

USO U OCUPACION DE LOS BIENES DE USO PUBLICO - Autorización para el uso de líneas férreas

Visto el contenido del acto demandado, la Sala estima que los apartes resaltados contravienen el artículo 3 del Decreto 1588 de 1989 citado en precedencia, en ese sentido, se tiene que si bien el INCO cuenta con la competencia para expedir los permisos solicitados por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para la instalación de redes que crucen las vías férreas, no es menos cierto que dicha competencia se limita exclusivamente al otorgamiento o negación del mismo, por lo que exigir del denominado "pago de derecho de cruce" desborda su ámbito de competencia. La misma suerte corre el acto administrativo cuando se le compara con lo establecido en los numerales 11 y 12 del artículo 150 de la Carta, habida cuenta de que estas normas radican en cabeza del Legislativo, a través de la Ley, la fijación de las contribuciones fiscales, parafiscales y las rentas nacionales, lo que se traduce en que entidades como el INCO carecen de competencia para imponer una tasa por expedir permiso de cruce de la vía férrea.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1800 DE 2003 - ARTICULO 18 / LEY 76 DE 1920 - ARTICULO 7 / LEY 142 DE 1994 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 679 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 11 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 12 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 63 / DECRETO 1588 DE 1989 - ARTICULO 3

NOTA DE RELATORIA: Permiso para intervenir o realizar obras en la vía férrea, Consejo de Estado, Sala de Consulta, providencia de 20 de marzo de 2003, Rad. 1488, MP. Susana Montes Echeverri. Normas que asignan competencias a las autoridades públicas, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 19 de noviembre de 2009, Rad. 2003-00453, MP. María Claudia Rojas Lasso.

NORMA DEMANDADA: NORMA TECNICA NT-001 ADOPTADA POR LA RESOLUCION 474 DE 2004 (3 de mayo) INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO – APARTES DE EL PARAGRAFO 3 DEL NUMERAL 2 (Anulado) / NORMA TECNICA NT-001 ADOPTADA POR LA RESOLUCION 474 DE 2004 (3 de mayo) INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO – APARTES DE PARRAFO 4 DEL NUMERAL 6.2 DEL NUMERAL 6 (Anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., cuatro (4) julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00247-00

Actor: CODENSA S. A. E. S. P.

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO

Referencia: ACCION PUBLICA DE NULIDAD

La Sala decide en única instancia la demanda que presentó la Empresa de Servicios Públicos – CODENSA S. A., en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A., contra la Resolución No 474 del 3 de mayo de 2004 expedida por el Gerente General del Instituto Nacional de Concesiones – INCO, por la cual se adopta la denominada norma técnica NT – 001, dictada para “reglamentar la instalación de oleoductos, gaseoductos, tuberías de acueductos o de alcantarillado y tuberías industriales, que proyecten transversalmente la vía férrea.”

I. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., la Empresa de Servicios Públicos CODENSA S. A., por medio de su Representante Legal para asuntos judiciales y Apoderado general, solicita a la Corporación que acceda a las siguientes,

1. Pretensiones

Declarar la nulidad (parcial) de los apartes “*y pago de derechos*” y “*cancelar los derechos de permiso de cruce*”, contenidos en el parágrafo 3 del numeral 2 y en el párrafo 4 del numeral 6.2 del numeral 6 respectivamente, de la norma técnica NT – 001, proferida por Ferrovías y adoptada por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO mediante la Resolución No 474 de 3 de mayo de 2004.

2. Hechos en que se fundamenta la demanda

a.- El Gobierno Nacional a través del Decreto 1800 de 2003 dispuso la creación del Instituto Nacional de Concesiones – INCO (en adelante INCO); con el objeto de planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios concernientes a la infraestructura de transporte y en especial a las concesiones en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.

b.- El artículo 18 del Decreto 1800 de 2003, señaló que la Empresa Colombiana de Vías Férreas – Ferrovías, entre otras empresas del sector, subrogarían o

cederían a título gratuito y a órdenes del INCO, los contratos y convenios vigentes relacionados con el cumplimiento de su misión institucional, así como las solicitudes o procesos de selección que estuviesen en curso.

c.- Siendo función del INCO expedir los permisos de cruce subterráneo por la vía férrea, profirió la Resolución 474 de 2004, por cual adoptó la “norma técnica para la instalación de tuberías que crucen la vía férrea NT – 001 proferida por Ferrovías.”

d.- La norma técnica adoptada, dispone en su capítulo 6 que el solicitante debe cancelar “derechos de cruce” y, en el decir del actor, ello constituye la imposición de una tasa o contribución para la expedición de un permiso y el uso del espacio público.

3.- Normas violadas y concepto de la violación

En la demanda se indican como infringidos los artículos 84, 150 numerales 11 y 12, y el artículo 388, todos de la Constitución Política.

También señala violados los artículos 7 de la Ley 76 de 1920; 25, 26, 28 y 57 de la Ley 142 de 1994; así como el artículo 679 del Código Civil, el artículo 4 del Decreto Nacional 1588 de 1989 y el artículo 3 del Decreto 1800 de 2003.

Cargo primero:

Se sustenta en que el pago del derecho de cruce establecido en el acto demandado, impone una tasa o contribución por el uso del espacio público sin que el INCO tenga autorización legal para hacerlo, lo que de contera desconoce las funciones establecidas en el artículo 3 del Decreto 1800 de 2003.

Para el actor, en INCO no tiene competencia para establecer tasas o contribuciones, de manera que exigir el pago de derechos de cruce constituye una desviación de poder, en el entendido que el mencionado instituto sólo se encuentra autorizado por la Ley para elaborar estudios tendientes a definir el valor de los peajes y tasas que se fijen para el uso del sistema de transporte.

Así mismo advierte que se desconoce el artículo 7 de la Ley 76 de 1920, el cual dispone que no se pueda ingresar a los predios de las vías férreas sin la autorización de la empresa correspondiente. Considera el actor que la Administración impone una tasa o contribución de manera arbitraria que desborda la exigencia legal.

Del mismo modo pregonar una trasgresión del artículo 26 de la Ley 142 de 1994, que exige a las empresas prestadoras de servicios públicos solicitar los permisos y licencias correspondientes para la instalación de las redes.

En consecuencia, el actor considera que la imposición del pago de derechos de cruce no se compadece con la comentada disposición, ya que ésta se limita a la solicitud de permisos y licencias más no al pago de tarifas.

Finalmente, sostiene que el acto administrativo demandado vulnera el artículo 679 del Código Civil, en el sentir del accionante, esa norma limita la construcción de obras en los espacios públicos o bienes de la unión a que se obtenga el respectivo permiso de la autoridad competente.

Cargo segundo:

Consiste en señalar que la exigencia de un pago de derechos de cruce contenida en la norma técnica NT-001, adoptada por la Resolución No 474 de 2004, fija una tarifa o contribución, exigiendo una carga adicional al petitionario en contravía del artículo 84 de la Constitución Política.

Agrega que el INCO no tiene competencia para crear una contribución que busque la retribución por los costos en la expedición de un permiso y el consecuente uso del espacio público; para sustentar su afirmación, cita el concepto No 1484 de 20 de marzo de 2003, proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación.

Concluye que la competencia para crear tasas o contribuciones, se encuentra radicada en cabeza del Congreso y regulada por los artículos 150 y 388 de la Constitución Política, disposiciones que su sentir no fueron atendidas por el INCO al expedir el acto acusado.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.- El Ministerio de Transporte.

Estando en la oportunidad procesal correspondiente, el Ministerio de Transporte contestó la demanda en los siguientes términos:

El pago por derecho de cruce no constituye tasa o contribución; el concepto de tasa refiere al *“pago que una persona realiza por la utilización de un servicio, por tanto, si el servicio no es utilizado, no existe la obligación de pagar.”*¹

Señala que el cobro realizado por el INCO para la autorización de permisos de cruce, no corresponde a la prestación de un servicio sino a la constitución de una garantía conducente a prever posibles daños causados en la instalación de redes de servicios públicos domiciliarios de conformidad con la Resolución 639 de 1998 *“Por la cual se reglamenta la autorización para los permisos de cruce”* adoptada por el INCO mediante Resolución No 366 de 21 de junio de 2006.

Excepciona falta de legitimación en la causa por pasiva afirmando que no fue el Ministerio la entidad creadora del acto demandado, excepción que soporta en jurisprudencia de esta Corporación en la cual se concluye que cuando se trata de procesos derivados de la expedición de actos administrativos, la entidad demandada debe ser aquella que profirió el acto correspondiente.

2.- Instituto Nacional de Concesiones - INCO.

La apoderada del Instituto Nacional de Concesiones, estando en la oportunidad procesal correspondiente, contestó la demanda mediante los argumentos que se pueden resumir a continuación:

Plantea la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda considerando que si bien el actor propuso la acción de simple nulidad de que trata el artículo 84 del C. C. A., no es la protección del ordenamiento jurídico lo que lo motiva sino la obtención de un provecho económico que se concreta en el no pago por el uso u ocupación del corredor férreo.

¹ Contestación de la demanda. Folio 155. Cuaderno Principal.

Por las razones comentadas, la apoderada del INCO asegura que se trata del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en consecuencia, la misma se encuentra caducada en atención a que entre la publicación del acto acusado y la presentación de la demanda transcurrieron más de cuatro (4) meses.

Así mismo, el cobro que se realiza para el otorgamiento de los permisos de uso y ocupación del corredor férreo, es una manifestación de la voluntad dada dentro del contrato que celebra el INCO con la parte interesada en que le sea concedido el permiso referido.

En efecto, en el sentir de esa entidad, el cobro en cuestión no corresponde a la potestad impositiva del Estado sino a una remuneración pactada entre la entidad y un tercero en ejercicio de su autonomía contractual.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- El Instituto Nacional de Concesiones – INCO.

Señaló que las autorizaciones conocidas como “permisos de cruce”, son otorgadas por la Administración en virtud de la potestad a ella conferida y que tiene como finalidad la protección y estabilidad del corredor férreo del país.

Sumado a lo anterior, alega que de conformidad con el numeral 6.2 de la norma técnica NT-001 el permiso de cruce no constituye un contrato, así mismo considera que no existe fundamento legal para realizar el cobro del mismo.

En vista de tales consideraciones, expresa que el INCO profirió la Resolución No 241 de 24 de mayo de 2011 “mediante la cual se fija el procedimiento para el otorgamiento de los permisos para el uso, la ocupación y la intervención de la infraestructura férrea nacional concesionada”; en el cual entre otras decisiones, se adoptó la concerniente a eliminar el cobro por permiso de cruce.

2.- El Ministerio de Transporte.

Reitera lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda y pide que se nieguen las pretensiones del actor.

3. – CODENSA S. A. E. S. P.

Reitera lo expuesto en la demanda y pide acceder a las súplicas de la misma.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Considera que el artículo 679 del Código Civil contiene la regla general que prohíbe el uso del espacio público. Para la vista fiscal, dicha regla encuentra una excepción en el artículo 57 de la Ley 142 de 1994 que permite a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios a construir, operar o modificar sus redes e instalaciones.

Para el Ministerio Público, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que la competencia de Ferrovías para expedir permisos fue otorgada de manera directa por la Ley, pero dicha competencia no conlleva la exigencia o imposición de pago alguno para conferir dichos permisos.

En ese sentido, advierte que el Decreto 1800 de 26 de junio de 2003 le permitió al Instituto Nacional de Concesiones – INCO ejercer potestades y realizar acciones y actividades que garanticen la buena ejecución de las funciones a su cargo, pero en nada se le faculta para crear o imponer cobros que se salen de su órbita de competencia.

Sumado a ello, considera necesario recalcar que todo gravamen o tributo debe estar constituido de conformidad con las reglas del artículo 338 de la Constitución Política, y que el uso de los bienes de uso público, sólo se encuentra limitado para las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios en cuanto la expedición de las licencias o permisos se refiere, y no al pago que fije la entidad correspondiente, tal y como pretende el acto acusado.

En consecuencia solicita atender las pretensiones de la demanda y decretar la nulidad solicitada.

V.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

1.- El acto demandado.

Consiste en la Resolución No 474 del 3 de mayo de 2004, expedida por el Gerente General de Instituto Nacional de Concesiones – INCO, por medio de la cual se adopta la norma técnica NT-001 para la instalación de tuberías que crucen la vía férrea.

2.- Problema jurídico a resolver

En atención a los cargos aducidos en la demanda y las excepciones propuestas, le corresponde a la Sala establecer:

¿Las expresiones “y pago de derechos” y “cancelar los derechos de permiso de cruce”, contenidas en el párrafo 3 del numeral 2 y en el párrafo 4 del numeral 6.2 del numeral 6 respectivamente, de la norma técnica NT – 001, proferida por Ferrovías y adoptada por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO mediante la Resolución No 474 de 3 de mayo de 2004, son nulas por violación de los artículos 84, 150 numerales 11 y 12, y el artículo 388 de la Constitución Política; así como de los artículos 7º de la Ley 76 de 1920, y los artículos 25, 26 y 57 de la Ley 142 de 1994; 679 del Código Civil, 4 del Decreto Nacional 1588 de 1989 y 3 del Decreto 1800 de 2003?

3.- Análisis de los cargos y las excepciones.

Si bien la nulidad del acto acusado será concedida, la Sala deberá pronunciarse sobre las excepciones planteadas por los apoderados del Ministerio de Transporte y del Instituto Nacional de Concesiones – INCO.

El Ministerio de Transporte acude a la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva, en lo que a él se refiere, considerando que no fue esa entidad la suscriptora del acto administrativo demandado en el proceso.

Huelga decir, que tratándose del ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A., la legitimación por pasiva se predica de la entidad que expidió el acto administrativo que se acusa nulo; tal y como lo dispone el artículo 150 de la misma codificación².

La Sala observa que el acto administrativo demandado fue expedido por el Gerente General del Instituto Nacional de Concesiones – INCO; que dicho instituto fue creado por el Decreto 1800 de 2003 que le otorgó la naturaleza jurídica de establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica y autonomía administrativa y financiera.

Se establece entonces que el acto administrativo fue expedido por una entidad con la personalidad jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y que al ser la autora del acto administrativo objeto de este proceso es la llamada a responder en el mismo. En ese orden, el Ministerio de Transporte no tiene legitimación en la causa para ser parte y por ello deberá accederse a declarar, en cuanto al mencionado Ministerio concierne, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

En cuanto la excepción de indebida escogencia de la acción esgrimida por el INCO, la Sala no encuentra fundamento alguno para interpretar la demanda de forma tal que se llegue a la conclusión de que la acción que pretende el actor es la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de simple nulidad.

Lo primero que debe señalarse en ese sentido, es que el acto que se demanda es una acto de contenido general, circunstancias que en principio demarca el instrumento procesal que tiene la persona para ejercer el derecho de acción. De proceder el contencioso subjetivo, como pretende la entidad demandada, el acto administrativo general debería causar un perjuicio personal, la lesión a un derecho subjetivo que hace que se pretenda no solo la nulidad del acto sino también el restablecimiento del derecho, o en caso contrario, de no pretenderse el restablecimiento, el mismo devendría automático con la declaratoria de nulidad.

² Código Contencioso Administrativo. “Artículo 150. Las entidades públicas y las privadas que ejerzan funciones públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan (...)”

En el caso que ocupa la atención de la Corporación, la declaratoria de nulidad no conlleva la reparación de un daño ni tampoco el restablecimiento de un derecho, por ello, para la Sala existe absoluta claridad en reconocer que la nulidad del acto sólo pretende la protección del ordenamiento jurídico en abstracto y que en ese orden la acción de simple nulidad fue escogida acertadamente por el actor para controvertir ante la Jurisdicción el acto demandado.

Cargo primero:

Las normas presuntamente violadas son del siguiente tenor:

Decreto 1800 de 2003.

“ARTÍCULO 3. Son funciones generales del Instituto Nacional de Concesiones, Inco:

3.1 Planear la ejecución de los proyectos con participación de capital privado en infraestructura a cargo de la Nación que hayan sido previamente identificados por el Ministerio de Transporte.

3.2 Identificar y proponer iniciativas de vinculación del capital privado para el desarrollo de la infraestructura de transporte y de los servicios conexos o relacionados, para ser considerados e incluidos cuando sea del caso por el Ministerio de Transporte en los planes, programas y estrategias del sector.

3.3 Estudiar la viabilidad y proponer esquemas de participación del capital privado de acuerdo con las políticas fijadas por el Ministerio de Transporte.

3.4 Estructurar en forma integral distintas modalidades de participación del capital privado en la infraestructura de transporte.

3.5 Unificar los procedimientos de evaluación, preparación de estudios, pliegos, negociación y en general la estructuración de concesiones.

3.6 Elaborar los estudios de viabilidad técnica, legal y financiera de los proyectos de vinculación del capital privado en el desarrollo de infraestructura del sector transporte.

3.7 Elaborar los estudios requeridos para definir los peajes, tasas, tarifas, contribución de valorización en los proyectos a su cargo y otras modalidades de financiación a cobrar por el uso o para la construcción, mantenimiento o rehabilitación de la infraestructura del sector transporte.

3.8 Elaborar los estudios y adelantar las acciones necesarias para recopilar la información de carácter predial, ambiental y social requerida para una efectiva gestión de los proyectos a su cargo.

3.9 Identificar y proponer, como resultado del análisis de viabilidad técnica, financiera y legal, las modificaciones requeridas a los proyectos de participación de capital privado identificados por el Ministerio de Transporte,

con la finalidad de asegurar condiciones apropiadas para el desarrollo de los mismos.

3.10 Realizar directa o indirectamente la estructuración técnica, legal y financiera de los proyectos de participación de capital privado a su cargo, con base en los lineamientos y políticas fijadas por las entidades encargadas de la planeación del sector transporte y por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes.

3.11 Coordinar la obtención de licencias y permisos, la negociación y la adquisición de predios y la realización de las gestiones requeridas para el desarrollo del respectivo proyecto.

3.12 Adelantar los procesos de expropiación administrativa o instaurar las acciones judiciales para la expropiación, cuando no sea posible la enajenación voluntaria de los inmuebles requeridos para la ejecución de los proyectos a su cargo.

3.13 Estructurar los contratos relacionados con los proyectos a su cargo y realizar todos los actos necesarios para llevar a cabo los procesos de contratación.

3.14 Evaluar e incorporar en todos los contratos, las reglas de distribución de riesgos de forma que sea explícita la responsabilidad de cada una de las partes.

3.15 Controlar la evolución de las variables relacionadas con las garantías otorgadas por la Nación durante la vigencia de los contratos, y calcular y actualizar los pasivos contingentes, si hubiere lugar a ello, para cubrir dichas garantías, de acuerdo con las normas legales vigentes y los lineamientos impartidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

3.16 Ejecutar las actividades requeridas para la promoción de los proyectos entre los inversionistas nacionales o extranjeros.

3.17 Coordinar con el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS la entrega mediante acto administrativo de la infraestructura de transporte, en desarrollo de contratos de concesión.

3.18 Ejercer las potestades y realizar las acciones y actividades necesarias para garantizar la oportuna e idónea ejecución de los contratos a su cargo y para proteger el interés público, de conformidad con la ley.

3.19 Supervisar, evaluar y controlar el cumplimiento de la normatividad técnica en los proyectos a su cargo.

3.20 Supervisar el cumplimiento de los compromisos de inversión establecidos en los contratos a su cargo.

3.21 Realizar la medición de las variables requeridas en cada proyecto para verificar el cumplimiento de los niveles de servicio y demás obligaciones establecidas en los contratos.

3.22 Establecer para cada negocio de infraestructura de transporte los esquemas de retribución de la inversión.

3.23 Hacer seguimiento al desarrollo de los proyectos de vinculación de capital privado en infraestructura de transporte y, en caso de incumplimiento de cualquier obligación, adoptar de acuerdo con la ley las acciones necesarias.

3.24 Imponer las multas y demás sanciones establecidas en los contratos y en la Ley, en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas en los mismos.

3.25 Asesorar a las entidades descentralizadas, territorialmente o por servicios y a las entidades nacionales, en la estructuración técnica, legal y financiera de proyectos de vinculación de capital privado cuando estas lo soliciten.

3.26 Efectuar, de acuerdo con la ley el cobro por jurisdicción coactiva de las sumas que le adeuden por razón del ejercicio de sus funciones.

3.27 <Numeral adicionado por el artículo 1 del Decreto 4826 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Controlar y operar de forma temporal la infraestructura ferroviaria nacional cuando por razones de optimización del servicio esta haya sido desafectada de un contrato de concesión y hasta tanto se entregue a un nuevo concesionario o se disponga su entrega definitiva al Instituto Nacional de Vías, Invías.

3.28 Las demás funciones que se le asignen.”

Ley 76 de 1920

“ARTÍCULO 7. No podrán hacerse entradas de los predios a la vía férrea sin permiso de la empresa respectiva.”

Ley 142 de 1994.

“ARTÍCULO 25. CONCESIONES, Y PERMISOS AMBIENTALES Y SANITARIOS. Quienes presten servicios públicos requieren contratos de concesión, con las autoridades competentes según la ley, para usar las aguas; para usar el espectro electromagnético en la prestación de servicios públicos requerirán licencia o contrato de concesión.

Deberán además, obtener los permisos ambientales y sanitarios que la índole misma de sus actividades haga necesarios, de acuerdo con las normas comunes.

Asimismo, es obligación de quienes presten servicios públicos, invertir en el mantenimiento y recuperación del bien público explotado a través de contratos de concesión.

Si se trata de la prestación de los servicios de agua potable o saneamiento básico, de conformidad con la distribución de competencias dispuestas por la ley, las autoridades competentes verificarán la idoneidad técnica y solvencia financiera del solicitante para efectos de los procedimientos correspondientes.

ARTÍCULO 26. PERMISOS MUNICIPALES. En cada municipio, quienes prestan servicios públicos estarán sujetos a las normas generales sobre la

planeación urbana, la circulación y el tránsito, el uso del espacio público, y la seguridad y tranquilidad ciudadanas; y las autoridades pueden exigirles garantías adecuadas a los riesgos que creen.

Los municipios deben permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de empresas de servicios públicos, o a la provisión de los mismos bienes y servicios que estas proporcionan, en la parte subterránea de las vías, puentes, ejidos, andenes y otros bienes de uso público. Las empresas serán, en todo caso, responsables por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes.

Las autoridades municipales en ningún caso podrán negar o condicionar a las empresas de servicios públicos las licencias o permisos para cuya expedición fueren competentes conforme a la ley, por razones que hayan debido ser consideradas por otras autoridades competentes para el otorgamiento de permisos, licencias o concesiones, ni para favorecer monopolios o limitar la competencia.

ARTÍCULO 28. REDES. Todas las empresas tienen el derecho a construir, operar y modificar sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos, para lo cual cumplirán con los mismos requisitos, y ejercerán las mismas facultades que las leyes y demás normas pertinentes establecen para las entidades oficiales que han estado encargadas de la prestación de los mismos servicios, y las particulares previstas en esta Ley.

Las empresas tienen la obligación de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales, cuyos costos serán a cargo de ellas.

Las comisiones de regulación pueden exigir que haya posibilidad de interconexión y de homologación técnica de las redes, cuando sea indispensable para proteger a los usuarios, para garantizar la calidad del servicio o para promover la competencia. Pero en ningún caso exigirán características específicas de redes o sistemas mas allá de las que sean necesarias para garantizar la interconectabilidad de servicios análogos o el uso coordinado de recursos.

Las comisiones podrán exigir, igualmente, que la construcción y operación de redes y medios de transporte para prestar los servicios públicos no sea parte del objeto de las mismas empresas que tienen a su cargo la distribución y, además, conocerán en apelación los recursos contra los actos de cualquier autoridad que se refieran a la construcción u operación de redes. La construcción y operación de redes para el transporte y distribución de agua, residuos, electricidad, gas y telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural, así como el señalamiento de las tarifas por su uso, se regirán exclusivamente por esta Ley y por las normas ambientales, sanitarias y municipales a las que se alude en sus artículos 25 y 26 de esta Ley.

ARTÍCULO 57. FACULTAD DE IMPONER SERVIDUMBRES, HACER OCUPACIONES TEMPORALES Y REMOVER OBSTÁCULOS. Cuando sea necesario para prestar los servicios públicos, las empresas podrán pasar por predios ajenos, por una vía aérea, subterránea o superficial, las líneas, cables o tuberías necesarias; ocupar temporalmente las zonas que requieran en esos predios; remover los cultivos y los obstáculos de toda clase que se encuentren en ellos; transitar, adelantar las obras y ejercer

vigilancia en ellos; y, en general, realizar en ellos todas las actividades necesarias para prestar el servicio. El propietario del predio afectado tendrá derecho a indemnización de acuerdo a los términos establecidos en la Ley 56 de 1981, de las incomodidades y perjuicios que ello le ocasione.

Las líneas de transmisión y distribución de energía eléctrica y gas combustible, conducciones de acueducto, alcantarillado y redes telefónicas, podrán atravesar los ríos, caudales, líneas férreas, puentes, calles, caminos y cruzar acueductos, oleoductos, y otras líneas o conducciones. La empresa interesada, solicitará el permiso a la entidad pública correspondiente; si no hubiere ley expresa que indique quien debe otorgarlo, lo hará el municipio en el que se encuentra el obstáculo que se pretende atravesar.”

Código Civil.

“ARTICULO 679. PROHIBICION DE CONSTRUIR EN BIENES DE USO PÚBLICO Y FISCALES. Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales, y demás lugares de propiedad de la Unión.”

Se ha dicho que el concepto de violación de las disposiciones legales citadas, gira en torno a señalar que todas ellas convergen al disponer que el uso u ocupación de bienes de uso público, tal y como se considera a las líneas férreas, se encuentra condicionado a la expedición del permiso correspondiente, por lo tanto, dichas reglas se desconocen cuándo se impone a más del permiso, el pago de unos derechos.

En consecuencia, corresponde a la Sala establecer si la imposición del llamado derecho de cruce traspasa la frontera demarcada por las precitadas normas y si el INCO, de conformidad con sus funciones, puede establecer vía acto administrativo el mencionado pago.

Le asiste razón al actor cuando sugiere que los artículos 7 de la Ley 76 de 1920; 25, 26, 28 y 57 de la Ley 142 de 1994 y 679 del Código Civil, coinciden en limitar el uso u ocupación de los bienes de uso público a la condición de que medie una autorización correspondiente para ello.

En ese sentido se tiene que el artículo 7 de la Ley 76 de 1920 consagra la prohibición para ingresar a las líneas férreas sin el permiso de la Empresa encargada de su administración y manejo, del mismo modo, el artículo 679 del Código Civil establece que no se podrán adelantar obras en los bienes de uso público sin que se cuente con la autorización de la autoridad competente.

Por su parte, los artículos 25, 26, 28 y 57 de la Ley 142 de 1994, se conciben de manera que permiten a las empresas de servicios públicos domiciliarios que adelanten las actividades necesarias para la prestación de los servicios y el cumplimiento de sus fines, dentro de las que se cuenta la concerniente a realizar obras para la instalación de redes.

Para ello el Legislador dispuso que las empresas de este tipo tramiten los permisos y licencias correspondientes, de manera que cuando se trate de la realización de obras que conlleven la ocupación temporal de bienes de uso público, éstas deben estar previamente autorizadas.

La limitación inmersa en las normas señaladas guarda estrecha relación con el mandato Constitucional que emerge del artículo 63 Superior³, dado que éste le otorga las características a los bienes de uso público de inalienables, imprescriptibles e inembargables, de manera que ostentan una protección reforzada en el ordenamiento jurídico que explica el por qué la ley impone los límites a su uso y ocupación.

Ahora bien, todas estas normas disponen que la competencia para expedir las autorizaciones correspondientes para el uso y ocupación de bienes de uso público se encuentre radicada en la entidad encargada de salvaguardarlos. En ese sentido, se tiene que el Decreto 1588 de 1989, “Por el cual se crea la Empresa Colombiana de Vías Férreas, Ferrovías, y se dictan normas para su organización” estableció en el artículo 3º:

“Artículo 3º. La Empresa Colombiana de Vías Férreas, Ferrovías, tendrá por objeto principal mantener, mejorar, rehabilitar, extender, modernizar, explotar, dirigir y administrar la red férrea nacional, con sus anexidades y equipos que la constituyen, así como regular y controlar, en general, la operación del sistema ferroviario nacional”

Se observa con claridad que la competencia para expedir los permisos referidos a obras que de una u otra manera afectarían la vía férrea, estaba en cabeza de la extinta Ferrovías; con la entrada en liquidación de ésta mediante el Decreto 1791

³ Constitución Política. Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

de 2003, la funciones que desempeñaban fueron asumidas por el Ministerio de Transporte y, mediante el Decreto 1800 de 2003, "Por el Cual se crea el Instituto Nacional de Concesiones, Inco, y se determina su estructura", se dispuso:

"Artículo 18. ARTÍCULO 18. SUBROGACIÓN O CESIÓN DE CONTRATOS.

Al entrar en vigencia el presente decreto, el Ministerio de Transporte, la Empresa Colombiana de Vías Férreas, Ferrovías en liquidación, el Instituto Nacional de Vías, Invías, y las demás entidades del sector transporte, con excepción de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, Aerocivil, subrogarán o cederán según el caso al Inco, a título gratuito, los convenios y contratos vigentes relacionados con el cumplimiento de la misión institucional.

Las solicitudes o procesos de selección en curso o en trámite, relacionadas con el modo marítimo, carretero o férreo se trasladarán al Inco, dentro del término de treinta (30) días siguientes a partir de la vigencia del presente decreto para su culminación."

En consecuencia, las solicitudes relacionadas con el modo férreo quedaron a cargo del INCO⁴, quien por su parte profirió la Resolución 474 de 2004 adoptando la norma técnica NT-001 objeto de reproche en este proceso, y que en sus apartes demandados dispone:

"2. APLICACIÓN
(...)

El interesado en realizar una obra a la cual se aplique esta norma, deberá realizar los diseños correspondientes de acuerdo con lo especificado en los capítulos 4 y 5, y presentar la solicitud a la Empresa Colombiana de Vías Férreas – FERROVÍAS – siguiendo lo establecido en el capítulo 6, en el cual además, en caso de ser aprobado se indican las condiciones, responsabilidades y pago de derechos del solicitante para con FERROVÍAS.

6. PROCEDIMIENTO PARA SOLICITUD, APROBACIÓN, EJECUCIÓN Y CONTROL.
(...)

6.2 APROBACIÓN, EJECUCIÓN Y CONTROL DE LA OBRA
(...)

Posteriormente el solicitante deberá cancelar los derechos de permiso de cruce y legalizar debidamente el contrato de permiso de cruce".

⁴ Mediante Decreto 4165 de 3 de noviembre de 2011, el INCO cambió de denominación para convertirse en Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, denominada Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte.

Visto el contenido del acto demandado, la Sala estima que los apartes resaltados contravienen el artículo 3 del Decreto 1588 de 1989 citado en precedencia, en ese sentido, se tiene que si bien el INCO cuenta con la competencia para expedir los permisos solicitados por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para la instalación de redes que crucen las vías férreas, no es menos cierto que dicha competencia se limita exclusivamente al otorgamiento o negación del mismo, por lo que exigir del denominado “pago de derecho de cruce” desborda su ámbito de competencia.

En efecto, cuando el artículo 3 del Decreto 1588 de 1989 implanta la obligación al extinto FERROVÍAS de mantener y administrar la vía férrea nacional, está limitando su campo de acción sin que le sea dable desarrollar actividades que rebasen sus atribuciones.

Ahora bien, la exigencia del permiso para intervenir o realizar obras en la vía férrea es una manifestación de las funciones asignadas a la entidad, sobre este aspecto en concreto la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación conceptuó:

“ (...) no le cabe duda a la Sala, que dicha competencia le fue asignada por su especialidad y relación directa cuando se le atribuyó, como una de sus obligaciones, la de mantener y administrar la red férrea de propiedad de la Nación en condiciones de seguridad para el usuario, la cual incluye no solamente la línea férrea en sí misma, sino también sus zonas aledañas o anexas y la requerida para la señalización e infraestructura para el control del tránsito férreo; ofrecer la vía en el mejor estado posible se constituye, entonces, en la misión que dentro del esquema adoptado desde la ley 21 de 1988 y el Decreto 1588 de 1.989 le corresponde a esta empresa para el cumplimiento de su objeto industrial y comercial.”⁵

No ocurre lo mismo cuando se trata de exigir el pago del derecho de cruce, ya que de las competencias asignadas a la entidad encargada de la administración y mantenimiento de la vía férrea nacional no se desprende ninguna que le permita imponer el pago de una suma de dinero para la expedición de la correspondiente autorización.

⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 20 de marzo de 2003. Radicación 1484. C. P. Susana Montes de Echeverri.

Al respecto la Sala debe resaltar que en el Estado de Derecho las autoridades ejerzan las funciones que expresamente les han sido asignadas so pena de que las mismas adquieran el talante de arbitrarias, de ahí que el Legislador haya dispuesto como causal de nulidad de los actos administrativos que estos sean expedidos por funcionario o autoridad incompetente.

Se reitera entonces lo que de tiempo atrás viene señalando la Sala, en el sentido de precisar que “en aplicación del principio de Estado de Derecho, las normas que asignan competencias a las autoridades públicas, en este caso a las administrativas, deben estar claramente determinadas y no son susceptibles de interpretarse en forma analógica o extensiva, en garantía, se insiste, de los derechos y libertades ciudadanas”⁶.

En consecuencia, la Sala declarará la nulidad del acto administrativo acusado considerando la falta de competencia de la entidad para exigir el pago de derecho de cruce, exigencia que, como se ha visto, no hace parte de las atribuciones de la entidad demandada.

Cargo Segundo:

Se acusa a la Administración de vulnerar los artículos 84, 150 numerales 11 y 12 y el 338 de la Constitución Política, estas disposiciones son del siguiente tenor:

ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

“ARTICULO 84. Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

11. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración.
12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

⁶ Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente 2003-00453. Fallo de 19 de Noviembre de 2009. C. P. María Claudia Rojas Lasso.

ARTICULO 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.”

En cuanto la presunta violación del artículo 84 Constitucional, para la Sala es claro que el cobro de un derecho de cruce no es un requisito adicional, por el contrario, se trata de la imposición de una tasa que consiste en la retribución por el servicio prestado expresado en el beneficio de usar u ocupar temporalmente espacio público.

En ese sentido, la jurisprudencia se ha referido a las tasas uniformes para describir aquellos eventos en los cuales se establece el cobro en la expedición de documentos que permiten acceder a beneficios y/o servicios estatales⁷.

Tratándose de una tasa, no puede asegurarse que exista violación del precitado artículo 84 de la Constitución, así lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Sala que en ese preciso punto ha sostenido:

“En efecto, tratándose del primero (artículo 84), que prohíbe exigir requisitos no previstos en la ley, el impugnado artículo 2º no guarda relación con él, puesto que no está fijando requisito para ninguna actividad, sino una tasa para el comentado servicio administrativo.”⁸

⁷ En este sentido puede verse la sentencia de constitucionalidad C-536 de 2006.

⁸ Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente No 2007-00470. Fallo de 13 de mayo de 2010. C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

En lo concerniente al concepto de tasa, vale precisar que se ha venido considerando como tal el cobro individualizado de un servicio prestado por el Estado. En el caso que nos ocupa, el acto objeto de reproche acude a la constante de denominar tal gravamen como “pago de derechos”, acepción que también ha merecido el pronunciamiento de la Sala en los siguientes términos:

“si bien la palabra “derechos” se usa en muchos casos para significar o denotar un impuesto (v. gr. derechos aduaneros), su uso en el artículo 2º del decreto enjuiciado, al referirse a la fijación del “valor de los derechos de”, no le da carácter de impuesto al señalado valor, puesto que la causa o el hecho generador de esos “derechos” es un servicio administrativo claro y preciso, susceptible de ser particularizado o individualizado en cada caso, de modo que hay beneficiarios directos del mismo y por ende se pueden determinar en cada caso.”⁹

Por lo dicho, existe claridad para determinar que la imposición de la tasa si bien desborda el ámbito de competencia de la entidad demandada, no se convierte en un requisito adicional de la actividad legalmente regulada, todo esto de conformidad con el derrotero trazado en los más recientes pronunciamientos de la Sala.

Ahora bien, para el actor la imposición de la tasa impuesta en la norma técnica NT-001 adoptada por el INCO mediante Resolución No 474 de 2004, vulnera los artículos 150 numerales 11 y 12 y 338 de la Constitución, en consideración a que dichos artículos regulan la potestad impositiva del Estado.

En lo que a tasas se refiere y particularmente a la potestad de imponerlas, ésta se encuentra radicada en los órganos de representación popular de la Nación y de las Entidades Territoriales, conforme lo establecen los artículos 338 y 368 de la Constitución Política.¹⁰, razón que resulta más que suficiente para colegir que el acto demandado se opone a tales disposiciones de rango superior.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C- 536 de 2006. M. P. Humberto Sierra Porto.

La misma suerte corre el acto administrativo cuando se le compara con lo establecido en los numerales 11 y 12 del artículo 150 de la Carta, habida cuenta de que estas normas radican en cabeza del Legislativo, a través de la Ley, la fijación de las contribuciones fiscales, parafiscales y las rentas nacionales, lo que se traduce en que entidades como el INCO carecen de competencia para imponer una tasa por expedir permiso de cruce de la vía férrea.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de las expresiones “*y pago de derechos*” y “*cancelar los derechos de permiso de cruce*”, contenidos en el párrafo 3º del numeral 2º y en el párrafo 4º del numeral 6.2 del numeral 6º respectivamente, de la norma técnica NT – 001, proferida por Ferrovías y adoptada por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO mediante la Resolución No 474 de 3 de mayo de 2004.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de falta de legitimación por pasiva en lo concerniente al Ministerio de Transporte.

En firme esta providencia archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 4 de julio de 2013.

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
GONZÁLEZ**

Ausente en comisión

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA