



**JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE CALI**

Cali

Siete (07) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Auto Interlocutorio No. 661

| | |
|-------------------------|--------------------------------------|
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD SIMPLE |
| DEMANDANTE | HECTOR FRANSINY RAMOS ARTEAGA |
| DEMANDADO | MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI |
| RADICADO | 76001-33-33-009-2017-00087-00 |

I. ASUNTO A DECIDIR:

Procede el despacho a pronunciarse frente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto que resolvió negar la medida cautelar deprecada dentro del asunto de la referencia.

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Mediante Auto Interlocutorio No. 432 del trece (13) de junio de 2017, el Despacho decidió negar la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos contenidos en el Acuerdo No. 401 del 25 de noviembre de 2016 y en el Decreto 001 del 3 de enero de 2017, al considerar que la misma no se había sustentado en debida forma¹.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso de forma oportuna² recurso de apelación, presentando los argumentos respectivos, entre los que indicó, que en el caso sub-examine no se está en presencia de un asunto particular, por lo que es claro que la solicitud de suspensión de los actos referidos se sustenta en la protección y defensa de los derechos e intereses colectivos de los habitantes de la ciudad de Cali, como quiera que con la expedición de los mismos (los cuales detentan la calidad de actos administrativos de carácter general) vulneran el parágrafo del artículo 209 del Acuerdo No. 373 de 2017, expedido por el Honorable Concejo de Cali, y del artículo 33 numeral 3 de la Ley 1753 de 2015³.

A partir de lo expuesto, solicitó que se otorgue una interpretación garante en beneficio de los intereses de los habitantes de esta ciudad, y en consecuencia, se tomen las medidas a que hubiere lugar frente al tema objeto de debate.

Ahora bien, en contraposición al recurso incoado, se tiene que dentro del término de traslado del mismo, el representante judicial del Municipio de Santiago de Cali se pronunció, señalado que la alzada interpuesta no resulta procedente, como

¹ Folio 174-176.

² Folio 199.

³ Folios 178 a 190.

quiera que el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 no establece la posibilidad de apelar la providencia que resuelve negar el decreto de una medida cautelar; en tal virtud solicitó que se rechace por improcedente el recurso de apelación formulado⁴.

Tomando como marco de reflexión las aristas procesales que ocupan la atención del Despacho, es importante analizar en primera instancia, si el recurso formulado resulta procedente y, posteriormente, sí en aras de garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia y el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, debe darse trámite de recurso incoado, atemperando éste a una solicitud de reposición de la decisión.

A partir de lo anterior, se tiene que el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011⁵, actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consigna cuáles son las providencias susceptibles de ser controvertidas a través del recurso de apelación, no obstante, dentro de las mismas no establece la procedencia del mismo respecto a la providencia que niegue una medida cautelar.

Por otro lado, el inciso final del artículo 233 *ibidem* dispuso que: "*Cuando la medida haya sido **negada**, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. **Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso***" (Negrillas y subrayas del Despacho).

En atención a los preceptos citados en precedencia, es claro que el recurso incoado por la parte actora no resulta procedente, por lo que en virtud de la disposición contenida en el artículo 242 del estatuto en mención⁶, la herramienta procesal para controvertir la decisión que niega una medida cautelar, es la solicitud de reposición de la providencia, como quiera sobre la procedencia del mismo no existe norma legal en contrario, y que la decisión no es de aquellas que son susceptibles del recurso de apelación.

Si alguna duda hubiere al respecto, es del caso destacar que frente al tema, el Honorable Consejo de Estado en providencia del veintisiete (27) de noviembre de 2014⁷, precisó lo siguiente:

⁴ Folio 197-198

⁵ **ARTÍCULO 243. APELACIÓN.** Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. El que rechace la demanda.
2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
3. El que ponga fin al proceso.
4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.
5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.
6. El que decreta las nulidades procesales.
7. El que niega la intervención de terceros.
8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.
9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

⁶ Artículo 242. Reposición. Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica.

En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radicación número: 11001-03-27-000-2013-00033-00(20676).

"En ese orden de ideas, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el recurso de apelación y, por ende, el de súplica, sólo procede contra el auto que decreta una medida cautelar. No es procedente, por el contrario, respecto del que rechace la medida, tal como ocurrió en el presente caso, pues en virtud del principio de taxatividad, no es posible hacer una interpretación extensiva en materia de medidas cautelares".

En consideración a lo indicado, en principio, sería del caso concluir que el recurso presentado resulta improcedente a la luz de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no obstante, de conformidad con el artículo 228 de la Constitución Nacional, no puede esta Juzgadora dar prevalencia a una formalidad por encima del derecho sustancial del demandante, por consiguiente, se tendrá el escrito arribado como un recurso de reposición y se procederá a resolverlo al tenor del artículo 242 de la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, se tiene que la inconformidad del recurrente radica en que de acuerdo con el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en la actualidad ya no se impone la carga de sustentar la solicitud de medida provisional, ya que en su sentir, tan sólo se exige la enunciación de las disposiciones violadas en la demanda o en escrito separado, quedando en cabeza del Operador Judicial la obligación de efectuar un análisis profuso de los argumentos expuestos en el escrito inicial para definir si es o no procedente la suspensión, teniendo como referente su papel garantista y protector del ordenamiento jurídico y el bloque de constitucionalidad.

Con ocasión al argumento anterior, el Despacho considera necesario resaltar que la exigencia en cuanto a la sustentación de una medida cautelar no obedece a un capricho de esta Dispensadora Judicial, pues como bien se indicó en el auto recurrido, la misma resulta exigible en atención a que constituye *"una carga procesal (...) cuyo cumplimiento es el deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia y a su vez la carga que exige la ley para que, entre otras, se garantice el derecho de defensa de la entidad que expidió el acto"*⁸.

Es así, que en aras de sustentar lo expuesto, el Consejo de Estado ha indicado, de manera literal, lo siguiente:

*"En efecto, el requisito consistente en la sustentación de la medida cautelar no se encuentra en el artículo 231 del CPACA que trae a colación el recurrente, sino en el artículo 229 ejusdem cuyo contenido y alcance fueron explicados en el auto recurrido. Con todo, esta disposición advierte que las medidas cautelares, dentro de las que se encuentra la suspensión provisional, **pueden ser decretadas a solicitud de parte debidamente sustentada**, lo que equivale a decir que la solicitud debe ser **suficientemente argumentada por quien la solicite**.*

*Cosa distinta es que en la demanda se indiquen las normas violadas y el concepto de la violación, ya que esto comporta uno de los requisitos exigidos para este tipo de libelos según lo dispone el artículo 162 numeral 4 del CPACA, **requisito que no puede confundirse con el establecido en el comentado artículo 229**.*

⁸ Auto del 21 de octubre de 2013, Rad. 11001032400020120031700, CP. Dr. GUILLERMO VARGAS AYALA, reiterado en Auto del 23 de noviembre de 2015, 11001-03-24-000-2015—00388-00, C.P. Dr. GUILLERMO VARGAS AYALA.

En el mismo sentido, el alcance de la expresión "procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado" contenida en artículo 231 *Ibíd*, **se encuentra dirigida a explicar que la solicitud de suspensión provisional puede ser presentada en el libelo introductorio o en un escrito aparte, y no a que la sustentación de la medida cautelar quede suplida con el concepto de violación de las normas indicadas en la demanda**, dado que, se reitera, se trata de dos requisitos distintos para fines procesales disímiles: uno, el que se refiere a fundamentar jurídicamente la pretensión de nulidad del acto, el otro, a explicar las razones por las cuales el acto debe ser suspendido provisionalmente. Lo anterior no quiere decir que los argumentos para cada uno de los fines procesales mencionados puedan coincidir, es más, **si lo deseado por la actora era que el concepto de violación expuesto en la demanda sirviera de fundamento de la solicitud de suspensión provisional así debió expresarlo**, máxime si se tiene en cuenta que en el escrito de la demanda dedicó un capítulo aparte a la suspensión provisional dentro del cual inscribió un subtítulo denominado "FUNDAMENTO DE LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL"⁹, que fue al que se atuvo este Despacho para resolver la medida⁹.

En igual sentido, dicha Corporación emitió un pronunciamiento, al advertir lo siguiente:

"Aparentemente, el apoderado del demandante ha interpretado el cambio normativo (...) en materia de suspensión provisional, en el sentido de que los argumentos que justifican la solicitud de esta medida cautelar deben ahora ser escuetos, superficiales y sumarios. **Como se indicó, no es este el alcance que ha dado el Consejo de Estado al artículo 231 de la nueva ley, el cual faculta al juez contencioso-administrativo para realizar un análisis que, sin implicar un prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo, le permita valorar la forma en que los actos administrativos cuya suspensión se persigue violaron las normas legales que se invocan como transgredidas, análisis que exige un nivel de argumentación sólido y claro. El escrito de solicitud de suspensión provisional presentado por el apoderado del señor Salazar no cumple con este nivel argumentativo mínimo, y en esa medida transfiere al Consejo de Estado una carga analítica y de argumentación que le corresponde asumir al demandante"¹⁰ (Negritas y subrayas del Despacho).**

Acatando los pronunciamientos emitidos por el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Administrativa, es claro que en el *sub-lite* no habría lugar a estudiar la solicitud de suspensión provisional deprecada por la parte actora, no obstante y en consideración a que en el recurso se hizo alusión a los intereses de los habitantes de la ciudad de Cali, situación que debe prevalecer ante cualquier formalidad, el Despacho analizará los actos acusados, a efectos de determinar si resultaría más gravoso para el interés público no acceder a la medida de suspensión de los mismos; advirtiendo en todo caso, que la decisión que resulte de dicho estudio no implica prejuzgamiento.

Así las cosas, se tiene que la parte actora solicitó la suspensión de los actos administrativos contenidos en el Acuerdo No. 401 del 25 de noviembre de 2016 y en el Decreto 001 del 3 de enero de 2017, al señalar que los mismos vulneraban

⁹ Auto del 21 de octubre de 2013, Rad. 11001032400020120031700, CP. Dr. GUILLERMO VARGAS AYALA.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Providencia del 22 de octubre de 2013, Consejero Ponente, Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

los preceptos del artículo 209 del Acuerdo No. 0373 de 2014 y del artículo 33, numeral 3º de la Ley 1753 de 2015.

Para efectos de verificar si se presenta una violación a las normas señaladas, es importante identificar el contenido de los actos acusado, así como lo establecido en las disposiciones citadas por el actor.

En tal virtud, se tiene que:

1.- A través del Acuerdo No. 401 del 25 de noviembre de 2016, el Concejo de Santiago de Cali, estableció una "*TASA POR CONGESTIÓN O CONTAMINACIÓN*" que deberá sufragar quien pretenda transitar en su vehículo en el área urbana del municipio en mención, durante los horarios restringidos por las disposiciones reglamentarias dictadas por el Alcalde, disponiendo para tal fin, que éste último quedaría legitimado para fijar el valor de dicha contribución, teniendo en cuenta la base gravable (5 veces el valor del pasaje promedio del Sistema Integrado de Transporte Masivo SITM-M10), así como la tarifa establecida en el acuerdo (0.87, en función de los siguientes criterios: el tipo de servicio del vehículo, el número de pasajeros, los meses, días del año y horas determinadas de uso y el tipo de vehículo).

2.- En cumplimiento a la orden anterior, fue expedido el Decreto No. 4112.010.0001 del 03 de enero de 2017, mediante el cual se dispuso el cobro de la tasa por congestión o contaminación en un valor equivalente a \$2.578.680 anual, \$1.289.340 semestral y/o el valor de \$214.890 mensual.

3.- Según el artículo 209 del Acuerdo No. 0373 de 2014, "*La Administración Municipal podrá en el largo plazo implementar cobros por congestión que desestimulen el uso del vehículo privado. En caso de incluir zonas de cobro por congestión, estos deberán cumplir con lo estipulado por la regulación correspondiente, expedida por el Ministerio de Transporte, y sólo podrán implementarse una vez se cuente con sistemas de movilidad peatonal, en bicicleta y masivos eficientes y suficientes para atender la demanda. Estas zonas de cobro por congestión solamente podrán implementarse mediante autorización expresa del Concejo mediante Acuerdo Municipal*".

4.- Igualmente, el artículo 33, numeral 3º de la Ley 1753 de 2015, establece lo siguiente:

"Con el objeto de contribuir a la sostenibilidad de los sistemas de transporte y contar con mecanismos de gestión de la demanda, las entidades territoriales podrán determinar, definir y establecer nuevos recursos de financiación públicos y/o privados que permitan lograr la sostenibilidad económica, ambiental, social e institucional de los sistemas SITM, SETP, SITP y SITR, a través de los siguientes mecanismos:

(...)

3. Cobros por congestión o contaminación. Los municipios o distritos mayores a 300.000 habitantes, en concordancia con las competencias de los concejos municipales o distritales, podrán establecer tasas, diferentes a los peajes establecidos en la Ley 105 de 1993, por acceso a áreas de alta congestión, de infraestructura construida para evitar congestión urbana, así como por contaminación, con base en la reglamentación que el Gobierno nacional expida

para el efecto. Los recursos obtenidos por concepto de las tasas adoptadas por las mencionadas entidades territoriales, se destinarán a financiar proyectos y programas de infraestructura vial, transporte público y programas de mitigación de contaminación ambiental vehicular.

Para efectos de cobro de tasa para cada ingreso a áreas de alta congestión o vías construidas o mejoradas para evitar congestión urbana, el sujeto pasivo de dicha obligación será el conductor y/o propietario. La tarifa será fijada teniendo en cuenta el tipo de vía, el tipo de servicio del vehículo, el número de pasajeros y los meses y días del año y horas determinadas de uso y el tipo de vehículo, según la siguiente clasificación: motocicletas, automóviles, camperos y camionetas, y buses y camiones. En todo caso se dará una condición tarifaria especial para las motocicletas cilindradas de 125 cm³ e inferiores.

El sujeto pasivo de la tasa por cada ingreso a zonas de alta contaminación será el propietario y/o conductor del vehículo y la tarifa se determinará en forma gradual, teniendo en cuenta el modelo del vehículo, tipo de servicio, cilindraje, tipo de combustible y el tipo de vehículo, según la siguiente clasificación: motocicletas; automóviles; campero y camionetas; buses y camiones.

Las tasas se calcularán así: la base gravable será cinco (5) veces el valor del pasaje promedio del servicio de transporte público (SITM, SETP, SITP o SITR, según sea el caso) en el municipio o distrito; esta base se multiplicará por factores inferiores a uno (1) en función de los criterios definidos para tasas por congestión y contaminación, respectivamente'.

5.- Como anexos de la demanda, se encuentran los siguientes documentos:

a).- Copia de los actos acusados, al igual que la copia completa del proyecto de Acuerdo "POR EL CUAL SE ESTABLECE LA TASA POR CONGESTIÓN EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"¹¹.

b).- Copia del oficio No. 20162100370221 del dieciocho (18) de agosto de 2016, por medio del cual el Ministerio de Transporte, le precisa al ente territorial que la delimitación de una zona de alta congestión y la implementación de una tasa por congestión, es de autonomía de las autoridades municipales, de conformidad con lo establecido en el numeral 3º del artículo 33 de la Ley 1753 de 2015¹².

c).- Oficio No. 2016413120013954 del seis (06) de septiembre de 2016, expedido por la Subdirectora de Finanzas Públicas del Municipio de Santiago de Cali, a través del cual se remite al área jurídica el certificado de viabilidad fiscal del proyecto "TASA POR CONGESTIÓN"¹³.

d).- Oficio No. 2016415200077154 del seis (06) de septiembre de 2016, mediante el cual, el Secretario de Tránsito y Transporte Municipal de Cali emite concepto favorable respecto al proyecto de Acuerdo "Por el cual se autoriza el establecimiento de la tasa por congestión", al encontrarlo ajustado a lo establecido en el ordinal 3 del artículo 33 de la Ley 1753 de 2015¹⁴.

¹¹ Folio 10 a 104.

¹² Folio 105 a 106.

¹³ Folio 107 a 108.

¹⁴ Folio 109.

e).- Oficio No. 2016413210014884 del seis (06) de septiembre de 2016, a través del cual, el Departamento Administrativo de Planeación del Municipio de Cali refirió, que el proyecto "*Por el cual se asignan recursos del presupuesto municipal para el Fondo de Estabilización y Subsidio de la Demanda del Sistema de Transporte Masivo de Santiago de Cali-MIO*", se enmarca dentro de los preceptos del Plan de Desarrollo Municipal¹⁵.

f).- Oficio No. 2016412100016534 del siete (07) de septiembre de 2016, por el cual, el Jefe de Oficina de Dirección Jurídica del Municipio de Santiago de Cali le otorga la viabilidad jurídica al proyecto de Acuerdo "*POR EL CUAL SE ESTABLECE LA TASA POR CONGESTIÓN EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y SE ESTABLECEN OTRAS DISPOSICIONES*"¹⁶.

Una vez realizada la confrontación entre los actos acusados, las normas invocadas como violadas, así como las pruebas que acompañan el escrito inicial, el Despacho considera que no hay lugar a decretar la suspensión provisional de los actos enjuiciados, toda vez que del análisis realizado en esta etapa del proceso no se observa una transgresión normativa del ordenamiento superior que amerite adoptar la medida cautelar solicitada.

Lo anterior, como quiera que en principio no se vislumbra una violación a los preceptos contenidos en el artículo 209 del Acuerdo No. 0373 de 2014, así como en el artículo 33, numeral 3º de la Ley 1753 de 2015, pues al estudiar las decisiones adoptadas en los actos administrativos señalado, se tiene que la tasa por congestión fue fijada con el fin de obtener una nueva fuente de financiación para el desarrollo de los proyectos de inversión, en especial, aquellos relacionados con el sistema de transporte público, circunstancia que se encuentra plenamente amparada por las disposiciones en comento.

De igual manera, se aprecia que el sistema utilizado para fijar la tarifa por congestión se acoge a los criterios establecidos por el legislador para tal fin, a saber: el modelo del vehículo, tipo de servicio, cilindraje, tipo de combustible y el tipo de vehículo, tal como se desprende del proyecto de acuerdo que obra en el plenario; no obstante, establecer si la misma se liquidó en debida forma, es un asunto que debe ser objeto de debate dentro del trámite procesal, pues en este momento no es posible determinar a partir de la simple comparación normativa, si los parámetros tenidos en cuenta para fijar la tasa en comento, se ajustó a unos criterios de ponderación razonable.

Amén de lo anterior, no se observa que con la expedición de los actos demandados, se le está ocasionado un perjuicio a alguien o es susceptible de ocasionar un daño inminente al interés público o social si no son suspendidos, pues el actor no acreditó los supuestos efectos graves que se generarían en el ordenamiento jurídico sino se suspenden dichas decisiones administrativas.

A partir de lo expuesto, y como quiera que del cotejo efectuado, ab initio, no se encuentra una violación al ordenamiento jurídico invocado por el accionante, al Despacho no le queda otro camino que despachar de manera desfavorable el recurso de reposición, entendiéndose que la decisión de negar la medida cautelar deprecada se mantiene, siendo del caso aclarar, que ello no es óbice para que continúe el trámite del proceso y mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se decida de fondo sobre la legalidad del Acuerdo y del Decreto acusado.

¹⁵ Folio 110 a 111.

¹⁶ Folio 112 a 114.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI,**

RESUELVE:

PRIMERO: NO REPONER PARA REVOCAR el auto interlocutorio No. 432 del trece (13) de junio de 2017, a través del cual se negó la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente providencia a las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MIRFELLY ROCIO VELANDIA BERMEO
Juez