

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las catorce horas con quince minutos del día cinco de junio de dos mil diecinueve.

El presente proceso ha sido iniciado por los ciudadanos Genaro Isaac Ramírez Barrera, José Arturo Barrera Rivas, Juan Pablo Álvarez, Martín Baudilio Mejía, Roberto Orlando Pérez Soriano y Wilfredo Guevara Melgar, con el propósito de que se declare la inconstitucionalidad, por vicios de contenido, de los arts. 5 n° 1, 2, 3, 4, 5, 8, 23, 25, 27, 42, 43, 44, 45, 48, 49 y 57; 11 n° 10 y 12; 74; 75 n° 1 letra g y n° 2 letras a, b, y g, e incs. 2° y final; 77 inc. final; 79 inc. final; y 156 inc. final, todos del Reglamento General de Transporte Terrestre (RGTT), contenido en el Decreto Ejecutivo n° 35, de 14 de febrero de 2002, publicado en el Diario Oficial n° 32, tomo 354, de 15 de febrero de 2002; *reformado* mediante Decreto Ejecutivo n° 84, de 1 de diciembre de 2014, publicado en el Diario Oficial n° 224, tomo 405, de 1 de diciembre de 2014, por la supuesta vulneración a los arts. 1 inc. 1°, 3 inc. 1°, 86 inc. 1°, 120, 131 ord. 5° y 246 inc. 1° Cn.

Han intervenido en el proceso los demandantes, el presidente de la república, la Asamblea Legislativa, el fiscal general de la república y, en calidad de tercero, el ministro de obras públicas, transporte, vivienda y desarrollo urbano.

Analizados los argumentos y considerando:

I. Objeto de control.

Los demandantes impugnaron los arts. 5 n° 1, 2, 3, 4, 5, 8, 23, 25, 27, 42, 43, 44, 45, 48, 49 y 57; 11 n° 10 y 12; 74; 75 n° 1 letra g y n° 2 letras a, b, y g, e incs. 2° y final; 77 inc. final; 79 inc. final; y 156 inc. final RGTT, porque aparentemente esos habían sido el fundamento normativo del acto contra el cual dirigieron la pretensión. Sin embargo, por auto de 12 de agosto de 2015, emitido en este proceso, la demanda se declaró inadmisibile en relación con el art. 5 n° 3 y 27; art. 11 n° 10 y 12; y 74 y 75 n° 1 letra g, y n° 2 letras a, b y g, e incs. 2° y final RGTT, porque no se indicó los artículos de la Constitución que habrían sido vulnerados por tales preceptos. Además, se declaró improcedente en torno al art. 5 n° 2, 8, 25 y 57, y art. 156 inc. final RGTT, por la violación del art. 86 inc. 1°, 131 ord. 5° y 246 inc. 1° Cn., ya que estos preceptos constitucionales no regulan una reserva de ley; sobre el art. 5 n° 4 y 5, art. 77 inc. final y art. 79 inc. final RGTT, por la transgresión al art. 1 inc. 1° Cn., debido a que no se aportó argumentos para el fundamento material de la pretensión; con respecto al art. 5 n° 1, 23, 42, 43, 44, 48 y 49

RGTT, por vulneración a los arts. 86 inc. 1° y 131 ord. 5° Cn., puesto que estas disposiciones constitucionales no establecen una reserva de ley en materia de prestación de servicio público de transporte de pasajeros; y el art. 5 n° 4 y 5; art. 77 inc. final; y art. 79 inc. final RGTT, por la violación al art. 3 inc. 1° Cn., pues se propuso un término de comparación inidóneo.

En consecuencia, la demanda se admitió para enjuiciar la constitucionalidad de los arts. 5 n° 2, 8, 25 y 57, y art. 156 inc. final RGTT. Durante el desarrollo del proceso, el presidente de la República sostuvo en su informe que la cobertura legal de los preceptos reglamentarios con respecto a los que la demanda se admitió eran los arts. 41 y 43 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (LTTTSV), de modo que el control se extendió también a estos últimos, así como a las decisiones que ordenaron o habilitaron la segregación de carriles y la instalación de terminales o estaciones, ambas, en una vía pública, sin que se haya verificado una concesión legislativa; y particularmente al préstamo n° 2572/0C-ES (celebrado entre El Salvador y el Banco Interamericano de Desarrollo, por un monto de \$45 000 000, para cooperar en la ejecución de un programa de transporte del área metropolitana de San Salvador; préstamo aprobado por la Asamblea Legislativa, mediante Decreto Legislativo n° 992, de 25 de enero de 2012, publicado en el Diario Oficial n° 18, tomo 394, de 27 de enero de 2012) y a la resolución de las nueve horas del 16 de abril de 2015, emitida por director general de tránsito. El parámetro con base en el cual se llevaría a cabo el control constitucional de todas estas normas jurídicas y actos normativos es el art. 120 Cn., que exige autorización legislativa a las concesiones que otorgue el Estado para la explotación de muelles, ferrocarriles, canales u otras obras materiales de uso público.

De ahí que el texto de las normas jurídicas y actos normativos que integrarán el objeto de control es el siguiente:

Reglamento General de Transporte Terrestre.

"Art. 5.- Las definiciones de los términos contenidos en el presente Reglamento, serán las siguientes:

2. ANDÉN: Plataforma elevada de cemento, hormigón o en algunos casos de madera, que permite el fácil acceso a un medio de transporte masivo terrestre. Los andenes son las áreas por donde la gente circula para acceder a las unidades.

[...]

8. CARRILES SEGREGADOS EXCLUSIVOS VIO PREFERENCIALES: Carriles acondicionados especialmente para soportar el paso exclusivo de los buses articulados y padrones, los cuales se encuentran separados físicamente de los carriles para el tráfico mixto, disponibles para circulación del resto de vehículos particulares. La exclusividad o preferencia del uso de dichos carriles será establecida por la Autoridad competente, de acuerdo a la ley.

[...]

25. ESTACIÓN DE TRASBORDO: Punto donde convergen diferentes tipologías de ruta (tronal, pretronal, alimentadora e interdepartamental) dentro de un sistema integrado de transporte.

[...]

57. TERMINAL DE INTEGRACIÓN: Es un componente de los sistemas integrados de transporte, que consiste en una o varias edificaciones que contienen las instalaciones para embarque y desembarque de pasajeros, ya sea para terminar o iniciar el trayecto en este punto o bien como punto de conexión con otras tipologías de ruta (troncal, pretroncal, alimentadora)”.

“Art. 156 [inc. final]. En el caso de las terminales y cualquier otra infraestructura que funcione dentro de un Sistema Integrado de Transporte que sean propiedad del Estado, la Dirección General la autorizará con la sola presentación de los requisitos establecidos en el artículo 161 de este Reglamento y los estudios técnicos de factibilidad que la Dirección General realice. En el caso anterior, la Dirección General autorizará y regulará la publicidad en dichas infraestructuras, a través de la respectiva autorización”.

Ley de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial.

“Art.- 41.-

[...]

Podrán establecerse vías o carriles para uso exclusivo de determinado tipo de vehículos, de conformidad a estudios técnicos realizados o avalados por la Unidad de Ingeniería de Tránsito del Viceministerio de Transporte”.

“Art. 43.- El Viceministerio de Transporte, a través de la Dirección General de Transporte Terrestre, regulará y controlará las terminales, metas, paradas y puntos de retorno del transporte colectivo y de carga, coordinando, en lo que compete y en base al respectivo Plan Maestro de Desarrollo Urbano, con las diferentes municipalidades del país, sin interferir en su competencia municipal referente a los impuestos y tasas para dicho servicio de transporte”.

Decreto Legislativo n° 992, de 25 de enero de 2012, publicado en el Diario Oficial n° 18, tomo 394, de 27 de enero de 2012, que contiene el **Préstamo n° 2572/0C-ES**, celebrado entre El Salvador y el Banco Interamericano de Desarrollo, por un monto de \$45 000 000, para cooperar en la ejecución de un programa de transporte del área metropolitana de San Salvador.

Resolución de 16 de abril de 2015, emitida por el Director General de Tránsito del Viceministerio de Transporte.

“Con fundamento en los considerandos anteriores, el suscrito Director General de Tránsito, en uso de las facultades legales RESUELVE: Declárase [...] el carril segregado[,] de aproximadamente seis punto cuatro [k]ilómetros (6.4 km) que inicia en el Bulevar del Ejército Nacional, a la altura de la [a]venida Rosario Sur del [m]unicipio de Soyapango, continuando por la [a]venida Peralta, luego cruza por [a]venida Independencia hasta la alameda Juan Pablo II, concluyendo a la altura de la intersección con la Treinta y Tres Avenida Norte del municipio de San Salvador, departamento de San Salvador, de uso exclusivo de las unidades de transporte colectivo público de pasajeros pertenecientes al Sistema Integrado de Transporte del Área Metropolitana de San Salvador, sean estos autobuses padrones y articulados, a partir de las cero horas del día ocho de mayo de dos mil quince”.

II. Argumentos de los intervinientes y actuaciones en el proceso.

1. El síntesis, para los demandantes el art. 5 n° 2, 8, 25 y 57 y el art. 156 inc. final RGTT (únicas disposiciones jurídicas en relación con las cuales se admitió la demanda, según auto de 12 de agosto de 2015) contravienen el art. 120 Cn., porque permiten el otorgamiento de la explotación de infraestructura estatal sin la correspondiente concesión.

Alegan que los apartados del art. 5 establecen y definen elementos de la infraestructura del SITRAMSS: los andenes, los carriles segregados exclusivos y/o preferenciales, las estaciones de trasbordo y las terminales de integración; mientras que el inciso final del art. 156 autoriza la explotación de las terminales. Para ellos, estos preceptos vulnerarían el principio de reserva de

ley, pues atribuyen competencias no previstas en la LTTTSV, al permitir la explotación de infraestructura estatal por parte de un tercero sin la correspondiente concesión legislativa (art. 120 Cn.). Y dado que el gobierno de El Salvador es quien ha financiado la infraestructura que se utiliza para el funcionamiento del SITRAMSS, se trata de una obra material de uso público, por lo que su explotación debe ser autorizada por la Asamblea Legislativa mediante una concesión (art. 120 Cn.), de la cual carece SIPAGO S. A. de C.V., que es quien explota las líneas, rutas e infraestructura estatal, sin haber realizado inversión alguna.

También, solicitaron que se decretara la medida cautelar de suspensión provisional del uso exclusivo de la infraestructura pública del SITRAMSS por parte de los buses articulados y padrones de dicho sistema.

2. El ministro de obras públicas, transporte, vivienda y desarrollo urbano (“el ministro”) presentó un escrito en el cual, en lo medular, solicitó intervenir en carácter de tercero, ya que es el funcionario que tiene entre sus atribuciones la de aplicar la normativa impugnada. Además, pidió que se declarara improcedente la medida cautelar solicitada, por la afectación que ello causaría al interés público.

3. A. En el auto de admisión de 12 de agosto de 2015, pronunciado en este proceso, esta sala advirtió que los actores pidieron la inconstitucionalidad del art. 5 n° 3 y 27; art. 11 no 10 y 12; y art. 74 y 75 n° 1 letra g, y n° 2 letras a, b y g, e incs. 2° y final RGTT, pero no identificaron ninguna disposición constitucional que pudiera haber sido vulnerada o infringida por tales preceptos, por lo que se concluyó que no se configuró un contraste normativo y la demanda se declaró improcedente en relación con dichas disposiciones.

Además, sobre la supuesta violación que el art. 5 n° 2, 8, 25 y 57, y el art. 156 inc. final RGTT producían al principio de reserva de ley —debido al otorgamiento de la explotación de infraestructura estatal sin la correspondiente licitación ni concesión—, se señaló que los demandantes ofrecieron los arts. 86 inc. 1°, 131 ord. 5° y 246 Cn., en relación con el art. 120 Cn., como parámetro de control. Sin embargo, se acotó que solo la última disposición alude a una zona de competencia legislativa concreta, congruente con la pretensión que se planteó. Por tanto, *la demanda se admitió para enjuiciar la constitucionalidad de las referidas disposiciones reglamentarias a partir del art. 120 Cn.* y se declaró la improcedencia en torno a los arts. 86 inc. 1°, 131 ord. 5° y 246 inc. 1° Cn.

En cuanto a la supuesta inconstitucionalidad del art. 5 n° 1, 23, 42, 43, 44, 45, 48 y 49

RGTT por la aparente contradicción con el principio de reserva de ley –debido a la atribución de competencias relacionadas con el SITRAMSS, no previstas en la LTTTSV–, los peticionarios propusieron los arts. 86 inc. 1° y 131 ord. 5° Cn. como parámetro de control, pero este tribunal concluyó que tampoco regulaban una zona de reserva de ley en favor de la Asamblea Legislativa, de manera que se no configuró un contraste normativo apto para su análisis constitucional. En consecuencia, la demanda declaró improcedente en este punto.

Por último, se observó que sobre la inconstitucionalidad del art. 5 n° 4 y 5; art. 77 inc. final; y art. 79 inc. final RGTT, por la transgresión a la seguridad jurídica (art. 1 inc. 1° Cn.) y al principio de igualdad (art. 3 inc. 1° Cn.), respectivamente, no se argumentó un contraste normativo ni se indicaron los elementos necesarios para practicar el test de igualdad. Por ello, la demanda, igualmente, se declaró improcedente.

B. Sobre la medida cautelar solicitada, en el mismo auto se consideró que no se había configurado el presupuesto de peligro por la demora en el proceso de inconstitucionalidad, dado que de la expectativa de vigencia indefinida de los preceptos impugnados no se revelaba la posibilidad de que los efectos de una eventual sentencia estimatoria se vieran frustrados ni de que se produjesen daños irreparables por la continuidad del servicio.

C. En el citado auto se determinó que la petición del ministro sería resuelta cuando el objeto del proceso quedara debidamente fijado, agotadas las etapas procesales relativas a las intervenciones de la autoridad emisora de las disposiciones impugnadas y del fiscal general de la república.

4. El presidente de la república afirmó que en el art. 5 n° 2, 8, 25 y 57 RGTT se definen elementos asociados al sistema integrado de transporte público, tales como el andén, los carriles segregados exclusivos y/o preferenciales, la estación de transbordo y la terminal de integración. Se trata, en sus palabras, de “[...] términos técnicos o proposiciones que exponen con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de las cosas materiales indicadas que surgen de la necesidad de establecer el significado de palabras técnicas utilizadas. Pero, para él, no se trataría de normas que establezcan actuaciones para la administración ni para los particulares.

Agregó que el art. 156 inc. final RGTT se refiere a las condiciones para la autorización de terminales y cualquier otra infraestructura que funcione dentro de un sistema integrado de transporte de propiedad estatal por parte de la DGT, incluyendo la autorización y regulación de la publicidad de dichas infraestructuras. Sostuvo que tal precepto establece las condiciones que

permiten a un sujeto, público o privado, el ejercicio de una actividad, previa comprobación de que no afectará el interés general. Tal disposición sería un desarrollo del art. 43 LITTSV, que habilita expresamente al viceministro de transporte a través de la DGTT para regular y controlar terminales de servicio colectivo, inclusive si su propietario y administrador es el mismo Estado. Ello supondría una diferencia con lo regulado por el art. 120 Cn., que establece que las concesiones para la explotación de las obras materiales de uso público deberán ser conocidas específicamente por la Asamblea Legislativa, lo que estaría ratificado por el art. 131 ord. 30° Cn. En consecuencia, para el presidente de la república, lo argumentado por los actores no pone de manifiesto una contradicción entre el art. 156 inc. final RGTT y el art. 120 Cn. y, por ello, pidió que se emita una decisión de sobreseimiento.

Asimismo, expuso que, con base en el principio de eventualidad procesal, si la sala analizaba la falta de concesión legislativa para la construcción de la infraestructura del SITRAMSS al servicio de un tercero, así como para otorgar el uso y la explotación de terminales y de cualquier otra infraestructura estatal que funcione dentro de tal sistema, debía considerarse lo resuelto en las sentencias pronunciadas en los procesos de inconstitucionalidad 28-2008, 21-2009, 50-2010 y 65-2012, que se refieren a los tipos de bienes del Estado, su uso común y privativo, el régimen constitucional de explotación de los bienes de uso público y las concesiones para su uso especial. Luego, sostuvo que con el SITRAMSS se ha iniciado la implementación de un sistema de transporte jerarquizado, compuesto por unidades alimentadoras, pretroncales y troncales que se complementan entre sí, cuya finalidad es superar los problemas del transporte público de pasajeros, lograr la rehabilitación y el mejoramiento de la infraestructura de transporte urbano y contribuir en la mejora de la calidad de vida de la población del área de intervención, mediante un sistema de transporte público integrado y eficiente, para la movilización ordenada, segura, rápida y masiva de la población.

También aseveró que los andenes, carriles segregados exclusivos, estaciones de transbordo y terminales de integración comprendidos en la infraestructura del sistema son bienes de dominio público sujetos al uso común, debido a que están destinados al disfrute de toda la población y son utilizables por sus componentes sin discriminación. Las obras existentes son reguladas y administradas por el Viceministerio de Transporte (VMT), por ser propiedad del Estado salvadoreño en el ramo de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano. Aclaró que esa infraestructura es de todos, pero se utiliza según el rol que desempeña en el

sistema integrado de transporte, sin que el Estado establezca un cobro especial o particular por su uso.

Añadió que no se ha otorgado ni se otorgará a ningún particular una habilitación para que, por su cuenta y en sustitución del Estado, pueda explotar los andenes, los carriles segregados exclusivos y/o preferenciales, las estaciones, las paradas y la terminal de integración con que funcionará el mencionado sistema, porque tales bienes son de dominio público y deben ser utilizados de la manera antes indicada, por todos los administrados que lo deseen, bajo el control directo del Estado por medio de la secretaría competente.

5. El fiscal general de la república expuso que el régimen constitucional concesionario está regulado en los arts. 103, 110 y 120 Cn. De cada uno de esos preceptos se infieren las características fundamentales de las concesiones, que las distinguen de otras formas de actuación de la administración pública. Así, a su criterio, el art. 120 Cn. se refiere a la concesión de obras públicas relacionadas con los arts. 228 inc. 2° y 234 Cn. cuando hay fondos públicos comprometidos, de modo que la intervención de la Asamblea Legislativa es fundamental. Luego, tras definir qué es una concesión, aseveró que para explotar privadamente los bienes de dominio público o para prestar servicios públicos, es necesaria una concesión legislativa.

De igual manera, expresó que, en lo que al servicio de transporte corresponde, se aplican el art. 110 inc. 3° Cn. y la LTTTSV. Para dicho funcionario, el Estado puede prestar tal servicio mediante entes privados, pero debe reservarse la competencia de regular, vigilar y aprobar las tarifas. Dicha actividad es llevada a cabo mediante el VMT, quien otorga la concesión para el transporte de pasajeros (art. 4. LTTTSV) por delegación de la Asamblea Legislativa. Afirmó que así lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional en las decisiones emitidas en los procesos de amparo 571-2002 y 1052-2000.

Concluyó con que el art. 156 inc. final del RGTT contraviene el art. 120 Cn., ya que la explotación de obras materiales de uso público financiadas con fondos estatales debe ser otorgada mediante una concesión legislativa. Y ello no habría ocurrido en el presente caso.

6. Los ciudadanos Genaro Isaac Ramírez Barrera, José Arturo Barrera Rivas y Juan Pablo Alvarez reiteraron la solicitud de decretar las medidas cautelares solicitadas en su demanda.

7. A. Por auto de 27 de enero de 2017, emitido en este proceso, se advirtió que el presidente de la república en su informe había citado los arts. 41 y 43 LTTTSV como cobertura legal del objeto de control. También había alegado que el art. 5 RGTT no establece reglas para la

administración ni para los particulares. De tal manera, este tribunal indicó que la autoridad demandada había señalado que los actos en los que se fundamentaban los motivos de inconstitucionalidad planteados dependían de ambas disposiciones legales, no del art. 5 RGTT. Ante ello, se citó jurisprudencia en la que se había determinado que, cuando se plantea una vulneración constitucional atribuida a un precepto reglamentario y la autoridad emisora del reglamento alega en su defensa la habilitación de una normativa que no fue producida por ella misma como ocurre en este caso con los arts. 41 y 43 LTTTSV, esta sala quedaba habilitada para pronunciarse sobre la constitucionalidad de ambas fuentes normativas.

Entonces, se señaló que para emitir un adecuado pronunciamiento sobre la supuesta violación planteada, era indispensable también enjuiciar la constitucionalidad de los arts. 41 y 43 LTTTSV. Pero, a partir de lo afirmado por él, se concluyó que además era necesario analizar todas aquellas normas jurídicas o actos normativos que le hayan servido a dicha autoridad como fundamento para dictar los actos por los cuales se ha establecido la segregación de carriles y la instalación de terminales o estaciones, ambas en una vía pública, sin que se haya verificado una concesión legislativa, aunque estos no hayan formado parte del objeto de decisión delimitado en el auto inicial. Por esta última razón, se solicitó informe a la Asamblea Legislativa sobre los arts. 41 y 43 LTTTSV y se le previno al presidente de la república que señalara con claridad los preceptos legales y los actos concretos con base en los cuales: (i) se hizo la segregación de carriles de una vía pública para el uso especial del SITRAMSS; (ii) se designó a un particular para la construcción de las obras necesarias para el funcionamiento de dichos carriles especiales y para su uso preferente; (iii) se estipuló la construcción de las terminales requeridas por el SITRAMSS en una vía pública; (iv) se designó a un particular para la construcción de tales terminales; y (v) se autorizó a un particular el uso preferente de tales terminales. De igual forma, se le pidió que informara sobre la existencia de actos, si los hubiera, en los que se haya decidido la implementación futura de algún supuesto análogo a los anteriores.

B. Sobre las medidas cautelares nuevamente solicitadas por los precitados ciudadanos, en el mismo auto de 27 de enero de 2017 se concluyó que con los argumentos aportados no se lograba configurar el presupuesto de peligro en la demora con la tramitación del proceso. Por tanto, se declaró sin lugar lo solicitado.

8. Por su parte, la Asamblea Legislativa expuso qué entendía por concesiones, las ventajas de estas, sus requisitos esenciales, sus fines, los sujetos intervinientes, la forma en que se

desarrollan, el derecho que les rige y su distinción con otras figuras administrativas. Luego, aludió a lo resuelto por esta sala en el precitado auto y transcribió el texto de los arts. 41 y 43 LTTTSV, con respecto a los cuales afirmó únicamente que son constitucionales, porque en su elaboración se cumplió el proceso de formación de la ley y porque no han sido declarados inconstitucionales. Concluyó diciendo que regulan las potestades que el VMT y la DGIT, relativas a su competencia para optimizar el servicio público de transporte.

9. A. Sobre lo resuelto en el reseñado auto de 27 de enero de 2017, emitido en este proceso, el presidente de la república presentó escrito el 14 de febrero de 2017 en el que planteó la recusación de sus suscriptores, porque decidieron extender el control de constitucionalidad más allá de las disposiciones en relación con las cuales la demanda se admitió. Al respecto, consideró que los magistrados recusados vulneraron los principios de independencia e imparcialidad por “la inobservancia del principio dispositivo”, ya que el fundamento de la pretensión de inconstitucionalidad solo puede ser introducida por las partes, de modo que no cabe una excepción o flexibilización del principio de congruencia. Asimismo, argumentó que esta sala, al resumir su informe justificativo, lo hizo sin indicar el contexto de algunas aseveraciones y suprimió expresiones esenciales contenidas en él, como el alegato relativo a que la validez de las disposiciones reglamentarias cuestionadas estuviera subordinada a la existencia de una habilitación legal.

B. También, solicitó la nulidad de dicho auto, por haberse emitido con vicios insubsanables. Para justificarlo, dijo que mediante la ampliación del objeto de control, este tribunal configuró de oficio la pretensión; además, que se desnaturalizó la figura de las diligencias para mejor proveer; que lo resuelto carece de fundamento jurisprudencial; que los principios de independencia, imparcialidad y preclusión fueron vulnerados. Por último, reiteró su petición de sobreseimiento o de que se emita una sentencia desestimatoria.

10. El ministro, el 13 de marzo de 2017, presentó un segundo escrito, en el que se pronunció sobre los puntos requeridos al presidente de la república.

A. Sostuvo que los carriles de la vía pública para uso especial del SITRAMSS no fueron segregados, porque se permite la circulación cotidiana de los vehículos de transporte público colectivo de pasajeros que reúnan los requisitos previstos en el BRT (*Bus Rapici Transit*). Y, además, porque se autoriza la circulación de vehículos particulares que estén atendiendo una emergencia; ambulancias de hospitales públicos y privados, cuerpos de socorro y otros; vehículos

del Cuerpo de Bomberos de El Salvador, de la Policía Nacional Civil, de la Fuerza Armada, de la Dirección General de Protección Civil; y de los diferentes cuerpos de Agentes Metropolitanos; asimismo, el resto de vehículos podrán utilizarlo en horario de 09:30 p.m. a 04:30 a.m.

B. Seguidamente, se refirió a los actos normativos que respaldan la segregación. Y al respecto, mencionó el préstamo n° 2572/0C-ES celebrado entre la República de El Salvador y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) por la cantidad de \$45 000 000, para cooperar en la ejecución de un programa de transporte del área metropolitana de San Salvador, aprobado por la Asamblea Legislativa mediante Decreto Legislativo n° 992, de 25 de enero de 2012, publicado en el Diario Oficial n° 18, tomo 394, de 27 de enero de 2012; en el anexo del citado préstamo se determinó la priorización del desplazamiento de las unidades del sistema integrado de transporte por medio de un sistema de carriles exclusivos y segregados. Añadió que se busca reorganizar el transporte público, según lo regulado en el art. 41 LTTTSV. *Señaló que el acto concreto concernido es la resolución del director general de tránsito de las nueve horas del 16 de abril de 2015, emitida con base en estudios técnicos de la Unidad de Ingeniería de Tránsito, ambos del VMT.*

C. De igual manera, afirmó que el uso del carril segregado no fue autorizado a favor de un único particular, sino que se destinó para el uso de los vehículos aludidos en el apartado A de este número, por lo que, al no haber una designación particular, no existe disposición legal o acto a los que deba hacer referencia. Añadió que el carril segregado sigue siendo propiedad del Estado y solo se ha regulado su utilización, con base en el art. 41 LTTTSV. Aquí acotó que la ley faculta al VMT para regular el uso del carril segregado para determinado tipo de vehículos, lo cual es compatible con el interés público, porque permite que el Estado defina y garantice las condiciones bajo las cuales un particular deberá prestar el servicio de transporte público.

D. Sobre la designación de un particular para la construcción de las obras necesarias para el funcionamiento de los carriles especiales, dijo que el ministerio que preside desarrolló varios procesos de licitación, de acuerdo con la normativa legal de adquisiciones establecida por el BID, como ente financiador del proyecto. Aclaró que solo existe un carril segregado y que los preceptos legales que sirvieron de base para la segregación fueron las políticas de adquisiciones del BID, según el contrato de préstamo n° 2572/0C-ES; también citó Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP), en “lo no previsto en las referidas políticas”. Y como actos concretos relacionados, se refirió al contrato n° 24/2013 (Licitación

Pública Internacional n° LPINT-06/2012), en cuanto al tramo 1, y al contrato n° 97/2013 (Licitación Pública Internacional n° LPINT-01/2013), en cuanto al tramo II.

E. Sobre la construcción de terminales del SITRAMSS en una vía pública, alegó que no se ha construido ninguna. Solo se han construido paradas de mayor tamaño por el volumen de personas que viajan en una sola unidad. Agregó que el fundamento legal para construir las “paradas” fueron los arts. 43 LTTTSV y 156 RGTT.

F Con respecto a la designación de un particular para construir terminales, insistió en que tal edificación no está en una vía pública, y para su construcción se hizo el proceso licitatorio respectivo. Según lo dijo, lo que habría respaldado dicho proceso fueron el contrato de préstamo n° 2572/0C-ES y la LACAP. Aclaró que no existe un uso preferente de dicha terminal, ya que está en plena disposición del Estado. Su ingreso y uso es libre, gratuito e irrestricto para todos. También, las paradas o estaciones son de uso libre, gratuito y exclusivo de los ciudadanos.

G. En definitiva, concluyó diciendo que toda la infraestructura construida es de carácter público, por lo que el Estado es quien ejerce su control, regulación y disposición. Ningún particular está habilitado para cobrar por explotar el carril segregado, sacar algún provecho propio por su utilización ni disponer de las demás instalaciones construidas. El pago que hacen los usuarios es por el traslado de un punto a otro. Las concesiones para que el “operador del BRT” preste el servicio de transporte público fueron aprobadas en 2006 y 2007. El BRT exige autobuses de alta capacidad que circulen por carriles segregados para que transporten personas, paradas controladas por el Estado, un centro de control de operación y flota, y un sistema de pago previo.

H. En cuanto a la implementación futura de obras semejantes, mencionó la estación del SITRAMSS en Ilopango, que no estará en bienes de uso público; la estación central de Soyapango, con inversión privada y transferida después al Estado; la conexión de Plaza Soyapango Norte con la terminal de integración de Soyapango, que se desarrollará en una propiedad de Plaza Soyapango y una conexión en propiedad del Estado; la “parada móvil” en la plaza Salvador del Mundo; y la estación Masferrer. También aludió al proyecto para la segunda fase del SITRAMSS, financiado por el BID, para poder prolongarlo hasta Santa Tecla. Los actos que habría fundamentado las decisiones de llevar a cabo dichas obras son el Estudio de Prefactibilidad del Sistema Integrado de Transporte de la 33 Ave. Norte hasta Santa Tecla y de la Terminal de Soyapango hasta Santa Lucía, las notas mediante las cuales se pidió la autorización

de la Secretaría de Planificación de la Presidencia de la república para que el Ministerio de Hacienda inicie formalmente las gestiones con BID y el BEI.

11. Mediante resolución de 8 de mayo de 2017, esta sala resolvió llamar a cuatro magistrados suplentes para que conocieran de la recusación planteada; se admitió al ministro de obras públicas, transporte, vivienda y desarrollo urbano como tercero y se advirtió que ya había expuesto lo que consideró pertinente para el asunto en análisis, por lo que era innecesario concederle audiencia; y se estimó necesario reconsiderar la adopción de una medida cautelar, debido a que habían acaecido nuevas circunstancias que intensificaban la apariencia de buen derecho y revelaban el peligro en la demora de la tramitación del proceso; de ahí que se haya ordenado como medida cautelar la habilitación del uso público libre de los carriles segregados para la circulación del SITRAMSS.

12. Por otra parte, se han presentado los siguientes escritos, que serán resueltos oportunamente:

A. Escrito firmado por los apoderados del presidente de la república, en el que solicitan la revocatoria del auto de 8 de mayo de 2017 y reiteran otras solicitudes sobre el objeto de control y la medida cautelar decretada.

B. *Escrito* del director general de tránsito del VMT, en el que solicita aclaración de la medida cautelar decretada.

C. Escrito del abogado Jaime Osbaldo Morán Hernández, presunto apoderado general judicial de las empresas SIPAGO SITRAMSS, en el que pide intervención como tercero y revocatoria del auto precitado. Alega que esta sala ya ha admitido la intervención de una persona en calidad de tercero, cuando, entre otros supuestos, tal persona pudiera ser afectada de forma individual y directa por la sentencia que se pronuncie.

D. Nota de la ministra de medio ambiente y recursos naturales, con la que presenta cierta información relacionada con el calentamiento global y otras condiciones ambientales.

E. Escrito firmado por los supuestos representantes legales de las empresas Unión de Empresas SIPAGO SITRAMSS S. A. de C. V., donde afirman que son terceros dentro del proceso y solicitan una reunión con el presidente de esta sala para exponerle aspectos derivados de la medida cautelar decretada.

F. Escrito presentado el 16 de julio de 2018, firmado por la secretaria general de la Fiscalía General de la República, quien solicitó certificación del presente proceso, “donde se

elimina la exclusividad del carril para la circulación del SITRAMSS”, con el fin de ser agregado a diligencias de investigación seguidas en el expediente con referencia 402- UADAJ-2017-SS.

G. Dos escritos firmados por el director general de tránsito del VMT. En el primero informó sobre algunas medidas tomadas por esa dirección en relación con la medida cautelar decretada y, en el segundo, consultó algunas medidas que la DGTT necesitaba implementar en relación con la medida cautelar.

H. Escrito presentado el 12 de septiembre de 2018, firmado por una agente fiscal perteneciente a la Dirección de la Defensa de los Intereses del Estado, mediante el cual solicitó certificación del precitado auto para ser agregado a diligencias de investigación que se instruyen en esa unidad fiscal.

III. Identificación del problema jurídico que deberá ser resuelto en esta sentencia.

Como se dijo en el considerando I de esta sentencia, la demanda se admitió para enjuiciar la constitucionalidad de los arts. 5 n° 2, 8, 25 y 57, y art. 156 inc. final. RGTT. Pero, a raíz de la intervención del presidente de la república, se sostuvo que el control de constitucionalidad debía incluir los arts. 41 y 43 LTTTSV, el contrato n° 2572/OC-ES y la resolución de 16 de abril de 2015, emitida por director general de tránsito del Viceministerio de Transporte. Y el parámetro con base en el cual se llevaría a cabo el control de todas estas normas jurídicas y actos normativos es el art. 120 Cn., que exige autorización legislativa a las concesiones que otorgue el Estado para la explotación de muelles, ferrocarriles, canales u otras obras materiales de uso público.

El presidente de la república ha cuestionado que esta sala haya incorporado los arts. 41 y 43 LTTTSV, el contrato n° 2572/OC-ES y la resolución de 16 de abril de 2015, emitida por director general de tránsito del Viceministerio de Transporte al objeto de control, ya que lo considera una infracción a los principios dispositivo y de congruencia.

En tanto interviniente, el cuestionamiento planteado por el presidente de la república merece un pronunciamiento. Esto presupone considerar si a la Sala de lo Constitucional solo le es posible controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas o actos normativos explícitamente impugnados en la demanda o si, por el contrario, está habilitada para extender el examen a la vista de los argumentos y de las particulares circunstancias acaecidas en este proceso constitucional— a los arts. 41 y 43 LTTTSV, al contrato n° 2572/OC-ES y a la resolución de 16 de abril de 2015, emitida por el director general de tránsito. Para ello, es preciso determinar la

forma en que ha de entenderse y aplicarse el principio de congruencia en el proceso de inconstitucionalidad y sopesar la intensidad de la exigencia de la apropiada configuración de la pretensión por parte del demandante en este caso particular.

El alegato del presidente de la república, relativo a que la configuración del fundamento jurídico y material de la pretensión de inconstitucionalidad tiene que establecerse a partir de los señalamientos de las partes en el proceso, es razonable. No obstante, dentro del concepto “partes” no solo se incluye a quien realiza la actividad que da origen al proceso (el demandante o la autoridad jurisdiccional que inaplica un precepto legal, según sea el caso), sino también a la autoridad emisora de la norma o acto objetado y al fiscal general de la república; es decir, a todos los intervinientes. A partir de los argumentos aportados por cualquiera de ellos, esta sala puede determinar si es razonable —de manera excepcional ejercer el control de constitucionalidad sobre normas jurídicas o actos normativos que, pese a no haber sido impugnados directamente en la demanda, sí sean relevantes para la resolución del caso, como sucede en los supuestos de la inconstitucionalidad por conexión. En tales supuestos, hay que tener presente de igual manera la naturaleza objetiva del proceso de inconstitucionalidad y el carácter público de lo que ahí se discute para enjuiciar normas jurídicas o actos normativos diferentes a los que el actor cuestiona en su demanda.

Esta posibilidad de extender o ampliar el control de constitucionalidad en los términos indicados (que en ningún caso puede ser arbitraria o antojadiza) puede llevarse a cabo durante la tramitación del proceso e incluso en el momento de sentenciarlo. Un ejemplo de uno de los supuestos enunciados ocurrió en la tramitación del proceso de inconstitucionalidad 127-2007, en el cual, por lo señalado por la autoridad emisora de la disposición impugnada, quien, aunque no solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de otras disposiciones, mostró a esta sala la conexión existente entre el precepto cuestionado —que pertenecía al Reglamento de Estupefacientes, Psicotrópicos, Precursores, Sustancias y Productos Químicos y Agregados y otro cuya inconstitucionalidad no había sido solicitada —que era parte del Código de Salud—. *La conexión consistió en que ese otro precepto supuestamente daba cobertura normativa al impugnado.* En tal caso, tras identificar la vinculación entre ambos preceptos normativos, se extendió el objeto de control para incluir en el análisis a ese nuevo precepto normativo, dado el argumento aducido por esa autoridad. Y ello se hizo pese a que el órgano emisor de la disposición impugnada no adujo que ese otro precepto era inconstitucional, sino que solo afirmó

que le servía de cobertura legal a la norma reglamentaria impugnada.

Una muestra de otro supuesto de la extensión del objeto de control en el momento de la sentencia, a raíz de lo alegado por un interviniente, tuvo lugar en el proceso de inconstitucionalidad 19-2012. Acá el fiscal general de la república se refirió a un acto que no había sido impugnado por el demandante, pero que guardaba una íntima relación con el objeto de control propuesto en la demanda: el acto legislativo mediante el cual se trasladó a un magistrado de esta sala a otra sala de la Corte Suprema de Justicia. En tal caso, este tribunal también se pronunció sobre ese nuevo asunto propuesto, aunque no había sido alegado por el peticionario. Y uno de los argumentos aducidos en la resolución fue que “[...] existe cierta discrecionalidad [no arbitrariedad, pues entre ambas hay diferencias relevantes] en el actor a la hora de plantear las interpretaciones del objeto de control; sin embargo, ello no debe entenderse como la plena pasividad o renuncia de esta [s]ala ante evidentes actuaciones inconstitucionales de las entidades estatales; ya que la congruencia, en los procesos constitucionales, presenta perfiles más amplios que en los procesos comunes” (sentencia de 5 de junio de 2012, inconstitucionalidad 19-2012).

Ahora, esos supuestos no son los únicos en los que la Sala de lo Constitucional está habilitada para ampliar el objeto de control propuesto en la demanda. También están los casos de “inconstitucionalidad por conexión”. En aplicación de esta figura, incluso al momento de emitir la sentencia y sin que haya argumentos aportados por algún interviniente, es posible que el tribunal advierta la existencia de una relación o conexión entre el objeto de control y alguna otra norma jurídica o acto normativo. Con la declaratoria de inconstitucionalidad, estos últimos pierden su aptitud aplicativa, porque su validez depende de la disposición que es invalidada o porque replican el mismo vicio de inconstitucionalidad que contiene el objeto de control. En todos esos supuestos ha sido procedente la ampliación el objeto de control sobre normas o actos que no fueron sometidos al debate constitucional en la demanda (al respecto, véanse las sentencias de 6 de septiembre de 2001, de 1 de abril de 2004 y 18 de mayo de 2015, inconstitucionalidades 27-99, 52-2003 y 50-2010, respectivamente).

Así, en la inconstitucionalidad 52-2003, por ejemplo, se habían impugnado algunos artículos de la Ley Antimaras, y al momento de dictar sentencia, el tribunal, también declaró *la inconstitucionalidad derivada o por conexión* de los artículos 2 incisos 1º, 2º y 4º, 4 incisos 1º al 7º, 5, 6 incisos 3º al 5º, 7, 8 inc. 1º, 10 al 15, 16 inc. 2º, 17, 20, 21, 24, 26 al 28 29 inc. 3º y 31 al 49 de la precitada ley, aunque su inconstitucionalidad no había sido planteada por la parte actora,

ni durante la tramitación del proceso se había adelantado la posibilidad de someterlos a análisis constitucional. De igual modo, en la inconstitucionalidad 50-2010, la parte actora impugnó el art. 183 inc. 1° n° 2 de Ley General Marítimo Portuaria; sin embargo, este tribunal, al momento de dictar sentencia, advirtió la conexión existente entre el objeto de control con otro instrumento normativo, el Reglamento de Operaciones Portuarias, de manera que también declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1, 10 y 11 del aludido reglamento, pese a que las disposiciones del reglamento no conformaban el objeto de control propuesto por la parte demandante, ni se había anticipado su eventual examen durante la sustanciación del proceso. Por último, es de mencionar que en la inconstitucionalidad 27-99, la sala claramente estableció que “un tipo particular de decisión estimativa es la que abarca una inconstitucionalidad 'derivada' o 'conexa', según la cual este tribunal, como excepción al principio de congruencia señalado, cuando llega a la declaración de inconstitucionalidad de una disposición, declara además cuáles son las otras disposiciones o cuerpos normativos cuya inconstitucionalidad se deriva como consecuencia de la decisión estimativa adoptada. Ello con la finalidad de no consentir que una disposición o cuerpo legal quede en vigor cuando otro, que constituye su necesario presupuesto o fundamento, se declara inconstitucional”.

Además de los casos en que es procedente la “ampliación del objeto de control” por conexión, están otros que consisten en el “traslado del objeto de control”. Tal como lo ha sostenido esta sala, estos supuestos se presentan cuando, “[...] durante la tramitación del proceso de inconstitucionalidad se verifica alguna modificación en la disposición sometida a control, o bien su derogatoria expresa por una nueva normativa, [por lo que] es preciso determinar [...] los efectos que ello genera en la norma concernida, pues si el contraste normativo subsiste en el nuevo cuerpo legal, es posible examinar la continuidad de los términos de impugnación de la norma derogada [...]” (sentencia de 3 de febrero de 2016, inconstitucionalidad 164-2013).

También se acotó en la precitada sentencia que ante cualquier modificación legislativa efectuada sobre el objeto de control propuesto en un proceso de inconstitucionalidad, lo determinante para este tribunal es establecer la permanencia o no en el ordenamiento jurídico de la norma que fue inicialmente impugnada o inaplicada; ello, para evitar que, en virtud de maniobras legislativas, una disposición o cuerpo normativo se sustraiga del control de constitucionalidad. Por tanto, se deja abierta la posibilidad de conocer de una disposición con el mismo contenido material que la disposición originalmente objetada, pero que la autoridad

demandada reubicó en otro cuerpo normativo u otra disposición jurídica.

Las habilitaciones antedichas, que son facultades de esta sala, representan modulaciones o matizaciones pero no una anulación de los principios dispositivos y de congruencia, las cuales se justifican por el carácter objetivo del proceso de inconstitucionalidad (es decir, no se protege la esfera jurídica de las personas, sino la Constitución por la Constitución misma) y por el interés público que tiene lo que en él se discute, lo que se traduce en que el objeto del debate una vez admitida la demanda— sea indisponible para los intervinientes. Así lo ha determinado la sala en la resolución de 14 de marzo de 2012, inconstitucionalidad 10-2010, en la que dijo que “[...] en el proceso de inconstitucionalidad no puede aplicarse la figura del desistimiento, pues el actor no puede disponer de la pretensión de inconstitucionalidad cuando esta ha sido formulada” (itálicas suprimidas). Y tras aducir argumentos para fundamentar tal afirmación, en esa misma resolución concluyó que “[...] las reglas relativas a los desistimientos en los procesos de amparo y hábeas corpus no pueden aplicarse supletoriamente en forma automática al proceso de inconstitucionalidad, debido a que este es cualitativamente distinto a los mencionados procesos de control concreto de constitucionalidad, en la medida que no protege infracciones a la esfera jurídica particular y, además, es promovido con base en una 'acción' pública”.

Por tanto, la pretensión que se analiza en el proceso de inconstitucionalidad es de carácter pública y objetiva, por lo que los principios que disciplinan los procesos constitucionales de tipo subjetivo no son aplicables de la misma manera al proceso de inconstitucionalidad, pues carecen de igual naturaleza y no persiguen los mismos fines. Si bien, en principio, las alegaciones que configuran el fundamento material y jurídico en una pretensión de inconstitucionalidad, al integrar el objeto del proceso, deben ser introducidas por las partes —lo que incluye a todos los intervinientes del proceso y no solo al peticionario, en casos específicos, este tribunal puede extender el objeto de control sin que ello vaya contra los principios dispositivo y de congruencia. Se insiste: estos principios no rigen este proceso de la misma forma que a los demás.

En ese sentido, es oportuno reiterar que “[...] en nuestro proceso de inconstitucionalidad subyace una pretensión 'objetiva', en tanto que el demandante no pretende, al menos teóricamente, reparar o prevenir algún daño en su esfera jurídica; no busca proteger un derecho subjetivo, aunque el resultado de un eventual pronunciamiento de fondo incida en aquél. Lo que solicita el sujeto legitimado es un juicio en el cual se contraponen normas constitucionales y otras de jerarquía inferior por la alegación de una incompatibilidad entre ellas” (sentencia de 25 de

junio de 2009, inconstitucionalidad 83-2006). Ninguno de los intervinientes en un proceso de inconstitucionalidad ejerce un interés subjetivo, sino que actúa en atención al interés público de defender la supremacía constitucional contradicha por un acto normativo infraconstitucional.

En cuanto al alegato del presidente de la república sobre la inobservancia del principio dispositivo, se ha constatado que existe una aparente dificultad (no superable, desde luego) para identificar los preceptos normativos de los que deriva el motivo de inconstitucionalidad planteado; es decir, la autorización para segregar y usar de manera preferente una vía pública y la instalación y uso de estaciones en una vía pública, ambas para el funcionamiento del SITRAMSS. Dicho componente normativo se ha ido delimitando a partir de la información suministrada por las autoridades relacionadas con el asunto debatido, lo cual ha ocurrido por la tramitación del presente proceso, dado que no fue apreciado por esta sala en el momento de hacer el análisis liminar de la pretensión. Más bien, a primera vista, esta parecía adecuadamente configurada, por lo que la demanda se admitió sin formular ninguna prevención. Dadas las particularidades del presente caso, no le era exigible a los peticionarios que precisaran todos los preceptos que en rigor deberían haber impugnado desde el principio.

Por tanto, el planteamiento del presidente de la república debe rechazarse, de modo que esta sala extenderá el control constitucional. De esta forma, el *problema jurídico* que esta sala deberá resolver en esta oportunidad consiste en determinar si el art. 5 n° 2, 8, 25 y 57; el art. 156 inc. final RGTT; los arts. 41 y 43 LTTTSV; el préstamo n° 2572/0C-ES y la resolución de 16 de abril de 2015, emitida por director general de tránsito; contravienen el art. 120 Cn.

Ahora bien, es preciso señalar que, a primera vista, podría considerarse que esta sala no es competente para examinar la constitucionalidad del Decreto Legislativo n° 992, mediante el cual la Asamblea Legislativa aprobó el préstamo n° 2572/0C-ES; ni de la resolución de 16 de abril de 2015, emitida por el director general de tránsito del Viceministerio de Transporte, pues ambos serían actos concretos, y no han sido emitidos en aplicación directa de la Constitución (característica requerida para que este tribunal examine los actos concretos); es decir, aparentemente carecen de la generalidad y abstracción necesarias para ser objetos de control en un proceso de inconstitucionalidad. Sin embargo, tal como se dirá en el considerando IX 1 C –al que nos remitimos para evitar reiteraciones inoficiosas–, ambos muestran un carácter reglamentario que permite su enjuiciamiento mediante el presente proceso.

IV. Desarrollo temático de la sentencia.

Las cuestiones de las que depende la resolución de dicho problema están representadas en el siguiente orden temático: (V) una exposición sobre los distintos bienes del Estado, (1) los de dominio público y (2) los fiscales o patrimoniales; seguidamente, (VI) se explicará cómo opera la utilización de los bienes de uso público, (1) distinguiendo el uso común o mero uso y (2) el uso especial o explotación, (3) para continuar con el régimen constitucional de la explotación de los bienes de uso público y, en particular, (4) de las calles y las edificaciones que en ellas se construyan. Después, se desarrollará la figura de licitación pública como mecanismo por medio del cual se adjudica una concesión legislativa. Con base en tales postulados jurisprudenciales y de acuerdo con la información que consta en el proceso, (VIII) se establecerá si el carril segregado para el uso del SITRAMSS, así como si las estaciones que se construyeron en las vías públicas para el mismo fin, son bienes de uso público o no; si el uso del carril segregado y de las aludidas estaciones son de uso privativo o especial a favor de particulares; y establecer el tipo autorización que se requiere para tales usos, específicamente, si ha de aplicarse la concesión legislativa regulada en el art. 120 Cn. Por último, (IX) se resolverá el caso.

V. Bienes del Estado.

En la jurisprudencia constitucional se ha establecido (ej., sentencia de 18 de mayo de 2015, inconstitucionalidad 50-2010) que en el ordenamiento jurídico salvadoreño, la Constitución enumera algunos bienes de propiedad estatal, como el subsuelo (art. 103); otros, sujetos al uso público, por ejemplo, muelles, ferrocarriles, canales, etc. (art. 120) y también otros que están sujetos al régimen de propiedad privada, tales como la propiedad estatal rústica con vocación agropecuaria que no sea indispensable para las actividades propias del Estado (art. 104). De acuerdo con tales preceptos, en la jurisprudencia se ha sostenido que es posible clasificar los bienes del Estado, en primer término, a partir del régimen jurídico al que están sometidos. Y acá es donde se encuentra la primera dicotomía: hay bienes sujetos al régimen de dominio público (denominados “bienes de dominio público”) y bienes sujetos al régimen de dominio privado (llamados también “bienes fiscales”). Por su parte, el Código Civil (CC) hace una clasificación de los bienes del Estado (arts. 571 al 586) y determina qué son y cuáles son los bienes de dominio público y bienes fiscales (art. 571).

Tomando en cuenta su destino, dentro de los bienes de dominio público se determina otra subdivisión: los bienes de dominio público no destinados al uso público y bienes de dominio público sujetos al uso público o simplemente *bienes de uso público*. A continuación, se

recordarán las especificaciones que la jurisprudencia ha realizado sobre cada tipo de bienes.

1. En la sentencia de 27 de junio de 2012, inconstitucionalidad 28-2008, se dijo que cuando se habla de bienes de dominio público se hace referencia a un conjunto de bienes que se están sometidos a un régimen jurídico especial de Derecho Público. Se trata de una masa de bienes propiedad del Estado en sentido amplio, afectados —por mandato de normas jurídicas— al uso directo o indirecto de los habitantes. De ahí que el criterio rector del demanio (conjunto de bienes de dominio público) sea la afectación pública; es decir, la finalidad de uso, utilidad o aprovechamiento público al que están destinados dichos bienes. En esa particular afectación gravita la nota esencial de los bienes públicos, que es su indisponibilidad, esto es, la imposibilidad de que puedan convertirse en objeto de la autonomía de la voluntad de los particulares. Esta característica se manifiesta en las tres formas típicas de la protección del dominio público: la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad.

Dentro de los bienes de dominio público hay unos que tienen el carácter de públicos, porque están destinados al aprovechamiento general mediante el beneficio colectivo de su explotación. Dicho beneficio satisfará una necesidad de interés público. Tal es el caso del subsuelo y de ciertos recursos de la riqueza nacional, que aunque su uso no siempre está habilitado a la colectividad, su explotación debe ligarse a fines públicos. Esto quiere decir que estos son bienes de dominio público por estar conectados con el interés público, pese a que no estén destinados al uso directo de la colectividad (inconstitucionalidad 50-2010, ya citada). Pero también, en los bienes de dominio público cabe incluir los de uso público, en relación con los cuales se permite su disfrute por parte de toda la comunidad y son utilizables por sus componentes sin discriminación. Proviene de causas naturales (ej., ríos, arroyos, lagos, costas y playas de mares, mar territorial, mares interiores, etc.) o artificiales (calles, puertos, carreteras, puentes, plazas, parques, museos, bibliotecas, jardines botánicos y zoológicos, etc.).

Lo anterior permite afirmar que no todos los bienes de dominio público son directamente de uso público. La determinación de los bienes que forman parte del dominio público y específicamente de los afectados al uso público y, por ende, del régimen constitucional de la explotación de estos está íntimamente conectada con la finalidad que cada uno de esos bienes ha de desempeñar, en relación con su destino para un fin público concreto. Por tanto, en función de su utilidad, los bienes de uso público no pueden ser objeto de apropiación privada por enajenación a los particulares o por adquisición por el paso del tiempo. El CC enuncia bienes que

son considerados de dominio público: el mar adyacente, el espacio aéreo suprayacente, el lecho y subsuelo marinos (art. 574); y bienes de uso público: los ríos (art. 575), los lagos y lagunas (art. 577), las calles, plazas, puentes y caminos públicos y las playas en el mar y en ríos y lagos (art. 579).

2. El otro tipo de bienes estales se agrupa bajo la denominación de *bienes fiscales*. En estos se ubican los que el Estado posee bajo un régimen de dominio privado, porque su régimen jurídico en general corresponde a las reglas de la propiedad privada. Pertenecen al Estado, pero carecen del carácter demanial, por lo que pueden ser adquiridos, gravados y transmitidos por el Estado en favor de otro, como si de un particular se tratase. Se distinguen de los que son propiedad de los particulares únicamente por su titular, que es el Estado. Satisfacen necesidades individuales o colectivas, aunque no están disponibles para el uso de todos los habitantes, sino solo al de personas al que están vinculados por su adquisición, locación, administración, concesión u otro tipo de contratación. Su explotación, e incluso transferencia, no cuenta con un régimen constitucional específico, pues la Constitución solamente requiere atenerse al principio de reserva de ley. Por tanto, la Asamblea Legislativa posee un considerable margen de acción para establecer las formalidades requeridas para ello, según el art. 104 Cn., que regula que los inmuebles propiedad del Estado podrán ser transferidos a personas naturales o jurídicas *dentro de los límites y en la forma establecida por la ley*.

VI. Utilización de bienes de uso público.

1. Sobre los bienes de uso público se admiten en principio dos tipos de uso: el común y el privativo. El uso común es al que regularmente se destina el bien y está referido a todas las personas sin designación especial. Por ello, con las matizaciones que cada tipo de bien permita, por regla general es libre, gratuito e igualitario, de manera que no requiere de un título especial, no supone el pago de tasas ni distingue entre los sujetos que se puedan beneficiar de ellos a título individual. Por su parte, el uso privativo permite a su titular servirse del bien bajo un título legítimo, que por ese hecho impide que el resto de personas utilicen algún espacio determinado de dicho bien; también permite una utilización privilegiada, la cual incorpora siempre elementos adicionales que exceden de los del mero uso, por lo que constituye la explotación del bien. *La Constitución permite que los bienes de dominio público sean explotados por particulares* (por todas, véase la sentencia de 21 de junio de 2013, inconstitucionalidad 43-2010).

2. La cuestión sustancial reside en aclarar qué debe entenderse por “explotar”. En un

sentido común, “explotar” significa extraer la riqueza de un bien, sacar utilidad en provecho propio o producir ganancias a partir del bien. Sobre este significado, esta sala ha sostenido que “[...] el concepto explotación de bienes, en este caso, de bienes públicos, no puede limitarse a entender que se trata de la obtención de un provecho económico, pues dicho término cabe entenderlo de distintas formas, [ej.], utilización, empleo, aprovechamiento, usufructo, etc. Así entonces, al interpretar el art. 120 Cn., en lo relativo a la explotación de bienes públicos, quedan comprendidos en él [,] aspectos como el poder *disponer de instalaciones públicas, remodelarlas, etc.*” (sentencia de 31 de agosto de 2001, inconstitucionalidad 33-2000). Por tanto, el aprovechamiento y disposición particular de los bienes públicos son conductas que pueden considerarse comprendidas en el término “explotar”. Pero se aclara que, si bien la idea de explotación no exige el aprovechamiento económico, lo cierto es que tampoco encaja en el mero concepto de “uso” de un bien público, pues se asocia con acciones que exceden el mero uso: “disponer” y “aprovechamiento particular” (inconstitucionalidad 50-2010, ya citada). Disponer es una de las facultades materiales del dominio que permite, entre otros supuestos, transformar la naturaleza del bien.

En la citada sentencia de inconstitucionalidad 50-2010, se indicó que, cuando se habla de explotación, debe entenderse que no se alude al uso común del bien de uso público, puesto que este se caracteriza por ser del disfrute colectivo, gratuito, etc., sino a que las normas constitucionales prevén condiciones de aplicación relativas al uso particular o privativo del bien, en los términos ya relacionados, que puede incidir en el goce que de este tenga habitualmente la colectividad, ya sea regulándolo o limitándolo; ello, en beneficio del sujeto al que se le otorgó la posibilidad de explotación privativa. Aunque se aclara que permitir el uso privativo de un bien de uso público siempre debe suponer la compatibilidad con el uso general de la colectividad.

3. Los arts. 120 y 233 Cn. prevén el régimen constitucional sobre la explotación de los bienes de uso público. El primer precepto determina que las concesiones para la explotación de las obras materiales de uso público deberán ser conocidas y aprobadas por la Asamblea Legislativa (condición ratificada por el art. 131 ord. 30° Cn.), quien también tendrá que estipular el plazo y las condiciones, atendiendo a la naturaleza de la obra y al monto de las inversiones requeridas. El segundo establece que los bienes de uso público solo podrán gravarse con la autorización del Órgano Legislativo y únicamente a favor de entidades de utilidad general.

La intervención estatal para autorizar la explotación de los citados bienes es

constitucionalmente impuesta, y solo puede acordarse mediante una concesión legislativa (art. 120 Cn.). En la referida sentencia de inconstitucionalidad 28-2008, se argumentó que, en los casos de bienes de uso público, la protección de los intereses económicos nacionales involucrados requiere que los arts. 103 y 233 Cn. se interpreten complementariamente, por lo que el régimen constitucional sobre la explotación de los bienes públicos incluye la intervención legislativa mediante la concesión, así como el establecimiento de ciertas condiciones. La razón que lo justifica es el carácter político-económico fundamental de la “autorización” legislativa y la función de garantía que ella cumple respecto de otros poderes.

La concesión es un instrumento administrativo para habilitar o permitir la participación del sector privado en el desarrollo de actividades que por tradición se han identificado como tareas típicas del Estado, por su finalidad de aprovechamiento general. En tal caso, se la usa para incorporar a los particulares en la realización de estas actividades. En sentido estricto, por concesión se entiende el acto jurídico mediante el cual se transmite a un particular, en casos de interés general y por tiempo determinado, una habilitación para que, por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado, preste un servicio público *o pueda usar, aprovechar y explotar bienes de dominio público*, de acuerdo con el régimen aplicable y a cambio de una remuneración que puede consistir en las tarifas que paguen los usuarios del servicio o en los frutos y beneficios que perciba por la utilización del bien.

Tal acto jurídico posee un carácter complejo; resulta de la combinación de los siguientes elementos: (i) es un acto unilateral por el que la concesión se otorga en casos de interés general; (ii) es un acto normativo por el que se fijan reglas con efectos generales y particulares que regulan la organización y funcionamiento del servicio público o la forma en que la explotación de los bienes concesionados se hará; y (iii) es un acto contractual de naturaleza financiera, su cese se caracteriza porque no puede ser modificado de manera unilateral por la administración, está destinado a establecer ciertas ventajas económicas personales, así como asegurar la remuneración del concesionario, propiciar nuevas inversiones para mejorar el servicio o bien concesionado y proteger los intereses legítimos del particular, aunque sin dejar de subordinar los poderes de este a las obligaciones que en la materia impone la ley.

La jurisprudencia constitucional también se ha referido a la concesión demanial y de obra pública, es decir, la concesión para explotar bienes de uso público y obras públicas. El primer tipo de concesión habilita un uso privativo o especial del dominio público, de modo que el acto

concesional permite al concesionario la utilización del bien e impone la correlativa prohibición a los demás de aprovecharse de él en forma directa. Esta concesión busca compatibilizar el interés público en la conservación y protección del demanio con el interés privado de su explotación. Por su parte, en la concesión de obras públicas “no se otorga la explotación de un mero bien público, sino de una construcción, instalación, equipamiento o infraestructura, que *puede o no estar radicada en un bien demanial* y haber sido construida o no por el mismo particular (si solo se le encarga la construcción es un contrato de obra pública, pero no una concesión), pues lo relevante es la habilitación para la gestión económica de esa obra” (sentencia de inconstitucionalidad 50-2010, aludida).

Los arts. 129 y 131 ord. 30° Cn. establecen requisitos que deben cumplirse para predicar la validez constitucional de las referidas concesiones. Se exige una intervención directa y singular de la Asamblea Legislativa, de modo que no es admisible una aprobación anticipada, general y abstracta de las condiciones de concesión. Deben ser temporales o sujetas a un plazo definido. Y han de desarrollarse taxativamente sus aspectos elementales, “[...] atendiendo a la naturaleza de la obra y de las inversiones requeridas [...]”, de ahí que para fijar dichas circunstancias debe observarse el principio de proporcionalidad (inconstitucionalidad 50-2010, citada). Estos requerimientos reciben una actualización legislativa en el art. 134 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, dado que se prevé que en las concesiones de obra pública las bases deberán ser presentadas a la Asamblea Legislativa para su aprobación, y para cumplir con lo regulado en el art. 120 de la Constitución de la república deberán contener como mínimo las condiciones básicas de la concesión y el plazo.

4. Puesto que la Constitución no prohíbe la explotación de los bienes de uso público, y retomando específicamente el punto debatido en este proceso, es preciso hacer una breve referencia al régimen constitucional de explotación de las calles o carreteras y de las edificaciones cimentadas en dichas vías.

Las calles y carreteras son bienes de dominio y de uso público, porque pertenecen al Estado, están sujetas a reglas de Derecho Público y su goce es para toda la colectividad. Y esto es así pese al origen de los fondos que se utilicen para su construcción y de la naturaleza –privada o pública– del sujeto que las construye. Sin embargo, su explotación puede ser confiada a los particulares. Si, como quedó dicho, por “explotación” se entienden todas las formas de aprovechamiento y disposición particular que admitan los bienes públicos, entonces cualquiera

con capacidad jurídica puede explotar una calle. La Constitución no enuncia qué cualidades especiales debe cumplir el sujeto que ha de practicar la explotación. Ahora bien, quien se involucra en la gestión del servicio de transporte de pasajeros, con independencia de su naturaleza pública o privada, entra en el campo de un servicio público, máxime si lo hace obteniendo una ventaja por el uso preferente de una vía pública. Por ello, deberá cumplir con los principios que rigen la prestación de los servicios públicos, tales como:

A. Principio de legalidad. El legislador tiene un margen considerable de acción para configurar ese servicio, sin perjuicio de que el constituyente haya previsto un régimen constitucional para la explotación. En efecto, en la referida sentencia de inconstitucionalidad 33-2000, este tribunal sostuvo que los arts. 112, 110 inc. 4° y 221 inc. 2° Cn.”[...] obligan a que la regulación de los servicios públicos –prestación de actividades tendentes a satisfacer necesidades o intereses generales– se encuentre en el ámbito del Derecho Público, precisamente para garantizar la esencia del mismo”.

B. Principio de continuidad. Se trata de que el servicio público se desarrolle de forma ininterrumpida, según la naturaleza de la prestación. Y con independencia del carácter público o privado de su prestador, es necesario que se brinde según la continuidad convenida, a fin de satisfacer las necesidades del colectivo.

C. Principio de perfectibilidad o adaptabilidad de los servicios públicos, según el cual quien facilita esos servicios está obligado a incorporar a la prestación que suministra los adelantos técnicos que se vayan produciendo.

D. Principio de neutralidad. Los servicios públicos deben prestarse teniendo en cuenta las exigencias del interés general, siendo ilícita su utilización con fines partidistas, como un medio de propaganda política o de favoritismo.

E. Principio de igualdad. El campo de la prestación de servicios producto de una concesión implica un trato paritario para todos los que tienen derecho de acceso al servicio y la prohibición correlativa de discriminación. No supone un trato uniforme, ya que el tratado diferente en favor de ciertos colectivos es admisible, como sucede en los casos de reducción de tarifas a corporaciones. Sin embargo, pese a las distinciones que pueda hacerse con base en parámetros mercantilistas, debe tenerse en cuenta que el servicio público no pierde su carácter de tal por el solo hecho de ser prestado por un particular, pues este, por ministerio de ley, lleva a cabo actividades de interés público que antes prestara directamente el Estado.

Cabe agregar que el principio de igualdad también opera a favor de los individuos interesados en la prestación del servicio público, por lo que las diferencias estarían prohibidas si se fundamentaran en el hecho de si la persona es natural o jurídica; sino que la habilitación para la prestación de los servicios públicos debe tener como sostén criterios objetivos relacionados con su prestación. Así lo dispuso esta sala en la sentencia de 8 de noviembre de 2004, inconstitucionalidad 2-2002, al afirmar que “[...] las condiciones de eficiencia en la prestación del servicio público [...] no dependen en sí de la naturaleza física o jurídica de la persona ofertante, sino más bien de otros factores que varían desde la capacidad económica del titular, la calidad [...], hasta elementos subjetivos tales como la confiabilidad y responsabilidad de los operadores”.

F. Supervisión estatal. Por otra parte, el particular que brinde un servicio público deberá soportar una intervención acentuada del Estado en cuanto a su administración. Él no solo es titular de derechos subjetivos privados, sino también un prestador, en lugar del Estado, de un servicio público. Y en tal carácter, su actividad se modificará, pues, no obstante ser un particular, deberá asumir algunas actuaciones de carácter público, quedando integrado a la administración pública no estatal. En este sentido, el Estado debe controlar y supervisar la prestación del servicio público sin desnaturalizar o extinguir los derechos, tanto de la comunidad como de los individuos que prestan el servicio, lo que llevará a cabo por medio de sus funciones legislativa, jurisdiccional y administrativa. El objetivo es compatibilizar los ámbitos de libertad empresarial en la prestación de servicios públicos y garantizar al administrado que el obrar de los concesionarios sea legítimo, equitativo y justo con los derechos de los consumidores o de los usuarios en general.

El art. 120 Cn. determina que “[e]n toda concesión que otorgue el Estado para la explotación de muelles, ferrocarriles, canales u otras obras materiales de uso público, deberán estipularse el plazo y las condiciones de dicha concesión, atendiendo a la naturaleza de la obra y el monto de las inversiones requeridas. Estas concesiones deberán ser sometidas al conocimiento de la Asamblea Legislativa para su aprobación”. Aquí, la Constitución prevé requisitos específicos para la concesión de obras materiales de uso público, entre las cuales podemos ubicar a las calles, y específicamente el carril segregado y las demás edificaciones construidas en vías públicas. Este, como se indicó antes, fue ratificado por el art. 131 ord. 30°, que atribuye a la Asamblea Legislativa la competencia de aprobar las concesiones contempladas en el art. 120 Cn.

Esa aprobación adopta la forma de una concesión legislativa, y esta posee un mecanismo

de adjudicación: la licitación. Sobre este punto, en la jurisprudencia constitucional (ej., sentencias de 10 de abril de 2015 y 25 de octubre de 2017, inconstitucionalidades 61-2011 y 67-2015, respectivamente) se ha sostenido que, en atención a lo regulado por el art. 234 inc. 1° en., cuando “[...] el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto en los casos determinados por la ley”. De esta manera, “[...] se ha instaurado a la licitación pública como regla general de contratación de la Administración Pública”.

Dicho mandato constitucional implica que la Asamblea Legislativa, al emitir la regulación infraconstitucional, debe acoger la licitación pública como la regla general de contratación. Tal autoridad queda habilitada para determinar los casos en los que, por mediar supuestos excepcionales, no sea factible la licitación pública como medio de contratación. En ese sentido, se ha rechazado la idea de que el legislador tiene plena libertad de escoger si opta por la licitación pública como forma de contratación o si, de manera general, elige otro mecanismo, pues ello contradiría el art. 234 inc. 1° Cn. (inconstitucionalidad 61-2011, precitada).

De ahí que, la regla de utilizar la licitación pública como mecanismo de contratación pública rige la producción legislativa en esa materia, de manera que las leyes que se emitan al respecto han de observar tal mandato. Del mismo modo, dicha regla rige las contrataciones practicadas directamente por la Asamblea Legislativa, particularmente cuando se trate de adjudicar una concesión demanial, porque no solo se trata de una contratación pública, sino de un mecanismo mediante el cual se autoriza que un particular intervenga en un ámbito público. Entonces, *la concesión legislativa debe practicarse mediante una licitación pública*.

VII. La licitación pública como mecanismo por medio del cual se adjudica una concesión legislativa.

Por licitación pública se entiende el procedimiento administrativo por medio del cual la administración invita a los interesados a que, con plena observancia de las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas, de las cuales se seleccionará y aceptará la más ventajosa o conveniente para los fines del Estado. La opción del constituyente por la licitación pública como regla general de contratación de la administración puede explicarse a partir de las características y principios que le rigen (sentencia de 10 de abril de 2015, inconstitucionalidad 61-2011).

1. La licitación es un procedimiento por medio del cual la administración pública elige al contratante que mejor satisfaga sus necesidades; por ello, el contrato correspondiente se adjudicará al postulante que objetivamente haya planteado la mejor oferta, esto es, por ejemplo, el menor costo con las mejores condiciones de ejecución, la mejor calidad. De manera que en ello no interviene la libre voluntad de la entidad contratante.

2. La licitación representa una garantía para la administración pública, porque desde el momento en que plantean sus ofertas, los oferentes quedan obligados a mantenerlas mientras se verifica la adjudicación.

3. De la totalidad de las opciones posibles, habrá un acto de la administración que tendrá que seleccionar la que mejor optimice los intereses generales.

4. El proceso licitatorio se sujeta a los principios de oposición o concurrencia, publicidad e igualdad.

El principio de oposición o concurrencia constituye la base jurídica de la licitación, pues implica que pueda ofertar todo aquel que cumpla los requisitos respectivos jurídicos, técnicos, económicos, etc.—, de modo que no se establezcan barreras ni restricciones arbitrarias. El argumento central es que es razonable suponer que si varios interesados plantean sus ofertas, la administración pública —en este caso la Asamblea Legislativa— podrá seleccionar al postor que muestre las condiciones más favorables a partir de la sola comparación objetiva de las ofertas realizadas. En tal sentido, la licitación persigue resguardar los intereses públicos, pues busca optimizar la competencia y el acceso a la contratación. Además, la presentación de varios oferentes y la selección pública del más apropiado de estos disminuye la sospecha de connivencia entre el licitador seleccionado y la autoridad que adjudica. También promueve la competencia en el ámbito de las contrataciones públicas y es un mecanismo idóneo para prevenir prácticas de corrupción.

Sin embargo, en la práctica podrían acaecer circunstancias que impidan la oposición. En efecto, puede ocurrir que, pese a la publicidad de las bases de la licitación, solo se presente un oferente, a quien se le adjudicaría la licitación sin que haya oposición fáctica; e incluso, que ninguno se presente; o que los postulantes no satisfagan los requerimientos de la administración. Ante tales supuestos, la licitación se declararía desierta y, como excepción, podría optarse por otro procedimiento de adjudicación, que será definido a partir de los parámetros que haya configurado el legislador en la normativa que pueda resultar aplicable al caso. Entonces, con tal

excepción no se soslayaría el interés público que se resguarda a través del principio de oposición, ya que en ese supuesto concreto no median las condiciones para que se ejecute la licitación.

El principio de publicidad prohíbe la reserva o secreto de la licitación —en todas sus fases— y exige mecanismos idóneos disponibles para difundir oportunamente la cuestión. La oposición solo puede practicarse si los potenciales licitadores se enteran oportunamente de su apertura, de modo que la falta o ineptitud de los mecanismos de publicidad podría viciar la licitación misma, porque en ausencia de la publicidad no pueden darse por observados los demás principios que rigen el mecanismo contractual en mención.

El principio de igualdad, el cual ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia de esta sala al respecto, véase la sentencia de 19 de enero de 2015, inconstitucionalidad 34-2011, y aplicado al ámbito que nos ocupa, se materializa desde el inicio del procedimiento licitatorio hasta la adjudicación de la concesión. Este principio exige que todos los oferentes se encuentren en la misma posición, con idénticas facilidades y sujetos a las mismas bases e implica que no haya preferencia ni distinción entre estos, sino que se elija a quien plantee la mejor oferta. Dicho de otra forma: que todas las personas interesadas en una licitación puedan estar en idénticas condiciones y gozar de las mismas oportunidades desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la adjudicación. Correlativamente, para el caso en cuestión, este principio impone a la Asamblea Legislativa el deber de garantizar que las condiciones sean las mismas para todos los interesados, dando solamente preferencia a la oferta que sea más favorable para el interés público.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que, a instancia de las autoridades administrativas correspondientes, la Asamblea Legislativa establezca requisitos a los licitantes que no constituyan barreras innecesarias, puesto será ella la que, con arreglo a parámetros específicos establecidos en las bases de la licitación y consecuente concesión, puede determinar a cabalidad el perfil del ofertante que cubriría las necesidades concretas por las que se ha generado la licitación. En consecuencia, en este caso, le corresponde a dicho órgano estatal, por el conocimiento de las necesidades que motivan la concesión, establecer las limitaciones o requisitos que considere pertinentes dentro de los parámetros de razonabilidad que impone el ordenamiento jurídico.

5. El proceso licitatorio también debe respetar los principios de la competencia, entre los cuales están el de concurrencia y el de publicidad (sentencias de 10 de abril de 2015 y 25 de octubre de 2017, inconstitucionalidades 61-2011 y 67-2015, por su orden). El primero pretende

alcanzar dos finalidades: que los agentes económicos interesados en contratar con la administración pública presenten las mejores ofertas, con el objeto que, entre ellos, se genere una competencia que fomente la calidad, eficiencia, coste y valor agregado de los productos y servicios que se pretenden adquirir, ya que esto permitirá al Estado, los municipios o las instituciones oficiales autónomas “[...] seleccionar al postor que muestre las condiciones más favorables, a partir de la sola comparación objetiva de las ofertas realizadas”; y disipar la posibilidades de conductas colusorias o anticompetitivas generadas por los oferentes. Y el segundo pretende la proscripción de reserva o secreto de lo concerniente a la licitación —en todas sus fases—, pero además la adopción de los mecanismos idóneos disponibles para difundir oportunamente la cuestión; esto último es importante, ya que en la medida que más agentes económicos conozcan de las adquisiciones públicas, mejor será la competencia entre ellos.

6. La licitación es un procedimiento, por cuanto se desarrolla en fases sucesivas y concatenadas que, con las variables que pueda introducir el legislador, han de incluir: el establecimiento del pliego de condiciones o de las bases de la licitación; un llamado a la licitación; la presentación de las ofertas; la apertura de las ofertas; y la adjudicación. En términos generales, tales fases suponen lo siguiente:

A. El establecimiento del pliego de condiciones o bases de la licitación es el punto de partida de la licitación. Consiste en definir qué se licita, las condiciones de la concesión que se persigue y el trámite que observará la licitación. En la improcedencia de 11 de noviembre de 2011, amparo 301-2011, se sostuvo que “[...] contienen las condiciones del contrato a celebrar, así como las reglas del procedimiento de la licitación; en ese sentido encuentran su origen en las necesidades mediatas e inmediatas a que la [a]dministración pretende llegar y son fijadas unilateralmente por [e]sta”.

B. El llamado a la licitación implica la noticia dirigida al público sobre la licitación, y ha de mostrar el objeto y modalidades de la concesión a adjudicar.

C. La presentación de ofertas corresponde a los sujetos que, teniendo idoneidad para contratar con la administración pública, muestren interés en participar en la licitación. En esta fase, las propuestas u ofertas han de ser recibidas por la Asamblea Legislativa si se hubiesen presentado en tiempo, lugar y forma, aunque oportunamente solo sean consideradas las que observan los requisitos respectivos. Es preciso reiterar que al presentar su oferta, el oferente queda obligado a mantenerla por el tiempo que a tal efecto establezca la normativa aplicable o las

bases de la licitación.

D. La apertura de las ofertas es el acto en que, con la amplitud y cumplimiento de las formalidades establecidas por la legislación, la administración —en este caso, la Asamblea Legislativa, hace constar el número y titulares de las ofertas recibidas, toma conocimiento de su contenido y deja constancia de tales elementos. Estos han de ser sucesivamente analizados por el ente licitante.

E. La adjudicación es el acto por el cual la Asamblea Legislativa—pues nos referimos a la concesión legislativa— decide cuál es la oferta más ventajosa y exterioriza su aceptación luego de haber analizado todas las ofertas consideradas y expone las razones técnicas y objetivas pertinentes.

Finalmente, es preciso indicar que las fases anteriores están abiertas a una amplia delimitación por parte de la Asamblea Legislativa, quien determinará la extensión, formalidades y requisitos de cada fase y podrá incluso añadir otras, según las necesidades que identifique o los fines que persiga.

VIII. Análisis sobre el carril segregado para el uso del SITRAMSS y sobre las estaciones que se construyeron en las vías públicas para el mismo fin.

1. La existencia del carril segregado para el uso del SITRAMSS y las vías en las que se construyeron estaciones para el mismo fin son hechos que goza de notoriedad y, además, las partes han aceptado su existencia, por lo que no requieren ser probados. Además, son bienes de uso público. Ambos están ubicados a lo largo de una vía pública preexistente, que inicia en el denominado “Bulevar del Ejército” y concluye en la llamada “Alameda Juan Pablo II”. De manera específica, abarca un tramo de “[...] aproximadamente seis punto cuatro kilómetros (6.4 Km) comprendido entre la Avenida Rosario Sur del Municipio de Soyapango y la Treinta y Tres Avenida Norte del municipio de San Salvador [...]” (resolución de 16 de abril de 2015, emitida por el director general de tránsito).

Otro hecho de notoriedad general, que no requiere prueba en el presente proceso, es que en algunos puntos ubicados a lo largo de ese carril segregado se han construido varias estaciones para el uso del SITRAMSS; a saber: Hospital MQ, Parque Infantil, Parque Centenario, Reloj de Flores, Fenadesal, Amatepec y Antekirta. Sobre estas hay una referencia como parte de la estructura relacionada con el SITRAMSS en el sitio web oficial del Viceministerio de Transporte: <http://www.vmt.gob.sv>. Las estaciones están ubicadas en vías públicas preexistentes. Según la

regulación civil y su propia naturaleza el uso de tales bienes “[...] le pertenece a todos los habitantes de la Nación” (art. 571 CC), y ese uso es gratuito, libre e indiscriminado; es decir, *el carril segregado es una calle y, como tal, constituye un bien de uso público por antonomasia. Igual naturaleza presentan las vías en las que las estaciones del SITRAMSS se han construido.* Finalmente, no se ha comprobado la existencia de alguna terminal ubicada en una vía pública.

2. Sobre si la utilización del carril segregado y de las estaciones construidas en vías públicas para el funcionamiento SITRAMSS implican un uso especial o privativo, el presidente de la república y el ministro de obras públicas, transporte, vivienda y desarrollo urbano afirmaron que no existe explotación alguna reconocida a favor de un particular. Para ambos, lo que hay es una mera utilización para el funcionamiento del SITRAMSS, que es un servicio público. De ahí que, en su opinión, mantengan su uso público común.

Sin embargo, al analizar la regulación pertinente, de acuerdo con lo informado por el ministro de obras públicas, transporte, vivienda y desarrollo urbano, se advierte que en el carril segregado solo podían transitar los vehículos de transporte público colectivo de pasajeros que reunieran los requisitos técnicos de un BRT; cualquier vehículo particular que estuviera siendo utilizado para atender una situación de emergencia; las ambulancias de hospitales públicos y privados, y los vehículos de los cuerpos de socorro; los del Cuerpo de Bomberos de El Salvador; de la Policía Nacional Civil; de la Fuerza Armada; de la Dirección General de Protección Civil; y de los diferentes cuerpos de Agentes Metropolitanos. Mientras que el resto de vehículos solo podrían circular en horario de 9:30 p.m. a 4:30 a.m. Por tanto, *en los carriles segregados se ha vedado el tránsito de las unidades de transporte público de pasajeros sin haber seguido el trámite establecido en la Constitución, pues los horarios de prestación del servicio no coinciden con los habilitados para la circulación.* También se ha impedido la circulación de los vehículos particulares, nacionales, oficiales, diplomáticos, consulares, de misiones internacionales, de alquiler, autobuses, microbuses, comerciales, remolques, camiones, motos y vehículos especiales para personas con discapacidad en el horario comprendido entre las 4:31 a.m. y las 9:29 p.m.

Si se establece un horario en el que puede transitarse en el carril segregado y otro en el que no está permitido su uso, entonces hay una restricción del uso libre e indiscriminado del carril segregado para todo el sector de la población al que se le veda el tránsito en esa vía durante el citado horario. Asimismo, supone el reconocimiento de un uso privativo o especial, otorgado sin haber seguido el procedimiento correspondiente. De esta forma, la segregación del carril en sí

misma implica una modificación tendente a limitar el uso de unos para favorecer a otros. Los particularmente privilegiados con el uso preferente son los titulares de los vehículos utilizados para el SITRAMSS, quienes ofrecen el servicio de transporte público de pasajeros, pues, según lo afirmado por el presidente de la república, el funcionamiento de ese nuevo sistema requería de un carril exclusivo, preferencial o segregado. La segregación del carril se habría hecho para posibilitar la implementación de ese nuevo sistema de transporte. Tal sistema, en palabras del presidente, es prestado por “[...] la Unión de Empresas SIPAGO SITRAMSS S.A. de C.V., en la que participan las siguientes sociedades: a) SI EL SALVADOR S.A. de C.V.; b) ICBS, S.A. de C.V.; y e) SIPAGO S.A. de C.V. [...] cuyos accionistas representan el 75% de los transportistas actuales del Área Metropolitana de San Salvador que cuentan con concesiones otorgadas desde el año 2006”.

En ese sentido, pese a que el presidente de la república y el ministro de obras públicas, transporte, vivienda y desarrollo urbano sostuvieran que toda la infraestructura construida es de carácter público, siendo el Estado quien ejerce su control, regulación y disposición y que ningún particular cobra por explotar el carril segregado ni el resto de la infraestructura construida para el SITRAMSS, se ha comprobado que se ha alterado el uso público de un carril (carril segregado), y se ha instaurado su uso especial para el SITRAMSS. Y pese a que estos no cobran por el uso del carril segregado ni de las estaciones construidas en los bienes de uso público respectivos, lo cierto es que sí utilizan dichas edificaciones de manera preferente para prestar el servicio público de transporte de pasajeros, por el cual sí pagan sus usuarios. Entonces, los particulares que ofrecen el servicio del SITRAMSS sí se benefician de la aludida infraestructura estatal para prestar el servicio de transporte, que brindan de manera onerosa. Por lo que no puede negarse la utilización preferente de las citadas edificaciones que se les ha conferido.

3. Y en vista de que se ha acreditado la existencia del uso preferente de bienes de uso público a favor de los particulares que prestan el servicio del SITRAMSS, su uso privativo o explotación se debió haber llevado a cabo en los términos indicados en el art. 120 Cn., es decir, debió existir una autorización de la Asamblea Legislativa, mediante la figura de la concesión.

IX. Resolución del caso.

Tanto el presidente de la república como el ministro de obras públicas, transporte, vivienda y desarrollo urbano han aceptado categóricamente que ni la Asamblea Legislativa ni ninguna otra autoridad ha otorgado una concesión para el uso de toda la infraestructura

construida para el SITRAMSS; y lo han hecho amparándose en el argumento de que no existe un uso privativo de por medio. No obstante, ya se estableció que sí se ha alterado el uso público de las vías en las que se segregó un carril y se construyeron estaciones para el uso privativo de los vehículos requeridos para el SITRAMSS, de manera que sí hay explotación o uso especial de por medio. Entonces, a tenor de lo que indica el art. 120 Cn., era necesario concesionar la explotación de dichas vías.

1. Teniendo lo anterior como premisa, se analizará la constitucionalidad (A) del art. 5 n° 2, 8, 25 y 57; y art. 156 inc. final RGTT; (B) de los arts. 41 y 43 LTTTSV y (C) de los demás actos normativos que aparentemente habrían servido de base para el asunto debatido.

A. En cuanto a los preceptos pertenecientes al RGTT, el presidente de la república alegó que se trata de disposiciones que solo establecen el significado de algunos elementos técnicos asociados al SITRAMSS, pero no establecen un régimen de uso privativo cuestionado. En efecto, el n° 2 del art. 5 RGTT define qué deberá entenderse por andén; el n° 8, qué implican los carriles segregados exclusivos y/o preferenciales; el n° 25, qué significa una estación de trasbordo; y el n° 57, qué habrá de entenderse por terminal de integración. Por su parte, el inciso final del art. 156 RGTT solo determina requisitos de autorización para el funcionamiento de elementos asociados al SITRAMSS, pero no establece requisitos para la implementación de su uso privativo a favor de algún particular. En los números 2, 8, 25 y 57 del art. 5 RGTT, estamos en presencia de definiciones, y estas no tienen por sí misma la pretensión de dirigir la conducta mediante una prohibición, una imposición o una permisión. Hay que recordar siguiendo a Ricardo Guastini, reconocido doctrinario de derecho constitucional que la función de las definiciones es aclarar en qué sentido debe entenderse un vocablo y, con ello, si el autor de la fuente ha querido restringir o limitar el poder de interpretación del texto normativo en ese aspecto. Por tanto, el arts. 5 no 2, 8, 25 y 57 RGTT no contraviene el art. 120 Cn., por lo que su inconstitucionalidad deberá desestimarse.

En el caso del art. 156 inc. final RGTT, su contenido regulativo, más que referirse a la creación de un sistema integrado de transporte de carácter exclusivo, lo presupone; es decir, en aquellos casos en que la Asamblea Legislativa autorice la explotación exclusiva de las calles o de obras públicas, entonces la dirección general autorizará el funcionamiento de las terminales, cualquier otra infraestructura y de la propaganda en dicho sistema. La potencialidad aplicativa de esta disposición depende de una condición previa: la concesión legislativa. Si esta acaece, queda

abierta la posibilidad de que se active la autorización a que se refiere el precepto impugnado. Esta forma de interpretar la disposición le confiere sentido a su contenido regulativo, sobre todo si se lo interpreta de forma sistemática con el art. 120 Cn. En consecuencia, al no prever la explotación exclusiva de terminales, otras infraestructuras ni de propaganda, el 156 inc. final RGTT no contraviene el art. 120 Cn., por lo que su inconstitucionalidad deberá desestimarse.

B. a. En cuanto al art. 41 LTTTSV, únicamente su inciso final podría guardar relación con lo rebatido en este proceso, pues determina que “[p]odrán establecerse vías o carriles para uso exclusivo de determinado tipo de vehículos, de conformidad a estudios técnicos realizados o avalados por la Unidad de Ingeniería de Tránsito del Viceministerio de Transporte”. Pero, su supuesto de hecho no alude a la alteración o modificación del uso común de una vía pública para determinar su uso privativo a favor de un particular. Tampoco establece cuál sería el mecanismo para instaurar dicho uso en esas vías ni la autoridad que ha de llevarlo a cabo. Lo único que regula es que, previo a la delimitación del uso, se tomen en consideración los estudios técnicos realizados o avalados por la Unidad de Ingeniería de Tránsito del Viceministerio de Transporte. Y la realización y consiguiente evaluación de esos estudios es parte de los requisitos que deben observarse previo a que la Asamblea Legislativa concesione el uso privativo de alguna vía pública. Entonces, *este precepto no es contrario al art. 120 Cn., por lo que se deberá declarar que no existe la inconstitucionalidad alegada.*

b. Por su parte, el art. 43 LTTTSV prevé que el “Viceministerio de Transporte, a través de la Dirección General de Transporte Terrestre, regulará y controlará las terminales, metas, paradas y puntos de retorno del transporte colectivo y de carga, coordinando, en lo que compete y en base al respectivo Plan Maestro de Desarrollo Urbano, con las diferentes municipalidades del país, sin interferir en su competencia municipal referente a los impuestos y tasas para dicho servicio de transporte”. El texto de esta disposición no hace ninguna referencia a la posibilidad de modificar el uso público de alguna calle para instaurar su uso especial a favor de un particular. Tampoco se refiere a las estaciones para el funcionamiento de sistemas de transporte proporcionado por particulares, por lo que no habilita a ninguna autoridad para establecer dicho uso. *De ahí que el precepto cuestionado no contradiga el art. 120 Cn., de manera que no será declarada su inconstitucionalidad.*

C. Finalmente, corresponde analizar los actos con que se fundamentaron la segregación y uso especial de un carril de una vía pública, como de la edificación de estaciones o paradas en

vías públicas, ambos para el uso del SITRAMSS. Al respecto, el ministro de obras públicas, transporte, vivienda y desarrollo urbano dijo que los actos que respaldan la instauración del carril segregado son el contrato de préstamo n° 2572/0C-ES (celebrado entre la República de El Salvador y el Banco Interamericano de Desarrollo, y ratificado por la Asamblea Legislativa) y la resolución de 16 de abril de 2015, emitida por el director general de tránsito.

Como se observa, aparentemente estamos en presencia de actos normativos o actos subjetivos públicos: un “contrato” y una “resolución”. Sin embargo, este tribunal ya ha indicado que el objeto de control del proceso de inconstitucionalidad es la “ley” entendida en su sentido material y formal. Por ello, “[...] puede afirmarse que los actos normativos de naturaleza general y abstracta, cualesquiera que sean su rango, origen o denominación, así como los actos de contenido individual que son aplicación directa de la Constitución [...] son susceptibles de control jurídico mediante el proceso de inconstitucionalidad” (sentencia de 14 de diciembre de 2012, inconstitucionalidad 103-2007). Ello incluye, desde luego, los reglamentos.

En ese orden, esta sala ha determinado que el término “reglamento” ha de ser entendido también en un sentido material. Y como existe una variada gama de reglamentos, para el presente caso, solo se aludirá a los llamados “reglamentos de ejecución”. Estos son instrumentos compuestos por disposiciones jurídicas obligatorias y con valor subordinado a la ley, que generalmente son producidos por el presidente de la república (art. 168 ord. 14° Cn.), cuyo propósito es el desarrollo de leyes (sentencias de 16 de julio de 2002 y de 25 de junio de 2009, inconstitucionalidades 11-97 y 26-2008, respectivamente). Entonces, “[...] puede concluirse que, con independencia de su denominación, tendrán la naturaleza de reglamento —en su sentido material— las normas emanadas dentro de la función administrativa, cuyo contenido esté subordinado a una ley, y que innoven el ordenamiento jurídico mediante la inclusión de una regla perdurable en el tiempo, destinada a una pluralidad indeterminada de personas. En ese sentido, la naturaleza reglamentaria material de un instrumento jurídico se establecerá con base en sus características esenciales de normatividad, generalidad, abstracción, perdurabilidad y subordinación legal, sin atender al sujeto que las haya emitido, y mucho menos al apelativo del instrumento que las contiene” (inconstitucionalidad 103-2007, precitada).

a. Con respecto al contrato de préstamo 2572/OC-ES, se ha constatado que fue aprobado por la Asamblea Legislativa, mediante Decreto Legislativo n° 992, de 25 de enero de 2012, publicado en el Diario Oficial n° 18, tomo 394, de 27 de enero de 2012. Formalmente, constituye

ley de la república, por lo que su contenido puede ser examinado por esta sala. En efecto, lo estipulado en dicho instrumento guarda relación con el asunto debatido, pues fue acordado para cooperar en la ejecución de un programa de transporte del área metropolitana de San Salvador; incluso, en el punto II 2 03 de su anexo único establece que los recursos respectivos “[...] serán utilizados para financiar el diseño, estructuración, construcción e implementación de un sistema integrado de transporte público de pasajeros, priorizando su desplazamiento en buses articulados de alta capacidad a través de un sistema de carriles exclusivos y segregados”. No obstante, dicho instrumento no permite alterar el uso público de una vía capitalina, por medio de la construcción en ella de carriles segregados ni de una serie de estaciones para el uso privativo del SITRAMSS. Tampoco determina qué autoridad y bajo qué figura jurídica habría de realizarse tal autorización. Por el contrario, en su apartado 4 01 a, el contrato establece la condición de que se hayan cumplido “[...] las pertinentes disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias” que permitieran garantizar “[...] que las obligaciones contraídas por el Prestatario [sean] válidas”. Es decir, previo a la ejecución del contrato, correspondía a las autoridades cumplir los preceptos aplicables, entre los cuales está el art. 120 Cn. De lo anterior puede concluirse que *no es aceptable interpretar que el contrato de préstamo analizado sea el fundamento normativo del asunto debatido, por lo que en relación con este, debe desestimarse la pretensión de inconstitucionalidad.*

b. Por otra parte, la resolución de 16 de abril de 2015, emitida por el director general de tránsito, establece que se declara “[...] el carril segregado de aproximadamente seis punto cuatro [k]ilómetros (6.4 Km) que inicia en el Bulevar del Ej[é]rcito Nacional, a la altura de la [a]venida Rosario Sur [...] del [m]unicipio de Soyapango, continuando por la [a]venida Peralta, luego cruza por [a]venida Independencia, hasta la Alameda Juan Pablo II, concluyendo a la altura de la intersección con la Treinta y Tres Avenida Norte del municipio de San Salvador, departamento de San Salvador, de uso exclusivo de las unidades de transporte colectivo público de pasajeros pertenecientes al Sistema Integrado de Transporte del Área Metropolitana de San Salvador”. Si bien en este instrumento no se ordenó la segregación de las calles mencionadas ni se dispuso la construcción de las estaciones en ellas ubicadas, lo cierto es que sí estableció su uso privativo para los vehículos del SITRAMSS. Por tanto, *sí constituye una base normativa del asunto rebatido.*

Asimismo, se advierte que pese a que se haya dicho que se trata de una resolución, su

contenido creó una norma con permanencia en el tiempo, que ha innovado el ordenamiento jurídico, con destinatarios que no fueron personas concretas, sino un colectivo indeterminado — es decir, toda persona que quisiera hacer uso de las calles afectadas por el uso privativo y en las que se han edificado las estaciones aludidas—. En otras palabras: pese a que se ha llamado resolución y no reglamento—, el instrumento muestra un carácter reglamentario, de modo que es susceptible de análisis mediante este proceso, con respecto a la exclusividad de los carriles segregados para el uso privativo de los particulares que prestan el SITRAMSS.

Sobre este punto, el presidente de la república y el ministro de obras públicas, transporte, vivienda y desarrollo urbano sostuvieron que la infraestructura construida para el SITRAMSS mantiene su uso público, porque puede ser usado por la colectividad en general. No obstante, la citada resolución declara explícita y claramente un uso privativo del carril segregado y de las estaciones construidas en él a favor de los particulares que brindan el servicio público de pasajeros del SITRAMSS. Esto implica una restricción del uso libre e indiscriminado de los bienes de uso público en el que se alojan dichas edificaciones. Tal supuesto encaja en el ámbito de aplicación del art. 120 Cn., de modo que era necesario el otorgamiento de una concesión legislativa específica. Y al no existir una concesión legislativa que autorice la explotación de la calle, la resolución carece de la base habilitante y necesaria que condiciona su validez.

Lo anterior es la razón por la que la resolución de 16 de abril de 2015 en la que el director general de tránsito ordenó la exclusividad del carril segregado para el uso del SITRAMSS vulnera el art. 120 Cn., según el cual la explotación de bienes de uso público por parte de particulares debe ser autorizada por la Asamblea Legislativa mediante una concesión. De ahí que *en este punto la pretensión debe estimarse y, por tanto, se debe declarar su inconstitucionalidad y ordenar su expulsión del ordenamiento jurídico.*

Asimismo, en caso de tener evidencia de la existencia de algún otro instrumento normativo que no haya sido incorporado al expediente (en el que se haya ordenado la segregación del segmento de aproximadamente 6.4 kilómetros de calles que antes fueran de uso público, libre e indiscriminado, y la construcción de estaciones en dicho carril), en el proceso de ejecución, y como mecanismo de cumplimiento del presente proveído, tal instrumento deberá ser sometido al escrutinio de esta sala, a fin de determinar su posible contradicción con lo resuelto por este tribunal.

X. Efectos de la sentencia.

1. Como ha reiterado la jurisprudencia constitucional, esta sala posee autoridad para modular los efectos de sus decisiones. En efecto, como se dijo en la sentencia de 13 de enero de 2010, inconstitucionalidad 130-2007, “[...] este [t]ribunal puede modular los efectos de sus decisiones, porque ello constituye una función inherente a su actividad jurisdiccional. En vista de que esta [s]ala se encuentra obligada a brindar una eficaz protección de los contenidos constitucionales por su papel de guardián de la constitucionalidad, puede usar los diversos mecanismos que desarrollan la doctrina y la jurisprudencia constitucional para reparar las infracciones cometidas contra la Constitución”.

La posibilidad de modulación temporal de los fallos de las sentencias que tiene esta sala ha dado lugar a que en determinadas ocasiones y cumpliendo con ciertos requisitos se puedan proferir las llamadas sentencias con efectos diferidos. Como se estableció en la sentencia de 23 de diciembre de 2010, inconstitucionalidad 5-2001 AC, dentro de la tipología de sentencias que se puedan emitir en el proceso de inconstitucionalidad están las prospectivas o de inconstitucionalidad diferida. Mediante este tipo de sentencia, este tribunal modula los efectos de su fallo hacia el futuro, es decir, suspende los efectos de la sentencia por un período razonable de tiempo, con el fin de preservar la integridad y supremacía de la Constitución, con respecto a otros bienes que pudieran ser afectados por el vacío que genera la inconstitucionalidad.

Este “plazo de espera” (en términos de Hans Kelsen) permite que la autoridad controlada sea ella misma quien reemplace o corrija el vicio por el cual fue invalidada la norma jurídica o acto normativo que fue sometida al control constitucional. En efecto, como se dijo en la sentencia de 12 de diciembre de 2018, inconstitucionalidad 126-2014, esta variante de la sentencia constitucional se define como “[...] aquellos pronunciamientos que no expulsan inmediatamente una norma y otorgan un espacio de tiempo, para que la autoridad competente emita el cuerpo jurídico, norma jurídica o acto normativo correspondiente con el propósito de impedir el vacío que provocaría su eliminación o para permitir la adaptación a la situación que se producirá ante la ausencia de la norma. Esta sala ya ha emitido decisiones que se pueden calificar como tales; por ejemplo, las sentencias de 14 de enero de 2016 y 28 de mayo de 2018, Incs. 109-2013 y 96-2014, respectivamente”.

2. A. Con respecto a la resolución de 16 de abril de 2015, emitida por el director general de tránsito del Viceministerio de Transporte, mediante la cual se declaró el uso privativo de las calles para los vehículos del SITRAMSS, el fallo que se emita en la presente sentencia tendrá

efectos inmediatos. La razón es que la única manera de reparar la violación al art. 120 Cn. es entender que tras la declaratoria de inconstitucionalidad dicha decisión ha quedado expulsada del ordenamiento jurídico a partir del día siguiente al de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial.

B. En relación con la construcción del carril segregado y de las estaciones en él ubicadas, el fallo de la presente sentencia tendrá efectos diferidos. Esta sala no puede desconocer que, desde el punto de vista constitucional, no han de eludirse los efectos nocivos que, de forma momentánea, pero no menos irreparable, pudiera tener el efecto inmediato de esta sentencia. En vista de que no ha habido una concesión legislativa mediante la cual se haya autorizado la construcción del carril segregado y de las estaciones en él ubicadas, para el uso privativo por parte de los particulares que prestan el servicio público de transporte de pasajeros del SITRAMSS, el efecto inmediato tendría que ser ordenar la realización de las obras necesarias para rehabilitar el tránsito entre el carril segregado y los carriles contiguos.

Sin embargo, previo a la adopción de medidas tan drásticas como las apuntadas, es razonable permitir que se corrija el vicio cometido. De esta manera, si se brinda la posibilidad de que la Asamblea Legislativa inicie un proceso licitatorio que cumpla con los requerimientos indicados en esta sentencia (en el que se permita la participación con igualdad de oportunidades a quienes hoy por hoy explotan el bien público sobre el cual funciona el sistema integrado de transporte denominado SITRAMSS), sin que sea necesario que esta sala tome una decisión de ordenar las obras físicas correspondientes, se permite que la autoridad competente provea una solución al efecto que produciría la declaratoria de inconstitucionalidad.

En este sentido, se otorgará a la Asamblea Legislativa un año, contado a partir del día siguiente al de la notificación de la presente sentencia, para decidir si concede, previo procedimiento licitatorio, la autorización para la explotación del bien de uso público en el que están construidas las edificaciones referidas. Se reitera que dentro de ese intervalo de tiempo tendrá que darse un estricto cumplimiento a lo establecido en el considerando VII de la presente sentencia. De lo contrario, esta sala tendrá por incumplida la sentencia y ordenará realizar las obras necesarias para rehabilitar el tránsito entre el actual carril segregado y los carriles contiguos y eliminar las señalizaciones referidas a su exclusividad para el uso del SITRAMSS. Respecto de las estaciones construidas en el mencionado carril, el efecto sería eliminar el uso exclusivo que de ellas hace el SITRAMSS y ponerlas a disposición de las autoridades para que regulen su uso en

beneficio de la colectividad, de modo que recupere su naturaleza de bien de uso público.

XI. Resolución de peticiones reseñadas en el considerando II 12 de esta sentencia.

1. Con respecto al escrito suscrito por los apoderados del presidente de la república, en el que solicitan la revocatoria del auto de 8 de mayo de 2017 y reiteran otras solicitudes que, en conjunto, objetan la configuración del objeto de control y la medida cautelar decretada, es necesario advertir que en esta sentencia se definió la determinación del objeto de control. Por ello, las solicitudes relacionadas con ese tópico han de entenderse resueltas en el sentido ahí expuesto, siendo inoficioso volver a pronunciarse acerca de ello. Y sobre la medida cautelar decretada, al dictarse esta sentencia quedará sin efecto, de manera que también resulta inoficioso pronunciarse sobre las objeciones formuladas.

2. En lo atinente al escrito firmado por el abogado Jaime Osbaldo Morán Hernández, como presunto apoderado general judicial de las empresas SIPAGO SITRAMSS, en el que pide intervención como tercero y revocatoria del auto precitado, se advierte que la posibilidad aludida por el peticionario, es decir, admitir la tercería de una persona por la contingencia de que la sentencia a emitir pudiera afectarle directa e individualmente, se ha reconocido únicamente en los procesos de inconstitucionalidad en los que se revisa un acto de aplicación directa de la Constitución relacionada con la elección de un funcionario por la Asamblea Legislativa, debido a que el acto concreto de aplicación directa de la Constitución le ha beneficiado directa y particularmente a ese funcionario, ya que se trata de un nombramiento que le concierne directamente a esa persona.

Tales condiciones no concurren en el presente caso, porque aunque lo resuelto por esta sala pudiera llegar a tener alguna incidencia en los intereses económicos de las sociedades presuntamente representadas por el peticionario, no lo es de manera directa y particular. El examen constitucional ha versado sobre el cumplimiento de los requisitos fundamentales para alterar el uso público de un bien estatal y no la designación específica para que un particular intervenga en la prestación del servicio público relacionado con el SITRAMSS. Por tanto, resulta improcedente admitir la intervención solicitada por el abogado Morán Hernández, por lo que es innecesario pronunciarse sobre las demás peticiones por él formuladas, debiendo únicamente notificársele esta decisión.

3. Sobre el escrito firmado por los supuestos representantes legales de las empresas Unión de Empresas Sipago Sitramss S. A. de C.V., mediante el cual expusieron que tienen la calidad de

terceros dentro del proceso y solicitaron una reunión con el presidente de esta sala, se ha descartado ya la procedencia de que alguna sociedad involucrada en la prestación del servicio de transporte relacionado con el SITRAMSS intervenga como tercero en el presente proceso, por lo que resulta inoficioso emitir una decisión al respecto, debiendo únicamente notificarles esta decisión.

4. Sobre la certificación parcial solicitada el 16 de julio de 2018 por la secretaria general de la Fiscalía General de la República, se advierte que el art. 166 CPCM —de aplicación supletoria en los procesos constitucionales establece que de “cualquier expediente judicial podrán las partes o quien tuviere interés legítimo obtener certificación íntegra o parcial del mismo”, por lo que es procedente acceder a lo solicitado, pues se ha establecido un interés legítimo relacionado con la tramitación de diligencias de investigación en sede fiscal. En consecuencia, se deberá requerir a la secretaría de este tribunal que extienda la certificación.

5. En cuanto a las solicitudes formuladas por el director general de tránsito del Viceministerio de Transporte, se observa que todas están relacionadas con la medida cautelar decretada. Pero, como se dijo ya en esta sentencia, dicha medida quedará sin efecto, de manera que resulta inoficioso pronunciarse sobre lo expuesto por el citado funcionario, debiendo únicamente notificársele este proveído.

6. Por último, en torno a la certificación parcial solicitada el 12 de septiembre de 2018 por una agente fiscal perteneciente a Dirección de la Defensa de los Intereses del Estado, se reitera que el art. 166 CPCM de aplicación supletoria en los procesos constitucionales — establece que de “cualquier expediente judicial podrán las partes o quien tuviere interés legítimo obtener certificación íntegra o parcial del mismo”, por lo que es procedente acceder a lo requerido, pues se ha establecido un interés legítimo por la instrucción de diligencias de investigación en sede fiscal. En consecuencia, se deberá requerir a la secretaría de este tribunal que extienda la certificación.

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y artículos 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. *Declárase* que en los artículos 5 n° 2, 8, 25 y 57 del Reglamento General de Transporte Terrestre *no existe la inconstitucionalidad alegada* en relación con el artículo 120 de la

Constitución, porque solo establecen definiciones, no modalidades normativas aptas para ser confrontadas por normas constitucionales.

2. *Declárase* que en el artículo 156 inciso final del Reglamento General de Transporte Terrestre *no existe la inconstitucionalidad alegada*, ya que su contenido regulativo, más que referirse a la creación de un sistema integrado de transporte de carácter exclusivo, lo que hace es presuponerlo.

3. *Declárase* que en los artículos 41 y 43 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial *no existe la inconstitucionalidad alegada* con respecto al artículo 120 de la Constitución, ya que sus supuestos de hecho no aluden a la alteración o modificación del uso común de una vía pública para determinar su uso privativo a favor de un particular.

4. *Declárase* que en el Decreto Legislativo n° 992, de 25 de enero de 2012, publicado en el Diario Oficial n° 18, tomo 394, de 27 de enero de 2012, mediante el cual la Asamblea Legislativa aprobó el contrato de préstamo 2572/OC-ES, *no existe la inconstitucionalidad alegada* en relación con el artículo 120 de la Constitución, ya que no permite alterar el uso público de una vía capitalina, por medio de la construcción en ella de carriles segregados ni de una serie de estaciones para el uso privativo del SITRAMSS.

5. *Declárase inconstitucional*, de un modo general y obligatorio, la resolución del director general de tránsito del Viceministerio de Transporte, emitida a las nueve horas del 16 de abril de 2015, mediante la cual declara la exclusividad del carril segregado (que se extiende desde la avenida Rosario Sur, del municipio de Soyapango, hasta la Treinta y Tres avenida Norte, del municipio de San Salvador), por infringir el artículo 120 de la Constitución. La razón es que, pese a que por medio de dicho instrumento no se ordenó la segregación de las calles mencionadas ni se dispuso la construcción de las estaciones en ellas ubicadas, *sí estableció su uso privativo para los vehículos del SITRAMSS*. Esta declaratoria producirá efectos inmediatos.

6. *Otórgase* a la Asamblea Legislativa el plazo de 1 año, contado a partir del día siguiente al de la notificación de la presente sentencia, para que decida si concede, previo procedimiento licitatorio, la autorización para la explotación del bien de uso público en el que están construidos el carril segregado (que se extiende desde la avenida Rosario Sur, del municipio de Soyapango, hasta la Treinta, y Tres Avenida Norte, del municipio de San Salvador) y las estaciones de los autobuses del SITRAMSS. Se reitera que dentro de ese intervalo de tiempo tendrá que darse un estricto cumplimiento a lo establecido en el considerando VII de la presente sentencia.

De lo contrario, esta sala tendrá por incumplida la sentencia y ordenará realizar las obras necesarias para rehabilitar el tránsito entre el actual carril segregado y los carriles contiguos y eliminar las señalizaciones referidas a su exclusividad para el uso del SITRAMSS. Respecto de las estaciones construidas en el mencionado carril, el efecto sería eliminar el uso exclusivo que de ellas hace el SITRAMSS y ponerlas a disposición de las autoridades para que regulen su uso en relación con el transporte colectivo de pasajeros, de modo que recupere su naturaleza de bien de uso público.

7. *Cese* la medida cautelar decretada por medio del auto de 8 de mayo de 2015, porque la resolución por la que el director general de tránsito del Viceministerio de Transporte declaró el uso privativo para los vehículos del SITRAMSS ha sido declarada inconstitucional con efectos inmediatos. La consecuencia derivada de dicha declaratoria es que se habilita el uso público libre de los carriles que originalmente fueron segregados para que los buses del SITRAMSS pudieran circular con exclusividad, es decir, debe considerarse que no existe un uso privativo de los carriles que de hecho están segregados, de modo que no debe haber ningún tipo de restricción en el desplazamiento vehicular.

8. *Requírase* a la secretaría de este tribunal que extienda las certificaciones solicitadas, a las que se ha hecho referencia en los números 4 y 6 del considerando IX.

9. *Notifíquese* la presente sentencia a todos los intervinientes, al presunto apoderado de las empresas Sipago Sitramss y a los supuestos representantes legales de las empresas Unión de Empresas Sipago Sitramss S. A. de C.V.

10. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al director de dicha institución.

voto particular concurrente del magistrado Carlos Sergio Avilés Velásquez.

Aunque concuro con mi voto a la formación de la sentencia, respecto del motivo de inconstitucionalidad declarado, así como de los otros puntos resueltos, considero necesario señalar que dicha resolución no debe interpretarse de manera alguna como un rechazo al Sistema Integrado de Transporte del Área Metropolitana (en adelante el “Sistema” ó “SITRAMSS”), sino únicamente como la declaratoria del incumplimiento del régimen constitucional requerido para la utilización especial de un bien de dominio público; requisito que es necesario satisfacer, a fin de

evitar que el nuevo sistema de transporte se vuelva infructuoso.

En ese sentido, considero oportuno señalar que el SITRAMSS ofrece múltiples beneficios, entre los cuales, por la vinculación que guardan con el orden constitucional, es de destacar los siguientes:

En primer lugar, es necesario mencionar que el nuevo sistema de transporte implica una medida estatal que garantiza el goce del derecho de movilidad. El citado derecho aparece aludido en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, aprobada en el marco del II Foro Universal de las Culturas, celebrado en Monterrey, México, en 2007. Dicho instrumento, si bien tiene un carácter programático, reconoce y se inspira en el espíritu y principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en instrumentos internacionales y regionales adoptados por la comunidad internacional y particularmente por El Salvador. El art. 7.10 de dicha declaración reconoce el derecho a la democracia participativa; ello incluye el “derecho a la movilidad local y a la accesibilidad, pues toda persona tiene derecho a un tráfico ordenado y respetuoso con el medio ambiente y a moverse con facilidad por la ciudad metropolitana. Toda persona discapacitada tiene derecho a que se facilite su movilidad y a la supresión de todas las barreras arquitectónicas”.

Así, puede afirmarse que existe el derecho humano a la movilidad, e implica, entre otras formas de ejercicio no vinculadas con el presente caso, la facultad de desplazamiento de la persona de un lugar a otro, primordialmente, para satisfacer necesidades esenciales que posibiliten el disfrute de una vida digna y el pleno ejercicio del derecho a la libre circulación. Y es que, en la sociedad salvadoreña, como cualquier otra, es incontrovertible que el ser humano tiene la necesidad ineludible de trasladarse de un lugar a otro, a fin de asistir a su lugar de trabajo, a su centro de estudio, a los establecimientos de salud, a los sitios de recreación, o incluso para convivir con otras personas, etc. Entonces, el derecho humano a la movilidad guarda una estrecha relación con derechos fundamentales como el derecho al trabajo, a la educación, a la salud, a un medio ambiente sano, entre otros. Por tal razón, este derecho, de alguna manera ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 13 establece el derecho de toda persona a circular libremente; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 22, párrafo primero, también reconoce el derecho de toda persona que se halle legalmente en el territorio de circular en este; en el art. 14 apartado 2 h) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de

Discriminación contra la Mujer se establece la obligación de los Estados Parte de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular, de asegurar el derecho, entre otros, al transporte. Es de añadir que el derecho a la movilidad está basado en los principios de solidaridad, libertad, equidad, dignidad y justicia social, y persigue mejorar las condiciones de vida, armonizar la convivencia, así como facilitar el disfrute de múltiples derechos fundamentales.

Ahora bien, establecido el reconocimiento del derecho a la movilidad, es preciso señalar algunas formas en las que el SITRAMSS favorece el ejercicio de tal derecho.

En primer lugar, puede mencionarse que el aludido sistema brinda mayor seguridad personal para sus usuarios, porque durante su recorrido está sujeto permanentemente a un monitoreo satelital. Asimismo, todas las estaciones del sistema son custodiadas por personal de seguridad pública, quienes, debido a la infraestructura de las estaciones, pueden garantizar de mejor manera la seguridad personal de los usuarios.

El derecho a la movilidad de los beneficiarios del Sistema también se ve favorecido porque el traslado se realiza en menor tiempo del requerido en el sistema público de transporte tradicional. Ello permite más disponibilidad de tiempo para atender otras actividades, tales como la convivencia familiar, el esparcimiento y el descanso. Con ello se logra elevar el nivel de vida de los usuarios.

En ese orden, es de destacar que todos los elementos que favorecen el derecho a la movilidad propiciados por el SITRAMSS, incluyen a un número masivo de personas, porque en este sistema de transporte es posible trasladar a un número de personas mayor que en cualquier otro tipo de transporte público terrestre.

Ahora bien, es necesario señalar que el mencionado Sistema también ofrece ventajas para el medio ambiente, el cual, según la jurisprudencia constitucional es un derecho fundamental que debe ser garantizado por el Estado, quien tiene la obligación de “mejorar constantemente los bienes ambientales y de preservarlos para el individuo” (sentencia de 26 de enero de 2011, inconstitucionalidad 37-2004). En ese sentido, el SITRAMSS brinda un sistema de transporte público de pasajeros que resulta más apropiado para el medio ambiente, porque las unidades del sistema tienen menor emisión de gases que las unidades del sistema tradicional de transporte. Ello, permite al Estado cumplir con las obligaciones asumidas en la ratificada Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, en cuyo art. 4.c) se establece que los Estados

parte, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y el carácter específico de sus prioridades nacionales y regionales de desarrollo, de sus objetivos y de sus circunstancias, deberán promover y apoyar el desarrollo de tecnologías, prácticas y procesos que controlen, reduzcan o prevengan las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero, en todos los sectores pertinentes, entre ellos el transporte. De igual modo, se advierte que en otros instrumentos internacionales, tales como en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (específicamente en los principios 1, 3, 4, 5); el Programa 21 de la ONU (capítulos 3, 6,7, 9); el Protocolo de Kyoto (art. 2, apartados VII y VIII), se contempla el objetivo de que, a mediano y largo plazo, se implemente un sistema de transporte sostenible. Todos estos intereses se ven favorecidos mediante el SITRAMSS.

Lo anterior, muestra la importancia que el nuevo sistema de transporte tiene para toda la colectividad, especialmente para el segmento social que hace uso de él. Asimismo, el citado sistema de transporte favorece de manera particular a ciertos sectores sociales vulnerables, que son marginados en el sistema de transporte público de pasajeros convencional, tales como las personas con discapacidad. El SITRAMSS tiene una infraestructura adecuada para que las personas con discapacidades ambulatorias, por ejemplo, las que se trasladan en sillas de rueda, disfruten del servicio en condiciones de igualdad respecto de la población que no sufre de dichas discapacidades, permitiéndoles autonomía y mayor comodidad. De tal forma, el nuevo sistema representa una medida estatal para el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el transporte de las personas que sufren alguna discapacidad. Tales obligaciones aparecen reguladas en la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ratificada por El Salvador). Esta, desde su preámbulo afirma la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación; y reconoce que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, en relación con las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, en su art. 9 , aquélla Convención, establece el derecho a la accesibilidad, y “[a] fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en

igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte...”. El art. 20 del citado instrumento prescribe que [1]os Estados Partes adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible, entre ellas: a) Facilitar la movilidad de las personas con discapacidad en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible”. Otro instrumento donde se establecen obligaciones estatales semejantes, es la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, también ratificada por El Salvador, cuyo art. III señala que para lograr los objetivos de la convención, los Estados parte se comprometen a “Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa: b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte (...) para las personas con discapacidad; c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte (...) que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad”. Entonces, se ha evidenciado la obligación del Estado de proveer de un sistema de transporte que tenga las condiciones apropiadas para las personas con discapacidades, y el SITRAMSS ofrece dichas condiciones.

Por otra parte, este Sistema representa un servicio de transporte de pasajeros apropiado para otro grupo vulnerable: las personas adultas mayores; respecto de las cuales también se tienen obligaciones estatales particulares. Así, la Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor establece (art. 5.3) que los adultos mayores tienen el derecho fundamental de recibir un transporte adecuado. Al respecto, el diseño de ramplas en la infraestructura de las estaciones y el uso de mecanismos especiales en las unidades del SITRAMSS, ofrecen condiciones de acceso apropiadas para ese grupo de personas, de manera que favorece el cumplimiento de las obligaciones estatales adquiridas en la citada ley. En cuanto a dichas obligaciones, el art. 26 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas

Mayores regula el derecho a “la movilidad personal”, y para ello, “los Estados Parte adoptarán de manera progresiva medidas pertinentes para asegurar el acceso de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, al (...) transporte”. Las medidas que “incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte”. Asimismo, la aludida convención establece el deber de propiciar el acceso a tarifas preferenciales o gratuitas de los servicios de transporte público a las personas mayores y promover iniciativas en los servicios de transporte público o de uso público para que haya asientos reservados para ellas. Estos últimos elementos también han sido contemplados en el referido sistema, y de acuerdo a sus características ofrece un mayor potencial para su efectiva viabilización.

Vale decir que, en su oportunidad, la Asamblea Legislativa aprobó el contrato de préstamo con el que se financió la ejecución del SITRAMSS, ello obviamente implicó la erogación y utilización de fondos públicos, cuyo uso apropiado y finalidad debió garantizarse. Este hecho, por sí solo, además de los derechos sociales y colectivos que resultaron consolidados durante la vigencia de este Sistema de Transporte, vuelve razonable instar a las autoridades correspondientes y particulares interesados a la conjunción de esfuerzos y a la ejecución de acciones o medidas necesarias y pertinentes que permitan superar la inconstitucionalidad declarada en esta sentencia y puedan garantizar la funcionabilidad y continuidad del Sistema.

VOTO CONCURRENTES DEL MAGISTRADO PRESIDENTE JOSÉ OSCAR ARMANDO PINEDA NAVAS

Concurro con mi voto a formar la anterior sentencia de inconstitucionalidad correspondiente al proceso con referencia Inc. 37-2015; pero también es necesario exponer algunas consideraciones, las cuales a continuación expreso:

I. Es importante destacar la relevancia constitucional que reviste en el presente proceso, el análisis de la infraestructura vial, así como el del servicio de transporte público, ante un proceso de concesión conforme a lo establecido en el artículo 120 de la Constitución y la tutela de los derechos de los usuarios de dicha infraestructura vial.

El referido servicio de transporte público puede ser analizado desde dos enfoques: el primero, desde un punto de vista económico, de incidencia para las empresas que brindan el servicio, como una manifestación de la libertad económica, vinculada a la libertad de empresa, así como las herramientas o instrumentos que éstas utilicen para la producción del servicio, desde su financiamiento, infraestructura, equipos o buses, así como el personal que lo brinda.

Un segundo enfoque es el carácter de servicio público propiamente, entendido este como el de brindar una oferta para transportar personas de manera colectiva, posibilitando el libre desplazamiento de los habitantes de una determinada localidad, de una manera cómoda, segura y con la rapidez necesaria, como una forma de ejercitar el derecho de libre circulación, consagrado en el artículo 5 de la Constitución.

Considerando el aludido carácter de servicio público, de rango constitucional, el transporte público se constituye en un instrumento que posibilita el desarrollo de personas que no poseen un medio de transporte privado, permitiendo su traslado para desarrollar actividades económicas productivas, laborales, religiosas, educativas, deportivas, recreativas y demás actividades que realiza el ser humano.

De ahí que, el transporte público al convertirse en un medio para el libre desarrollo de las personas, conlleva un interés público, el cual como lo determina la Constitución, en el artículo 246, tiene primacía sobre el interés privado.

Dada la potencialidad de incidir dicho servicio de transporte público en la vida de las personas, principalmente de aquellas que carecen de alternativas de medios de transporte, ello impone al Estado la obligación de velar por la protección de derechos de los usuarios de dicho servicio.

En tal sentido, el servicio de transporte público debe cumplir con ciertas características como la regularidad, seguridad, continuidad, eficiencia, procurando además, la comodidad, accesibilidad y calidad, dentro de un marco de respeto a la dignidad de las personas usuarias del transporte colectivo.

Tales características deben potenciarse con mayor intensidad, tanto en la infraestructura, adecuación de buses, así como en el servicio propiamente para los grupos vulnerables: niñez, adultos mayores, mujeres en estado de gravidez, personas con capacidades especiales, etc.; tal como lo disponen diversos instrumentos internacionales, por ejemplo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención de los Derechos del Niño.

Por ello es válido que el Estado construya o permita que se construya, infraestructura vial para mejorar el servicio de transporte público, y puede decidir, mediante un debido proceso de concesión, la forma en que puede usarse esta infraestructura y brindarse este servicio, en la que podrían utilizarse con exclusividad determinada infraestructura vial, sin afectar los derechos de los usuarios que también se trasladan o movilizan en medios de transporte de uso particular

II. Sobre la figura de la concesión, la Sala de lo Constitucional, en sentencia de inconstitucionalidad 28-2008 de fecha 27 de julio del 2012, dijo: “que es un instrumento administrativo para habilitar o permitir la participación del sector privado en el desarrollo de actividades tradicionalmente identificadas por su finalidad de aprovechamiento general como tareas del Estado, pero con las que la Administración Pública no puede cumplir a cabalidad en forma directa, sobre todo por razones financieras. El mecanismo que el Estado emplea para incorporar a los particulares en la realización de dichas actividades es la concesión. En el Derecho Público, por “concesión” se entiende el acto jurídico mediante el cual se transmite a un particular, sólo en casos de interés general y por tiempo determinado, una habilitación para que por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado preste un servicio público o pueda usar, aprovechar y explotar bienes del dominio público, de acuerdo con el régimen específico respectivo, a cambio de una remuneración que puede consistir en las tarifas que paguen los usuarios del servicio, o en los frutos y beneficios que perciba por la utilización del bien. La concesión tiene un carácter complejo, el cual resulta de la conjugación de las siguientes características: (i) es un acto unilateral, por el que se determina discrecionalmente y en casos de interés general el otorgamiento de la concesión; (ii) es un acto reglamentario, por el que se fijan normas con efectos particulares y generales que regulan la organización y funcionamiento del servicio público o la forma como se hará la explotación de los bienes concesionados; y (iii) es un acto contractual de naturaleza financiera que no puede ser modificado de manera unilateral por la

Administración, destinado a establecer ciertas ventajas económicas personales, asegurar la remuneración del concesionario, propiciar nuevas inversiones para mejorar el servicio o bien concesionado y proteger los intereses legítimos del particular, aunque sin dejar de subordinar los poderes de éste a las obligaciones que en la materia impone la ley.”

En relación a la autorización por parte del Estado para concesionar el servicio público de transporte y el recurso dispuesto para tal efecto, diversos tribunales constitucionales se han pronunciado, por ejemplo la Corte Constitucional Colombiana, en sentencia de fecha uno de diciembre del dos mil diez, con referencia C-981, ha dicho que: “ (...) para la prestación del servicio público de transporte, *los operadores o empresas de transporte, esto es, las personas naturales o jurídicas constituidas como unidad de explotación económica permanente que cuenten con los equipos, instalaciones y órganos de administración que les permitan prestar adecuadamente el servicio, deben tener autorización del Estado (...). La autorización o habilitación que debe otorgarse a un operador o empresa de transporte le permite al Estado cerciorarse del cumplimiento de las condiciones legales y reglamentarias mínimas exigidas a quien pretenda prestar el servicio público de transporte, para garantizar que se brinde en condiciones de seguridad, continuidad, responsabilidad y eficiencia(...).* ”

Asimismo, el citado tribunal manifestó que el servicio público de transporte debe cumplir con las siguientes características “(..). *Cumple la función de satisfacer las necesidades de transporte de la comunidad, mediante el ofrecimiento público en el contexto de la libre competencia. El carácter de servicio público esencial implica la prevalencia del interés público sobre el interés particular, especialmente en relación con la garantía de su prestación -la cual debe ser óptima, eficiente, continua e ininterrumpida-, y la seguridad de los usuarios - que constituye prioridad esencial en la actividad del sector y del sistema de transporte. Constituye una actividad económica sujeta a un alto grado de intervención del Estado. El servicio público se presta a través de empresas organizadas para ese fin y habilitadas por el Estado. Todas las empresas operadoras deben contar con una capacidad transportadora específica, autorizada para la prestación del servicio, ya sea con vehículos propios o de terceros*”.

En nuestra Constitución, el artículo 120 se refiere a la figura de la concesión estatal y de

la entidad competente para su aprobación; de tal forma el uso de la infraestructura vial y el servicio de transporte público, efectivamente puede concesionarse por el Estado y dado su carácter imprescindible y su relación con el interés público y los derechos fundamentales, el Estado debe conservar su papel de garante en cuanto a la prestación eficiente, empleando las competencias constitucionales de regulación, control y vigilancia. Ahora bien, en su papel de garante no solo debe velar por los usuarios del transporte público colectivo, sino, además, por usuarios de medios de transporte privado.

III. De ahí que, al integrar la obligación constitucional de cumplir con el debido proceso de concesión para posibilitar el uso exclusivo de infraestructura vial, vinculado al servicio de transporte público y su incidencia en la vida cotidiana de la población, es que concurro con mi voto a formar la anterior sentencia, en la cual se declara inconstitucional la resolución mediante la cual se dispuso la exclusividad del carril segregado, por infringir el artículo 120 de la Constitución, sin haberse realizado el procedimiento de concesión, en el cual, reitero, debe garantizarse técnicamente un servicio de transporte público de personas en condiciones de seguridad, calidad, eficiencia, rapidez, siendo la obligación del Estado tutelar la efectividad de tales premisas, en armonía con el pleno goce de los derechos fundamentales de todos, es decir de los usuarios tanto del transporte público como del privado, con especial énfasis en los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

Sobre este último aspecto, también destaco que el titular de un derecho fundamental lo puede ejercer en principio, es decir, sólo si no es superado por el ejercicio de otro derecho por parte de otro u otros individuos. Esto permite entender un conflicto de derechos fundamentales como la situación en la cual no, pueden ser satisfechos simultáneamente dos de ellos o en la que el ejercicio de uno de ellos conlleva la limitación del otro. Si admitimos que los derechos fundamentales no son absolutos, también debemos reconocer que todos ellos en mayor o menor medida están sujetos a límites. Y si bien la formulación lingüística o texto plasmado en las disposiciones que estatuyen derechos fundamentales en ocasiones puede dar la impresión de que el derecho se reconoce irrestricto, ello no es así, pues los límites pueden estar prescritos en la misma disposición o en otras disposiciones constitucionales. También puede ocurrir que los límites sean implícitos, y es básicamente la interpretación constitucional la que los descubre. Y es

que las limitantes a los derechos no sólo poseen un fundamento teórico sólido, sino también tienen una explicación sociológica: el individuo no vive aislado, sino en sociedad.

Por ello, cuando en el ejercicio de los derechos del individuo en sociedad, como la libertad de circulación, en virtud de medidas adoptadas por el Estado, surgen tensiones o colisión de derechos, estas deben ser resueltas mediante el principio de proporcionalidad.

Así, a partir de la jurisprudencia constitucional, por ejemplo en sentencia de inconstitucionalidad 110-2015, de fecha treinta de marzo del dos mil dieciséis, se dijo que: “el principio de proporcionalidad (*lato sensu*) es el parámetro para determinar la validez constitucional en la intervención lícita en los derechos fundamentales, mediante la evaluación de tres subprincipios de: (i) idoneidad, (ii) necesidad y (iii) proporcionalidad en sentido estricto; los cuales exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas y jurídicas, es decir, como principios y no simplemente como reglas. De esta manera, para el primero, es indispensable la adecuación de la medida para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo; en otras palabras, la medida debe ser idónea para conseguir un fin reconocido expresa o implícitamente en la Ley Suprema por tender naturalmente a ello; el segundo indica la existencia (o inexistencia) de medidas alternativas que tengan la misma o mayor eficacia para lograr el fin propuesto, produciendo una afectación menos intensa de los principios o derechos objeto de intervención; en resumen, la medida adoptada debe afectar en lo mínimo posible al derecho fundamental en cuestión; y, el tercero (llamado también “ponderación”), relacionado con el análisis de la intensidad de la afectación (positiva o negativa) de cada uno de los principios constitucionales en tensión; es decir, la decisión legislativa debe producir cualitativamente, un beneficio para el fin constitucional mayor o igual al perjuicio que ocasiona al derecho fundamental”.

Por ello, si como efecto de esta sentencia de inconstitucionalidad 372015, se tuviera que llevarse a cabo el respectivo proceso de concesión constitucional, debe garantizarse que se efectúe una ponderación de derechos que, a partir del principio de proporcionalidad, permita la coexistencia del ejercicio de los derechos de los usuarios de un transporte colectivo, con comodidad, rapidez, agilidad, seguridad, accesibilidad, y del ejercicio de los derechos de las

personas que transitan en vehículos particulares, garantizando la debida armonía entre unos y otros.

A. PINEDA-----A. E. CÁDER CAMILOT-----C. S. AVILÉS-----C. SÁNCHEZ
ESCOBAR-----M. DE J. M. DE T.-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES
MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----E. SOCORRO C.-----RUBRICADAS.