

REPÚBLICA DE COLOMBIA**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI****SENTENCIA No. 37**

Santiago de Cali, marzo veintitrés (23) de dos mil dieciocho (2018).

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Otros asuntos
Radicación	76001333300520130009500
Demandante	CARLOS EDISON HENAO COLINA
Demandado	MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado a través de apoderado judicial, por parte de CARLOS EDISON HENAO COLINA, en contra del Municipio de SANTIAGO DE CALI.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1.** En relación con automotores vinculados a la COOPERATIVA ESPECIALIZADA DE TRANSPORTE Y SERVICIOS LA ERMITA, declarar la nulidad de las Resoluciones Números
- 4152.0.9.9.1204 de octubre 13 de 2010 y 4152.0.21.0324, que en aplicación de la Resolución No. 456 de 2007 deciden cancelar en primera y segunda instancia la tarjeta de operación del vehículo de placas VBV 145;
 - 4152.0.9.9.1211 de octubre 13 de 2010 y 4152.0.21.0339, que en aplicación de la Resolución No. 456 de 2007 deciden cancelar en primera y segunda instancia la tarjeta de operación del vehículo de placas VBV 762;
 - 4152.0.9.9.0660 de 2012 y 4152.0.9.9.0668 de 2012, que en aplicación de la Resolución No. 456 de 2007 deciden cancelar la tarjeta de operación correspondientes a los vehículos de placas VBW 359 y BVX 151;

- 1.2. Restablecer el derecho que le asiste a la demandante, afectada por la expedición irregular de los actos acusados.

2. HECHOS

Los hechos invocados a manera de resumen son:

- 2.1. La ciudad de CALI impulsó un sistema de transporte masivo denominado METRO CALI S. A., que se compromete a entregar para su operación la infraestructura y componentes de su utilización, con apoyo de los Documentos CONPES 2932 de junio 25 de 1997; 3166 de mayo 23 de 2002; 3369 de agosto 1 de 2005; y 3504 de 2006 y que comprende la construcción de corredores troncales entre carreras 1 y 4 (7 km); Troncal Sur (17,3 Km); Calle 13 Calle 15 (3,5 Km); Agua Blanca (6,7 Km); Avenida 3 N y Avenida Américas (4,2 Km); y de 4 terminales.
- 2.2. Para impulsar dicho proceso fue preciso reducir la capacidad transportadora en la modalidad buses, busetas y microbuses en un 46 %, según fuera avanzando la construcción por Fase I y Fase II, sujeto a lo afirmado técnicamente en los documentos CONPES ya citados.
- 2.3. El beneficiario de la ejecución del proyecto denominado SISTEMA INTEGRAL DE TRANSPORTE MASIVO SITM MIO fue adjudicado mediante Resolución No. 415 de noviembre 16 de 2006 y la modalidad de concesión a GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO GITM, por un período de 24 años sujeto a reversión y restitución.
- 2.4. A raíz de lo dicho, se debió suscribir un convenio interadministrativo entre METRO CALI S.M A. y la SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE MUNICIPAL, con el fin de reducir en forma gradual la capacidad transportadora y a aprobar reestructuración de rutas dentro de los 90 días posteriores a la declaración de operación regular del SITM MÍO. Para tal efecto se contrató estudio con la UNION TEMPORAL LOGITRANS LTDA., con cuyo sustento se expide la Resolución No. 4152.9.8.704 que supone la ejecución del proyecto en 3 etapas, a partir de diciembre 12 de 2007.

También fue expedida con anterioridad, la Resolución 456 de agosto 15 de 2007, que modifica la capacidad transportadora de la ciudad, decisión que fuera objeto de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2.5. Después se expiden actos particulares de cancelación de operación a algunos vehículos de servicio público y de cancelación y restructuración de rutas de Fase I del SITM MIO, con el fin de ejecutarlo 90 días después de entrar a operar el sistema a partir de octubre 23 de 2010, en forma transitoria, sin que a la fecha de la presentación de la demanda se hubiere cumplido con ello, debido a que a la fecha de la presentación de la demanda no operan aun las estaciones CALIMA y PUERTO MALLARINO y en transporte colectivo no se han hecho aún los ajustes requeridos y planteados en las Etapas II y III de la Resolución No. 456 de 2007 en cuanto reducción TPCU y vinculación de 470 vehículos de la FASE I.

2.6. METROCALI no ha atendido requerimientos planteados en los estudios técnicos avalados por la Secretaría de Tránsito y Transporte, cuyos resultados han sido modificados arbitrariamente, sin cumplir términos legales afectando intereses del sector transportador.

- Se han implementado rutas de Fase II del SITM MIO no obstante que tal servicio no ha sido impulsado en forma total;
- Se han impulsado nuevas rutas que no estaban en tales estudios, incumpliendo lo pactado¹ con el sector que venía trabajando en ello y que por tanto se ve expuesto a chatarrizar o sacar de circulación sus vehículos;
- Se ha afectado el derecho al mínimo vital de los afectados; situación que ha permitido a la Personería plantear requerimiento por no retirar paulatinamente del servicio a buses a la par del crecimiento de rutas de servicio de transporte masivo, temas que son objeto de transcripción.

