



SERVICIOS PÚBLICOS – Naturaleza de las redes que se construyen en espacio público / REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Naturaleza jurídica / NATURALEZA DE LAS REDES E INSTALACIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Obedece a la naturaleza del prestador propietario / NATURALEZA DE LAS REDES E INSTALACIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Es privada si la empresa prestadora propietaria tiene esa naturaleza / NATURALEZA DE LAS REDES E INSTALACIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Son bienes fiscales si el Estado es quien presta directamente el servicio / REDES E INSTALACIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – No pueden considerarse bienes de uso público por ocupar espacio público / PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN EL CAPITAL DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Reglas / APORTES AL CAPITAL DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Distinción de aportes públicos y privados / REDES E INSTALACIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE NATURALEZA PRIVADA – Tal condición no permite que el particular que preste el servicio público pueda interrumpir su actividad / REDES E INSTALACIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE NATURALEZA PRIVADA – El particular propietario no puede disponer de ellas a su arbitrio / DERECHO A LA PROPIEDAD – Función social / REDES E INSTALACIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Nulidad de acuerdo que las cataloga como bienes de uso público y de propiedad de un municipio

[L]a naturaleza de las redes e instalaciones de las empresas de servicios públicos sí obedece a la naturaleza del prestador propietario de esas redes e instalaciones. Así, si es el Estado quien lo presta directamente entrará a hacer parte de su estructura y se reputará bien fiscal; pero si quien despliega la actividad consistente en la prestación del servicio público es un particular, esos bienes (redes o instalaciones), no pierden la naturaleza privada. No comparte la Sala el razonamiento que efectuó el Tribunal al calificar los mencionados bienes como de uso público, dado que existen previsiones de rango legal de las que se puede inferir que tampoco fue voluntad del Legislador incluirlos en ese ámbito. En efecto, el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil los describe en una categoría distinta de los bienes de uso público como bienes inembargables, [...] En tal sentido, si el Legislador hubiese pretendido que los bienes de las empresas de servicios públicos fuesen bienes de uso público, no hubiese hecho la expresa distinción de la forma en que quedó dispuesta en el Código de Procedimiento Civil y que luego fue reiterada en el Código General del Proceso. A lo dicho se agrega lo previsto en el artículo 27 de la Ley 142 de 1994 que, al tratar sobre las reglas de participación de las entidades públicas en el capital de las empresas de servicios públicos, distingue sus aportes de los de los privados, dejando ver que en manera alguna la prestación del servicio convierte el aporte privado en patrimonio de la Nación, así como tampoco, el bien de los particulares en la categoría de uso público [...] Ahora bien, el que la naturaleza del bien sea privado cuando quiera que quien preste el servicio público es un particular no hace que su actividad pueda interrumpirse caprichosamente, ni tampoco permite que disponga de las redes a su arbitrio, pues lo cierto es que todos ellos se encuentran sometidos al cumplimiento de un fin social en la forma explicada anteriormente, es decir, hace parte de la definición del Estado mismo como social de derecho, circunstancia que somete a los prestadores a la necesidad de garantizar que los usuarios obtengan siempre el servicio contratado, en cumplimiento de la función social que corresponde a la propiedad, de conformidad con el artículo 58 de la Carta Política, y en desarrollo de los deberes que imprime la Ley 142 de 1994. La Sala debe entonces declarar la nulidad del primer inciso del párrafo primero del artículo



cuarto del Acuerdo No.007 del 7 de septiembre de 2009, emitido por el Concejo del Municipio de Itagüí

SERVICIOS PÚBLICOS – Antecedentes: Francia. Colombia / REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Naturaleza jurídica / REDES E INSTALACIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Son de propiedad de las empresas prestadoras

De la lectura de la norma [artículo 26 de la Ley 142 de 1994] se advierte que cuando, se refiere a que las ESP están sujetas a las normas generales urbanísticas, de tránsito, uso del espacio público, seguridad y tranquilidad ciudadanas de cada municipio, obliga a los entes territoriales a permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de las empresas de servicios públicos en los bienes de uso público respectivos, lo cual deja ver un claro reconocimiento de que los bienes a cuya instalación se refiere no le pertenecen a los municipios o distritos; esos bienes le pertenecen a la empresa prestadora del servicio. El artículo 28 de la misma Ley reitera la anterior regla [...] No de otra forma, se hubiere entendido el amparo policivo al que tienen derecho las ESP para proteger sus bienes, según lo dispone el artículo 29 ibídem [...] Aunado a ello, se advierte que también es deber de las empresas facilitar el acceso e interconexión de otras empresas a los bienes que se empleen para la prestación del servicio, lo que, también implica un acto de reconocimiento normativo del derecho de propiedad de las tales empresas sobre esos bienes. [...] El artículo 33 del mismo cuerpo normativo también contempló algunas facultades especiales para quienes se encargarán de la prestación de servicios públicos siempre que vayan ligadas con la actividad misma, tales como el uso del espacio público, la ocupación temporal de inmuebles, la constitución de servidumbres, la enajenación forzosa de inmuebles (artículo 33 ibídem), e incluso la expropiación de predios (artículos 56 y 57 ibídem). Para este último propósito declaró como de utilidad pública e interés social la ejecución de obras y la adquisición de espacios suficientes para garantizar la protección de las instalaciones respectivas. El régimen dispone que si para garantizar la prestación del servicio deben pasar por predios ajenos, por una vía aérea, subterránea o superficial, remover cultivos, cruzar acueductos, oleoductos, líneas férreas, etc., la empresa deberá solicitar el permiso a la entidad pública que corresponda, y que si no existe una norma que indique quién debe otorgarlo, entonces será el municipio en el que se encuentre el obstáculo el encargado de tramitarlo (inciso segundo del artículo 57 ibídem). Del panorama expuesto hasta aquí se advierte que no hubo intención alguna de parte del Legislador de que tales bienes hicieran parte del espacio en el que se fuesen a instalar o se introdujeran como parte de los bienes de uso público que claramente utilizan para llevar a cabo la actividad. A lo anotado se suma lo dispuesto en la Ley 143 de 1994, cuando en sus artículos 28, 29 y 30 reconoce expresamente la propiedad de las redes de interconexión nacional de energía eléctrica en las empresas prestadoras [...] Se trata, como se observa, de plenos poderes de disposición que permiten desde la enajenación de las redes hasta la constitución de servidumbres con otros agentes y las obras necesarias para la conexión de sus equipos a la red nacional. Sin duda, el Legislador nunca previó como posible que tales bienes se afectaran y calificaran como parte de propiedad de un sujeto distinto al prestador.

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen de funcionamiento / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Ámbito territorial de operación / PERMISOS MUNICIPALES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Sujeción a las



normas sobre la planeación urbana, la circulación y el tránsito, el uso del espacio público, y la seguridad y tranquilidad ciudadanas

De conformidad con los artículos 22 y 23 de la Ley 142 de 1994, cuando las ESP estén debidamente constituidas, no requerirán permiso para funcionar en cualquier parte del territorio colombiano; no obstante, para operar deberán obtener los correspondientes licencias, permisos o concesiones de las autoridades competentes y sujetarse a las reglas dispuestas por ellas o, excepcionalmente, suscribir el respectivo contrato y atender a su clausulado. [...] Ahora bien, cuando quiera que se requiera usar aguas o el espectro electromagnético para la prestación del servicio, es menester celebrar contratos de concesión o tramitar la licencia correspondiente. [...] Adicionalmente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 ibídem, las ESP están sometidas a las normas urbanísticas, de transporte, de espacio público y de seguridad previstas por los entes territoriales en los cuales tienen su jurisdicción. Agrega la norma que la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de la deficiente construcción u operación de las redes recaerá en las empresas de servicios públicos.

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Son las responsables por el mantenimiento de sus redes, así como los daños causados por la construcción y operación de las mismas / ASUNTOS TERRITORIALES – Regulación y reglamentación / REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Ubicación / PERMISOS MUNICIPALES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RESPONSABILIDAD DERIVADA POR LAS MODIFICACIONES DE LAS REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Cuando es exigida u ordenada por el municipio o el ente territorial dónde se presta el servicio / EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA – Del municipio de Itagüi al definir de manera general que a las empresas de servicios públicos les corresponde asumir toda la responsabilidad derivada de las modificaciones de las redes de servicios públicos, según su conveniencia, en el término que éste requiera e incluso sin contar con la autorización de dichas empresas / CARTA DE COMPROMISO POR EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Nulidad del acuerdo que la exige como un requisito para la prestación del servicio

[D]el análisis decantado en el anterior acápite se concluyó que las redes de servicios públicos eran de propiedad de la empresa que prestara el servicio, y de lo expuesto en el que ahora nos ocupa vemos con claridad que el Ubicaci (sic) recae sobre dichas empresas. En tal sentido, de requerirse una modificación en la ubicación de las redes los llamados a asumir los costos que ello implique son las mismas empresas, pues tal y como lo pone de presente la recurrente en su escrito de apelación, ejecutar obras de reubicación de redes e instalaciones requiere la adopción de estudios técnicos y de suelos, entre otros; y evidentemente también son necesarios análisis de índole presupuestal que no pueden pasar inadvertidos para el ente territorial a la hora de exigir tales modificaciones. No obstante, supuestos como el que pretende reglamentar el Acuerdo que se censura no pueden ser regulados de manera general y menos suponiendo una exoneración de toda responsabilidad de parte del ente territorial, toda vez que en el evento en que se ocasionen daños antijurídicos imputables, ya sea a las decisiones (actos administrativos) o actuaciones (operaciones, hechos administrativos, etc.) del municipio mediante las cuales se ordene la modificación de las redes de las empresas de servicios públicos, sus trazos, entre otros, tendrá que ponderarse el caso concreto a efectos de determinar si hay lugar a indemnizar algún perjuicio o a reparar un daño. Entender de otra manera las facultades legales y constitucionales



de los entes territoriales supondría aceptar un ejercicio omnímodo y arbitrario que no consulta los fines y la estructura sobre la cual se cimienta la prestación de los servicios públicos en el país, y desconocer que la responsabilidad del Estado deriva de lo establecido en el artículo 90 Constitucional, por lo que mal hace un acuerdo municipal tratando de exonerar de toda responsabilidad a un municipio, cuando con su conducta puede ocasionar un daño antijurídico que le sea imputable. Al límite anotado se agrega uno ya de naturaleza constitucional que tiene que ver con el ejercicio de la intervención del Estado en la economía y su ponderación con el ejercicio de la libertad económica privada en materia de servicios públicos, pues, como también quedó anotado, las dos potestades se orientan hacia la garantía del bien común, el cual no puede ser invocado so pretexto de desbordar el uso de las atribuciones otorgadas para la garantía en la prestación de los servicios públicos, pues en todo caso, tanto unos como otros deben ser entendidos como un instrumento para el alcance de los fines que se trazan constitucionalmente para lograr el bien común. Dicho esto, la Sala estima que el literal c) del artículo 5º del Acuerdo No. 007 del 7 de septiembre de 2009 dictado por el Concejo del Municipio de Itagüí, excede de manera abierta las facultades descritas en la Ley 142 de 1994, al exigir de las ESP una carta de compromiso que no prevé las limitaciones a que se ha aludido llevando a un ejercicio indiscriminado de sus funciones. Es por ello que también debe ser declarada nula tal disposición.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 333 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 334 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 365 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 11 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 22 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 23 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 25 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 26 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 27 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 28 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 29 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 33 / LEY 143 DE 1994 – ARTÍCULO 28 / LEY 143 DE 1994 – ARTÍCULO 29 / LEY 143 DE 1994 – ARTÍCULO 30 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 684

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 007 DE 2009 (2 de septiembre) CONCEJO MUNICIPAL DE ITAGÜÍ ARTÍCULO 4 PARÁGRAFO PRIMERO INCISO PRIMERO (Anulado) / ACUERDO 007 DE 2009 (2 de septiembre) CONCEJO MUNICIPAL DE ITAGÜÍ ARTÍCULO 5 LITERAL C (Anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D. C., catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 05001-23-31-000-2010-01164-02

Actor: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P

Demandado: MUNICIPIO DE ITAGÜÍ (ANTIOQUIA)



Referencia: No son bienes de uso público de la Nación las redes de servicios públicos (transformadores, postes, líneas de conducción, entre otras), que se construyen en espacio público para la prestación de servicios públicos. Es nulo el Acuerdo que determina que son bienes de uso público de la Nación las redes de servicios públicos que se construyen en espacio público.

Excede la potestad reglamentaria el Municipio de Itagüí al definir de manera general que a las ESP les corresponde asumir toda la responsabilidad derivada de las modificaciones de las redes de servicios públicos, según la conveniencia del ente territorial, en el término que éste requiera e incluso sin contar con la autorización de dichas empresas.

Se procede a dictar sentencia de segunda instancia para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia 18 de mayo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso de la referencia, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I. COMPETENCIA

De conformidad con lo expuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo previsto en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo expuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA), y del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda y sus pretensiones

La sociedad **Empresas Públicas de Medellín E.S.P.** (en adelante EPM) presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de obtener de éste las siguientes declaraciones:

*“Solicito al Tribunal que previos los trámites del proceso ordinario estatuido en el Código Contencioso Administrativo, se declare la nulidad del **PARÁGRAFO TERCERO, del Artículo Primero; LOS PARÁGRAFOS PRIMERO Y SEGUNDO del Artículo Cuarto y el***



literal c) del Artículo Quinto del ACUERDO No. 007 del 2 de septiembre de 2009, expedido por el Concejo Municipal de Itagüí.”¹

2.2. El acto cuestionado

“ACUERDO No. 007 Itagüí

02 SEP 2009

POR MEDIO DEL CUAL SE DICTAN NORMAS ESPECIALES SOBRE EL USO DE VÍAS, ESPACIOS PÚBLICOS, ROTURA Y OCUPACIÓN DE LOS MISMOS PARA REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS Y SE OTORGA FACULTAD PROTEMPORE AL SEÑOR ALCALDE

EL CONCEJO MUNICIPAL DE ITAGÜÍ en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, especialmente las contenidas en el artículo 313 numeral 7 de la Constitución política Nacional, en el Decreto 1333 de 1996, en los artículos 26 y 28 de la Ley 142 de 1994, en el decreto 564 de 2006 y demás disposiciones que rigen la materia.

ACUERDA:

ARTÍCULO PRIMERO: las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas interesadas en obtener permiso para la construcción de accesos, instalación, expansión, o reparación de tuberías, redes de servicios públicos soterradas o aéreas, canalizaciones, instalación y/o traslado de postes, gabinetes de telecomunicaciones y gas, medidores, entre otros, y como consecuencia de su intervención resultare afectado el entorno urbano, las vías, andenes o espacio público, tendrán que realizar la respectiva reconstrucción con los parámetros vigentes, garantizando durante y en la operación, la seguridad vial y las condiciones de movilidad motorizada, mecánica o peatonal en la infraestructura, teniendo en cuenta la calidad urbanística exigida por el Municipio de Itagüí, así:

1. Tratándose de una excavación longitudinal, paralela al eje de una vía nueva no intervenida, en una longitud igual o superior a una cuadra en sitio o su equivalente a 80 metros lineales, deberá recuperar la totalidad de la calzada afectada en esa misma proporción. Para los efectos del presente acuerdo entiéndase por vía nueva aquella que no tiene una antigüedad mayor de dos (2) años de haber sido construida.
2. Tratándose de una excavación longitudinal, paralela o diagonal al eje de la vía, que exceda con la sumatoria de las afectaciones existentes un 20%, deberá recuperar la totalidad de la calzada afectada en esa misma proporción, independiente de quien haya ejecutado las afectaciones anteriores.
3. Tratándose de una excavación transversal o diagonal al eje de la vía, la reparación o reconstrucción deberá hacerse de la siguiente manera:

¹ Folio 45 del Cuaderno número uno del Tribunal.



Al área de excavación se le sumara (Sic) el 50% de la misma, repartiendo un 25% a cada costado para efecto del reparcheo inicial, para efectos de un reparcheo compacto en ningún caso la rotura de la vía será inferior a 40 cm.

4. *Si se trata de una excavación puntual o localizada, se tomará como regla para la reparación la siguiente:*

Para efectos de un reparcheo compacto, al área de excavación se le sumara (Sic) el 50% de la misma alrededor suyo.

5. *Tratándose de una excavación no ortogonal, en la intersección de vías, la empresa responsable deberá recuperar el área total de la intersección afectada.*

PARÁGRAFO PRIMERO: *Las especificaciones técnicas para la recuperación de las vías, serán señaladas por la Secretaria de Obras Públicas o la entidad encargada para tal efecto, de conformidad con el Diseño Estructural de la misma.*

PARÁGRAFO SEGUNDO: *todas (Sic) las obras referidas en el presente Artículo deberán tener interventoría idónea, a cargo del solicitante.*

PARÁGRAFO TERCERO: *La empresa responsable deberá construir en favor del municipio una póliza de garantía con los siguientes amparos: de **Estabilidad** de las obras que resulten de la reconstrucción de la estructura del pavimento o de espacio público a favor del Municipio de Itagüí, por cinco (5) años y por un 20% del valor total de las obras. **Responsabilidad Civil Extracontractual** por el plazo de las obras y tres (3) meses más y por un 20% del valor total de las obras.*

(...)

ARTÍCULO CUARTO: *Las Empresas Prestadora de Servicios Públicos independientemente de su naturaleza, los urbanizadores y constructores de obras civiles, solicitarán ante la Dirección de Planeación el permiso de uso y rotura, previamente a la ejecución de obras para la construcción de accesos, instalación, expansión o reparación de tuberías, redes de servicios públicos soterradas o aéreas, canalizaciones, instalación y/o traslado de postes, gabinetes de telecomunicaciones y medidores de gas, entre otros, y se apoyará en la Secretaria de Obras Públicas, Tránsito y Transporte y Gestión Urbana Municipal, con el fin de coordinar las acciones pertinentes para que en los diferentes casos, se exija construir, reconstruir o mejorar el entorno con los parámetros vigentes, garantizando durante y en la operación, la seguridad vial y las condiciones de movilidad motorizada, mecánica o peatonal en la infraestructura, así como la calidad urbanística, cuya vigencia está a cargo del Municipio de Itagüí.*

PARÁGRAFO PRIMERO: *Las redes (transformadores, postes, líneas de conducción, entre otras) construidas en el espacio público o en áreas cedidas al municipio en cumplimiento de obligaciones urbanísticas se constituyen en bienes de uso público de propiedad del*



Municipio de Itagüí. La infraestructura contemplada en el presente artículo deberá cumplir con los parámetros y especificaciones técnicas exigidas por las empresas administradoras y operadoras de dichas redes.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Sin perjuicios (sic) de los (Sic) señalado en el artículo anterior, será de responsabilidad del operador y administrador de las redes de energía acueducto, telecomunicaciones, gas, alcantarillado, entre otras, realizar a su costa todas las obras de mantenimiento, reparación, expansión y reemplazo por terminación de su vida útil, acorde con lo establecido en la normatividad vigente.

(...)

ARTÍCULO QUINTO: Todos los permisos deberán ser solicitados mediante formato único suministrado por el Municipio de Itagüí, y cumplir con los siguientes requisitos:

- a) La solicitud deberá contener un Plan de Manejo de Tránsito y señalización a utilizar durante la etapa de construcción y operación del proyecto objeto del permiso, de acuerdo a lo exigido en el Manual de Señalización Vial del 2004 expedido por el Ministerio de Transporte.
- b) La solicitud deberá contener un Plan de Manejo Ambiental en caso de que esto se requiera, conforme al Decreto 1220 de 2005 y las normas que lo desarrollan, sustituyen o complementen.
- c) La solicitud deberá contener una Carta de Compromiso, donde el solicitante (persona natural o representante legal si es persona jurídica) debe expresar por escrito; En caso de que el Municipio de Itagüí requiera ejecutar indemnizaciones, ampliaciones, ajustes en el alineamiento, obras complementarias, construcción de puentes vehiculares, construcción de ciclodrenaje, obras de subdrenaje, construcción de andenes o pasos peatonales, atención de emergencias, o cualquier otro cambio en la zona utilizada por la obra en donde se otorgue el permiso, lo podrá hacer a conveniencia sin autorización del solicitante del permiso, quien a su vez procederá a desplazar las tuberías y demás obras ejecutadas que se encuentren en la zona del derecho de vía, por su cuenta y riesgo, a los sitios donde el Municipio de Itagüí así lo determine, en el momento en que sea requerido, sin ningún costo para el Municipio de Itagüí y en el término que éste fije para tal evento.
- d) La solicitud deberá contener los costos estimados de la obras objeto del permiso, así como los costos estimados de las obras de reposición de la vía por daños que se puedan presentar en la misma a causa de los trabajos a ejecutar.². (Los apartes subrayados corresponden a los demandados).

2.3. Las normas violadas y el concepto de la violación

² Folios 19 y 20 del Cuaderno del Tribunal.



El actor señala como violadas las siguientes disposiciones: artículos 13, 29, 58 y numeral 7 del artículo 313 de la Constitución Política; artículo 40 del Código de Régimen Municipal; artículos 26 y 28 de la Ley 142 de 1994; artículos 122 a 131 del Decreto 564 de 2006; y Decreto 1469 de 2009.

Al explicar el concepto de la violación de las normas que se acaban de enunciar el demandante expuso las siguientes razones:

Primer cargo.- Violación de los artículos 29 y 58 de la Constitución Política.

A juicio de la demandante, con la expedición del parágrafo primero del artículo cuarto del acto censurado se pretende expropiar o confiscar a las empresas de servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones de las redes, transformadores, postes, líneas de conducción, es decir, se pretende despojarlas de la infraestructura de la cual son propietarias y con las que se suministran los servicios públicos domiciliarios o los servicios de telecomunicaciones en la jurisdicción del Municipio de Itagüí.

Indicó que, tratándose de los bienes de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de carácter público, no puede hablarse de propiedad privada sino de bienes fiscales, los cuales no pueden ser objeto de expropiación salvo por motivos de utilidad pública o interés social según la Ley 9 de 1989 y la Ley 388 de 1997.

Agregó que, de acuerdo con variada jurisprudencia, para afectar un bien privado al interés público se deben agotar una serie de procedimientos de enajenación voluntaria o expropiación, previamente consagrados en normas con rango legal; si ello es así, al haberse dado la connotación de bienes de uso público a las redes de servicios públicos sin autorización del Congreso de la República, el acto demandado constituye una clara usurpación de las funciones del Legislador y un “atropello” a la propiedad privada, incluso cuando es “estatal”.

Adujo que el ente territorial accionado no ha notificado a ninguna empresa de servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones sobre la necesidad de expropiar sus bienes por vía judicial o administrativa, lo que configura una “*VÍA DE HECHO*”. Informó que las autoridades del Municipio de Itagüí le han impedido a



EPM ingresar a su municipio con el fin de reponer, reparar, ampliar o extender sus redes en desconocimiento de los artículos 26, 28 y 33 de la Ley 142 de 1994.

Segundo cargo.- Violación del numeral 7º del artículo 313 de la Constitución Política y del artículo 40 del Decreto 1333 de 1996.

Sostuvo que, de acuerdo con las disposiciones citadas, los municipios pueden conceder permisos relativos a la intervención de sus vías y espacio público pero que ello no redundaba en la facultad de apropiarse de los bienes e infraestructura de las empresas de servicios públicos y de telecomunicaciones, pues según la norma constitucional la facultad de definir un bien como de uso público radica en cabeza del Legislador.

Tercer cargo.- Violación de los artículos 26 y 28 de la Ley 142 de 1994.

Comenzó por aludir al concepto de servidumbres en el Código Civil manifestando que supone la existencia de dos predios, uno dominante y otro sirviente, lo cual constituye una limitación al dominio en procura del interés particular.

Pues bien, en lo atinente a la prestación de servicios públicos, que denominó servidumbres administrativas, el predio dominante desaparece, y su lugar lo toma la empresa de servicios públicos, bien sea pública o privada con el fin de satisfacer el interés general de la comunidad a la que vaya dirigida la prestación de dichos servicios. Literalmente expuso lo siguiente: *“no se encuentra un gravamen de un predio sobre otro sino que existirá el que soporta la carga y la empresa prestataria de servicios públicos, todo en aras del interés general, subsumiendo por lo tanto el interés particular que pueda tener la empresa como tal en explotar el servicio”*³.

Afirmó que ese tipo de servidumbres se encontraban previstas en los artículos 22, 25, 26, 33, 56, 57 117, 186 y siguientes de la Ley 142 de 1994, y que se dividían en dos clases según que el predio afectado sea público o bien de uso público, *“pudiendo imponerse las primeras a petición de la Empresas (Sic) de Servicios Públicos, bien por acto administrativo o por el procedimiento de la Ley 56 de 1981, y las segundas por aplicación directa de la citada Ley 142”*⁴.

³ Folio 31 del Cuaderno número 1.

⁴ Folio 32 ibídem.



En atención a lo dicho, concluyó que las servidumbres administrativas que afecten bienes de uso público son, en principio, gratuitas, pues el titular del predio no puede cobrar ninguna contraprestación por su utilización, lo cual no implica que la empresa de servicios públicos quede exenta de pagar lo referente a permisos, licencias o autorizaciones, etc., ni de brindar un oportuno mantenimiento y un apropiado manejo al espacio público para dejarlo en el mismo estado en el que se encontraba antes de la construcción para la prestación del servicio.

En definitiva, para la demandante, de conformidad con las normas citadas las empresas de servicios públicos pueden usar el espacio público sin constituir servidumbres, siempre que se cumplan las normas generales sobre planeación urbana, circulación, tránsito, espacio público y seguridad y tranquilidad ciudadanas.

Al respecto citó la sentencia del 6 de marzo de 2006 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en el proceso número 1999-00823-01 y la providencia del 4 de febrero de 1999 expedida por la Sección Tercera en el expediente número 15154.

Cuarto cargo.- Violación del artículo 13 de la Constitución Política.

Estimó que el párrafo tercero del artículo primero del Acuerdo 007 de 2009 desconoce abiertamente el citado mandato Superior, toda vez que obliga a constituir pólizas de estabilidad, cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual a la empresa responsable de los trabajos en el espacio público, olvidando que esas garantías deben dirigirse a todas las personas jurídicas o naturales que intervengan o realicen obras que impliquen la reconstrucción de la estructura de pavimento o del espacio público del Municipio de Itagüí.

Quinto cargo.- Violación del Decreto 562 de 2006, derogado por el Decreto 1469 del 30 de abril de 2010, con excepción de sus artículos 122 a 131 y del artículo 28 de la Ley 142 de 1994.

Señaló que, según el párrafo del artículo quinto (acusado), el Municipio de Itagüí está facultado para exigir la constitución de garantías y licencias para la intervención en el espacio público, siempre que se trate de obras que deben adelantarse como consecuencia de averías, accidentes o emergencias, en



contravía de lo que se ordena en el artículo 28 de la Ley 142 de 1994, en el numeral 2º del artículo 12 del Decreto 562 de 2006 y en el numeral 2º del artículo 13 del Decreto 1469 de 2010, según los cuales se exceptúa expresamente la necesidad de obtener licenciamiento para intervención en el espacio público para desarrollar actividades de *“Realización de obras que deban adelantarse como consecuencia de averías, accidentes o emergencias cuando la demora en su reparación pudiera ocasionar daños en bienes de otras personas.”* (numeral 2 del artículo 12 del Decreto 564 de 2006, contenido en el numeral 2 del artículo 13 del Decreto 1469 del 30 de abril de 2010).

Agregó que el artículo 28 de la Ley 142 de 1994 consagra *“la obligación para las empresas de servicios públicos de efectuar el mantenimiento y reparación de sus redes de infraestructura, asumiendo el costo que ello implique”*⁵, lo cual se traduce en que se trata de un deber legal que no puede supeditarse al capricho de las autoridades en cuanto a la concesión de permisos se refiere.

Sexto cargo.- Violación del artículo 28 de la Ley 142 de 1994.

La mencionada norma establece la facultad que tienen las empresas para construir, operar y modificar sus redes e instalaciones con el fin de prestar los servicios públicos, para lo cual deben cumplir con los mismos requisitos y ejercer las mismas facultades que las leyes y demás normas pertinentes establecen para las entidades oficiales que han estado encargadas de dicha prestación.

Tal norma, a juicio de la actora, establece una presunción legal sobre la propiedad de las redes e instalaciones, que se reafirma en lo dispuesto en el artículo 29 ibídem, ya que determina un amparo policivo prevalente en caso de perturbación u ocupación de los bienes de las empresas de servicios públicos.

Por tal razón, el párrafo primero del artículo cuarto del Acuerdo censurado es claramente contradictorio porque, si las redes son del municipio producto de la expropiación de hecho o confiscación decretada en el acto impugnado, mal harían las empresas de servicios públicos en repararlas, mantenerlas, reemplazarlas o expandirlas, pues estarían gastando sus recursos en bienes que no les pertenecen. Es aún más clara la violación de las normas superiores que la

⁵ Folio 41 ibídem.



disposición impugnada le da carácter de simple *operador o administrador* al propietario de las redes e infraestructura.

Séptimo cargo: Falta de competencia

Al respecto aseveró que el Concejo de Itagüí usurpo las competencia del Legislador al expropiar o confiscar las redes de infraestructura de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por conducto de apoderado, el **Municipio de Itagüí** contestó la demanda para oponerse a sus pretensiones y expuso, en síntesis, los siguientes argumentos:

3.1. “FRENTE A LA SUPUESTA VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 29 Y 58 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, POR LO REGULADO EN EL PARÁGRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO CUARTO DEL ACUERDO 007 DE 2009”⁶

Sostuvo que en el artículo 674 del Código Civil se citan de manera enunciativa las calles, plazas, puentes y caminos, que son, entre otros, los lugares y sitios en los cuales se construyen las redes de servicios públicos.

A renglón seguido indicó que son esos bienes de uso público, los que constituyen el espacio público establecido en el artículo 82 de la Constitución Política, en consonancia con lo definido en el artículo 5º de la Ley 9 de 1989, en el cual se incluye como parte de ese concepto las áreas necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos.

Si ello es así, las redes de servicios públicos que son construidas en los bienes de uso público son constitutivas del espacio público, lo cual conduce a afirmar que esas redes se reputan bienes inmuebles por destinación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 658 del Código Civil; luego esas redes serían espacio público por destinación.

Así fue el análisis sobre este punto:

⁶ Folio 98 ibídem.



“Entonces las redes de los servicio públicos de que trata el parágrafo primero del artículo 4º del Acuerdo 007 de 2009, o sea la construidas en el espacio público tienen la calidad de bienes inmuebles por destinación de conformidad con la citada norma, cuya propiedad entonces pertenece al Estado que para el caso lo es el Municipio de Itagüí.

4.- Como se desprende de lo antes expuesto, las redes de los servicio públicos construidas en el espacio público, adquieren la calidad de espacio público por su destinación, por ello no le asiste razón al demandante cuando pretende consideras (Sic) las redes de servicios públicos como bienes fiscales cuyo régimen de propiedad es el establecido en el artículo 58 de la Constitución Política y de propiedad de la (Sic) empresas de servicios públicos.

5.- Al ser redes de servicios públicos bienes inmuebles de uso público por destinación y así haberlo dispuesto en parágrafo 1º del artículo 4º del Acuerdo No. 007 de 2009, no opera la supuesta expropiación o confiscación que se argumenta en la demanda por la parte actora, sino que lo contenido en la citada norma municipal es precisamente lo establecido en el Código Civil artículos 658 y 674, la Constitución Política artículo 63 y 82, particularizado al Municipio de Itagüí⁷.

Trajo a colación el Concepto 547 del 9 de septiembre de 2010 emitido por la Superintendencia de Servicios Públicos, que a su juicio resulta aplicable al caso bajo examen.

3.2. “FRENTE A LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA POR LO REGULADO EN EL PARÁGRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO PRIMERO DEL ACUERDO 007 DE 2009”⁸

Aseguró que la exigencia de constituir pólizas de garantía con los amparos de estabilidad, cumplimiento y responsabilidad civil encuentra sustento en el artículo 26 de la Ley 142 de 1994, norma que prevé como destinatarios de la exigencia de garantías solamente las empresas de servicios públicos y no a cualquier persona como sugiere la parte actora.

En tal orden, no tiene sustento el cargo que expone la parte actora cuando pretende configurar la vulneración del derecho fundamental a la igualdad por el hecho de que la constitución de la garantía o póliza sólo se exija a la empresa prestadora del servicio público y no a cualquier persona que pretenda realizar las actividades descritas en el inciso primero del artículo primero del Acuerdo No. 007

⁷ Folio 100 ibídem.

⁸ Folio 104 ibídem.



de 2009, porque es precisamente un desarrollo del artículo 26 de la Ley 142 de 1994, norma que sólo legitimó a la empresa prestadora del servicio público.

3.3. En lo atinente a la vulneración del Decreto 564 de 2006 y 1569 de 2010, señaló que tales normas regulan una materia diferente, esto es, la no exigibilidad de la licencia cuando se está frente a los casos excepcionales allí contemplados y que corresponden a la realización de las obras que deban adelantarse como consecuencia de averías, accidentes o emergencias cuando la demora en su reparación pueda ocasionar daños en bienes de otras personas.

No obstante, las citadas disposiciones no exceptuaron la posibilidad que tienen los municipios de solicitar a los prestadores de servicios públicos las garantías que consideren necesarias, en tanto que es una facultad que ostentan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 142 de 1994.

Sintetizó sus argumentos frente a este tópico así:

- *“Por lo anterior el párrafo tercero del artículo 1º del Acuerdo 007 de 2009, regula el tema de la garantía o póliza que debe constituir el prestador del servicio público a solicitud del municipio bajo el amparo legal del artículo 26 de la Ley 142 de 1994.*
- *Las normas que supuestamente vulnera el citado párrafo, regulan otra materia diferente, o sea la no exigibilidad de la licencia cuando se esta (Sic) frente los (Sic) casos excepcionales expresamente en ellos regulados y que son la realización de las obras que deben adelantarse como consecuencia de averías, accidentes o emergencias cuando la demora en su reparación pudiera ocasionar daños en bienes de otras persona”⁹.*

3.4. *“FRENTE A LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 142 DE 1994 POR LO REGULADO EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO CUARTO DEL ACUERDO 007 DE 2009”¹⁰*

Indicó que tampoco existía la vulneración del artículo 28 de la Ley 142 de 1994, pues el artículo 4º del Acuerdo No. 007 de 2009 (acto acusado), se limitó a reproducir lo expresado en él, o sea la obligación de las empresas de servicios públicos de realizar mantenimiento, reparación, expansión y reemplazo a las redes de servicios públicos.

⁹ Folio 105 ibídem.

¹⁰ Folio 106 ibídem.



3.5. “FRENTE A LA SUPUESTA FALTA DE COMPETENCIA POR VIOLACIÓN DE UNA NORMA DE SUPERIOR JERARQUÍA”¹¹

Precisó que el Acuerdo impugnado se expidió con fundamento en el numeral 7 del artículo 313 de la Constitución Política, en el Decreto 1333 de 1986, en los artículos 26 y 28 de la Ley 142 de 1994, en el Decreto 564 de 2006 y en las demás disposiciones que rigen la materia.

3.6. “EXCEPCIÓN INEPTA DEMANDA POR FALTA DE CONCEPTO DE VIOLACIÓN (ART. 137 C.C.A.)”¹²

Llamó la atención sobre la solicitud de nulidad del literal c) del artículo 5º del acto enjuiciado, pues sobre el particular no hubo ningún argumento que respaldara tal pretensión, razón por la cual debe declararse inepta demanda en relación con ella y en ese mismo sentido propuso la correspondiente excepción.

3.7. “EXCEPCIÓN DE BUENA FE”¹³

También invocó a manera de excepción el principio de buena fe, en consideración a que el Acuerdo impugnado fue expedido para regular el uso de las vías, espacios públicos, rotura y ocupación de los mismos para redes de servicios públicos sin el ánimo de vulnerar derechos o normas de carácter superior.

IV. LA SENTENCIA RECURRIDA

El *a quo* declaró la nulidad del aparte “*de propiedad del Municipio de Itagüí*” contenido en el parágrafo primero del artículo 4º del Acuerdo No. 007 de 2009 expedido por el Concejo Municipal de Itagüí y negó las demás pretensiones, aduciendo los siguientes argumentos:

4.1. Para resolver acerca de la nulidad del aparte atrás anotado, el *a quo* indicó que debía definir la naturaleza de las redes destinadas a la prestación de servicios públicos domiciliarios y la titularidad del derecho de dominio. Al respecto, concluyó que constituían bienes de uso público, y que por ende, no pertenecían a las

¹¹ Ibídem.

¹² Folios 107 y 108 ibídem.

