralmente el presente Contrato de Concesión, adicionalmente a las contempladas en la ley, por las siguientes causas:

122.4 Cuando tratándose de una persona jurídica, sus accionistas o socios enajenen, transfieran, graven o en **alguna forma generen un cambio en la propiedad de la sociedad en más del diez por ciento (10%) de las acciones en circulación** o de las cuotas sociales, sin autorización previa, expresa y escrita de Metro Cali S.A.

122.5 Cuando se genere un cambio en la propiedad del capital de la sociedad correspondiente a los pequeños propietarios transportadores desde la adjudicación del Contrato de Concesión y hasta la terminación del octavo (8º) año de vigencia de la Etapa de Operación Regular, o cuando sus accionistas o socios enajenen, transfieran, graven o en alguna forma generen un cambio en la propiedad de la sociedad en más del diez por ciento (10%) de las acciones en circulación o de las cuotas sociales, sin autorización previa,



OTROSI No. 1 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No.4 CELEBRADO ENTRE METRO CALI S.A Y UNIMETRO S.A

536
MIO

expresa y escrita de Metro Cali S.A., quien, a su libre criterio lo negará en el caso en que considere que con la fusión, escisión o transacción se desmejore, las condiciones de participación de los pequeños propietarios dentro de la estructura accionaria del CONCESIONARIO".

- 123 Que la Superintendencia de Sociedades mediante concepto No. 220-074333 del 28 de Diciembre de 2005, referente a la libre negociabilidad de acciones señaló:

Consecuente con lo anterior es claro que aún cuando el Código referido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada permite acordar libremente aquellas cláusulas que sean convenientes a los intereses de los contratantes, tal libertad está limitada en el caso de las sociedades comerciales, a los convenios que sean compatibles con la índole de cada tipo societario (ordinal 14, artículo 110 íbidem), LO CUAL EN EL CASO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS IMPLICA QUE CUALQUIER CLÁUSULA TENDIENTE A MODIFICAR O FIJAR LIMITACIONES QUE DESNATURALICEN LA LIBRE NEGOCIABILIDAD O HAGAN NUGATORIO EL MENCIONADO DERECHO PREFERENCIAL, NO PRODUCE EFECTO ALGUNO, AL TENOR DEL ARTÍCULO 897 DEL CÓDIGO CITADO.

12. Que la Superintendencia de Sociedades, ha sido reiterativa de su posición, como se puede apreciar en lo argumentado de manera similar en el concepto No. 2005-01-134558 y el oficio 220-059299 del 17 de diciembre de 2007 según los cuales, la libre negociabilidad de las acciones no puede verse afectada por situaciones diferentes al derecho de preferencia establecido estatutariamente para su negociación:

"Me refiero a su escrito, inicialmente remitido a la Superintendencia de Industria y Comercio, enviado por competencia a esta Entidad, radicado con el número 2007-01-191894, mediante el cual consulta "...si es posible limitar la negociabilidad de las acciones de una sociedad anónima, insertando una leyenda en las mencionadas acciones que diga: esta acción sólo podrá ser negociada con autorización previa y por escrito de pepito Pérez".

Sobre el particular, me permito transcribirle apartes del Oficio 220-154351 del 27 de Septiembre de 2005, a propósito del cual se expone la posición de esta Superintendencia en el sentido que la libre negociabilidad de las acciones sólo puede verse coartada por el derecho de preferencia en la negociación de las mismas que se haya pactado estatutariamente:

"...A ese propósito ha sido categórica y reiterada la doctrina de esta Superintendencia, en el sentido de precisar que salvo el derecho de preferencia estipulado en los términos y bajo las condiciones que consagra la legislación mercantil, no es posible limitar la libre negociación de las acciones.

13. Que según concepto de la Oficina Jurídica de Metro Cali S.A. se recomendó con el objeto exclusivo de evitar la paralización o la afectación grave del servicio público de transporte; de asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los usuarios que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, suscribir de común acuerdo una modificación al contrato de concesión, que permita la capitalización del Concesionario Unimetro S.A.

R

X



OTROSI No. 1 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No.4 CELEBRADO ENTRE METRO CALI S.A Y UNIMETRO S.A



14. Que de conformidad con lo anterior, se hace necesario modificar el contrato de concesión de tal manera que sea posible la capitalización de Unimetro S.A., y se asegure la prestación del servicio público esencial de transporte.

En atención a las anteriores consideraciones las partes acuerdan

ACUERDAN

PRIMERO: Modificar la cláusula 8, numeral 8.3 obligaciones respecto a la participación de los pequeños propietarios transportadores, adicionando un párrafo el cual en adelante quedará así:

8.3 Obligaciones respecto de la participación de pequeños propietarios transportadores

- 8.3.1 *No disminuir, desde la Adjudicación del Contrato de Concesión hasta los primeros ocho (8) años de la concesión contados a partir de la fecha de iniciación de la etapa de operación regular, el número y la participación de los pequeños propietarios transportadores que hagan parte de la estructura societaria del CONCESIONARIO al momento de la adjudicación.*
- 8.3.2 *No disminuir la participación de los pequeños propietarios transportadores tal como fue acreditada en la presentación de su propuesta en la Licitación No. MC-DT-001 de 2006.*
- 8.3.3 *Remitir anualmente a Metro Cali S.A. desde la adjudicación y hasta los primeros ocho (8) años de la etapa de operación regular, una certificación suscrita por el representante legal y por el revisor fiscal, en la cual conste la composición de la estructura societaria del CONCESIONARIO. Cada una de las personas jurídicas compuestas por propietarios transportadores, que conforman o hacen parte del CONCESIONARIO, deberán anualmente remitir certificación suscrita por el Representante Legal y Revisor Fiscal en la cual conste su composición societaria. La sociedad fiduciaria vocera del patrimonio autónomo constituido por propietarios transportadores, que conforman o hacen parte del CONCESIONARIO, deberá anualmente remitir certificación suscrita por el Representante Legal de la sociedad fiduciaria en la cual conste la participación de cada uno de los propietarios transportadores, en el patrimonio autónomo*

Parágrafo: Metro Cali S.A., podrá autorizar la disminución de la participación accionaria de los pequeños propietarios transportadores, previa solicitud motivada del concesionario, en cualquiera de los siguientes eventos: a) Cuando se requieran recursos líquidos de dinero que le permitan al concesionario atender oportunamente las obligaciones necesarias para la prestación del servicio contratado. b) Cuando se presente un deterioro en los indicadores financieros del concesionario, especialmente en su patrimonio y/o su capital de trabajo, que le impidan cumplir adecuadamente con la prestación del servicio contratado o c) Cuando la situación financiera del concesionario comprometa la

538



OTROSI No. 1 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No.4 CELEBRADO ENTRE METRO CALI S.A Y UNIMETRO S.A



adecuada prestación del servicio de transporte masivo de pasajeros conforme los niveles de servicio establecidos por Metro Cali S.A.

SEGUNDO: **TRANSIGIR** las eventuales diferencias económicas que pudieran surgir entre las partes de este contrato, en razón a un posible resarcimiento de los eventuales perjuicios económicos y en general los posibles perjuicios de cualquier naturaleza que se hayan podido derivar como consecuencia directa o indirecta de: (i), La implementación gradual del Sistema; (ii) recorridos promocionales, (iii) inicio de la etapa de operación regular del Sistema, o de cualquier otro hecho acontecido desde la suscripción del contrato. De esta manera, se precave cualquier litigio presente y futuro, y por lo tanto, voluntariamente las partes, declaran que quedan definitivamente zanjadas todas las eventuales diferencias que pudieren surgir entre las partes en razón de los hechos señalados anteriormente, y por lo mismos las partes contratantes expresan lo siguiente: **A.** Que el Concesionario renuncia irrevocablemente a las acciones legales que del conflicto jurídico regulado por esta cláusula, pudieren derivarse en razón de la transacción con efectos de cosa juzgada que esta adición contiene. **B.** Que a la presente cláusula, quedan incorporados los artículos 2469 a 2487 del Código Civil Colombiano

TERCERO: Las demás cláusulas del Contrato de Concesión y de sus respectivos Apéndices, que no sean objeto de modificación por parte del presente otrosí, continuarán vigentes en su tenor literal.

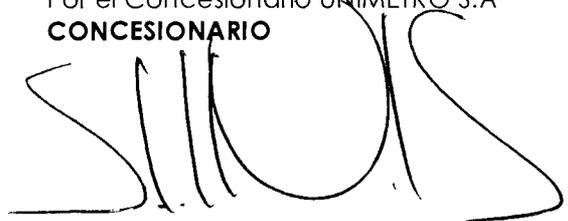
CUARTO: El Concesionario se obliga a notificar a la compañía de seguros de las modificaciones realizadas mediante el presente Otrosí, y a presentar para la aprobación de la Oficina Jurídica de Metro Cali S.A. los anexos modificatorios de las pólizas correspondientes.

Para constancia de lo anterior se firma el presente Otrosí No. 1, a los Catorce días del mes de Octubre de dos mil once (2011) por las partes, en la ciudad de Santiago de Cali, en dos originales del mismo tenor literal.

Por Metro Cali S.A.
CONTRATANTE

Por el Concesionario UNIMETRO S.A
CONCESIONARIO


LUIS EDUARDO BARRERA VERGARA
Presidente


SEBASTIAN NIETO SALAZAR
Representante Legal

Revisó: Rodrigo Salazar Sarmiento- Jefe Oficina Jurídica
Ing. Juan Carlos Orobio- Director de Transporte