2.7. Se desconoció la Cláusula 58 del Contrato de concesión No. 4 y su apéndice 7, respecto del cumplimiento de reducción de oferta de transporte público colectivo y el cumplimiento de requisitos para vincular y habilitar la

¹ Cláusula 58 del contrato de concesión No. 4, que es objeto de transcripción junto con el Apéndice 7 del Protocolo Legal de Flota a folios 343 al 348, incluyendo la desintegración física de los vehículos de transporte público locales y nacionales, la incorporación al MIO, la posible desvinculación de CALI y traslado o paso a otros municipios según Reglamento de Reconversión Empresarial, Social y Ambiental igualmente transcrito por apartes

flota nueva, que facultan a su vez para desintegrar físicamente los vehículos matriculados en Cali o en cualquier sitio del país; para desvincular los vehículos e incorporarlos al sistema MIO o de otro municipio o en otro radio de acción o simplemente desvincularlos.

De otra parte, para reducir la oferta de transporte público en un 30 %, se autoriza una compensación equivalente a un salario mínimo legal vigente durante un período de 30 meses, cubiertos a través del denominado Fondo FRESA a favor de los vehículos que se desintegraron físicamente antes de marzo 1 de 2009; en un 15 % entre marzo 1 de 2009 y octubre 21 de 2010 y un tercer grupo a partir de octubre 22 de 2010.

Este tema es alternativo con la posibilidad de desintegrar vehículos matriculados dentro o fuera de CALI; su desvinculación e incorporación al sistema MIO o de otro municipio o de otro radio de acción; o su simple desvinculación.

2.8. No obstante lo dicho, los vehículos busetas Modelo 1999 de placas VBW 359 y VBX 151, de propiedad de LUIS BERNARDO BARCO HENAO, padre de quien los administra EDINSON HENAO COLINA y quien se considera presuntamente fallecido y VBV 762 y VBV 145, afiliados por más de 6 años a la Cooperativa Especializada de Transportes y Servicios LA ERMITA, que por virtud de la Resolución No. 456 de agosto 15 de 2007 y de la Resolución No. 4152.0.21.0408 de marzo 22 de 2012, se le fija la capacidad mínima en 204 y la capacidad máxima en 245².

En cumplimiento de la Resolución No. 456 de 2007, a través de la Resolución No. 4152.9.8.685 de diciembre 10 de 2007, se cancela la operación a 43 busetas de servicio público afiliadas a la Cooperativa LA ERMITA LTDA., sin considerar que dicho acto había sido objeto de demanda al igual que las Resoluciones Números 260 y 266 de septiembre 8 de 2000, lo cual considera irregular debido a que ha debido operar el fenómeno de prejudicialidad.

Así mismo el 13 de octubre de 2010 fueron notificadas 49 resoluciones a la misma cooperativa, afectando las busetas VBV 762(Resolución No. 411.021.0339 que confirma Resolución No. 4152.0.9.9.1211 de octubre 13 de 2010) y VBV 145 (Resolución No. 4152.0.9.9.1204) de propiedad del muerto presunto LUIS

² Dicho acto administrativo se afirma modifica la Resolución 519 de febrero de 2005 y las Resoluciones 260 y 266 de septiembre 8 de 2000, estas últimas demandadas ante la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que la propia Resolución No. 456 de agosto 15 de 2007

BERNARDO BARCO HENAO, sin que a la fecha hayan sido resueltos los recursos interpuestos ni resuelta la vía gubernativa, motivo por el cual no pueden ser afectados tales vehículos con la medida y que sus efectos fueron suspendidos por virtud de fallo de tutela hasta agosto 17 de 2012 y que a la fecha de presentación de demanda, tampoco habían sido objeto de trámite con fines de notificación las decisiones definitivas que se deban asumir al respecto.

- 2.9.** A través de Decreto 411.0.20.0246 de abril 17 de 2012 modificado por el Decreto No. 411.0.20.0373 de junio 7 de 2012, se autoriza la vinculación de la flota de referencia restante del SITM MIO y se fijan equivalencias para reducir la oferta de transporte público, acotando que el tamaño de la flota de referencia es diversa de la contratada mediante concesión de METROCALI y sus operadores.
- 2.10.** A través de diversas resoluciones individuales se ajusta la capacidad operadora de la Cooperativa en un 16 % y cancela la operación a su vez de 35 vehículos, actos administrativos que han sido objeto de recurso y algunos ya fueron demandados otros no, por no haber sido agotada la vía gubernativa.
- 2.11.** Mediante Oficio No. 4152.0.9.9.1210 de mayo 16 de 2012, dirigido a CARLOS ALBERTO RIVERA DE LA PAVA se informa de la cancelación de la tarjeta de operación de los vehículos afiliados a la Cooperativa LA ERMITA entre ellos los vehículos de placas VBW 359 (Resolución 4152.0.9.9.0660 de la cual se adjunta copia auténtica) y VBX 151 (Resolución No. 4152.0.9.9.0668 de la cual se adjunta copia auténtica), de propiedad de CARLOS EDISON HENAO COLINA, lo cual considera arbitrario, por no respetarse el deber adquirido a través del FONDO FRESA y por reducir los porcentajes de las etapas 2 y 3 Fase I impidiendo la actividad que desarrollaban los propietarios de tales vehículos.
- 2.12.** Es un hecho que MIO no tiene cobertura del 100%, lo cual ha sido objeto de divulgación a través de medios de comunicación y que ha significado la cancelación de rutas y el incumplimiento por incapacidad del MIO.
- 2.13.** Se agotó trámite de conciliación prejudicial el 7 de marzo de 2013.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

3.1. Violación al debido proceso administrativo

Invoca como transgredidos los artículos 29 de la Carta Política; 3, 14, 28, 34, 35, 46, 50 y 51 del C. C. A., que transcribe.

Lo anterior ya que con fundamento en la gradualidad de las fases requeridas para impulsar el SITP MIO, establecidas como garantía de la defensa de los ciudadanos y so pretexto de la discrecionalidad administrativa, se expiden actos administrativos que omiten procedimientos y desconocen el derecho a defensa y las posibilidades de aportar pruebas y de ejercer el derecho de contradicción; por ausencia de notificación y de posibilidades de instaurar los respectivos recursos en vía gubernativa, situación considerada violatoria del debido proceso en especial de los artículos 28 y 34 ya citados.

La expedición de los actos acusados fue equivocada, en cuanto se implementó la Fase II sin agotar en debida forma la Fase I; no existen vehículos que cubran servicios como los de la Ermita, y además no se siguieron las ritualidades de notificación en la forma requerida para tales fines, no obstante se cancelan tarjetas de operación y las rutas que cubrían, en forma injusta e inequitativa, lo cual considera vía de hecho, desconoce el principio de confianza legítima y les impide a las personas vinculadas a la actividad de transporte, brindar sustento a las familias.

SITM MIO no tiene cobertura en el 100 % de la ciudad y sin embargo se retiran del servicio vehículos que cubrían el servicio, para cuyos efectos acude a citas de prensa y medios de comunicación, lo cual considera desconoce obligaciones contractuales; así como los documentos CONPES y los derechos adquiridos por la empresa habilitada la ERMITA y los propietarios de los respectivos vehículos, lo cual refleja falta de planeación e impulso de medidas a la postre arbitrarias.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Alcaldía de Santiago de Cali, refiere confusión en cuanto a la naturaleza de los actos acusados, ya que los actos administrativos que determinan la capacidad transportadora no son actos de carácter particular y concreto sino regulaciones para asegurar el servicio de transporte. Los demandantes no ostentaban derecho adquirido alguno, sino permiso otorgado por el ente territorial para ejercer la

actividad de transporte y corresponde a actos de ejecución que permitirán dar cumplimiento a la Resolución No. 456 de 2007.

Además, tales actos fueron recurridos en apelación cuyo trámite se surtió en legal forma y oportunidad, es decir sin desconocer el debido proceso con arreglo a las sentencias T 026 de 2006 y T 1094 de 2006 que transcribe por apartes y permiten según la entidad demandada, realizar modificaciones a decisiones asumidas por autoridades de tránsito, en uso de la prerrogativa legítima de facilitar al Estado la función reguladora del servicio de transporte y tránsito. Según dicha doctrina, no siempre se requiere del consentimiento previo para ser revocados y no se dan los requisitos legales que permitan, en el caso que nos ocupa, no revocar tales actos. Plantea además como excepción la inexistencia de causal para declarar la nulidad de los actos acusados.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La partes demandante al exponer sus alegatos de conclusión, mediante escrito de septiembre 6 de 2017³, reitera los argumentos planteados en la demanda, con fundamento en la ausencia de trámite administrativo; omisión de estudios técnicos y conocimiento de los estudios; falta de agotamiento etapas del SITP MIO; carencia de flota del SITP MIO y revocatoria directa de actos administrativos; publicaciones de prensa.

La parte demandada, refiere que no hay nexo de causalidad adecuada entre contratista y demandante; no se aportó acto administrativo que pruebe el retiro de vehículos del sistema de transporte público y existe ausencia de nexo causal entre demandante y concesionario; los vehículos no fueron retirados de actividad. Excepcionó además inexistencia de daño antijurídico indemnizable.

El Ministerio Público, no conceptuó.

6. CONSIDERACIONES

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

- Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial,

³ Folios 739 al 783

debe el Despacho determinar si procede declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos elevados a resolución:

- 4152.0.9.9.1204 de octubre 13 de 2010 y 4152.0.21.0324, que en aplicación de la Resolución No. 456 de 2007 deciden cancelar en primera y segunda instancia la tarjeta de operación del vehículo de placas VBV 145;
- 4152.0.9.9.1211 de octubre 13 de 2010 y 4152.0.21.0339, que en aplicación de la Resolución No. 456 de 2007 deciden cancelar en primera y segunda instancia la tarjeta de operación del vehículo de placas VBV 762;
- 4152.0.9.9.0660 de 2012 y 4152.0.9.9.0668 de 2012, que en aplicación de la Resolución No. 456 de 2007 deciden cancelar la tarjeta de operación correspondientes a los vehículos de placas VBW 359 y BVX 151.

6.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- 6.2.1. Analizar el marco normativo de la cancelación de la tarjeta de operación de vehículos de servicio público de transporte.
- 6.2.2. Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;
- 6.2.3. Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la demandante el restablecimiento del derecho reclamado.

7. ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO DE LA TARJETA DE OPERACIÓN DE VEHÍCULOS DE SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE:

Inicialmente debe decirse que en sentencia T 026 de 2006, proferida por la Corte Constitucional con ponencia del doctor ALFREDO BELTRÁN SIERRA, determinó que el servicio público de transporte implica la posibilidad de emplear prerrogativas legítimas de regulación, control y vigilancia, con sustento en la sentencia T 1094 de 2005, que implica posibilidad de modificar lo que requiera para mejorar su organización y funcionamiento; exigir adaptación a demanda o conveniencia del usuario; vigilar y exigir el cumplimiento del servicio; revocar licencias antes de vencerse el plazo estipulado.

De conformidad con el Decreto 170 de 2001 artículo 24, la prestación de este servicio público de transporte estará sujeta a la expedición de un permiso o la celebración de un contrato de concesión o de operación suscrito por la autoridad competente, como resultado de un proceso licitatorio efectuado en las condiciones establecidas en el presente Decreto. El permiso para prestar el servicio público de transporte es revocable y obliga a su beneficiario a cumplir las condiciones establecidas en el acto que las concedió.

Así mismo, según el artículo 6 ibídem, dicho servicio se presta bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida y debidamente habilitada en esta modalidad, a través de un contrato celebrado entre la empresa y cada una de las personas que han de utilizar el vehículo de servicio público a esta vinculado, para recorrer total o parcialmente una o más rutas legalmente autorizadas.

Para obtener habilitación en la modalidad del Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor de pasajeros Metropolitano, Distrital y Municipal, las empresas deberán acreditar una serie de requisitos fijados por el artículo 15 ibídem. Dicha habilitación será de carácter indefinido mientras subsistan las condiciones exigidas y acreditadas para su otorgamiento. Las autoridades metropolitanas, distritales o municipales competentes podrán en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, verificar las condiciones que dieron origen a la habilitación.

A partir de la vigencia del Decreto 170 de 2001, las rutas y frecuencias a servir se adjudicarán por un término no mayor de cinco (5) años.

Cuando la adjudicación corresponda a concurso, los términos de referencia establecerán los objetivos de calidad y excelencia en el servicio, que en caso de ser cumplidos por la empresa le permitan prorrogar de manera automática y por una sola vez el permiso hasta por el término inicialmente adjudicado.

De otra parte, por virtud del artículo 27 ibídem, la Autoridad Metropolitana, Distrital o Municipal competente será la encargada de determinar las medidas

conducentes a satisfacer las necesidades insatisfechas de movilización. Para el efecto se deben adelantar los estudios que determinen la demanda de movilización, realizados o contratados por la autoridad competente.

Hasta tanto la Comisión de Regulación del Transporte señale las condiciones generales bajo las cuales se establezcan la demanda insatisfecha de movilización, los estudios deberán desarrollarse de acuerdo con los parámetros establecidos en la resolución 2252 de 1999. Cuando los estudios no los adelante la Autoridad de Transporte Competente serán elaborados por Universidades, Centros de Consulta del Gobierno Nacional y Consultores Especializados en el Área de Transporte, que cumplan los requisitos señalados para el efecto por la Comisión de Regulación del Transporte.

Así mismo, en los términos de referencia se establecerán los aspectos relativos al objeto de la licitación, fecha y hora de apertura y cierre, requisitos que deberán llenar los proponentes, tales como: las rutas disponibles, frecuencias, clase y número de vehículos, nivel de servicio, determinación y ponderación de los factores para la evaluación de las propuestas, término para comenzar a prestar el servicio, su regulación jurídica, derechos y obligaciones de los adjudicatarios y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas y claras. Los términos de referencia deberán establecer un plazo de duración del permiso, contrato de operación o concesión y las condiciones de calidad y excelencia en que se prestará el servicio.

En lo que se refiere a la tarjeta de operación, el artículo 55 ibídem señala que es el documento único que autoriza a un vehículo automotor para prestar el servicio público de transporte de pasajeros bajo la responsabilidad de una empresa de transporte, de acuerdo con los servicios autorizados.

El artículo 57 ibídem establece la vigencia de la tarjeta de operación por el término de dos (2) años y que la misma podrá modificarse o cancelarse si cambian las condiciones exigidas a la empresa para el otorgamiento de la habilitación.

8. HECHOS PROBADOS

En el caso que nos ocupa, el Despacho observa como hechos probados los siguientes:

La Alcaldía de Santiago de Cali, durante varios años ha venido adelantando medidas tendientes a procurar la prestación del servicio público de transporte de pasajeros, a través de un medio masivo que procure el mejoramiento de la calidad de vida de las personas y evite conflictos generados por la sobreoferta de dicho servicio conforme se viene prestando a través de las empresas de transporte público existentes.

Para tales efectos, la entidad territorial contó con el apoyo del Gobierno Nacional a través de la elaboración de diversos documentos CONPES, que igualmente procuraron asegurar la financiación del sistema y su adecuada operación; situación que igualmente aparece citada en la demanda y es aceptada en la contestación de la demanda.

