

Bogotá, 21 de junio de 2013

Señores Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
 Ciudad



Ref: Acción de inexequibilidad contra el artículo 5 (parcial) de la Ley 336 de 1996

Respetados Señores Magistrados:

PAOLA ANDREA SAAVEDRA HIDALGO, ciudadana colombiana, identificada como aparece al pie de mi firma, me permito acudir a la acción pública de inconstitucionalidad descrita en el artículo 241-4 de la Constitución Política para solicitar que se declare la inexequibilidad parcial del artículo 5° de la Ley 336 de 1996.

1. Texto de la norma acusada

El texto de la norma acusada es el siguiente:

Ley 336 de 1996
Estatuto General del Transporte

Artículo 5°- El carácter de servicio público esencial bajo la regulación del Estado que la ley le otorga a la operación de las empresas de transporte público, implicará la prelación del interés general sobre el particular, especialmente en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios, conforme a los derechos y obligaciones que señale el Reglamento para cada Modo.

El servicio privado de transporte es aquel que tiende a satisfacer necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas. En tal caso sus equipos propios deberán cumplir con la normatividad establecida por el Ministerio de Transporte. **Cuando no se utilicen equipos propios, la contratación del servicio de transporte deberá realizarse con empresas de transporte público legalmente habilitadas en los términos del presente Estatuto** (en negrillas y subrayas el aparte normativo acusado).

2. Artículos constitucionales violados

La expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 vulnera los artículos 1, 2, 24, 25, 26, 29, 58, 83, 150-21, 150-23, 333, 334, 336, 365 y 366 de la Constitución Política.

3. Delimitación del problema jurídico que se aborda en esta demanda y enunciación de las preguntas que se formulan a la Corte Constitucional

La presente acción pública de inconstitucionalidad se dirige contra la expresión "*Cuando no se utilicen equipos propios, la contratación del servicio de transporte deberá realizarse con empresas de transporte público legalmente habilitadas en los términos del presente Estatuto*", contenida en el inciso final del artículo 5° de la Ley 336 de 1996.

En este documento se demostrará que la expresión transcrita viola la Carta Política en al menos tres ámbitos diferentes, los cuales presentan entre sí niveles incrementales de afectación constitucional, tal como se observa a continuación.

El primer ámbito es el relativo al marco constitucional de los servicios públicos. Este tema se aborda en la sección 5.1. de la presente demanda. El artículo 5° de la Ley 336 de 1996 incurre en un vicio de configuración normativa al asignar efectos de servicio público esencial a una actividad de naturaleza eminentemente privada como lo es el transporte de personas o cosas en la esfera exclusiva del interesado.

La norma acusada desconoce así las reglas superiores que definen la prestación de los servicios públicos porque asigna al Estado obligaciones que exceden de forma manifiesta sus deberes sociales. En efecto, el artículo en comento lo responsabiliza de la atención de necesidades privadas, lo cual va más allá de su función de velar por la satisfacción de requerimientos colectivos, rasgo esencial de los servicios públicos.

La pregunta a la cual se procura dar respuesta en este escenario, es la siguiente: ¿Puede el legislador obligar al Estado a la satisfacción de necesidades privadas en el marco de los servicios públicos o, por el contrato, implica ello una extralimitación manifiesta de los deberes sociales que la Carta le asigna al Estado? (sección 5.1.2.)

El segundo ámbito versa sobre los principios superiores que orientan la intervención del Estado en la economía y las reglas de juego que gobiernan la libertad económica y la iniciativa privada. La sección 5.2. del texto, aborda esta problemática.

La norma acusada persigue un propósito que no es compatible con la Constitución Política pues hace que las necesidades privadas de transporte de las personas que carecen de un vehículo¹ para tal efecto, sólo puedan ser satisfechas por empresas prestadoras del servicio

¹ La norma acusada acude a una particular expresión, "**equipo**", para hacer referencia a vehículo. En virtud de lo anterior, se hace necesario poner se presente que en esta demanda se entiende la palabra "**vehículo**" de conformidad con la definición que le asigna el DRAE: "*Medio de transporte de personas o cosas*".

público de transporte. Se configura por esta vía un singular monopolio carente de toda justificación.

En aras de lograr este cometido ilegítimo, la norma acude a la introducción de prohibiciones absolutas e indiscriminadas en relación con innumerables actividades que los asociados realizan de forma cotidiana.

En efecto, la norma proscribire cualquier modalidad de transporte que se realice con un vehículo que no sea de propiedad de la persona natural o jurídica que *procura satisfacer sus necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de sus actividades exclusivas*.

Igualmente, impide la celebración de todas las modalidades de contrato que permiten a las personas de cualquier categoría jurídica hacer uso sin obtener la propiedad de vehículos pertenecientes a todas las modalidades de transporte.

Las preguntas relativas a este particular, son las siguientes: ¿Puede el legislador introducir mecanismos de intervención en la economía que no persiguen ningún fin legítimo, o por el contrato, implica ello una violación al marco general de la libertad económica? (sección 5.2.2.)

¿Puede el legislador establecer que la realización de una cierta actividad de naturaleza privada, como lo es el transporte privado, será desarrollada de forma exclusiva por empresas de servicio público de transporte, o por el contrato, implica ello el establecimiento de un monopolio sin el lleno de las condiciones y garantías previstas en el artículo 336 de la Constitución? (Sección 5.2.2.)

¿Puede el legislador erradicar, de forma absoluta e indiscriminada, cualquier modalidad de servicio de transporte privado o, por el contrato, implica ello una violación manifiesta de la cláusula general de libertad contractual a favor de los particulares? (Sección 5.2.3.1.)

¿Puede el legislador proscribir, de forma absoluta e indiscriminada, la totalidad de contratos civiles o comerciales, que permiten a terceros el uso de vehículos de los que no son propietarios o, por el contrato, implica ello una violación manifiesta de la cláusula general de libertad contractual a favor de los particulares? (Sección 5.2.3.2.)

El tercer ámbito de violación constitucional en el que incurre la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996, es el relativo al régimen de protección de las garantías básicas y de los derechos fundamentales.

La expresión acusada del artículo 5 de la Ley 336 de 1996 incorpora un tipo sancionatorio administrativo respecto de conductas usuales, cotidianas e inocuas que realizan de forma desprevenida y común no sólo los particulares (personas naturales y jurídicas), sino también las entidades estatales, los organismos multilaterales y las delegaciones de países extranjeros: el uso de vehículos de terceros para la satisfacción de sus necesidades privadas de transporte.

En efecto, en su afán de desplazar el transporte privado a la esfera del servicio público esencial de transporte, la norma acusada introdujo una infracción administrativa que castiga a quienes hacen uso de vehículos de propiedad de terceros que no se encuentren afiliados a empresas de transporte público.

Este tipo sancionatorio resulta ser manifiestamente injusto, caprichoso y carente de todo sustento. Al adoptarlo, el Congreso de la República actuó de una forma inaceptable en el marco del Estado de Derecho. Esta configuración normativa comporta una denegación misma de su obligación esencial de legislar para garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, tal como lo prevé el artículo 2 del texto Superior.

Las preguntas asociadas a esta situación, son: ¿Puede el legislador introducir tipos sancionatorios administrativos que contemplan castigos por la realización de conductas que están autorizadas por las normas generales aplicables; que son usuales en la práctica civil y comercial; y que resultan ser inocuas e inofensivas o, por el contrato, implica ello una violación manifiesta y brutal del principio de dignidad humana, y de los derechos fundamentales al trabajo y al debido proceso? (Sección 5.3.)

¿Puede el legislador castigar a las personas naturales que realizan el oficio de conductor simplemente por el hecho de que el vehículo que conducen no es de su propiedad o de propiedad de quien precisa movilizar personas o cosas en el ámbito de sus actividades exclusivas o, por el contrario, acarrea esta medida una violación grave e inaceptable al régimen de protección al trabajo que contempla la Constitución? (Sección 5.3.)

Para dar respuesta a estos interrogantes, la sección 4 de esta demanda recaba sobre el contenido, el alcance y los efectos del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 y, especialmente, de su expresión acusada. La sección 5 desarrolla los cargos concretos de constitucionalidad.

En la sección 6 se presenta a consideración de la Honorable Corte Constitucional, una **solicitud extraordinaria**, a saber, que se ordene **la suspensión provisional de la expresión normativa acusada**. Como se verá, las particulares que exhibe la norma, hacen

que su suspensión provisional constituya un mecanismo conducente de protección individual a favor de todas aquellas personas cuyas garantías constitucionales y derechos fundamentales sufren transgresiones con motivo de su aplicación en concreto.

4. El contenido y del alcance de la expresión normativa acusada

La presentación de los cargos de constitucionalidad que se formulan en esta demanda, exige reparar previamente sobre el contenido y alcance del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 (parcial).

Esta sección explica los aspectos normativos que la norma regula. Luego, repara sobre las características de la restricción que incorpora.

4.1. Enunciación de los aspectos normativos contenidos en el artículo 5° de la Ley 336 de 1996

La lectura del artículo 5° parcialmente acusado evidencia que los dos párrafos que lo integran, se ocupan de dos temas que pertenecen a dos categorías jurídicas claramente diferentes entre sí.

El primer párrafo versa sobre el marco regulatorio aplicable a las empresas prestadoras del servicio público de transporte. Según dicho aparte normativo, *"el carácter de servicio público esencial bajo la regulación del Estado que la ley le otorga a la operación de las empresas de transporte público, implicará la prelación del interés general sobre el particular, especialmente en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios, conforme a los derechos y obligaciones que señale el Reglamento para cada Modo"*.

Se trata así de una prescripción normativa cuyo contenido desarrolla el mandato previsto en el artículo 365 Superior según el cual *"los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley"*.

La norma en comento establece además que el servicio público de transporte tendrá la condición de servicio público esencial lo cual implica que se trata de una actividad que contribuye *"de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales"* (Sentencia C-450 de 1995; M.P. Antonio Barrera Carbonell).

El segundo párrafo, por su parte, presenta tres contenidos diferentes, cada uno de los cuales proveniente de las tres expresiones que lo integran. Estos tres contenidos hacen referencia a la esfera del transporte privado.

La primera expresión describe el ámbito del servicio privado de transporte. En efecto, dice la norma, *“el servicio privado de transporte es aquel que tiende a satisfacer necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas”*.

La norma delimita así el ámbito del “servicio de transporte privado” a la movilización de personas y cosas en el marco de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas. Es decir, excluye como parte del servicio privado de transporte, la satisfacción de necesidades colectivas, asunto del que se ocupa el servicio público.

La segunda expresión establece una condición para la prestación del servicio de transporte privado en los siguientes términos: *“En tal caso sus equipos propios deberán cumplir con la normatividad establecida por el Ministerio de Transporte”*. En otras palabras, la norma autoriza el transporte privado y el servicio de transporte privado siempre que los equipos asignados para tal fin obedezcan la normatividad establecida por el Ministerio de Transporte. Esta condición es consistente con la afirmación de la Corte Constitucional según la cual la circulación, por cualquier medio, es una actividad riesgosa sujeta a medidas específicas de regulación y de control por parte del Estado.

La tercera expresión, acusada en la demanda de la referencia, introduce una restricción en virtud de la cual se establece que la contratación del servicio privado de transporte tendrá que realizarse con empresas de transporte público en todos los casos en los que la actividad no se surta con vehículos o “equipos propios”, según la expresión contenida en la norma. ¿Cuál es, entonces, el alcance de la restricción establecida por el legislador por medio de la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996? La sección siguiente ofrece una respuesta a este interrogante.

4.2. El alcance de la restricción contenida en la última frase del artículo 5° de la Ley 336 de 1996

La expresión normativa acusada establece, de forma absoluta e indiscriminada, que la persona que, dentro del ámbito de sus actividades exclusivas no satisfaga sus necesidades de movilización con un vehículo de su propiedad, deberá proceder entonces, para tal efecto, a la contratación del servicio correspondiente con una *“empresa de transporte público legalmente habilitada en los términos del presente Estatuto”*.

Esta prescripción implica que los individuos sólo disponen de dos fuentes diferentes para atender sus necesidades de movilización dentro del ámbito de sus actividades exclusivas: (i) o bien por medio de la auto-provisión para lo cual es imprescindible contar con un vehículo o “equipo” propio; (ii) o bien mediante la contratación del servicio de transporte, la cual tendrá que realizarse obligatoria y exclusivamente con una *empresa pública de transporte público legalmente habilitada*.

¿Qué modalidades de transporte cobija la norma? ¿Cuál es el alcance de la restricción en términos de “modo” de movilización?

Nótese que el artículo 5° parcialmente acusado, pertenece a la Ley 336 de 1996 por la cual se adopta el “Estatuto General del Transporte”. El artículo primero de este código, señala que dicho estatuto tiene por objeto *“unificar los principios y los criterios que servirán de fundamento para la regulación y reglamentación del Transporte Público Aéreo, Marítimo, Fluvial, Férreo, Masivo y Terrestre y su operación en el Territorio Nacional, de conformidad con la Ley 105 de 1993, y con las normas que la modifiquen o sustituyan”*.

Por ello mismo, es claro que la expresión final del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 abarca todas las modalidades de transporte que se llevan a cabo con un vehículo cuyo uso esté sujeto a la regulación estatal, desde bicicletas hasta buques y aviones de carga.

En conclusión, se observa que la restricción contenida en la frase final del artículo 5° comprende los siguientes elementos:

- Cobija tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas en razón de la expresión impersonal elegida por el legislador (*“cuando no se utilicen equipos propios (...)”*).
- Abarca todas las modalidades de transporte reguladas en la Ley 336 de 1996, a saber, transporte aéreo, marítimo, fluvial, férreo y vial (o “terrestre” según el término que usa la norma).
- Se extiende a todo el territorio nacional.
- Cubre cualquier modalidad de transporte que se efectúe con un vehículo privado, es decir, que no está afiliado a una *empresa pública de transporte público legalmente habilitada*.

- Aplica a cualquier persona que realice actividades de transporte de naturaleza privada con vehículos que no son de su propiedad.
- Conduce a que la realización de cualquier actividad de transporte, en la esfera privada de las personas, para la satisfacción de sus necesidades exclusivas, que se surta por medio de un vehículo de propiedad de un tercero, constituya una infracción administrativa que comporta la aplicación de las sanciones respectivas.

El artículo 5° de la Ley 336 de 1996 establece así un régimen a favor de las empresas de servicio público de transporte para atender de forma exclusiva las necesidades privadas de movilización de las personas naturales y jurídicas que carecen para ello de vehículo propio. La norma desplaza así a la esfera del servicio público de transporte un número significativo de modalidades de transporte privado al ámbito.

Un ejemplo, documentado por la propia Corte Constitucional, ayuda a ilustrar el alcance de la norma. En las intervenciones ciudadanas allegadas al proceso de constitucionalidad D-8142 (Sentencia C-981 de 2010; M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), el Ministerio de Transporte sostuvo que *“los vehículos de tracción animal que operan en las diferentes ciudades turísticas, deben destinarse a la prestación del servicio privado de transporte, para lo cual se debe demostrar que el semoviente y el coche son propiedad de quien conduce el vehículo”*.

¿Qué pasa si quien conduce no puede demostrar su propiedad sobre el semoviente y el coche? Pues que sólo podrá prestar el servicio en la esfera de *las empresas de transporte público por medio de vehículo de tracción animal, legalmente habilitada para tal actividad*.

La norma acusada exige así que incluso las carrozas y zorras, incluidos sus respectivos semovientes, que se usan para actividades relacionadas con el transporte privado, deben ser de propiedad de quien las conduce so pena de que se configure la infracción.

Las reflexiones anotadas sobre el alcance de la norma, permiten proceder a la formulación, en concreto, de los cargos de constitucionalidad.

5. Desarrollo de los cargos concretos de constitucionalidad y presentación del concepto de la violación

Esta sección desarrolla los tres grandes cargos de constitucionalidad que se formulan contra la expresión final del artículo 5° de la Ley 336 de 1996.

La sección 5.1. demuestra que la norma objeto de la causa transgrede el régimen constitucional de los servicios públicos porque extiende su prestación a ámbitos que nada tienen que ver con su cometido. La sección 5.2. comprueba que dicha disposición contraviene la esfera de la libertad económica y la iniciativa privada al tiempo que desconoce las reglas que gobiernan la intervención del Estado en la economía pues proscribe la prestación de servicios legítimos y la celebración de contratos reconocidos en las normas y aceptados en la práctica mercantil cotidiana. La sección 5.3. evidencia que la expresión final del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 constriñe las garantías constitucionales básicas y los derechos fundamentales dado que contempla el ejercicio de la función sancionadora del Estado por la realización de conductas usuales, inocuas e inofensivas de los asociados, realidad que lleva incluso a situaciones bochornosas y denigrantes.

5.1. El artículo 5° de la Ley 336 de 1996 desconoce el régimen constitucional de los servicios públicos esenciales. Violación de los artículos 2, 150-23, 365 y 366 de la Constitución

La expresión normativa acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 vulnera el régimen constitucional de los servicios públicos porque les asigna la obligación de cubrir necesidades privadas, lo cual excede el alcance de los deberes sociales del Estado. Así lo evidencia la revisión de los precedentes jurisprudenciales aplicables.

5.1.1. La jurisprudencia nacional ha señalado que los servicios públicos se diferencian por sus aspectos normativos y su realidad material. Esta regla cobija también el servicio público esencial de transporte

El desarrollo del presente cargo de constitucionalidad, exige previamente reparar sobre los principales elementos que ha tenido en cuenta la jurisprudencia nacional para caracterizar los servicios públicos y, específicamente, los servicios públicos esenciales, uno de los cuales es el servicio público de transporte.

5.1.1.1. Los servicios públicos en la jurisprudencia nacional

La jurisprudencia nacional ha tenido oportunidad de pronunciarse de tiempo atrás sobre la definición del servicio público. En un fallo de 1970, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que un servicio público es *“toda actividad [tendiente] a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas”* (C.S.J. Sala Plena, Sentencia de 18/VIII/70 M.P. Eustorgio Sarria, citada en la Sentencia T-520 de 2003; Rodrigo Escobar Gil).

Esta definición coincide con la definición legal prevista en el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual ha sido avalada por la Corte Constitucional en varios de sus fallos². Dispone el artículo 430 mencionado que un servicio público es *“toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien sea que se realice por el Estado directa o indirectamente o por personas privadas”*.

No obstante, la jurisprudencia constitucional y la administrativa han enfrentado las dificultades que comporta la caracterización precisa de los servicios públicos y su delimitación conceptual. Estas dificultades responden, en gran medida, a los cambios de orden social, político y económico que han enfrentado las sociedades a lo largo de los últimos años y a los cuestionamientos que han surgido acerca del papel que debe jugar en concreto el Estado para atender las necesidades de los asociados.

Por ejemplo, en la Sentencia C-075 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara), la Corte Constitucional sostuvo sobre esta particular problemática, lo siguiente: *“El concepto de servicio público ha sido objeto de un permanente desarrollo ligado a la constante evolución de la situación política, económica y social del mismo Estado. En el momento actual, no ha presentado una modalidad estática, sino cambiante y adaptable a la praxis económica y social, así como consecuente con el permanente avance de sus contenidos, entendiéndose por el mismo en el ámbito jurisprudencial y doctrinario como aquellas actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de los particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda”*.

Por ello mismo, la Corte ha insistido en la necesidad de reparar sobre los aspectos materiales de la actividad a la cual se le califica como servicio público y a su capacidad de acudir al cumplimiento de los fines del Estado y el bienestar general de los asociados. Por ejemplo, en Sentencia C-378 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), esa Corporación sostuvo: *“En suma, la noción de servicios públicos, tema verdaderamente complejo en el Derecho público, no corresponde sólo a una definición de orden formal o desde una perspectiva organicista, sino que en ella subyacen también aspectos materiales relacionados con el cumplimiento de los fines del Estado y el bienestar general de los asociados, ya sea de manera directa por las autoridades estatales o bien con el concurso de la empresa privada. | Por ejemplo, apelando a criterios materiales, esta Corporación ha considerado que la actividad bancaria y la*

² Ver, por ejemplo, la Sentencia C-043 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y Sentencia C-691 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

cedulación son servicios públicos, aun cuando no existen normas que así lo reconozcan expresamente”.

El Consejo de Estado, por su parte, ha puesto de presente que el servicio público se explica a partir del ejercicio de una cierta forma de intervención del Estado en la Economía. En Sentencia de 2003 con Radicación Interna AG-065 (C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola), la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de dicho Tribunal, acogió esta posición. Dijo el Consejo de Estado: *“Esa calificación de servicio público usualmente se adopta para justificar diversas decisiones estatales, como pueden ser la de legitimar su vigilancia y control por parte de las autoridades públicas someterlo a regulación especial (ejemplo, artículo 365 de la Constitución Política), prestarlo directamente por el Estado, darlo en concesión, limitar el derecho a la huelga, etc., pero que en sí misma no implica que el servicio así considerado pertenezca o sea inmanente al poder público, o comporte el ejercicio de dicho poder estatal, sino que ella se da para justificar la intervención estatal de ese servicio mediante los citados mecanismos, los cuales han venido variando según las circunstancias históricas y la concepción político administrativa predominante en cada época, y que se han dado desde la permisión a ultranza de su libre prestación por los particulares bajo la concepción del liberalismo clásico y su emblema del laissez faire - laissez passer, pasando por la gestión directa de muchos de ellos por parte del Estado, así como su regulación, vigilancia y riguroso control de los prestados por los particulares como consecuencia de la aparición del intervencionismo de Estado, respecto del cual es sabido que existe una tendencia de reversa conocida como neoliberalismo, inscrita en el fenómeno conocido como globalización, de cuyas características hace parte la tendencia a la privatización, especialmente de los servicios públicos, acompañada de un proceso de desregulación de la actividad económica”.*

La Corte Constitucional, en Sentencia C-150 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), coincidió con la tesis del Consejo de Estado en el sentido de que el tipo de intervención que ejerce el Estado sobre los servicios públicos es uno de sus más significativos elementos característicos al tiempo que enunció las características centrales de esa modalidad de regulación principales, así:

“Primero, la regulación de los servicios públicos corresponde “al Estado”, no a un órgano específico o a un conjunto de autoridades predeterminadas, salvo en lo que respecta a la fijación de su régimen básico, competencia atribuida al Congreso de la República (art. 150-23 de la C.P.). Segundo, la distribución de competencias entre el legislativo y el ejecutivo en estas materias no sigue la técnica de las leyes marco, usual cuando se trata de regular sectores económicos como por ejemplo el financiero, el bursátil o el de comercio exterior (art. 150 num. 19 de la C.P.). Por eso, el principio de reserva de ley exige que el legislador no se limite a definir un marco general. Como el régimen de los servicios públicos es fijado por una ley ordinaria, el legislador puede ocuparse de aspectos puntuales y específicos respecto de la regulación de los servicios públicos. Así, el principio de reserva de ley en esta materia impide

que el legislador delegue implícitamente en los órganos de regulación competencias que el constituyente le atribuyó al Congreso de la República, cuestión a la que se aludirá posteriormente (art. 150, num. 23; art. 76, inc. primero; art. 365 inc. segundo; y art. 367 de la C.P.). Tercero, dado que el constituyente no estableció la técnica de las leyes marco en esta materia, el legislador dispone de un mayor margen de configuración para determinar las estructuras responsables de hacer cumplir las políticas por él trazadas (art. de la 367 C.P.). En el mismo sentido, se subraya que el constituyente se abstuvo de crear un órgano de regulación de los servicios públicos, como sí lo hizo en materia de televisión (arts. 76 y 77 de la C.P.) o en materia monetaria, cambiaria y crediticia (art. 371 de la C.P.), aunque precisó que las funciones de inspección y vigilancia serían ejercidas por medio de una superintendencia especial (art. 370 de la C.P.). Cuarto, a este mayor margen de configuración del legislador corresponden unos límites de orden sustantivo orientados a asegurar que la regulación de los servicios públicos responda a los principios constitucionales fundamentales, en especial a los principios que fundamentan el Estado social de derecho (arts: 1°, 334, 366 y 367 de la C.P.) y la democracia participativa (arts. 1°, 13, 2°, 40, 78 y 369 de la C.P.). Tales límites sustantivos no se concretan exclusivamente en criterios de orden material, como los de solidaridad, eficiencia o redistribución, sino que trascienden bajo la forma de procedimientos decisorios específicos a los órganos competentes de regular tales servicios, de conformidad con la ley. Quinto, a pesar de estas características, la regulación de los servicios públicos tiene fines sociales semejantes a los de la intervención estatal en la dirección de la economía, como por ejemplo, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y el acceso de las personas de menores ingresos a los servicios básicos, los cuales son inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365, inc. primero de la C.P.). Para el logro de tales fines los órganos de regulación han de disponer de instrumentos adecuados a la especificidad de este tipo de intervención”.

Los apartes jurisprudenciales citados ayudan delimitar los elementos esenciales que concurren a la definición de los servicios públicos.

Primero, se trata de actividades que tienen un alto significado colectivo dado que con su prestación se procura el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida. De hecho, se observa que el ordenamiento jurídico está llamado a atribuir a una cierta actividad la condición de servicio público, únicamente cuando se evidencia que tal actividad promueve de forma directa y material el mencionado objetivo, es decir, cuando impulsa el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida. El análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado e incluso de la Corte Suprema de Justicia en su anterior calidad de órgano de control constitucional, permite denominar esta condición con el nombre de **principio de materialidad de los servicios públicos** (y de los servicios públicos esenciales, como se observa más adelante). Implica ello que no cualquier actividad puede ser calificada como servicio público. Un servicio que no guarde una relación directa con el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, no puede ser calificado como servicio público.

Segundo, su prestación debe ser general, eficiente, continua y obligatoria. Este parámetro implica el concepto mismo de igualdad. En efecto, los servicios públicos atienden de forma relativamente homogénea necesidades cotidianas y significativas de la comunidad. La Corte ha dicho por ello que los servicios públicos son actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda. Por ello mismo, quien presta un servicio público no puede, dentro de su ámbito de prestación, escoger un perfil específico de cliente ni está llamado a suspender el servicio so pena de incurrir en las sanciones previstas en las normas aplicables.

Tercero, la Carta Política dispone que para su prestación pueden participar el Estado, las comunidades organizadas y los particulares. Existe así una pluralidad de agentes que concurren en la promoción del bienestar general y en el mejoramiento de la calidad de vida a través de la prestación de los servicios públicos.

Cuarto, independientemente de quiénes los presten y de cuántas personas participen en ello, su prestación deberá surtir de forma organizada. Los prestadores de los servicios públicos no gozan de libertad para prestarlos según sus propias consideraciones sino que deben hacerlo con sujeción estricta a las normas aplicables.

Quinto, la prestación de los servicios públicos se sujeta a la regulación, control y vigilancia del Estado, característica que presenta una importancia medular. La regulación (en sentido amplio), es la herramienta de la que dispone el Estado para garantizar que la prestación de los servicios públicos alcance la finalidad social que les asigna la Constitución. Tal como se dijo en la Sentencia C-150 de 2003, la regulación se ejerce por diversos órganos estatales con sujeción a los parámetros generales establecidos exclusivamente por el Congreso de la República aunque siempre con la obligación sustantiva de *asegurar que la regulación de los servicios públicos responda a los principios constitucionales fundamentales, en especial a los principios que fundamentan el Estado social de derecho y la democracia participativa*. Aspectos tales como la calidad de los servicios públicos, su cobertura y frecuencia, la determinación de sus costos y el régimen tarifario que les aplica, son ejemplo de ello.

5.1.1.2. *Características específicas de los servicios públicos esenciales*

La caracterización de los servicios públicos cobra dificultades adicionales cuando se abordan actividades a los que se les ha reconocido la condición de servicios públicos esenciales. Uno de ellos es el transporte tal como expresamente lo dispone inciso primero del artículo 5° de la Ley 336 de 1996.

Esta categoría de servicios públicos ha recibido la especial atención de la Corte. En la Sentencia C-122 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), esa Corporación resumió los siguientes criterios que permiten su identificación:

“La Corte ha venido precisando una serie de criterios para identificar cuándo la actividad corresponde a un servicio público esencial:

“(i) El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales.³

“(ii) La esencialidad del servicio no debe considerarse exclusivamente por el servicio mismo, esto es, por su naturaleza intrínseca, ni por la importancia de la actividad industrial, comercial o prestacional en la economía global del país y consecuentemente en relación con la magnitud del perjuicio que para ésta representa su interrupción por la huelga.⁴

“En este sentido, la Corte Constitucional ha acogido el criterio de la Organización Internacional del trabajo para la determinación del contenido esencial del servicio público de acuerdo con el cual es fundamental analizar si la interrupción del mismo pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.

“(iii) El concepto de servicios públicos esenciales necesariamente comporta una ponderación de valores e intereses que se suscita entre los trabajadores que invocan su derecho a la huelga y los sacrificios válidos que se pueden imponer a los usuarios de los servicios⁵.

“(iv) El concepto de servicio público ha sido objeto de un permanente desarrollo ligado a la constante evolución de la situación política, económica y social del mismo Estado⁶.

“Por lo anterior, la determinación de si un servicio público es esencial debe tener en cuenta los siguientes factores: si contribuye de modo directo y concreto al respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales; si su interrupción puede ocasionar grave perjuicio a una parte de la población; si prevalecen los derechos garantizados mediante la prestación del servicio sobre el ejercicio del derecho de huelga en el caso concreto; y la situación política económica y social del Estado”.

En conclusión, se observa que los servicios públicos esenciales observan las siguientes características básicas: (i) su prestación contribuye de modo directo y concreto a la protección y satisfacción colectiva de garantías y libertades constitucionales; (ii) su

³ Sentencia de la Corte Constitucional: C-450 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell; Sentencia de la Corte Constitucional: C-075 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁴ Sentencia de la Corte Constitucional: C-450 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell; Sentencia de la Corte Constitucional: C-075 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁵ Sentencia de la Corte Constitucional: C-450 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell; Sentencia de la Corte Constitucional: C-075 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional: C-075 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

interrupción (por efecto de una huelga, por ejemplo) comporta una afectación social de gran magnitud; (iii) las condiciones de su prestación exige una ponderación entre el derecho a la huelga y el alcance de los sacrificios que pueden soportar sus usuarios; (iv) su delimitación varía según la situación política, económica y social del respectivo Estado.

Hay, pues, en la esfera de los servicios públicos esenciales un **reforzamiento de su principio de materialidad**, que ayuda a identificar los servicios que efectivamente son esenciales y a no asignar tal calificativo a los que no lo son.

5.1.1.3. Elementos específicos del servicio público esencial de transporte

En Sentencia de Radicado Interno 1740 del 18 de mayo de 2006 (C.P. Gustavo Aponte Santos), la Sala de Consulta y Servicio Civil tuvo oportunidad, con motivo de una consulta elevada por el entonces Ministro de Transporte, de pronunciarse sobre los elementos constitutivos del servicio público de transporte.

Sostuvo el Consejo de Estado en este pronunciamiento (posteriormente reiterado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-981 de 2010, ya citada) que *"la definición del transporte como servicio público esencial, la realiza el legislador con fundamento en atribuciones constitucionales expresas para expedir leyes de intervención económica (Art. 334 de la C.P) y las que deben regir la prestación de los servicios públicos (art. 150.21.23 de la C. P.), lo cual permite decir que su prestación está sujeta al ordenamiento propio de estos servicios, por principio inherentes a la finalidad social del Estado y los cuales pueden ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por particulares, o por comunidades organizadas. | El papel del Estado en cuanto poder público, consiste en garantizar su prestación eficiente, establecer, por medio de ley, el régimen jurídico al que deben sujetarse y ejercer las competencias de regulación, control y vigilancia sobre ellos (art. 365 de la C. P.)"*.

El Consejo de Estado se pronunció también sobre el elemento objetivo que tuvo en cuenta el legislador para asignarle al servicio público de transporte la categoría de servicio público esencial. Según este Tribunal, *"la calificación como servicio público esencial corresponde a la valoración que hace el legislador de su carácter imprescindible y a su vinculación estrecha con el interés público y a la protección de derechos fundamentales de consideración prevalente"*.

La Sala enunció también en esa oportunidad los rasgos propios del servicio público de transporte, así;

"- Su **objeto** consiste en movilizar personas o cosas de un lugar a otro, **a cambio a una contraprestación** pactada normalmente en dinero;

"- Cumple la **función** de satisfacer las necesidades de transporte de la comunidad, mediante el ofrecimiento público en el contexto de la libre competencia;

"- El carácter de **servicio público esencial** implica la prevalencia del interés público sobre el interés particular, especialmente en relación con la garantía de su prestación - la cual debe ser óptima, eficiente, continua e ininterrumpida -, y la seguridad de los usuarios - que constituye prioridad esencial en la actividad del sector y del sistema de transporte (ley 336/96, art. 2°);

"- Constituye una actividad económica sujeta a un alto grado de intervención del Estado;

"- El servicio público se presta a través de empresas organizadas para ese fin y habilitadas por el Estado;

"- Todas las empresas operadoras deben contar con una **capacidad transportadora** específica, autorizada para la prestación del servicio, ya sea con vehículos propios o de terceros, para lo cual **la ley defiere al reglamento la determinación de la forma de vinculación de los equipos a las empresas** (ley 336/96, art. 22);

"- Su prestación sólo puede hacerse con **equipos matriculados o registrados para dicho servicio**;

"- Implica necesariamente la celebración de un contrato de transporte entre la empresa y el usuario;

"- Cuando los equipos de transporte no son de propiedad de la empresa, deben incorporarse a su parque automotor, a través de una forma contractual válida.

Son éstos, pues, los criterios de análisis que permiten adelantar el juicio de constitucionalidad de la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996.

5.1.2. La expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 no satisface el principio de materialidad de los servicios públicos esenciales. Violación de los artículos 2, 150-23, 365 y 366 de la Constitución

En esta demanda se ha puesto de presente que el artículo 5° de la Ley 336 de 1996 dispone que, cuando no se utilicen equipos propios, la prestación del servicio privado de transporte deberá realizarse con empresas de transporte público habilitadas para el efecto.

La norma objeto de la controversia configura así una situación bajo la cual una actividad meramente privada, a saber, *la satisfacción de las necesidades de movilización de*

personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas, se surte en el ámbito del servicio público esencial de transporte.

¿Tiene el legislador la facultad de obligar al Estado a satisfacer necesidades de naturaleza meramente privada al ámbito de la prestación de los servicios públicos? De ninguna manera. El recuento jurisprudencial expuesto en la sección anterior muestra que los servicios públicos persiguen una satisfacción organizada y homogénea de las necesidades colectivas. En adición, se tiene que su prestación es obligatoria, no optativa, como sucede con las actividades y servicios privados, razón que explica las especiales herramientas que la Carta asigna al Estado para garantizar tal cometido.

¿Cuál es la situación de la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 frente a este marco constitucional?

El artículo 150-23 de la Carta dispone que es función del Congreso *“expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”*.

Como se ha puesto ya de presente, el artículo 365 Superior determina que *“los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado”* al tiempo que le ordena al Estado *“asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”* para lo cual reconoce que el Estado mantendrá su *regulación, control y vigilancia*. El artículo 366 muestra que con su prestación se persigue *el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población*.

El marco conceptual que rige la prestación de los servicios públicos se inspira en una visión del Estado y de sus obligaciones que no es compatible y que desborda la esfera propia del transporte privado, es decir, *de la movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas*. ¿Por qué?

La satisfacción de necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas, bien que se haga con un vehículo de propiedad del interesado o con el vehículo de una tercera persona, no es una actividad directamente vinculada al mejoramiento de la calidad de vida de la población, al menos no en el sentido prestacional en el que lo entiende la Carta Política.

El transporte privado es, más bien, una manifestación de un “derecho negativo” que se ejerce en desarrollo del artículo 24 de la Constitución y que se expresa como la posibilidad, no sólo de circular libremente por el territorio nacional sino además –asunto específico del que trata esta demanda- de escoger el medio de transporte que cada individuo prefiera para

atender sus expectativas de circulación, sin enfrentar para ello barreras diferentes a las que, de forma razonable y proporcionada, haya previsto la ley.

Ahora bien, es indudable que el transporte privado es una actividad regulada. De hecho, casi todas las modalidades de transporte, públicas y privadas, deben serlo dados los riesgos que tal actividad acarrea. Esta modalidad de regulación cumple propósitos meramente protectores (ámbito del derecho negativo), labor que se ejerce a través de las funciones de control asignadas a la Policía Nacional.

No obstante, no es ésta la modalidad de regulación que se ejerce a través de la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996. La modalidad de regulación que contempla dicha norma, es de orden prestacional (ámbito del derecho individual positivo).

La disposición que se controvierte implica que necesidades de naturaleza meramente particular (los requerimientos de transporte privado de quien carece del "equipo" correspondiente) deban ser satisfechas, de manera absoluta e indiscriminada, por una *"industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector, en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios sujeto a una contraprestación económica"*, según la definición del servicio público de transporte contenida en el artículo 3 de la Ley 105 de 1993.

Esas son las consecuencias que se siguen la norma bajo estudio. El artículo 365 Superior indica que *"los servicios públicos son inherentes a la finalidad social de Estado"* al tiempo que le ordena *"asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional"*. Los servicios públicos surten así, efectos vinculantes a cargo del Estado y a favor de todos los habitantes del territorio. Más aún, cuando se trata de servicios públicos esenciales, como sucede con el transporte público. Por ello mismo, se tiene que la disposición acusada asigna al Estado la obligación de satisfacer directamente o de incentivar mecanismos de satisfacción de necesidades de naturaleza meramente individual en el marco de la prestación de los servicios públicos.

Un carga de semejante dimensión excede el ámbito del deber del Estado de *"promover la prosperidad general"* (art. 2 de la C.P.) y de perseguir *"el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población"* (art. 366 de la C.P.).

La Constitución no contempla una obligación a cargo del Estado, de garantizar, en el marco del servicio público esencial de transporte, *la movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas*. Es claro, como se ha dicho, que el Estado está llamado a permitir el transporte privado en el ámbito del

derecho fundamental de libre circulación (art. 24 de la C.P.) y abstenerse de establecer restricciones caprichosas, injustificadas, no razonables o desproporcionadas (faceta negativa del derecho).

No obstante, no existe ni puede existir una obligación constitucional a cargo del Estado de poner los servicios públicos –menos aún los esenciales- a disposición de *“las necesidades de las personas naturales y/o jurídicas dentro del ámbito de sus actividades exclusivas”*.

Es necesario insistir además en que no basta con que el Congreso atribuya a una cierta actividad la naturaleza de servicio público y, menos aún, de servicio público esencial. El principio de materialidad de los servicios públicos exige que tal actividad promueva efectivamente el bienestar general y el mejoramiento de vida y que observe los criterios de distinción que hemos tenido ocasión de mencionar en la sección 4.2. de este texto. La *satisfacción de las necesidades de movilización de los individuos en su ámbito exclusivo*, no satisface jamás dichos criterios.

El legislador no le puede asignar la condición de servicio público a cualquier actividad sin que medie evidencia previa del significado colectivo y uniforme que subyace a su realización. Elevar a la categoría de “servicio público” cualquier modalidad de transporte que se surta sin un vehículo propio, es tan absurdo como disponer que la distribución de velas y pilas sólo podrá ser realizada por empresas generadoras de energía eléctrica.

No sobra advertir, por último, que los ordenamientos jurídicos contemporáneos entienden que la responsabilidad del Estado en relación con los servicios públicos radica en adelantar los actos necesarios para garantizar su prestación, independientemente de la quién sea la persona que los preste. El derecho contemporáneo define el “qué” y algunos aspectos del “cómo” pero abre la puerta respecto del “quién”. La norma acusada invierte la fórmula de un modo que claramente choca con la Constitución: define un “quién” (las empresas responsables del servicio público de transporte) independientemente del “qué” (satisfacer cualesquiera necesidades de transporte, incluso las del más privado resorte del interesado).

En conclusión, se evidencia que la expresión normativa del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 que se acusa en esta demanda, desborda manifiestamente el ámbito de configuración del que dispone el Congreso de la República por la **transgresión manifiesta del principio de materialidad de los servicios públicos esenciales**, tal como se ha analizado en esta sección de la demanda.

La expresión normativa acusada vulnera así los artículos 2, 150-23, 365 y 366 de la Constitución.

5.2. El artículo 5 de la Ley 336 de 1996 quebranta los pilares que rigen la intervención del Estado en la economía y desconoce las libertades económicas de los particulares. Violación de los artículos 24, 58, 83, 150-21, 333, 334 y 336 de la Constitución

En la sección anterior se estudiaron las razones por las cuales la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 vulnera los artículos 2, 150-23, 365 y 366 de la Carta, pues le asigna al Estado la obligación de garantizar en el marco del servicio público de transporte la satisfacción de necesidades exclusivas de los individuos, lo cual excede de forma manifiesta los objetivos que este servicio persigue.

En esta sección se pone de presente que la norma objeto de la controversia desconoce las libertades económicas de los particulares al tiempo que quebranta los pilares que rigen la intervención del Estado en la economía.

5.2.1. Marco constitucional aplicable a la intervención del Estado en la economía

El artículo 5° de la Ley 336 de 1996 no sólo regula aspectos de los servicios públicos sino que implica también el ejercicio de la función, más amplia, de *“expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica”*, según el texto del artículo 150-21 del Estatuto Superior.

La intervención del Estado en la economía se surte en la esfera delimitada por dos principios rectores, a saber, la libertad de empresa y el bien común. El artículo 333 de la Carta, dispone al respecto que *“la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”*. El artículo 334 Superior señala, por su parte, que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado quien intervendrá, por mandato de la ley, *“con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”*.

La Corte Constitucional ha señalado sobre la intervención del Estado en la economía, lo siguiente:

“[...] las libertades económicas son garantías que encuentran restricción en las potestades de dirección del mercado por parte del Estado. No obstante, ese carácter autorrestringido no puede entenderse como un mecanismo que permita extender la medida de intervención más allá del núcleo esencial de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, de modo que las haga nugatorias y refrende un modelo económico de planificación centralizada. Antes bien, existe un interés reconocido y protegido constitucionalmente, en el sentido que deben

preservarse las garantías mínimas que posibiliten el intercambio comercial y, de manera más amplia, la participación de los agentes de mercado, en un marco de condiciones que permita el desarrollo económico y la libre competencia. En ese orden de ideas, el control de constitucionalidad de la norma que establezca una modalidad de intervención del Estado en la economía, deberá realizarse a partir de parámetros definidos, relativos a la evaluación acerca de "(i) si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume⁷." (Sentencia C-830 de 2010; M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

¿Cuáles son entonces los fines que persigue la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996? ¿Cuáles las restricciones que impone? ¿Se trata de restricciones legítimas? ¿Son razonables y proporcionadas o afectan aspectos esenciales a las garantías constitucionales?

5.2.2. Análisis del fin perseguido por la norma: la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 no busca un objetivo respecto del cual se advierta finalidad legítima alguna. Violación de los artículos 150-21, 333, 334 y 336 de la Constitución

La cita transcrita de la Sentencia C-830 de 2010 muestra que el control de constitucionalidad de las normas de intervención del Estado en la economía inicia con una evaluación de los propósitos que persigue la norma objeto de estudio.

Como se ha señalado ya, la disposición en comento establece que *la satisfacción de las necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas que no utilicen equipos propios deberá realizarse con empresas de transporte público legalmente habilitadas.*

¿Cuál es entonces la finalidad que persigue la frase final del artículo 5° de la Ley 336 de 1996, acusado en la demanda de la referencia? Para dar respuesta a este interrogante, se explorarán algunas alternativas.

¿Busca proteger la prestación del servicio público esencial de transporte? No. En la sección 4.2. de la demanda se mostró que el artículo 5° de la Ley 336 de 1996 no regula aspectos

⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-624/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-332/00 (M.P. Fabio Morón Díaz) y C-392/07 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

inherentes del servicio público sino que introduce una condición bajo la cual una modalidad de transporte de alcance meramente privado se surte en el ámbito del servicio público.

Nótese que la norma no dice que el servicio público de transporte sólo podrá ser prestado por “empresas de transporte público legalmente habilitadas en los términos del presente Estatuto”. Una disposición de este tipo buscaría un objetivo específicamente vinculado a la esfera del transporte público y sería además una herramienta normativa adecuada para perseguir y sancionar conductas como las rutas pirata, el mototaxismo y demás fenómenos que perturban su prestación. No obstante, en esta ocasión se observa que el efecto de la norma radica en volcar la satisfacción de una actividad de naturaleza meramente privada a la esfera de un servicio público. Así pues, es claro que la finalidad de la norma no consiste en proteger el servicio público esencial de transporte.

¿Protege el interés general? Tampoco. La comunidad es indiferente respecto del tipo de vehículo que utilizan los particulares para la satisfacción de sus necesidades individuales de movilización. A “la gente” le da igual que para ir de un lado a otro o para transportar enseres de cualquier clase, una persona, natural o jurídica, privada o pública, nacional o extranjera, utilice un vehículo propio o el de un tercero. La comunidad se interesa por que el mismo sea idóneo, asunto respecto del cual vale la distinción. En el mismo sentido, el ordenamiento jurídico –y, específicamente, el artículo 5° de la Ley 336 de 1996- debería ser indiferente respecto de la persona que ostenta la propiedad de un vehículo que otro utiliza, siempre que el tenedor lo sea con justo título y el vehículo esté habilitado para la actividad que realiza. Más adelante, en la sección 5.3., se evidencia que la norma acusada introduce un tipo sancionatorio inadmisibles, pues castiga conductas que, por sí mismas, son inocuas e inofensivas.

¿La seguridad? No. De hecho, y para concluir la respuesta a la pregunta anterior, se observa que el interés general se satisface de forma suficiente con la regulación general del sector de transporte y con la aplicación de las normas que propenden por que esta actividad se desarrolle con vehículos y con controles que eviten al máximo las contingencias que ella incorpora.

El transporte, bien sea marítimo, fluvial, aéreo, férreo o vial, está sujeto a una especial regulación dados los riesgos que involucra. Su regulación abarca todo tipo de naves, aeronaves, trenes, automotores y demás “equipos” de transporte, bien que los mismos estén destinados a actividades privadas, a la prestación de servicios públicos o al servicio oficial. La Corte Constitucional ha señalado sobre este punto, en el ámbito específico del transporte vial, que “la actividad transportadora implica riesgos importantes para las personas y las cosas, razón por la cual, resulta indispensable no sólo potenciar la eficacia

de los modos de transporte sino garantizar su seguridad”⁸, lo cual supone una regulación rigurosa del tráfico automotor.⁹ (Sentencia C-981 de 2010; M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

Se observa así que la norma acusada tampoco contempla mecanismos que propendan por la protección de la seguridad.

¿Busca proteger los intereses de la persona privada, natural o jurídica, que tiene la necesidad de transportar personas u objetos para la satisfacción de sus necesidades exclusivas, pero que no cuenta con equipo que así se lo permita? De ninguna manera. Por el contrario, tal como se verá más adelante, la expresión normativa acusada constriñe las libertades económicas y las garantías constitucionales básicas de aquellas personas naturales y jurídicas a quienes se les impide acudir, bajo cualquier modalidad de contrato y en cualquier situación, a “equipos” de uso privado y de propiedad de terceros, para la satisfacción de sus necesidades individuales de transporte, al tiempo que se les fuerza a acudir a vehículos utilizados por *empresas de transporte público legalmente habilitadas*. En efecto, la norma impide que los individuos acudan a cualquier título y bajo cualquier modalidad contractual, gratuita u onerosa, al vehículo de un tercero para satisfacer sus necesidades de movilización en el ámbito de sus actividades exclusivas, prohibición a la cual no se le encuentra fundamento.

Al parecer, el Ministerio de Transporte, órgano del ejecutivo responsable de la regulación del sector, tampoco encuentra razones que expliquen cuál es la finalidad que persigue la norma.

Obsérvese que en Circular del 19 de diciembre de 2012 (anexa a esta demanda), la Directora de Transporte y Tránsito de dicha entidad, indica:

“Indudablemente, la norma implica una clara restricción al principio de la autonomía de la voluntad y a su manifestación en la libertad contractual, que en sus concepciones decimonónicas habría sido inaceptable, pero en el marco de un Estado Social de Derecho es válida en toda acepción de la palabra, en la medida que supere el juicio de ponderación” (subrayas fuera de texto).

Agrega el Ministerio en esa misma circular:

⁸ Ver, entre otras, la Sentencia C-066 de 1999, Fundamento 4.

⁹ Sentencia T-258 de 1996. Fundamento 7. En el mismo sentido, ver, entre otras, las sentencias T-287 de 1996, C-309 de 1997 y C-066 de 1999.

“Establecida la prohibición de las empresas privadas de celebrar contratos de arrendamiento, con o sin conductor, para satisfacer las necesidades de movilización de su personal, constituye una infracción a las normas del transporte, puntualmente, la prestación de un servicio no autorizado, por lo que se solicita a las diferentes entidades de control de tránsito y a las de transporte, constatada la comisión de dicha infracción, imponer las sanciones que corresponde” (subrayas fuera de texto).

Es de suponer que la solicitud que expresa el Ministerio de Transporte a las entidades de control de que impongan las sanciones correspondientes, implica que la norma en comento *“ha superado el juicio de ponderación”* y por tanto no es inaceptable sino aceptable en el marco de un Estado Social de Derecho.

Sin embargo, insisto, el Ministerio de Transporte, se abstiene de informar cuáles son las razones que demuestran que la restricción contenida en el artículo 5° de la Ley 336 de 1996 supera el “juicio de ponderación” y que la hace compatible *en toda la acepción de la palabra, en el marco de un Estado Social de Derecho.*

¿Cuál es, entonces, la finalidad que persigue la disposición acusada cuando prohíbe una modalidad de transporte privado (la que se hace en un *“equipo ajeno no habilitado para la prestación del servicio público de transporte”*) y cuando obliga a que las necesidades privadas de transporte de quien *“no use un equipo propio”* se atiendan exclusivamente por medio de *“la contratación del servicio de transporte [la cual] deberá realizarse con empresas de transporte público legalmente habilitadas”*?

¿Acaso el propósito de la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 radica en establecer un régimen a favor de *“las empresas de transporte público legalmente habilitadas”* para la prestación exclusiva del servicio privado de transporte a los usuarios que carecen del respectivo “equipo”?

Si ésta es finalidad –y la verdad es que no se advierte ninguna otra- se tiene entonces que la misma es manifiestamente ilegítima a la luz de los principios que orientan la intervención del Estado en la economía.

La norma acusada configura un cierto tipo de monopolio a favor de dichas empresas situación que choca con la Constitución. El artículo 336 Superior señala que *“ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley”*. La prestación del servicio privado de transporte bajo un régimen de monopolio a favor de las empresas de transporte público legalmente habilitadas, no abarca una finalidad de interés público ni responde a un objetivo social pues no promueve un valor constitucional que le pueda ser directamente asociado.

La expresión del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 que se controvierte, transgrede así los artículos 150-21, 333, 334 y 336 Superiores por las razones expuestas.

Estas consideraciones bastarían para solicitar a la Corte Constitucional que declare la inexecutable de la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996. La disposición en comento viola los principios constitucionales en materia de intervención del Estado en la economía. Insta además una especie de monopolio a favor de las empresas de transporte público en relación con la satisfacción de las necesidades de transporte de quienes no son propietarios de vehículos adecuados para velar por la atención de sus requerimientos de movilización. La transgresión al texto Superior es, pues, notoria.

No obstante lo anterior, se recabará también sobre la naturaleza de las restricciones que incorpora la norma pues ello permite comprender de forma integral su alto grado de ilegitimidad y de arbitrariedad.

5.2.3. Análisis de los medios: la norma acusada introduce restricciones inaceptables a las libertades individuales en materia económica. Violación de los artículos 24, 58, 83, 150-21 y 333 de la Constitución

En la sección anterior se puso de presente la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 es inexecutable porque persigue un objeto que la Constitución prohíbe: el establecimiento de un beneficio a favor de las empresas prestadoras del servicio público de transporte para atender de forma exclusiva un conjunto indeterminado de necesidades privadas de transporte. Este beneficio lleva, en la práctica, al establecimiento de un monopolio que la Carta no contempla y que no es compatible con los valores que ella promueve.

La presente sección repara sobre la naturaleza de las restricciones que acarrea la norma acusada.

Tal como se deduce de la Sentencia C-830 de 2010 citada arriba, es menester establecer si dichas restricciones son potencialmente adecuadas para conseguir el fin propuesto; si son proporcionales o resultan ser manifiestamente innecesarias; y si protegen o desconocen el núcleo esencial del derecho.

Como se verá, las limitaciones que supone la disposición acusada, operan en dos dimensiones que afectan en ambos casos tanto a los proveedores como a los usuarios de bienes y servicios relacionados con el transporte privado.

La primera de estas limitaciones consiste en la erradicación del servicio privado de transporte. Así lo muestra la sección 5.2.3.1. de esta demanda.

La segunda de estas limitaciones reside en la introducción de una prohibición radical y absoluta que aplica a cualquier modalidad de contrato, civil o comercial, gratuito u oneroso, sobre vehículos de uso privado que se utilicen para "*satisfacer necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas*". La sección 5.2.3.2. repara sobre dicha materia.

5.2.3.1. *La expresión normativa acusada erradica el servicio privado de transporte*

El inciso segundo del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 dispone que el servicio privado de transporte es aquél por medio del cual se busca "*satisfacer necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas*".

¿Qué es un servicio? En términos generales puede aceptarse que un servicio es el conjunto de actividades que una persona se obliga a acometer en favor o beneficio de otra. En estas condiciones, se observa que la prestación de un servicio se enmarca siempre en el ámbito de las obligaciones de hacer.

El servicio privado de transporte implica entonces, en todos los casos, que quien lo presta acuda a un vehículo que satisfaga las necesidades de quien lo recibe, de quien precisa movilizar personas o cosas en su ámbito individual.

En sentido contrario, es decir, cuando la persona que requiere movilizar personas o cosas dentro del ámbito de sus actividades exclusivas, es el propietario del vehículo (cualquiera que éste sea: un barco, un avión, un tren o un automóvil), no se origina servicio alguno pues, en condiciones civiles o comerciales razonables, nadie asume frente a sí mismo una obligación contractual.

Ahora, la norma prevé que se deberá proceder a *la contratación del servicio de transporte deberá realizarse con empresas de transporte público legalmente habilitadas en los términos del presente Estatuto*, en todas aquellas situaciones en las cuales la persona que requiere el servicio no usa un vehículo de su propiedad.

Se concluye así que quien requiere la movilización, pero no es el propietario del vehículo, no puede obtener jamás acudir a una empresa de transporte privado para obtener el servicio. La norma le impide así hacer uso de medios legítimos e idóneos para atender sus necesidades de movilidad.

Se trata así de una prohibición que choca de forma manifiesta y directa con el derecho de circulación consagrado en el artículo 24 Superior, pues restringe injustificadamente algunos medios válidos para la satisfacción de tal objetivo.

En el mismo sentido, es claro que quien tiene un vehículo de cualquier tipo que no está asignado a una *empresa de transporte público legalmente habilitada en los términos del presente Estatuto*, no puede participar jamás en ninguna modalidad que implique la prestación de un servicio privado de transporte.

Como se ha puesto de presente, esta problemática obedece a que el artículo 5 de la Ley 336 de 1996 asimila cualquier modalidad de servicio de transporte privado con el servicio público esencial de transporte, lo cual es totalmente irracional.

Una comparación entre el texto de la norma y un texto hipotético asociado a otro servicio público, evidencia el grado de irracionalidad que tal disposición presenta.

El texto de la norma es el siguiente: “*Cuando no se utilicen equipos propios, la contratación del servicio de transporte deberá realizarse con empresas de transporte público legalmente habilitadas en los términos del presente Estatuto”.* Las expresiones subrayadas son las que se modifican para efectos de la comparación que se formula a través del ejemplo.

Supóngase ahora una norma imaginaria del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que, luego de describir el contrato de mutuo, agregara un texto con el siguiente contenido: “*Cuando no se utilicen recursos propios, la contratación del crédito deberá realizarse con entidades financieras legalmente habilitadas en los términos del presente Estatuto”.*

Una norma de estas características haría que innumerables personas se transformarían en infractores del sistema financiero por la comisión de todo tipo de actividades de las más variadas especies que actualmente se reputan legítimas. En efecto, la disposición haría que desde los niños que piden prestado durante el recreo algún dinero para la compra de un caramelo hasta las empresas que hacen emisiones de bonos para su adquisición por parte del público, incurrieran en la falta y fueren objeto de la sanción.

La expresión acusada del artículo 5 de la Ley 336 de 1996 surte exactamente el mismo efecto. Esta disposición proscribe una enorme cantidad de actividades, de las más variadas especies asociadas al ámbito específico del transporte privado: desde actividades tradicionales como el reparto de periódicos en bicicleta y la movilización de escombros en zorras (al menos en los casos en los cuales la bicicleta no es de propiedad de la editorial y

la zorra no es de quien ha generado los escombros), hasta las operaciones de las grandes empresas de logística que movilizan carga a gran escala desde y hacia Colombia.

El buque carguero que trae bienes de varias partes del mundo pero que no pertenece a *una empresa de transporte público legalmente habilitadas en los términos de la Ley 336 de 1996*, incurre en la prohibición. La empresa que transporta cierto tipo de productos sensibles, por ejemplo, medicamentos que exigen condiciones particulares de refrigeración, comete la falta. Lo hace igualmente la persona que ubica un ferri en la orilla de alguno de los ríos del país y que permite el paso de personas y de carga de un lado a otro y la que utiliza una avioneta de su propiedad –que ciertamente no pertenece a ninguna empresa prestadora del servicio público de transporte aéreo– para atender las necesidades de movilización en innumerables lugares de los Llanos Orientales y de la Amazonia.

La norma acusada convierte en infractor incluso a la madre o al padre que celebra un contrato civil en virtud del cual se compromete a llevar al colegio a los niños del vecino en compañía de sus hijos propios y también a las familias que acuerdan prestarse entre sí dicho apoyo en función del pico y placa.

Todos éstos, son ejemplos de las modalidades de contrato de transporte privado que caen bajo la prohibición que contempla la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996. ¿Qué modalidad de contrato privado de transporte subsiste? Ninguno. La esencia del contrato de transporte radica, precisamente, en transportar. Para tal efecto, es necesario contar con un “equipo” o equipo que se pueda poner a disposición de quien requiere satisfacer su necesidad de movilización. La norma, por su parte, obliga que el “equipo” haga parte de una *empresa de transporte público legalmente habilitada*. De este modo, sólo puede concluirse que la disposición acaba de forma radical y absoluta con todas las modalidades de servicio privado de transporte por cualquier medio y para todos los propósitos.

¿Responde acaso esta norma a algún criterio de razonabilidad compatible con la Carta?
 ¿Guarda alguna proporción frente a un valor constitucional, cualquiera que éste sea?
 Evidentemente no. El contrato de transporte (público y privado) goza de reconocimiento normativo expreso. En efecto, el artículo 981 del Código de Comercio lo define en los siguientes términos: “*El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario*”. Es además una actividad que hace parte de la esfera mercantil usual.

De hecho, el propio Congreso de la República tuvo a bien, en el mismo artículo 5° de la Ley 336 de 1996 parcialmente acusado en esta demanda, definir el servicio privado de

transporte. En efecto, dice la norma: *"El servicio privado de transporte es aquel que tiende a satisfacer necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas"*.

La norma acusada resulta así caprichosa e impertinente. Esa disposición viola la libertad contractual de los individuos porque les impide hacer uso de una modalidad usual de servicio (el servicio privado de transporte) para atender sus necesidades individuales de movilización.

El artículo acusado desconoce así las libertades económicas básicas estipuladas en los artículos 58 y 333 Superiores porque impide el desarrollo de una modalidad legítima de actividad empresarial. Como se ha visto, la norma acusada lleva a la eliminación de cualquier modalidad de transporte que desarrolle su objeto social en el ámbito del servicio privado de transporte.

El legislador no está llamado a proscribir una modalidad de servicio que él mismo ha autorizado y que abarca actividades empresariales legítimas encaminadas al transporte privado de personas y de cosas. La disposición objeto de la controversia contraviene así el principio de la buena fe y la confianza legítima, previsto en el artículo 83 Superior. En efecto, el legislador no puede prohibir conductas y actividades corrientes, cotidianas y comúnmente aceptadas por el ordenamiento jurídico y por la sociedad.

¿Cuál es, valga la pena preguntarlo, la responsabilidad del Estado frente a las personas que han acometido, incluso durante años, de forma legítima, la prestación del servicio privado de transporte y que ahora descubren que su actividad está proscrita y puede ser sancionada? ¿Qué medidas ha implementado el Ministerio de Transporte para atender las necesidades de las personas acuden al servicio privado de transporte para satisfacer sus necesidades de movilización en el ámbito de sus actividades exclusivas pero que ya no lo podrán hacer por efecto de la aplicación de la prohibición que contempla la expresión normativa acusada?

El artículo acusado transgrede, pues, por las razones expuestas, los artículos 24, 58, 83 y 333 de la Carta.

5.2.3.2. *La expresión normativa acusada proscribire todas las modalidades de contrato que impliquen el uso más no su propiedad de vehículos de cualquier tipo para la atención de necesidades privadas en el ámbito exclusivo de los interesados*

Esta sección muestra que el alcance del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 se extiende no sólo a la prohibición del contrato de transporte privado sino que confina actividades de las

más diversas indoles. Impide, por ejemplo que una persona tome prestado el automóvil de un pariente o un amigo para ir de un lado a otro. En efecto, en un caso así, “*no se utilizan equipos propios*” de manera que se trata de una actividad que sólo se puede surtir mediante un contrato celebrado entre el interesado y “*una empresa de transporte público legalmente habilitada*”. Sucede lo mismo con el uso de bicicletas por personas que no son sus dueñas, lo cual afecta incluso los programas que han puesto en marcha algunas alcaldías del país para facilitar y fomentar el uso de estos vehículos.

La expresión final del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 hace que incluso la Nación haya incurrido en la conducta prohibida. Esta situación ha tenido lugar, por ejemplo, cuando el Ministerio de Defensa ha utilizado equipo militar de transporte, entregado a título de comodato por un tercer país en el marco de los acuerdos de cooperación en materia de seguridad y de lucha contra el narcotráfico. En efecto, estos equipos (i) no son propios; (ii) se usan para “*satisfacer necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas*”; y (iii) no se encuentran afiliados a una empresa de transporte público legalmente habilitada.

Nótese así que la prohibición bajo estudio abarca tres componentes distintos: (i) Cubre todas las modalidades de contrato y de acuerdo que permiten el uso de vehículos pero que no implican la cesión de su propiedad. La norma prohíbe una gama significativa de contratos tales con el arrendamiento, el leasing, el comodato y el encargo fiduciario siempre que el objeto sea un vehículo. Cobija también, como se acaba de ver, los acuerdos de cooperación internacional que incluya el préstamo de “equipos” de transporte; (ii) Aplica a cualquier tipo de vehículo –de transporte aéreo, marítimo, fluvial, férreo o vial- que no se encuentre afiliado a una *empresa de transporte público legalmente habilitada*: barcos, aviones, trenes, automóviles e incluso coches de caballos o bicicletas; y (iii) Cobija todos los tipos de persona bien sean naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

Toda esta enorme gama de contratos, actividades y personas actúan en el ámbito de lo que la norma prohíbe: el uso de un vehículo por quien no es su propietario para atender sus necesidades privadas de transporte.

El artículo 5° parcialmente acusado lleva así a que las necesidades privadas de movilización sólo puedan ser satisfechas autónomamente por quien ejerce propiedad sobre el respectivo vehículo. Quien no ejerce propiedad sobre el mismo, no puede hacerlo. Su único camino es el de acudir a una *empresa pública de transporte legalmente habilitada*.

La norma acusada genera así una carga que recae específicamente sobre aquellas personas que carecen de propiedad sobre los vehículos que requieren para la satisfacción de sus necesidades de transporte, así éstas sean temporales o específicas.

El artículo 5° de la Ley 336 de 1996 viola de este modo el artículo 58 Superior y lo hace de una muy particular forma. La norma acusada genera un vínculo inseparable entre propiedad y uso. Ese no es el querer de la Constitución y no es tampoco el querer de las normas civiles ni comerciales. En efecto, la Carta contempla garantías que cubren no sólo la propiedad sino "*los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles*". La persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, que hace uso legítimo de un vehículo en el marco de un contrato renting, de leasing, de comodato o como resultado de un encargo fiduciario, ha adquirido tal derecho "*con arreglo a las leyes civiles*".

La norma acusada impide así, a quien no es propietario, el ejercicio de algunos de los atributos que la propiedad confiere, particularmente, el goce.

Ahora bien, por razones que ignoramos, el Ministerio de Transporte ha limitado la aplicación de la norma únicamente a algunos ámbitos específicos que ha elegido con fundamento en criterios que igualmente desconocemos. El Ministerio entiende que la norma prohíbe únicamente algunas modalidades de contrato que permiten el uso de automotores (es decir, únicamente los vehículos de transporte vial) celebrados por personas jurídicas de índole mercantil.

En efecto, nótese que en la Circular del 19 de diciembre de 2012, la Directora de Transporte y Tránsito del Ministerio de Transporte, calificó de este modo al "sujeto pasivo de la prohibición". Dijo el Ministerio:

"Tenemos entonces que, establecida como quedó con tal claridad la prohibición, según lo manifestado por el Consejo de Estado y lo expuesto, debemos entender seguidamente, pues se colige de manera natural, que el servicio privado de transporte corresponde a una actividad transportadora tendiente a satisfacer necesidades de movilización en el ámbito de las personas naturales o jurídicas, que se lleva a cabo como conjunto organizado de operaciones. Así, dentro de estas encontramos las ejecutadas por las empresas en desarrollo de su objeto social y todas aquellas que van más allá de las movilizaciones que de manera particular e independiente realizan los ciudadanos.

"Lo anterior, es suficiente para concluir que mientras las personas individualmente consideradas, para proveerse de los equipos que requieren para satisfacer sus necesidades de circulación o movilización, les es dable optar por mecanismos financieros como el leasing y civiles o comerciales como el arrendamiento o comodato, entre otros, **éstas no son una opción legítima para el desarrollo de actividades de traslado de personas cuando**

constituyen un conjunto organizado de operaciones, como es el caso, por mencionar alguno, de las desarrolladas por las empresas mercantiles.

“De ahí la respuesta del Consejo de Estado, que con riesgo de redundancia me permito nuevamente citar: *“No se pueden tomar en arrendamiento vehículos matriculados en el servicio particular por parte de las empresas privadas para realizar transporte privado”* (negritas y subrayas fuera de texto).

La conclusión de la Directora de Transporte y Tránsito según la cual el Consejo de Estado delimitó el ámbito de la prohibición a las empresas privadas y dejó en libertad a *“las personas individualmente consideradas”* (imagino que hace referencia a las “personas naturales no comerciantes”) para acudir a las modalidades contractuales que permiten el uso de vehículos sin ejercer propiedad sobre los mismos, no es verídica.

La realidad es que el entonces Ministro de Transporte le formuló a la Sala de Consulta del Consejo de Estado, varias preguntas circunscritas al ámbito del transporte vial en la esfera mercantil. Una de tales preguntas, fue la siguiente: *“¿Se pueden tomar vehículos matriculados en el servicio particular en arrendamiento por parte de las empresas privadas para realizar transporte privado?”* El Ministro nunca preguntó por la situación frente a la norma de las personas naturales no comerciantes. El Consejo de Estado se atuvo entonces a lo preguntado, en virtud de lo cual ciertamente contestó: *“No se pueden tomar en arrendamiento vehículos matriculados en el servicio particular por parte de las empresas privadas para realizar transporte privado”*.

Pero además, la Sala de Consulta expresó un comentario de especial importancia que el Ministerio de Transporte parece no tomar en consideración. Dijo el Consejo de Estado:

“En el concepto 1740, el cual se reitera hoy, esta Sala señaló como la alternativa de solución más clara jurídicamente, la modificación del artículo 5° de la ley 336 para adecuarlo a las exigencias contemporáneas en materia de transporte privado de carga, permitiendo en forma expresa los contratos tantas veces mencionados. Esta solución tiene la virtud adicional de la permanencia. Sin embargo, es claro que la prohibición legal está vigente y no existe jurídicamente otro camino que cumplirla de inmediato” (subrayas fuera de texto).

La verdad es que el Ministerio de Transporte busca introducir distinciones orientadas a aplicar a su gusto y según su capricho, una norma manifiestamente contraria a la Carta.

Este comportamiento permite confirmar no sólo que la norma es inconstitucional sino que se presta para toda clase de interpretaciones antojadizas y amañadas. ¿Cuántas veces ha requerido el Ministerio a otras entidades del Estado para que se abstengan de hacer uso de vehículos que no son de su propiedad? ¿Cuántas sanciones ha impuesto o ha impulsado el Ministerio a empresas o a personas que en el ámbito de sus actividades privadas utilizan

aviones, barcos o trenes que no son de su propiedad y que no están afiliados a ninguna empresa de transporte público?

La prohibición impuesta por el artículo 5 de la Ley 336 de 1996 respecto de la utilización de vehículos en desarrollo de contratos que permiten su goce pero no la transferencia de su propiedad, es inaceptable a la luz de los principios constitucionales.

La prohibición de ciertas modalidades de contrato sobre vehículos, es absurda e irracional. Estos contratos son instrumentos que han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional, y que hacen parte de la práctica mercantil usual y cotidiana en todos los estados democráticos. Estos contratos satisfacen de forma totalmente legítima las necesidades de los individuos de acceder al uso de los vehículos que requieren para la satisfacción de sus requerimientos privados de transporte.

Se tiene entonces que a pesar de la frecuencia, validez y aceptación de estas modalidades de contrato, la norma acusada los prohíbe (de forma general) al tiempo que el Ministerio de Transporte los persigue (aunque de forma parcial y específica).

El artículo 5° de la Ley 336 de 1996 comporta por tanto una afectación grave de la confianza legítima, por razones similares a las analizadas en la sección anterior. La norma en comento desprotege a todas aquellas personas que en ejercicio de su libertad contractual, han celebrado cualquier modalidad de contrato que supone la utilización más no la transferencia de la propiedad sobre vehículos de cualquier tipo.

La disposición acusada acarrea un efecto devastador en materia económica pues perjudica gravemente y sin justificación alguna, una enorme cantidad de contratos de naturaleza financiera y comercial, celebrados legítimamente y de buena fe, por las partes interesadas. Se trata además claramente de contratos que no causan ningún tipo de perjuicio ni al Estado ni a la comunidad ni a tercero alguno individualmente considerado.

La aplicación de norma abre por ello unos problemas jurídicos que deben ser tenidos en cuenta. ¿Deben anularse los contratos de leasing y renting sobre vehículos de uso privado que hayan celebrado sus respectivos usuarios con las respectivas entidades financieras y/o comerciales o conservan su validez? ¿Debe continuarse con la ejecución de dichos contratos a pesar de la prohibición que recae sobre la utilización de los bienes respectivos? ¿Quién debe asumir las cargas que suscita esta situación: las entidades financieras y comerciales propietarias de los vehículos o sus respectivos usuarios? ¿Recae sobre el Estado alguna responsabilidad por haber permitido la celebración de contratos de leasing y de renting de vehículos en vez de ejercer todas sus facultades de supervisión y control para

evitar la proliferación de estos instrumentos, prohibidos por el artículo 5° de la Ley 336 de 1996?

Estos interrogantes surgen con la norma y con su aplicación literal. Se trata, por lo demás, de problemas de orden Superior que se originan en la norma acusada y que confirman la violación que ella comporta a los artículos 58, 83, 150-21, 333, 334 y 336 de la Carta.

Resta demostrar que la norma acusada no sólo desconoce el marco constitucional de los servicios públicos y de la intervención del Estado en la economía, sino que implica además, y sobretodo, una transgresión agresiva y profunda de los principios constitucionales y de las garantías individuales básicas.

5.3. El artículo 5° de la Ley 336 de 1996 transgrede el derecho fundamental al trabajo y al debido proceso en conexión con el principio de la dignidad humana. Violación del artículo primero de la Constitución y de los artículos 25, 26 y 29 de la misma

Esta sección desarrolla el más sensible de los cargos que se formulan en esta demanda contra el artículo 5° de la Ley 336 de 1996.

La norma acusada contempla la imposición de sanciones sobre personas que no han causado daño alguno al Estado, al entorno social en el que se encuentran ni a los individuos que lo conforman. A personas que han actuado de buena fe, con arreglo a las normas generales aplicables pero que no tienen forma de defenderse frente a la imputación de cargos inimaginables y al advenimiento de castigos inesperados e inexplicables.

La expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 es, por ello, el resultado de un ejercicio irresponsable e incluso insidioso de la facultad sancionatoria del Estado. Así lo demuestran los argumentos que se exponen a continuación.

5.3.1. La introducción de tipos sancionatorios exige el cumplimiento de algunos requisitos esenciales

En varios de sus pronunciamientos, la Corte Constitucional ha tenido ocasión de analizar las diferentes aristas de las que se compone el principio de legalidad en materia sancionatoria. Ha señalado además que el principio de legalidad es uno de los elementos que integran el debido proceso. La Corte ha señalado que el Congreso de la República no goza de una competencia ilimitada para establecer tipos sancionatorios.

Las reflexiones de la Corte se han originado principalmente en relación con el ámbito sancionatorio penal dada la especial sensibilidad que comporta esta esfera del derecho. No obstante, los principales criterios que ha establecido esa Corporación, aplican en materia de derecho sancionatorio administrativo.

En primer lugar, es evidente que las normas sancionatorias deben proteger en todos los casos bienes jurídicos, valores colectivos o reglas organizativas. El establecimiento de sanciones busca prevenir en todos los casos conductas perjudiciales. Esa es su más crítica característica y su elemento esencial. La introducción de tipos sancionatorios que, en su respectiva esfera, no propenden por la defensa de los valores constitucionales o de reglas organizativas, resulta ser, necesariamente, una decisión carente de legitimidad.

Segundo, las normas sancionatorias deben describir de forma precisa los elementos que configuran la conducta sancionable. Esta condición resulta del principio de legalidad. Las conductas indeterminadas no son compatibles con las garantías sustanciales y procesales en materia sancionatoria.

Finalmente, es necesario que se observe el principio de proporcionalidad y el de razonabilidad, es decir, que medie una relación adecuada entre la naturaleza y la gravedad de la falta con el tipo e intensidad del castigo.

5.3.2. El tipo sancionatorio contenido en el artículo 5° de la Ley 336 de 1996 no observa ninguno de los requisitos que legitima

La conducta que proscribe el artículo 5° de la Ley 336 de 1996 es totalmente ajena a estos tres elementos básicos, comunes a cualquier tipo sancionatorio. En efecto, ¿cuál es la conducta que configura el tipo administrativo en comento y que lleva a la imposición de la sanción correspondiente? Usar vehículos que no estén afiliados a una empresa de servicio de transporte público y que no sean de propiedad de quien los utiliza. En efecto, por trágico o cómico que suene, esa es la respuesta.

El tipo sancionatorio que contempla el artículo 5° de la Ley 336 de 1996 no protege valor social alguno, de manera que no observa ninguna de las tres condiciones analizadas. La norma en comento no exhibe siquiera un propósito que pueda ser mencionado a título de justificación.

Se trata así de una prohibición que acarrea una carga inaceptable para los asociados. La disposición los convierte (nos convierte) en sujetos de castigos administrativos por la realización de conductas (i) que están autorizadas por las normas generales aplicables; que

(ii) son usuales en la práctica civil y comercial, nacional y extranjera; y que (iii) son totalmente inocuas e inofensivas.

La norma fomenta así situaciones humillantes pues permite la burla de personas que sufren la imposición de condenas insospechadas por la realización de actividades cotidianas, normales y legítimas. La imagen de una familia que viaja por algún lugar del país, que recibe un comparendo y que sufre la inmovilización del vehículo por ser éste de propiedad de un pariente que se los ha prestado, así lo evidencia. El Ministerio de Transporte podría decir que éste no ha sido nunca el caso. Es posible, pero lo cierto es que el texto literal de la norma acusada lo permite.

Ahora bien, ¿no se humilla acaso al propietario de negocio que arrienda un camión para transportar los bienes que comercializa y que súbitamente descubre que por no ser el dueño del vehículo, se ha convertido en infractor de las normas viales, que va a ser objeto de una sanción pecuniaria y que el automotor va a quedar inmovilizado hasta que su titular lo reclame?

Esa es precisamente la escena que configura la norma acusada. Así lo muestra el propio Ministerio de Transporte cuando exige, en la Circular 19 de 2012, que la conducta sea constatada y que se proceda a su castigo. Dice la entidad: *“Establecida la prohibición de las empresas privadas de celebrar contratos de arrendamiento, con o sin conductor, para satisfacer las necesidades de movilización de su personal, constituye una infracción a las normas del transporte, puntualmente, la prestación de un servicio no autorizado, por lo que se solicita a las diferentes entidades de control de tránsito y a las de transporte, constatada la comisión de dicha infracción e imponer las sanciones que corresponde”*.

La situación puede llegar incluso al terreno del sarcasmo. Nótese que en la implementación de la conducta que proscribe el artículo 5° de la Ley 336 de 1996, toman parte tres instituciones estatales diferentes: (i) el Congreso de la República, que la aprobó; (ii) el Ministerio de Transporte a quien corresponde velar por su aplicación; y (iii) la Policía Nacional, a quien compete darle ejecución efectiva.

Esas tres instituciones tienen, han tenido, o han querido tener vehículos a su servicio sin ejercer su propiedad, en el marco de contratos de leasing, de renting y de comodato, o en desarrollo de encargos fiduciarios. Es increíble, por tanto, que las tres entidades que participan en la aplicación efectiva de la norma, hayan incurrido, ellas tres, en la conducta específica objeto de la sanción. ¿No estamos acaso en la esfera de la burla y de la humillación?

En segundo lugar, se observa que la norma acusada no delimita el ámbito de su aplicación sino que castiga de forma absoluta e indiscriminada un abanico de conductas de las más variadas características. Como se ha indicado ya, la norma cubre desde el repartidor de periódicos que usa para ello su propia bicicleta, la cual pone al servicio de la imprenta, hasta la gran empresa naviera de transporte privado de carga.

La norma genera así situaciones de inadmisibile indeterminación. En efecto, ¿bajo qué condiciones se estima que quien utiliza el vehículo actúa como propietario del mismo? Por ejemplo, ¿puede una persona utilizar un vehículo de propiedad de su cónyuge o en ese caso se configura la falta que la norma contempla? ¿Puede un empleado de una empresa conducir el vehículo que ésta ha adquirido para el transporte de sus propios productos? ¿Y si no es un empleado sino un contratista? ¿Cuál es el límite?

La indeterminación normativa que configura la expresión normativa acusada lleva la realidad a escenarios insólitos. A la luz de su texto, la empresa que transporta sus productos con un vehículo de su propiedad, actúa en el ámbito de su libertad. El comportamiento de la empresa se reputa legal y el oficio del conductor, se estima adecuado. No obstante, si el vehículo es de un tercero, en desarrollo de un contrato de renting, para poner un ejemplo, la empresa se convierte en infractora al igual que el conductor. ¿Por qué? No hay respuesta a este interrogante.

Este caso pone de presente que el artículo 5° de la Ley 336 de 1996 afecta directa y específicamente a todas aquellas personas que ejercen la conducción de vehículos a modo de profesión u oficio pues su trabajo, el de conducir vehículos de servicio privado para satisfacción de necesidades de movilización de terceros, en un tipo sancionatorio administrativo. Esa es, efectivamente, la conducta punible.

Esta descripción no es de orden especulativo ni es producto de la imaginación de la suscrita sino que es una situación que ocurre en el campo de los hechos reales y que perjudica de forma grave a innumerables conductores de vehículos automotores a lo largo del territorio nacional. La Corte puede formular la respectiva pregunta al Ministerio de Transporte y a la Policía Nacional quienes de este modo, tendrán que constatarlo.

¿No se viola acaso la dignidad de la persona a quien se sanciona por realizar las acciones propias de su trabajo, a saber, conducir vehículos?

El artículo 5° de la Ley 336 de 1996 desprotege una modalidad legítima de trabajo pues la proscrib e sanciona. De este modo, se desconoce el artículo 25 Superior. En adición, se tiene que la norma exige un título de idoneidad (la propiedad del vehículo) que nada tiene que ver con el oficio realizado con lo cual se contraviene el artículo 26 de la Carta.

No sobra señalar además que la comisión de un número plural de infracciones de tránsito puede llevar a la suspensión de la licencia de conducción e incluso a la pérdida de la misma. La norma constituye así una amenaza latente para los conductores quienes corren el riesgo de quedar totalmente marginados de la realización de su profesión u oficio.

En tercer lugar, se tiene que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, una sanción es legítima si el castigo que contempla es razonable y proporcionado. La infracción que contempla la norma acusada no es siquiera desproporcionada sino que es absolutamente irracional. La desproporción implica exceso. Este no es el caso. La norma no es excesiva porque no impone una pena desmedida sino que contempla un escarmiento perverso e inaceptable. En efecto, no existe ningún escenario en el cual el legítimo tenedor de un vehículo se diferencie, en relación con su uso, del propietario. Los dos pueden utilizarlo de forma adecuada o incorrecta. Ambos pueden ser igualmente cautos o imprudentes. Pero, sobre todo, cuando lo utilizan, actúan ambos, tanto el dueño como el legítimo tenedor, en el marco de unos derechos fundamentales que la expresión normativa acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 procura cercenar respecto de estos últimos.

La expresión acusada viola así de forma grave y manifiesta los artículos 24, 25 y 29 de la Constitución y, sobre todo, su artículo primero.

Esta situación inadmisiblemente comporta no sólo la inexecutablez de la norma acusada sino que autoriza solicitar, de manera respetuosa, que se adopten medidas especiales que garanticen la protección de los derechos fundamentales de todas aquellas personas que son sujetas de sanciones y castigos manifiestamente incompatibles con las garantías básicas y los principios fundamentales que contempla el Estatuto Superior.

6. Solicitud excepcional de suspensión de la expresión acusada del artículo 5 de la Ley 336 de 1996 como mecanismo especial de protección de garantías básicas y de derechos fundamentales individuales

En esta demanda se ha puesto de presente que la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 constituye una amenaza a las garantías fundamentales individuales de todos aquellos que utilizan vehículos de uso privado y de propiedad de terceras personas, bien que lo hagan en el marco del ejercicio de su profesión u oficio o bien para la satisfacción de sus necesidades de movilización en su ámbito exclusivo. La norma acusada constriñe así su derecho a la libertad de circulación (art. 24 de la C.P.), al trabajo (art. 25 de la C.P.), y a la libertad de elegir profesión u oficio (art. 26 de la C.P.).

La disposición objeto de la controversia viola también el artículo 29 de la Carta porque lleva a que todas estas personas se conviertan en infractores administrativos y a que se les impongan las sanciones correspondientes, por conductas que no sólo son inocuas e inofensivas, sino que han sido realizadas en desarrollo y en atención a normas laborales, civiles y comerciales de orden general. En estas condiciones, el artículo 5° acusado mancilla la dignidad de las personas a las cuales persigue.

Dicha norma contempla una prohibición absoluta e indiscriminada aplicable al uso que haga cualquier tipo de persona (natural o jurídica; pública o privada; nacional o extranjera) de un vehículo de cualquier clase (aéreo, marítimo, fluvial, férreo y vial) bajo cualquier modalidad diferente a la de propietario (arrendatario, locatario, comodatario, beneficiario de un encargo fiduciario o, simplemente, conductor) cuandoquiera que tal vehículo no se halle afiliado a una empresa de transporte público. Esta restricción caprichosa, absoluta e indiscriminada lleva a la inexecutable de la norma, tal como se ha argumentado en esta demanda.

Nótese además que la mera existencia de esta disposición evidencia vulneraciones presentes y amenazas futuras de insoportable dimensión a las garantías constitucionales y a los derechos fundamentales de las víctimas de su aplicación.

La presente acción pública de inconstitucionalidad se convierte así en un **mecanismo de protección de las garantías fundamentales individuales** a favor de todas aquellas personas que han sido afectados o que pueden serlo por la aplicación de la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996.

En efecto, cualquier persona, en cualquier momento, por el solo hecho de hacer uso de un vehículo de un tercero para satisfacer sus necesidades privadas de transporte o para hacer parte de tal satisfacción en el ámbito de su profesión u oficio, se convierte en infractor y puede ser sujeto de la aplicación de las sanciones correspondientes.

La norma permite la configuración de situaciones actuales, totalmente incompatibles con el régimen de protección que promueve la Carta Política. ¿Qué sucede, por ejemplo, con una ambulancia de propiedad de una empresa privada especializada en seguridad industrial, que presta sus servicios a, por decir algo, una empresa fabricante de fungicidas? ¿Podría ordenarse la inmovilización del vehículo, incluso en el evento de una emergencia, debido a que no es de propiedad de la persona jurídica que ha contratado sus servicios?

La disposición objeto de la controversia, lo autoriza. Se trata además de un caso que cumple las condiciones bajo las cuales el Ministerio de Transporte estima que la norma rige.

La expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 produce innumerables situaciones en las cuales se sanciona a los asociados, de manera injusta, por conductas legítimas e inofensivas.

Una grandísima cantidad de personas, naturales y jurídicas, acuden a vehículos de terceros para satisfacer sus *necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de sus actividades exclusivas*.

Esta actividad es usual y corriente. No obstante, la norma acusada sanciona a quienes la realizan. La norma impide el desarrollo de actividades comerciales legítimas. Pero además, castiga seres humanos de carne y hueso por el mero ejercicio de su actividad laboral o profesional.

El artículo 5° de la Ley 336 de 1996 constituye por tanto una "vía de hecho legislativa". El marco axiológico contenido en la Constitución Política así permite argumentarlo. Una disposición legal que lo es sólo en apariencia, pero que en realidad no resulta de un ejercicio legítimo de la competencia legislativa, no puede tener espacio alguno en la vida jurídica. Los derechos y garantías fundamentales y, sobre todo, el principio de dignidad son, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional en la esfera judicial, "*un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad*" (Sentencia T-079 de 1993; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

La **suspensión provisional** de la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 **permite evitar** el ejercicio caprichoso, irracional e ilegítimo de la función sancionadora del Estado que esta disposición autoriza y que el Ministerio de Transporte ordena. De este modo, se convierte en un instrumento idóneo **de protección de los derechos fundamentales individuales** de todas aquellas personas a quienes la norma les impide el ejercicio de su labor y el desarrollo de sus actividades legítimas, argumento que da soporte a la petición extraordinaria que se formula para la consideración de la Corte Constitucional.

7. Competencia

El artículo 5° de la Ley 336 de 1996 es un texto normativo expedido por el Congreso de la República de manera que la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas que se interponen en su contra en los términos del artículo 241-4 Superior.

8. Solicitud

En consideración a lo expuesto, me permito formular de forma respetuosa a la Corte Constitucional, las siguientes dos solicitudes:

8.1. Que declare la INEXEQUIBILIDAD de la expresión "Cuando no se utilicen equipos propios, la contratación del servicio de transporte deberá realizarse con empresas de transporte público legalmente habilitadas en los términos del presente Estatuto", contenida en el artículo 5 de la Ley 336 de 1996.

8.2. Que disponga la SUSPENSIÓN PROVISIONAL de la expresión acusada del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 como mecanismo transitorio, mientras que la Corte Constitucional se pronuncia sobre esta demanda, para evitar de este modo perjuicios irremediables adicionales a todos aquellos individuos que sufren sus efectos.

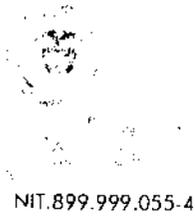
De los Honorables Magistrados de la Corte Constitucional,



PAOLA ANDREA SAAVEDRA HIDALGO
C.C. 1.033'720.699

Anexos:

- a) Circular del 19 de diciembre de 2012, suscrita por la Directora de Transporte y Tránsito del Ministerio de Transporte.
- b) Copia de la demanda en medio magnético.



PROSPERIDAD PARA TODOS



NIT.899.999.055-4

Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20124000668211



19-12-2012

Bogotá, D. C., 19 de diciembre de 2012

Señores (es)
SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS
ORGANISMOS DE TRÁNSITO
DIRECCIÓN DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE POLICIA NACIONAL

Asunto: Circular Servicio Privada de Transporte

Respetados Señores:

¹Dadas las similares y constantes inquietudes planteadas ante el Ministerio de Transporte en relación con la viabilidad jurídica de la contratación en arrendamiento de vehículos de servicio particular, es pertinente recordar el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, cuando ésta cartero le interroga, entre otras, si era viable *"...tamar vehículos matriculadas en el servicio particular en arrendamiento por parte de las empresas privadas para realizar transporte privado?"*.

Sea lo primera abordara la diferenciación entre el contrato de transporte y el contrato de arrendamiento, diferenciación que mientras conceptual no ofrece mayor abstracción o dificultad, resulta escurridiza dentro de una aproximación fáctica.

Sobre la diferenciación entre una u otra figura jurídica como se viene de comentar, es decir entre el contrato de transporte y el contrato de arrendamiento, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 08 de mayo de 2.001, expediente 6669 y Magistrado Ponente el Doctor Silvia Fernanda Trejos buenos, realiza las siguientes consideraciones que ameritan transcripción literal:

"...el arrendamiento consiste en proporcionar el goce de una cosa respecto de la cual el arrendatario se sirve de ella en los términos pactados, a o falta de acuerdo, según el uso natural a que está destinada; y el transporte implica la prestación del servicio a cargo del transportador de conducir persona o cosas de un lugar a otro;..."

"...no se puede confundir el objeto del contrato (se refiere al contrato de arrendamiento), consistente en el goce del vehículo, con los modos en que el arrendatario satisface éste;..."

... para saber si se trata de arrendamiento o de transporte, dependerá de quien efectivamente ejerza el control de la operación de conducción de personas o cosas;..." (Lo parte entre paréntesis na forma parte del texto original)

La parte acabada de citar, goza de una claridad excepcional en la que a la diferenciación de los conceptos jurídicos corresponde, mas no puede decirse que contenga un antecedente de la viabilidad de la celebración de contratos de arrendamiento de vehículos automotores de servicio particular, pues si bien en ella la comparación se refiere a vehículos, específicamente se trataba de una maquinaria, que

¹ La presente circular se elabora con base en las oficios mediante los cuales se han atendida las peticiones que sobre el mismo tema se presentaron al Ministerio de Transporte.

PROSPERIDAD PARA TODOS

NIT. 899.999.055-4



Para contestar cite:

Radicado MT No.: 20124000668211



19-12-2012

en tanto rodante, de conformidad con el artículo 2 de la ley 769 de 2002, es una especie del genero vehículo automotor. Igualmente debe decirse que en dicha diferenciación no se encuentra el centro de la discusión, sino en la posibilidad de celebrar una u otra contrata.

Ya en la que a la posibilidad de celebrar contrata de arrendamiento se refiere, el Concepto citada y Radicada 1740 del 8 de mayo de 2006 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a la pregunta que como anticipadamente le manifesté realizó el Ministerio de Transporte, esta es, "¿Se pueden tomar vehículos matriculados en el servicio particular en arrendamiento por parte de las empresas privadas para realizar transporte privado?", el Consejo de Estado responde: "No se pueden tomar en arrendamiento vehículos matriculados en el servicio particular por parte de las empresas privadas para realizar transporte privada, pues el legislador dispone que cuando no se utilicen equipos propios, la contratación del servicio de transporte deberá realizarse con empresas de transporte pública legalmente habilitadas y con vehículos matriculados para dicho servicio."

Las consideraciones que llevaron a la carparación a la expuesta conclusión fueron las siguientes:

"Según ya se dijo, el legislador admite la posibilidad de realizar el transporte privada tanto con vehículos propios, como con aquellos que no son propiedad de la persona natural o jurídica que desarrolla esta actividad privada. Sin embargo, en relación con la operación de transporte privado con vehículos que no son propios, dispone el incisa 2° del artículo 5° de la ley 336 de 1996:

"(...) Cuando no se utilicen equipos propios, la contratación del servicio de transporte deberá realizarse con empresas de transporte pública legalmente habilitadas en los términos del presente Estatuto." (Destaca la Sala).

El mandato legal transcrito, en criterio de la Sala, no ofrece dudas en cuanto al alcance restrictivo de la utilización de vehículos que no son de propiedad de quien realiza el transporte privada, pues no prevé la posibilidad de contratar el servicio con empresas diferentes a las de transporte pública. Es clara que la única forma de modificar esta situación sería introduciendo los cambios respectivos a la ley vigente." (Negrilla propia)

Seguidamente la Sala comenta, "La anterior no es limitante para que las empresas de transporte pública, a diferencia del privado, acudan al arrendamiento operativo para fortalecer su capacidad transportadora, como se analizó más adelante, pero siempre con vehículos matriculados en servicio pública." Comentario que seguramente, pasada por alta, lo condujo a la conclusión de la cual atrás discrepe.

Indudablemente, la norma² implica una clara restricción al principio de la autonomía de la voluntad y a su manifestación en la libertad contractual, que en sus concepciones decimonónicas habría sido inaceptable, pero en el marco de un Estado Social de Derecho es válida en toda acepción de la palabra, en la medida que supere el juicio de ponderación.

No obstante lo anterior, es clara que la materia sobre la cual versó el análisis desarrollada tras la

² Incisa 2 Art. 5 de la Ley 336 de 1996

PROSPERIDAD PARA TODOS

NIT.899.999.055-4



Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20124000668211



19-12-2012

consulta, correspondía al transporte de carga y no de personas. Esto en principio no es óbice para su directa aplicación en el transporte de personas, pues el fundamento normativo que para el Consejo de Estado no ofrece duda alguno en cuanto al alcance restrictivo, se refiere indistintamente al transporte de personas a casas, y donde el legislador no distingue bien sabido es que no le es dable al intérprete distinguir.

A pesar de la incontestable claridad del concepto del Consejo de Estado - *"No se pueden tomar en arrendamiento vehículos matriculados en el servicio particular por parte de las empresas privadas para realizar transporte privado, pues el legislador dispone que cuando no se utilicen equipos propios, la contratación del servicio de transporte deberá realizarse con empresas de transporte público legalmente habilitadas y con vehículos matriculados para dicho servicio."* - son necesarias algunas precisiones que deben ser consideradas a la hora de su aplicación extensiva al transporte de personas, por el derecho de locomoción que es a ellas natural, no así a las cosas o mercancías.

Si bien, aún en una lectura desprevenida de la norma, salta a la vista que el precepto legal prohíbe la utilización de vehículos de terceros tendientes *"a satisfacer necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o, jurídicas"*, al consagrar que en caso de que *"no se utilicen equipos propios, la contratación del servicio de transporte deberá realizarse con empresas de transporte público legalmente habilitadas en los términos del presente estatuto"* y considerando que por servicio entiende la Real Academia de la Lengua Española la acción y efecto de servir y este último considerado a favor o beneficio de otro, podría intuitivamente decirse que la prohibición versa sobre la contratación del servicio de transporte y no sobre otras tipas contractuales a través de las que se procure proveerse de medios para la satisfacción directa de las necesidades de movilización.

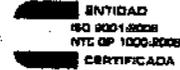
Esta distinción no sería válida pues, primero, pasa por alto la definición de servicio privada de transporte que ella misma contempla, y segunda, desconocería la inteligencia del Concepto que se viene comentando, Radicado 1740 del 8 de mayo de 2006 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y la de la misma disposición legal, haciendo nugatoria todo intento de *"proteger los intereses de la comunidad, de los posibles perjuicios que la ejecución indiscriminada e incontrolada de la actividad de las particulares pudiera generarle"*³, pretensión que ante la dificultad de diferenciación fáctica comentada al inicio, puede sumarse a las demás motivaciones de la restricción.

En realidad, la norma restrictiva que se viene comentando no establece una alternativa de contratación, entre varias, a elección de las partes, limitándose o fijar un sujeto calificado para una de ellas; definida la satisfacción, con equipos propios, de las necesidades de movilización dentro del giro ordinaria de su actividad, como un servicio privado de transporte, su satisfacción con equipos de terceros solo puede lograrse con la contratación del servicio público de transporte. Otra razón más para no tener por válida la distinción que la palabra servicio aparentemente intrduce, dado que el servicio privada de transporte, al definirse por el legislador, se constituye en un concepto autónomo dotada de contenido propia, que al loda del servicio público de transporte, conforman el género servicios de transporte. De la cual, lógicamente se desprende el hecho de que la norma, al referirse en su frase final a la contratación del servicio de transporte, teniendo la definición dada en incontables oportunidades del servicio privado de transporte, debe entenderse como la satisfacción de una necesidad de movilización

³ Corte Constitucional en Sentencia C-043/98, Expediente D-1754

PROSPERIDAD PARA TODOS

NIT.899.999.055-4



Para contestar cite:

Radicada MT No.: 20124000668211



19-12-2012

que puede lagrase con equipos propios o de terceros, en éste último casa, solo o través de empresas de transporte, y no en la acepción etimológica y jurídico de la palabra servicia, para a ella oponer el contrato de arrendamiento.

Ahora bien, la sabiduría de la norma, en cuanto al alcance de la restricción, que como se dijo apunta a prevenir los efectos nocivas de un ejercicia irrestricto de la actividad, puede revelarse si a la dicotomía presentada se introduce coma transversal a ella, el concepto de actividad transportadora consagrado en el artículo 6 de lo Ley 336 de 1996, el cual a la letra reza:

"Artículo 6.- Por actividad transportadora se entiende un conjunto organizada de operaciones tendientes a ejecutar el traslado de personas o cosas, separada o conjuntamente, de un lugar a atra, utilizando uno o varios madas, de conformidad con las autarizaciones expedidas por las autoridades competentes basodos en los reglomentos del Gobierno Nacional."

Tenemos entonces que, establecida como quedó con tal claridad la prohibición, según la manifestada par el Consejo de Estado y lo expuesto, debemos entender seguidamente, pues se colige de manera natural, que el servicia privado de transporte corresponde a una actividad transportadora tendiente a satisfacer necesidades de movilización en el ámbito de las personas naturales o jurídicas, que se lleva a caba como conjunta organizado de operaciones. Así, dentro de estas encontramos las ejecutadas par las empresas en desarrollo de su abjeta social y todas aquellas que van más allá de las movilizaciones que de manera particular e independiente realizan los ciudadanos.

Lo anterior, es suficiente para concluir que mientras las personas individualmente consideradas, para proveerse de los equipos que requieren para satisfacer sus necesidades de circulación o movilización, les es dable aptar por mecanismos financieras coma el leasing y civiles o comerciales como el arrendamiento o camadata, entre otras, éstas no san una opción legítimo para el desarrollo de actividades de traslado de personas cuanda constituyen un conjunto organizado de operaciones, como es el caso, por mencionar alguno, de las desarrolladas por los empresas mercantiles.

De ahí la respuesta del Consejo de Estado, que con riesgo de redundancia me permito nuevamente citar: "No se pueden tomar en arrendamiento vehículos matriculados en el servicio particular por parte de los empresas privados para realizar transporte privado". (Negrillos y subrayado fuera del texto).

Es por esta, que si se pretende, apoyadas en el término "servicia" como aquel contratado, sostener un contenida conceptual diferente del servicio privada de transparte, el empeño sería infructuosa, ya que aquel máxime pude ser entendido como el que se presta a satisfacer los necesidades que surgen de una actividad ecanómica organizada; brindado, asimismo, por aquel que despliega dicho actividad y con su propias equipos, mas na a él directamente. Es en esio alteridad dande encontramos al tercero que tócitamente se reclama.

Finalmente, la prohibición que en la norma se establece y que en el presente documento a todos se recuerda, no puede entenderse como la proscripción de los tipos contractuales que otorgan la tenencia de vehículas, pues las mismas, para los ciudadanos y en las condiciones mencionadas, conservon plena vigencia. Asimismo, en lo que se refiere al arrendamiento de vehículas con fines turísticos, corresponde a un casa particular normodo de manera especial, contenida en el capítulo VI del título IX de la Ley 300 de 1996, título que trata de los prestadores de servicios turísticos. Considerando el carácter especial de

Avenida Eldorado CAN Bogotá, Colombia, Teléfonos: (57+1) 3240800 Fax (57+1) 4287054

http://www.mintransporte.gov.co - E-mail: mintrans@mintransporte.gov.co - quejasyreclamos@mintransporte.gov.co

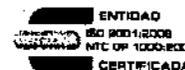
Atención al Ciudadano: Sede Central Lunes a Viernes de 8:30 a.m. - 4:30 p.m., línea Gratuita Nacional 18000112042

Código Postal 111321



NIT.899.999.055-4

PROSPERIDAD PARA TODOS



Para contestar cite:

Radicado MT No.: 20124000668211



19-12-2012

la norma, escapa a la prohibición general contenida en el inciso segundo del artículo 5 de la Ley 336 de 1996.

Establecido la prohibición de las empresas privadas de celebrar contratos de arrendamiento, con o sin conductor, para satisfacer las necesidades de movilización de su personal, constituye una infracción a los normas del transporte, puntualmente, la prestación de un servicio no autorizado, por lo que se solicito a los diferentes entidades de control de tránsito y a las de transporte, constatada la comisión de dicha infracción, imponer las sanciones que corresponde.

Cordialmente,

AYDA LUCY OSPINA ARIAS
Directora de Transporte y Tránsito