



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 760012331000-2010-01824-02
AUTORIDADES MUNICIPALES
Actor: MARÍA THENAYS VIVAS RIASCOS Y OTRO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el tercero interesado en las resultas del proceso Cooperativa de Transporte Mixto COOTRAMIXCAM, contra la sentencia de fecha 19 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca- Sala Especial de Descongestión, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES



1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones

En ejercicio de la acción de nulidad, la demandante solicita la nulidad de la Resolución No.41520200269 de 11 marzo de 2010, expedida por la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Santiago de Cali, por la cual se otorga habilitación a la empresa de transporte público terrestre automotor mixto municipal denominada Cooperativa de Transporte Mixto de Camperos “COOTRAMIXCAM” y se dictan otras disposiciones.

1.2. Hechos

De acuerdo con el texto de la demanda, se pueden resumir en los siguientes:

El Secretario de Tránsito y Transporte Municipal de Santiago de Cali expidió la resolución demandada en uso de sus facultades constitucionales y legales, especialmente las contenidas en el artículo 8º de la Ley 336 de 1996, el artículo 9º del Decreto 175 de 2001 y del Decreto 411.0.020.0456 del 29 de agosto de 2008.

En la parte considerativa del acto acusado se indica que la Cooperativa de Transporte COOTRAXIMACAM, mediante radicado No. 107977 del 03 de diciembre de 2009, solicitó a la Secretaria del Tránsito y Transporte Municipal de Santiago de Cali, habilitación para operar como Empresa de Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Mixto, en cumplimiento de la exigencia del Decreto 175 de 2001.



Igualmente señala el acto acusado que la Secretaría de Tránsito realizó un estudio evaluativo de los requisitos con el fin de verificar si la solicitante cumplía con lo exigido en el Decreto 175 de 2001; y, revisada la totalidad de la documentación aportada por la peticionaria, concluyó que se ajustaban a las condiciones y requisitos definidos en el Decreto 175 de 2001 y por lo tanto recomendó otorgar la habilitación de la misma para operar por primera vez como Empresa de Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Mixto Municipal.

También se dispuso que la asignación y frecuencia de los recorridos se realizara de acuerdo con los estudios y necesidades de oferta y de demandas insatisfechas de movilización de conformidad con el artículo 24 y siguientes del Decreto 175 de 2001 y de acuerdo con la licitación pública que se realice para tal efecto.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

La actora invoca como normas vulneradas los artículos 2°, 6°, 13, 29, 122 Y 123 de la Constitución Política; los artículos 3, 5, 6 de la Ley 105 de 1993; los artículos 2, 3, 4, 5 y 8 de la Ley 336 de 1996; el artículo 9 del Decreto 175 de 2001 Decreto 4190 de octubre 29 de 2007 y la Resolución No. 478 de febrero 22 de 2010. La demandante básicamente argumenta en el concepto de la violación cuatro cargos:



1.- Incompetencia para expedir la resolución

Señala la accionante que la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Santiago de Cali, no estaba facultada por la Constitución y por la Ley para proferir el acto que se impugna, pues, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 336 de 1996 y el artículo 9 del Decreto 175 de 2001, son autoridades de transporte competentes, los alcaldes municipales o distritales o las entidades en las que ellos deleguen tal atribución.

De la simple lectura comparativa entre las disposiciones citadas y el acto acusado, se infiere la clara violación legal ya que, la ley preceptúa que la autoridad de transporte competente en la jurisdicción municipal es el alcalde o la entidad en la que este delegue tal atribución. En el acto acusado no se menciona la disposición por medio de la cual el señor alcalde hubiese delegado en la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal la facultad para otorgar entre otras, habilitaciones a las empresas de transporte público en cualquiera de sus modalidades. La norma que se menciona es un decreto de nombramiento que acredita que quien lo expidió es el Secretario de Tránsito y Transporte, pero no aparece la disposición que lo faculte expresamente, por lo que el citado funcionario usurpó las funciones que legal y constitucionalmente le han sido asignadas al Alcalde Municipal sin contar con la delegación de éste.

2.- Violación de las normas en que debía fundarse



La razón para que se declare la nulidad de la resolución acusada radica en que el otorgamiento de la habilitación a la Cooperativa de Transporte Mixto de Camperos “COOTRAMIXCAM”, para operar en la modalidad de transporte público terrestre automotor mixto de que tratan los artículos 11, 14 y 15 del Decreto 175 de febrero 5 de 2001, “Por el cual se reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor mixto”, debió preceder a un estudio que determinara la necesidad de una demanda insatisfecha de movilización en esta modalidad, elaborado conforme a los parámetros establecidos en la Resolución 478 de 2010, expedida por el Ministerio de Transporte, pero se insiste en que una vez fijada la necesidad de la demanda insatisfecha de movilización, la secretaría de tránsito y transporte de Santiago de Cali estaba obligada a abrir un concurso que garantizara la libre concurrencia y la iniciativa privada, en el cual podían participar todas las empresas interesadas en prestar el servicio con el lleno de los requisitos establecidos en los términos de referencia, por lo que se violaron los criterios básicos rectores del transporte contenidos en las normas mencionadas y en especial la Resolución 478 de 2010 y los artículos 6 y siguientes del Decreto 4190 de 2007 relacionados con el concurso público, los términos de referencia etc.

Según la parte actora los preceptos constitucionales señalados, fueron violados por el Secretario de Tránsito y Transporte Municipal de Santiago de Cali, pues además de no estar facultado expresamente para expedir el acto omitió el procedimiento que debía seguirse señalado en el Decreto 4190 de octubre 29 de 2007, *“Por el cual se establece del procedimiento para otorgar el permiso de prestación de servicio público automotor mixto.”*



La resolución acusada es violatoria de lo establecido en el párrafo 1º del artículo 6 y el artículo 8 y siguientes del Decreto 4190 de 2007, por cuanto en esa disposición de carácter superior, se establece en forma clara y precisa el procedimiento para otorgar el permiso de prestación del servicio público de transporte terrestre automotor, al cual debe arribarse previo agotamiento del procedimiento consagrado en la Resolución 478 de 2010 que hace relación a la determinación de las necesidades y demanda insatisfecha de movilización de esta modalidad de servicio. Una vez realizados los estudios que establezcan que hay una demanda insatisfecha de movilización, se dará cumplimiento al artículo 11 del Decreto 4190 de 2007, en el sentido de ordenar la apertura a concurso público, el cual debe estar precedido de los términos de referencia correspondientes. Agotado este procedimiento previo si la empresa concursa para esta modalidad de servicio y se le adjudica el servicio, se podrá habilitar.

El Decreto 4190 de octubre 29 de 2007, *“Por el cual se establece el procedimiento para otorgar el permiso de prestación de servicio público de transporte terrestre automotor mixto”*, estaba vigente para la época de la solicitud de habilitación de la Cooperativa de Transporte Mixto de Camperos “COOTRANXCAP”.

El acto acusado señala que revisada la totalidad de la documentación allegada por el solicitante se concluye que se ajusta a las condiciones y requisitos definidos en el Decreto 175 de 2001 y por lo tanto recomendó



otorgar la habilitación de la misma para operar por primera vez como Empresa de Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Mixto Municipal e indicó que la asignación y frecuencia de los recorridos se realizaría de acuerdo a los estudios y necesidades de oferta y de demandas insatisfechas de movilización de conformidad con el artículo 24 y siguientes del Decreto 175 de 2001 y de acuerdo con la licitación pública que se realice para tal efecto. Sin embargo, el Consejo de Estado, mediante fallo de 24 de agosto de 2006, declaró nulidad de los artículos 23, 24, 25, 26, 27 y 28 del Decreto 175 de 2001 considerando que en el otorgamiento de permisos en el servicio mixto no se podía prescindir del concurso público y por lo tanto el Decreto violaba los artículos 3 de la Ley 105 de 1993 y 19 de la Ley 336 de 1996.

A raíz de esta declaratoria de nulidad el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4190 de octubre 29 de 2007, estableciendo el procedimiento para otorgar el permiso de prestación del servicio público de transporte terrestre automotor mixto. Esta norma no estableció la metodología como tampoco permite la aplicación de otra norma ya existente para otorgar los permisos, por lo que el Ministerio Transporte reglamentó dicha metodología en la Resolución 478 de 22 de febrero de 2010.

Lo anterior significa que tan solo a partir del 22 de febrero de 2010 se adoptó la metodología por parte de Ministerio de Transporte para que las autoridades de transporte competentes realicen los estudios para determinar las necesidades y demanda insatisfecha de movilización en esta modalidad de servicio. Una vez realizados dichos estudios que establezcan que hay una



demanda insatisfecha de movilización se dará cumplimiento al artículo 11 del Decreto 4190 de 2007, en el sentido de ordenar la apertura del concurso público, el cual debe estar precedido de los términos de referencia correspondientes.

En virtud del artículo 17 transitorio del Decreto 4190 de 2007 en la actualidad, solamente las empresas de transporte mixto que obtuvieron el certificado de registro de recorridos mixtos en vigencia del Decreto 175 de 2001 podían continuar transitoriamente, prestando el servicio, hasta tanto la autoridad competente agote el procedimiento de adjudicación de las zonas de operación.

Esta no era la situación de la Cooperativa “CONTRAMIXCAM”, por cuanto no obtuvo registro de horarios y recorridos con anterioridad al fallo de 24 de agosto de 2006, a más de que, para esa fecha tampoco estaba constituida y la solicitud de habilitación solo se dio con posterioridad al mencionado fallo, cuando ya se había expedido la normatividad que establecía el procedimiento que regulaba el tema, por lo que no era posible otorgar la habilitación debido a que la habilitación debe estar precedida de un concurso para el otorgamiento de servicios, los cual sólo se podría hacer una vez se estableciera la metodología necesaria.

3.- Desviación de Poder

Al violarse el procedimiento reglado para otorgar la habilitación a empresas nuevas, para operar como empresa de transporte público terrestre automotor



mixto consagrado en normas superiores, se presenta una nulidad porque se expidió acto discrecional, desconociendo el procedimiento que para dichos efectos disponen la ley y el reglamento, quedando incurso en desviación de poder, toda vez que las facultades fueron aplicadas desbordando el marco referencial y sustantivo.

4.- Falsa motivación

La realidad administrativa, determinada en el trámite para expedir el acto acusado, fue distorsionada, por cuanto no se cumplieron los requisitos exigidos que establecen las disposiciones ya citadas. Por el contrario, se otorgó habilitación a dicha empresa sin que previamente se agotara el trámite de concurso público, sujeto a estudios técnicos, términos de referencia, publicaciones, propuestas, evaluación de propuestas, adjudicación, pólizas de cumplimiento entre otros. No era posible que sin agotar el procedimiento que dispone la Resolución 478 de 2010 y el Decreto 4190 de 2007 se otorgara una habilitación.

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

-El tercero interesado en el resultado del proceso, Cooperativa de Transporte Mixto de Camperos, COOTRAMIXCAM, se opuso a la prosperidad de la demanda, argumentando:



Respecto de la competencia para expedir la resolución demandada, manifestó que no puede hablarse de incompetencia cuando existe, no solo un nombramiento legal que faculta al entonces secretario de tránsito para poder expedir este tipo de actos administrativos incluso con delegación del señor alcalde, sino un acto reglamentario de funciones propias de su cargo contenido en el Decreto Extraordinario 0203 del año 2001, artículo 229 numerales 1, 3, 10, 26 y 33.