¹³ Folio 108 ibídem.



empresas de servicios públicos sino a la Nación; luego entonces, tampoco podía predicarse como parte del patrimonio del Municipio de Itagüí

Para llegar a ésta conclusión trajo a colación los elementos teleológico, normativo, objetivo y subjetivo de los bienes de uso público, encontrando que todos ellos confluían en el concepto de las redes de servicios públicos. Explicó tal conclusión de la siguiente manera:

4.1.1. Sobre el criterio teleológico expuso que consistía en determinar si el bien está destinado al uso y disfrute de todos los habitantes del territorio, y que en consecuencia, se encuentren permanentemente a su servicio. En tal sentido, para el caso de la infraestructura con la cual se prestan los servicios públicos domiciliarios, en opinión del *a quo*, se daban tanto el parámetro de afectación al uso de todos como el criterio de afectación al servicio público, pues con las redes, transformadores, postes y líneas de conducción se prestan servicios públicos domiciliarios esenciales a las voces del artículo 4º de la Ley 142 de 1994, cumpliendo así con un fin del Estado Social de Derecho, y estableciéndose como su principal garante; y adicionalmente, este tipo de bienes responde a un uso, goce y disfrute de todo el conglomerado social, es decir, del pueblo, o en palabras del artículo 102 de la Constitución, pertenecen a la Nación como organización político-administrativa que representa al pueblo.

Indicó que los bienes sobre los cuales la parte demandante alegaba una propiedad basada en el dominio privado, a todas luces escapaban de esa categoría, puesto que era innegable la destinación específica de los mismos, es decir, la prestación de un servicio público domiciliario considerado esencial, a favor de cualquier habitante, los cuales se encuentran permanentemente funcionando en razón de tal objetivo.

Agregó que el aspecto analizado se encontraba íntimamente ligado a lo que se conoce como titularidad pública sobre el servicio público, según la cual una actividad que esté especialmente vinculada al interés general debe considerarse de titularidad del Estado. Sobre el punto trajo a colación la noción que sobre esa figura expuso Gaspar Ariño Ortíz.

4.1.2. En lo atinente al elemento normativo, advirtió que se daban los supuestos para su cumplimiento en el caso bajo examen, pues el artículo 674 del Código



Civil afecta los bienes de uso público a la destinación del mismo, es decir, al uso de todos los habitantes del territorio, extendiendo así el elemento normativo hacia el teleológico.

Advirtió que las redes destinadas a la prestación de servicios públicos domiciliarios se encontraban construidas dentro del espacio público, y que si ello era así, en aplicación del artículo 5 de la Ley 9 de 1989, suponía que eran bienes de uso público. En consecuencia, y en consideración de lo previsto en el artículo 862 del Código Civil, quien construya en bienes públicos con el respectivo permiso sólo tiene sobre tales obras el uso y goce de ellas, lo cual excluye la posibilidad de adquirir la propiedad del suelo, siendo que una vez terminado el permiso o abandonadas las obras, son restituidas al Estado, sea como bien fiscal o como bien de uso público, según el caso.

Precisó que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos no requieren permiso alguno para el desarrollo de su objeto social; sin embargo, para que puedan operar se hace necesario que obtengan las concesiones o permisos ambientales y las respectivas licencias de origen municipal en materia de planeación urbana, circulación, tránsito y uso del espacio público, requiriéndose en este último caso la prevista en el literal a) del numeral 2 del artículo 13 del Decreto 1469 de 2010, y quedando sólo en sus manos el uso y goce de ellas, en tanto que la titularidad del derecho de dominio recaerá en la Administración.

4.1.3. Sostuvo que las redes destinadas a la prestación de servicios públicos cumplían también con el elemento objetivo pues eran de dominio público y recaían sobre todo tipo de bienes muebles e inmuebles, objetos materiales o derechos, y se encontraban destinadas al uso y disfrute de todos los habitantes, sea de manera directa o indirecta.

4.1.4. Por último, en lo que hace al elemento subjetivo, adujo que fue definido en uno de los apartes del acto administrativo demandado en el cual se señaló que la infraestructura destinada a la prestación de servicios públicos es propiedad del Municipio de Itagüí.

En tal orden, atendiendo al modelo de descentralización adoptado en nuestro país, es posible considerar que los bienes de uso público que se encuentren bajo la



jurisdicción de un municipio en particular, pertenecen a dicha jurisdicción, sin que esto signifique que el pueblo –representado por la Nación- pierda la titularidad, toda vez que al municipio, en éste caso, le corresponde la administración, protección y control de policía.

4.2. Siendo ello así, y de conformidad con lo expuesto en el artículo 28 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios tienen sobre las redes el derecho de construir, operar y modificar tales instalaciones, así como la obligación de mantenimiento y reparación, por lo que es claro que las funciones de administración, protección y control recaen sobre los prestadores en tanto que las funciones de policía recaen sobre los entes públicos en virtud de lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 189, numeral 2º del artículo 303, numeral 2º del artículo 315 Superiores y artículo 29 de la Ley 142 de 1994.

Al respecto aseveró lo siguiente:

“Así las cosas, es posible aceptar que la administración, protección y control de las redes para la prestación de servicios públicos domiciliarios recae sobre la empresa de servicios públicos que las usa, exceptuando las funciones de policía, eso sí, se debe entender que la titularidad del dominio público sigue en cabeza del pueblo representado por la Nación.”¹⁴

Con todo, adujo que no existían motivos para declarar la nulidad de la totalidad el párrafo primero del artículo 4º del Acuerdo No. 007 de 2009, expedido por el Concejo Municipal de Itagüí, habida cuenta de que para el Tribunal *“la infraestructura citada en el aparte demandado constituye bien de uso público, que no pertenece a las empresas de servicio públicos domiciliarios sino a la Nación, sin embargo, tampoco se puede predicar que la titularidad del dominio público recaiga sobre el ente municipal, por tanto se declarará la nulidad del aparte “de propiedad del Municipio de Itagüí”¹⁵*

4.3. Las anteriores razones fueron esgrimidas también para negar el cargo de nulidad del párrafo segundo del artículo 4º de la norma local, así: *“Así mismo, tampoco se accederá a la pretensión de nulidad del Parágrafo Segundo del artículo 4º de la norma local demandada, pues como se expuso, las obligaciones de reparación, mantenimiento y las demás actividades tendientes a la*

¹⁴ Folios 165 vuelto ibídem.

¹⁵ Ibídem.



preservación de las redes, recae única y exclusivamente en el operador de las mismas, por expresa disposición del artículo 28 de la Ley 142 de 1994.”¹⁶

4.4. En lo concerniente a la solicitud de nulidad del párrafo tercero del artículo 1º del acto administrativo impugnado, en el cual se exige a las empresas de servicios públicos la constitución de unas pólizas de garantía de estabilidad, cumplimiento y responsabilidad extracontractual, el Tribunal encontró que los entes municipales están autorizados por el artículo 26 de la Ley 142 de 1994 para requerir la constitución de esas garantías por los riesgos que puedan crear dichas empresas en la operación de las redes y en la prestación del servicio público en sí mismo, pues la ejecución de esas actividades lleva implícito la creación de riesgos que deben ser amparados por las prestadoras.

Tal norma es consonante con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 13 del Decreto 1469 de 2010, toda vez que, según lo que se previene allí, de la única obligación que se exceptúa a las empresas de servicios públicos en la ejecución de su actuación es de solicitar licencia de intervención del espacio público, pues nada se dijo sobre los demás requisitos establecidos para la plena operación de dichas entidades. Aunado a ello, lo que entendió el Tribunal fue que los riesgos que se pretendían amparar mediante las pólizas que se discuten, cobijan las obras que se realizan como consecuencia de las averías, accidentes o emergencias.

Textualmente afirmó: *“Conforme a lo visto, el Despacho (Sic) considera que sí existe razón suficiente para la exigencia de que las empresas de servicios públicos domiciliarios constituyan las garantías aludidas en el acto administrativo demandado, en primer lugar, por la expresa facultad legal que le asiste, y en segundo lugar, por la naturaleza del servicio prestado y de las obras ejecutadas, pues es connatural que la Administración prevea la creación de eventuales riesgos y que busque el amparo de los mismos por parte de quien los crea”¹⁷.*

En ese escenario, el Juzgador de Primera Instancia no advirtió la vulneración del derecho a la igualdad en que funda su cargo la sociedad accionante, habida cuenta de que la obligación impuesta a las mencionadas empresas tiene expresa

¹⁶ Ibídem.

¹⁷ Folio 167 vuelto ibídem.



justificación legal y se halla suficiente por las razones que se esgrimieron con anterioridad.

4.5. Frente a la pretensión de nulidad del literal c) del artículo 5º del Acuerdo impugnado, sostuvo que el ente territorial estaba ejerciendo las facultades legales y constitucionales que le competen en materia de administración de espacio público, pues es el encargado de ello en atención a lo dispuesto en el artículo 82 de la Carta Superior así como en el artículo 5º de la Ley 9 de 1989 y en el artículo 1º del Decreto 1504 de 1998.

Adujo que la categoría de espacio público no dependía de la naturaleza pública o privada de su constructor, sino que ella obedecía al uso común o afectación que se tenga para el beneficio general, y con el mismo criterio se infiere que tratándose de espacio público, su conservación y mantenimiento es responsabilidad de los municipios según sus competencias.

V. EL RECURSO DE APELACION

La apoderada de **EPM** apeló manifestando su inconformidad con el fallo de primera instancia, esgrimiendo los siguientes argumentos:

5.1. Indicó que el poder de los municipios respecto del espacio público no puede ser absoluto, ni atropellar a quienes previamente autorizó para la realización de una obra que es también para el beneficio de la comunidad.

Agregó que dichos entes no son los llamados a definir el lugar donde debe ubicarse la red de servicios públicos, ni tampoco pueden exigir a las Empresas de Servicios Públicos (en adelante ESP) que los cambios se efectúen en el término que el municipio determine, dado que para ello deben adelantarse estudios técnicos y financieros que son propios de la gestión de cada empresa.

5.2. Sostuvo que el problema jurídico del presente caso consistía en determinar la naturaleza de las redes de alumbrado público, y que al respecto, en el proceso de primera instancia, se habían aportado documentos que definían las dos posturas que se han esbozado en relación con ese tema, y que no obstante, el Tribunal no se pronunció sobre el particular.

Sobre el punto se mostró partidaria de afirmar que las redes de alumbrado público



no están circunscritas a una finalidad pública exclusiva y con motivos de interés general, pues no sólo cubre bienes de uso público, sino que también atraviesa bienes privados y fiscales, razón que la llevó a aseverar que las redes de alumbrado público no son bienes de uso público por adhesión a los mismos.

5.3. En relación con la afirmación del Tribunal orientada a expresar que los bienes de las empresas de servicios públicos son de la Nación, el recurrente pone de presente la sentencia del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros- del 21 de marzo de 2002, Radicación No. 25000-23-26-000-2001-9093-01 (AP-285), que señala que los postes y redes de alumbrado público son bienes fiscales porque son elementos para la prestación de un servicio público pero en ningún momento el alumbrado público se circunscribe a los bienes de uso público, toda vez que puede éste atravesar bienes fiscales o privados, desvirtuando así la presunción de que la red de alumbrado público es solo un bien de uso público por las características de los bienes que atraviesa.

En esa misma providencia se sostuvo que la red de alumbrado público la utiliza la administración para la prestación del servicio de alumbrado, más su uso no pertenece a todos los habitantes, y es el Estado quien posee dichas redes y las administra conforme lo hace un particular, razón por la cual se estaría hablando de un bien fiscal.

Así pues, EPM se mostró partidaria de la postura descrita en el aludido fallo, afirmando que las redes e infraestructura de las empresas de servicios públicos domiciliarios no son bienes de uso general de la comunidad, por cuanto no pueden darles un uso libre ni gratuito ni directo, toda vez que su operación está en cabeza de las empresas quienes determinan, de acuerdo con las necesidades, la prestación del servicio. Admitir lo contrario supondría la vulneración del derecho a la libre empresa (artículo 365 Constitucional) y todo el esquema dispuesto en la Ley 142 de 1994.

Señaló que el Tribunal está constituyendo una nueva forma de confiscación o expropiación al atribuírsele a la Nación mediante providencia judicial los bienes pertenecientes a las empresas de servicios públicos destinados a la prestación de los servicios.

En el mismo sentido manifestó que de aceptarse que los bienes de las empresas de servicios públicos domiciliarios pertenecen a la Nación, tales como



infraestructura y redes, entonces debería ser la Nación quien fuese condenada por la Jurisdicción Contenciosa en los casos donde la comunidad resulta afectada al entrar en contacto con la infraestructura que se destina para la prestación del servicio público de energía y no las empresas de servicios públicos domiciliarios, por cuanto es la propietaria de esos bienes, según lo sentenció el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Adujo que las Leyes 142 y 143 de 1994 (artículos 11.6, 27.4, y 28), reconocen la propiedad de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios sobre sus redes e infraestructura, dado que indican que son estas las encargadas de facilitar y permitir la interconexión y el acceso a sus redes, y que es este uso lo que genera a favor de la empresa de servicios públicos domiciliarios el pago de un “peaje”, significando para ellos el reconocimiento de la propiedad que tienen sobre sus redes.

