



Concepto Sala de Consulta C.E. 1681 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil seis (2006)

Radicación número 1.681

Referencia: TERMINALES DE TRANSPORTE.

Naturaleza de la tasa de uso. Valor de las pruebas de alcoholimetría como parte de la tasa de uso. Órgano competente para su determinación. Facultades del gobierno nacional.

El señor Ministro de Transporte, doctor Andrés Uriel Gallego Henao, consulta a la Sala sobre la manera de constituir la entidad administradora de los programas de seguridad de la operación del transporte terrestre intermunicipal de pasajeros, en los diferentes terminales del país, su naturaleza jurídica y el proceso que se debe surtir para contratar dicha administradora.

En su consulta, el señor Ministro hace una exposición sobre la normatividad general del transporte terrestre, leyes 105 de 1993 y 336 de 1996; luego, se ocupa del decreto 2762 de 2001, por medio del cual se reglamentó la creación y operación de los terminales de transporte, y la resolución No. 2222 de 2002 del mismo Ministerio, por la cual se fijó la tasa de uso que deben cobrar los terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera a las empresas usuarias y se estableció el valor de las pruebas de alcoholimetría como un componente, de dicha tasa, concluyendo con la cita de la sentencia No. 2002-0335-01 del 22 de abril de 2004 de la Sección Primera de esta Corporación, en la cual se negó la nulidad de la citada resolución.

Sobre el particular presenta los siguientes interrogantes:

1. "¿La entidad administradora del programa de seguridad debe ser un tercero creado por las entidades gremiales nacionales de transporte terrestre intermunicipal de pasajeros, como lo señala el artículo 2 de la Resolución 002222 de 2002, o, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2762 de 2001, por las empresas de transporte intermunicipal de pasajeros usuarias de la Terminal y la Terminal de Transporte, o por las agremiaciones de transporte que representan las empresas de transporte intermunicipal de pasajeros usuarias de la Terminal y los Terminales de Transporte? "

2. "¿En el segundo de los eventos citados, si no existiere consenso entre la Terminal de Transporte y las empresas de transporte, o las agremiaciones nacionales de transportadores y la Terminal de Transporte para la creación de la entidad administradora de los programas de seguridad de que tratan las disposiciones citadas (Decreto 2762 de 2001, Resolución 02222 de 2002), que mecanismos se podrían adoptar para el manejo de los recursos provenientes de la tasa de uso destinados a la ejecución del programa y para la administración del mismo?"

3. "¿Cuál sería la naturaleza jurídica de la entidad administradora de los programas de seguridad que se cree? "

4. "¿Para el desarrollo de los programas de seguridad a que nos venimos refiriendo, quién debe adelantar el proceso de contratación, si a ello hubiere lugar: Los terminales de transporte dependiendo de su naturaleza jurídica o las agremiaciones nacionales?"

5. "¿Si es la Terminal de Transporte la competente para adelantar el proceso de contratación del organismo administrador del programa, le son aplicables las normas relativas a la contratación administrativa, dependiendo de su naturaleza jurídica, toda vez que de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 2762 de 2001, éstas pueden ser sociedades de capacidad (sic) privada, pública o mixto?"

6. "¿En caso afirmativo cómo puede adelantarse un proceso de contratación administrativa en el que deben participar personas jurídicas de carácter privado, esto es, las empresas de transporte intermunicipal de pasajeros usuarias de la Terminal, o las agremiaciones que las representan, organizaciones encargadas de manejar de manera coordinada y organizada con los Terminales de Transporte los recursos destinados para la ejecución de los programas de seguridad a que se refiere la consulta? "

7. "¿Si no existiere consenso entre la Terminal de Transporte y las empresas de transporte usuarias de aquella, o en su defecto, entre las agremiaciones nacionales de transportadores y la Terminal de Transporte para la definición de los términos de contratación del organismo

administrador del mencionado programa de que tratan el Decreto 2762 de 2001 y la Resolución 002222 de 2002, qué mecanismos se podrían adoptar para adelantar la mencionada contratación? "

8. "¿Si le compete a las agremiaciones nacionales adelantar el proceso de contratación del organismo administrador del programa, cuál sería el mecanismo jurídico aplicable para seleccionar el contratista?

9. "¿El segundo componente de la tasa de uso, esto es, los valores destinados a los programas de seguridad contenidos en el Decreto 2762 de 2001 y la Resolución 002222 de 2002, forman parte del patrimonio de la terminal, o por el contrario, se trata de recursos que simplemente recauda y transfiere a la entidad encargada de la administración de los mencionados programas de seguridad? "

10. "¿De acuerdo con las disposiciones legales aplicables al tema de los programas de seguridad que se deben implementar por los terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera, es potestad de la terminal de transporte constituir una fiducia pública para recaudar los recursos provenientes del programa de seguridad? "

11. "¿De acuerdo con la sentencia del Consejo de Estado de fecha abril 22 del 2004, cuando dijo que los dineros deben ser recaudados por el terminal, depositados en la cuenta que al efecto se determine y administrados por el programa creado por las entidades gremiales, debe entenderse que hay que obrar de manera coordinada para el manejo del recaudo y administración de los recursos, en beneficio de la seguridad vial, es decir, que debe organizarse una fiducia pública con el dinero destinado a pagar con (sic) los gastos del programa?"

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El tema objeto del estudio que avoca la Sala, implica efectuar un recuento de la normatividad que se ha expedido en el país en materia de terminales de transporte terrestre, pues se hace notar, como lo hizo la Sala en el concepto 1632 de 2005, que antes de la Constitución de 1991, buena parte de la regulación en esta materia se expidió mediante leyes de intervención y decretos especiales, de conformidad con los artículos 30, 32 y 39 de la anterior Constitución Nacional. Hecha esta precisión, procede la Sala a reseñar tales antecedentes normativos con el fin de establecer el origen de la llamada tasa de uso de esa infraestructura.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS SOBRE LOS TERMINALES DE TRANSPORTE TERRESTRE Y LAS TASAS DE USO.

1.1. La ley 15 de 1959 de intervención del Estado en la industria del transporte.

El Congreso de la República expidió la ley 15 de 1959 que contenía un mandato interventor en la actividad de transporte, con el objetivo de organizar y reglamentar el funcionamiento de las empresas de transporte y la fijación de tarifas.

Los decretos dictados en ejercicio de las facultades de intervención, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia abarcaban "*múltiples actividades, especialmente en lo que hace a las empresas de transporte terrestre, cuya organización y funcionamiento dependen de los decretos del gobierno dictados con arreglo a la mencionada ley.*"

1.2. El decreto 3157 de 1984. Estatuto Nacional de Terminales de Transporte Terrestre.

En desarrollo del mandato interventor de la ley 15 de 1959, el gobierno profirió varios decretos especiales de intervención en el ramo del transporte, entre los cuales se cuenta el decreto 3157 de 1984, por el cual se expidió el Estatuto Nacional de Terminales de Transporte Terrestre.

El objetivo de esta norma de intervención en materia de terminales de transporte fue regular la prestación de los servicios inherentes a tal actividad, racionalizar su organización y operación, así como, establecer condiciones y requisitos para su funcionamiento.

El estatuto así expedido, otorgó a las actividades de los terminales de transporte el carácter de servicio público, sean éstas realizadas directa o indirectamente por el Estado, o por particulares (artículo 2º). Definió los terminales de transporte como una unidad de servicios permanentes que incluye los equipos o instalaciones y los órganos de administración adecuados para la prestación de los servicios en condiciones de seguridad, en los que podía participar el Estado como accionista. Al efecto previó el artículo respectivo:

"Artículo 8º.- Las sociedades de terminales de transporte terrestre, en las que participe el Estado, son entidades autónomas, con personería jurídica, patrimonio y organización propios, que se regirán por las disposiciones constitucionales y legales aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado, o a las sociedades de economía mixta y tendrán la forma de sociedades anónimas. "

De otra parte, este Decreto consagraba que la ejecución y conservación de los proyectos de terminales estaba a cargo de las sociedades de terminales de transporte terrestre, con recursos del Fondo Nacional de Terminales, el cual era un fondo cuenta de la Corporación Financiera del Transporte S.A., que tenía entre sus objetivos:

'Artículo 20.- La cuenta "Fondo Nacional de Terminales" cumplirá los siguientes objetivos.- al Recibir los recaudos provenientes de las fuentes de ingresos establecidas en el artículo veintiuno del presente decreto. b) Proveer, de acuerdo con sus disponibilidades, los recursos necesarios para la construcción y conservación de los terminales en funcionamiento (...)

En concordancia con el artículo anterior, el decreto especial de intervención que se reseña, señalaba entre las fuentes de los ingresos del Fondo Nacional de Terminales, con destino a la construcción, conservación y operación de tales bienes de uso público, las siguientes:

"Artículo 21 "

a) Las asignaciones del presupuesto nacional destinadas al fomento y construcción de terminales de transporte; b) Los aportes o transferencias de las entidades oficiales (...); c) Los ingresos provenientes del recaudo que hicieren las empresas transportadoras, el valor que paguen los pasajeros en la tarifa respectiva, por concepto del rubro "terminales "en aquellas rutas que determine la Junta Nacional de Terminales (...), "

Y entre las funciones de la Junta Nacional de Terminales de Transporte Terrestre, órgano asesor del Ministerio, aparece la siguiente relacionada con el valor o tarifa de los servicios de los terminales de transporte:

"Artículo 7°.- La Junta Nacional de terminales ejercerá las siguientes funciones:

g) Recomendar al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte un sistema para la fijación de tarifas que deben pagar las empresas y los usuarios, por los servicios que prestan los terminales, así como las tarifas que fijará anualmente.

Dicha Junta Nacional de Terminales, mediante el acuerdo No. 003 de 1985, clasificó los servicios que prestan las terminales de transporte terrestre, así:

"2°. Definición de los servicios de las terminales.- Para efectos del presente acuerdo, se entienden y definen los servicios que presten las terminales de transporte terrestre, así:

a. Servicios operacionales.- Son aquellos directamente relacionados con las operaciones de ascenso y descenso de pasajeros, y circulación interna de vehículos que se cumplen en las plataformas de ascenso y, descenso, las vías internas de la terminal y los parqueaderos.

b. Servicios complementarios.- Son aquellos que facilitan la operación de viaje, dando comodidad y seguridad al pasajero como a las empresas de transporte, a través de taquillas, salas de espera, servicio de encomiendas, puntos de despacho y servicios de información.

c. Servicios auxiliares.- Son aquellos que están directamente relacionados con la operación de viaje, tanto al usuario como a las empresas, tales como, cafeterías, servicios bancarios, teléfonos públicos, primeros auxilios, policía, oficinas para las empresas, chequeo físico de conductores y servicios de sanitarios.

La misma autoridad determinó en el Acuerdo 003 de 1985, como una de las obligaciones a cargo de las sociedades de terminales de transporte, la siguiente:

"3.- Las sociedades de terminales de transporte terrestre que obtengan permiso de funcionamiento, expedido por la junta nacional de terminales, al poner en operación una terminal deberán cumplir con los siguientes requisitos:

c) Cobrar, por los servicios que preste, las tarifas establecidas por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. "

Posteriormente, mediante el acuerdo 005 de 1985, la Junta Nacional de Terminales determinó como obligación de las empresas de transporte intermunicipal de pasajeros, usuarias de las terminales de transporte, la siguiente: "Pagar las tasas de uso de las terminales, de acuerdo con el destino real final del vehículo "

Así las cosas, se tiene que mediante este decreto especial, cuya fuerza legislativa se desprende de la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el fallo citado anteriormente cuando se pronunció sobre otro de los decretos dictados por el Gobierno (decreto 1393 de 1970), se autorizó el cobro de tarifas para prestación del servicio público de terminales de transporte, las cuales estuvieron destinadas a la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura respectiva.

Siendo el chequeo físico de los conductores, un servicio que claramente se clasificó como auxiliar al servicio público que prestan las terminales de transporte, encuentra la Sala que desde sus orígenes, hace parte de la tarifa o valor por los servicios prestados, cuya administración estaba en principio a cargo de las sociedades administradoras, de esta infraestructura,

1.3. La ley 105 de 1993. Por la cual se dictan normas básicas en materia de transporte.

Promulgada la actual Constitución Política, el marco de la intervención del Estado en la economía se modificó, se variaron las atribuciones del ejecutivo en esta materia, pues perdió, competencia para expedir los decretos especiales que tenían fuerza de ley, ya que la intervención propiamente dicha quedó reservada al legislador,. Bajo esta nueva concepción se expidieron en materia de transporte las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996,

En la primera de las leyes citadas (Ley 105 de 1993), se define el transporte público como "una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector, en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios sujeto a una contra prestación económica" (artículo 3), Y establece como principio que "la seguridad de las personas constituye una prioridad del Sistema y del Sector Transporte" (artículo 2 literal e),

El artículo 17 encuadra a los terminales de transporte dentro del orden administrativo municipal y distrital, y los define como parte de la infraestructura del sector, de esta manera:

"Artículo.- 17.-Integración de la infraestructura distrital y municipal de transporte. Hace parte (sic) de la infraestructura distrital municipal de transporte las vías urbanas, suburbanas y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias fluviales y marítimas. Los

aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, de acuerdo con la participación que tengan los municipios en las sociedades portuarias y aeroportuarias, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos. (..)

PAR, 2°-La política sobre terminales de transporte terrestre en cuanto a su regulación tarifas y control operativo, será ejercida por el Ministerio de Transporte ".

De esta norma se desprenden cuatro consecuencias que es necesario exponer para efectos de este concepto:

- 1) Como se expresó, los terminales se insertaron en la órbita de competencias distritales y municipales, de suerte que desde el punto de vista de la organización administrativa, no dependen de la Nación, ni del Ministerio de Transporte, sino de los distritos o municipios.
- 2) Que en consecuencia, en aquellos terminales en los que la Nación tuviera participación, ésta debió ser transferida a los distritos y municipios con el fin de realizar el mandato legal de tipo descentralizador.
- 3) Que el Ministerio conserva las potestades de control y vigilancia.
- 4) Que, específicamente en materia de tarifas, el Ministerio puede fijar las políticas a las que están sometidos los terminales de transporte, que obviamente deberán ser plasmadas en reglamentos.

Hace notar la Sala, que la ley no define si la expresión "tarifas" de los: terminales, se refiere a la de una "tasa" entendida como ingreso tributario, o si corresponde al precio de un contrato, tema que se desarrolla enseguida al analizar conjuntamente estas reglas con las de la ley 336 de 1996.

1.4. La ley 336 de 1996, por la cual se adoptó el Estatuto Nacional de Transporte.

El Congreso expidió la ley 336 del 20 de diciembre de 1996, "*Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Transporte* ", reiterando que es una actividad de servicio público, la cual "continuará bajo la dirección, regulación y control del Estado, sin perjuicio de que su prestación pueda serle encomendada a los particulares." La ley que se reseña, otorga un especial valor a la garantía de la seguridad en la actividad transportadora. Dispone así el artículo 2 de la ley 336 de 1996:

"Artículo 2.- La seguridad, especialmente la relacionada con la protección de los usuarios, constituye prioridad esencial en la actividad del Sector y del Sistema de transporte ".

En relación con los terminales se anota que los trata en el Capítulo VI sobre servicios conexos, en los artículos 27 y 28 que dicen:

"Artículo 27. Se consideran como servicios conexos al de transporte público los que se prestan en las Terminales, Puertos Secos, aeropuertos, Puertos o Nodos y Estaciones, según el modo de transporte correspondiente.

Los diseños para la construcción y operación de las instalaciones donde funcionen los servicios a que se refiere el inciso anterior, contemplarán el establecimiento de sistemas o mecanismos apropiados para el desplazamiento de los discapacitados físicos. "

"Artículo 28. El control y vigilancia que ejerce el Ministerio de Transporte sobre los servicios a que se refiere el Artículo anterior, se entiende únicamente respecto de la operación, en general, de la actividad transportadora. "

Las normas transcritas, en forma expresa, consagran en el Ministerio de Transporte la función de control y vigilancia sobre los terminales, limitándolas "en general" a la operación de las mismas, calificando esta actividad como de servicios conexos al transporte.

Esta última calificación implica que los terminales hacen parte del servicio público de transporte, por lo que se les debe aplicar el régimen especial de este servicio, en lo que sea pertinente.

Esta misma ley, en el capítulo VII dedicado a las tarifas, dispuso en el artículo 29:

"Artículo 29. En su condición rectora y orientadora del Sector y del Sistema Nacional de Transporte, le corresponde al Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte formular la política y fijar los criterios a tener en cuenta para la directa, controlada o libre fijación de las tarifas en cada uno de los Modos de transporte.

Al finalizar el punto 1.3 de este concepto, planteaba la sala la interpretación del término "tarifa" que también es usado por la última de las normas transcritas. Considera la Sala que esta palabra es usada por la ley, tanto para referirse a la forma de calcular los ingresos tributarios del Estado (impuestos tasas y contribuciones) como para calcular el precio de los contratos que por mandato legal son intervenidos por el Estado, en especial los de los servicios públicos, dentro de los cuales se encuentra el que celebran los terminales de transporte con los transportadores, de conformidad con la argumentación que se expone enseguida.

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

regímenes tarifarios.

Ahora bien, se tiene que los terminales son bienes de uso público que prestan un servicio conexo al también servicio público de transporte terrestre de pasajeros, por operadores que pueden ser empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta o bien sociedades particulares. Cualquiera sea la naturaleza del terminal, es claro que su función es de índole industrial, comercial o de gestión, y en principio su actividad, está sometida al derecho de los particulares.

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

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

Para ilustrar estas afirmaciones, trae a colación la Sala el cambio operado con las leyes sobre servicios públicos domiciliarios, en especial la ley 142 de 1994: antes de ésta ley, en general los servicios públicos domiciliarios se prestaban por entidades del orden municipal definidas como establecimientos públicos, existía un reglamento de suscriptores que era un acto administrativo de contenido general, el usuario pagaba una tasa por el mismo y la responsabilidad de la administración, si causaba un perjuicio al usuario, era del tipo de la extracontractual derivada de la falla del servicio. En la actualidad, los servicios públicos domiciliarios son suministrados por empresas organizadas como sociedades anónimas o empresas industriales y comerciales del Estado, la administración compite con los particulares en su prestación, la relación entre el usuario y la empresa se configura bajo la institución del contrato de condiciones uniformes, y el precio del servicio es intervenido por las Comisiones de Regulación quienes fijan las tarifas, bajo un triple régimen que va de la libertad al control total.

Aplicando lo expuesto a las empresas terminales de transporte terrestre de pasajeros, se tiene entonces que desde 1984 fueron organizadas como sociedades anónimas, bien bajo un régimen de empresa industrial o comercial, bien bajo uno de sociedad de economía mixta, por lo que, a falta de definición legal en contrario, se aplica la regla general. De esta definición del tipo de órgano que desempeña esta actividad, se desprende la calificación de la misma como industrial y comercial o de gestión económica bajo las reglas del derecho privado, por lo que la relación jurídica con los usuarios es del tipo de los contratos y no de las relaciones estatutarias ordenadas íntegramente por las leyes y los reglamentos. En este orden de ideas, las tarifas a que hace referencia la ley 336 de 1996 en comento, como la ley 105 de 1993, se refieren a los precios que pueden cobrar a los transportadores que utilizan el terminal como contraprestación de sus servicios, mas no por una tasa en el sentido tributario del término. Insiste la Sala en que el criterio que acoge para deslindar si este valor es una tasa o el precio de un contrato, es el de la naturaleza del órgano que presta el servicio, el cual determina, en principio y a falta de norma legal en contrario, la naturaleza de la actividad que desarrolla. Se reitera igualmente, que el hecho de que sea el precio de un contrato, no significa que el dinero que ingresa a las Terminales sean dineros privados, pues se está en presencia de entidades administrativas que explotan bienes de uso público bajo un régimen de empresas industriales y comerciales o de sociedades de economía mixta.

Para terminar estos comentarios a la ley 336 de 1996, en concordancia con el artículo 17 de la ley 105 de 1993, en lo relacionado con las terminales de transporte, es conveniente anotar que las reglas comentadas derogaron parcialmente el decreto especial 3157 de 1984, el que, según la tradición colombiana, tiene efectos legislativos, por lo que en lo que no se oponga a estas leyes, continúa vigente.

1.5. El decreto reglamentario 2762 de 2001.

El decreto reglamentario 2762 de 2001 "Por el cual se reglamenta la creación, habilitación, homologación y operación de los terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera" fija su objeto en su artículo 1 que dice:

"Artículo. 1 -Objeto. El presente decreto tiene como objetivo:

- a) Definir las condiciones y requisitos mínimos para la creación, habilitación y homologación de los terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera,
- b) Reglamentar la operación de la actividad transportadora que se desarrolla dentro de los terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera, y
- c) Determinar las sanciones, así como los sujetos activos y pasivos de las mismas, por el incumplimiento de las obligaciones y violación a las prohibiciones contenidas en el presente decreto. "

En el artículo final sobre vigencia, expresa:

"Artículo. 25.-Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga expresamente el Decreto 3157 de 1984 y, los acuerdos 02 de 1985, 06 de 1986 y 15 de 1992 expedidos por la junta nacional de terminales de transporte y demás disposiciones que le sean contrarias.

Advierte la Sala sobre el campo de aplicación de este decreto y en especial sobre su vigencia, que dado que en el derecho colombiano se ha aceptado que los decretos especiales dictados en ejercicio de los artículos 30, 32 y 39 de la anterior Constitución Nacional, tienen valor de normas legales, no es claro que tenga la fuerza para derogar, ni total ni parcialmente, el decreto especial 3157 de 1984. En vista de lo anterior, para el presente concepto, la Sala entiende este decreto como un reglamento de las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, y del decreto especial 3157 de 1984, en cuanto pueda estar vigente, en especial el artículo 8°, que define la naturaleza jurídica de las sociedades terminales de transporte, con la modificación introducida por el artículo 17 de la ley 105 de 1993 también comentada. Hecha esta aclaración, procede la Sala a exponer la forma como se establece la "tasa de uso" en la norma reglamentaria.

El decreto 2762 de 2001 que origina la consulta del Sr. Ministro, contempla la siguiente obligación en su artículo 13 numeral 8°, el cual hace parte del capítulo V del decreto, dedicado a las "obligaciones de las terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera", que dice:

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

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

Según se lee en la regla transcrita, los recursos con los que ha de desarrollarse esta actividad son los previstos en el artículo 12 del mismo decreto que dice:

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

Recuerda la Sala que las normas de rango legal antes citadas no utilizan la expresión tasa o tasa de uso sino la de tarifa, de manera que es el decreto reglamentario el que introduce en el derecho positivo la primera de las expresiones citadas, al regular los terminales y la fijación de los derechos que pueden cobrar por la prestación de sus servicios.

Comparando esta norma reglamentaria con las reglas transcritas en los anteriores apartados de éste recuento normativo, se tiene que la obligación que tenían las terminales de prestar los servicios auxiliares y dentro de ellos el chequeo físico de los conductores, de conformidad con el Acuerdo 003 de 1985, se transforma en la obligación para éstas de disponer de las áreas para efectuar exámenes médicos generales de aptitud física y practicar la prueba de alcoholimetría a una muestra de conductores, y de otra parte, que los recursos con los que se deben hacer estos exámenes son manejados en forma independiente de las sociedades administradoras de las terminales, esto es entre las empresas de transporte intermunicipal de pasajeros usuarias de los terminales, o a través de sus agremiaciones y los terminales de transporte en su conjunto.

Como se expondrá en el segundo punto de este concepto, el problema jurídico previo a responder las preguntas formuladas por el Sr. Ministro, consiste en dilucidar si el decreto en comento podía o no efectuar esta operación de separar de los servicios que prestan los terminales, el de los exámenes médicos a conductores, incluyendo una suerte de "tasa" que se maneja en forma independiente, como si fuera un fondo cuenta.

1.6. La resolución 2222 de 2002 por la cual se fijan las tasas de uso que deben cobrar los terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera homologados o habilitados por el Ministerio de Transporte.

La resolución 2222 de 2002, expedida por el Ministerio de Transporte, en cuanto al sistema de administración de los recursos destinados a los programas de seguridad, que se originan en la citada tasa, señala:

"Artículo segundo.- Además del valor definido en los literales a, b, c, d y e del Artículo primero de la presente Resolución, los Terminales de Transporte cobrarán a las empresas de transporte el valor de la prueba de alcoholimetría por cada despacho de origen así: \$ 600= para el año 2.002 con una cobertura del 33%, \$1.200= para el año 2.003 con cobertura del 66% y \$1.800= para el año 2.004 con cobertura del 100%. Para

enero del año 2.005 el valor de esta prueba se incrementará de acuerdo con el índice de Precios al Consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior y se continuará con el mismo procedimiento para los años siguientes teniendo una cobertura del 100%. Este valor es un componente de la tasa de uso para el desarrollo de los programas de seguridad en la operación de transporte definidos en el artículo 12 numeral 8 del Decreto No.2762 de Dic. 20 de 2.001. Estos recursos serán recaudados por el Terminal y depositados diaria e íntegramente en la cuenta que para tal efecto establezca el organismo administrador del programa, el cual será creado por las entidades gremiales nacionales del transporte terrestre intermunicipal de pasajeros ".

Esta resolución fue demandada ante la Sección Primera de éste Consejo de Estado, que en sentencia de fecha 22 de abril de 2004 la declaró ajustada a derecho. Cabe anotar que este fallo judicial se limitó a analizar los cargos formulados por el actor, que consistían en la violación del decreto reglamentario 2762 de 2001, encontrándolo en todo ajustado a la norma superior. No estudió en ese entonces la sentencia, ni la legalidad de este decreto frente a las leyes que se han comentado anteriormente, ni menos aún frente al decreto especial 2357 de 1984, puesto que los cargos en este sentido no le fueron planteados por la demanda. Por ésta razón, el examen que hará la Sala enseguida, es diferente del juicio de legalidad hecho por la Sección Primera en la sentencia citada.

2. Tasa de uso en terminales de transporte.

El problema jurídico planteado a la Sala por el Sr. Ministro. de Transporte, consiste en dilucidar cómo han de interpretarse los artículos 12 y 13 numeral 8 del decreto reglamentario 2762 de 2001 en cuanto a la entidad que debe administrar los recursos que pagan las empresas usuarias de los Terminales de Transporte, denominados por este decreto como una parte de la tasa de uso del terminal. Este problema suscita una cuestión previa ya planteada, que consiste en determinar si es posible que el Gobierno Nacional en ejercicio de la potestad reglamentaria divida el valor de los servicios de las terminales o "tasa de uso" en dos componentes, el uno meramente retributivo del servicio que prestan las sociedades terminales y el otro destinado al pago de los exámenes médicos a los conductores, temas que se estudian en este acápite.

2.1 La competencia del gobierno nacional para expedir reglamentos en materia de terminales de transporte.

Se expuso al comentar la normatividad existente sobre esta materia, que los servicios que prestan las terminales están definidos como conexos al servicio público de transporte de pasajeros por vía terrestre; que son prestados por empresas industriales y comerciales del Estado o por sociedades de economía mixta; que, a falta de norma en contrario, la relación que se genera entre el transportador usuario de la terminal y la entidad que lo administra, es de carácter contractual, y por tanto la retribución que cobra corresponde al precio del servicio y no a una tasa de carácter tributario.

De las premisas anteriores se desprende entonces que para estudiar si el gobierno nacional tiene competencia para definir o no las tarifas de estos servicios, entendidas como precio del contrato respectivo, debe buscarse en las normas sobre intervención económica y no en las normas de carácter tributario que autorizan a fijar una tasa por la utilización de un bien de uso público, pues como se dijo, la ley, al determinar la naturaleza del órgano denominado terminales de transporte terrestre, ha definido el servicio que prestan como industrial y comercial, y no como un servicio administrativo. Anota la Sala que en relación con el resto de la infraestructura vial, su construcción, conservación y administración le ha sido confiada por la ley a entidades que por definición se encargan de funciones administrativas, esto es a la Nación, y a dos establecimientos públicos nacionales (Invías e INCO); y a nivel departamental y municipal a estas entidades territoriales, de donde se desprende que la ley entiende que estos no son servicios industriales y comerciales sino que encajan dentro de la noción tradicional de funciones administrativas, y de allí la naturaleza tributaria de los peajes.

Como se ha expuesto, la potestad que tiene el gobierno nacional en materia de las tarifas que cobran las sociedades administradoras de las terminales tiene su fuente, tanto en el párrafo del artículo 17 de la ley 105 de 1993, como en el 29 de la ley 336 de 1996, según los cuales le compete al Ministerio de Transporte "La política sobre terminales en cuanto a su regulación, tarifas y control operativo " y "formular la política y fijar los criterios a tener en cuenta para la directa, controlada o libre fijación de las tarifas en cada uno de los modos de transporte. " La palabra tarifa en este caso debe ser entendida en su sentido literal, esto es como el valor del contrato de prestación de los servicios del terminal, y no como sinónimo de una tasa de carácter tributario. De acuerdo con las disposiciones legales citadas, las tarifas de los terminales pueden ser definidas por el gobierno, en forma directa, controlada, o bajo libertad de precios.

En la reseña legislativa hecha inicialmente, aparece que las sociedades administradoras de las terminales están autorizadas para cobrar por los servicios que prestan, y como es obvio, dado que la relación es contractual, entre éstas y los transportadores usuarios, el valor que cobran acrece patrimonialmente a aquéllas, pues entregan un servicio a cambio de una retribución, por lo que jurídicamente son las propietarias de estos ingresos. Es por demás claro, como se ha observado antes, que el Ministerio de Transporte tiene la regulación, el control y la vigilancia sobre la operación de estas sociedades, de donde se desprende que puede definir qué prestaciones comprende el servicio a cargo de los terminales.

Repasando bajo estas perspectivas el numeral 8 del artículo 13 del decreto reglamentario 2762 de 2001, se tiene que el Gobierno Nacional podía válidamente incluir como obligación a cargo de los terminales la de disponer de un área, equipos y personal especializado para efectuar los exámenes médicos previos al despacho de una muestra de los conductores, pues esto encaja dentro de su función reguladora, máxime que el artículo 2 de la ley 336 de 1996 antes transcrito, ordena que la seguridad sea una de las" prioridades de transporte, entendido como sistema.

Pero ni el Gobierno Nacional, ni el Ministerio de Transporte pueden ir mas allá de las competencias que se acaban de reseñar, razón por la cual, como se estudia enseguida, no podían, mediante reglamentos establecer una tasa de usos de un servicio que no prestan los terminales, ni tampoco obligar a constituir un tipo de ente, no definido, que administre los fondos destinados a estos efectos.

Igualmente se recuerda que estos ingresos son públicos, pues provienen de una actividad de servicio público prestada por entidades Administrativas, pues, aunque su actividad puede ser calificada como industrial y comercial y por lo mismo sometida al derecho privado, no por esto pierde su naturaleza ni su actividad deja de ser pública.

2.2. La falta de competencia del gobierno para ordenar un pago adicional por los exámenes médicos a los conductores.

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

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

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

Una primera pregunta que surge, está relacionada con la viabilidad jurídica de dividir la tasa de uso (que es el precio de los servicios) en dos tipos de obligaciones diferentes a cargo de los usuarios de las terminales del transporte. Se ha expuesto que el gobierno tiene la competencia para fijar las tarifas de las terminales, entendiéndose como tal el precio del contrato de prestación de servicios que se cobra a las empresas usuarias de los mismos. Es claro entonces que si la competencia reglamentaria está limitada a la fijación de estas tarifas, no encuentra la Sala que pueda ser dividida en dos partes por un simple reglamento. Tampoco puede el gobierno crear una especie de fondo cuenta con los dineros que los usuarios de las terminales paguen con destino a los exámenes médicos de la muestra representativa de conductores próximos a ser despachados, puesto que el precio del contrato se le paga al cocontratante, y mal puede un reglamento establecer, como si fuera un impuesto o una tasa de tipo tributario, un cobro adicional, con destino a una entidad no definida, para que preste este servicio.

Los apartes finales del numeral 8 del artículo 13 y del artículo 12 del decreto 2762 de 2001, obligan a dos grupos de particulares a asociarse con las sociedades administradoras de las terminales para constituir, bajo cualquier forma, una entidad ad hoc que administre los recursos destinados a estos exámenes médicos. Es claro que un decreto reglamentario no puede imponer la obligación a las "organizaciones" de transportadores, que son de naturaleza gremial, a asociarse para prestar unos servicios que posiblemente estén por fuera de su objeto social. La misma reflexión puede hacerse en relación con las empresas de transporte, aunque sobre ellas pesa la obligación de prestar el servicio en condiciones de seguridad, que es una prioridad. En este punto, y a juicio de la Sala, hay un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, y por lo mismo preferirá aplicar las normas legales por encima de los reglamentos. Considera la Sala que entre la ley que faculta al gobierno para fijar las tarifas a cargo de los usuarios por los servicios que presten las terminales, y el decreto reglamentario junto con la resolución que ordenan un pago no autorizado por la ley, debe preferirse la norma de rango legal, y dejar de aplicar las reglamentarias, en los aspectos anotados, y así lo definirá en la parte final de este concepto.

Para efectos inmediatos, y en virtud de las facultades de reglamentación y control sobre los terminales, puede el Gobierno Nacional, si lo estima conveniente, reformar en lo pertinente el decreto 2762 de 2001, conservando la administración del programa de prevención, como un servicio auxiliar que debe ser prestado y administrado por los mismos terminales, y unificar el valor de la tarifa que se cobra a los usuarios, entregándosela totalmente a las sociedades administradoras de los terminales, que como se expuso, son entidades públicas, y por lo mismo estos ingresos también lo son.

LA SALA RESPONDE

1 y 2 Como se expuso en la parte considerativa de este concepto, deben preferirse en su aplicación las normas de rango legal, frente al decreto 2762 de 2001 y la resolución 2222 de 2002, específicamente en cuanto estas últimas dividieron la tasa de uso de los terminales en dos partes, destinando una de ellas al pago de los exámenes médicos de una muestra de los conductores, y dispusieron que estos dineros se debían administrar por una entidad *ad hoc*, y que patrimonialmente no eran de las sociedades administradoras de los terminales. La Sala considera que si el Gobierno Nacional lo estima necesario, en ejercicio del poder de regulación, control y vigilancia, y con el fin de garantizar la seguridad de los usuarios del transporte, que es uno de las prioridades esenciales de estas potestades, puede aclarar la parte final tanto del artículo 12 como del numeral 8 del artículo 13 del decreto reglamentario 2762 de 2001, para que no haya duda de que la obligación de efectuar los exámenes médicos ordenados por ésta última norma, es de las sociedades administradoras de los terminales, y los dineros que se cobre por los mismos a los transportadores son uno de los elementos de las tarifas por la utilización de la totalidad de los servicios conexos que prestan.

3° Como se expuso en la parte considerativa, un decreto reglamentario no puede ordenar a un grupo de particulares a asociarse con otra persona jurídica de derecho público para constituir una nueva persona que administre unos recursos que en principio son públicos, originados en el pago de un servicio que legalmente no está a cargo de algunos de los particulares cuya asociación se ordena.

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

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

9°. A juicio de la Sala, el Gobierno Nacional carece de competencia para crear mediante reglamentos, una *tasa de uso* con una destinación especial, por lo que en este concepto aplica las normas de rango legal en las cuales no existe esa suerte de pago. Como la primera parte del numeral 8 del artículo 15 del decreto 2762 de 2001, pone en cabeza de los terminales la realización de los exámenes médicos a una muestra de los conductores próximos a ser despachados, la Sala considera que el gobierno puede aclarar este decreto para que no haya dudas de que el pago del servicio debe hacerse a aquél que lo preste.

10°. En la respuesta a las preguntas 4, 5 y 6 de este concepto, se dijo que las sociedades administradoras de los terminales eran autónomas para decidir cómo realizar los exámenes médicos a los conductores. Si lo tienen a bien, y respetando el régimen de contratación que les sea aplicable, pueden celebrar un contrato de fiducia con este fin.

11. La sentencia del Consejo de Estado citada en la pregunta que se responde, se limitó a considerar los cargos de violación a las normas superiores planteados en la demanda, y declaró ajustada a derecho la resolución 2222 de 2002, únicamente frente a los mismos. En derecho colombiano, por mandato del artículo 230 de la Constitución Política, la parte motiva de las providencias judiciales conforman la jurisprudencia sobre el tema que tratan, la cual es un criterio auxiliar de la actividad judicial, con miras a la interpretación de las normas jurídicas, de manera que no pueden tomarse las consideraciones de la sentencia citada como órdenes o mandatos a la administración.

Transcríbese al señor Ministro de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

FLAVIO A. RODRIGUEZ ARCE

LUIS FERNANDO ALVAREZ

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

AUTORIZADA LA PUBLICACIÓN CON OFICIO 7741 DEL 22-02 2006

Fecha y hora de creación: 2025-03-04 09:45:30