En cuanto a la violación de las normas en que debería fundarse, indica que la Cooperativa elevó como solicitud la habilitación y aclara que una cosa es habilitación y otra el permiso. La habilitación está enmarcada dentro de la libertad empresarial con el lleno de los requisitos legales que se contemplan, y el permiso es para poder operar respecto a las zonas de operación que contempla el Decreto 4190 del año 2007. La habilitación por sí sola no autoriza la vinculación de vehículos pues para obtener la prestación del servicio se debe ganar por licitación pública la concesión y operación del servicio conforme a lo que el municipio de Santiago de Cali desarrolle como consecuencia de la implementación.

Insiste que si bien su petición de habilitación se basó en el Decreto 175 del 2001, también son conscientes de que para poder obtener el permiso de la prestación del servicio deben concursar en licitación pública, como así lo establece la misma resolución que otorgó la habilitación de la Cooperativa de Transporte Mixto COOTRAMIXCAM.



Propone como excepciones la inexistencia de causa petendi para demandar, indebida integración de todos los litis consortes necesarios y prescripción de la acción.

- La Alcaldía de Santiago de Cali, igualmente se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que frente al cargo de falta de competencia basta con manifestar que el Alcalde de Santiago de Cali, expidió el Decreto 320 de mayo 25 de 2001, “por medio del cual se delegan unas funciones en la Secretaria de Tránsito y Transporte Municipal”, en cuyo artículo primero, literal a) se delegó la función de otorgar, negar y cancelar la habilitación para el funcionamiento de empresas de servicio de transporte de pasajeros en el radio de acción municipal, el cual se encontraba vigente para la fecha de la expedición de la resolución demandada.

En cuanto a la violación de las normas en que debía fundarse, señala la demandada que debe distinguirse muy bien entre lo que es el trámite de HABILITACIÓN de las empresas de transporte público, y lo que constituye propiamente el régimen jurídico para el otorgamiento del PERMISO.

La habilitación y el permiso para la prestación del servicio público de transporte, son dos trámites claramente diferenciados, pues mientras la primera está relacionada exclusivamente con la Creación y Funcionamiento de las Empresas de Transporte Público, sigue siendo competencia del Gobierno Nacional fijar las condiciones para su otorgamiento en términos de organización y capacidad económica y técnica, señalando los requisitos que deberán acreditar los operadores; el segundo (el Permiso) refiere un trámite



cuya finalidad es eminentemente operativa, por lo que ambos conceptos son susceptibles de ser escindidos en cuanto a su tramitación, sin que con ello, el otorgamiento de la habilitación sin el permiso, tenga la suficiente vocación jurídica para constituir la nulidad del acto habilitante.

El trámite de habilitación mereció que en el Decreto 175 de 2001 le dedicara el TÍTULO II (artículos 11 a 17); y para el permiso para la prestación del servicio se encarga el TÍTULO IV de la misma norma.

En manera alguna de las disposiciones correspondientes al trámite habilitante, que son únicamente las contenidas entre los artículos 11 y 17 del Decreto 175 de 2001, se desprende como requisito para que la empresa obtenga su habilitación la previa obtención del permiso de prestación del servicio público de transporte terrestre automotor mixto.

Se encuentra consignado en el derecho positivo de transporte el principio de libertad de empresa, lo cual constituye otra diferencia sustancial entre la habilitación y el permiso. En efecto el numeral 6º del artículo 3º, de la Ley 105 de Diciembre 30 de 2003, establece este principio en los siguientes términos: Para la constitución de empresas o de formas asociativas de transporte no se podrán exigir otros requisitos que los establecidos en las normas legales y en los reglamentos respectivos, frente a lo cual es claro que uno es el reglamento para la habilitación: Decreto 175 de 2001 y otro es el reglamento para el otorgamiento del permiso Decreto 4190 de octubre 29 de 2007 *“Por el cual se establece el procedimiento para otorgar el permiso de prestación del servicio público de transporte terrestre automotor mixto”*.



En el trámite del permiso, el ordenamiento jurídico establece los principios que lo rigen, muy distintos a los prescritos para la habilitación, como son: el de libre concurrencia y la iniciativa privada que solo garantiza el concurso público a lo cual no está sujeto el trámite de habilitación, aunque el inciso segundo del artículo sexto del Decreto 4190 de 2007 curiosamente no mencionado por la demandante en su libelo, al prescribir la naturaleza jurídica del permiso, establece que el mismo está condicionado a la habilitación; y una cosa es un condicionamiento y otra bien diferente es un requisito, por ello es claro que las normas jurídicas que fundamentan el acto acusado son aplicables al trámite de la habilitación razón por la cual el acto se ajusta a la legalidad.

Con fundamento en lo anterior no es de recibo para la demandada la desviación de poder y la falsa motivación, que buscan la declaratoria de nulidad del citado acto basándose en argumentos jurídicos que hacen alusión al permiso para la prestación del servicio público de transporte mixto, lo cual no corresponde a la temática a que se refiere el acto atacado, pues el mismo trata de la habilitación mas no del permiso.

II. SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca- Sala Especial de Descongestión profirió sentencia mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda, considerando:



En primer lugar, el Tribunal despachó la solicitud de excepciones propuesta tanto por la demandada MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, como la tercera interesada en las resultas del proceso COOPERATIVA DE TRANSPORTE MIXTO COOTRAMIXCAM, respecto de *la “inexistencia de causal de nulidad”* y *la “inexistencia de la causa petendi”* respectivamente, considerando que no ameritaban un pronunciamiento previo pues apuntan a enervar las pretensiones de la demanda; y en cuanto a la excepción de la indebida integración de todos los litis consortes necesarios fue resuelta mediante auto N° 160 de fecha 26 de agosto de 2011.

En cuanto al fondo del asunto el Tribunal consideró:

- El Decreto 175 de 2001 *"Por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Mixto"* establece en el artículo 9, cuales son las autoridades de Transporte competentes en la Jurisdicción Distrital y/o Municipal indicando que son los alcaldes municipales o distritales **o las entidades en las que ellos deleguen tal atribución**. Efectivamente el Alcalde Municipal de Santiago de Cali, autoridad de transporte, delegó las funciones establecidas en el Decreto Reglamentario 175 de 2001, relacionadas con el otorgamiento, negación y cancelación de la habilitación para el funcionamiento de empresas del servicio de transporte de pasajeros en el radio de acción municipal, en la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio, mediante Decreto 0320 de mayo 25 de 2001, lo que indica que el autor de la resolución demandada N° 4152.0.20.0269 de marzo 11 de 2010, estaba facultado para proferir el acto administrativo demandado.



En cuanto a si el acto demandado se profirió con violación del debido proceso, al fundamentarse el mismo en el Decreto 175 de 2001 y no en el Decreto Reglamentario 4190 de 2007, el Tribunal consideró que si bien el Decreto 175 de 2001 reglamentó el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Mixto y dispuso de manera general en su artículo 11 que: *"Las empresas legalmente constituidas, interesadas en prestar el Servicio Público de Transporte Terrestre Mixto deberán solicitar y obtener habilitación para operar"* y que **" La habilitación concedida autoriza a la empresa para prestar el servicio solamente en la modalidad solicitada. Si la empresa pretende prestar el servicio de transporte en una modalidad diferente, debe acreditar ante la autoridad competente de la nueva modalidad los requisitos de habilitación exigidos."**, el Decreto 4190 de 2007, *"Por el cual se establece el procedimiento para otorgar el permiso de prestación del servicio público de transporte terrestre automotor mixto"* modificó para las empresas nuevas la forma para que estas empresas entren a prestar el servicio, disponiendo en el párrafo del artículo 6º que las mismas deberán concursar y obtener la adjudicación del servicio y posterior a ello, obtener su habilitación.

"Artículo 6º. Concurso. El permiso para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor mixto tanto de carácter metropolitano, distrital o municipal como regional, en zonas de operación, se efectuará mediante concurso en el que se garantice la libre concurrencia y la iniciativa privada, con arreglo a lo dispuesto en esta disposición.

El permiso otorgado es revocable e intransferible, obliga a su beneficiario a cumplir las condiciones establecidas en el acto que lo concedió y está condicionado a la obtención de la habilitación por parte de la empresa en esta modalidad de servicio en los términos establecidos en el Decreto



175 de 2001.

Parágrafo 1°. Cuando se trate de empresas nuevas para esta modalidad de servicio, primero deben concursar y obtener la adjudicación del servicio y posteriormente habilitarse. "

Así mismo dispuso en el Capítulo III las disposiciones finales donde en su artículo 18 prevé:

"Artículo 18. Remisión. Las disposiciones del Decreto 175 de febrero 5 de 2001 continuarán vigentes y **aplican siempre que no sean incompatibles con el presente Decreto.**"

Para el a quo, frente a la normatividad transcrita debe responderse al problema jurídico planteado que habiéndose reglamentado en el Decreto 4190 de 2007, que las empresas nuevas para prestar el servicio deben concursar primero antes de obtener su habilitación, se encuentra que al expedirse la Resolución acusada no se aplicó esta normatividad que para la fecha se encontraba vigente en relación a dichas empresas y declaró la nulidad de la resolución acusada.

III. APELACIÓN

Solicita la tercera interesada en las resultas del proceso, la revocatoria de la sentencia de primera instancia, señalando que interpone el recurso de apelación basado en los argumentos defendidos desde la contestación de la demanda y manifestando que el Decreto 175 del año 2001, nace a la vida jurídica para reglamentar la habilitación de las empresas de transporte



público terrestre automotor mixto, como lo señala el artículo 1 del citado decreto; esto, frente a los procesos de habilitación; mientras que, frente al proceso para otorgar el permiso para prestar el servicio, nace a la vida jurídica el Decreto 4190 del año 2007.

No se puede hablar de incompatibilidad del Decreto 175 del año 2001 frente al Decreto 4190 del año 2007, cuando el objeto y alcance de esta última norma fue establecer los procedimientos para poder operar en la modalidad mixta, teniendo ya una disponibilidad de servicio, disponibilidad de áreas y que obligatoriamente debe de entrar a concurso mediante los procesos de licitación. La cooperativa COOTRAMIXCAM hizo uso del ejercicio de libertad empresarial que esta legítimamente consagrado en la norma, especialmente en la Ley 105 de diciembre del año 1993.

La habilitación no es un acto administrativo que permita a la empresa poder operar unas rutas o recorridos o como lo señala el Decreto 4190 de 2007, pues para poder operar son tres los requisitos mínimos, una capacidad transportadora, una disponibilidad del servicio y una habilitación, ésta última condicionada a unos requisitos adicionales una vez se tengan las áreas asignadas y la capacidad otorgada mediante concurso, por lo cual no estaríamos frente a la violación del debido proceso en la aplicación de la resolución acusada.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por auto 1 de diciembre de 2014, en esta instancia, se corrió traslado para



alegar a las partes y al Procurador Delegado, sin que hubieran hecho manifestación alguna.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a examinar las argumentaciones expuestas por el tercero interesado en las resultas del proceso, Cooperativa de Transporte Mixto de Camperos COOTRAMIXCAM, en el recurso de apelación, pues de conformidad el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil ésta providencia se limitará a conocer de los puntos o cuestiones a los cuales se contrae dicho recurso, pues los mismos, en el caso de apelante único, definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia.

-Sentencia del Tribunal

El Tribunal, luego de establecer la competencia del Secretario de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali para expedir el acto administrativo acusado, señaló que a pesar de que el Decreto 175 de 2001 reglamentó el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Mixto y dispuso de manera general en su artículo 11 que las empresas deberían solicitar y obtener habilitación para operar y que dicha habilitación autorizaría a la empresa para prestar el servicio solamente en la modalidad solicitada; el Decreto 4190 de 2007, *"Por el cual se establece el procedimiento para otorgar el permiso de prestación del servicio público de transporte terrestre automotor mixto"* modificó para las empresas nuevas la forma para que estas



empresas entren a prestar el servicio, disponiendo en el párrafo del artículo 6º que las mismas deberán concursar y obtener la adjudicación del servicio y posterior a ello, obtener su habilitación; y en el artículo 18 dispuso que las disposiciones del Decreto 175 de febrero 5 de 2001 continuarán vigentes y se aplicarían siempre que no sean incompatibles con este decreto, concluyendo entonces que de acuerdo con el Decreto 4190 de 2007 las empresas nuevas para poder prestar el servicio, deben concursar primero antes de obtener su habilitación, por lo que al expedirse la Resolución acusada no se aplicó esta normatividad que para la fecha se encontraba vigente en relación con dichas empresas y declaró su nulidad.

-El recurso de apelación

Básicamente el recurrente argumenta que el Decreto 175 de 2001 reglamenta la habilitación de las empresas de transporte público terrestre automotor mixto, mientras que el Decreto 4190 de 2007 señala los procedimientos para otorgar el permiso, por lo que no se puede hablar de incompatibilidad del Decreto 175 del año 2001 frente al Decreto 4190 del año 2007, cuando el objeto y alcance de esta última norma fue establecer los procedimientos para que las empresas de transporte público pudieran operar en la modalidad mixta, teniendo ya una disponibilidad de servicio.

El caso Concreto

Problema Jurídico.

El problema jurídico en este caso consiste en determinar si la habilitación



otorgada en la resolución acusada se hizo de acuerdo con las normas que rigen la habilitación para el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Mixto, es decir, si la misma debió fundamentarse en el Decreto 175 de 2001 o en el Decreto 4190 de 2007.

-El acto acusado, por el cual se otorga la habilitación a la empresa de Transporte Público Terrestre Automotor Mixto Municipal denominada Cooperativa de Transporte Mixto de Camperos COTRAMIXCAM, fue expedido por el Secretario de Tránsito y Transporte Municipal de Santiago de Cali en uso de sus facultades constitucionales y legales, especialmente de las conferidas en el artículo 8 de la Ley 336, el artículo 9 del Decreto 175 de 2001 y el Decreto No. 411.0.20.0456 del 29 de agosto de 2008. Además como fue establecido por el a quo, a fin de despachar el cargo de incompetencia, el Decreto Municipal 320 de mayo 25 de 2001¹, expedido por el Alcalde Municipal de Santiago de Cali, delegó en la Secretaría de Tránsito y Transporte (artículo primero) la función de *“a) Otorgar, negar y cancelar la habilitación para el funcionamiento de empresas de servicio de transporte de pasajeros en el radio de acción municipal”*.

En efecto, la Ley 336 de 1996 *“Por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte”*, establece las disposiciones generales para todos los modos de transporte, así:

DECRETA:

¹ Folio 170 del cuaderno principal.



TÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales para los modos de transporte

CAPÍTULO PRIMERO

Objetivos

CAPÍTULO TERCERO

Creación y funcionamiento de las empresas de transporte público

Artículo 9º-*El servicio público de transporte dentro del país tiene un alcance nacional y se prestará por empresas, personas naturales o jurídicas, legalmente constituidas de acuerdo con las disposiciones colombianas y debidamente habilitadas por la autoridad de transporte competente.*

“... ”

Artículo 11.-*Las empresas interesadas en prestar el servicio público de transporte o constituidas para tal fin, **deberán solicitar y obtener habilitación para operar.***

La habilitación, para efectos de esta ley, es la autorización expedida por la autoridad competente en cada modo de transporte para la prestación del servicio público de transporte.

El Gobierno Nacional fijará las condiciones para el otorgamiento de la habilitación, en materia de organización y capacidad económica y técnica, igualmente, señalará los requisitos que deberán acreditar los operadores, tales como estados financieros debidamente certificados, demostración de la existencia del capital suscrito y pagado, y patrimonio

bruto, comprobación del origen del capital aportado por los socios, propietarios o accionistas, propiedad, posesión o vinculación de equipos de transporte, factores de seguridad, ámbito de operación y necesidades del servicio...

*“**Artículo 16.-** De conformidad con lo establecido por el artículo 3º, numeral 7º de la Ley 105 de 1993, sin perjuicio de lo previsto en tratados, acuerdos o convenios de carácter internacional, la prestación del servicio público de transporte estará sujeta a la habilitación y a la expedición de un permiso o a la celebración de un contrato de concesión u operación, según que se trate de rutas, horarios o frecuencias de despacho, o áreas de operación, servicios especiales de transporte, tales como: escolar, de asalariados, de turismo y ocasional.”*

De conformidad con la ley, las empresas que deseen prestar el servicio público de transporte, para poder operar requieren estar habilitadas esto es, **obtener la autorización general para la prestación del servicio público de transporte para una modalidad de transporte específico**, adicionalmente deberán obtener el permiso para operar. Por lo anterior la habilitación es una figura independiente del permiso para operar.

En efecto, **las condiciones para el otorgamiento de la habilitación**, de conformidad con las normas anteriormente transcritas requieren la observancia de la organización, capacidad económica, técnica, además de llenar requisitos respecto de los estados financieros debidamente certificados, demostración de la existencia del capital suscrito y pagado, patrimonio bruto, comprobación del origen del capital aportado por los socios, propietarios o accionistas, propiedad, posesión o vinculación de equipos de transporte, factores de seguridad, ámbito de operación y necesidades del



servicio, condiciones todas ellas para poder operar, que en el caso del Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Mixto, fueron reglamentadas por el Decreto 175 de 2001 de la siguiente manera:

“DECRETO 175 DE 2001

(febrero 5)

por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Mixto.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 y el Código de Comercio,

“...

“TITULO II

HABILITACION

CAPITULO I

Parte general

Artículo 11. Disposición general. Las empresas legalmente constituidas, interesadas en prestar el Servicio Público de Transporte Terrestre Mixto deberán solicitar y obtener habilitación para operar.



La habilitación concedida autoriza a la empresa para prestar el servicio solamente en la modalidad solicitada. Si la empresa pretende prestar el servicio de transporte en una modalidad diferente, debe acreditar ante la autoridad competente de la nueva modalidad los requisitos de habilitación exigidos.

Artículo 12. *Empresas nuevas. Ninguna empresa nueva podrá entrar a operar hasta tanto la autoridad competente le otorgue la habilitación correspondiente y le asigne o registre los recorridos y frecuencias a servir.*

Cuando las autoridades de control y vigilancia constaten la prestación del servicio sin autorización, tanto la habilitación como los servicios se negarán y la empresa solicitante no podrá presentar nueva solicitud antes de doce (12) meses.

Artículo 13. *Empresas en funcionamiento. Las empresas que a la fecha de entrada en vigencia el presente decreto cuentan con licencia de funcionamiento vigente, mantendrán sus derechos administrativos relacionados con las zonas de operación previamente otorgados, siempre y cuando continúen cumpliendo con las condiciones autorizadas para la prestación del servicio.*

Lo anterior hasta tanto la autoridad competente decida sobre la solicitud de habilitación, la cual debe ser presentada dentro del término establecido en el artículo 55 de esta disposición.

Si la empresa presenta la solicitud extemporáneamente o la autoridad competente le niega la habilitación, no podrá continuar prestando el



servicio, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 30 del presente decreto.

CAPITULO II

Condiciones y requisitos

Artículo 14. *Requisitos. Para obtener habilitación en la modalidad de Transporte Público Terrestre Automotor Mixto, las empresas deberán acreditar los siguientes requisitos, que aseguren el cumplimiento del objetivo definido en el artículo 1o. del presente decreto:*

- 1. Solicitud dirigida a la autoridad competente, suscrita por el representante legal.*
- 2. Certificado de existencia y representación legal expedido con una antelación máxima de treinta (30) días hábiles, en el que se determine que dentro de su objeto social desarrolla la industria del transporte.*
- 3. Indicación del domicilio principal y relación de sus oficinas y agencias, señalando su dirección.*
- 4. Descripción de la estructura organizacional de la empresa relacionando la preparación especializada y/o la experiencia laboral del personal administrativo, profesional, técnico y tecnólogo contratado por la empresa.*
- 5. Certificación firmada por el representante legal sobre la existencia de los contratos de vinculación del parque automotor que no sea de propiedad de la empresa. De los vehículos propios, se indicará este hecho.*
- 6. Relación del equipo de transporte propio, de los socios o de terceros con el cual se prestará el servicio, con indicación del nombre y número de la cédula del propietario, clase, marca, placa, modelo, número del chasis, capacidad y demás especificaciones que permitan su identificación, de acuerdo con las normas vigentes.*



7. Descripción y diseño de los colores y distintivos de la empresa.

8. Certificación suscrita por el representante legal sobre la existencia del programa y fondo de reposición del parque automotor.

9. Certificación suscrita por el representante legal sobre la existencia del programa de revisión y de mantenimiento preventivo que desarrollará la empresa para los equipos con los cuales prestará el servicio.

10. Estados financieros básicos certificados de los dos (2) últimos años, con sus respectivas notas.

Las empresas nuevas sólo requerirán el balance general inicial.

11. Declaración de Renta de la empresa solicitante, correspondientes a los dos (2) años gravables anteriores a la presentación de la solicitud, si por ley se encuentra obligada a cumplirla.

12. Demostración de un capital pagado o patrimonio líquido de acuerdo al valor resultante del calculo que se haga en función de la clase de vehículo y el número de unidades fijadas en la capacidad transportadora máxima para cada uno de ellos, el cual no será inferior a doscientos (200) smmlv, según la siguiente tabla:

Campero 1 smmlv

Camioneta, microbús 2 smmlv

Bus abierto, buseta abierta 3 smmlv

Las empresas podrán acogerse a las siguientes fechas y porcentajes para acreditar el capital pagado o patrimonio líquido:

A la fecha de solicitud de la habilitación 70%

A marzo 31 de 2002 85%

A marzo 31 de 2003 100%



El Salario Mínimo Mensual Legal Vigente (smmlv) a que se hace referencia, corresponde al vigente en el momento de cumplir el requisito.

Durante los primeros cuatro (4) meses de cada año, las empresas ajustarán este capital o patrimonio líquido de acuerdo con la capacidad transportadora máxima con la que finalizó el año inmediatamente anterior.

El capital pagado o patrimonio líquido de las empresas asociativas del sector de la economía solidaria será el precisado en la legislación cooperativa, Ley 79 de 1988 y demás normas concordantes vigentes.

La habilitación para empresas nuevas no estará sujeta al análisis de factores financieros, pero sí a la comprobación del pago del capital o patrimonio líquido exigido.

13. Copia de las pólizas de seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual establecidas en el presente decreto.

14. Duplicado al carbón de la consignación a favor de la autoridad competente por pago de los derechos correspondientes, debidamente registrada por la entidad recaudadora.

Parágrafo 1o. *Las empresas que cuenten con revisor fiscal, podrán suplir los requisitos establecidos en los numerales 10, 11 y 12 de este artículo con una certificación suscrita por el representante legal, el contador y el revisor fiscal, donde conste la existencia de las declaraciones de renta y de los estados financieros con sus notas y anexos, ajustados a las normas contables y tributarias en los dos (2) últimos años y el cumplimiento del capital pagado o patrimonio líquido requerido.*

Con esta certificación, se deberá adjuntar copia de los dictámenes e informes y de las notas a los estados financieros, presentados a la respectiva asamblea o junta de socios, de los mismos años.



Parágrafo 2o. *Las empresas nuevas deberán acreditar los requisitos establecidos en los numerales 5, 6 y 13 en un termino no superior a seis (6) meses improrrogables, contados a partir de la ejecutoria de la resolución que le otorga la habilitación so pena que esta sea revocada.*

CAPITULO III

Trámite de la habilitación

Artículo 15. *Plazo para decidir. Presentada la solicitud de habilitación, la autoridad competente dispondrá de un término no superior a noventa (90) días para decidir.*

La habilitación se concederá o negará mediante resolución motivada en la que se especificará como mínimo el nombre, razón social o denominación, domicilio principal, capital pagado, patrimonio líquido, radio de acción y modalidad de la empresa.

CAPITULO IV

Vigencia de la habilitación

Artículo 16. *Vigencia. Sin perjuicio de las disposiciones legales contenidas en el régimen sancionatorio, la habilitación será indefinida mientras subsistan las condiciones exigidas y acreditadas para su otorgamiento.*

Parágrafo. *En todos aquellos casos de transformación, fusión, absorción o incorporación, la empresa comunicará de este hecho a la autoridad competente de transporte y a la Superintendencia de Puertos y Transporte, adjuntando los nuevos certificados de existencia y representación legal con el objeto de efectuar las aclaraciones y modificaciones correspondientes.*



Artículo 17. *Suministro de información. Las empresas mantendrán a disposición de la autoridad competente de transporte y de la Superintendencia de Puertos y Transporte las estadísticas, libros y demás documentos que permitan verificar la información suministrada.”*

El Decreto 4190 de 2007, indica los procedimientos para el **otorgamiento de permisos** para la prestación del servicio público de transporte en la modalidad de mixto; esta norma establece:

“DECRETO 4190 DE 2007

(octubre 29)

por el cual se establece el procedimiento para otorgar el permiso de prestación del servicio público de transporte terrestre automotor mixto.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia y el numeral 5 del artículo 3° de la Ley 105 de 1993 y los artículos 17 y 19 de la Ley 336 de 1996,

DECRETA:

CAPITULO I

Objeto, definición, clasificación del servicio mixto

Artículo 1°. *Objeto. El presente Decreto tiene por objeto determinar el procedimiento para otorgar el permiso de prestación del servicio público de transporte terrestre automotor mixto.*

“...

CAPITULO II

Procedimiento para otorgar el permiso de prestación del servicio

público de transporte terrestre automotor

Artículo 6°. *Concurso. El permiso para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor mixto tanto de carácter metropolitano, distrital o municipal como regional, en zonas de operación, se efectuará mediante concurso en el que se garantice la libre concurrencia y la iniciativa privada, con arreglo a lo dispuesto en esta disposición.*

El permiso otorgado es revocable e intransferible, obliga a su beneficiario a cumplir las condiciones establecidas en el acto que lo concedió y está condicionado a la obtención de la habilitación por parte de la empresa en esta modalidad de servicio en los términos establecidos en el Decreto 175 de 2001.

Parágrafo 1°. *Cuando se trate de empresas nuevas para esta modalidad de servicio, primero deben concursar y obtener la adjudicación del servicio y posteriormente habilitarse.*

Parágrafo 2°. *Las empresas que obtuvieron habilitación por primera vez en vigencia del Decreto 175 de 2001, la mantendrán siempre y cuando adquieran el permiso de operación, acorde con lo dispuesto para tales efectos en el presente decreto. En el evento que no sean autorizados los servicios la habilitación cesará inmediatamente.*

Artículo 7°. *Término. Los permisos para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor mixto en zonas de operación, se otorgarán por un término de diez (10) años, prorrogables por un término máximo de seis (6) años, previa demostración y evaluación de la calidad del servicio.*

La evaluación de la calidad del servicio estará enfocada a determinar el grado de satisfacción del usuario en términos de oportunidad, seguridad, comodidad, accesibilidad, atención de quejas y reclamos, adopción de tarifas acordes con el servicio, condiciones de operación de los vehículos, renovación o reposición del parque automotor y optimización de los equipos de acuerdo con la demanda, entre otros.

Artículo 8°. *Condiciones del concurso. Para participar en el concurso no es condición previa estar habilitado como empresa de transporte mixto. Si la empresa resulta favorecida con la adjudicación del servicio, deberá solicitar y obtener la habilitación en esta modalidad de acuerdo con los requisitos y condiciones señalados en el Decreto 175 de 2001.*

Artículo 9°. *Procedimiento. Para el otorgamiento del permiso de prestación del servicio mixto en las zonas de operación, se atenderá el siguiente procedimiento:*

1. *Determinación por parte de la autoridad competente de las necesidades y demanda insatisfecha de movilización.*
2. *Apertura del concurso público mediante acto administrativo debidamente motivado.*
3. *Evaluación de las propuestas*
4. *Adjudicación de servicios*

Artículo 10. *Determinación de las necesidades y demanda insatisfecha de movilización. “...*

Artículo 11. *Apertura del concurso público.”...*

Artículo 12. *Seriedad de la propuesta. “...*

Artículo 13. *Evaluación de propuestas. La evaluación de las propuestas se hará teniendo en cuenta los siguientes factores:*

A. Edad promedio del parque automotor ofrecido

“...

B. Participación del parque automotor registrado en el servicio público mixto

“...

D. Experiencia en la modalidad de servicio público de transporte terrestre automotor mixto



La experiencia se acreditará a través del acto Administrativo que le otorgó habilitación para esta modalidad y los puntos a asignar se harán conforme a la siguiente tabla: “...”

E. Experiencia en la zona de operación

“ ...

F. Programas para la selección, evaluación y capacitación de conductores

“ ...

G. Naturaleza de la empresa

“ ...

Artículo 14. Adjudicación del servicio. “... ”

Artículo 15. Iniciación de prestación del servicio. “... ”

CAPITULO III

Disposiciones finales

“ ...

Publíquese y cúmplase. (subraya fuera de texto)

Observadas las normas que rigen la habilitación se concluye que su otorgamiento no está condicionado al resultado de un proceso licitatorio, como sí lo está la figura del permiso para operar en la modalidad mixta, contenido en el Decreto 4190 de 2007, siendo entonces clara la ley al señalar que las empresas **deben habilitarse para operar** con el llenado de unos requisitos generales, lo cual resulta lógico, ya que estos requisitos generales son necesarios para funcionar como prestador del servicio público en cualquier modalidad, y solo hasta entonces, como consecuencia lógica,



podrían acceder por medio de concurso al otorgamiento del permiso a fin de materializar el servicio.

Nótese además cómo, para evaluar las propuestas dentro del concurso para el otorgamiento del permiso de operación, el Decreto 4190 de 2007 indica que La experiencia se acreditará a través del acto Administrativo que le otorgó habilitación para esta modalidad "...", lo cual resulta coherente con lo ya analizado.

Respecto al tema la Sala ha considerado en reiterada jurisprudencia² lo siguiente:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 11(...) de la Ley 336 de 1996 las empresas que se interesen por prestar el servicio público de transporte deberán solicitar y obtener la habilitación para dichos efectos, de esa manera la habilitación se concibe como el reconocimiento jurídico de la idoneidad técnica operativa de una empresa para ofrecer dichos servicios.

Por otra parte el artículo 16 ejusden(...) señala que la prestación del servicio público de transporte por parte de empresas habilitadas para ello debe contar, además con el correspondiente permiso o hayan celebrado un contrato de concesión u operación para esos efectos.

De lo visto se colige que para que una empresa pueda prestar el servicio requiere estar habilitada y contar con el respectivo permiso o haber celebrado contrato de concesión o de operación. Esto permite responder al interrogante planteado en el problema jurídico de manera afirmativa: La habilitación para prestar el servicio público de transporte

² Sentencia de 18 de abril de 2013, expediente 73001-23-31-000-2008-00349-01, Consejero Ponente: Doctor Guillermo Vargas Ayala.



es una figura diferente al permiso para prestar el servicio público de transporte.

A esta conclusión ya había arribado la Sala al decidir una acción de nulidad impetrada contra un acto administrativo mediante el cual la Dirección General de Transporte y Tránsito Automotor del Ministerio de Transporte otorgó una licencia de funcionamiento, al respectó se dijo:

“El artículo 11 de la Ley 336 de 1996 dispone que las empresas interesadas en prestar el servicio público de transporte o las que se constituyan para tal fin, deberán solicitar y obtener habilitación para operar, que consiste en la autorización expedida por la autoridad competente para la prestación del servicio en cada modo de transporte. La misma norma dispone que corresponde al Gobierno Nacional fijar las condiciones para el otorgamiento de la habilitación, en materia de organización, capacidad económica y capacidad técnica, así como señalar los requisitos que deberán acreditar los operadores, tales como estados financieros debidamente certificados, demostración de la existencia del capital suscrito y pagado, y patrimonio bruto, comprobación del origen del capital aportado por los socios, propietarios o accionistas, propiedad, posesión o vinculación de equipos de transporte, factores de seguridad, ámbito de operación y necesidades del servicio. El artículo 16 de la Ley 336 de 1996 reitera que, en las condiciones previstas en el artículo 3º numeral 7º de la Ley 105 de 1993, además de la habilitación, para la prestación del servicio público de transporte se requiere la expedición de un permiso o la celebración de un contrato de concesión u operación, según que se trate de rutas, horarios o frecuencias de despacho, o áreas de operación, servicios especiales de transporte, tales como: escolar, de asalariados, de turismo y ocasional. La habilitación es intransferible a cualquier título. En consecuencia, sus beneficiarios no podrán celebrar o ejecutar acto alguno que, de cualquier manera, implique que la actividad transportadora se desarrolle por persona distinta de quien



inicialmente le fue concedida, salvo los derechos sucesorales. (Artículo 13 ídem).”³

Se concluye entonces que la ley no condiciona el otorgamiento de la habilitación para prestar el servicio público de transporte a concurso alguno, por lo que el régimen aplicable para el otorgamiento de **“la habilitación”** para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor mixto son las normas contenidas en el Decreto 175 de 2001 que rige la materia.

Por lo anterior, el acto administrativo acusado, Resolución 4152.0.20.0269 de 2010 de 11 de marzo de 2010, por la cual “otorga HABILITACIÓN” para operar como Empresa de Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Mixto Municipal, a la Sociedad Transportadora COOPERATIVA DE TRANSPORTE MIXTO DE CAMPEROS CONTRAMIXCAM, siendo su origen la petición en interés particular, que hizo dicha cooperativa para efectos de la habilitación, y dado que el acto fue expedido de conformidad con el Decreto 175 de 2001 como ya se ha analizado, le asiste razón al apelante al afirmar que el Decreto 4190 de 2007 señala los procedimientos para otorgar el permiso, por lo que no se puede hablar de incompatibilidad del Decreto 175 de 2001 frente a aquél, ya que se trata de procedimientos diferentes y a pesar de que la habilitación no incluye los elementos o requisitos específicos establecidos para el otorgamiento del permiso dentro del concurso, lo cual marca la diferencia en su trámite, los dos son necesarios para la operación efectiva del servicio público de transporte terrestre automotor en la modalidad

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente No. 2001-00018. Fallo de 29 de marzo de 2007. C. P. Camilo Arciniegas Andrade.



mixta, ya que de conformidad con el artículo 16 de la Ley 336 de 1996 la prestación del servicio público de transporte estará sujeta a la habilitación y a la expedición de un permiso, por lo cual no son excluyentes.

Por todo lo anterior, como la demandante no logró desvirtuar la legalidad del acto acusado se revocará el fallo del a quo y, en su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- REVOCASE la sentencia la sentencia de fecha 19 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca- Sala Especial de Descongestión, en su lugar, **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
GARCIA GONZALEZ**

Presidente

MARIA ELIZABETH

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
VARGAS AYALA**

GUILLERMO