El tema igualmente guarda correspondencia con el artículo 6 de la Resolución No. 456 de agosto 15 de 2007, que establece como criterios fundamentales para efectuar el retiro de vehículos la antigüedad, la posibilidad de transporte del mayor número de personas, la fecha de inscripción en el registro, según relación diseñada por la empresa transportadora que en el caso que nos ocupa es la COOPERATIVA ESPECIALIZADA DE TRANSPORTE Y SERVICIOS LA ERMITA LTDA., que se explica en los actos administrativos acusados, nunca dio cumplimiento a la norma.

De otra parte, mediante Resolución No. 260 de septiembre 8 de 2000, la COOPERATIVA ESPECIALIZADA DE TRANSPORTE Y SERVICIOS LA ERMITA LTDA.⁴, obtuvo incremento en su capacidad transportadora mínima de 228 a 242 unidades y máxima de 279 a 296 unidades, con sustento a su vez en el Decreto 876 de septiembre 4 de 2000 y en el Decreto 1558 de agosto 4 de 1998, que permitieron el ingreso de 172 busetas al parque automotor de la ciudad y delegaron dicha facultad en cabeza de la autoridad de tránsito.

A través de la Resolución No. 347 de diciembre 13 de 2000⁵, con sustento en diagnóstico y estudio de oferta y demanda realizado durante el año 1999⁶, se

⁴ Folios 43 y 44 Cuaderno No. 1

⁵ Folios 45 al 51 Cuaderno No. 1

redujo la capacidad conferida a dicha empresa a 228 mínima y a 279 máxima, nuevamente y por la motivación allí expuesta consistente en la necesidad de racionalizar el servicio de transporte y de mejorar la calidad de vida ciudadana y la necesidad de replantear el servicio a la Comuna 21.

Por Resolución No. 456 de agosto 15 de 2007⁷, se decidió reducir la capacidad transportadora, progresivamente y por anualidades a la generalidad de empresas transportadoras incluyendo la demandante, tomando en consideración la circunstancia anotada en nuevo estudio que refleja la disputa entre varias empresas por recoger pasajeros en diversas rutas y el diseño operacional del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO DE CALI, que arroja una sobreoferta de sillas ofrecidas en un 38 % y de vehículos circulantes en un 42 % y con sustento en los artículos 2, 3 de la Ley 105 de 1993; 3 de la Ley 336 de 1996; 3 del Decreto 2556 de 2001; 27 del Decreto 170 de 2001.

Según dicho acto administrativo, la COOPERATIVA ESPECIALIZADA DE TRANSPORTE LA ERMITA, a partir de agosto 1 de 2008, cuenta con una capacidad mínima de 204 vehículos y máxima de 245 vehículos, no obstante al entrar en operación el SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO, se reducirá en las etapas 1 y 2 en 49 vehículos cada una y en su etapa 3 en 29 vehículos⁸.

Mediante Resolución No. 4152.0.9.9 de octubre 13 de 2010, se fija la capacidad mínima en 248 vehículos y la máxima en 297 vehículos⁹; al paso que mediante Resolución No. 408 de marzo 22 de 2012, la fija en 157 mínima y 196 máxima¹⁰, en aplicación de la Resolución No. 456 de agosto 15 de 2007, teniendo en cuenta reducción de 15 % de flota en operación (49 vehículos).

A través de los actos acusados en el presente proceso¹¹, y con fundamento en las sentencias T 026 de 2006 y T 1094 de 2005, en armonía con los artículos 333,

⁶ Junto con Documentos CONPES 3504 visible a folios 28 al 42, Folios 176 al 204 Cuaderno No. 1

⁷ Folios 58 al 70 y 709 al 715 Cuaderno No. 1 A

⁸ Folios 65 y 66 Cuaderno No. 1

⁹ Folios 684 y 685 Cuaderno No. 1 A

¹⁰ Folios 716 al 719 Cuaderno No. 1 A

¹¹ Resolución No. 4152.0.9.9.0660 de mayo 14 de 2012 a folios 8 al 12 Cuaderno No. 1 y 8 al 12 archivo del Despacho que ordena cancelar la tarjeta de operación de la buseta de placas VBW 359 vinculada a la COOPERATIVA DE TRANSPORTE ESPECIALIZADA DE TRANSPORTE Y SERVICIOS LA ERMITA según consta a folios 8 al 18; Resolución No. 4152.0.9.9.0668 de mayo 14 de 2012 a folios 8 al 23 que ordena cancelar la tarjeta de operación a la buseta de placas VBX 151 vinculada a la COOPERATIVA DE TRANSPORTE ESPECIALIZADA DE TRANSPORTE Y SERVICIOS LA ERMITA según consta a folios 18 al

334 y 365 de la Carta, que faculta a los entes de tránsito para modificar la capacidad transportadora de las empresas de transporte sin consentimiento previo de estas, dada la naturaleza de tales actos administrativos; se cancela la tarjeta de operación a 4 vehículos contratados por parte de la Cooperativa de Transporte especializado LA ERMITA¹², para prestar dicho servicio público; actos administrativos que fueron a su vez expedidos con sustento en la Resolución No. 456 de agosto 15 de 2007 artículo 6¹³, que autorizó la disminución del parque automotor a la generalidad de empresas de transporte de la ciudad de Santiago de Cali, por sobreoferta y disputas entre operadores.

La tarjeta de operación de los vehículos tuvo vigencia entre octubre 23 de 2013 y diciembre 4 de 2015 para el vehículo MICROBUS de placas VBX 151 Modelo 2000; entre octubre 31 de 2012 y diciembre 4 de 2013 para el vehículo MICROBUS de placas VBV 145 Modelo 1999; y entre octubre 31 de 2012 y diciembre 4 de 2013, para el vehículo MICROBUS de placas VBV 762 Modelo 1999¹⁴. La copia de la Tarjeta de Operación del Vehículo de Placas VBW 359, señala su vigencia hasta diciembre 4 de 2017 y su Modelo es 2000 y se afirma corresponde a MICROBUS¹⁵.

Los vehículos se tiene evidencia de su operación hasta la vigencia del año 2014 y a julio 30 de 2015, no habían cancelado el impuesto correspondiente a dicho año, según los correspondientes certificados de tradición de los vehículos de Placas VBX 151, VBW 359, VBV 145, VBV 762 allegados a la actuación.

La empresa transportadora contrató el 10 de diciembre de 2012 por un espacio de 2 años contados a partir de su aceptación así, Vehículo Placas VBV 145 Modelo 1999; Placas VBV 762¹⁶. Igualmente, los vehículos de Placas VBW 359 y VBX 151 fueron contratados por espacios de tiempo similares¹⁷.

26 cuaderno No. 1 y 17 al 21 Cuaderno archive del Despacho; Resolución No. 4152.0.9.9.1204 de octubre 13 de 2010, confirmada mediante Resolución No. 411.0.21.0324 de mayo 7 de 2012, que ordena cancelar la tarjeta de operación a la buseta de placas VBV 145 vinculada a la COOPERATIVA DE TRANSPORTE ESPECIALIZADA DE TRANSPORTE Y SERVICIOS LA ERMITA según consta a folios 684 al 686, 687 al 692 Cuaderno No. 1 A 20 al 24 y 25 al 37 Cuaderno No. 2; 790 al 793 Cuaderno No. 3; Resolución No. 4152.0.9.9.1211 de octubre 13 de 2010 y Resolución No. 411.0.21.0339 de mayo 7 de 2012 a folios 694 al 697 y 698 al 703 frente y vuelto, 2 al 5 y 6 al 19 cuaderno No. 2; 790 al 793 Cuaderno No. 3 que ordenan cancelar la tarjeta de operación a la buseta de placas VBV 762 vinculada a la COOPERATIVA DE TRANSPORTE ESPECIALIZADA DE TRANSPORTE Y SERVICIOS LA ERMITA y CDS

¹² Los contratos con esta empresa aparecen a folios 727 al 737 Cuaderno 1 B para las busetas de placas No. VBV 145 con vigencia de tarjeta de operación hasta diciembre 4 de 2013 y VBV 762 con vigencia de tarjeta de operación hasta diciembre 4 de 2013

¹³ Ver nuevamente folios 58 al 70 Cuaderno No. 1

¹⁴ Folios 16 Cuaderno No. 3; 732 y 737 Cuaderno No. 1B

¹⁵ Folios 618 y 633

¹⁶ Folios 728 al 730, 731 al 737 Cuaderno No. 1 B

¹⁷ Folios 614 al 633

Mediante Resolución No. 415 de noviembre 16 de 2006, se adjudica la concesión de servicio público masivo en la ciudad de SANTIAGO DE CALI a GIT MASIVO S. A., BLANCO Y NEGRO MASIVO S. A., ETM S. A. y UNIMETRO S. A.¹⁸

9. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Examinado el texto de los actos acusados, cuyo contenido es de carácter similar, el Despacho los considera ajustados al orden jurídico, en la medida que la administración fijó un número determinado de vehículos para ser retirados del servicio, con fundamento en la sobre oferta de sillas disponibles y como fuente generadora de conflictos y con base en los criterios de antigüedad, de la posibilidad de transporte del mayor número de personas y de la fecha de inscripción en el registro, en aplicación de la Resolución 456 de agosto 15 de 2007 artículo 6, decisión que implica la imposibilidad de continuar la prestación del servicio con la empresa contratante en este caso COOPERATIVA ESPECIALIZADA LA ERMITA.

El tema enunciado, se considera por el Despacho, se considera desarrolla el espíritu de las normas que rigen el transporte de pasajeros, pues se trata de una decisión que procura el interés general y mejorar la calidad de vida de los usuarios del transporte, en la medida que procura reducir la oferta de vehículos justamente por sobreoferta y con base en criterios como los de significar poca posibilidad de transporte (MICROBUS o BUSETA) y su antigüedad por ser modelos 1999 y 2000, en cuanto para la fecha de expedición de los actos acusados ya tenían entre 13 y 14 años de existencia.

Se dice en la demanda que la Resolución 456 de agosto 15 de 2007, al igual que otros actos administrativos fue objeto de demanda y que en virtud de tales actos, la vigencia de los actos enjuiciados sería objeto de prejudicialidad.

Al respecto, a través de diversos pronunciamientos, la jurisprudencia se ha ocupado de tema de la prejudicialidad:

"(...) Por prejudicialidad ha de entenderse la presencia, en un asunto judicial en trámite, de cuestiones pendientes de resolver por vía principal por otra autoridad judicial. Aunque el vocablo

¹⁸ Folios 705 al 08 Cuaderno No. 1 A

prejudicial (praeiudicare y praeiudicium), en un sentido amplio se emplea para referirse a toda cuestión que el juez de la causa u otra autoridad judicial deba resolver en el curso del proceso, antes de la sentencia, incluso las excepciones (...)" Corte Constitucional Sentencia C 816/2001. M.P. Alvaro Tafur.

"(...) La suspensión del proceso no está llamada a tener operancia sino en la medida en que las consecuencias posibles de un proceso, ajeno por definición a otro ya iniciado, obliguen por mandato de la ley al juez que tiene a su cargo el conocimiento de este último a aguardar la decisión definitiva que en el primero recaiga, habida cuenta que de no mediar esta tampoco le es dado proferir aquella para la que es requerido (...)" (C.S.J. Sala Civil. Auto 023/97).

"(...) La prejudicialidad se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial, diferente pero conexas, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre la que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca (...)" Auto 278 de 2009 de la Corte Constitucional.- Auto 278 de 2009 de la Corte Constitucional.- M.P. Humberto Sierra Porto.

Para que sea procedente la suspensión del proceso por **prejudicialidad**, es necesario entonces que este se encuentre en etapa para dictar sentencia y, a su vez, que el proceso con el que se guarda íntima relación no haya concluido, pues no tendría sentido suspender el proceso cuando en el otro ya se profirió sentencia que hizo.

Como según el enunciado probatorio, ninguna de las tarjetas de operación de los vehículos presuntamente afectados perdió vigencia antes de instaurarse la demanda, no es viable la prosperidad de las pretensiones, por cuanto el tema que guardaría relación con los hechos materia de demanda no se considera capaz de afectar derecho alguno de los demandantes, al margen de lo afirmado por los respectivos testigos en la audiencia de práctica de pruebas.

Si la posibilidad de brindar transporte es limitada temporalmente y en el caso que nos ocupa dicho límite se extendió a posteriori de la presentación del libelo, tampoco podemos hablar de derechos adquiridos o de prejudicialidad y el hecho de que se haya decidido una compensación a favor de propietarios de vehículos afectados, aunque se invoca, no es el fundamento de acusación de los actos cuya nulidad se solicita o por lo menos el transporte con el sector que venía trabajando en ello y que por tanto se ve expuesto a chatarrizar o sacar de circulación sus vehículos.

Así mismo al margen de que en el contrato de Concesión No. 4, se haya planteado la situación en el caso que nos ocupa de ninguna forma puede significar adquisición de determinado derecho, ya que lo perseguido a través de las pretensiones de la demanda es mantener la tarjeta de operación y la vigencia de la tarjeta de operación se insiste es de fecha posterior a la presentación del libelo

y de todas formas no afectaría el motivo invocado en los actos acusados, cual es el de la reducción de oferta y no el de la posibilidad o no de inclusión en el contrato de concesión No. 4.

Tampoco se explica en la demanda, y por consiguiente no se prueban las razones por las cuales no fue la misma empresa transportadora LA ERMITA, la encargada de citar los vehículos que debían ser excluidos de la posibilidad de prestar el servicio de transporte, según los criterios expuestos.

Conforme se explicó, el Decreto 170 de 2001 artículo 24 autoriza la prestación de este servicio público de transporte solamente sujeta a la expedición de un permiso que se confiere a una empresa determinada autorizada para subcontratar¹⁹ o la celebración de un contrato de concesión o de operación suscrito por la autoridad competente²⁰, como resultado de un proceso licitatorio.

En el proceso que nos ocupa se dio a favor de la COOPERATIVA ESPECIALIZADA DE TRANSPORTE LA ERMITA, que por su parte subcontrató los vehículos de Placas VBV 145 Modelo 1999; Placas VBV 762; VBX 151 y VBW 359²¹, con fecha diciembre 10 de 2012 y a partir de su aceptación como asociado que tampoco aparece evidenciada desde el punto de vista probatorio frente a tales vehículos y para los fines del artículo 6 de la Resolución 456 de 2007.

Así las cosas, el hecho de que se haya producido una sobre oferta de vehículos, y que con su sustento se haya determinado a su vez la no continuidad en la prestación del servicio, no autoriza al propietario del vehículo afectado por alguna de tales características, para exigir la continuidad en la tarjeta de operación, toda vez que esta se expide conforme a la normatividad vigente, en forma temporal y por un período que no puede superar los 5 años.

Tampoco se probó que hubieren excepciones al tema de la posibilidad de retirar vehículos por antigüedad, por fecha de registro o que correspondiere a un vehículo con mayor capacidad de transporte de pasajeros.

¹⁹ A favor de una empresa que en particular subcontrata el vehículo a través del cual se deba prestar el servicio con el respectivo propietario

²⁰ Que en el presente caso se dio a favor de concesionarios que participaron en un proceso licitatorio, con el objetivo de prestar el servicio en forma masiva

²¹ Folios 614 al 618 y 619 al 628, y 629 al 633 Cuaderno No. 1; 728 al 730, 731 al 737 Cuaderno No. 1 B

Tales circunstancias, no son desvirtuadas en el caso que nos ocupa y si eventualmente se ejercieron acciones de tutela, las mismas iban encaminadas a superar yerros de tipo procesal en la notificación de los actos acusados que finalmente se corrigieron en cumplimiento del mandato impartido por el juez constitucional²².

De otra parte, tampoco existe claridad desde el punto de vista probatorio en las afirmaciones conforme a las cuales, se han implementado rutas de Fase II del SITM MIO no obstante que tal servicio no ha sido impulsado en forma total, así como impulsado nuevas rutas que no estaban en tales estudios, incumpliendo lo pactado²³, por cuanto no está probado qué rutas cumplían los vehículos afectados, ni cuales rutas se fijaron para afectar el tránsito que cumplían los mismos, ni la forma a través de la cual los demandantes procuraron obtener algún tipo de compensación para poder formar parte directa o indirectamente del SITM, que es tema diferente al de la posibilidad de retirar un vehículo para reducir la oferta.

En cuanto probable afectación del derecho al mínimo vital de los afectados; situación que ha permitido a la Personería plantear requerimiento por no retirar paulatinamente del servicio a buses a la par del crecimiento de rutas de servicio de transporte masivo en armonía con la presunta vulneración de la CLÁUSULA 58 del contrato de concesión No. 4, se insiste en cuanto se trata de un escenario diferente por cuanto era deber de la empresa transportadora o subsidiariamente de la autoridad de tránsito determinar qué vehículos deberían salir de circulación por sobre oferta, conforme al artículo 6 de la Resolución No. 456 de 2007.

Si se requería incorporar los vehículos al sistema MIO o de otro municipio o en otro radio de acción, los actos administrativos acusados no se refieren a tales circunstancias, sino simplemente a la posibilidad de desvincularlos del sistema de transporte de la ciudad de CALI por sobre oferta ya sea porque no es un medio adecuado (de mayor capacidad), menos antiguo o en fecha de registro diversa.

Si para reducir la oferta de transporte público en un 30 %, se autorizó una compensación equivalente a un salario mínimo legal vigente durante un período

²² Fallos de diciembre 18 de 2012 proferido por el Juzgado 20 Penal del Circuito de Santiago de Cali visible a folios 411 al 462, que afecta el vehículo VBX 151

²³ Cláusula 58 del contrato de concesión No. 4, que es objeto de transcripción junto con el Apéndice 7 del Protocolo Legal de Flota a folios 343 al 348, incluyendo la desintegración física de los vehículos de transporte público locales y nacionales, la incorporación al MIO, la posible desvinculación de CALI y traslado o paso a otros municipios según Reglamento de Reconversión Empresarial, Social y Ambiental igualmente transcrito por apartes

de 30 meses, cubiertos a través del denominado Fondo FRESA a favor de los vehículos que se desintegraron físicamente antes de marzo 1 de 2009; en un 15 % entre marzo 1 de 2009 y octubre 21 de 2010 y un tercer grupo a partir de octubre 22 de 2010, en el caso que nos ocupa no hay evidencia de chatarrización de ninguno de los vehículos afectados.

Tampoco existe solicitud en tal sentido y si la hubiere ello no puede implicar derecho adquirido a permanecer prestando servicio de transporte en CALI, debido a que se insiste el retiro de los vehículos cuya demanda se plantea, se produce por sobre oferta, al margen de haber permanecido afiliados por más de 6 años a la Cooperativa Especializada de Transportes y Servicios LA ERMITA, que por virtud de la Resolución No. 456 de agosto 15 de 2007, que a través de la Resolución No. 4152.0.21.0408 de marzo 22 de 2012, se le fija la capacidad mínima en 204 y la capacidad máxima en 245²⁴.

La demanda es contradictoria en cuanto en las pretensiones se acusa las decisiones resueltas en apelación, no obstante se refiere en los hechos de la demanda que el 13 de octubre de 2010 fueron notificadas 49 resoluciones a la misma cooperativa, afectando las busetas VBV 762(Resolución No. 411.021.0339 que confirma Resolución No. 4152.0.9.9.1211 de octubre 13 de 2010) y VBV 145 (Resolución No. 4152.0.9.9.1204) de propiedad del muerto presunto LUIS BERNARDO BARCO HENAO, sin que a la fecha hayan sido resueltos los recursos interpuestos ni resuelta la vía gubernativa.

Similar crítica se realiza frente a la afirmación de ausencia de trámite de la sentencia de tutela de agosto 17 de 2012 por cuanto supuestamente a la fecha de presentación de demanda tampoco habían sido objeto de trámite con fines de notificación las decisiones definitivas que se deban asumir al respecto.

Corolario de lo anterior, resulta imperativo negar las pretensiones de la demanda.

10. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

²⁴ Dicho acto administrativo se afirma modifica la Resolución 519 de febrero de 2005 y las Resoluciones 260 y 266 de septiembre 8 de 2000, estas últimas demandadas ante la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que la propia Resolución No. 456 de agosto 15 de 2007

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.²⁵, entre otras cosas, establece que:

“(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”.

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación²⁶:

*“(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...)**” (Se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENAS EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

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

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo dicho, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santiago de

²⁵ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en esta instancia, según lo expuesto en la parte motivada de proveído.

TERCERO: LIQUIDAR los gastos del proceso y **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere.

CUARTO: Cumplido lo anterior, **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez