

Bogotá, 24-03-2023

Al contestar citar en el asunto



Radicado No.: **20233000215781**

Fecha: 24-03-2023

Doctora
Yolima Espinel Blanco
Gerente
Metrolínea S.A. en reestructuración
gerencia@metrolinea.gov.co

Asunto: Requerimiento Plan de Acción

Respetado doctora Yolima:

Esta Superintendencia ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control que le corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa en materia de tránsito, transporte y su infraestructura de conformidad con la ley y la delegación establecida en los Decretos 101 de 2000 y el 2409 de 2018 frente a las empresas cuyo objeto social se encuentra relacionado con la prestación del servicio público de transporte.

Así mismo, de conformidad con las competencias otorgadas a esta Autoridad con ocasión de las disposiciones de la Ley 550 de 1999¹ y sus normas reglamentarias², mediante los cuales se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales y sus entidades descentralizadas para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones.

Bajo dichos parámetros, mediante la precitada normativa se idearon diferentes instrumentos de intervención del Estado, entre ellos, la negociación y celebración de acuerdos de reestructuración por distintas entidades, entre ellas, las empresas industriales y comerciales del Estado, correspondiendo a esta Superintendencia de Transporte actuar en calidad de entidad nominadora frente a la promoción de acuerdos de reestructuración en virtud de lo preceptuado en los artículos 2 y 58 de la Ley 550 de 1999, sin perjuicio de lo anterior.

Considerando que conforme el acta No.008 del 14 de marzo de 2023, remitida a este Despacho por el señor Promotor, a través de correo electrónico del 21 de marzo de 2023, dando alcance al "Informe Final del Promotor" del 13 de marzo, y que dicha acta formaliza el fracaso de la negociación de la Sociedad METROLINEA S.A. y sus acreedores, dando por terminado así el proceso de reestructuración adelantado en el marco de la Ley 550 de

¹ Artículos 2 y 58 de dicha normativa.

² Decretos 090 y 694 del 2000.

1999, este Despacho, en consecuencia, le requiere la implementación de un Plan de Acción considerando los siguientes parámetros.

1. Contexto normativo del Ente Gestor

Como lo recordaba tempranamente la Corte Constitucional en la Sentencia T - 130 de 1994,

*"Habiéndose dado al Estado colombiano por parte del constituyente de 1991 un carácter social, se hace indispensable que éste acometa acciones positivas en favor de la comunidad. En este contexto, la prestación de los servicios públicos para asegurar en forma igualitaria y sin interrupción el cumplimiento de actividades encaminadas a la realización de derechos fundamentales de los individuos que hacen parte de la comunidad, es una de las actuaciones positivas a las que está obligado el Estado colombiano. El carácter solidario de los servicios públicos se suma a la necesidad de que estos sean prestados ininterrumpidamente: **es decir, que los inconvenientes particulares no tengan como efecto la suspensión en la prestación del servicio**". (Énfasis propio).*

Es menester recordar que, conforme lo dispuso el legislador en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 105 de 1993 y en los artículos 5 y 56 de la Ley 336 de 1996, la operación del transporte público en Colombia es un servicio público esencial y sobre su importancia ha tenido igualmente oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones la Corte Constitucional, una de ellas, en la Sentencia T – 604 de 1992, que por su claridad e integralidad, a continuación, compartimos algunos de sus fragmentos:

*"El fenómeno de la ciudad - su tamaño y distribución - hace del transporte público urbano un medio indispensable para ciertos estratos de la sociedad, en particular aquellos que viven en las zonas marginales y carecen de otra forma de movilización. De la capacidad efectiva de superar distancias puede depender la estabilidad del trabajo, el acceso y la permanencia en el sistema educativo, el ejercicio de la iniciativa privada y, en general, el libre desarrollo de la personalidad.
(...)*

Los transportes, y los avances tecnológicos que diariamente los transforman, han posibilitado el progreso social y el crecimiento económico. La organización del sistema de transporte condiciona gran parte del intercambio económico y social. La fuerza de estructuración económica que posee el transporte público permite, cuando se accede al servicio, participar de la prosperidad general. Su carencia, en cambio, compromete un estándar mínimo de la existencia.

La administración equilibrada y justa de la riqueza puede verse afectada por errores o falta de planeación del transporte público que, siendo un instrumento clave del desarrollo, tiene una incidencia directa sobre el goce efectivo de los derechos fundamentales.

La trascendental importancia económica y social del transporte se refleja en el tratamiento de los servicios públicos hecha por el constituyente. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado (CP art. 365) - uno de cuyos

financesenciales es promover la prosperidad general (CP art. 2) -, factor que justifica la intervención del Estado en la actividad transportadora con miras a "racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo ..." (CP art. 334).

A nivel del individuo, el transporte es un instrumento de efectividad de los derechos fundamentales..."¹

Sobre esta actividad, considerando que de la misma depende en parte la materialización de derechos fundamentales y el cumplimiento de los fines del Estado y que, a su vez, la misma arriesga, en su ejecución, la vida, integridad y seguridad de las personas, se ha encontrado justificada una amplia intervención por parte del Estado. Sobre el particular, en la Sentencia C-144 de 2009, indicaba la Corte Constitucional lo siguiente:

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

Dada su trascendental importancia, de conformidad con el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, se depositó en el Estado la responsabilidad de intervenir en los servicios públicos "con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial... el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano"; por disposición del artículo 365 de la norma fundante, es igualmente un deber del Estado "asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional", indicándose a su vez en esta que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley y si bien podrán ser prestados, entre otros, por particulares, el Estado mantendrá sobre estos la regulación, el control y la vigilancia. Considerando estos textos normativos, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de resaltar que:

*"...si bien los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 365 Superior, el mismo precepto indica que la función estatal estriba en "asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional" (servicio universal) y **asegurar no significa prestar**. Es por ello que luego de señalar que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, el artículo 365 Constitucional establece que en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el*

control y la vigilancia de dichos servicios, o lo que es igual, según la Constitución estas últimas **son las funciones propias de los órganos del Estado, en tanto facetas de la función de policía administrativa, que el Estado “mantiene” o se “reserva”, como ámbito de lo no “privatizable”**. Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP-88001-23-31-000-2005-00004-01²

Se destaca en el antecedente una distinción entre servicio público y función administrativa, que resulta mayoritaria en la jurisprudencia y conforme la cual, sin perjuicio de que en circunstancias particulares resulten concurrentes, se afirman como conceptos diferenciables a partir de identificar en esta última noción el ejercicio de potestades o prerrogativas públicas, las que no resultan un componente necesario de la primera, esto es, de la noción de Servicio Público, que se concreta, en principio, en prestaciones a los particulares dentro de una actividad sujeta a un régimen económico de derecho privado. En palabras del Profesor Sánchez Luque:

“...estamos delante de un nuevo modelo constitucional que implica que los servicios públicos dejaron de ser una expresión del poder de imperio del Estado, como una faceta más de la función administrativa, para convertirse en una actividad económica inherente a su finalidad social y que se despliega en un mercado en competencia, donde el Estado, como director general de la economía (art. 334 c n), se reserva las atribuciones de regulación y control (365 y 370 c n)”³.

Como se recuerda por la doctrina⁴, la Corte Constitucional se ha pronunciado varias veces en esta dirección, indicando en una de estas oportunidades que:

*"Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que **la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones**, lo que implica específicamente que **no se pueda confundir el ejercicio de función públicas, con la prestación de servicios públicos**, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia*

(...)
El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.

(...)

Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público.

*La Constitución Política, ha reservado para el Estado las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, **-que en sí mismas corresponden cabalmente al ejercicio de funciones públicas-**, mientras que la prestación de los mismos, en la medida en que **no implica per se dicho ejercicio**, ha determinado que puede ser adelantada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas (art. 365 C.P.).*

*No sobra precisar, que conforme al aparte final del artículo 365 superior, cuando el Estado se reserva para sí la prestación exclusiva de un servicio público, previa la indemnización de las personas que en virtud de la ley que así lo determine queden privadas del ejercicio de una actividad legítima, el particular que eventualmente llegue a prestar ese servicio por decisión del mismo Estado, **por el solo hecho de dicha prestación, o de la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, tampoco ejercerá una función pública**. Solamente en caso que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que este cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública”⁵. (Énfasis propio)*

Acompañamos la tesis mayoritaria y encontramos que este es efectivamente el caso tratándose del servicio público de transporte, pues la actividad que este implica puede ser llevada a cabo por particulares⁶, al tiempo que a los Concejos Municipales corresponderá reglamentarla como un servicio a su cargo para que su prestación sea eficiente⁷ y a los alcaldes, por su parte, asegurar, atendiendo la Ley, los reglamentos y los acuerdos municipales, que la prestación sea efectivamente eficiente⁸.

A su vez, en la construcción de la distinción, encontramos que, según indica el artículo 365 de la Constitución Política, “Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley...” y para el caso del servicio público de transporte, el régimen no es otro que el del derecho privado. Puede esto fácilmente comprobarse a partir de lo dispuesto en el inciso primero y el numeral 6 del artículo 3 de la Ley 105 de 1993, dentro del cual se cataloga este servicio como una industria desarrollada en el marco de la libertad de empresa; la cual, según se dispone en el artículo 3 de la Ley 336 de 1996, será regulada por el Estado “en los términos previstos en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política”⁹, que no son otros que los de la libre actividad económica e iniciativa privada, así como los de una libre competencia en una economía cuya dirección general se encarga al mismo Estado.

Normativamente, se ve de igual forma enfatizado el contexto de libertades de mercado como el régimen jurídico definido por el legislador, cuando se señala que “Las autoridades sólo podrán aplicar las restricciones a la iniciativa privada establecidas en la Ley, que tiendan a evitar la competencia desleal, el abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado, para garantizar la eficiencia del sistema y el principio de seguridad”¹⁰.

Por lo anterior, podemos decir sin ambages que el servicio público de transporte se desarrolla en el marco de un régimen de derecho privado y se concreta en prestaciones que, al interior de dicho régimen privado, se desarrollan a la expectativa de una contraprestación económica por parte del usuario; todo ello sin perjuicio de la profunda intervención del Estado, que no configura otra cosa más que una regulación de la actividad económica.

Así fue ya advertido por la Corte Constitucional, la que sobre el asunto señaló:

"Al margen de las controversias doctrinarias sobre el paso de un "Estado interventor" a un "Estado regulador", es claro que el Constituyente de 1991 concibió la regulación en general y la regulación de los servicios públicos en particular, como un tipo de intervención estatal en la economía..."¹¹

Ahora, si reteniendo lo anterior traemos de nuevo a escena el artículo 365 de la Constitución Política y con base en este enfatizamos que, sin perjuicio de la función social atribuida a la empresa privada, gravita siempre sobre el Estado el deber de asegurar la prestación eficiente del servicio público y que, si bien puede su prestación desarrollarse por particulares, *"En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios..."* – noción esta que se desarrolla específicamente para este tipo de servicio en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 105 de 1993, por disposición del cual *"La operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia **necesarios para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad**"*–, es posible identificar nítidamente esa función administrativa que se preserva en el ámbito de lo no privatizable y que permite sostener, categóricamente, que el servicio público de transporte se encuentra a cargo de las autoridades, aun en los casos en que el mismo es materialmente prestado por particulares.

Con similares consideraciones, el Consejo de Estado llegó a la misma conclusión y al respecto afirmó:

*"...el servicio de transporte público colectivo de pasajeros en el Distrito Capital **es un servicio público que está a cargo de ese ente territorial** en la medida en que por ser justamente servicio público tiene el deber y la responsabilidad de «asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional», tal como lo establece el otro artículo constitucional invocado en el decreto, el artículo 365 de la Constitución Política, lo cual pone de presente la pertinencia de la invocación del mismo como fuente de las facultades ejercidas mediante la expedición de aquél. Precisamente, el citado artículo constitucional consagra que «Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional». En su inciso segundo prevé que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero que «En todo caso, el estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.»*

Ello significa que el carácter de servicio público y la responsabilidad del Estado para que se preste eficientemente no desaparece por la forma como se preste, pues cualquiera sea ella, **nunca será ajena al Estado ni puede relevarlo del deber de asegurar su prestación.** El hecho de que los servicios públicos puedan ser, prestados por particulares, **no los hace perder su naturaleza,** ni los excluye del control que les corresponde.

En ese orden, el Distrito Capital **en cuanto expresión orgánica y funcional del Estado, y en la medida en que un servicio público esté determinado o delimitado por el ámbito o jurisdicción de su territorio y su respectiva población, cabe decir que está a cargo del Distrito Capital, tiene legalmente el deber de asegurar su prestación eficiente, que para el efecto da igual que sea el ente territorial que lo preste directamente, esto es, que lo gestione, o que lo hagan otras entidades públicas o privadas en su nombre...**
 (...)

De modo que la expresión «asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo», que contiene el artículo 315 de la Constitución Política es pertinente para el objeto del decreto acusado, en cuanto está referido a la prestación del servicio de transporte público colectivo en el Distrito Capital, de allí que no es acertada la consideración del a quo en el sentido de que ese servicio no es de los que están a cargo de ese ente territorial, **puesto que en razón a que se presta con delimitación en su territorio y para su población, si lo está. Otra cosa es que su gestión operativa directa y práctica sea desarrollada por empresas privadas, pero bien puede no estarlo y en ese caso será ese ente territorial quien deba crear las condiciones necesarias para que sus habitantes puedan disponer de él.** Esa es justamente la implicación práctica del carácter que en el artículo 365 de la Constitución Política se le da a los servicios públicos como inherentes a la finalidad social del Estado.

La intervención de los particulares en esas circunstancias **no es más que una forma de permitir y hacer efectiva su colaboración con el Estado en la consecución de sus fines y cometidos,** y su participación en la satisfacción de las necesidades sociales y colectivas, lo que a su turno es concordante y se profundiza con el modelo de democracia participativa adoptada por el Constituyente de 1991¹². (Énfasis propio).

En la misma providencia, indicaba el Consejo de Estado que “el alcance general de la competencia del Alcalde... respecto del transporte público colectivo... comprende la de **organizar la correspondiente actividad, diseñar, exigir y ejecutar políticas y condiciones para asegurar su efectiva, eficiente, segura y adecuada prestación...** y, consecuentemente, ejercer su inspección, vigilancia y control”, señalando adicionalmente que la competencia para “diseñar y ejecutar las políticas de esa actividad,... **implica tomar medidas más específicas y de carácter operativo o técnico para el desarrollo de esa actividad en sus diferentes modalidades, a fin de perseguir la efectividad de los principios, fines y objetivos que le fija la ley**”¹³.

Dentro del contexto así configurado, esto es, teniendo presente la distinción entre la prestación del servicio y el ejercicio de funciones administrativas o públicas en relación con los servicios a cargo de las autoridades y, sobre todo, estando conscientes de que un servicio se encuentra a cargo de una entidad no por ser esta quien lo presta, sino por ser ella la responsable de *"...organizar la correspondiente actividad, diseñar, exigir y ejecutar políticas y condiciones para asegurar su efectiva, eficiente, segura y adecuada prestación..."*¹⁴, resulta posible delinear claramente el rol del Ente Gestor, a partir del cual se podrán rescatar consecuencias prácticas para las particulares circunstancias que nos convocan.

Avocados a esta tarea, una adecuada comprensión del Ente Gestor dentro del esquema institucional del sector transporte, metodológicamente debe tener por punto de partida el análisis de su potencialidad como entidad del sector descentralizado por servicios. En esta dirección, lo primero que se ha de indicar, como lo recuerda la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, es que en la configuración de la estructura de la entidad territorial, *"para satisfacer una necesidad pública, [es posible optar] entre muchas posibles soluciones, ... [por] crear o autorizar la creación de una persona jurídica de derecho público; de manera que para que pueda constituirse una entidad pública, el Congreso [entiéndase Consejo Municipal para el caso] como órgano competente para el efecto, valora entre todas las opciones, ésta, que debe ser considerada como la óptima entre las analizadas. Además, necesariamente la definición sobre la creación de una persona jurídica pública, debe tener como finalidad la de realizar alguno de los cometidos estatales"*¹⁵.

Para enfrentarnos a las alternativas, el Concepto al que se ha aludido y al que pertenece la cita previa, presenta una serie de criterios o elementos que, extraídos del sistema normativo o identificados en este, permiten la clasificación de las diferentes entidades públicas. Como criterios en él se proponen:

"I. Criterios de la clasificación de los organismos, dependencias y entidades administrativas.

Para efectos de la clasificación de las diferentes estructuras u organizaciones administrativas, la Constitución Política, la ley 489 de 1998 y en general la jurisprudencia y la doctrina, utilizan varios criterios, dentro de los cuales se estudiarán los siguientes, pues tienen relación con las preguntas que se han formulado:

1. El criterio de la persona jurídica pública: las organizaciones pueden clasificarse en aquéllas que gozan del atributo de la personalidad jurídica y las que carecen del mismo; la ley 489 de 1998 por lo general, denomina a las primeras, entidades administrativas y a las segundas, dependencias u organismos.

2. El criterio del orden al cual pertenecen, pues existen dependencias, organismos y entidades administrativas en los órdenes nacional, departamental, distrital y municipal.

3. Las entidades administrativas pueden ser constituidas por un acto unilateral o por uno de carácter corporativo o societario.

4. Desde el punto de vista del objeto o la realización de los cometidos a su cargo, la ley 489 de 1998 utiliza tres categorías: la de funciones administrativas, las de prestación de servicios públicos, y la de actividades las industriales y comerciales”¹⁶.

En atención al cometido que acompaña al presente, resulta pertinente referirnos al cuarto de los criterios antes señalados, de acuerdo con el cual se pueden identificar tres categorías en las entidades administrativas según el objeto o los cometidos a su cargo. Al respecto, en el Concepto se indica:

“La Constitución actualmente vigente consagró una regulación especial para la actividad prestacional de la administración, generalmente conocida como de servicios públicos, que no es fácil encajar ni dentro de las funciones administrativas ni tampoco dentro de las industriales y comerciales, máxime que buena parte de ellos fueron desregularizados, pasando de ser monopolio estatal a un régimen en el que se permite la competencia con los particulares”¹⁷.

Identificamos en estas palabras los fundamentos de la que ya indicábamos que se ha entendido como la posición mayoritaria, inclinada a distinguir entre función administrativa y servicio público, y que según la doctrina:

“...distingue la función administrativa de la prestación de servicios públicos, en esencia, con fundamento en el siguiente argumento: a partir de la Constitución Política de 1991 existe un nuevo modelo de servicios públicos, distinto del anterior - francés-, por consiguiente, función administrativa y servicio público son dos figuras con “contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones”. Se dice que son distintas porque la prestación de servicios públicos, a diferencia de la función administrativa, es ahora una actividad económica que a pesar de su vínculo con una finalidad social se ejerce en condiciones de igualdad bajo un mismo régimen jurídico común. La Corte trata de ilustrar estas diferencias así: “El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas”¹⁸.

En consonancia con lo anterior, en opinión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, *“De lo expuesto se deduce también que es totalmente justificada la **división tripartita** que trae la ley 489 de 1998 de los objetos o cometidos que desarrollan las entidades públicas, **en funciones administrativas, prestación de servicios públicos y actividades industriales y comerciales**, advirtiendo que en una entidad **pueden coincidir los de variado género**”¹⁹. (Énfasis propio)*

Ahora, si bien se comparte en términos generales la opinión de la Sala, es necesario advertir que, en el caso del Servicio Público de Transporte Terrestre, siendo este por disposición del inciso primero de los numerales 2 y 6 del artículo 3 de la Ley 105 de 1993 y del artículo 3 de la Ley 336 de 1996, una actividad industrial ejercida dentro del ámbito de

la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, y tratándose de una actividad comercial, según se puede afirmar de conformidad con lo indicado en el numeral 11 del artículo 20 y los artículos 981 y siguientes del Código de Comercio, la división señalada se mantendría bipartita, pues siendo el transporte público una actividad industrial y comercial, se encuentra dentro de la categoría en estos últimos términos denominada. Pueden sobre este asunto aducirse adicionalmente las consideraciones de la Corte Constitucional, volcadas en la Sentencias C – 691 de 2007, en la cual indicaba:

*“Al respecto de las empresas industriales y comerciales del Estado esta corporación ha considerado que “Configuran elementos organizativos constitucionales y de acción dentro del Estado Social de Derecho. Concretamente, son instrumentos de intervención, de cumplimiento de actividades industriales y comerciales **y de servicio público** que encuentran claro sustento en los mandatos superiores según los cuales el Estado debe intervenir en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. Obsérvese que, por otra parte, la misma norma constitucional ordena al Estado intervenir para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos y también para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. A lo que debe sumarse que el artículo 366 de la Carta establece que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado.””* (Énfasis propio)

A partir de lo anterior, considerando que las entidades administrativas que conforman el sector descentralizado por servicios bien pueden **distinguirse** a partir de su objeto o de sus cometidos entre aquellas que tienen por fin el ejercicio de funciones administrativas y las que tienen por tal el desarrollo de actividades industriales y comerciales – una de ellas la prestación del servicio público – y teniendo claro que nada se opone para que en una de estas entidades coincidan unos u otros objetos o cometidos, estamos pertrechados para aproximarnos a los roles que pueden corresponder a las sociedades públicas conformadas como entes gestores en los Sistemas Integrados de Transporte Masivo de Pasajeros, anticipando, a partir de la misma clasificación que cabe realizar a partir del criterio indicado, que la configuración de dicha sociedad pública no conlleva con carácter necesario la prestación directa del servicio y puede ella limitarse, como instrumento de intervención, a la gestión del servicio, no participando como un agente prestador del mismo, sino limitándose a su direccionamiento con el fin de que sus prestadores satisfagan adecuadamente las necesidades de los usuarios.

Es en este sentido que han sido constituidos los Entes Gestores de los sistemas de transporte cofinanciados, según se extrae de la lectura del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 310 de 1996, modificado por el artículo 100 de la Ley 1955 de 2015, en atención al cual puede afirmarse que estas entidades son, por disposición legal, las encargadas **“de la gestión del sistema de transporte”**.

Del mismo modo se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la cual, en el Concepto 1917 de 2008 señaló lo siguiente:

“En conclusión, si se mira la forma como el Estado de manera rigurosa e intensa interviene en los diferentes aspectos relacionados con el servicio público de transporte y en particular del SITM, ejerciendo sobre el mismo todo el poder de dirección, regulación y control que las normas le otorgan, no cabe duda que las entidades gestoras de los SITM del país, por ser todas ellas sociedades anónimas de la naturaleza de las EICE, no están sujetas a normas especiales de competencia con el sector privado nacional, ni desarrollan su actividad en un mercado monopolístico o regulado, puesto que no prestan el servicio de manera directa, sino que simplemente desarrollan parte de esa actividad de dirección y control que de manera genérica la ley confiere al Estado.” (Énfasis propio)

De suerte que, si en principio es posible “optar, para satisfacer una necesidad pública, entre muchas posibles soluciones, siendo una de ellas la de crear o autorizar la creación de una persona jurídica de derecho público...”²⁰, por disposición del legislador, contenida en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 310 de 1996, se impone para el caso de los sistemas cofinanciados “Que... se constituya una sociedad titular de carácter público que se encargue de la gestión del sistema de transporte”.

Ahora, cuando leemos el inciso tercero del artículo 99 de la Ley 1955 de 2015, igualmente advertimos que, en los Sistemas Integrados de Transporte Masivo, los agentes operadores y de recaudo pueden ser concesionados o públicos, y en este último caso, nada se opone a que dicha operación sea ejecutada por sociedades públicas.

En este contexto, es claro que los Entes Gestores, como sociedades públicas, tienen por ley²¹ el objeto de gestionar el servicio en los sistemas cofinanciados, esto es, ejercer la función administrativa que corresponde a la autoridad que tiene a su cargo el servicio público de transporte, “puesto que no prestan el servicio de manera directa, sino que simplemente desarrollan **parte** de esa actividad **de dirección y control** que de manera **genérica la ley confiere al Estado**”²². (Énfasis propio)

En estas circunstancias, como sociedad pública, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 38 de la ley 489 de 1998, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado; no obstante ello, como ya apuntaba la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al pronunciarse sobre la naturaleza de Transmilenio S.A., “El hecho de que se le aplique la regulación de las empresas industriales y comerciales del Estado, no significa que sea una de éstas, pues su naturaleza está dada por el Acuerdo de autorización y la escritura de constitución y no cambia por la aplicación de un régimen, a falta de uno propio, de otra clase de entidad descentralizada...”²³.

Por otro lado, conforme lo posibilita el inciso tercero del artículo 99 de la Ley 1955 de 2015, puede la entidad territorial encontrar entre las diferentes opciones que la óptima resulta aquella que se dirige a que sea el Ente Gestor, como sociedad pública, quien participe directamente de la prestación del servicio. En estos casos, por disposición del

inciso segundo del numeral 2 del artículo 3 de la Ley 105 de 1993, *“...el servicio prestado por las entidades públicas estará sometido a las mismas condiciones y regulaciones de los particulares”* y, conforme lo disponen el inciso segundo del artículo 87 de la Ley 489 de 1998, no podrá *“ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas”*; a las voces del artículo 93 *ibídem*, deberá sujetarse a las disposiciones del Derecho Privado en la prestación del servicio público, en la medida que éste servicio configura el *“desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica”*.

En el caso particular de Metrolínea S.A., en armonía con las responsabilidades que de conformidad con el artículo 311 de la Constitución Política le corresponden y en ejercicio de las competencias que en el numeral 6 del artículo 313 de la misma Carta se le asignan, funciones contenidas igualmente en el artículo 69 de la Ley 489 de 1998²⁴, el Concejo Municipal, mediante el Acuerdo Municipal 037 del 20 de diciembre de 2002, autorizó al alcalde de Bucaramanga su creación²⁵.

Los alcances de su objeto, al tenor del artículo segundo del ya citado Acuerdo 037 de 2002, literalmente se concretan a *“...la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en la ciudad de Bucaramanga y su área de influencia, bajo la modalidad de transporte terrestre automotor, en las condiciones que señalen las normas vigentes, las autoridades competentes y sus propios estatutos”*. A pesar de lo dispuesto en los estatutos, no queda la menor duda de que su objeto no incluye válidamente la prestación del servicio público de transporte, salvo en circunstancias excepcionales, tal y como se consagra en el numeral 6 del artículo tercero del Acuerdo en cuestión, el cual establece:

“6. METROLINEA S.A. no podrá ser operador, ni socio del transporte masivo terrestre urbano automotor por sí mismo o por interpuesta persona, ya que la operación del sistema estará contratada con empresas privadas. METROLINEA S.A., será responsable de la prestación del servicio cuando se declare desierto un proceso de selección o cuando se suspendan o terminen anticipadamente los contratos o se declare la caducidad de los contratos con los operadores privados o por las causas previstas en la ley o los contratos”.

A la fecha no han acontecido ninguna de estas circunstancias extraordinarias y Metrolínea S.A. no ha asumido en ningún momento la prestación del servicio, la cual se despliega por particulares con fundamento en los contratos de concesión suscritos y en ejecución.

Atendiendo lo anterior, es evidente que Metrolínea S.A. es una sociedad pública que tiene por objeto el ejercicio de la función administrativa que corresponde a las autoridades del orden territorial para el cumplimiento de los deberes a ellas atribuidos constitucionalmente y de conformidad con los cuales a su cargo se encuentra el servicio público de transporte, debiendo esta por ende asegurar, mediante su planeación, organización y control, la prestación eficiente del mismo. Se desprende igualmente del anterior análisis que por disposición del legislador²⁶, es ésta, la descentralización por servicios mediante sociedades públicas, el esquema institucional que corresponde para la

gestión de los Sistemas Integrados de Transporte Masivo cuando por voluntad de la entidad territorial, la nación haya concurrido a su financiación.

2. Requerimiento de plan de acción

Atendiendo lo expuesto, se instruye a la Sociedad Pública Metrolínea S.A., por usted representada, para que, dentro del término de cinco (5) días calendario siguientes a la comunicación de este oficio, presente un plan de acción detallado en el que se expongan las estrategias, herramientas, etapas y los recursos que se proyectan para garantizar la continuidad en el ejercicio y cumplimiento del servicio público de transporte, a través de las funciones que le corresponden a las entidades territoriales y que hoy son su responsabilidad, en la medida que es a través de la sociedad pública que se ejecutan.

Atentamente,



Luis Gabriel Serna Gámez
Jefe Oficina Asesora Jurídica.

Ruta: C:\Users\jhonatanmartinez\OneDrive - SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE\Escritorio\20225341622002 del 27-10-22\Rta al rep legal