

De: Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C.
Enviado el: jueves, 3 de junio de 2021 4:25 p. m.
Para: Juzgado 06 Administrativo Seccion Primera - Bogota - Bogota D.C.
<admin06bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: RV: Recurso de apelación contra medida cautelar. Proceso 2020-00218.

Cordial saludo,

De manera atenta informamos que ha sido radicado el presente correo como memorial para el proceso relacionado en el mismo, dentro del registro en el aplicativo siglo XXI podrá confirmar los datos del mensaje como Asunto, fecha y hora de recibo.

Atentamente,

Grupo de Correspondencia
Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos
Sede Judicial CAN
CAMS

De: Henry Alberto Gonzalez Molina <hagonzalezm@secretariajuridica.gov.co>
Enviado: jueves, 3 de junio de 2021 4:18 p. m.
Para: Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C.
<correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Felipebastidasp@hotmail.com
<Felipebastidasp@hotmail.com>; Carolina Penalzoza Pinilla <cpenalzoza@procuraduria.gov.co>
Asunto: Recurso de apelación contra medida cautelar. Proceso 2020-00218.

Buenas tardes. En mi condición de apoderado de Bogotá D.C., Concejo de Bogotá, cordialmente allego recurso de apelación en contra de la decisión de suspensión provisional del acto demandado en el proceso con la siguiente referencia:

Juzgado de conocimiento: Sexto Administrativo de Oralidad
Expediente: 11001-33-34-006-2020-00218-00
Medio de Control: Nulidad
Demandante: Felipe Bastidas Paredes
Demandado: Bogotá D.C., Concejo de Bogotá.

Declaración de Confidencialidad

La información aquí contenida es para uso exclusivo de la persona o entidad de destino. Está estrictamente prohibida su utilización, copia, descarga, distribución, modificación y/o reproducción total o parcial, sin el permiso expreso de la Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá, pues su contenido puede ser de carácter confidencial y/o contener material privilegiado. Si usted recibió esta información por error, por favor contacte en forma inmediata a quien la envió, borre este material de su computador y absténgase de usarlo, copiarlo o divulgarlo. La Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá, no es responsable por la información contenida en esta comunicación, el directo responsable es quien la firma o el autor de la misma. Conozca nuestra política de seguridad de la Información y protección de datos personales, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1581 de 2012 en: <http://secretariajuridica.gov.co/transparencia/mecanismos-contacto/proteccion-datos-personales>

Bogotá D.C.,

Doctor:

MAYFREN PADILLA TELLEZ

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.

Sección Primera

E.S.D.

REFERENCIA:

EXPEDIENTE No.	11001-33-34-006-2020-00218-00.
MEDIO DE CONTROL	Nulidad.
DEMANDANTE	Felipe Bastidas Paredes
DISPOSICIÓN DEMANDADA	Artículos 91 del Acuerdo Distrital 761 de 2020.
MOTIVO DE LA INTERVENCIÓN	Recurso de apelación contra el auto del 28 de mayo de 2021, que decretó la suspensión provisional del artículo 91 del Acuerdo Distrital 761 de 2020.

HENRY ALBERTO GONZÁLEZ MOLINA, abogado, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderado judicial de **BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL – CONCEJO DE BOGOTÁ D.C.**, de manera respetuosa acudo ante ese Despacho con el propósito de interponer y sustentar el recurso de **apelación** en contra del Auto de fecha 28 de mayo de 2021, que decretó la suspensión provisional del artículo 91 del Acuerdo Distrital 761 de 2020.

PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD PROCESAL.

El numeral 5º del artículo 243 del mismo CPACA, modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, prevé que el auto mediante el cual se decreta una medida cautelar es susceptible del recurso de apelación.

Y, respecto del trámite del recurso de apelación contra autos, el artículo 244 del mismo Estatuto, también modificado por la Ley 2080 de 2021, artículo 64, establece que la

apelación podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición; actuación que deberá surtirse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, de acuerdo con el numeral 3º del mencionado artículo 244.

ARGUMENTOS DEL DESPACHO PARA DECRETAR LA MEDIDA CAUTELAR.

En concordancia con el razonamiento del demandante, el Juez determinó que el artículo 91 del Acuerdo Distrital demandado vulnera el artículo 69 de la Ley 489 de 1998, por cuanto la Alcaldía de Bogotá no presentó al momento de solicitar la autorización, ningún estudio demostrativo que justificara la creación de la entidad descentralizada a la que se refiere esa disposición.

Con relación al artículo 69 de la Ley 489 de 1998, en el auto se expresa de manera textual lo siguiente:

“Como se observa del texto de la norma, allí se establece, entre otras, la competencia de las Asambleas departamentales y los Concejos municipales o distritales para crear entidades descentralizadas, incluidas las indirectas, del orden territorial, así como también autorizar su creación.

Además, el precepto estatuye que “el proyecto respectivo” deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, lo que significa que dicho requisito debe cumplirse tanto para el proyecto de creación como para el de autorización de creación o constitución de las entidades descentralizadas, toda vez que la norma no excluye ni limita dicho requisito únicamente para la creación de entidades descentralizadas.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo Estado, en concepto emitido el 22 de octubre de 2007, radicación 1844, al resolver la consulta que se le formuló sobre la creación y autorización para la constitución de entidades descentralizadas indirectas y la atribución de competencias en el Distrito Capital, había precisado:

“Es evidente la intención del legislador de establecer de la manera más precisa cuál es el marco normativo de las entidades descentralizadas y el orden de su aplicación. Y ahonda en el tema de la competencia para la creación de estas entidades por la ley, la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, en los niveles nacional y territorial, cuando en el artículo 69 prevé:

Artículo 69º.- Creación de las entidades descentralizadas. *Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política.*

Revisado el contenido del artículo 91 acusado se verifica que se autorizó a la Alcaldesa Mayor de Bogotá para participar en la creación de una sociedad por acciones de naturaleza pública -operadora distrital de transporte-, encargada de prestar el servicio público de transporte masivo en Bogotá o en su área de influencia, autorización que fue conferida pro tempore, por un lapso de 12 meses siguientes a la promulgación del Acuerdo Distrital 761 de 2020.

Ahora, de las pruebas que fueron allegadas con la solicitud de medida cautelar, obra certificación expedida por el Secretario General del Concejo de Bogotá, mediante la cual pone de presente que la Administración Distrital al momento de radicar el Proyecto de Acuerdo 123 de 2020 *"Por medio del cual se adopta el el Plan de desarrollo económico, social, ambiental y de obras públicas del Distrito Capital 2020- 2024 "Un nuevo contrato social y ambiental para la Bogotá del siglo XXI"*, no allegó documentos adicionales respecto del artículo 88 del Proyecto de Acuerdo que previó la autorización, es decir, no aportó documentos relacionados con el operador a constituir, denominados estudios de prefactibilidad y "estudio demostrativo que justifique la iniciativa". (Cuaderno de medida cautelar, archivo 02, expediente digitalizado)

Así las cosas, analizado el contenido del artículo del Acuerdo Distrital demandando y la certificación antes mencionada, para el Despacho surge la vulneración del artículo 69 de la Ley 489 de 1998, toda vez que con el proyecto de Acuerdo de Plan de Desarrollo, la señora Alcaldesa Mayor de Bogotá no presentó ni allegó el estudio demostrativo que justificara la concesión de la autorización para crear o constituir la sociedad por acciones de naturaleza pública que se encargará de la operación del transporte masivo en el Distrito Capital, requisito exigido por la norma.

En efecto, es indudable que el Concejo de Bogotá goza de atribuciones constitucionales y legales -previstas en el artículo 12, numerales 8 y 9, 55 del Decreto Ley 1421 de 1993 y parágrafo del artículo 49 y 96 de la Ley 489 de 1998- para autorizar la creación de las entidades descentralizadas de tipo societario; empero, el proyecto de acuerdo, cuya iniciativa corresponde a la Alcaldesa Mayor, debe estar acompañado del estudio técnico que justifique, soporte o contenga las motivaciones para solicitar la autorización por parte del Ente Edificio para constituir la sociedad por acciones operadora del servicio público de transporte masivo en el Distrito Capital, tal como lo exige el artículo 69 antes citado, el cual fue inobservado, en tanto aquel documento no fue aportado con el proyecto de acuerdo contentivo de la iniciativa, tal como lo certificó el Secretario del Concejo Distrital.

Cuando la norma exige que al respectivo proyecto se acompañe el denominado "estudio demostrativo", propende porque el Ente edificio tenga conocimiento de las razones o motivos que sustentan o justifiquen la iniciativa para emitir la autorización de creación de una entidad descentralizada, requisito que no puede ser omitido tal como lo aduce la entidad demandada, para ser incorporado en una fase subsiguiente a su constitución, porque la norma no permite tal hipótesis.

La exigencia del estudio demostrativo como lo estipula la norma infringida resulta razonable toda vez que la facultad atribuida al Concejo Distrital no se circunscribe a emitir una simple autorización a través del Acuerdo respectivo, sino que en el mismo se deben fijar los criterios o directrices que orientaran la constitución de la entidad descentralizada de orden societario, pues en dicho Acto Administrativo se deberán determinar aspectos como: el objeto, la

naturaleza, domicilio, duración, la participación del capital accionario, entre otros, lo cual requiere de aquel requisito.

Los anteriores razonamientos permiten colegir y reiterar que surge la vulneración del artículo 69 de la Ley 489 de 1998, toda vez que la autorización para crear una sociedad por acciones, encargada de operar el servicio de transporte público masivo en Bogotá D.C. y su área de influencia, contenida en el artículo 91 del Acuerdo Distrital, incumplió con el presupuesto de haberse allegado el estudio demostrativo que justificara la iniciativa presentada por la Alcaldesa en el Proyecto de Acuerdo contentivo del Plan de Desarrollo, en el cual se incluyó tal autorización, razón por la cual debe decretarse la suspensión provisional del mencionado artículo 91 del Acuerdo Distrital 761 de 2020.”

RAZONES DE INCONFORMIDAD. SUSTENTACIÓN DE LOS RECURSOS.

Desconocimiento del artículo 229 del CPACA. Ausencia de requisitos para decretar la medida cautelar.

De la lectura armónica de los artículos 229 y 231 del CPACA, surge una verdadera carga de carácter argumentativo exigible a quien solicita el decreto de una medida cautelar, pues de acuerdo con el 229 la solicitud debe sustentarse de manera adecuada y su decreto sólo puede darse cuando se efectúe un análisis del acto demandado frente a las normas superiores que se invoquen como violadas, según el artículo 231 *ibidem*.

Pero, además, el artículo 231 es enfático en señalar que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo sólo procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud realizada por separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas.

Pues bien, en opinión del suscrito apoderado, el Juzgado Sexto Administrativo se equivoca de manera garrafal al considerar que el estudio demostrativo al que alude el artículo 69 de la Ley 489 de 1998 para la creación de una entidad descentralizada, “debe cumplirse tanto para el proyecto de creación como para el de autorización de creación o constitución de las entidades descentralizadas, toda vez que la norma no excluye ni limita dicho requisito únicamente para la creación de entidades descentralizadas.”

El artículo 69 de la Ley 489 de 1998 establece:

Artículo 69°.- Creación de las entidades descentralizadas. *Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio*

demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política.

Como puede advertirse desde la simple lectura del título de la disposición, la misma está referida exclusivamente a la **CREACIÓN** de las entidades descentralizadas.

Entonces, cuando después del punto seguido, la oración se inicia con la frase “**El proyecto respectivo...**”, es absolutamente evidente y claro que ese proyecto respectivo corresponde al proyecto de **CREACIÓN**, de la entidad descentralizada. Proyecto que, según la misma disposición, deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa. Y, nuevamente, esa iniciativa está referida a la iniciativa de **CREACIÓN** de la entidad descentralizada a la que debe acompañarse el estudio demostrativo.

Por tanto, esa segunda parte del artículo en comento debe leerse de la siguiente manera:

El proyecto (DE CREACIÓN) respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política.

Y es que la frase “EL PROYECTO RESPECTIVO” no puede predicarse de la autorización porque la autorización NO ES UN PROYECTO; la autorización corresponde al aval, a la aprobación, a la anuencia, al permiso que se imparte para la CREACIÓN de la entidad y, simplemente, se otorga o no se otorga; pero no existe previsión legal que establezca que además del proyecto de CREACIÓN también exista o se requiera de un PROYECTO DE AUTORIZACIÓN para un posterior PROYECTO DE CREACIÓN.

Por tanto, resulta completamente errada la providencia cuando afirma “...que la norma no excluye ni limita dicho requisito únicamente para la creación de entidades descentralizadas”, porque, se itera, el estudio demostrativo que justifique la iniciativa es exclusivamente exigible y concomitante al proyecto de creación. El término “**autorización**” en el artículo 69 de la Ley 489 de 1998 tiene un único propósito, el cual es indicar que existen dos (2) formas de crear entidades descentralizadas:

- De manera directa por la ley para el orden nacional; la ordenanza en el departamental y por el acuerdo en el nivel distrital.
- De manera indirecta por medio de autorización expresada en la ley, la ordenanza o el acuerdo, según el orden territorial de que se trate.

Muy al contrario de lo que afirma el Juzgado Sexto Administrativo ni de la simple lectura ni de un análisis exhaustivo del artículo 69 de la Ley 489 de 1998 se desprende, sin lugar

a duda alguna, que el estudio demostrativo que justifique la creación de la entidad descentralizada deba aportarse al momento de solicitar la autorización del Concejo Distrital.

Por tanto, la conclusión a la que arriba el Despacho, según la cual el artículo 91 del Acuerdo 761 de 2020 vulneró el artículo 69 de la Ley 489 de 1998, no parece ser el resultado del análisis del acto demandado y su confrontación con la norma superior, razón por la cual se desconoció de manera flagrante el mandato del artículo 231 del CPACA, así como la jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que ha sido enfático en señalar que la procedencia de una solicitud de medida cautelar para suspender provisionalmente un acto administrativo conlleva que el juez valide si el mismo vulnera de manera evidente, ostensible y notoria el ordenamiento jurídico.¹

Esas características de vulneración evidente, ostensible y notoria del artículo 91 del Acuerdo Distrital 761 de 2020 frente al artículo 69 de la Ley 489 de 1998 brillan por su ausencia en la ponderación efectuada por el Juzgado Sexto Administrativo, razón por la cual la medida adoptada resulta, ahí sí, notoria y ostensiblemente contraria a las reglas que regulan la procedencia y los requisitos que se deben cumplir para decretar medidas cautelares en el CPACA.

Desconocimiento del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Aunque estamos convencidos de que en el trámite de expedición del artículo 91 del Plan Distrital de Desarrollo no se vulneró ninguna disposición de orden superior, en particular el artículo 69 de la Ley 489 de 1998, es claro que el objeto del presente litigio consiste en determinar, vía judicial, si posiblemente se vulneró esa disposición o las otras señaladas en la demanda, pero para llegar a una conclusión acerca de la legalidad del artículo demandado es preciso agotar cada una de las etapas procesales establecidas en el CPACA, porque, justamente, ese es el objeto del litigio.

Sin embargo, con la decisión adoptada en sede de medida cautelar prácticamente se está decidiendo el asunto sometido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa porque se llegó a la conclusión de que el artículo 69 de la Ley 489 de 1998 fue vulnerado. De tal manera, el precepto contenido en el artículo 229 del CPACA, según el cual, la decisión

¹Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación N° 11001-03-26-000-2015-00022-00 (53057). Auto del 13 de mayo de 2015.

sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, claramente fue soslayado en la providencia objeto de la presente controversia.

Y no es que al final del debate no pueda llegarse a la conclusión a la que anticipadamente arribó el Despacho Judicial, porque, precisamente, ese es el objetivo del medio de control de nulidad: controvertir la legalidad los actos administrativos de carácter general cuando se considere, entre otras causales, que se expidieron con infracción o desconocimiento de las normas en que deberían fundarse.

Pero, en el presente caso, una decisión en tal sentido exigía un profundo análisis jurídico por parte del juzgador y una controversia de similar categoría entre las partes para, finalmente, adoptar la decisión, lo cual no ocurrió y el Juez, pretermitiendo las etapas del proceso, adoptó su decisión bajo argumentos bien discutibles porque, como ya se mencionó, la supuesta vulneración del artículo 69 de la Ley 489 de 1998 por parte del artículo 91 del Plan de Desarrollo Distrital no aparece palmaria ni ostensible.

No solamente se echa de menos el estudio jurídico sino que, además, la decisión se soporta en un concepto emitido por el Consejo de Estado que no se relaciona con el aspecto puntual que se debe dilucidar en el presente asunto.

La tesis del Despacho, en referencia al artículo 69 de la Ley 489 de 1998, consiste en señalar lo siguiente:

“...el precepto estatuye que “el proyecto respectivo” deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, lo que significa que **dicho requisito debe cumplirse tanto para el proyecto de creación como para el de autorización de creación** o constitución de las entidades descentralizadas, toda vez que la norma no excluye ni limita dicho requisito únicamente para la creación de entidades descentralizadas.”

En apoyo de su tesis se remite al concepto emitido el 22 de octubre de 2007, radicación 1844, por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo Estado, en el que se expresó lo siguiente:

“Es evidente la intención del legislador de establecer de la manera más precisa cuál es el marco normativo de las entidades descentralizadas y el orden de su aplicación. Y ahonda en el tema de la competencia para la creación de estas entidades por la ley, la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, en los niveles nacional y territorial, cuando en el artículo 69 prevé:

Artículo 69°.- Creación de las entidades descentralizadas. *Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El proyecto respectivo deberá*

acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política.

Sin embargo, como puede evidenciarse con una lectura desprevenida, ese pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo Estado no dice nada con relación al estudio demostrativo que justifique la iniciativa de creación de alguna entidad descentralizada. Y mucho menos hace referencia a que la autorización que expida el Concejo de Bogotá D.C., debe estar precedida o tener como antecedente la existencia y presentación del estudio demostrativo que justifique la iniciativa.

Adicionalmente, en la providencia recurrida no indica de qué manera el pronunciamiento del Consejo de Estado avala la tesis del Despacho.

Conviene señalar que el mencionado concepto se rindió para atender una consulta relacionada con la competencia para autorizar la creación de entidades descentralizadas indirectas en el Distrito Capital, teniendo en cuenta el artículo 12, numeral 9, del Decreto 1421 de 1993, que se refiere al Concejo Distrital, y el artículo 49 de la ley 489 de 1998 que incluye al Alcalde Mayor.

De manera concreta, en esa oportunidad se formularon los siguientes interrogantes:

1. ¿La autorización dada por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para que las entidades públicas cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, puedan constituir asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias con participación de particulares, excluye la autorización que debe dar el Concejo Distrital, que trata el numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993 o la autorización del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 es genérica y no excluye la autorización del Concejo Distrital?

"2. ¿El numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993 en lo que tiene que ver con la autorización para la participación del Distrito en otras entidades de carácter asociativo, se encuentra derogado tácitamente por el artículo 49 de la Ley 489 de 1998 o solo debe comprender las descentralizadas por servicios en sentido estricto, sin incluir las indirectas?

"3. ¿Para la creación de entidades descentralizadas indirectas en el Distrito Capital se requiere únicamente la autorización del Alcalde Mayor, en virtud del artículo 49 de la Ley 489 de 1998 o se requiere de la autorización del Concejo Distrital en los términos del numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993?"

Respecto al primer interrogante se manifestó:

En el marco constitucional y legal que rige la estructura y la organización de la Rama Ejecutiva del Poder Público y la Administración Pública, el artículo 96 de la ley 489 de 1998 no excluye la intervención del Concejo Distrital regulada en el numeral 9 del artículo 12 del Estatuto del Distrito Capital.

Las otras dos preguntas se atendieron así:

El numeral 9 del artículo [12](#) del decreto 1421 de 1993 no ha sido derogado por el artículo [49](#) de la ley 489 de 1998, conforme se ha explicado en las consideraciones precedentes.

La creación de las entidades descentralizadas indirectas en el Distrito Capital de Bogotá, debe ser expresamente autorizada por el Concejo Distrital, por iniciativa del Alcalde Mayor, de conformidad con los artículos 12, numeral 9, y 13 del decreto 1421 de 1993. Para concurrir al acto de constitución, las entidades públicas autorizadas a participar deben contar con la autorización de que trata el parágrafo del artículo 49 de la ley 489 de 1998.

Como ya se manifestó, en este concepto el Consejo de Estado no se refiere de manera concreta al momento en que debe presentarse el “estudio demostrativo que justifique la iniciativa”, pues ese no era el objeto de la consulta y tampoco resultaba necesario para absolverla.

Sin embargo, en varios apartes de ese pronunciamiento el Consejo de Estado deja en claro que existen dos (2) momentos bien diferentes en el trámite del surgimiento de una nueva entidad descentralizada: Un acto de autorización y otro de creación o constitución. Esta diferenciación resulta útil porque en nuestra opinión, el demandante confunde esas etapas o momentos, lo cual origina la demanda.

Presunto desconocimiento del proyecto de articulado del Plan de Desarrollo por parte del del Concejo Distrital.

Otro yerro que se detecta en la providencia recurrida consiste en considerar que el “estudio demostrativo” al que se refiere el artículo 69 de la Ley 489 de 1998, tiene por propósito que el *“Ente edilicio tenga conocimiento de las razones o motivos que sustentan o justifiquen la iniciativa para emitir la autorización de creación de una entidad descentralizada...”* Y que *“La exigencia del estudio demostrativo como lo estipula la norma infringida resulta razonable toda vez que la facultad atribuida al Concejo Distrital no se circunscribe a emitir una simple autorización a través del Acuerdo respectivo...”*

En primer lugar no es cierto, como al parecer lo entiende el Despacho, que el Concejo Distrital hubiese autorizado a la Alcaldesa Mayor en representación del Distrito Capital o TRANSMILENIO S.A., para participar en la creación de una sociedad por acciones, a través del artículo 91 del Plan de Desarrollo, sin tener previo conocimiento de las razones que llevaron a extender semejante autorización.

Evidentemente, el Concejo de Bogotá conocía del proyecto de articulado del plan de desarrollo, incluido el actual artículo 91, porque al interior de la Corporación se surtieron

varios debates antes de ser aprobado el texto definitivo del Plan de Desarrollo Distrital y porque una de las principales propuestas en materia de movilidad de la entonces candidata Claudia López consistía en robustecer el transporte público masivo de la ciudad. Además, la movilidad fue un tema transversal en todo el programa de gobierno de la candidata, pues se articulaba con las propuestas de Bogotá y la región y tiene una incidencia directa en temas de productividad y calidad de vida.

En armonía con esa propuesta de campaña, plasmada en su programa de gobierno, es que se propone la creación de la sociedad por acciones en el proyecto de plan de desarrollo que es presentado ante las diferentes instancias señaladas en el artículo 39 de la Ley 152 de 1994, incluido el Concejo Distrital, en los términos señalados en el numeral 5 del mencionado artículo.

Además, conforme con el último inciso del numeral 6º de la misma disposición, tanto los Consejos Territoriales de Planeación, como los Concejos y Asambleas, deben verificar la correspondencia de los planes con los programas de gobierno que hayan sido registrados al momento de la inscripción como candidato por el alcalde o Gobernador electo. Razón por la cual, es apenas lógico suponer que el proyecto de artículo que hoy se encuentra plasmado en el 91 del Acuerdo 761 de 2020, era de conocimiento de los Concejales de la ciudad, entre otros actores.

Y, finalmente, la aprobación del proyecto de plan de desarrollo no se surte de un día para otro y no corresponde a “emitir una simple autorización”, pues de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 152 de 1994 el plan debe ser sometido a consideración del Concejo dentro de los primeros cuatro (4) meses del respectivo período del alcalde para su aprobación y esta corporación deberá decidir sobre el mismo dentro del mes siguiente a su presentación.

Justamente, dentro de los debates adelantados en el Concejo Distrital fueron varias las manifestaciones de los Concejales que daban cuenta del conocimiento del proyecto que culminó en el artículo 91 del Acuerdo 761 de 2020, de las cuales se resalta la efectuada por quien ofició como presidente de la sesión de la comisión primera, quien señaló:

(...) “Mientras el Secretario de Gobierno comparte con ustedes el texto definitivo creo que es muy importante dejar acá muy claro el valor agregado que trae la generación y la constitución de un operador público para nuestro Sistema de Transporte Público. De nuevo quiero recordarles que esta es una de las herramientas que más hemos buscado nosotros para poder garantizar la prestación del servicio público de transporte, recordemos que este es un servicio público esencial y es lo que nos permite a nosotros desarrollarnos como individuos y desde luego acceder a todas las oportunidades urbanas que ofrece una ciudad. En este sentido es fundamental para nosotros poder tener y contar con un operador público para momentos como los que estamos atravesando ahora, en

momentos de emergencia, en momentos de dificultad, es fundamental que la Administración pueda contar con un operador público que pueda entrar a participar como una entidad más que opera el Sistema” (...)

En el link que se copia a continuación se puede apreciar parte de los debates que se realizaron en el Cabildo Distrital.

<https://wetransfer.com/downloads/d377057d92ff4951202e68f13a1daa6020210531213107/12ac3333cc6be0068755a1855ef7443920210531213133/e8e369>

Entonces, una cosa es que el Cabildo Distrital debía conocer, como en efecto ocurrió, las razones que llevaron a la alcaldesa a solicitar una autorización para crear una entidad descentralizada y otra, muy diferente, es que a la solicitud de autorización para la creación de una entidad descentralizada deba acompañarse el estudio demostrativo que justifique la iniciativa de creación, al que se refiere el artículo 69 de la Ley 489 de 1998.

En todo caso, por mayor esfuerzo que se haga, del artículo 69 de la Ley 489 de 1998 no es posible concluir que su propósito sea, para el caso concreto, que el *“Ente edilicio tenga conocimiento de las razones o motivos que sustentan o justifiquen la iniciativa para emitir la autorización de creación de una entidad descentralizada...”*

Errónea interpretación del artículo 69 de la Ley 489 de 1998.

Adicionalmente a las razones previamente señaladas, se hace necesario entrar a discutir la errónea posición jurídica ya evidenciada por el *a quo*, referente al alcance del artículo 69 de la Ley 489 de 1998, bajo la cual este ha afirmado, pretermitiendo el respectivo análisis jurídico de la disposición *sub examine* y su interpretación sistemática, que sin importar si una entidad descentralizada se encuentra en el momento de su creación o apenas se están realizando los actos previos relativos a la autorización, debe contarse sin distinción con el estudio demostrativo.

Sobre este punto, lo primero que hay que poner de presente es que no todas las entidades descentralizadas tienen el mismo procedimiento de creación, sino que existen dos tipos de procedimientos, uno para las entidades descentralizadas directas y otro para las entidades descentralizadas indirectas. Sobre este punto debe traerse a colación la diferencia trazada por el H. Consejo de Estado, así:

*“Son entidades descentralizadas directas aquellas cuya creación es obra de la ley, la ordenanza o el acuerdo; en tanto que **las descentralizadas indirectas son las que surgen por la voluntad***

asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal².

En este sentido, para la creación de las entidades descentralizadas directas en el nivel territorial basta, al tenor del artículo 69 de la Ley 489 de 1998, con que la respectiva ordenanza de la Asamblea Departamental o el acuerdo del Concejo Municipal o Distrital así lo determiné, por lo tanto, su nacimiento a la vida jurídica se configura en su totalidad al momento de expedición de la respectiva ley o acto administrativo proferido por la corporación pública correspondiente.

Esto no ocurre en el caso de las entidades descentralizadas indirectas en el nivel territorial, cuya creación es un acto complejo por cuanto deben producirse dos autorizaciones previas y además la celebración del acto de constitución que sería en sí el momento real de su creación o nacimiento a la vida jurídica. Estos actos son a saber: i) la obtención de la autorización para su constitución por parte de la respectiva Asamblea Departamental, o Concejo Municipal o Distrital, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 69 de la Ley 489 de 1998, ii) también la autorización para su constitución por parte del gobernado o alcalde respectivo de acuerdo con lo establecido en el parágrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, y iii) la constitución propiamente dicha de la entidad descentralizada de acuerdo con las disposiciones del Código de Comercio o de la norma aplicable con sus características, momento en el cual se produce efectivamente el nacimiento a la vida jurídica de dicha entidad.

Ahora bien, debe precisarse también que el Consejo de Estado con meridiana claridad ha recabado sobre la diferencia entre un acto de autorización de creación y los actos de creación referentes a las entidades descentralizadas, al respecto en sentencia expedida por la H. Sección Primera del mencionado órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, se precisó que:

*“En el caso de las sociedades públicas o mixtas, y de las asociaciones públicas o mixtas, ocurre igual: **su constitución no surge por el mero hecho de la autorización de la ley, la ordenanza o el acuerdo, sino que requiere de un acto de naturaleza contractual**; respecto de las entidades de que trata el artículo 96 de la ley 489 de 1998, el contenido de ese acto de constitución está detallado en la misma norma. **Significa entonces que, dentro del procedimiento de constitución de una entidad descentralizada indirecta, están previstas dos autorizaciones: la primera, ordenada por la Constitución, proveniente de la ley, la ordenanza o el acuerdo, por la cual se faculta a unas entidades para que constituyan otra; la segunda, ordenada por la ley, que debe proceder del gobierno nacional, el gobernador o el alcalde, para que esas entidades concurren al acto de constitución de la nueva y suscriban el correspondiente contrato de sociedad o de asociación. Es claro que en razón de la supremacía de la Constitución, esta segunda no puede sustituir a la primera; y que es competencia del legislador establecer los***

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 26 de octubre de 2000, Rad. 1291. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

requisitos para la creación o constitución de las personas jurídicas, siempre que no se opongan a los de estirpe constitucional. A esta autorización se refiere el parágrafo del artículo 49 de la ley 489 de 1998, específicamente para las entidades descentralizadas indirectas, como requisito del acto de constitución de las mismas, que a su vez debe estar precedido por la autorización conferida por la ley, la ordenanza o el acuerdo, según el nivel nacional o territorial de las respectivas entidades concurrentes.”³

Luego, salta a la vista que para la creación de una entidad descentralizada indirecta no basta con la simple expedición de la autorización por parte de la respectiva Asamblea o Concejo, ni tampoco basta para considerar perfeccionada su creación la autorización que debe realizar el respectivo gobernador o alcalde, sino que además, tal y como lo ha precisada le Consejo de Estado, para que una entidad de esta naturaleza surja a la vida jurídica resulta necesario que se realice con el cumplimiento de los requisitos y formalidades legales el respectivo acto de constitución y de ser el caso, su inscripción ante la autoridad competente.

Ahora bien, una vez se ha podido dilucidar esta diferencia estructural entre las entidades descentralizadas directas y las indirectas, corresponde analizar la naturaleza jurídica del “Operado Distrital de Transporte” de que trata el artículo 91 del Acuerdo 761 de 2020, el cual señala en lo pertinente:

*“Artículo 91. Autorización para constituir operador público. Se autoriza a la Alcaldesa Mayor en representación del Distrito Capital o TRANSMILENIO S.A., **para participar en la creación de una sociedad por acciones - Operadora Distrital de Transporte-, con la participación de entidades públicas de acuerdo con los resultados de estudios técnicos y financieros,** con personería jurídica, adscrita al sector movilidad, con autonomía administrativa, contable, financiera, presupuestal y patrimonio propio, para lo cual se podrán realizar los aportes a que haya lugar.”*

En efecto, nótese como el Concejo de Bogotá lo que hizo fue autorizar a la Alcaldía Mayor de Bogotá o a Transmilenio S.A. a participar en la creación de una sociedad por acciones conformada por entidades pública, de lo que se desprenden como conclusiones obvias que, en primer lugar el Concejo de Bogotá no está creando directamente el operado distrital de transporte sino simplemente lo está autorizando, además que la autorización es para la constitución de una sociedad por acciones, razón por la cual, para que la misma surja a la vida jurídica se requiere además de este acto del Concejo de Bogotá, la autorización de la Alcaldesa Mayor de Bogotá y también la suscripción, protocolización e inscripción de la respectiva acta de constitución de la sociedad, bajo los cánones del Código de Comercio, luego entonces bajo ninguna circunstancia se puede equiparar, como erróneamente lo ha hecho el *a quo*, que la mencionada autorización del cabildo distrital sea *per se* la creación de la entidad descentralizada

³ Consejo de Estado, Sección Primera, snetnecia del 23 de septiembre de 2010, Rad. 11001-03-24-000-2006-00021-00, C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

indirecta, sino apenas es uno más de los pasos que debe surtir el acto complejo de creación.

Luego, teniendo como presupuesto las anteriores conclusiones referentes a la naturaleza del “Operado Distrital de Transporte” como una entidad descentralizada indirecta que requiere para su creación un acto complejo que no se agota con la simple autorización otorgada por el Concejo de Bogotá en el Acuerdo 761 de 2020, sino que requiere para su creación además de la autorización de la Alcaldesa Mayor de Bogotá, la realización de la respectiva acta de constitución de la sociedad, resulta entonces necesario precisar en qué momento se hace necesario presentar el estudio demostrativo que establece el artículo 69 de la Ley 489 de 1998 como requisito para la creación de las entidades descentralizadas.

En primer lugar, consideramos respetuosamente que la lectura literal y exegética realizada por el juez de primera instancia frente al artículo 69 de la Ley 489 de 1998, desconoce tajantemente que la creación de entidades descentralizadas indirectas no se configura únicamente con la expedición de una ley, ordenanza o acuerdo que decrete su nacimiento a la vida jurídica, como ocurren por ejemplo con los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, sino que su procedimiento –como se ha señalado en precedencia– es mucho más complejo.

En segundo lugar, esa interpretación exegética e irracional del artículo 69 de la Ley 489 de 1998, no tiene en cuenta un elemento esencial de la disposición normativa en comento, esto es el *nomen iuris* que el legislador utilizó en esta norma, así:

*“ARTÍCULO 69.- **Creación de las entidades descentralizadas.** Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política.”*

No se puede pasar por alto que el artículo 69 de la Ley 489 de 1998 tiene como finalidad regular la creación de las entidades descentralizadas, en ese sentido es claro que frente a las entidades descentralizadas directas dicha disposición es suficiente para determinar el procedimiento jurídico de creación, pero no ocurre lo mismo frente a las creación de entidades descentralizadas indirectas, pues como quedo anotado *ut supra* estas requieren además cumplir con lo señalado en el parágrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, así como también proceder con la respectiva acta de constitución según el societal establecido en el Código de Comercio.

Por lo tanto, al existir una clara diferencia entre la forma de creación de las entidades descentralizadas directas y las indirectas, no resulta lógico ni racional aplicar una

hermenéutica jurídica que de como resultado que para la primera de las dos autorizaciones previas a la creación de una entidad descentralizada indirecta se deban presentar el mismo estudio demostrativo que se exige con claridad en el artículo 49 de la Ley 489 de 1998, para la creación de las entidades descentralizadas directas, que esa sí se produce con el solo acto administrativo expedido por el Concejo de Bogotá, en el caso que nos ocupa.

Además, no puede pasarse por alto la clara dirección teleológica que nos establece el *nomen iuris* del artículo 49 de la Ley 489 de 1998 cuando señala: “*Creación de las entidades descentralizadas*”, el cual permite deducir indudablemente que el estudio demostrativo que justifica la iniciativa solo puede hacer referencia a la iniciativa de creación y de ninguna forma a la mera iniciativa de autorización, por cuanto no es posible bajo una interpretación sistemática⁴ confundir el acto de creación con el mero acto de autorización y es claro que el artículo en su conjunto se refiere al acto de creación y no de autorización.

Por lo tanto, ya sea en una interpretación teleológica del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, así como en una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico establecido en la totalidad de la Ley 489 de 1998, resulta claro que las entidades descentralizadas indirectas –tipología jurídica a la que pertenece el “*Operado Distrital de Transporte*” objeto de este recurso– no se crean con la sola autorización establecida en la norma jurídica precitada, por lo que resulta abiertamente equivocado señalar que esta debió haber tenido para el mero hecho de su autorización ante el Concejo de Bogotá, el estudio demostrativo, deber que sí llenar las entidades descentralizadas directas.

Contenido y alcance del artículo 69 de la Ley 489 de 1998.

En este aparte, de manera respetuosa, reiteramos la posición expuesta en el escrito de oposición a la solicitud de medida cautelar pues, en nuestro parecer, no fue tomada en cuenta en la providencia que la resolvió.

La creación de entidades descentralizadas en el orden municipal o distrital, según lo establece el artículo 69 de la Ley 489 de 1998, se realiza a través de acuerdos o con autorización de estos, obviamente expedidos por el Concejo respectivo, y el proyecto de creación deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 1999. “*Considera la norma como parte de un todo cuyo significado y alcance debe entonces fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece*”

La disposición legal es completamente clara, no admite interpretación alguna en cuanto que el estudio demostrativo que justifique la creación de una entidad descentralizada debe acompañarse al proyecto de acto con alcance jurídico de su creación, lo cual no ha ocurrido en el caso al que alude el artículo 91 del Acuerdo 761 de 2020, pues en dicha disposición solamente se está autorizando a la Alcaldesa Mayor en representación del Distrito Capital o TRANSMILENIO S.A., para participar en la creación de una sociedad por acciones -Operadora Distrital de Transporte-, con la participación de entidades públicas.

El artículo 69 de la Ley 489 de 1998 contiene dos opciones para la creación de entidades descentralizadas. La primera indica que las entidades descentralizadas se pueden crear por medio de ley, ordenanza o acuerdo, dependiendo del nivel territorial respectivo.

La segunda posibilidad consiste en que la ley, ordenanza o acuerdo municipal autoricen a otra autoridad pública -al presidente de la República, al gobernador o alcalde-, para que sean ellos, en sus respectivos niveles, quienes creen la entidad.

Entonces, cuando la entidad se va a crear directamente mediante ley, ordenanza o acuerdo municipal o distrital es obvio que el estudio demostrativo debe acompañar ese proyecto de ley ordenanza o acuerdo, para cumplir con la exigencia legal.

Pero cuando la entidad va a ser creada vía autorización legal, o de ordenanza o de acuerdo, ese estudio demostrativo no podría coexistir o anteceder al acto mediante el cual se imparte la autorización porque es a partir de ese aval que se empieza a elaborar el estudio demostrativo (técnico, jurídico, presupuestal, etc), que justifique la creación de la entidad.

No tendría sentido que el Legislador, la Asamblea o el Concejo municipal autorizaran la creación de una entidad descentralizada si ya existiera el estudio que sustentara tal decisión, pues, en tal caso, bastaría con que esos órganos de representación popular ejercieran sus competencias constitucionales y legales y crearan directamente la entidad.

En el caso concreto, la misma disposición acusada -artículo 91 del Acuerdo 761 de 2020- establece que la participación del Distrito Capital o TRANSMILENIO S.A., en la creación de esa sociedad por acciones está supeditada **a los resultados de estudios técnicos y financieros**. Y, justamente, estos estudios corresponden o buscan satisfacer la exigencia del artículo 69 de la Ley 489 de 1998, los cuales constituyen el soporte que aconsejan y justifican la creación de la entidad.

En consecuencia, debemos reiterar que el artículo 91 del Acuerdo Distrital 761 de 2020 no está creando una operadora distrital de transporte, en su lugar, solamente autoriza la

creación y concede facultades pro tempore a la Alcaldesa Mayor para proceder en tal sentido, por lo que el estudio demostrativo a que refiere el artículo 69 de la Ley 489 de 1998 no era un presupuesto para conceder la autorización.

Ahora, respecto del propio acto de creación de una entidad pública, incluidas las descentralizadas, la misma Ley 489 de 1998 contiene una serie de exigencias a las cuales se refirió el el Consejo de Estado en pronunciamiento del 8 de septiembre de 2011 dentro de la radicación No. 2025, expediente 11001-03-06-000-2010-00088-00⁵, allí precisó:

“(…) Dilucidada la cuestión de la competencia para crear entidades u organismos administrativos nacionales, merece atención el mandato legal que establece los contenidos mínimos de todo acto de creación. Sobre este particular dispone el artículo 50 de la ley 489 de 1998 que el acto de creación de todo organismo o entidad administrativa del orden nacional debe determinar sus objetivos, estructura orgánica y soporte presupuestal. La estructura orgánica, en particular, comprende los siguientes aspectos, de acuerdo con esta disposición: denominación, naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico, sede, integración del patrimonio, señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y el Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estará adscrito o vinculado el ente que se crea.

Estas reglas rigen para la creación de todo tipo de entidades públicas, incluyendo las descentralizadas, por expreso mandato de los artículos 150 — 7 y 210 de la Constitución Política, así como de los artículos 68 y 69 de la ley 489 de 1998. **La creación de entidades descentralizadas en el orden nacional requiere, además, de "estudio demostrativo que justifique la iniciativa"**, conforme al artículo 69 de la ley 489 de 1998, que dice así: (...)” (Resaltado fuera de texto)

El criterio del Consejo de Estado es claro: El estudio demostrativo que justifique la iniciativa es propio y exigible de la etapa de **CREACIÓN** de la entidad descentralizada, mas no lo es al momento en que se expide la **autorización** para crear la respectiva entidad.

Para la época en que se presentó el escrito de oposición a la medida cautelar, solamente existía la autorización para crear una nueva entidad para los fines previstos en la disposición acusada, pero aún no estaban los estudios técnicos ni financieros que aconsejen la creación de la misma y la participación del Distrito o TRANSMILENIO S.A.; tampoco se habían definido las entidades públicas que conformarían la sociedad y el monto de los aportes de cada una; tampoco la manera en que entraría a prestar el servicio público de transporte masivo en Bogotá D.C., o su área de influencia, en sus

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2025 de 2011. C.P. Augusto Hernández Becerra.

diferentes componentes y modalidades; ni su junta directiva, ni su representante legal; tampoco se habían creado los estatutos de la sociedad, etc.

Desconocimiento del principio de proporcionalidad que gobierna el decreto de medidas cautelares.

El Consejo de Estado, en el auto del 13 de mayo de 2015, citado con anterioridad, pero con referencia al principio de proporcionalidad que orienta la decisión de juez al momento de decidir sobre la solicitud de una medida cautelar, indicó:

En cuanto a los criterios que debe seguir el juez contencioso administrativo para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que éste cuenta con un espacio de discrecionalidad para adoptarla así como para modular sus efectos en el caso concreto. En este contexto, debe el Juez tener en cuenta el principio de proporcionalidad como, de hecho, se desprende, además de las exigencias constitucionales y convencionales, de la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela que “el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla” (artículo 231 CPAyCA).

Lo anterior quiere significar que **el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad**, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial **suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso** y, además, que en ella se refleja la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad. (Resaltado fuera de texto).

Y respecto de la procedencia y finalidad de las medidas cautelares, traeremos a colación otro pronunciamiento del Consejo de Estado:

Las medidas cautelares en los procesos judiciales están instituidas para evitar que la sentencia mediante la cual se decidan, resulte nugatoria por cuenta de las modificaciones que se puedan producir en la situación inicial como consecuencia del tiempo que se requiere para la tramitación del proceso, pues entre el momento en que

el mismo se inicia y aquel en el que se puede materializar la sentencia, pueden suceder eventos que dificulten o imposibiliten, incluso, los efectos prácticos de la decisión. Es por ello que se conciben como “(...) precauciones inequívocamente diseñadas para garantizar que la solución que se adopte como resultado del proceso judicial podrá ser materializada”, brindándole a quien acude a la jurisdicción, la certeza de que el trámite del proceso en sí mismo, no va a obrar en contra de sus intereses y que los mismos serán protegidos aún antes de la decisión definitiva. Es precisamente por esa finalidad que se pregona en relación con las medidas cautelares, que se exige la existencia de ciertos requisitos, cuya evaluación se impone para establecer su procedencia, la cual sólo será admisible en presencia de los mismos, pues de faltar alguno de ellos, la medida será innecesaria e inconveniente: a. La verosimilitud del derecho invocado o apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), lo que se traduce en últimas, en qué tantas probabilidades de éxito tienen las pretensiones del demandante a las que servirá la medida cautelar, pues de ser estas mínimas, el daño que se le ocasione a quien soporta la medida cautelar será superior al beneficio de su existencia, lo que la hace inconveniente. b. La existencia del riesgo por la demora del trámite procesal (periculum in mora), pues si el mismo no existe, las medidas cautelares sobran.

La adopción de una medida cautelar compromete el ejercicio de un derecho y, por lo tanto, puede llegar a ocasionarse un perjuicio a su titular, razón por la cual este riesgo sólo resulta admisible, en la medida en que realmente sea necesaria la medida por estar reunidos los requisitos enunciados.⁶ (Resaltado fuera de texto).

Corolario de lo hasta aquí expuesto, con fundamento en los anteriores pronunciamientos del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, creemos que la decisión de suspensión provisional adoptada por el Juzgado Sexto Administrativo en el proceso de la referencia, analizada desde el punto de vista eminentemente jurídico, excede su marco de discrecionalidad y, mas bien, ronda por el campo de la arbitrariedad.

Pero, además, resulta desproporcionada porque el daño que se le ocasiona a las finanzas del Distrito y a la comunidad en general no fueron ponderados, a pesar de que en el escrito de oposición a la medida cautelar habíamos referido el riesgo de no poder garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de transporte, dadas las vicisitudes presentadas en los procesos licitatorios adelantados por TRANSMILENIO S.A., desde el año 2009.

DESARROLLO DEL ARTÍCULO 91 DEL ACUERDO DISTRITAL 761 DE 2020.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, MP Danilo Rojas Betancourth. Auto del 16 de marzo de 2016. Expediente 2013-00129 (48517)

El párrafo del artículo 91 del Plan de Desarrollo Distrital estableció que **la Administración Distrital ejercerá la autorización que otorga este artículo dentro de los doce (12) meses siguientes a la promulgación del presente Acuerdo**. Lo anterior, significa que la facultad concedida es de las llamadas **pro Tempore**, es decir, que se encontraba determinado un plazo límite, por lo que de conformidad con esto dentro del término la Administración Distrital debió proceder con la aplicación de dicha facultad.

Esta facultad fue ejercida por la Administración Distrital mediante la expedición del Decreto 188 del 27 de mayo de 2021 *“Por medio del cual se autoriza la constitución de la Operador Distrital de Transporte”*.

Dicho acto administrativo, además de la autorización de la alcaldesa, señala el objeto, funciones, régimen jurídico, accionistas y demás elementos de la nueva entidad descentralizada, de acuerdo con el artículo 50 de la Ley 489 de 1998.

En ese orden, podría entenderse que la autorización impartida por el Concejo Distrital en el artículo 91 del Acuerdo 761 de 2020 se agotó con la expedición del Decreto Distrital 188 de 2021 y, en tal sentido, la suspensión provisional de dicho artículo no afecta el decreto expedido por la alcaldesa ni las gestiones subsiguientes y necesarias que permitan prestar el servicio de transporte público en Bogotá D.C. y su área de influencia.

CONSIDERACIONES ADICIONALES.

Encontramos oportuno poner al tanto al Despacho y, eventualmente, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre los trámites adelantados por el Distrito Capital para efectos de la creación y puesta en funcionamiento del operador público de transporte y sobre los efectos de la declaratoria de suspensión provisional en la prestación del servicio de transporte público. Información suministrada por TRANSMILENIO S.A.

TRÁMITES Y PROCESOS ADELANTADOS PARA LOS CUALES SE INVIRTIÓ TIEMPO Y RECURSOS HUMANOS IMPORTANTES

- 1. Suspensión del trámite ante la CCB:** como primer efecto se contempla la suspensión del trámite ante la Cámara de Comercio de Bogotá. Al respecto, es importante mencionar que ya se habían adelantado todos los trámites al interior del Distrito que involucraron gestiones ante cinco entidades; quedando pendiente únicamente el registro ante la Cámara de Comercio. A saber:

- a. Se presentó el proyecto ante la Secretaría Distrital de Hacienda, quien otorgó concepto favorable sobre el impacto fiscal en el Marco Fiscal de Mediano Plazo (en adelante “MFMP”) por la creación de la sociedad. Se adjunta radicado 2021EE04084501 de la Secretaría del 6 de abril de 2021.
- b. Se presentó en sesión del 12 de abril de 2021 del CONFIS Distrital el proyecto, en la cual se aprobó el alcance e impacto financiero en el MFMP de la estructuración del operador público de transporte.
- c. Se presentó el proyecto ante la Asamblea General de Accionistas de TRANSMILENIO S.A. en sesión extraordinaria del 19 de abril de 2021, órgano que aprobó la participación de TRANSMILENIO S.A. como accionista en la Operadora Distrital de Transporte.
- d. Se obtuvo concepto técnico favorable de la Dirección de Desarrollo Institucional de la Secretaría General, mediante radicado 2-221-16106 del 12 de mayo de 2021.
- e. Se adelantaron las gestiones ante la Secretaría Jurídica Distrital que culminaron en la expedición del Decreto 188 de 2021 *“Por medio del cual se autoriza la constitución de la Operadora Distrital de Transporte”*.
- f. Se contaba con cita el 2 de junio de 2021 en la Sede Salitre de la Cámara de Comercio de Bogotá, para registrar ante la Cámara los estatutos de la sociedad y con ello finalizar el trámite de constitución. En ese sentido, únicamente estaba pendiente este último paso para constituir la sociedad.

2. Consultoría del BID para la estructuración del Operador Público

Paralelo a las gestiones adelantadas para lograr la constitución, se está adelantando la estructuración integral del Operador. Dada la importancia de este proyecto, la Administración Distrital gestionó desde julio del 2020 los recursos ante el BID (quien los otorgó), para, a través de dicho organismo, lograr un equipo de trabajo idóneo de primer nivel para participar en este proyecto. Lo anterior, teniendo en cuenta el impacto y la trascendencia que tiene para la calidad de vida de los bogotanos, principalmente de los usuarios del SITP (aspecto que se trata en el punto 4 de este documento).

Para lo anterior, el BID contrató en el mes de febrero al consultor que está adelantando la estructuración técnica, legal, organizacional, institucional, económica y financiera del Operador Público. A su vez, el BID, TRANSMILENIO S.A. y la Secretaría Distrital de Movilidad suscribieron una carta de intención en el mes de marzo de 2021, en la cual acordaron colaborar en el proceso de revisión de los entregables producto de dicha consultoría.

En ese sentido, desde el mes de febrero de 2021, TRANSMILENIO S.A., la Secretaría Distrital de Movilidad y la Alcaldía, en compañía del BID, vienen trabajando en la revisión de los productos del consultor. A la fecha se han aprobado los entregables 0 “Plan de Trabajo” y 1 “Análisis de la situación actual” y se tiene como fecha prevista de entrega del Entregable 2 “Estructuración Integral” el 4 de junio de 2021. En ese sentido, el BID ha venido destinando recursos dinerarios y humanos al desarrollo de la consultoría, y TRANSMILENIO S.A., la Secretaría de Movilidad y la Alcaldía han destinado recursos humanos para el mismo fin. Recursos, que con la suspensión “quedan en el aire” al imposibilitarse la materialización del proyecto dentro de los términos del artículo 91 y del cronograma establecido para la entrada en operación de la flota de la UF8 (que se describe en el numeral 4 de este documento). Adicionalmente, es importante precisar que los recursos del BID son no reembolsables y de ahí que el Banco esté asumiendo el costo total de la consultoría, sin que haya sido necesario destinar recursos públicos para ello.

- 3. Decreto 188 de 2021:** ya existe un acto administrativo expedido por la Alcaldesa, el Decreto 188 de 2021, por medio del cual (en virtud del artículo 49 de la Ley 489 de 1998) se autoriza la constitución del Operador en los términos del artículo 91 del Acuerdo 761 de 2020.

EFFECTOS DE LA SUSPENSIÓN SOBRE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE Y EL PROYECTO DE EMPLEABILIDAD ASOCIADO AL OPERADOR PÚBLICO

- 4. Garantía en la prestación del servicio público de transporte y ejecución del Contrato de Concesión No. 118 de 2021:**

Por último, es importante llamar la atención sobre cuál es la finalidad última del operador público. A saber, la prestación del servicio de transporte público en Bogotá D.C. y su área de influencia. Para ello, se tiene previsto que el Operador Público inicie su operación en la denominada Unidad Funcional 8 -Perdomo II- del SITP.

Esta unidad funcional está compuesta por 195 busetones de tecnología 100% eléctrica que operarán en 9 rutas. Se resalta que esta flota entra a completar la flota eléctrica de la ciudad, al cual ha hecho de Bogotá una ciudad innovadora y a la vanguardia en términos ambientales y movilidad eléctrica; colaborando en el proceso de disminuir las emisiones de CO2 y del material particulado proveniente del transporte público.

Esta flota, además de sus impactos altamente positivos, tiene un impacto directo sobre la calidad de vida de los usuarios del SITP. Esto, teniendo en cuenta que se tiene previsto que estos vehículos movilicen a cerca de un millón de personas al día una vez entren en operación. Situación que se ve reforzada por el hecho de que estas rutas inician su operación en la denominada “zona de Perdomo” que queda ubicada en la localidad de Ciudad Bolívar. Localidad especialmente importante por sus condiciones socio-económicas y donde el transporte público es esencial para movilizar a la población por ser el principal medio de transporte de la comunidad. Al respecto, traemos a colación la siguiente cita de la Corte Constitucional que remarca la importancia de la prestación del servicio público de transporte en comunidades especialmente vulnerables:

*“La libertad de locomoción es una condición para el goce efectivo de otros derechos fundamentales; su afectación se puede derivar, tanto de acciones positivas, es decir, cuando directamente se obstruye la circulación de los ciudadanos, como cuando se genera ese efecto indirectamente o por omisión en la remoción de barreras o en la creación de una infraestructura adecuada para la circulación; el servicio de transporte público es necesario para el ejercicio de la libertad de locomoción, y de los demás derechos constitucionales que dependen de la posibilidad de moverse, **en especial, para aquellos sectores marginados de la población urbana que no cuentan con otras alternativas de transporte y; el servicio básico de transporte debe ser accesible para todos los usuarios**”⁷ (Negritas por fuera del texto).*

Los contratos de la denominada Fase V del SITP están estructurados de tal manera que coexistan dos contratistas a cargo de cada unidad funcional: (i) por un lado el proveedor de la flota y del patio y, por el otro, (ii) el operador de dicha flota y dicho patio; entendiendo por unidad funcional un conjunto de buses y su infraestructura destinados a la prestación de determinadas rutas.

⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-192 de 2014. MP: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTEL. Bogotá, D.C., primero (1º) de abril de dos mil catorce (2014)

Así, los 195 busetones de que tratan los párrafos anteriores fueron adjudicados al para su provisión al concesionario VGMOBILITY PERDOMO S.A.S. (en adelante “el Concesionario de Provisión”), mediante la Selección Abreviada No. TMSA-SAM-14 de 2020. Como consecuencia de dicha adjudicación se celebró el Contrato No. 118 de 2021 el cual se encuentra en ejecución en este momento.

En el marco de dicho contrato, se tiene previsto que el Concesionario de Provisión provea la flota y la infraestructura de recarga eléctrica (cargadores) necesaria para su operación. De acuerdo con lo anterior, se tiene como fecha de entrega de la infraestructura el **22 de marzo de 2022** y para el inicio de operación de los 195 busetones eléctricos el **22 de abril de 2022**. De hecho, es tal el nivel de avance en la llega de estos busetones que durante el mes de mayo el prototipo llegó a la ciudad de Buenaventura, pero como consecuencia de la situación de orden público que atraviesa el país este fue devuelto hacia Perú, estando próximo a poder entrar al país.

Ahora, de acuerdo con el esquema contractual previsto en las licitaciones, el Concesionario de Provisión podría presentarse con una “fórmula de acople”, es decir un proponente de operación para operar los 195 busetones. Así mismo, podía presentarse sin dicha “fórmula de acople” y en ese caso el operador sería designado por TRANSMILENIO S.A. VGMOBILITY PERDOMO S.A.S. se presentó a la licitación bajo la segunda modalidad y por ello TRANSMILENIO S.A. debe designar al operador de la flota que proveerá ese concesionario.

Frente a la designación del Operador para esta unidad, es vital informar que la operación de la misma fue incluida en 5 procesos de selección adelantados durante los últimos 2 años (3 licitaciones y 2 selecciones abreviadas) y **en ninguno de ellos contó con proponentes**; quedando desierta en todas las oportunidades.

En sentido, ante la ausencia de interés por parte del mercado en la unidad funcional 8- Perdomo 2, el Operador Público constituye la única alternativa para que se pueda comenzar a prestar el servicio público de transporte con la urgencia requerida en atención a los tiempos del Contrato 118 de 2021 (entrega del patio marzo de 2022 y entrada en operación de la flota abril de 2022).

De ahí, que exista una necesidad real por parte del Distrito y de TRANSMILENIO S.A. de que el Operador Público esté en funcionamiento previo a marzo de 2022, para recibir y equipar el patio y la flota y empezar a prestar el servicio en los términos previstos.

Al respecto, también es clave mencionar que la Unidad Funcional que operaría el Operador Público se encuentra dentro de la zona originalmente concesionada a EGOBUS S.A.S. en el año 2011 mediante el Contrato 013 de 2011. Este contrato, como es de público conocimiento, fue terminado en el año 2016 en atención al incumplimiento total del mismo; dejando a los usuarios, a los propietarios de vehículos del TPC vinculados a dicha concesión y, en general, a la ciudad en una situación social compleja de cara al acceso al servicio de transporte público. En este sentido, se trata de una comunidad que desde los inicios del SITP ha visto en riesgo continuamente su derecho a movilizarse. Peligro que se repite con la suspensión del artículo 91 y la consecuente imposibilidad de avanzar en la implementación de la operación de las 9 rutas que beneficiarían a esa comunidad.

5. Proyecto de empleabilidad del Operador:

Paralelo a la constitución de la sociedad y a su estructuración integral, TRANSMILENIO S.A. se encuentra adelantando un tercer proyecto relacionado con el Operador Público. Este, tiene por finalidad el reclutamiento y capacitación de mujeres en las labores de operación y mantenimiento para los 195 busetones de la unidad funcional 8.

Para lo anterior, este proyecto tiene los siguientes objetivos específicos:

- Desarrollar el operador público en su gestión de mantenimiento implementando 6 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, así: 4 Educación de calidad, 5 Igualdad de Género, 8 Trabajo decente y crecimiento económico, 9 Industria innovación e infraestructura, 10 Reducción de las desigualdades y 17 Alianzas para lograr los objetivos, para la agenda del 2030.
- Garantizar las buenas prácticas de Mantenimiento con impacto positivo en el medio ambiente, economía circular, la seguridad, rentabilidad, participación equitativa y responsable de la Mujer en la Operación y Mantención de los vehículos Eléctricos del Operador Público.
- Propiciar un ejercicio de empoderamiento, de acciones afirmativas y generar una ventana de oportunidades para mujeres históricamente marginadas.

Así el propósito de este proyecto de empleabilidad es generar políticas de género que permitan la inclusión de la mujer dentro de un sector que tradicionalmente ha sido dominado por los hombres. En este sentido, el proyecto busca propender por un enfoque de igualdad de género dentro de la estructura laboral de la empresa con base en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en aras de lograr dentro del sector transporte una

mayor empleabilidad en distintos oficios para las mujeres y trabajar en la eliminación de barreras existentes para el género femenino. Asimismo, lograr el inicio de la operación en conducción y manteniendo de los primeros 195 buses eléctricos de tipología busetón, con el 100% de mujeres para el año 2022.

De ahí, que se trata de un proyecto de capacitación y empleabilidad que, no sólo es vital en términos de equidad de género en la ciudad, sino que resulta muy importante para la reactivación económica y del empleo femenino en época de pandemia.

PETICIÓN

La medida cautelar impuesta al artículo 91 del Acuerdo Distrital 761 de 2020 es abiertamente improcedente y desproporcionada porque, fundamentalmente, la disposición acusada no vulnera ninguna de las señaladas en la demanda. Además, la decisión de suspensión provisional afecta gravemente las finanzas del Distrito Capital y perjudica a la ciudadanía porque la priva, así sea temporalmente, de contar con un operador público de transporte que garantice la implementación del Sistema Integrado de Transporte Público- SITP, el cual hoy día no cumple con la condición de cobertura que los ciudadanos requieren.

Por todo lo expresado, respetuosamente solicitamos al Honorable Juez Sexto Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., conceda y de trámite al recurso de apelación ante el Honorable Tribunal de Cundinamarca con el fin de que se revoque la medida cautelar adoptada en el Auto del 28 de mayo de 2021.

De igual manera, comedida y respetuosamente, solicitamos se imprima a la presente impugnación un **carácter de urgencia** dada la situación de riesgo al que quedaron expuestas las finanzas del Distrito Capital y la continuidad de las penurias de los habitantes de Bogotá D.C., por la ausencia de cobertura total del Sistema Integrado de Transporte Público -SITP.

NOTIFICACIONES

Copia del presente escrito es remitido a la dirección electrónica aportada por el demandante en el escrito de demanda: felipebastidasp@hotmail.com

También al Ministerio Público, representado por la doctora Carolina Peñaloza Pinilla, Procuradora 85 Judicial Administrativo, en la dirección electrónica cpenaloza@procuraduria.gov.co

Y para efectos de notificaciones a mí representado, el Distrito Capital, y al suscrito, en la carrera 8ª 10-65 Piso 3º, Dirección Distrital de de Gestión Judicial de la Secretaría Jurídica de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

Igualmente, recibimos notificaciones en los correos electrónicos hagonzalezm@secretariajuridica.gov.co y notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co.

Del Honorable Juez,



HENRY ALBERTO GONZÁLEZ MOLINA
C.C. 79.450.267 de Bogotá
T.P. 75496 del C.S.J.