

CIRCULAR EXTERNA

PARA: AUTORIDADES DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE LOCALES O TERRITORIALES

DE: SUPERINTENDENTE DE TRANSPORTE

ASUNTO: REITERACIÓN CUMPLIMIENTO RÉGIMEN NORMATIVO EN EL CONTROL A TODA FORMA DE ILEGALIDAD E INFORMALIDAD

1. Facultades.

El ejercicio de inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos que en atención a lo dispuesto en el numeral 22 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia corresponden al Presidente de la República y que, conforme lo posibilita el artículo 211 de la Carta, por disposición del Legislador, contenida en el artículo 13 de la Ley 489 de 1998, forma parte de aquellas funciones que pueden ser objeto de delegación en los ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado, **corresponde en este sector desarrollarlo principalmente a la Superintendencia de Transporte y a las alcaldías municipales, distritales y áreas metropolitanas, según se ha dispuesto en el Decreto 2409 de 2018 y demás normas que reglamentan la materia.**

De tal forma, la delegación realizada al amparo de este marco regulatorio, entre otros y según se enfatiza en el numeral 1 del artículo 4 del Decreto 2409 de 2018 arriba citado, tiene por objeto encargar a la Superintendencia de Transporte las actividades de inspección, vigilancia y control de la aplicación y el cumplimiento de las normas que rigen el sistema de tránsito y transporte, con excepción de la que corresponde desplegar sobre los servicios de radio de acción metropolitano, distrital o municipal, la cual se delega a las autoridades de transporte de cada una de estas jurisdicciones en atención a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 336 de 1996 y el numeral 2 del artículo 4 del Decreto 2409 de 2018.

En la fraccionada delegación no se ha dejado de advertir que el legislador ha reconocido, en el artículo 9 de la Ley 336 de 1996, que el servicio público dentro del país tiene un alcance nacional y que existe un Sistema Nacional de Transporte que, además de las entidades que conforma el Sector, siendo la Superintendencia de Transporte una de ellas como entidad adscrita al Ministerio de Transporte¹, se encuentra integrado por *"los organismos de tránsito y transporte, ... de las entidades territoriales y demás dependencias de los sectores central o descentralizado de cualquier orden, que tengan funciones relacionadas con esta actividad"* y en virtud de ello, con la finalidad de garantizar la coordinación en el ejercicio de las competencias de inspección, vigilancia y control, se

¹ Artículo 3 del Decreto 2409 de 2018.

dispuso en el numeral 5 del artículo 7 del varias veces citado Decreto 2409 de 2018, que el despacho de la Superintendente de Transporte tiene la facultada de **"5. Dirigir, supervisar y coordinar el desarrollo de la labor de inspección, vigilancia y control en el cumplimiento de las normas relativas a la debida prestación del servicio público de transporte"**. (Énfasis propio)

La Superintendente de Transporte, en ejercicio de estas competencias ha sido reiterativa en instar a las autoridades locales a desarrollar e implementar acciones concretas, eficientes y efectivas para el control de toda forma de ilegalidad e informalidad en la prestación del servicio público de transporte desplegadas en su jurisdicción, de manera que puedan cumplir con la trascendental obligación de evitar su proliferación y contrarrestar eficazmente este fenómeno.

Atendiendo las evidencias de las gestiones desplegadas en estos asuntos, se encuentra oportuno instar nuevamente a las autoridades locales de todo el territorio nacional para que ejerzan una debida labor de control a toda forma de ilegalidad o informalidad en la prestación y contratación del servicio público de transporte, que si bien, en su condición de actividad económica, puede ser considerada materialmente como una forma de resolver necesidades de colectivos sociales, no las resuelve real o dignamente y afecta profundamente el interés general, comprometiendo la calidad de vida y el desarrollo de la población.

2. Fundamentos jurídicos.

La operación de transporte público en Colombia es un servicio público² y por demás esencial³, desarrollado bajo la suprema autoridad y control del Estado; su regulación, el control y la vigilancia se mantienen como competencias del Estado⁴. **"En síntesis, siempre que se trate de prestar un servicio de transporte, sea público o privado, dada la prevalencia del interés general sobre el particular, es imperativa la intervención estatal para reglamentar y controlar esa actividad, en procura de garantizar no sólo el pleno ejercicio de actividades inherentes a la economía o el desarrollo de la sociedad, sino principalmente para salvaguardar la seguridad tanto de los usuarios como de la comunidad"**⁵. (Énfasis propio)

En ejercicio de sus facultades de intervención en la economía y de las facultades para la regulación de los servicios públicos⁶, el legislador dispuso que ***"Las empresas interesadas***

² Inciso primero del numeral 2 del artículo 3 de la Ley 105 de 1993.

³ Inciso primero del artículo 5 y artículo 56 de la Ley 336 de 1996.

⁴ Numerales 21 y 23 del artículo 150, artículos 333, 334 y 365 de la Constitución Política de Colombia, inciso primero del numeral 2 y numeral 6 del artículo 3 de la Ley 105 de 1993 y artículo 4 de la Ley 336 de 1996, entre otros.

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-033. Expediente D-9753. (29, enero, 2014). M.P. Nilson Pinilla.

⁶ Conforme lo ha indicado la Corte Constitucional, ***"Al margen de las controversias doctrinarias sobre el paso de un "Estado interventor" a un "Estado regulador", es claro que el Constituyente de 1991 concibió la regulación en general y la regulación de los servicios públicos en particular, como un tipo de intervención estatal en la economía."*** (Sentencia C-150 de 2003) Y desde esta perspectiva, la misma corporación ya había señalado que ***"En materia de servicios públicos, la intervención***

en prestar el servicio público de transporte o constituidas para tal fin, deberán solicitar y obtener habilitación para operar”⁷ y dado que todo interesado o todo aquel constituido para prestar este servicio debe estar habilitado, es exigible a cualquier servicio público, con independencia de que el sujeto se encuentre o no habilitado, que el mismo sea prestado en vehículos previamente homologados y matriculados en este servicio, conforme se dispone en el artículo 23 de la Ley 105 de 1993, y mal haría en afirmarse que esta solo es una obligación para las empresas habilitadas.

Decantado el legislador por una intervención económica conformativa, “que establece los requisitos de existencia, formalización y funcionamiento de los actores económicos”⁸, y demandando en ella la necesidad de una autorización previa, es claro que la misma implica una prohibición del desarrollo de la actividad cuando no se ha obtenido dicha autorización. Literalmente así lo expresó la Corte Constitucional al señalar que: “De manera general puede decirse que la autorización administrativa **comporta la existencia de una prohibición previa** sobre actividades que en principio se consideran propias de los particulares”⁹; lo que permite afirmar, como efectivamente lo hizo la misma corporación, que sin la autorización requerida la actividad deviene ilegítima:

*“Las licencias, permisos o habilitaciones son actos administrativos de autorización otorgados por el Estado a los particulares, en ejercicio del poder de policía administrativa, para que, **cumplidos ciertos requisitos legales o reglamentarios que consultan las necesidades del bien común y de la seguridad pública, aquéllos desarrollen una actividad amparada por el ordenamiento jurídico**, como ocurre en el caso de los servicios públicos. Por esta razón, la **licencia, permiso o habilitación constituye el título sin el cual la actividad desplegada por el particular deviene ilegítima.**”¹⁰ (Énfasis propio).*

Es claro que se podría interpelar, advirtiendo que si bien el Estado cuenta con facultades para regular el servicio de transporte, tanto público como privado, estas exigencias atrás comentadas y relativas a las autorizaciones previas requeridas y las condiciones impuestas normativamente a los vehículos con los que el servicio será operado, son disposiciones relativas a los servicios públicos, no a los privados. Y podría abrirse una profunda discusión sobre los alcances de la noción de servicio privado de transporte¹¹, pero para la aplicación de la regulación citada, no necesitamos saber qué es el servicio

*económica adquiere una finalidad específica **-asegurar la satisfacción de necesidades básicas que se logra con su prestación-** y tiene un **soporte constitucional expreso en el artículo 334 de la Carta**. Pero, adicionalmente, en tal materia el Estado dispone de especiales competencias de regulación, control y vigilancia, pues tal prestación se considera inherente a la finalidad social del Estado...”* (Sentencia C-615 de 2012). Para el legislador, expresamente las facultades se encuentran contenidas en los numerales 21 y 23 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia.

⁷ Inciso primero del artículo 11 de la Ley 336 de 1996.

⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150. Expediente D-4194. (25, febrero, 2003). M.P. Manuel Cepeda.

⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1078. Expediente D-4095. (5, diciembre, 2002) M.P. Rodrigo Gil.

¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-043. Expediente D-1754. (25, febrero, 1998). M.P. Vladimiro Naranjo.

¹¹ Véase, por ejemplo: LÓPEZ GÓMEZ, Andrés Felipe. El servicio privado de transporte: una propuesta de reinterpretación. En: *Revista Derecho del Estado*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2022, nro. 51, p. 261–311. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n51.09>.

privado de transporte, pues basta con definir lo que no es servicio privado, tarea que resulta mucho más acotada y que curiosamente se desarrolla a partir de la definición misma de servicio privado:

“(…)

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...”

Conforme lo anterior, un transporte que se ofrece¹² para satisfacer necesidades de terceros es un transporte público y, por ende, su operación es un servicio público cuando los usuarios que se dirige a atender no forman parte del ámbito de las actividades exclusivas del sujeto que lo despliega. Así, conforme la regulación vigente, no es un servicio privado y, por ende, será público¹³, aquel servicio de transporte ofrecido a la comunidad en general; este solo podrá ser desplegado por sujetos previamente habilitados y en vehículos matriculados en el servicio público.

En ese orden de ideas, correspondiendo a las diferentes autoridades la inspección, vigilancia y control del servicio de transporte en su jurisdicción, es claro que el ejercicio de estas funciones implica y exige controlar que todo aquel que lo despliegue ostente efectivamente la autorización respectiva y lo desarrolle en vehículos matriculados en el servicio público debidamente homologados.

3. Orientaciones.

De cara al control a toda forma de ilegalidad o informalidad, la Superintendencia de Transporte ha expedido las Circulares Nos. 13 del 09 de julio de 2014 y 24 del 30 de diciembre de 2014, en las cuales solicita e insta a las autoridades de tránsito y transporte en la aplicación de medidas tendientes a la inmovilización de vehículos de servicio público y particular que presten servicio no autorizado y adelantar las investigaciones administrativas e imponer las sanciones a que haya lugar. Así mismo, mediante la Circular Externa No. 015 del 20 noviembre de 2020, conmina a las Autoridades, Organismos de Tránsito y Entidades del Sistema Nacional de Transporte a actualizar el Plan Estratégico de Vigilancia y Control del Cumplimiento de las Normas de Transporte y Tránsito, imponiendo las sanciones que sean procedentes tanto del régimen de tránsito, como de transporte, cuando se identifiquen conductas que infrinjan estos regímenes¹⁴.

¹² A cambio de una remuneración o como accesorio de un acto de comercio de conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 3 de la Ley 105 de 1993 y en el artículo 995 del Código de Comercio.

¹³ No predicable una falacia de falsa oposición, dado que, normativamente, el servicio es público o es privado. Para una claridad sobre la división, véase la Sentencia C-066 de 1998 de la Corte Constitucional.

¹⁴ Esta Superintendencia, además de las ya mencionadas, mediante la Circular 000009 del 25 de julio de 2007, expidió una serie de recomendaciones para el control del mototaxismo, dentro de la cual solicitaba la implementación de restricciones a la circulación de motocicletas. Igualmente, a través de las Circulares 69, 71, 72, 74, 75 y 77 de 2017 y 10 y 11 de 2018, implementó la campaña #muevetelegal, con la que se busca desestimular el uso del transporte informal y en la Circular 08 de 2017 adoptó los indicadores de las acciones para el control de la informalidad y la ilegalidad, como mecanismo para hacer el seguimiento del cumplimiento de las funciones de control que corresponde a los Organismo de Tránsito.

Mediante la Resolución 3443 de 2016 del Ministerio de Transporte, *"Por la cual se dictan lineamientos para el control del cumplimiento de las normas que rigen la actividad transportadora"*, esta entidad igualmente dispuso líneas de política para el control del cumplimiento de las normas que rigen la actividad transportadora y señaló en su artículo primero que **"Todas las entidades del sector transporte deberán aunar esfuerzos para apoyar a las entidades que tienen a cargo el control del cumplimiento, para garantizar la eficiencia de las acciones de supervisión, inspección, control y vigilancia"**.

La proliferación del fenómeno de ilegalidad o informalidad o su masificación, no son excusa alguna para el cumplimiento de las obligaciones de los funcionarios públicos y la autoridad de transporte, todo lo contrario, opera como un indicador de la necesidad, pero, sobre todo, de la exigibilidad de acciones mucho más concretas, estructuradas e integrales en el ejercicio de las labores de inspección, vigilancia y control que les corresponden.

Así lo entendió el Consejo de Estado en un pronunciamiento que, por su relevancia, bien vale la pena sacrificar la brevedad y transcribirlo *in extenso*:

"Se pudo establecer la capacidad de la actora para recibir hasta de 210 vehículos con un mínimo de 175 y que el número de automotores afiliados a la fecha de elaboración del dictamen, era de 130. Se concluyó así en la experticia un déficit de vehículos afiliados atribuido al transporte ilegal.

(...)

3.9 El Distrito demandado allegó los decretos expedidos con el fin de contrarrestar la proliferación del transporte ilegal (Decreto 019 de 2007, Decreto 038 de 2007, Decreto 067 de 2007, Decreto 102 de 2007 Decreto 204 de 2007, Decreto 267 de 2007, Decreto 238 de 2006, Decreto 245 (año ilegible), Decreto 043 de 2008, Decreto 150 de 2008 Decreto 437 de 2008, Decreto 275 de 2008, Decreto 214 de 2008, Decreto 508 de 2008, Decreto 501 de 2008, Decreto 063 de 2009).

3.10 Se conocen los planes de aplicación por parte de la Policía Nacional de los decretos expedidos por el gobierno distrital, con el efecto de controlar la prestación ilegal del servicio de transporte, consistente en la instalación de retenes, horarios de

Así mismo, en relación con esta creciente problemática y las acciones que exige, se ha pronunciado el Ministerio de Transporte mediante el Memorando 20134000074321 del 28 de febrero de 2013 y las Circulares 20144000000781 del 3 de enero de 2014, 20144000252931 del 21 de julio de 2014, 20161100137321 del 17 de marzo de 2016, 20164100264971 del 14 de junio del 2016, dirigidas a las autoridades de control y recordando en ellas la importancia de los controles, las herramientas que para el efecto existen y la vigilancia que sobre sus acciones corresponde a la Superintendencia de Transporte.

La Procuraduría General de la Nación por su parte, se pronunció mediante Circular Externa 015 del 8 de septiembre de 2017, indicando que *"Es deber de todas las autoridades de tránsito y transporte asumir sus competencias, expedir la reglamentación que corresponda, actuar de manera coordinada y obtener los resultados en materia de cumplimiento de la Ley"*.

operación y sectores controlados. Los operativos relacionados con el control del mototaxismo se llevaron a cabo los días 15 al 29 de julio de 2007, 5, 6, 10 al 24, 29 y 30 de marzo de 2008, 12 de abril de 2008, la semana del 12 al 18 de mayo de 2008, la semana del 19 al 25 de mayo de 2008, septiembre de 2008, 6 al 12 de octubre de 2008, 3 al 9 de noviembre de 2008, el 27 de enero y 1º de agosto de 2009. Se desconoce la naturaleza de las infracciones impuestas por las autoridades policiales y registradas en los demás informes o no están relacionadas con el servicio de transporte ofrecido irregularmente.

...

Por otro lado, tal como se desprende del material probatorio allegado al infolio, con ocasión de las dificultades económicas que atraviesan diversos grupos poblacionales y ante las apremiantes necesidades pendientes de satisfacción, el transporte público irregular se mostró como una opción para obtener ingresos, al punto que su proliferación fue generalizada en varias regiones del país.

Las Alcaldías de Valledupar, Montería y el Distrito de Cartagena allegaron a este asunto distintos elementos normativos mediante los cuales procuraron controlar y sancionar a aquellos que prestaban, ilegalmente, el servicio de transporte en distintas rutas de sus localidades, circunstancia que demuestra que **este servicio se prestaba generalizadamente y el servicio irregular fue aprehendido por las comunidades** (ver párr. 3.11).

Ello no implica, de suyo, **que pueda desobedecerse o inobservarse el ordenamiento jurídico con base en una conducta irregular y generalizada, sino que, ante la ilegalidad, las autoridades deben encaminar sus potestades al efectivo cumplimiento de las normas**, como se indicó en párrafos precedentes. Así, la Alcaldía, en ejercicio de su calidad de primera autoridad administrativa y policial del distrito, tenía a su cargo controlar esta práctica, por ser contraria a la norma.

Por ello, considerar que la costumbre aprehendida por los usuarios de este tipo de transporte o la asociación entre conductores no autorizados legitiman la actuación no tiene asidero, en cuanto, como se sabe, la costumbre contra legem se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, así, no puede concluirse que la misma es creadora de derechos o que, por su existencia generalizada, no permite aplicar los correctivos y sanciones previstos en la norma.

Es así que, ante la generalización del transporte irregular, ampliamente conocida por ciudadanos y autoridades, **DEBIERON ENFILARSE TODOS LOS ESFUERZOS a sancionar a quienes lo llevaban a cabo, así como a garantizar que solo aquellos quienes contaban con el correspondiente permiso fueran quienes prestaran el servicio público** y, así mismo, obtuvieran provecho económico de la actividad.

(...)

Así las cosas, el esfuerzo del distrito fue insuficiente. Ello se encuentra probado, pues en ejercicio de la potestad reglamentaria, se establecieron medidas y sanciones en contra de quienes transportaran pasajeros de manera irregular, concretamente mediante el Decreto 238 de 2006 (ver párr. 3.9), pero estas no cumplieron con su objetivo y fueron insuficientes ante la masividad de la práctica, pues los daños no cesaron con su adopción.

(...)

*se tiene, entonces que el daño alegado en la demanda sí es imputable al Distrito de Santa Marta, pues en su calidad de primera autoridad policiva y administrativa del territorio, debió cumplir sus funciones de control y vigilancia del transporte público en la ciudad, (...) **toda vez que no mitigó ni controló EFECTIVAMENTE esta práctica que produjo consecuencias adversas en la operación...**¹⁵. (Énfasis propio)*

Es claro y resulta necesario que decididamente se comprometan y fortalezcan las actividades de control, aplicando las normas que regulan la materia, y que se tenga plena conciencia de que las dimensiones de la problemática no excusan la falta de control, por el contrario, su magnitud resulta en una razón, como se ha visto en el antecedente, para que el compromiso de la autoridad de inspección, vigilancia y control se exija más evidente y robusto.

De tal manera, si bien el artículo 131 de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 21 de la Ley 1383 de 2010, en su literal D.12., posibilita la inmovilización de vehículos particulares que se destinen a la prestación del servicio público y la imposición de una multa de treinta (30) salarios mínimos legales diarios vigentes al conductor, la magnitud del problema obliga a que el uso de este instrumento de control de cumplimiento normativo sea evidente y profuso, pero, sobre todo, a que no se limiten a él las estrategias para hacer frente al fenómeno.

Recuérdese que, conforme lo enfatizaba la Corte Constitucional en la Sentencia C-144 de 2009,

“El transporte terrestre es una actividad social y económica que facilita la realización del derecho de libre movimiento y circulación, así como de derechos vinculados con la libertad económica y la iniciativa privada relacionada con la prestación del servicio público de transporte. Su ejercicio arriesga derechos fundamentales de los ciudadanos a la vida, la integridad y la seguridad, por el peligro que entraña la movilización a través de vehículos - velocidad de la movilización y contundencia de los mismos -. También impacta en derechos

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación número: 47001-23-31-000-2007-00303-01(39603). (23, mayo, 2018). Bogotá, D.C.

colectivos como el medio ambiente y el uso del espacio público (vgr. vías, calles, bahías, publicidad exterior, contaminación del aire, etc.)."

Si se consideran estas implicaciones, se puede interiorizar adecuadamente la afirmación realizada por la Corte Constitucional, cuando indicaba en la Sentencia C-043 de 1998 que:

"La ultima-ratio de las autorizaciones o habilitaciones reside entonces en la obligación que tiene el Estado de proteger los intereses de la comunidad, de los posibles perjuicios que la ejecución indiscriminada e incontrolada de la actividad de los particulares pudiera generarle".

De esta manera, podemos decir que la proliferación del transporte informal e ilegal, que pareciera tener la ventaja de propiciar la libertad de empresa y garantizar una mayor disponibilidad del servicio a los usuarios, realmente compromete importantes valores constitucionales y pone en riesgo la adecuada satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado. Así, lo que aparentaría ser una ventaja y, en este sentido, ser defendida por prestadores de servicios sin autorización y usuarios que no conciben el riesgo que implica la actividad y las consecuencias negativas que sobre la movilidad en general proyectan estas actividades irregulares, es tan solo una manifestación evidente de una tarea deficiente, inconclusa o pendiente de las autoridades públicas en: i) La configuración de un contexto social y económico que brinde verdaderas oportunidades a los ciudadanos, ii) En la configuración, mediante decisiones de organización del transporte, de un servicio público formal que permitan satisfacer adecuadamente las necesidades de movilización de los usuarios y iii). En materia de control por parte de las autoridades de inspección, vigilancia y control, el que, en el mejor de los casos, ha sido insuficiente.

Dentro de las acciones de la autoridad de transporte es fundamental no dejar de recurrir al recurso configurado por el literal e del artículo 46 de la Ley 336 de 1996, de conformidad con el cual, las multas procederán **"En todos los demás casos de conductas que no tengan asignadas una sanción específica y constituyan violación a las normas del transporte", siendo evidente que el principio de tipicidad y de legalidad,** flexibilizado en el derecho administrativo, bien permite que la conducta de alguna manera pueda ser determinada mediante la reconducción del comportamiento a la transgresión de disposiciones legales. En esta dirección se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la cual, haciendo un recuento de la jurisprudencia constitucional y de la jurisdicción Contenciosa Administrativa, señaló:

"En la tipificación de las infracciones, podrán preverse normas en "blanco" o incompletas, que no pueden ser entendidas como un "cheque en blanco" para ser llenado a voluntad por la Administración. Los tipos sancionatorios en "blanco" o

incompletos se aceptan bajo remisiones normativas precisas o criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta¹⁶. (Énfasis propio)

Como tipo en blanco, la constitucionalidad del literal e del inciso primero del artículo 46 de la Ley 336 de 1996, de conformidad con el cual será sancionada con multa "...conductas que no tengan asignada una sanción específica y constituyan violación a las normas del transporte", fue declarada por la Corte Constitucional, la que al estudiar la norma en cuestión, concluyó:

"Hay que entender que las violaciones que en este literal se sancionan son todas las infracciones de las normas de transporte, diferentes a las expresamente señaladas en el mismo artículo 46. No se quebranta, pues, el principio de legalidad de la pena.

Se advierte, sin embargo, que las sanciones, dentro de la escala prevista en el artículo 46, deben ser razonables y proporcionales a la violación.

*Así, se declarará exequible esta norma*¹⁷.

Como ejemplos que darían lugar a la aplicación del literal e, pueden citarse los contenidos en el inciso 5 del numeral 6 del artículo 3 de la Ley 105 de 1993 y los artículos 11, 13, 23 y 26 de la Ley 336, entre otros, los cuales disponen, en su orden:

- *"El transporte de carga será prestado por personas naturales o jurídicas debidamente autorizadas por las autoridades y el Gobierno Nacional regulará su funcionamiento"*
- *"Las empresas interesadas en prestar el servicio público de transporte o constituidas para tal fin, deberán solicitar y obtener habilitación para operar".*
- *"La habilitación es intransferible a cualquier título. En consecuencia, los beneficiarios de la misma no podrán celebrar o ejecutar acto alguno que, de cualquier manera, implique que la actividad transportadora se desarrolle por persona diferente a la que inicialmente le fue concedida, salvo los derechos sucesorales".*
- *"Las empresas habilitadas para la prestación del servicio público de transporte sólo podrán hacerlo con equipos matriculados o registrados para dicho servicio, previamente homologados ante el Ministerio de Transporte, sus entidades adscritas, vinculadas o con relación de coordinación y que cumplan con las especificaciones y requisitos técnicos de acuerdo con la infraestructura de cada Modo de transporte".*

¹⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Radicación No. 11001-03-06-000-2018-00217-00(2403). (5, marzo, 2019). C.P. Germán Alberto Bula Escobar. Bogotá, D.C. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/218/11001-03-06-000-2018-00217-00.pdf>

¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-490. Expediente D-1621. (02, octubre, 1997). M.P. JORGE ARANGO MEJÍA. En: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-490-97.htm>.

- *"Todo equipo destinado al transporte público deberá contar con los documentos exigidos por las disposiciones correspondientes para prestar el servicio de que se trate".*

Cualquier conducta que contravenga lo dispuesto en los ejemplos anteriores deberá ser sancionada por la autoridad de inspección, vigilancia y control de la modalidad y jurisdicción correspondiente, con base en el literal e del artículo 46 de la Ley 336 de 1996 y la graduación que en el mismo artículo se establece, con previo agotamiento del procedimiento administrativo sancionatorio establecido en el artículo 50 y siguientes de la misma disposición.

Así las cosas, **esta Superintendencia exhorta nuevamente a las autoridades de transporte y tránsito al cumplimiento de sus funciones de inspección, control y vigilancia, en coordinación con el cuerpo de control operativo y policivo, adelantando las acciones pertinentes que velen por el cumplimiento de las normas de tránsito y transporte**, por la adecuada prestación del servicio público de transporte e impidan todas las operaciones que se den bajo la informalidad e ilegalidad que afecten este servicio público esencial y a la construcción y despliegue de estrategias integrales y transversales que permitan evidenciar resultados en la gestión o, cuando menos, que permitan advertir que en su jurisdicción se asume el control de la informalidad e ilegalidad en el transporte con la importancia y prioridad que exige la magnitud y la tendencia del fenómeno, pero sobre todo, que exigen sus consecuencias adversas a la seguridad de las personas y a la calidad de vida en el territorio.

4. Distinciones adicionales

De cara a la implementación de las diferentes herramientas que permiten hacer frente al fenómeno de la informalidad o ilegalidad en la prestación del servicio de transporte, debe distinguirse, pues se ha prestado para algunas confusiones, entre la medida contenida en el literal D.12 del artículo 131 de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 21 de la Ley 1383 de 2010, y la contenida en el literal e del artículo 49 de la Ley 336 de 1996, particularmente en la segunda de las causales de inmovilización en el literal contenidas.

La claridad requiere inicialmente la distinción entre el tránsito, por un lado, y el transporte como servicio, por el otro. Ambas actividades, desplegadas en vehículos automotores, implican el desplazamiento tanto del vehículo como de sus ocupantes y en ambas actividades el vehículo y sus ocupantes cambian a causa de su movimiento la ubicación espacial; podríamos decir entonces que todo el que transita se transporta y todo el que se transporta, de una u otra manera, transita.

Aparentemente, cabría afirmar la equivalencia de estos conceptos, pues hacen referencia a una misma actividad; sin embargo, como elementos del fenómeno movimiento, pueden ser aislados con facilidad sin cambiar la aproximación: el tránsito hace al desplazamiento

de los cuerpos y el transporte a su cambio de ubicación. En este sentido, se configuran objetos de regulación que se dirigen a la protección de intereses jurídicos independientes.

De tal suerte, por ejemplo, mientras la regulación del tránsito busca regular las condiciones que se deben observar en los desplazamientos, la regulación del transporte indica cuándo un sujeto puede desplegar como actividad económica la prestación de servicios de transporte. Dicho brevemente, mientras en el tránsito se regula la circulación, en el transporte el objeto de regulación son las condiciones de ofrecimiento del servicio de transporte, entre otras, con la finalidad de exigir condiciones de idoneidad y capacidad que contribuyan a la segura prestación del servicio.

Estos pueden verse con facilidad en la Sentencia C-144 de 2009, dentro del mismo aparte arriba citado y en cual la Corte Constitucional indicaba:

“El transporte terrestre es una actividad social y económica que facilita la realización del derecho de libre movimiento y circulación, así como de derechos vinculados con la libertad económica y la iniciativa privada relacionada con la prestación del servicio público de transporte. Su ejercicio arriesga derechos fundamentales de los ciudadanos a la vida, la integridad y la seguridad, por el peligro que entraña la movilización a través de vehículos - velocidad de la movilización y contundencia de los mismos -. También impacta en derechos colectivos como el medio ambiente y el uso del espacio público (vgr. vías, calles, bahías, publicidad exterior, contaminación del aire, etc.). Como consecuencia de ello, es objeto de una fuerte regulación por el Legislador, al punto tal de que la Corte ha reconocido que es “legítima una amplia intervención policiva del Estado [en estas materias], con el fin de garantizar el orden, y proteger los derechos” de los ciudadanos”.

Concurren en la actividad, como se deja con claridad observar en el antecedente citado, diferentes intereses dignos de tutela, la cual se proporciona por diferentes regímenes jurídicos. En los aspectos económicos, por ejemplo, tratándose de un servicio público que por mandato constitucional debe ser eficiente, el Consejo de Estado indicó:

“la capacidad transportadora, tanto de las empresas como la global, sólo puede obedecer a las necesidades de movilización que se determinen técnicamente...”

(...)

*Además, es necesario agregar que toda la temática sobre la capacidad transportadora está sustentada sobre el presupuesto según el cual las empresas **solo deben prestar el servicio con los vehículos legal y estrictamente requeridos para ello, consideración que excluye categóricamente el concepto de “sobreoferta” y que explica la necesidad de eliminarla en beneficio de la racionalización del***

parque automotor y de la calidad del servicio. Este criterio inequívocamente se desprende de lo dispuesto por el artículo 42 del Decreto 170 de 2001: “La capacidad transportadora es el número de vehículos requeridos y exigidos para la adecuada y racional prestación de los servicios autorizados”¹⁸

En este contexto, nótese que el literal D.12. del artículo 131 de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 21 de la Ley 1383 de 2010, en armonía con lo dispuesto en los artículos 134 y siguientes de la misma Ley, **faculta a los organismos de tránsito para imponer la sanción señalada en el literal indicado, cuando “sin la debida autorización, se destine a un servicio diferente de aquel para el cual tiene licencia de tránsito”**. Téngase presente que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 769 de 2002 y el anexo 40 de la Resolución 45295 del 4 de agosto de 2022, las clases de servicio son particular, público, diplomático y oficial.

Por otro lado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 984 del Código de Comercio, el inciso segundo del numeral 6 del artículo 3 de la Ley 105 de 1993 y el artículo 11 de la Ley 336 de 1996, el transporte solo puede ser prestado por personas autorizadas, con la capacidad transportadora que le ha sido asignada, según señala el artículo 22 y 23 de la Ley 336 de 1996. De manera que el literal e del artículo 49 introduce como infracción precisamente el hecho de que “...se compruebe que preste un servicio no autorizado”. En estos casos, de la infracción, al tenor de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 336 de 1996, corresponderá conocer a la autoridad de transporte de la jurisdicción y no a la autoridad de tránsito.

Se evidencia que, mientras la norma de tránsito sanciona el cambio de destinación del vehículo¹⁹, la norma de transporte sanciona la prestación del servicio público de transporte sin autorización. La primera es una conducta que corresponde conocer y sancionar a la autoridad de tránsito y la segunda es una infracción que deberá ser sancionada por la autoridad de transporte.

A su vez, es evidente que no toda infracción al tránsito es una infracción al transporte, como cuando un vehículo de servicio público es destinado al servicio particular, evento en el que se configura la infracción de que trata el literal D.12 del artículo 131 de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 21 de la Ley 769 de 2002, y no se configura la infracción de transporte del literal e del artículo 49 de la Ley 336 de 1996, o el caso en el que un vehículo de servicio público es destinado a la prestación de un servicio público para el que no se encuentra autorizado, como sería el caso, por ejemplo, de un vehículo de transporte urbano que es destinado a la prestación del servicio público de transporte terrestre de pasajeros por carretera, supuesto de hecho en el cual si bien procede la sanción de que trata el literal e mencionado, no procede la infracción de tránsito de que trata la norma de

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia 83402. Radicación No. 2500023240002003 00 83402. (26, abril, 2007). Bogotá, D.C.

¹⁹ Literal D.12. del artículo 131 de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 21 de la Ley 1383 de 2010.

tránsito ya mencionada.

Ahora, frente a los casos en que con una conducta se infringe las dos normas, como sería el caso de un vehículo particular que presta un servicio público sin la autorización correspondiente, es pertinente citar la Sentencia C-914 de 2013, en la cual la corporación indicó:

*"... ha manifestado la Corte que la prohibición de doble enjuiciamiento es compatible con diversas investigaciones y sanciones, cuando estas tengan **distintos fundamentos normativos, finalidades, y alcances de la sanción**. Esta consideración constituye un **desarrollo más amplio de la identidad de causa**, a la vez que plantea la necesidad de revisar la naturaleza de la sanción como presupuesto para evaluar si una medida legislativa desconoce el principio non bis in ídem.*

*Ahora bien, como lo indicó la Corte en sentencia C-870 de 2002, reiterada en la decisión C-121 de 2012, la identidad de causa puede desvirtuarse desde diversas orientaciones; concretamente, "la causa de los juzgamientos concurrentes es distinguible cuando difieren la naturaleza jurídica de las sanciones, **su finalidad, el bien jurídico tutelado, la norma que se confronta con el comportamiento sancionable o la jurisdicción que impone la sanción**".*

34. Finalmente, en la reciente sentencia C-434 de 2013, la Corporación estudió la creación de una inhabilidad para contratar impuesta a los interventores, por omisión en el deber de informar a la entidad contratante sobre el incumplimiento del contrato, o hechos tipificados como conductas punibles, prevista en el artículo 84 del Estatuto Anticorrupción (Ley 1441 de 2011).

*El cargo de la demandada planteaba una eventual violación al non bis in ídem, considerando que el deber de denuncia podría dar lugar a la imposición de sanciones disciplinarias a los interventores (artículo 48, numeral 34, de la Ley 734 de 2001). La Corporación **no encontró que se configurara identidad de causa** en aquella oportunidad, pues el Código Disciplinario Único defiende el adecuado funcionamiento de la función pública, mientras la disposición acusada se circunscribía al ámbito de la contratación con el Estado, **lo que hacía diferenciables sus fines y propósitos**.*

*35. Sin embargo, constató que las disposiciones citadas **sí prevenían una circunstancia jurídica similar que podría afectar a las mismas personas**, por lo que decidió declarar la constitucionalidad de la norma "en el entendido que, en caso de concurrencia de sanciones de inhabilidad para contratar con el Estado, solo tendrá aplicación la más alta, siempre y cuando se hayan impuesto por el mismo hecho".*

(...)

36. Un elemento central de esa decisión se encuentra en la consideración según la cual si bien **podría establecerse una diferenciación entre la causa de ambas inhabilidades, estas sí afectaban el principio non bis in ídem al permitir que se impusiera una sanción de idéntica naturaleza jurídica a una sola persona, por hechos idénticos, aspecto que fue determinante para el condicionamiento citado.**

Conforme el antecedente, se advierte que las sanciones al tránsito y al transporte descritas, impuestas a una misma persona, no representarían en principio una violación del principio constitucional *non bis in ídem*, en la medida que difieren en "**su finalidad, el bien jurídico tutelado, la norma que se confronta con el comportamiento sancionable o la jurisdicción que impone la sanción**"; sin embargo, al prever ambas, a pesar de su diferencia de causa, una sanción de idéntica naturaleza a una sola persona, se procede por la corporación a determinar que, en los casos en que resulten concurrentes las sanciones, solo tendrá aplicación la más alta.

En el caso particular, tratándose de dos autoridades diferentes a las que corresponde la investigación y sanción de la conducta, cada una de ellas deberá observar, en su respectiva decisión, la regla reflejada en la jurisprudencia citada, pues solo se podrá imponer la sanción más alta que corresponda y no las dos. En este sentido, si la más alta es la segunda, de la misma se deberá descontar el valor o el tiempo de inmovilización ya cumplido a órdenes de la autoridad que impuso la sanción previa.

5. Conclusiones.

- i. **El servicio público de transporte es regulado, vigilado y controlado por el Estado, en cuanto a través de este se busca garantizar la materialización de los fines constitucionalmente establecidos y para ello, el legislador ha exigido que sea prestado por empresas legalmente constituidas y debidamente habilitadas por las autoridades competentes, con vehículos homologados y registrados en dicho servicio.**
- ii. **Corresponde a las autoridades de tránsito y transporte aplicar el régimen legal según la modalidad a su cargo, en cumplimiento de sus funciones de inspección, control y vigilancia.**
- iii. **La dimensión del fenómeno de ilegalidad e informalidad, no es un elemento que permita entender exoneradas del cumplimiento de sus responsabilidades a las diferentes autoridades, por el contrario, es un elemento que obliga una valoración mucho más estricta de la suficiencia de sus acciones.**

- iv. **La diligencia y el adecuado cumplimiento de las responsabilidades de las autoridades de inspección, vigilancia y control no se mide a partir de la cantidad o intensidad de las acciones desplegadas, sino a partir de la corroboración del despliegue de todas las acciones que se encontraban a su disposición. En otras evaluaciones de la conducta, las acciones efectivamente desplegadas, resultando, por el contrario, principalmente relevante el análisis de las acciones o instrumentos a disposición de la autoridad y su efectivo uso.**

Podrán ser muchas las acciones y muy intensas, pero si resultan ineficaces y se disponía de otras herramientas de las cuales no se dio uso por la administración, su conducta configura una omisión.

- v. **Es preciso que las autoridades locales apliquen todas las sanciones a que haya lugar tanto en materia de tránsito como en materia de transporte, atendiendo la conducta infringida y el sujeto infractor, trátense de empresas de transporte, propietarios, conductores, así como a todos aquellos que presten un servicio no autorizado o en vehículos no homologados.**
- vi. **Es necesario enfatizar que quien ejerza la función de autoridad, al momento de emitir su decisión, debe dar aplicación a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y graduación, según la afectación del servicio y el impacto en los intereses jurídicos tutelados y en el interés general.**

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE,

Dada en Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de marzo de 2023

AYDA LUCY OSPINA ARIAS
Superintendente de Transporte