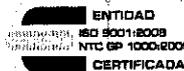




NIT.899.999.055-4

PROSPERIDAD PARA TODOS



Para contestar cite:

Radicado MT No.: 20131340317001



30-08-2013

Bogotá, D.C., 30-08-2013

Asunto: Transporte – Tasa de uso

Respetado Señor:

En atención a las solicitudes enviadas por usted mediante oficios 2013321024088-2 y 2013321035606-2, esta Oficina Asesora de Jurídica se pronuncia en los siguientes términos:

Establece el Decreto 2762 de 2001 *"Por el cual se reglamenta la creación, habilitación, homologación y operación de los terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera"*:

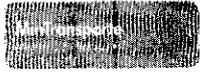
"Artículo 11. Definición. Denominase tasas de uso el valor que deben cancelar las Empresas de Transporte por el uso de las áreas operativas de los terminales de transporte terrestre de pasajeros por carretera, a la empresa terminal de transporte.

Artículo 12. Fijación. El Ministerio de Transporte mediante resolución y teniendo en cuenta, la clase de vehículo a despachar, la longitud de la ruta y el número de terminales en el recorrido, fijará las tasas de uso que deben cobrar los terminales de transporte terrestre, autorizados por este, a las empresas de transporte intermunicipal de pasajeros usuarias de los mismos, la cual se compone de dos partes: una suma que se destinará al desarrollo de los programas atinentes o la seguridad definidos en el numeral 8 del artículo 13 del presente decreto la cual será recaudada por los Terminales de Transporte y transferida íntegramente a la entidad administradora de los mencionados programas y la otra parte restante ingresará a la Empresa Terminal de Transporte.

Parágrafo. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3628 de 2003. El Ministerio de Transporte dispondrá de un término de dos (2) años, contados a partir de la vigencia del presente decreto, a efectos de establecer, previo estudio técnico, una categorización de los terminales de transporte, con el fin de fijar tasas diferenciales de acuerdo con las categorías que en el estudio se establezcan.

Artículo 13. Obligaciones. Son obligaciones de las empresas terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera las siguientes:

CA
(...)



NIT.899.999.055-4

PROSPERIDAD PARA TODOS



Para contestar cite:

Radicado MT No.: 20131340317001



30-08-2013

8. Con fundamento en el artículo 2º de la Ley 336 de 1996 y en consonancia con los programas de seguridad que implemente el Ministerio de Transporte, las empresas terminales de transporte actualmente en operación, deberán disponer dentro de un plazo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de vigencia del presente Decreto, dentro de las instalaciones físicas de cada terminal de transporte, los equipos, el personal idóneo y un área suficiente para efectuar exámenes médicos generales de aptitud física y practicar la prueba de alcoholumetría a una muestra representativa de los conductores que estén próximos a ser despachadas del respectivo terminal. Para el desarrollo de estos programas se contará con los recursos previstos en el artículo 12 del presente decreto, los cuales se manejarán de manera coordinada y organizada entre las empresas de transporte intermunicipal de pasajeros usuarias de los terminales, o a través de sus agremiaciones y los terminales de transporte en su conjunto.

(...)

10. Cobrar las tasas de uso fijadas por el Ministerio de Transporte en los términos del presente decreto y de la resolución respectiva."

Luego se expidió la Resolución 2222 de 2002 "Por la cual se fijan las tasas de uso que deben cobrar los terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera homologados o habilitados por el Ministerio de Transporte" y de forma posterior se expidió la Resolución 6398 de 2002 "Por la cual se establece la base de cálculo de las tasas de uso que deben cobrar los terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera homologadas o habilitados por el Ministerio de Transporte"

De forma posterior, el Ministerio de Transporte formuló consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, radicada bajo el número 1681 de la cual se obtuvo el concepto emitido el 26 de enero de 2006, en el cual manifestó:

"En primer lugar, resalta la Sala que la facultad de fijar las tarifas "en cada modo" del transporte, corresponde a una potestad claramente intervencionista del Estado en la economía y en las relaciones entre los particulares, pues puede someter los contratos de transporte que celebren, bien a una fijación directa, a una situación controlada o a una libertad de precios y de estipulación, potestades que van más allá del simple control y vigilancia y se encuadran más en medidas de tipo intervencionista. Es claro también que para que haya intervención se requiere que existan unas relaciones jurídicas de carácter contractual, por lo que la potestad para fijar las tarifas debe entenderse como la de determinar el valor de los contratos que se celebren entre los prestadores de los servicios y los usuarios, que como se dijo puede estar sometido a tres regímenes tarifarios.

Ahora bien, se tiene que los terminales son bienes de uso público que prestan un servicio conexo al también servicio público de transporte terrestre de pasajeros, par



NIT.899.999.055-4

PROSPERIDAD PARA TODOS



Para contestar cite:

Radicado MT No.: 20131340317001



30-08-2013

operadores que pueden ser empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta o bien sociedades particulares. Cualquiera sea la naturaleza del terminal, es claro que su función es de índole industrial, comercial o de gestión, y en principio su actividad, está sometida al derecho de los particulares.

Es bien sabido que en derecho público existe una estrecha correspondencia entre el tipo de entidad administrativa y el de la naturaleza de la función o servicio que desempeña, de suerte que las funciones administrativas, por lo general son desarrolladas por las entidades que conforman el sector central de la administración y los establecimientos públicos, pero si esas actividades son de naturaleza industrial o comercial, la ley las asigna a las empresas industriales y comerciales del Estado o a las sociedades de economía mixta. De esta manera, el tipo de entidad determina también el régimen jurídico aplicable a la actividad de la entidad, a su personal, etc.

Bajo esta misma perspectiva, es necesario poner de presente que cuando la administración presta a los particulares los servicios que le han sido encomendados por la Constitución o por la ley, lo hace bajo dos formas jurídicas claramente diferenciadas, la primera de ellas, que es la típica de las funciones administrativas, también llamadas servicios administrativos, en la que la situación jurídica de los usuarios particulares es del tipo de las estatutarias, es decir de las reguladas íntegramente por la ley y los reglamentos, mientras que cuando los servicios que se entregan son de los llamados industriales, comerciales o de gestión económica, la relación que surge con los usuarios es de carácter contractual. Si la ley autoriza a cobrar la prestación que se entrega bajo una relación estatutaria, este cobro constituye una tasa, y a su regulación deben aplicarse todos los elementos de este tipo de exacción tributaria, pero si se está en presencia de una relación contractual, porque el servicio es industrial y comercial, se entiende que la administración cobra un precio por ese contrato, y este ingreso, aunque público, no está sometido a las reglas de la tasa.

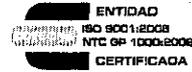
(...)

Aplicando lo expuesto a las empresas terminales de transporte terrestre de pasajeros, se tiene entonces que desde 1984 fueron organizadas como sociedades anónimas, bien bajo un régimen de empresa industrial o comercial, bien bajo uno de sociedad de economía mixta, por lo que, a falta de definición legal en contrario, se aplica la regla general. De esta definición del tipo de órgano que desempeña esta actividad, se desprende la calificación de la misma como industrial y comercial o de gestión económica bajo las reglas del derecho privado, por lo que la relación jurídica con los usuarios es del tipo de los contratos y no de las relaciones estatutarias ordenadas íntegramente por las leyes y los reglamentos. En este orden de ideas, las tarifas a que hace referencia la ley 336 de 1996 en comento, como la ley 105 de 1993, se refieren a los precios que pueden cobrar a los transportadores que utilizan el terminal como contraprestación de sus servicios, mas no por una tasa en el sentido tributario del término. Insiste la Sala en que el criterio que acoge



NIT.899.999.055-4

PROSPERIDAD PARA TODOS



Para contestar cite:

Radicado MT No.: 20131340317001



30-08-2013

para deslindar si este valor es una tasa o el precio de un contrato, es el de la naturaleza del órgano que presta el servicio, el cual determina, en principio y a falta de norma legal en contrario, la naturaleza de la actividad que desarrolla. Se reitera igualmente, que el hecho de que sea el precio de un contrato, no significa que el dinero que ingresa a las Terminales sean dineros privados, pues se está en presencia de entidades administrativas que explotan bienes de uso público bajo un régimen de empresas industriales y comerciales o de sociedades de economía mixta.

(...)

El decreto reglamentario 2762 de 2001, en sus artículos 12 y 13 numeral 8°, y la resolución número 2222 de 2002, dividen la tasa de uso en dos partes, a saber:

a) Una parte que se destina a los programas de seguridad de la operación de transporte, los cuales se refieren en este caso a un examen del estado de salud y una prueba de alcoholimetría a los conductores, antes de cada despacho. La Empresa Terminal de Transporte al recaudar la tasa, recibe esta parte, la cual no ingresa a su patrimonio, pues debe transferirla íntegramente a la entidad administradora de los mencionados programas. La transferencia se hará diariamente a la cuenta que establezca el "organismo administrador del programa" según la resolución 2222 de 2002 del Ministerio de Transporte.

b) La parte restante ingresa a la Empresa Terminal de Transporte para su funcionamiento e inversión.

(...)

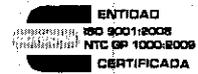
4°, 5°, y 6°. Como se dijo al contestar las preguntas anteriores, el Gobierno. Nacional puede, si lo estima conveniente, aclarar el decreto 2762 de 2001, de manera que no haya duda sobre la competencia de las sociedades administradoras de los terminales de prestar este servicio. Cada terminal dentro de su autonomía administrativa podrá, o bien ejecutar directamente los exámenes médicos con personal calificado, o bien contratarlo, siguiendo las reglas que le sean aplicables, esto es, la ley 80 de 1993 si son entidades estatales, o el derecho privado para las demás.

7° y 8°. Como se ha dicho, las "agregaciones nacionales de transportadores" son entidades privadas que, al menos en principio, no prestan el servicio público de transporte ni tampoco el servicio conexo de terminales. Entonces, un decreto reglamentario y una resolución ministerial no pueden obligarlas a asociarse con las sociedades administradoras de los terminales y los empresarios del transporte, para realizar exámenes médicos a los conductores con miras a garantizar la seguridad de los usuarios."



NIT.899.999.055-4

PROSPERIDAD PARA TODOS



Para contestar cite:

Radicado MT No.: 20131340317001



30-08-2013

Luego la Superintendencia de Puertos y Transporte expidió la Circular Externa número 006 de 2007, en la cual se pronunció sobre el cumplimiento de los programas de seguridad en la operación de transporte, reiterando lo manifestado en la normatividad anteriormente citada.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la terminal de transporte de Bogotá es una sociedad de economía mixta, es necesario anotar que:

"Las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones del legislador y de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales, en su ámbito respectivo, en torno de la configuración y desarrollo de la estructura de la administración (nacional, departamental o municipal). Es decir, que la posibilidad de que se autorice en cada caso la constitución de dichas sociedades así como la posibilidad de definición de características generales y del régimen administrativo y jurídico encuentra soporte directo en la Constitución. Configuran elementos organizativos constitucionales dentro del Estado Colombiano.

(...)

Varios son, entonces, los elementos configurativos de la sociedad de economía mixta conforme al desarrollo legal de los mandatos constitucionales:

- a- Creación o autorización legal;*
- b- Carácter de sociedades comerciales;*
- c- Su objeto sociedad es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales;*
- d- Sujeción a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley;*
- e- Capital integrado por aportes del Estado y de particulares;*
- f- Vinculación a la administración como integrante del sector descentralizado y consecuente sujeción a controles administrativos.*

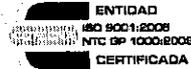
Esta Corte en reciente sentencia ha enfatizado sus orientaciones en cuanto al entendimiento que desde la perspectiva constitucional cabe dar a los elementos característicos de las sociedades de economía mixta expresados en el citado artículo 97 de la Ley 489 de 1998, las cuales se reiteran en esta ocasión[2]:

"3.1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 las sociedades de economía mixta "son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley".



NIT.899.999.055-4

PROSPERIDAD PARA TODOS



Para contestar cite:

Radicado MT No.: 20131340317001



30-08-2013

-Dichas sociedades son autorizadas por la ley, en el evento en que tengan carácter nacional (art. 150, numeral 7 C.P.), o por una ordenanza departamental o acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales (arts. 300, numeral 7, y 313, numeral 6, C.P.). Pero, para su existencia no basta la autorización legal, pues en atención a que son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, es indispensable la celebración de un contrato entre el Estado o sus entidades y los particulares que van a ser parte de ellas.

-Su organización es la propia de las sociedades comerciales, las cuales están previstas en el Código de Comercio. Los estatutos por los cuales se rigen son los expedidos por los socios y están contenidos en el contrato social.

-No obstante estar constituidas bajo la forma de sociedades comerciales, no son particulares. Son organismos que hacen parte de la estructura de la Administración Pública, pertenecen al nivel descentralizado y son organismos vinculados.

-Gozan de personería jurídica propia y de autonomía administrativa, aunque el grado de ésta variará según el porcentaje de participación que tengan los particulares y el Estado.

-Su objeto social es el desarrollo de actividades industriales y comerciales, salvo aquellas excepciones que consagre la ley.

-Tal como se desprende de su misma denominación, en esas sociedades hay apartes tanto de capital público como de capital privado. El monto de uno y otro varía según la intención no sólo del legislador sino de sus mismos socios. Así las cosas, el carácter de sociedad de economía mixta no depende en manera alguna del régimen jurídico aplicable sino de la participación en dicha empresa de capital público y de capital privado".

(...)

Por consiguiente, en la constitución de una sociedad de economía mixta el Estado o sus entidades territoriales o una empresa de capital público u otra sociedad de economía mixta pueden tener una participación mínima, mientras que los particulares pueden tener la participación mayoritaria, pero también puede ocurrir lo contrario.

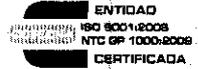
Debe precisarse que la participación económica de particulares conlleva a la intervención de éstos tanto en el manejo de la sociedad como en la toma de decisiones, según sea el monto de su aporte. No es el Estado quien actúa sólo, sino en compañía de su socio, es decir de un particular.

-Tienen ánimo de lucro y es claro que habrá reparto de utilidades y de pérdidas entre sus socios. En efecto, los dineros que reciban por el ejercicio de su actividad serán repartidos entre las entidades públicas y los particulares".



NIT.899.999.055-4

PROSPERIDAD PARA TODOS



Para contestar cite:

Radicado MT No.: 20131340317001



30-08-2013

(...)

Aplicando el anterior esquema al caso en análisis se tiene que las sociedades de economía mixta, como ya se ha visto, por mandato constitucional expreso no forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, y de acuerdo con la ley han de organizarse, bajo la forma de sociedades comerciales, tienen como objeto social el desarrollo de actividades industriales y comerciales (en general, puede afirmarse de gestión económica). Y, cabría agregar, que constitucionalmente les resulta vedado el desarrollo, como objeto social, de actividades que hayan sido monopolizadas a favor del Estado¹, por lo cual tienen vocación para actuar solo en aquellos ámbitos librados a la plena competencia con agentes económicos íntegramente privados,

En armónica coherencia con esos elementos configurativos, el legislador ha optado por definir que el régimen jurídico aplicable a tales organismos sea el derecho privado. Na obstante, teniendo en consideración el porcentaje específico del aporte estatal (ya sea éste de la Nación o de las entidades territoriales en el capital social) la propia ley ho dispuesto solvedodes o la oplicación del régimen general establecido para dichas sociedades de economía mixta.

Así, se ho previsto que cuando la porticipación de lo Nación, de entidades territoriales o de entidades descentralizadas en el capital social seo igual o superior al 90% el régimen de las actividades y de los servidores sea el aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado en los mismos ámbitos (artículo 97 de la Ley 489 de 1998, inciso segundo).

Iguolmente, la norma ocusada en este proceso, señalo que por excepción, para efectos de la contratación, cuando la participación estatal sea superior al 50% del capital social, la sociedad de economía mixta no se rija por su régimen "general y propio" de derecho privado, sino por los principios y reglos aplicables a las entidades estatoles conforme al Estatuto de Contratación de lo de lo Administración Pública y pora ello la ley ocude a considerar a las sociedades de economía mixto, para esos solos efectos como entidades estatales."²

En efecto tal como lo manifiesta el Consejo de Estado *"Aplicando lo expuesto a las empresas terminoles de transporte terrestre de pasajeros, se tiene entonces que desde 1984 fueron organizadas como sociedades anónimos, bien bajo un régimen de empresa industrial o comercial, bien bajo uno de sociedad de economía mixta, por lo que, o falta de definición legal en contrario, se aplico la regla general. De esta definición del tipo de órgano que desempeña esta actividad, se desprende la calificación de la misma como industrial y comercial o de gestión económica bajo las reglas del derecho privado, por lo que lo relación jurídica con los usuarios es del tipo de los contratos y no de las*

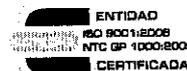
¹ En la sentencia C-316 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, por ejemplo, la Corte declaró la inexecutable de una disposición (artículo 6 de la Ley 643 de 2001) en cuanto permitía que las sociedades de economía mixta actuaran como operadores directos del monopolio de juegos de suerte y azar.

² Sentencia C - 629 DE 2003



NIT.899.999.055-4

PROSPERIDAD PARA TODOS



Para contestar cite:

Radicado MT No.: 20131340317001



30-08-2013

relaciones estatutarias ordenadas íntegramente por las leyes y los reglamentos. En este orden de ideas, las tarifas a que hace referencia la ley 336 de 1996 en comentario, como la ley 105 de 1993, se refieren a los precios que pueden cobrar a los transportadores que utilizan el terminal como contraprestación de sus servicios, mas no por una tasa en el sentido tributario del término. Insiste la Sala en que el criterio que acoge para deslindar si este valor es una tasa o el precio de un contrato, es el de la naturaleza del órgano que presto el servicio, el cual determina, en principio y a falta de norma legal en contrario, la naturaleza de la actividad que desarrolla. Se reitera igualmente, que el hecho de que sea el precio de un contrato, no significa que el dinero que ingresa a las Terminales sean dineros privados, pues se está en presencia de entidades administrativas que explotan bienes de uso público bajo un régimen de empresas industriales y comerciales o de sociedades de economía mixta."

Ahora bien, es pertinente aclarar que independientemente del tipo de empresa o sociedad que se cree para el desarrollo de la actividad de terminal de transporte, las sumas que se recauden con destino a los programas de seguridad vial y alcoholimetría tienen una destinación específica y por expresa disposición legal una vez se recauden deberán ser trasladadas al órgano encargada de la administración de estos recursos.

En los anteriores términos se absuelve de forma abstracta el objeto de consulta, concepto que se emite de conformidad con lo preceptuado en los artículos 14 y 28 de la Ley 1437 de 2012 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" (ambas normas declaradas inexequibles con efecto diferido por la sentencia C- 818 de 2011, hasta el 31 de diciembre del 2014).

Atentamente,

GINA ASTRID SALAZAR LANDINEZ
Jefe Oficina Asesora de Jurídica

Proyectó: Gisella Fernanda Beltrán Zambrana
Revisó: Claudia F. Montoya Campas
Fecha de elaboración: Agosto de 2013
Número de radicado que responde: 2013321024088-2 y 2013321035606-2
Tipo de respuesta Total (X) Parcial ()