



Para contestar cite:

Radicado MT No.: **20091340245371**



Fecha: **18-06-2009**

Bogotá

Señor:

MAURICIO FACIO LINCE PRADA

Director Área Metropolitana del Valle de Aburrá

Calle 41 No 53 – 07

Medellín

Asunto: Transporte

Transporte del Área Metropolitana del Valle de Aburrá

Respetado Doctor:

De manera atenta, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo damos respuesta a sus radicados identificados con los números 295472 y 297182 de 2009, en los que solicita *"brindar claridad y alcance al concepto jurídico radicado MT 20081340674821"*.

En primer lugar es necesario destacar que el citado oficio fue producto de una solicitud remitida a esta entidad por la Presidencia República, relacionada con el Transporte del Área Metropolitana del Valle de Aburrá y en las condiciones determinadas en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Dicha comunicación destaca que esta oficina Jurídica emitió concepto numerado **50374 del 29 de agosto de 2007**, con las siguientes consideraciones:

"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:



Libertad y Orden

Ministerio de Transporte
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



Para contestar cite:

Radicado MT No.: 20091340245371



Fecha: 18-06-2009

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.

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



Para contestar cite:

Radicado MT No.: 20091340245371



Fecha: 18-06-2009

transporte en cualquiera de sus Modos, que afecten la prestación del servicio, o para satisfacer 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.”

*“ 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”.

Adicionalmente mediante oficio 49394 del 4 de octubre de 2008 señalo:

Igualmente, es importante traer a colación el pronunciamiento de la Corte Constitucional a través de sentencia C-066 de 1999, en relación con el inciso de artículo 86 de la Ley 336 de 1996 que consagra que el Ministerio “constituirá la Autoridad Única de transporte para la administración del sistema de transporte masivo de acuerdo con los criterios de coordinación institucional y la articulación de los diferentes modos de transporte”.



Para contestar cite:

Radicado MT No.: **20091340245371**



Fecha: **18-06-2009**

La Corte, en dicho examen de constitucionalidad, encuentra que el artículo 300, numeral 2 de la Carta Política entre otras funciones asigna a las Asambleas Departamentales la facultad de expedir disposiciones relacionadas con “el transporte”, lo que significa, entonces, para nuestro máximo tribunal constitucional, que no puede ser el Ministerio de Transporte la autoridad “única” de que habla el Artículo 86 de la Ley 336 de 1996, razón por la cual la norma citada fue declarada inexecutable.

En relación con el tema que nos ocupa el Ministerio de Transporte expidió igualmente las Resoluciones 5256 de 2003 y 2179 de 2006, mediante las cuales otorgó al AREA METROPOLITANA DEL VALLE DE ABURRÁ la categoría de autoridad de transporte para EL SISTEMA DE TRANSPORTE MASIVO DE MEDIANA CAPACIDAD – Metroplus – y para EL SISTEMA METRO, respectivamente.

“En nuestro criterio, la competencia para adelantar los procesos referidos, corresponde a los entes gestores, como quiera que esa es precisamente la razón de su creación y existencia y a contrario sensu, la autoridad de transporte masivo, para el caso en análisis el Área Metropolitana del Valle de Aburrá, tiene como funciones atendiendo las voces del Decreto 3109 de 1997, las de planificar, organizar, controlar y vigilar la puesta en marcha y funcionamiento del sistema, bajo la coordinación institucional del Ministerio de Transporte, agregando que en ningún caso, podrá tener tal calidad un operador o empresa habilitada”.

Finalmente el oficio del cual solicita aclaración señala que la posición del Ministerio de Transporte “es respetar la competencia e independencia de la Autoridad de Transporte Metropolitana, y el cumplimiento de los postulados legales que ordenan la adjudicación de servicios mediante concurso público, sin embargo, debe resaltarse que dichas autoridades deben observar las normas legales que regulan la actividad”.

Ahora bien, para los efectos de su comunicación a continuación nos referimos acerca del alcance de los conceptos emitidos por la oficina jurídica del ministerio de transporte

El artículo 8° del decreto 2053 en su numerales 2 y 9 señala:

“Artículo 8° Oficina Asesora Jurídica. La Oficina Asesora Jurídica cumplirá las siguientes funciones:...

“2. Establecer los criterios de interpretación legal de última instancia del Ministerio”

“9. Atender y resolver las consultas y derechos de petición relacionados con las funciones de la oficina, presentadas ante el Ministerio por personas de carácter público o privado.”



Libertad y Orden

Ministerio de Transporte
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



Para contestar cite:

Radicado MT No.: **20091340245371**



Fecha: **18-06-2009**

La anterior función se enmarca dentro del derecho de petición que de acuerdo al Código Contencioso Administrativo, puede ser en interés particular, de informaciones y de consulta, sobre este último el Código precisa:

“ARTICULO 25. CONSULTAS. El derecho de petición incluye el de formular consultas escritas o verbales a las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales.

Estas consultas deberán tramitarse con economía, celeridad, eficacia e imparcialidad y resolverse en un plazo máximo de treinta (30) días.

Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

La doctrina administrativa en Colombia frente a este especial derecho de petición ha enseñado:

“El ordenamiento positivo incluye como otra modalidad del derecho de petición el formular consultas a las autoridades públicas. Este mecanismo didáctico de colaboración de las autoridades para con los particulares se diferencia radicalmente de las otras formas de derecho de petición. Mientras en los anteriores el objetivo es la formación de un Acto Administrativo o la obtención de una información, en el presente asunto la finalidad es la obtención de un concepto sobre la interpretación del ordenamiento jurídico. “Los conceptos no obligan a la administración y los particulares se encuentran libertad de aceptarlos o no. No son actos administrativos, en la medida en que no adoptan decisiones, ni están llamados a producir efectos jurídicos, salvo que la administración con posterioridad los convierta en obligatorios. ” (Jaime Orlando Santofimio G. Tratado de Derecho Administrativo. T. II. Pag. 196 y ss).

El profesor Penagos al respecto ha comentado: “Se observa del estudio de la norma anterior (art. 25 C.C.A.), que los conceptos que emitan las autoridades, conforme al artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, ni comprometen la responsabilidad de la entidad, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, simplemente, por tratarse de meros conceptos, que no contienen decisiones, sino pareceres o criterios de la respectiva entidad” (Gustavo Penagos. El Acto Administrativo. TI. Pag. 228 y ss)

Recuerda el citado doctrinante que solamente se puede considerar obligatorios los conceptos cuando el mismo ordenamiento jurídico así lo precisa como es el caso de los emitidos y publicados por la DIAN, en virtud del artículo 57 del decreto 2117 de 1992, al decir que los conceptos emitidos por la Subdirección Jurídica de Impuestos Nacionales,



Para contestar cite:

Radicado MT No.: **20091340245371**



Fecha: **18-06-2009**

constituyen interpretación para los funcionarios de dicha entidad, y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria.

Los órganos de control y las máximas autoridades judiciales respecto al alcance y responsabilidad del derecho de petición de consulta, han establecido la irresponsabilidad administrativa y patrimonial de la administración, cuando absuelven tales pedimentos, tal como a continuación se precisa.

1. La procuraduría General de la Nación en su función consultiva de las demandas de inconstitucionalidad presentadas ante la Corte Constitucional y con ocasión de una demanda contra el artículo 25 del C.C.A., en donde el accionante increpaba de inconstitucional el artículo 25 de marras por no generar responsabilidad patrimonial, conceptuó:

"Como el accionante alude responsabilidad patrimonial del Estado cuando cause daños patrimoniales al peticionario con sus respuestas, resulta inaceptable para el Ministerio Público que la administración responda patrimonialmente y a título personal, por criterios, interpretaciones jurídicas y determinadas posiciones respecto a asuntos que respondan los entes estatales, cuando el peticionario acate un concepto de la administración que le cause perjuicio económico, pues su aceptación y aplicación correspondiente es optativa "si o no" conforme a la voluntad del que realiza la consulta o que busca aplicarla, en razón a ello no se percibe desequilibrio alguno al tomar en cuenta una respuesta a una consulta Estatal por parte del peticionario.

Basado en este análisis, el Procurador General considera infundados los cargos del actor por inconstitucionalidad en contra del artículo 25 parcial del Decreto 01 de 1984, mediante el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo." (Concepto No. 3740 del 25 de enero de 2005)"

2. El Consejo de Estado por su parte, ha mencionado en abundante jurisprudencia lo siguiente:

En Auto de mayo 6 de 1994 la Sección Primera al respecto ha dicho: "Los conceptos jurídicos de la administración no son actos administrativos.... vale la pena recordar la diferencia que existe entre los conceptos y las circulares e instrucciones de carácter general...Mediante los primeros se absuelven consultas tanto de funcionarios como de particulares formuladas en procura de conocer, desde el punto de vista jurídico criterios y opiniones acerca del problema consultado. A través de las segundas, el superior jerárquico indica a los funcionarios subalternos la manera como deben aplicar las normas legales..."



Libertad y Orden

Ministerio de Transporte
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



Para contestar cite:

Radicado MT No.: **20091340245371**



Fecha: **18-06-2009**

En igual sentido el Consejo de Estado en sentencia proferida el 6 de febrero de 1997. Expediente 7736, por la sección segunda ha manifestado: *"No contempla dicha disposición la posibilidad de impugnar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la respuesta que profieren las entidades, al absolver las consultas que formulan los particulares, en ejercicio del derecho de petición, relacionadas con el alcance de las disposiciones de orden legal.no contiene una decisión capaz de crear, modificar, ni extinguir situación jurídica de ninguna índole, ya sea de carácter general o particular...."*

En otro pronunciamiento el Consejo de Estado, Sección Cuarta expediente 10787 sentencia del 18 de junio de 1984, ha determinado: *"A las anteriores consideraciones del auto suplicado, habrá que agregar solamente que la interpretación de la ley con autoridad solo está reservada al legislador, con el fin de 'fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, conforme a la prescripción del artículo 25 del Código Civil y por lo mismo, si ni siquiera la que hacen los jueces, en toda la jerarquía judicial, es por vía de autoridad, sino doctrinaria, interpretación que por lo mismo no es de obligatoria observancia por las autoridades situadas en grado inferior del juez o tribunal que interpreta la norma, es por lo menos alineante que se dá tal carácter, a la interpretación de la ley tributario que haga la Dirección General de Impuestos Nacionales, que es una Oficina de la Administración".*

"Se vulnera igualmente el artículo 26 del C.C., toda vez que indudablemente la doctrina es fuente de derecho pero no es fuente obligatoria; la doctrina es la interpretación que por vía general se hace de las leyes; sirve para orientar a funcionarios y particulares, pero, repetimos, no es imperativa. De manera que la interpretación que por vía general hace el Director General de Impuestos, como doctrina, no es obligatoria para los particulares, y tampoco lo sería para los funcionarios de la dirección si no fuera por la facultad que la norma le confiere de convertir su doctrina en instrucciones para ilustrar y orientar a sus subordinados sobre cómo deben actuar ante un caso concreto. En estos eventos, los funcionarios por el principio de la obediencia inherente a la organización administrativa, deben observarlas, so pena de incurrir en infracción disciplinaria, a menos, claro está, que la instrucción contenga una ilegalidad flagrante, pues en este caso prima la observancia de la ley."

Lo anterior con respecto a la primera parte de su oficio en el que solicita claridad y alcance, concluyendo que la comunicación expedida en el mes de Diciembre de 2008 no hace otra cosa que retomar la posición adoptada por este ente Ministerial, que además ha sido ampliamente difundida en el sentido de señalar que solamente a través de un concurso en el que se garantice la participación de todos los interesados puede adjudicarse el permiso para la prestación de servicios de transporte cuando se establezcan rutas y horarios para tal fin.

De otro lado con relación a la segunda parte de su escrito donde solicita que este Ministerio certifique que el procedimiento que se está adelantando al interior del Área Metropolitana del Valle de Aburrá se encuentra ajustado a la ley y que por tanto debe continuar, no es posible



Ministerio de Transporte
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



Para contestar cite:

Radicado MT No.: **20091340245371**



Fecha: **18-06-2009**

acceder a su solicitud toda vez que esta entidad carece de competencia para determinar la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos o contractuales de otras entidades, solamente está facultado para expedir conceptos a nivel general no para situaciones particulares, la legalidad de dichos actos solamente puede ser objeto de examen por parte de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente:

ANTONIO JOSE SERRANO MARTINEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Copia: Dr. Andrés Uriel Gallego Henao, Ministro de Transporte
Dr. Gabriel Ignacio Garcia, Viceministro de Transporte
Dra. Carolina Camacho Coordinadora Grupo de Transporte Masivo