A juicio del apoderado de la demandante la Ley 142 de 1994 en su artículo 33 consigna unas facultades especiales para la prestación de los servicios públicos domiciliarios a las empresas de servicios públicos en el sentido de poder ejercer una ocupación temporal de inmuebles o promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que requiera para la prestación del servicio, configurándose así el derecho de propiedad de las empresas de servicios públicos domiciliarios y no de la Nación.

VI. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ninguna de las partes concurrió en esta etapa procesal, y el señor agente del Ministerio Público ante esta Corporación se abstuvo de rendir concepto.

VII. LA DECISIÓN

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

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1. Cuestión previa

El análisis del caso se efectuará a la luz de lo expuesto en el recurso de apelación,



en aplicación de lo previsto en el artículo 320 del Código General del Proceso¹⁸, lo cual indica que no se abordará el estudio de nulidad del parágrafo tercero del artículo 1º del Acuerdo 007 del 2 de septiembre de 2009 (acusado) ni tampoco lo relacionado con el parágrafo segundo del artículo cuarto del mismo acto, por cuanto sobre el particular no hubo motivos de inconformidad de parte de la recurrente.

Siendo ello así, sólo se examinarán los cargos relacionados con: i) la presunta confiscación de las redes de servicios públicos prevista en el parágrafo primero del artículo 4º del Acuerdo 007 del 2 de septiembre de 2009 (acusado) y, ii) el alcance del poder del Municipio de Itagüí cuando requiera modificar la ubicación de las redes de servicios públicos de acuerdo con lo establecido en el literal c) del artículo 5º ibídem.

8.2. Disposiciones acusadas

Vale la pena traer nuevamente a colación las disposiciones que se impugnaron en esta sede. Los apartes subrayados corresponden a los censurados:

“ACUERDO No. 007 Itagüí

02 SEP 2009

POR MEDIO DEL CUAL SE DICTAN NORMAS ESPECIALES SOBRE EL USO DE VÍAS, ESPACIOS PÚBLICOS, ROTURA Y OCUPACIÓN DE LOS MISMOS PARA REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS Y SE OTORGA FACULTAD PROTEMPORE AL SEÑOR ALCALDE

***EL CONCEJO MUNICIPAL DE ITAGÜÍ** en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, especialmente las contenidas en el artículo 313 numeral 7 de la Constitución política Nacional, en el Decreto 1333 de 1996, en los artículos 26 y 28 de la Ley 142 de 1994, en el decreto 564 de 2006 y demás disposiciones que rigen la materia.*

¹⁸ “**Artículo 320. Fines de la apelación.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.”.



ACUERDA:

ARTÍCULO CUARTO: Las Empresas Prestadora de Servicios Públicos independientemente de su naturaleza, los urbanizadores y constructores de obras civiles, solicitarán ante la Dirección de Planeación el permiso de uso y rotura, previamente a la ejecución de obras para la construcción de accesos, instalación, expansión o reparación de tuberías, redes de servicios públicos soterradas o aéreas, canalizaciones, instalación y/o traslado de postes, gabinetes de telecomunicaciones y medidores de gas, entre otros, y se apoyará en la Secretaria de Obras Públicas, Tránsito y Transporte y Gestión Urbana Municipal, con el fin de coordinar las acciones pertinentes para que en los diferentes casos, se exija construir, reconstruir o mejorar el entorno con los parámetros vigentes, garantizando durante y en la operación, la seguridad vial y las condiciones de movilidad motorizada, mecánica o peatonal en la infraestructura, así como la calidad urbanística, cuya vigencia está a cargo del Municipio de Itagüí.

PARÁGRAFO PRIMERO: Las redes (transformadores, postes, líneas de conducción, entre otras) construidas en el espacio público o en áreas cedidas al municipio en cumplimiento de obligaciones urbanísticas se constituyen en bienes de uso público de propiedad del Municipio de Itagüí. La infraestructura contemplada en el presente artículo deberá cumplir con los parámetros y especificaciones técnicas exigidas por las empresas administradoras y operadoras de dichas redes.

(...)

ARTÍCULO QUINTO: Todos los permisos deberán ser solicitados mediante formato único suministrado por el Municipio de Itagüí, y cumplir con los siguientes requisitos:

- e) La solicitud deberá contener un Plan de Manejo de Tránsito y señalización a utilizar durante la etapa de construcción y operación del proyecto objeto del permiso, de acuerdo a lo exigido en el Manual de Señalización Vial del 2004 expedido por el Ministerio de Transporte.
- f) La solicitud deberá contener un Plan de Manejo Ambiental en caso de que esto se requiera, conforme al Decreto 1220 de 2005 y las normas que lo desarrollan, sustituyen o complementen.
- g) La solicitud deberá contener una Carta de Compromiso, donde el solicitante (persona natural o representante legal si es persona jurídica) debe expresar por escrito; En caso de que el Municipio de Itagüí requiera ejecutar indemnizaciones, ampliaciones, ajustes en el alineamiento, obras complementarias, construcción de puentes vehiculares, construcción de ciclodrenaje, obras de subdrenaje, construcción de andenes o pasos peatonales, atención de emergencias, o cualquier otro cambio en la zona utilizada por la obra en donde se otorgue el permiso, lo podrá hacer a conveniencia sin autorización del solicitante del permiso, quien a su vez procederá a desplazar las tuberías y demás obras ejecutadas que se encuentren en la zona del derecho de vía, por su cuenta y riesgo, a los sitios donde el Municipio de Itagüí así lo determine, en el momento en que sea



requerido, sin ningún costo para el Municipio de Itagüí y en el término que éste fije para tal evento.

- h) *La solicitud deberá contener los costos estimados de la sobras objeto del permiso, así como los costos estimados de las obras de reposición de la vía por daños que se puedan presentar en la misma a causa de los trabajos a ejecutar.*¹⁹.

8.3. Problemas jurídicos

De acuerdo con lo dispuesto en el acápite de cuestión previa, lo que observa la Sala es que EPM discute la calificación que el Municipio de Itagüí otorga a las redes de servicios públicos, en tanto que, a su juicio, no pueden ser definidas como bienes de uso público sino como bienes fiscales.

Discute adicionalmente lo concerniente al poder que se otorga a dicho ente territorial para modificar la ubicación de las redes instaladas por las ESP sin su autorización y a su costo, siempre que resulte conveniente para el Municipio.

Vistas así las cosas, los problemas a resolver consistirían en precisar si son bienes de uso público de la Nación las redes de servicios públicos (transformadores, postes, líneas de conducción, entre otras), que se construyen en espacio público.

Contestar la anterior cuestión impone dilucidar si es nulo el Acuerdo que determina que son bienes de uso público de la Nación las redes de servicios públicos que se construyen en espacio público.

Zanjado la anterior, la Sala deberá establecer si el Municipio de Itagüí es competente para definir la ubicación de las redes de servicios públicos instaladas por las ESP y disponer de los términos en que deben llevarse a cabo las modificaciones a que haya lugar según su conveniencia, a costa de dichas empresas.

En el orden planteado, se abordarán los puntos a resolver:

8.4. Servicios públicos domiciliarios. Naturaleza jurídica de las redes

¹⁹ Folios 19 y 20 del Cuaderno del Tribunal.



Para definir cuál es la naturaleza de las mencionadas redes se impone que se analice lo atinente al contexto histórico y el régimen de servicios públicos de modo que se precise el panorama en el que se desenvuelve.

8.4.1. Una breve mirada a los antecedentes de los servicios públicos

Como la mayor parte de las instituciones en materia de derecho administrativo lo concerniente a los servicios públicos tiene su principal origen en Francia. En efecto, el primer antecedente conocido se remonta a la existencia de un servicio real de correos organizado por Luis XI en 1464, que consistía en la ubicación de caballos en distintas partes del reino para facilitar las comunicaciones²⁰.

Posteriormente, y luego de otros vestigios históricos sobre el particular²¹, viene el conocido Fallo Blanco, que permite evidenciar elementos nuevos en el derecho administrativo a partir de circunstancias especiales que ameritaban un tratamiento igualmente específico dada la necesidad de entender el servicio público como parte de esa rama del derecho.

Lo anterior justificaba entonces la existencia de una jurisdicción especial, lo cual fue aún más concluyente como quiera que también se evidenciaba como nota característica de esa actividad el ejercicio de las potestades exorbitantes o *puissance publique*.

Más adelante, los fines sociales y solidarios terminaron por legitimar aún más la consolidación del concepto de servicios públicos dentro de la concepción de derecho administrativo, todo lo cual explicó de manera más clara la esencia de los servicios públicos y su consagración normativa²². Sin duda, la determinación de si

²⁰ Michel Pinard. “La tradición francesa del servicio público”. “Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado”. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 2005. pág. 469.

²¹ Sobre el particular resulta pertinente aludir al estudio que referencia Alberto Montaña Plata en su libro “El concepto del servicio público en el derecho administrativo”, cuando indica que: “JEON-LOUIS MESTRE, en un estudio de enorme trascendencia sobre la historia del derecho administrativo, señala como origen del servicio público instituciones propias del derecho medieval tales como las banalités señoriales y las solidarités urbaines. Las primeras son “instalaciones” o “servicios” de monopolio señorial, que son puestas a disposición del pueblo, que a su vez paga por su uso una especie de tasa. Ejemplos de ellas son los molinos, los hornos y los lavaderos. Por su parte, las solidarités urbaines son instituciones muy similares, pero típicas de un momento posterior, es decir no del monopolio del señor feudal sino de las autoridades municipales (entre los siglos XI y XII de constituyen los primeros municipios en el norte y noreste de Francia).” Montaña Plata, Alberto. “El concepto de servicio público en el derecho administrativo”. Universidad Externado de Colombia, 2008, Segunda edición, p. 128.

²² Ibídem, p. 117-143.



se estaba en presencia de un servicio público, dependía no sólo de definir si estaba ejerciendo autoridad pública, sino que además se sujetaba a que estuviera de por medio la necesidad de garantizar el interés general.

Pues bien, el rumbo de toda esa corriente doctrinal y jurisprudencial francesa cambió cuando se propició la participación del Estado en actividades que no correspondían a la esencia material del mencionado concepto de servicios públicos, apareciendo lo que se conoció como la “crisis del servicio público”, dada la división alcanzada en ese país entre los llamados servicios públicos administrativos y los servicios públicos industriales y comerciales.

El énfasis en la inestabilidad de la noción de servicio público logró su mayor punto por el anotado cambio de rol del Estado, como partícipe en actividades económicas que poco o nada se identificaban con el bien común y el consiguiente régimen de derecho privado al que se encontraba sometido en ese supuesto, y además por la posibilidad de que los particulares coadyuvaran en la prestación de, ahora sí, los servicios típicamente públicos, a través de figuras como la concesión.

No obstante lo dicho, y aun cuando el concepto de servicio público ha tenido diferentes matices y ha sido objeto de no pocas discusiones de todo orden, la mayoría de esas posturas tienden por identificar como carácter preponderante para la determinación de la existencia de tales servicios la relación entre las actividades de servicio público y las finalidades públicas o la preeminencia del interés general en la actividad desplegada ya sea por la Administración o por los particulares en los contextos anotados.

8.4.2. Contexto Nacional

8.4.2.1. Pues bien, todo el desarrollo a que se ha aludido en torno a la definición del régimen de servicios públicos y su categorización en el ámbito del derecho administrativo sirvieron, desde luego, de punto de referencia para la estructuración del Estado colombiano, sobre todo con la Constitución de 1991, donde el alcance de la noción de dichos servicios ha estado estrechamente ligado al concepto de interés general.

En efecto, uno de los pilares fundamentales perseguidos por el Constituyente fue el de asegurar que la adopción del Estado Social de Derecho consiguiera la



prevalencia del interés general, aspecto éste que se vislumbra desde el artículo primero Superior, veamos:

“Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.
(Subrayas de la Sala).

La jurisprudencia constitucional no ha sido ajena al estudio de tal carácter y por supuesto lo ha desarrollado a partir de la concepción de los servicios públicos como instrumento para alcanzar dichos fines. La siguiente sentencia es muestra de ello:

“El concepto de servicio público ha sido objeto de un permanente desarrollo ligado a la constante evolución de la situación política, económica y social del mismo Estado. En el momento actual, no ha presentado una modalidad estática, sino cambiante y adaptable a la praxis económica y social, así como consecuente con el permanente avance de sus contenidos, entendiéndose el mismo, en el ámbito jurisprudencial y doctrinario, como aquellas actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa o mediante el concurso de particulares, con el propósito de satisfacer necesidades de interés general que la sociedad demanda”²³. (Subrayas de la Sala).

Así mismo, en sentencia T-380 de 1994, la misma Corte expuso:

“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 éstos sean prestados ininterrumpidamente, es decir que los inconvenientes particulares no tengan como efecto la suspensión en la prestación del servicio”.
(Subrayas de la Sala).

Dentro de la estructura de la Carta Fundamental los servicios públicos son importantes si no cardinales para alcanzar las finalidades propuestas en el

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 1997.



mencionado precepto, pues expresamente los concibe como inherentes a la finalidad social del Estado:

“Artículo 365. 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.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”. (Subrayas de la Sala).

De la lectura del anotado precepto se desprende que los servicios públicos son vistos como una actividad esencial para el logro de los fines últimos del Estado, con un claro cariz social. En la sentencia T-380 de 1994 se resalta tal aspecto; veamos:

“Se busca a través de los servicios públicos satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continúa (Sic). Son además, el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. La razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros. En este sentido los servicios públicos deben mantener un nivel de eficiencia aceptable para dar respuesta a las necesidades sociales, en orden a la realización de los fines esenciales del Estado, a la justicia social y a promover la igualdad en forma real y efectiva”.

De la exposición normativa y jurisprudencial esgrimida se puede extraer que la participación del Estado en las actividades relacionadas con el servicio público está orientada a la ejecución del deber de garantizar el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad. Así lo vislumbra el artículo 366 Superior:

“Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.



Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”. (Subrayas de la Sala).

Nótese hasta aquí que del texto constitucional no deriva el carácter público del sujeto que presta los servicios públicos sino del objetivo que se persigue, es decir, del fin social que define al Estado mismo cuando desarrolla tal actividad.

Lo anterior viene a reafirmarse cuando desde la misma Carta se describen cuáles son los sujetos llamados a prestar el servicio. En efecto, el artículo 365 ibídem determina que puede ser el Estado directa o indirectamente, las comunidades organizadas o incluso los particulares, lo cual sin duda responde a la asimilación en el entorno nacional de la “crisis de los servicios públicos”²⁴, a la que ya se hizo referencia, en cuanto que permite que personas privadas participen en dicha gestión.

Ahora bien, el hecho de que el artículo 365 Superior prevea que la regulación, control y vigilancia se encuentra a cargo del Estado se vislumbra como una clara fórmula de intervención en la economía, particularmente en los servicios públicos, que viene dada desde el artículo 334 ibídem, que es del siguiente tenor:

“Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, 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. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

²⁴ El Decreto 1050 de 1968 tan sólo hacía referencia a los establecimientos públicos, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado como modalidades institucionales de la actuación estatal.



La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.” (Subrayas de la Sala).

No obstante, la misma intervención debe desarrollarse dentro de los límites del bien común, tal y como lo ordena el artículo 333 ibídem:

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. (Subrayas de la Sala).

Si ello es así, el Estado juega un doble rol, pues en veces puede actuar como prestador del servicio o ejecutor de la actividad de manera directa, y en otras, como el encargado de asegurar su prestación efectiva a través de su intervención en esta estructura económica; todo lo cual, se reitera y enfatiza, debe sujetarse a un fin, esto es, el interés general y a la libertad de empresa que también se erige como límite de una y otra facultad.

Ahora bien, del tantas veces citado artículo 365 de la Constitución, también se deduce que se dejó en manos del Congreso de la República la función de delimitar



el régimen jurídico de los servicios públicos²⁵, intención que fue reiterada en los artículos 367 a 370 ibídem, tal y como se evidencia a continuación:

“Artículo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas”.
(Subrayas de la Sala).

“Artículo 368. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”.

“Artículo 369. La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios”.

“Artículo 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”.

8.4.2.2. Respondiendo a tal mandato, la Ley 142 de 1994 definió así el ámbito de aplicación:

“Artículo 1o. Ámbito de aplicación de la ley. Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos

²⁵ Todo lo relacionado con la estructuración de servicios públicos en nuestro país fue objeto de amplio debate al interior de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, como quiera que a ella se presentaron 224 propuestas, 39 de ellas de origen constituyente. La Asamblea optó por consagrar en la nueva Carta los lineamientos generales que regulan los servicios públicos. De ello dan muestra las Gacetas de 16 de abril y 29 de mayo de 1991: “Introducir en la Carta Constitucional materias que son susceptibles de un desarrollo legislativo detallado, puede crear, en el tema que nos ocupa, una camisa de fuerza que impida el desarrollo mismo de los distintos servicios públicos o la ausencia de normatividad en otros servicio que, por su misma naturaleza, requieren un tratamiento especial”.



de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley”. (Subrayas de la Sala).

El artículo 15 de esa misma norma previó quiénes estarían habilitados para prestar esos servicios o desplegar esa actividad, así:

“Artículo 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del Artículo 17”.

La Corte Constitucional se ha referido de la manera que a continuación se enuncia al mencionado precepto:

“Así, es claro que la prestación de los servicios públicos puede ser realizada tanto por las autoridades públicas como por los particulares o comunidades organizadas, pero en todo caso el Estado siempre tendrá bajo su cargo la regulación, control y vigilancia de estos servicios, con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines que le competen (CP art. 365). Esta regulación, control y vigilancia de tales servicios armoniza además con la facultad general que la Carta atribuye al Estado de dirigir la economía e intervenir en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida de los habitantes, obviamente sin perjuicio del reconocimiento de la libre iniciativa privada (CP arts. 333 y 334). Por consiguiente, la Carta, a pesar de que reconoce la posibilidad de que los particulares presten servicios públicos, reserva funciones esenciales al Estado en esta materia, y en especial le atribuye una competencia general de regulación (CP art. 365). Nótese que esta norma atribuye



genéricamente esa función de regulación al Estado, sin señalar explícitamente que ésta corresponde a una determinada institución específica. Ahora bien, esta Corte ha señalado que en general la palabra Estado se emplea en la Carta para designar al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales. Por ende, cuando una disposición constitucional se refiere al Estado, y le impone un deber, o le confiere una atribución, debe entenderse prima facie que la norma constitucional habla genéricamente de las autoridades estatales de los distintos órdenes territoriales²⁶. Por ende, la competencia de regulación de los servicios públicos es genéricamente estatal, lo cual obviamente no significa que esa facultad pueda ser atribuida por la ley a cualquier entidad estatal, por cuanto la Constitución delimita, en materia de servicios públicos domiciliarios, algunas órbitas específicas de actuación de las distintas ramas de poder, las cuales deben ser respetadas.”²⁷

Como correlato del marco constitucional y legal expuesto, lo que la Sala observa es que toda la actividad relacionada con la prestación de servicios públicos en Colombia hace parte de la esencia misma del Estado Social de Derecho, cuestión que no se desvanece por el hecho de que los particulares los presten, o que el Estado los intervenga. Dicho de otra forma, las finalidades públicas o sociales que se buscaron desde un primer momento en la Carta Política con la introducción de los servicios públicos como una actividad que hiciera parte de los propósitos sociales del Estado, no se desdibuja por el papel de éste o de los privados, pues el fin último de la garantía del bien común trasciende el aspecto orgánico de los servicios públicos, teniendo siempre como límite la libertad económica cuya titularidad ostentan los particulares interesados en este ámbito.

La previsión del artículo 11 de la Ley 142 de 1994, entendida en el contexto anotado, permite entender con más claridad el enfoque que pretendió el constituyente en este caso, pues, aun cuando su título lleva a pensar que la función social se predica de la propiedad de los bienes de las empresas prestadoras de servicios públicos, lo cierto es que su contenido va dirigido a que tales entidades en el ejercicio de su actividad cumplan con ciertos criterios, que no van más allá de cumplir con el mandato constitucional antes analizado y que consiste en honrar el fin social para el cual fueron concebidos desde el artículo primero Superior. La norma es del siguiente tenor:

“Artículo 11. Función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos. Para cumplir con la función social

²⁶ Sentencia C-221 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamentos Jurídicos No 8 y 9.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-272 de 1998.



de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones:

11.1. Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros.

11.2. Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia.

11.3. Facilitar a los usuarios de menores ingresos el acceso a los subsidios que otorguen las autoridades.

11.4. Informar a los usuarios acerca de la manera de utilizar con eficiencia y seguridad el servicio público respectivo.

11.5. Cumplir con su función ecológica, para lo cual, y en tanto su actividad los afecte, protegerán la diversidad e integridad del ambiente, y conservarán las áreas de especial importancia ecológica, conciliando estos objetivos con la necesidad de aumentar la cobertura y la costeabilidad de los servicios por la comunidad.

11.6. Facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que presten servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados para la organización y prestación de los servicios.

11.7. Colaborar con las autoridades en casos de emergencia o de calamidad pública, para impedir perjuicios graves a los usuarios de servicios públicos.

11.8. Informar el inicio de sus actividades a la respectiva Comisión de Regulación, y a la Superintendencia de Servicios Públicos, para que esas autoridades puedan cumplir sus funciones.

Las empresas que a la expedición de esta Ley estén funcionando deben informar de su existencia a estos organismos en un plazo máximo de sesenta (60) días.

11.9. Las empresas de servicios serán civilmente responsables por los perjuicios ocasionados a los usuarios y están en la obligación de repetir contra los administradores, funcionarios y contratistas que sean responsables por dolo o culpa sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

11.10. Las demás previstas en esta Ley y las normas concordantes y complementarias.

Parágrafo. Los actos administrativos de carácter individual no sancionatorios que impongan obligaciones o restricciones a quienes presten servicios públicos y afecten su rentabilidad, generan responsabilidad y derecho a indemnización, salvo que se trate de decisiones que se hayan dictado también para las demás personas ubicadas en la misma situación”.



Nótese que si lo pretendido hubiese sido condensar en una sola disposición el designio del constituyente, el artículo 11 de la Ley 142 de 1994 sería un claro cumplimiento de esa tarea, pues allí confluyen no sólo órdenes concretas que tienden a vislumbrar a los servicios públicos como instrumento de materialización del Estado Social de Derecho y como garantía del logro del bien común, sino dicha actividad vista desde el ángulo económico que garantiza la libertad de empresa sujeta a la intervención del Estado.

En el escenario que se plantea, las redes e instalaciones son apenas medios para la ejecución de una actividad que tiene implícito un enfoque social en la manera explicada.

Tal consideración se ratifica aún más si se analiza con detenimiento lo dispuesto en el artículo 26 ibídem, que reconoce que las redes de servicios públicos son de propiedad de la empresa que los presta. La disposición es la siguiente:

“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 subterráneo 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”. (Subrayas de la Sala).

De la lectura de la norma se advierte que cuando, se refiere a que las ESP están sujetas a las normas generales urbanísticas, de tránsito, uso del espacio público, seguridad y tranquilidad ciudadanas de cada municipio, obliga a los entes territoriales a permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de las empresas de servicios públicos en los bienes de uso público respectivos, lo cual deja ver un claro reconocimiento de que los bienes a cuya



instalación se refiere no le pertenecen a los municipios o distritos; esos bienes le pertenecen a la empresa prestadora del servicio.

El artículo 28 de la misma Ley reitera la anterior regla en la forma que a continuación se enuncia:

“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”. (Subrayas de la Sala).

No de otra forma, se hubiere entendido el amparo policivo al que tienen derecho las ESP para proteger sus bienes, según lo dispone el artículo 29 ibídem en los siguientes términos:

“Artículo 29.- Amparo policivo. Las autoridades nacionales, departamentales y municipales, tanto civiles como de policía, inmediatamente se lo solicite una empresa de servicios públicos, le prestarán su apoyo para hacer que se le restituyan los inmuebles que los particulares hayan ocupado contra la voluntad o sin conocimiento de la empresa; o para que cesen los actos que entorpezcan o amenacen perturbar, en cualquier tiempo, el ejercicio de sus derechos.



La autoridad respectiva ordenará el retiro de los ocupantes del inmueble o el cese de la perturbación, o de la amenaza de ella, conminando a los perturbadores con multas de uno (1) a cinco (5) salarios mínimos mensuales, por cada semana o fracción de demora transcurrida desde la fecha de la respectiva resolución, y sin perjuicio de otras medidas previstas en las leyes. En todo caso, en ejercicio de tales procedimientos, se respetará el principio del debido proceso garantizado por el artículo 29o. de la Constitución Política”.

Aunado a ello, se advierte que también es deber de las empresas facilitar el acceso e interconexión de otras empresas a los bienes que se empleen para la prestación del servicio, lo que, también implica un acto de reconocimiento normativo del derecho de propiedad de las tales empresas sobre esos bienes. El siguiente precepto establece lo anunciado:

“Artículo 11. Función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos. Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones:

(...)

11.6. Facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados para la organización y prestación de los servicios.” (Subrayas de la Sala).

El artículo 33 del mismo cuerpo normativo también contempló algunas facultades especiales para quienes se encargaran de la prestación de servicios públicos siempre que vayan ligadas con la actividad misma, tales como el uso del espacio público, la ocupación temporal de inmuebles, la constitución de servidumbres, la enajenación forzosa de inmuebles (artículo 33 ibídem), e incluso la expropiación de predios (artículos 56 y 57 ibídem). Para este último propósito declaró como de utilidad pública e interés social la ejecución de obras y la adquisición de espacios suficientes para garantizar la protección de las instalaciones respectivas.

El régimen dispone que si para garantizar la prestación del servicio deben pasar por predios ajenos, por una vía aérea, subterránea o superficial, remover cultivos, cruzar acueductos, oleoductos, líneas férreas, etc., la empresa deberá solicitar el permiso a la entidad pública que corresponda, y que si no existe una norma que indique quién debe otorgarlo, entonces será el municipio en el que se encuentre el obstáculo el encargado de tramitarlo (inciso segundo del artículo 57 ibídem).



Del panorama expuesto hasta aquí se advierte que no hubo intención alguna de parte del Legislador de que tales bienes hicieran parte del espacio en el que se fuesen a instalar o se introdujeran como parte de los bienes de uso público que claramente utilizan para llevar a cabo la actividad.

8.4.2.3. A lo anotado se suma lo dispuesto en la Ley 143 de 1994, cuando en sus artículos 28, 29 y 30 reconoce expresamente la propiedad de las redes de interconexión nacional de energía eléctrica en las empresas prestadoras; veamos:

“Artículo 28. Las empresas que sean propietarias de líneas, subestaciones y equipos señalados como elementos de la red nacional de interconexión, mantendrán la propiedad de los mismos, pero deberán operarlos con sujeción al Reglamento de Operación y a los acuerdos adoptados por el Consejo Nacional de Operación.

El incumplimiento de las normas de operación de la red nacional de interconexión, la omisión en la obligación de proveer el mantenimiento de las líneas, subestaciones y equipos asociados y toda conducta que atente contra los principios que rigen las actividades relacionadas con el servicio de electricidad, dará lugar a las sanciones que establezca la autoridad competente.

Parágrafo. No obstante lo dispuesto en el presente artículo las empresas que siendo propietarias de elementos de la red de interconexión nacional decidan enajenar dichos activos, podrán hacerlo. (Subrayas de la Sala).

“Artículo 29. La conexión a la red nacional de interconexión de una red regional de transmisión, de una red de distribución, de una central de generación o de un usuario impone a los interesados las siguientes obligaciones:

a) Cumplir las normas técnicas que dicte el Ministerio de Minas y Energía;

b) Operar su propio sistema con sujeción a las normas que expida la Comisión de Regulación de Energía y Gas y a los acuerdos del Consejo Nacional de Operación, y

c) Ejecutar las obras necesarias <sic> para la conexión de sus instalaciones y equipos a la red nacional de interconexión”. (Subrayas de la Sala).

“Artículo 30. Las empresas propietarias de redes de interconexión, transmisión y distribución permitirán la conexión y acceso de las empresas eléctricas, de otros agentes generadores y de los usuarios que lo soliciten, previo el cumplimiento de las normas que rijan el servicio y el pago de las retribuciones que correspondan.

Estas empresas podrán prestar el servicio de servidumbre para telecomunicaciones.” (Subrayas de la Sala).



Se trata, como se observa, de plenos poderes de disposición que permiten desde la enajenación de las redes hasta la constitución de servidumbres con otros agentes y las obras necesarias para la conexión de sus equipos a la red nacional.

Sin duda, el Legislador nunca previó como posible que tales bienes se afectaran y calificaran como parte de propiedad de un sujeto distinto al prestador.

Es aquí en donde debe hacerse especial énfasis en que todo el desarrollo histórico y normativo esgrimido orienta tal rasgo hacia la actividad misma, dadas sus características de prestación esencial, obligatoria, solidaria y de utilidad pública, lo cual se desliga completamente de la calidad de quien se interese en prestarlo.

Es por ello que, cuando se despliega todo el conjunto de actividades atinentes a la prestación del servicio, debe llevarse a cabo en el sentido definido en la ley; lo cual redundaría en una función condicionada a la realización de una serie de actividades, de las cuales no es procedente que el prestador se desligue so pena de afectar la finalidad social para la cual fue concebido, circunstancia ante la cual el Estado debe actuar en ejercicio de su poder de intervención de modo que garantice el bien común, en el sentido de no permitir la interrupción del servicio público o circunstancias de desigualdad, ya que las mismas pueden traducirse en afectación de derechos fundamentales como la vida, la salud, la integridad personal, etc²⁸.

²⁸ “**Artículo 20. Intervención del Estado en los servicios públicos.** El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

- 2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.
- 2.2. Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios.
- 2.3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.
- 2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.
- 2.5. Prestación eficiente.
- 2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.
- 2.7. Obtención de economías de escala comprobables.
- 2.8. Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.
- 2.9. Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad”.



La Corte Constitucional ha destacado tal aspecto; así se comprueba en la sentencia C-066 de 1997:

“Son los servicios públicos domiciliarios, entendidos como una especie del género servicio público, que pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, ocupando un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivos que componen la gestión estatal, al punto de convertirse en una de sus razones fundamentales. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.

(...)

Si los servicios públicos en general son actividades inconfundibles e inherentes a la finalidad del estado social de derecho colombiano (artículo 365 Superior), que busca servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2° ibídem), no cabe duda de que aquéllos que persiguen un completo acercamiento entre los individuos y el Estado, deben ser objeto de su más honda preocupación.”

El discernimiento que ha ocupado la Sala hasta ahora permite concluir que el primer inciso del parágrafo primero del artículo cuarto del Acuerdo no. 007 del 2 de septiembre de 2009 expedido por el Concejo Municipal de Itagüí, es contrario no sólo a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 sino a todo el andamiaje constitucional, pues no es procedente que ninguna autoridad establezca de manera general el carácter de los bienes mediante los cuales se presta el servicio público.

Como ya se vio, la naturaleza de las redes e instalaciones de las empresas de servicios públicos sí obedece a la naturaleza del prestador propietario de esas redes e instalaciones. Así, si es el Estado quien lo presta directamente entrará a hacer parte de su estructura y se reputará bien fiscal; pero si quien despliega la actividad consistente en la prestación del servicio público es un particular, esos bienes (redes o instalaciones), no pierden la naturaleza privada.

8.4.2.4. No comparte la Sala el razonamiento que efectuó el Tribunal al calificar los mencionados bienes como de uso público, dado que existen previsiones de rango legal de las que se puede inferir que tampoco fue voluntad del Legislador incluirlos en ese ámbito. En efecto, el artículo 684 del Código de



Procedimiento Civil²⁹ los describe en una categoría distinta de los bienes de uso público como bienes inembargables, así:

“Artículo 684. Bienes inembargables. Además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse:

1. Los de uso público.

2. Los destinados a un servicio público cuando éste se preste directamente por un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, un municipio o un establecimiento público, o por medio de concesionario de éstos; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.

Cuando el servicio lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como la renta líquida que produzcan, y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.

3. Las dos terceras partes de la renta bruta de los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios.

4. Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deban anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones e indemnización sociales.

5. Los salarios y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales o particulares, en la proporción prevista en las leyes respectivas.

La inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones legalmente enajenados.

6. Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios.

7. Los uniformes y equipos de los militares.

8. Los lugares y edificaciones destinados a cementerios o enterramientos.

²⁹ Tal disposición fue recogida por el Código general del Proceso en el artículo 594, que tan sólo unió en el numeral 3 la disposición que se subraya; veamos:

“Artículo 594. Bienes inembargables. Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar:

(...)

3. Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.

Cuando el servicio público lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como los ingresos brutos que se produzca y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.

(...)”.



9. Los bienes destinados al culto religioso.

10. Los utensilios de cocina y los muebles de alcoba que existan en la casa de habitación de la persona contra quien se decretó el secuestro, y las ropas de la familia que el juez considere indispensables, a menos que el crédito provenga del precio del respectivo bien.

11. Los utensilios, enseres e instrumentos necesarios para el trabajo individual de la persona contra quien se decretó el secuestro, a juicio del juez, con la salvedad indicada en el numeral anterior.

12. Los artículos alimenticios y el combustible para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un mes, a criterio del juez.

13. Los objetos que se posean fiduciariamente.

14. Los derechos personalísimos e intransferibles, como los de uso y habitación.” (Subrayas de la Sala).

Al estudiar la exequibilidad de esa norma la Corte expresamente aludió a la diferencia de los bienes de la empresa prestadora y la actividad misma que se despliega:

“Del contenido de esta norma se observa que el legislador distinguió cada situación y determinó cuando procedía el embargo y cuando no, así:

1º.- Son inembargables los bienes destinados a un servicio público “cuando éste se preste directamente por un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, un municipio o un establecimiento público, o por medio de concesionario de éstos.” Es decir, cuando el servicio se presta a través de una entidad estatal.

2º.- Es embargable, para las entidades públicas que prestan el servicio público “hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje”. Es decir, aún para las entidades estatales prestadoras del servicio público, está previsto que se puede embargar hasta la tercera parte de los ingresos del servicio.

3º.- Son embargables los bienes destinados al servicio público prestado por particulares y la renta líquida que produzcan, en los siguientes términos: “el servicio lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como la renta líquida que produzcan, y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.”

Fácil es comprobar, entonces, que legislador ejerció la facultad constitucional en esta materia en forma completa y rigurosa. Si bien el criterio que adoptó para establecer o no la embargabilidad de los bienes destinados a un servicio público se hizo atendiendo primordialmente a la naturaleza pública o privada del prestador del servicio, criterio que



tanto reprocha el actor, no obstante, también consagró la embargabilidad de una parte de los ingresos del servicio público prestado por entidades públicas.

Es además, evidente la intención del legislador de respetar la regla general de la embargabilidad, que se manifiesta en que los bienes del obligado son la garantía del acreedor y que, en tal virtud, puede perseguirlos para lograr la satisfacción de sus acreencias. De allí que la Constitución y la ley hayan sido cuidadosas al momento de fijar cuáles bienes pueden sustraerse de ser objeto de la medida cautelar de embargo.

Estas premisas conducen a concluir que en el caso bajo estudio no hay violación del artículo 63 de la Carta, porque el legislador no extendió la inembargabilidad de los bienes destinados al servicio público cuando es prestado por particulares, como lo acusa el actor. Por el contrario, para la Corte, el legislador realizó las distinciones sobre cuáles bienes, ingresos y rentas son embargables y cuáles no, dentro del marco constitucional. Atendió la naturaleza del prestador del servicio, público o particular, para tal decisión, pero, es más, la sola naturaleza pública del prestador no fue obstáculo para que el legislador permitiera el embargo de una parte de los ingresos del servicio, así el servicio sea prestado por una entidad pública.

De otra parte, la norma acusada se enmarca, además del artículo 63 mencionado, en la cláusula general de competencia del legislador, contenida en el artículo 150 de la Carta, que lleva consigo la libertad de configuración normativa. Libertad que expresa tanto en la discrecionalidad para la expedición de las normas como para su modificación o derogatoria. En consecuencia, el Congreso podría establecer una disposición como la que pretende el demandante : que los bienes destinados a un servicio público y la renta líquida que produzcan sean declarados inembargables, si encuentra razones constitucionales para hacerlo y fija las condiciones para que una medida así no se convierta en una patente de corso para que particulares prestadores de servicios públicos se sustraigan del cumplimiento de sus obligaciones con los acreedores.

Por lo anterior, el cargo de la presunta violación del artículo 63 de la Constitución no prospera.³⁰ (Subrayas de la Sala).

En tal sentido, si el Legislador hubiese pretendido que los bienes de las empresas de servicios públicos fuesen bienes de uso público, no hubiese hecho la expresa distinción de la forma en que quedó dispuesta en el Código de Procedimiento Civil y que luego fue reiterada en el Código General del Proceso.

A lo dicho se agrega lo previsto en el artículo 27 de la Ley 142 de 1994 que, al tratar sobre las reglas de participación de las entidades públicas en el capital de las empresas de servicios públicos, distingue sus aportes de los de los privados,

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C- 1064 de 2003.



dejando ver que en manera alguna la prestación del servicio convierte el aporte privado en patrimonio de la Nación, así como tampoco, el bien de los particulares en la categoría de uso público:

“Artículo 27. Reglas especiales sobre la participación de entidades públicas. La Nación, las entidades territoriales, y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos, están sometidas a las siguientes reglas especiales:

27.1. No podrán otorgar ni recibir de las empresas privilegios subsidio distinto de los que en esta Ley se precisan.

27.2. Podrán enajenar sus aportes, para lo cual se tendrán en cuenta sistemas que garanticen una adecuada publicidad y la democratización de la propiedad de conformidad con esta Ley y en desarrollo del precepto contenido en el artículo 60 de la Constitución Política.

27.3. Deberán exigir a las empresas de servicios públicos, una administración profesional, ajena a intereses partidistas, que tenga en cuenta las necesidades de desarrollo del servicio en el mediano y largo plazo. Al mismo tiempo es derecho suyo fijar los criterios de administración y de eficiencia específicos que deben buscar en tales empresas las personas que representen sus derechos en ellas, en concordancia con los criterios generales que fijen las comisiones de regulación.

Para estos efectos las entidades podrán celebrar contratos de fiducia o mandato para la administración profesional de sus acciones en las empresas de servicios públicos, con las personas que hagan las ofertas mas convenientes, previa invitación pública.

27.4. En las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. A tales bienes, y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General de la República, y de las contralorías departamentales y municipales, mientras las empresas no hagan uso de la autorización que se concede en el inciso siguiente.

El control podrá ser realizado por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado o del Tribunal Administrativo competente, según se trate de acciones o aportes nacionales o de las entidades territoriales.

27.5. Las autoridades de las entidades territoriales, sin perjuicio de las competencias asignadas por la Ley, garantizarán a las empresas oficiales de servicios públicos, el ejercicio de su autonomía administrativa y la continuidad en la gestión gerencial que demuestre



eficacia y eficiencia. No podrán anteponer a tal continuidad gerencial, intereses ajenos a los de la buena prestación del servicio.

27.6. Los miembros de las juntas directivas de las empresas oficiales de los servicios públicos domiciliarios serán escogidos por el Presidente, el gobernador o el alcalde, según se trate de empresas nacionales, departamentales o municipales de servicios públicos domiciliarios. En el caso de las Juntas Directivas de las Empresas oficiales de los Servicios Públicos Domiciliarios del orden municipal, estos serán designados así: dos terceras partes serán designados libremente por el alcalde y la otra tercera parte escogida entre los Vocales de Control registrados por los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos domiciliarios.

27.7. Los aportes efectuados por la nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo a las empresas de servicios públicos, se regirán en un todo por las normas del derecho privado”. (Subrayas de la Sala).

Ahora bien, el que la naturaleza del bien sea privado cuando quiera que quien preste el servicio público es un particular no hace que su actividad pueda interrumpirse caprichosamente, ni tampoco permite que disponga de las redes a su arbitrio, pues lo cierto es que todos ellos se encuentran sometidos al cumplimiento de un fin social en la forma explicada anteriormente, es decir, hace parte de la definición del Estado mismo como social de derecho, circunstancia que somete a los prestadores a la necesidad de garantizar que los usuarios obtengan siempre el servicio contratado, en cumplimiento de la función social que corresponde a la propiedad, de conformidad con el artículo 58 de la Carta Política, y en desarrollo de los deberes que imprime la Ley 142 de 1994.

La Sala debe entonces declarar la nulidad del primer inciso del párrafo primero del artículo cuarto del Acuerdo No.007 del 7 de septiembre de 2009, emitido por el Concejo del Municipio de Itagüí, así:

“ARTÍCULO CUARTO: *Las Empresas Prestadora de Servicios Públicos independientemente de su naturaleza, los urbanizadores y constructores de obras civiles, solicitarán ante la Dirección de Planeación el permiso de uso y rotura, previamente a la ejecución de obras para la construcción de accesos, instalación, expansión o reparación de tuberías, redes de servicios públicos soterradas o aéreas, canalizaciones, instalación y/o traslado de postes, gabinetes de telecomunicaciones y medidores de gas, entre otros, y se apoyará en la Secretaria de Obras Públicas, Tránsito y Transporte y Gestión Urbana Municipal, con el fin de coordinar las acciones pertinentes para que en los diferentes casos, se exija construir, reconstruir o mejorar el entorno con los parámetros vigentes, garantizando durante y en la operación, la seguridad vial y las condiciones de movilidad motorizada, mecánica o*



peatonal en la infraestructura, así como la calidad urbanística, cuya vigencia está a cargo del Municipio de Itagüí.

PARÁGRAFO PRIMERO: *Las redes (transformadores, postes, líneas de conducción, entre otras) construidas en el espacio público o en áreas cedidas al municipio en cumplimiento de obligaciones urbanísticas se constituyen en bienes de uso público de propiedad del Municipio de Itagüí. La infraestructura contemplada en el presente artículo deberá cumplir con los parámetros y especificaciones técnicas exigidas por las empresas administradoras y operadoras de dichas redes.” (Aparte subrayado corresponde al declarado nulo).*

8.5. Ubicación de redes. Competencia

Queda por definir si el Municipio de Itagüí excedió sus potestades al definir de manera general que a las ESP les corresponde asumir toda la responsabilidad derivada de las modificaciones de las redes de servicios públicos, según la conveniencia del ente territorial, e incluso sin contar con la autorización de la ESP.

Vale la pena recordar el alcance de la correspondiente disposición impugnada:

“ARTÍCULO QUINTO: *Todos los permisos deberán ser solicitados mediante formato único suministrado por el Municipio de Itagüí, y cumplir con los siguientes requisitos:*

(...)

- c) *La solicitud deberá contener una Carta de Compromiso, donde el solicitante (persona natural o representante legal si es persona jurídica) debe expresar por escrito; En caso de que el Municipio de Itagüí requiera ejecutar indemnizaciones, ampliaciones, ajustes en el alineamiento, obras complementarias, construcción de puentes vehiculares, construcción de ciclodrenaje, obras de subdrenaje, construcción de andenes o pasos peatonales, atención de emergencias, o cualquier otro cambio en la zona utilizada por la obra en donde se otorgue el permiso, lo podrá hacer a conveniencia sin autorización del solicitante del permiso, quien a su vez procederá a desplazar las tuberías y demás obras ejecutadas que se encuentren en la zona del derecho de vía, por su cuenta y riesgo, a los sitios donde el Municipio de Itagüí así lo determine, en el momento en que sea requerido, sin ningún costo para el Municipio de Itagüí y en el término que éste fije para tal evento.”*

De conformidad con los artículos 22 y 23 de la Ley 142 de 1994, cuando las ESP estén debidamente constituidas, no requerirán permiso para funcionar en cualquier parte del territorio colombiano; no obstante, para operar deberán obtener los correspondientes licencias, permisos o concesiones de las autoridades competentes y sujetarse a las reglas dispuestas por ellas o, excepcionalmente,



suscribir el respectivo contrato y atender a su clausulado. Así lo disponen los artículos 22 y 23 ibídem:

“Artículo 22. Régimen de funcionamiento. Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades”.

“Artículo 23. Ámbito territorial de operación. Las empresas de servicios públicos pueden operar en igualdad de condiciones en cualquier parte del país, con sujeción a las reglas que rijan en el territorio del correspondiente departamento o municipio.

Igualmente, conforme a lo dispuesto por las normas cambiarias o fiscales, las empresas podrán desarrollar su objeto en el exterior sin necesidad de permiso adicional de las autoridades colombianas.

La obtención en el exterior de agua, gas combustible, energía o acceso a redes, para beneficio de usuarios en Colombia, no estará sujeta a restricciones ni a contribución alguna arancelaria o de otra naturaleza, ni a permisos administrativos distintos de los que se apliquen a actividades internas de la misma clase, pero si a las normas cambiarias y fiscales comunes. Las comisiones de regulación, sin embargo, podrán prohibir que se facilite a usuarios en el exterior el agua, el gas combustible, la energía, o el acceso a redes, cuando haya usuarios en Colombia a quienes exista la posibilidad física y financiera de atender, pero cuya demanda no hubiese sido satisfecha a las tarifas que resulten de las fórmulas aprobadas por las comisiones”.

Ahora bien, cuando quiera que se requiera usar aguas o el espectro electromagnético para la prestación del servicio, es menester celebrar contratos de concesión o tramitar la licencia correspondiente. El artículo 25 ibídem, así lo ordena; veamos:

“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 dispuesta por la ley, las autoridades competentes verificarán la idoneidad técnica y solvencia financiera del solicitante para efectos de los procedimientos correspondientes”.

Adicionalmente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 ibídem, las ESP están sometidas a las normas urbanísticas, de transporte, de espacio público y de seguridad previstas por los entes territoriales en los cuales tienen su jurisdicción. Agrega la norma que la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de la deficiente construcción u operación de las redes recaerá en las empresas de servicios públicos. El siguiente es el precepto anunciado:

“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 subterráneo 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”.
(Subrayas de la Sala).

Pues bien, del análisis decantado en el anterior acápite se concluyó que las redes de servicios públicos eran de propiedad de la empresa que prestara el servicio, y de lo expuesto en el que ahora nos ocupa vemos con claridad que el mantenimiento, así como los daños causados por la construcción y operación de las mismas recae sobre dichas empresas.

En tal sentido, de requerirse una modificación en la ubicación de las redes los llamados a asumir los costos que ello implique son las mismas empresas, pues tal y como lo pone de presente la recurrente en su escrito de apelación, ejecutar obras de reubicación de redes e instalaciones requiere la adopción de estudios técnicos y de suelos, entre otros; y evidentemente también son necesarios análisis



de índole presupuestal que no pueden pasar inadvertidos para el ente territorial a la hora de exigir tales modificaciones.

No obstante, supuestos como el que pretende reglamentar el Acuerdo que se censura no pueden ser regulados de manera general y menos suponiendo una exoneración de toda responsabilidad de parte del ente territorial, toda vez que en el evento en que se ocasionen daños antijurídicos imputables, ya sea a las decisiones (actos administrativos) o actuaciones (operaciones, hechos administrativos, etc.) del municipio mediante las cuales se ordene la modificación de las redes de las empresas de servicios públicos, sus trazos, entre otros, tendrá que ponderarse el caso concreto a efectos de determinar si hay lugar a indemnizar algún perjuicio o a reparar un daño. Entender de otra manera las facultades legales y constitucionales de los entes territoriales supondría aceptar un ejercicio omnímodo y arbitrario que no consulta los fines y la estructura sobre la cual se cimienta la prestación de los servicios públicos en el país, y desconocer que la responsabilidad del Estado deriva de lo establecido en el artículo 90 Constitucional, por lo que mal hace un acuerdo municipal tratando de exonerar de toda responsabilidad a un municipio, cuando con su conducta puede ocasionar un daño antijurídico que le sea imputable.

Al límite anotado se agrega uno ya de naturaleza constitucional que tiene que ver con el ejercicio de la intervención del Estado en la economía y su ponderación con el ejercicio de la libertad económica privada en materia de servicios públicos, pues, como también quedó anotado, las dos potestades se orientan hacia la garantía del bien común, el cual no puede ser invocado so pretexto de desbordar el uso de las atribuciones otorgadas para la garantía en la prestación de los servicios públicos, pues en todo caso, tanto unos como otros deben ser entendidos como un instrumento para el alcance de los fines que se trazan constitucionalmente para lograr el bien común.

Dicho esto, la Sala estima que el literal c) del artículo 5º del Acuerdo No. 007 del 7 de septiembre de 2009 dictado por el Concejo del Municipio de Itagüí, excede de manera abierta las facultades descritas en la Ley 142 de 1994, al exigir de las ESP una carta de compromiso que no prevé las limitaciones a que se ha aludido llevando a un ejercicio indiscriminado de sus funciones. Es por ello que también debe ser declarada nula tal disposición.



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. REVOCAR la sentencia proferida el 18 de mayo de 2012 por la Sala Novena de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO: DECRETAR la nulidad del primer inciso del párrafo primero del artículo cuarto y del literal c) del artículo quinto del Acuerdo No. 007 de 7 de septiembre de 2009 expedido por el Concejo Municipal de Itagüí.

En firme esta providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 14 de marzo de 2019.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado