



MT-1350-2- 72880 del 03 de diciembre de 2007

Bogotá,

Doctor
ANIBAL GAVIRIA CORREA
Gobernador de Antioquia
Centro Administrativo Departamental
José María Córdoba
Calle 42B # 52 – 106
Medellín - Antioquia

Asunto: Proyecto de ordenanza 040 de 2007

De manera atenta me refiero al Proyecto de Ordenanza No. 040 de 2007, que cursa en la Asamblea Departamental de Antioquia **“POR MEDIO DE LA CUAL SE AUTORIZA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO TERRESTRE ALTERNATIVO EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”**. Sobre el particular me permito hacerle las siguientes precisiones de orden legal:

I. NATURALEZA DEL TRANSPORTE Y LOS DISTINTOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA REGULACION ESTATAL EN ESTE CAMPO.

En términos muy esquemáticos, el transporte consiste en la movilización de personas o de cosas de un lugar a otro, por distintos medios o modos, como pueden ser el transporte aéreo, terrestre, fluvial, férreo, etc. Esa movilización puede ser directamente realizada por el interesado, o por el contrario éste puede recurrir a personas o entidades que están dedicadas a prestar esos servicios. A su vez, las empresas especializadas pueden ofrecer ese servicio de manera puntual a un usuario específico, o por el contrario brindarlo en forma masiva a la colectividad, por medio de sistemas de transporte público. El transporte es entonces una actividad material que a veces realizan las propias personas, como ocurre cuando un individuo desplaza directamente sus pertenencias de un lugar a otro. Pero no es solo eso; el transporte es también un servicio comercial prestado por ciertas sociedades especializadas y adquiere el carácter de servicio público en el caso de transportes masivos. Es pues posible diferenciar, como lo señala la doctrina y lo establecen los artículos 4º y ss de la Ley 336 de 1996, entre la actividad transportadora como tal, el servicio privado de transporte que satisface las necesidades de movilización de

Doctor Aníbal Gaviria Correa

personas y de cosas, pero dentro del marco de las actividades exclusivas de los particulares, y, finalmente, el servicio público del transporte.

De otro lado, es claro que el transporte juega un papel muy importante en el desarrollo social y económico y en la realización de los derechos fundamentales. Así, la libertad de movimiento y circulación (CP art. 24, Convención Interamericana art. 22, Pacto de Derechos Civiles y Políticos art. 12) presupone la existencia de formas y modos de transporte, pues mal podrían las personas transitar libremente por el territorio nacional, si la sociedad no les ofrece los medios para hacerlo. En segundo término, la realización de las actividades económicas y el intercambio de mercancías sólo son posibles si existen medios idóneos de transporte, que permitan que los sujetos económicos y los distintos bienes puedan desplazarse de un lugar a otro. La profundización de la división social del trabajo y el desarrollo de una libre competencia presuponen entonces el perfeccionamiento de los medios de transporte. Finalmente, en la sociedad moderna, la actividad transportadora implica en general riesgos extraordinarios, por cuanto los adelantos técnicos permiten que éstos se realicen a velocidades importantes, por lo cual resulta indispensable no sólo potenciar la eficacia de los modos de transporte sino garantizar su seguridad.

II. LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE

El transporte es el producto de un proceso del cual participan la infraestructura requerida para generarlo y la gestión, principal función del operador, con cuyo aporte logra imprimirle sus características esenciales de seguridad, economía y oportunidad, o de velocidad, seguridad, fiabilidad y utilidad.

El transporte es una actividad productiva en cuanto supone un consumo directo de servicios por los individuos que se desplazan, o un aumento de valor de los bienes que se transportan de lugares de producción, o de oferta, a los de consumo. A este respecto el transporte origina una transformación de los bienes en el espacio, mientras que los procesos de fabricación se puede decir que los modifica en el tiempo.

“El transporte es una industria de ingeniería que se desarrolla, no dentro de un recinto, sino en sitios públicos, donde la gente vive, trabaja, compra y va a sus ocupaciones diarias”. No sólo es un proceso de creación sino el resultado de la participación de muchos agentes, a todos los cuales les corresponde un papel específico. Esto le confiere la característica de actividad “multidisciplinaria”. Su calidad de industria le fue reconocida por la escuela inglesa que lo estudió en la segunda mitad del siglo XIX desde el punto de vista de la estructura requerida para producir servicios y las variables del capital, la mano de obra y las materias primas demandadas para su generación según Bonavia.

En dicho proceso de producción la división del capital en fijo y móvil aparece con consecuencias referentes, entre otras cosas, a:

- La estructura económica.
- La competencia y la naturaleza de producción que se caracteriza por un capital representado en instalaciones fijas y móviles, cuya base son las unidades de carga o material de transporte.

La infraestructura (carreteras, rieles, puentes, esclusas, etc.), no suele ser del operador sino del Estado o de terceros. Las vías, en la mayoría de los casos, son construidas y manejadas sin la participación de los transportadores; los medios, cuya propiedad no detenta siempre el empresario, pueden ser suministrados por otros inversionistas.

III. EL TRANSPORTE COMO SERVICIO

Los servicios generados por la industria del transporte satisfacen, además de necesidades individuales de carácter comercial, necesidades sociales, lo que les da la calidad de servicio público. La intervención del Estado en la actividad puede ir desde la supervigilancia y regulación hasta la prestación misma de los servicios: empresas oficiales ferrocarriles y transporte urbano, líneas aéreas oficiales, construcción y administración de puertos y aeropuertos. Los procesos de privatización han reservado para el Estado la fijación de políticas, y delegan todo en particulares hasta llegar a la concesión misma de la construcción y administración de la infraestructura.

Por el poder regulador que tiene el Gobierno a través de agencias e instituciones oficiales, ajusta las normas que intervienen en las actividades de servicio público o cuya participación se justifica por las condiciones del mercado.

IV. EL TRANSPORTE COMO SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL.

El derecho positivo colombiano define el servicio público como "...toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial bien que se realice por el Estado directa o indirectamente o por personas privadas." (Artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo).

Tal afirmación encuentra fundamento en lo dispuesto por el artículo 365 de la Constitución Política, según el cual "los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado" y es deber de este asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Para tales efectos, la norma otorga al legislador la facultad para fijar el régimen jurídico de los servicios públicos,

Doctor Aníbal Gaviria Correa

autorizando su prestación directa o indirecta, por parte de comunidades organizadas o por particulares, pero reservando al Estado su regulación, control y vigilancia.

La operación del transporte en Colombia es un servicio público, sujeto a la intervención y reglamentación de las autoridades competentes, en cuya prestación juega un papel decisivo la participación del sector privado. La Ley en acatamiento de lo dispuesto en el Artículo 24 de la Constitución Política, según el cual todo colombiano puede circular libremente por el territorio nacional, define este servicio como "... una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector (aéreo, marítimo, fluvial, férreo, masivo y terrestre), en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios sujeto a una contraprestación económica...".

Las disposiciones legales que regulan el transporte, le otorgan el carácter de servicio público esencial en las que se resalta la prelación del interés general sobre el particular, especialmente en lo que tiene que ver con la garantía de la prestación del servicio y la protección de los usuarios, conforme a los derechos y obligaciones establecidas en la Constitución, la Ley y los reglamentos. El mismo ordenamiento destaca que la seguridad en el servicio, particularmente la relacionada con la protección de los usuarios, constituye prioridad esencial en la actividad del sector y del sistema de transporte, lo cual se ajusta al mandato constitucional contenido en los artículos 2, 11, 24, 365 y 366 que le impone al Estado el deber de proteger la vida e integridad de todas las personas residentes en Colombia.

El Estatuto del Transporte dispone en uno de sus capítulos, que el servicio será prestado únicamente por empresas de transporte públicas o privadas, formadas por personas naturales o jurídicas legalmente constituidas y autorizadas para tal fin, a través de una habilitación otorgada por la autoridad competente, previo cumplimiento de ciertos requisitos relacionados con la organización, capacidad técnica y económica, accesibilidad, comodidad y seguridad, necesarios para garantizar a los usuarios una óptima, eficiente y continua e ininterrumpida prestación del servicio de transporte público.

V. EL TRANSPORTE, COMO SERVICIO PÚBLICO DEBE REGULARSE POR LA LEY.

La actividad misma del transporte constituye un servicio público, que ha de prestarse en forma permanente, regular y continua, dada la función económica que con ella se cumple y, además, por cuanto resulta indispensable para el desarrollo de las demás actividades de los usuarios, tanto si se trata del desplazamiento de mercancías de un lugar a otro, como en el transporte de pasajeros, que de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Nacional,

Doctor Aníbal Gaviria Correa

corresponde al Congreso la expedición de la ley para regular la prestación de este servicio público.

Ello significa, entonces, que en un Estado unitario como el nuestro, lo atinente a la regulación de la prestación del servicio público de transporte; los modos y los medios en que este se preste; las condiciones generales para el otorgamiento de las rutas y horarios; los requisitos mínimos de seguridad para los usuarios; la determinación de quienes han de ejercer la autoridad de transporte; la necesaria coordinación de las autoridades locales para el efecto; entre otros aspectos, corresponden al legislador, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional, para la cumplida ejecución de la ley, en el ámbito de su competencia, ejerza la potestad reglamentaria conforme a lo preceptuado en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia.

V. ORDENANZA No. 040 DE 2007

Ahora bien, para la expedición del Proyecto de Ordenanza No. 040 del 17 de julio de 2007 que cursa en la Asamblea Departamental de Antioquia **“POR MEDIO DE LA CUAL SE AUTORIZA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO TERRESTRE ALTERNATIVO EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”**, se invocó la facultad conferida por el numeral 2º del artículo 300 de la Constitución Política, el cual establece que le corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de Ordenanzas expedir las disposiciones relacionadas con el transporte.

La ley 336 del 20 de diciembre de 1999 **“POR LA CUAL SE ADOPTA EL ESTATUTO NACIONAL DE TRANSPORTE”**, señala en el artículo 3º que el Estado regulará y vigilará la industria del transporte en los términos previstos en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política; agrega el citado estatuto en el artículo 11, inciso 2º que **“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...”** .

En desarrollo de la precitada facultad legal y en ejercicio de la potestad reglamentaria otorgada al Gobierno Nacional por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, se expidió el Decreto 170 del 5 de febrero de 2001, su artículo 2º es claro en señalar que las disposiciones contenidas en el mismo se aplicarán integralmente a la modalidad de Transporte Público Colectivo Terrestre Automotor de Pasajeros del radio de acción metropolitano, distrital y municipal.

De acuerdo con la preceptiva enunciada se colige que el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor en las áreas metropolitanas, en los distritos y en los municipios se deben sujetar a la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional y que en la actualidad se encuentra plasmada en el Decreto 170.

Doctor Aníbal Gaviria Correa

Examinada en detalle la Ordenanza 040 de 2007, se tiene que ésta contraría preceptos de transporte de mayor jerarquía, así:

- El contenido de la ordenanza se refiere al objeto, definiciones, ámbito de aplicación, autoridades, acceso al servicio y ámbito de operación, habilitación de empresas, prestación del servicio, régimen de transición, vigencia de la autorización; conductores y licencia de conducción de vehículos autorizados; transporte de mercancías en motocarro, tarifas, y disposiciones generales.

Estas disposiciones están abiertamente en contradicción de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 336 de 1996, por cuanto las empresas habilitadas para la prestación del servicio público de transporte solo podrán hacerlo con equipos matriculados para dicho servicio, es decir que los vehículos necesariamente deben corresponder al servicio público, los cuales previamente se homologan ante el Ministerio de Transporte, por lo tanto las autoridades locales no están facultadas para ello.

Así mismo, es importante tener en cuenta que este tipo de reglamentos riñen con el Código Nacional de Tránsito-Ley 769 de 2002, toda vez que estas disposiciones tienen aplicación en el territorio nacional conforme se desprende del artículo 1º y por lo tanto no podrían las autoridades locales modificar las definiciones que trae el código ni establecer condiciones particulares para regular un servicio público como el pretendido ya que este es del resorte del Gobierno Nacional con base en los parámetros del numeral 5º del artículo 3º de la Ley 105 de 1993 y artículos 16, 17 y 19 de la Ley 336 de 1996.

Los demás capítulos y títulos del proyecto de ordenanza 040 referentes a la habilitación, prestación del servicio, régimen de transición, requisitos para la autorización, vigencia de la autorización, conductores y licencia de conducir los vehículos autorizados, son abiertamente contrarios a la constitución y a la ley por competencia.

En efecto, el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia establece que los servicios públicos son inherentes a la función social del estado, los cuales están sometidos al régimen jurídico que fije la ley.

En desarrollo de esa preceptiva constitucional el Congreso de la República expidió las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, las cuales a su vez facultaron al Gobierno Nacional para expedir cada uno de los reglamentos de los modos de transporte y de las diferentes modalidades. Atribución que fue desarrollada para el caso que nos ocupa (transporte terrestre automotor) a través de los Decretos 170 a 175 del 5 de febrero de 2001 y 4190 del 29 de octubre de 2007.

Así las cosas, esta cartera ministerial considera que la ordenanza 040 de 2007, es abiertamente ilegal por contrariar la Constitución Política de Colombia artículos 365,

Doctor Aníbal Gaviria Correa

333 y 334; las leyes 105 y 336 de 1996 y los decretos reglamentarios 170 a 175 de 2001, por carecer de competencia la Corporación Pública – Asamblea Departamental de Antioquia -, toda vez que el servicio público de transporte tiene un alcance nacional y por mandato constitucional y legal le corresponde regularlo al Gobierno Nacional a través del Señor Presidente de la República y del Ministro de Transporte.

Por lo anteriormente expuesto, con todo respeto le solicito al señor Gobernador de Antioquia de ser aprobada en los debates reglamentarios la ordenanza 040 de 2007, se objete por parte de su despacho por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad. Así mismo, me permito sugerirle que en el evento de ser promulgada la ordenanza por decisión de la Asamblea, se proceda a demandarla ante la jurisdicción contenciosa administrativa por parte del ente departamental y para lo cual el Ministerio de Transporte coadyuvara en la demanda.

Cordialmente,

ANDRÉS URIEL GALLEGO HENAO