



Ministerio de Transporte
República de Colombia

MT-1350-2 – 50374 del 29 de agosto de 2007

Bogotá D. C.

Doctor

JUAN GONZALO MERINO CALLE

Presidente Mesa Trabajo-Transporte Masivo

Carrera 65 No.8B – 91

Centro Comercial Terminal del Sur Oficina 485

Medellín – Antioquia

ASUNTO: Transporte Masivo-Concurso público. Radicados Nos. 40835 y 48590 de 2007.

En atención a las inquietudes planteadas en varios escenarios por los transportadores de Medellín, relacionadas con la adjudicación de las rutas troncales y alimentadoras del Sistema Integrado de Transporte Masivo del Valle de Aburrá, nos permitimos manifestar lo siguiente de conformidad con el artículo 25 del CCA.

Anticipando las conclusiones a las que hemos llegado, debemos indicar en estricto rigor jurídico, que el régimen legal y reglamentario vigente, no permite que en favor de los transportadores locales se haga la adjudicación directa de la operación de los sistemas masivos y/o semimasivos de transporte público de pasajeros.

En efecto, así se desprende del análisis que a continuación presentamos:

1. Al margen de las consideraciones de orden práctico, de conveniencia y sociales que se han ventilado ampliamente por el sector transportador, consideramos que subyace en el debate un consenso generalizado en el plano jurídico en cuanto a que el régimen normativo vigente obliga a que se celebre un concurso o licitación para estos propósitos, pues no de otra manera se puede entender que se promueva su modificación.



Ministerio de Transporte
República de Colombia

2. Ahora bien, el que el artículo 16 de la Ley 336 de 1996 disponga que para la prestación del servicio público de transporte, en general, -lo cual incluye sin lugar a dudas el transporte masivo y colectivo- además de la habilitación se deba obtener el permiso o la celebración de un contrato de concesión u operación, no permite concluir que sólo en el segundo de los casos sea necesario la celebración de una licitación pública o concurso, o que sea por la mera liberalidad de la autoridad de transporte que se realice uno u otro procedimiento.

El alcance real del precepto debe examinarse en el contexto del Capítulo IV de la citada ley al que pertenece y de conformidad con los reglamentos que lo complementan, lo cual permite establecer con claridad: **2.1)** que tanto el contrato como el permiso exige previamente el agotamiento de un procedimiento que garantice la libre concurrencia y la realización de principios superiores (Constitución Política arts 13 y 333) y **2.2)** los supuestos de excepción, de interpretación restrictiva, en los que se puede prescindir de tales procedimientos.

2.1. En relación con el primero de los puntos, basta advertir que el artículo 19 de la Ley 336 de 1996 prevé en forma expresa que también **“El permiso para la prestación del servicio público de transporte se otorgará mediante concurso en el que se garanticen la libre concurrencia y la iniciativa privada sobre creación de nuevas empresas, según lo determine la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.”**

Por su parte, la reglamentación del Gobierno Nacional en el tema del transporte masivo precisó en el artículo 8 del Decreto 3109 de 1997 que **“el servicio de transporte masivo de pasajeros se prestará previa expedición de un permiso de operación otorgado mediante concurso, la celebración de un contrato de concesión u operación adjudicados en licitación pública (...)**

2.2. En relación con el segundo, la jurisprudencia del Consejo de Estado tuvo oportunidad de precisar que sólo en los supuestos del artículo 19 inciso final y 20 de la Ley 336 de 1996, cabe argumentar que procede la adjudicación directa de determinado servicio de transporte.

Dichos supuestos se presentan: **i)** *“Cuando el servicio a prestar no esté sujeto a rutas y horarios predeterminados el permiso se podrá otorgar directamente junto con la habilitación para operar como empresa de transporte”, ejemplo prestación del servicio público en taxis* y cuando **ii)** la autoridad competente de transporte expide *“permisos especiales y transitorios para superar precisas situaciones de alteración del servicio público ocasionadas por una empresa de transporte en cualquiera de sus Modos, que afecten la prestación del servicio, o para satisfacer*



Ministerio de Transporte
República de Colombia

el surgimiento de ocasionales demandas de transporte” Al tiempo que añade ” “Superadas las situaciones mencionadas, los permisos transitorios cesarán en su vigencia y la prestación del servicio quedará sujeta a las condiciones normalmente establecidas o autorizadas, según el caso.”

A nuestro juicio, la operación del servicio público de transporte masivo de pasajeros en el Valle de Aburrá no puede enmarcarse en alguno de los supuestos de excepción atrás relacionados. Existen, además, por lo menos dos antecedentes jurisprudenciales en los cuales se ha enfatizado que la regla general, cual es la realización de concursos y licitaciones, debe ser preservada por la autoridad aún frente a la prestación de servicios menos complejos en los que resultaba realmente discutible si estaban o no sujetos a rutas y horarios predeterminados, supuesto que, de acuerdo con la ley, eximía a la autoridad de la celebración de concursos de acuerdo con la norma.

Así sucedió con el servicio de transporte de pasajeros por carretera en el nivel preferencial de lujo cuya adjudicación de conformidad con el literal c), numeral 2) del artículo 8º del Decreto 171 de 2001 se había previsto sin la realización del proceso licitatorio, precepto declarado nulo con fundamento en las consideraciones que se transcriben parcialmente en lo pertinente:

“Los textos transcritos (Artículo 3, numeral 7 de la Ley 106 y artículos 16 a 21 de la Ley 336) permiten concluir que al excluirse del concurso el otorgamiento de permisos para la prestación y operación del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera en el nivel preferencial de lujo, el Ejecutivo efectivamente desconoció los artículos 13 y 333 de la Constitución Política, que postulan los principios de igualdad y de libre competencia económica. Se violaron también los artículos 3 de la Ley 105 de 1993 y 19 de la Ley 336 de 1996, pues al reglamentar la modalidad preferencial de lujo del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera, el Gobierno Nacional debió respetar el marco que el Legislador trazó al disponer que el permiso para la prestación del servicio público de transporte se otorgará mediante concurso en el que se garanticen la libre concurrencia y la iniciativa privada, con lo que, de contera excedió el ámbito material de su potestad reglamentaria al contravenir lo dispuesto por el Legislador. La propia definición del servicio preferencial de lujo contiene el concepto de ruta. Es, pues, manifiesto que como esta modalidad está sujeta a un trayecto, no encuadra en ninguno de los dos casos en que según la ley se permite la adjudicación directa, previstos en los artículos 19 y 20 transcritos en precedencia. La Sala reitera que lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley 336 en modo alguno



Ministerio de Transporte
República de Colombia

significa que al Gobierno le corresponda, por la vía del reglamento, regular el procedimiento para acceder a la prestación del servicio de transporte de pasajeros por carretera en el nivel preferencial de lujo, ni que le sea dable desatender los parámetros fijados por el Congreso en las leyes que rigen la prestación del servicio público de transporte; ni que al expedir los reglamentos en que determine las condiciones de regulación o libertad para la prestación del servicio, pueda invadir la órbita de competencia del Congreso, pues su competencia se contrae a fijar las condiciones de libertad o de regulación para la prestación del servicio en áreas de operación, rutas y horarios o frecuencias de despacho, una vez que el permiso para su prestación haya sido otorgado mediante concurso. En definitiva, la diferenciación que las disposiciones acusadas hicieron entre el procedimiento licitatorio a que se sujeta el otorgamiento del permiso para los niveles básico o de lujo, y la adjudicación directa para el preferencial de lujo, no fue prevista por el Legislador.” (Subrayas y destacado fuera de texto) (Consejo de Estado Radicación número: 11001-03-24-000-2001-0120-01(6973) C P: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil tres (2003).

Similar situación fue advertida por el Consejo de Estado al juzgar el Decreto 175 de 2001, en el cual se preveía un procedimiento de adjudicación directa respecto del servicio mixto de transporte.

*“En esencia, la inconformidad de la actora se reduce al hecho de que el servicio público mixto de transporte terrestre automotor, esto es, aquél en el que se transportan pasajeros y carga simultáneamente, haya sido excluido del procedimiento a que se refieren **los artículos 3o de la Ley 105 de 1993, numeral 7, y 19 de la Ley 336 de 1996, según los cuales su otorgamiento a las empresas se hará mediante un contrato de concesión luego de efectuado un concurso público, lo que viola, además, los artículos 13 y 333 de la Constitución Política.**”*

(...)

“Teniendo en cuenta las anteriores normas y definiciones, para la Sala no queda duda alguna de que el servicio público mixto de transporte terrestre automotor involucra el concepto de ruta o recorrido, es decir, el de un origen y destino previamente determinados, esto es, entre los centros de mercadeo, de cuya definición se extrae que están establecidos, y las zonas de parqueo, cuya definición expresamente señala que son sitios fijos y establecidos.



Ministerio de Transporte
República de Colombia

Prueba de lo anterior, es que el mismo Decreto acusado en sus artículos 30, 31, 32 y 33 preceptúa que la autoridad competente podrá autorizar hasta por el término de seis (6) meses a los propietarios de los vehículos vinculados a una empresa cuya habilitación haya sido cancelada o aquella con licencia de funcionamiento que no obtuvo habilitación para seguir prestando el servicio público de transporte en las rutas autorizadas; que cuando se compruebe que una empresa dejó de servir una ruta autorizada, la autoridad competente revocará el permiso; que cuando una empresa considere que no está en capacidad de servir total o parcialmente los servicios registrados (que para el caso son las mismas rutas o recorridos), así lo manifestará a la autoridad competente solicitando que se decrete la vacancia de los mismos; y que las empresas que cuentan con autorizaciones para prestar el servicio público de transporte mixto "en zonas de operación" presentarán la relación de recorridos y frecuencias, la cual una vez verificada la autoridad competente expedirá los correspondientes certificados de registro de servicios, entendiéndose como no servidos o abandonados aquellos servicios (recorridos y frecuencias) no relacionados u omitidos por las empresas.

En consecuencia, le asiste razón a la actora cuando afirma que se violaron los artículos 30 de la Ley 105 de 1993 y 19 de la Ley 336 de 1996, al igual que los artículos 13 y 333 de la Constitución Política, pues no es cierto que el servicio público mixto de transporte terrestre automotor se encuentre dentro de las excepciones a que alude el inciso final del artículo 19 citado, ya que, se reitera, está sujeto a rutas predeterminadas, luego su otorgamiento debe hacerse mediante concurso en el que se garanticen la libre concurrencia y la iniciativa privada y, al haber excluido de tal concurso al servicio mixto en cuestión, el Decreto acusado excedió la voluntad del Legislador, quien sólo excluyó del concurso a los servicios que se presten sin sujeción a rutas y horarios predeterminados, como son el de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi y el de servicios especiales, esto es, el escolar, el de asalariados y el de turismo, en los cuales, esos sí, por su naturaleza, el permiso se otorga conjuntamente con la habilitación. (Subrayas y destacado fuera de texto) ¹ CONSEJO DE ESTADO, Expediente. 11001024000200400166 01, C.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil seis (2006).

Una interpretación adecuada del artículo 21 de la Ley 336 de 1996, conforme al cual "No podrá ordenarse la apertura de la Licitación Pública sin que previamente se haya comprobado la existencia de una demanda insatisfecha de movilización." se encuentra complementada en el propio artículo cuando



Ministerio de Transporte
República de Colombia

advierte que *“La prestación del servicio público de transporte en los distintos niveles y modalidades podrá convenirse mediante la celebración de contratos de concesión adjudicados en Licitación Pública, cumpliendo para ello los procedimientos y las condiciones señaladas en el Estatuto General de Concentración de la Administración Pública”* y que es de obligatoria observancia cuando se trata de **“la implantación de un sistema de transporte masivo”**, supuesto en el cual se enmarca a nuestro juicio la adjudicación de las rutas de Metroplus, ello sin contar con la expresa obligación impuesta al Gobierno Nacional por la misma norma en el sentido de que *“deberá incluir como criterio de adjudicación, normas que garanticen la competencia y eviten el monopolio.”*

3. Ahora bien, frente al hecho puesto de presente por las empresas requirentes conforme al cual el 14 de marzo de 2005 se adjudicaron en forma directa y sin licitación 33 rutas *“integradoras y/o alimentadoras del metro por el Alcalde Sergio Fajardo”*, consideramos que dichas adjudicaciones tienen un marco jurídico distinto y que, de cualquier manera, el derecho originario sobre las mismas tuvo que ser sometido a un procedimiento de concurso.

En estricto rigor jurídico, las competencias ejercidas por las autoridades de transporte local en esta materia se enmarcan en el Decreto 170 de 2001 y en el concepto de radio de acción al que alude el artículo 23 de acuerdo con el cual *“las empresas que se habiliten en virtud de esta disposición serán de carácter Metropolitano, Distrital o Municipal según el caso. **La autoridad competente adjudicará los servicios de transporte únicamente dentro del territorio de la respectiva jurisdicción.**”* Tal competencia no exime a la autoridad de transporte correspondiente, como atrás se indicó, de la celebración de un concurso, pues el artículo 24 del decreto referido dispone que la prestación del servicio 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.”*

4. De otra parte, consideramos que no se puede hacer uso de la facultad reglamentaria para que amplíen los supuestos de excepción a la realización de concursos y licitaciones que están previstos en la ley, para incluir entre tales los casos de adjudicación de sistemas de transporte masivo y/o colectivos a transportadores locales. Lo anterior, por cuanto la fijación de un régimen contractual y de sus excepciones está reservado al legislador y so pretexto de su desarrollo o reglamentación no es posible hacer una modificación sustancial del mismo, como ya quedó evidenciado en las sentencias del Consejo de Estado atrás relacionadas.

Sobre el punto no sobra advertir que en dos ocasiones se intentó modificar por la vía de las facultades extraordinarias el artículo 16 de la Ley 336 de 1996 -Decretos 1122 de 1999 y 266 de 2000- con el fin de establecer que sería el reglamento el que definiera el



Ministerio de Transporte
República de Colombia

punto, resultando ambos intentos fallidos debido a la declaratoria de inexequibilidad de dichos decretos como consecuencia de la inconstitucionalidad de las leyes que sirvieron de fundamento para su expedición, lo cual permite concluir válidamente que no existe en la actualidad un respaldo normativo de rango legal suficiente para la expedición de un decreto reglamentario en los términos pretendidos.

De otro lado, con relación al oficio dirigido por ustedes al señor Alcalde de Medellín, a su vez remitido a este Ministerio y recibido en la Oficina Jurídica con memorando radicado 45763 del 9 de agosto de 2007, nos permitimos señalar que el Despacho del señor Viceministro de Transporte viene liderando una mesa de trabajo con los transportadores, la administración municipal de Medellín, operadores del Sistema Integrado de Transporte Masivo, con el objeto despejar algunas inquietudes relacionadas con el concurso público del nuevo sistema, en el entendido de coadyuvar en el proceso como buenos componedores, pero en todo caso corresponde a las autoridades locales, en el marco de la autonomía administrativa que le confiere la ley, tomar las decisiones que consideren pertinentes preservando el interés público y el bien común, como piedras angulares de toda gestión dentro de la función pública.

Atentamente,

ANTONIO JOSÉ SERRANO MARTÍNEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica