

523

101

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejera Ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de dos mil diez (2010)

Ref.: Expediente No. 110010324000200290331-01

Demandante: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E. S. P.

Demandado: Municipio de la Calera

Se decide el recurso de apelación contra sentencia de 2 de diciembre de 2004, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad del Oficio ALC 1158 de 10 de diciembre de 2001 de la Alcaldía del Municipio de la Calera y ordenó el restablecimiento de los derechos de la actora.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La demandante pretende que se declare la nulidad del oficio ALC-1158 de 10 de diciembre de 2001, mediante el cual el Alcalde del Municipio de la Calera le remitió a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá la liquidación de expensas de la licencia de construcción del túnel alternativo de Usaqué, y que a título de restablecimiento del derecho se declare que no está obligada a tramitar dicha licencia y se ordene el reembolso, debidamente actualizado, de lo pagado para obtenerla.

Hechos.

La demandante es una empresa industrial y comercial del Estado que presta el servicio público de acueducto y alcantarillado al Distrito Capital y municipios vecinos, entre ellos La Calera (Cundinamarca), y construyó el embalse de San Rafael para reducir y evitar racionamientos a los usuarios. Como obra

complementaria está ejecutando el túnel alternativo de Usaquén que interconectará al embalse con el sistema de acueducto del distrito capital.

La Corporación Autónoma Regional, mediante Resolución No. 0692 de 21 de mayo de 1997, otorgó a la demandante licencia ambiental única para ejecutar el programa Santafé 1, y la modificó mediante Resolución No. 1917 del 23 de noviembre de 2000 que aclaró la comprensión territorial cobijada por dicho permiso.

La actora celebró el contrato SF-1-01-7000-851-1999 con el Consorcio Techint-Geominas a efectos de construir el túnel alternativo de Usaquén y demás obras anexas que debían iniciarse en marzo de 2000, como consta en acta suscrita el día 14 del mismo mes.

Para oponerse a la ejecución de las obras el Alcalde de La Calera profirió el **auto del 26 de junio de 2001, mediante el cual inició una investigación administrativa policiva** para determinar si aquella contaba con licencia de construcción; fijó fecha para oír los descargos del consorcio y señaló el día 12 de junio para efectuar una inspección ocular, la cual fue suspendida.

Ese mismo día **emplazó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá** para que aportara en el término de tres (3) días la licencia de construcción o, en su defecto, su solicitud ante la Oficina de Planeación del Municipio y/o la exoneración de responsabilidad urbanística por parte del Acuerdo 043/00 - POT -, en concordancia con la Ley 388/97.

Mediante escrito del 16 de julio de 2001, radicado el día 17 del mismo mes en el despacho del Alcalde, la demandante explicó porqué no era indispensable la licencia de construcción; aportó copia de la licencia única ambiental expedida por la CAR; señaló que la Ley 56/81 no le exigía la licencia requerida y anexó conceptos del Consejo de Estado en ese sentido, los cuales que no fueron tenidos en cuenta.

El 18 de julio de 2001 el Secretario de Gobierno continuó la inspección ocular por delegación del Alcalde y al término de la diligencia **expidió un acto mediante el cual impuso sendas multas** al consorcio ATG y a la E.A.A.B.,

por valor de cuatrocientos (400) salarios mínimos; suspendió la construcción y concedió un plazo de sesenta (60) días, para acreditar la licencia respectiva.

En la misma diligencia se interpuso el recurso de reposición que se decidió modificando parcialmente los numerales 1 y 2 de la providencia, y el de apelación que se concedió en efecto suspensivo para que lo decidiera la Gobernación de Cundinamarca.

La empresa demandante se vio obligada a tramitar la licencia de construcción y por oficio de 20 de octubre de 2001 solicitó al Jefe de Planeación Municipal de la Calera que liquidara las expensas correspondientes con la solicitud de excluir de las mismas el área inundada del embalse de San Rafael.

Mediante oficio PLA-904-01 de octubre 31 de 2001 el funcionario mencionado presentó liquidación por un valor inicial de \$1.732.873.467, 90, negó la solicitud de exclusión de áreas porque no lo permitían las normas municipales y sugirió acordar mediante convenio interadministrativo la exoneración parcial sobre el área total por concepto de delineación.

La demandante ejerció la acción de nulidad y restablecimiento contra la Resolución de 18 de julio de 2001 del Secretario de Gobierno de la Calera que impuso las multas mencionadas, suspendió la construcción y concedió 60 días para acreditar la licencia, la cual cursa su trámite en el Tribunal de Cundinamarca.

El 23 de noviembre de 2001 el Alcalde de La Calera y el representante de la E.A.A.B., elaboraron un borrador de "convenio administrativo extraprocesal" que fijó como valor de la licencia de construcción la suma de \$1.099.882.268.00.

Mediante oficio No. 3000-2001-0980 de 3 de diciembre de 2001, el Secretario General de la E.A.A.B., solicitó al Alcalde de La Calera que ordenara al funcionario competente liquidar las expensas de la licencia de construcción, puesto que en el acta no se especificó el origen de la suma a pagar por concepto de la licencia.

Por oficio No. ALC-1158 de 10 de diciembre de 2001 el Alcalde Municipal remitió al Secretario General de la E. A. A. B., la liquidación de expensas que la

Oficina de Planeación Municipal fijó en \$1.099.882.267, 90., acto notificado el día 11 de diciembre de 2.001 a la demandante.

El 21 de diciembre de 2001 las partes suscribieron un convenio interadministrativo mediante el cual se estableció la siguiente forma de pago de la suma mencionada: PRIMERO. El Municipio autoriza cruzar \$798.282.389.00 que debe a la E. A. A. B., por concepto de venta de agua en bloque, contra lo debido por ésta por concepto de la licencia. SEGUNDO. Una vez la E. A. A. B., cancele el saldo (\$301.599.878.90) dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la firma del convenio, el Municipio levantará la suspensión de la obra. TERCERO. Lo convenido no impide que las partes ejerzan las acciones judiciales que estimen pertinentes.

A pesar de que se cruzaron las cuentas y la E. A. A. B., pagó lo convenido, el Municipio de La Calera no ha expedido la licencia de construcción.

En el acápite de **normas violadas y concepto de la violación** se citó como violada la Ley 56/81, norma especial que prohíbe exigir licencias de construcción sobre obras públicas que surjan de las relaciones entre entidades propietarias de las obras públicas que se construyan para la generación y transmisión de energía, riegos y regulación de ríos y caudales y los municipios afectados por ellas, así como las compensaciones y beneficios que se originen por estas relaciones.

Sostuvo que el artículo 7 de esa ley establece que las entidades propietarias de las obras solo deben cancelar los impuestos, tasas, gravámenes y contribuciones de carácter municipal a partir del momento en que las obras entren en operación o funcionamiento.

Añadió que si bien el artículo 58 del Decreto 1052 de 1998 establece el pago de una tasa por concepto de licencia de construcción antes del inicio de la obra, el artículo 7 de la Ley 56 de 1981 exonera a las entidades propietarias de grandes obras públicas del deber de obtener esas licencias y de pagar expensas, como lo ha reconocido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto No. 443 del 23 de junio de 1992.

Manifestó que la obra pública se está llevando a cabo en el subsuelo nacional que es de propiedad y dominio del Estado y sobre el cual los municipios carecen de toda potestad.

Señaló que el acto acusado fue proferido por **autoridad incompetente** porque no se cumplen los presupuestos que permiten exigir la licencia de construcción; también incurrió en **desviación de poder** porque la finalidad que realmente persigue es el pago de la deuda contraída por la Empresa de Servicios Públicos de la Calera y el mismo municipio con la E. A. A. B., E. S. P.

1.2. La contestación

El Municipio demandado contestó la demanda dentro de la oportunidad legal y se opuso a las pretensiones.

Propuso las siguientes excepciones: la de ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones porque consideró que las formuladas por la actora son excluyentes; la de pleito pendiente entre las partes porque en el Tribunal se adelanta un proceso radicado con el número 2001-1245 sobre el mismo asunto que aquí se plantea; inexistencia del acto acusado, porque el Oficio ALC 1158 de 10 de diciembre de 2001 acusado no es un acto de administrativo sino de comunicación; y falta de agotamiento de la vía gubernativa, porque contra el acto acusado no se interpusieron los recursos de ley.

Explicó que ante un informe que presentó la Oficina de Planeación Municipal sobre una obra sin licencia única ambiental, el Alcalde inició una investigación de carácter administrativo policivo con fundamento en el capítulo XI de la Ley 388/97, en concordancia con el libro I del C. C. A., y el Decreto 1889/86.

Con fundamento en el artículo 7 del Decreto 1889/86 emplazó a la EAAB para que justificara la legalidad de la construcción y como no encontró mérito en sus exculpaciones suspendió la obra con fundamento en el artículo 104 de la Ley 388/97. Agregó que contra esta decisión se interpusieron los recursos de ley que fueron decididos en forma desfavorable, al igual que las acciones de tutela que se interpusieron en su contra.

La demandante pagó el valor de la licencia mediante cruce de cuentas que se convino con ella y no manifestó inconformidad alguna por su presunta ilegalidad o arbitrariedad cuando se le comunicó el oficio ALC-1158 de diciembre de 2001 demandado.

Una vez cancelada la suma acordada, la Oficina Municipal de Planeación requirió repetidamente a la demandante para que cumpliera los requisitos establecidos en el artículo 10 del decreto 1052 de 1.998 para otorgar la licencia de construcción.

1.3. Alegatos de conclusión.

Dentro de la oportunidad legal la demandante presentó alegatos en los que reiteró los hechos y argumentos que expuso en la demanda; la demandada insistió en los hechos y razones que expuso en la contestación.

1.4. Concepto del Ministerio Público

El Procurador décimo judicial administrativo, advirtió que como el acto acusado no señaló los recursos que procedían en su contra como lo ordena el artículo 47 del C. C. A., la accionante podía demandarlo directamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Solicitó la nulidad del acto demandado apoyándose en el fallo de tutela T-860/02 de la Corte Constitucional que señaló que la Alcaldía del Municipio de La Calera vulneró el debido proceso y el derecho a la propiedad de la E. A. A. B., al exigirle el pago de una licencia con fundamento en disposiciones legales que no regulaban el caso.

1.5. La sentencia apelada.

Mediante sentencia de 2 de diciembre de 2004 el a quo declaró la nulidad del Oficio ALC 1158 de 10 de diciembre de 2001 de la Alcaldía del Municipio de la Calera; ordenó el restablecimiento de los derechos de la actora y denegó la solicitud de condena en costas contra la parte vencida (fs. 317 a 336 del cuaderno principal).

Declaró no probadas las excepciones propuestas por el Municipio demandado, por las siguientes razones: **a) Consideró que no se configuró la ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones** porque las pretensiones de nulidad del acto acusado y el restablecimiento consecuente no se contradicen ni se excluyen. **b) Estimó que no existe pleito pendiente entre las partes**, porque si bien el Tribunal adelanta un proceso radicado con el número 2001-1245, en él se enjuicia legalidad de la Resolución de 18 de julio de 2001 del Municipio de la Calera que multó al contratista y a la empresa de servicios públicos y suspendió la ejecución de las obras comentadas hasta tanto se acreditara la licencia de construcción, mientras que en este proceso se ventila un asunto diferente, cual es la validez de la liquidación del valor de la licencia de construcción del túnel alterno de Usaquén. **c) Consideró no probada la excepción de inexistencia del acto acusado porque en su criterio el Oficio ALC 1158 de 10 de diciembre de 2001 acusado no es un simple acto de comunicación como afirma el Municipio demandado sino un acto administrativo definitivo mediante el cual éste expresó la voluntad de exigir una licencia de construcción y liquidar su valor a cargo de la demandante**; oficio que produjo efectos jurídicos porque si no se realizaba el pago mencionado no se podía obtener la licencia. **d) Consideró, finalmente, que no se configuró la falta de agotamiento de la vía gubernativa** porque el acto acusado fue proferido por el Alcalde de La Calera, y contra él sólo procedía el recurso de reposición que no es obligatorio para agotar la vía gubernativa.

Al estudiar el fondo el proceso manifestó, que de acuerdo con concepto técnico del Director Ejecutivo de la Sociedad Colombiana de Ingenieros de 13 de noviembre de 2001, el proyecto Túnel Alterno de Usaquén (TAU) es una obra de carácter supramunicipal que garantizará el suministro de agua potable a más de 6 millones de personas de la ciudad de Bogotá D.C. y a más de 30.000 personas del municipio de la Calera.

Se apoyó en conceptos rendidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en casos similares al planteado en este proceso, ¹ en

¹ Ver, entre otros, conceptos de 29 de mayo de 1997, consejero ponente Dr. Augusto Trejos Jaramillo y 1º de abril de 1998 con ampliación de septiembre 3 del mismo año, consejero ponente Dr. Luis Camilo Osorio Isaza.

especial el proferido el 23 de junio de 1992, y en sentencia de revisión de tutela de 10 de octubre de 2002 de la Corte Constitucional relacionada con la licencia de construcción para el túnel alternativo de Usaquén que acogió el concepto mencionado del Consejo de Estado y concluyó lo siguiente:

"...5.1. Que para el caso del Túnel Alterno de Usaquén la norma aplicable sin lugar a dudas es la ley 56 de 1981, por cuanto se trata de una obra pública de interés social, de carácter supramunicipal.

5.2. Que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, debe pagar al municipio de la Calera los impuestos, tasas, gravámenes, o contribuciones de carácter municipal diferentes del impuesto predial, únicamente a partir del momento en que el Túnel Alterno de Usaquén entre en operación o funcionamiento y dentro de las limitaciones que establece la misma ley.

5.3. Que a la obra referida no le es aplicable la ley 9ª de 1989, por cuanto su naturaleza de utilidad pública de interés social no se encuentra dentro de la descripción de que trata la misma ley.

5.4. Que la ley 388 de 1997 tampoco le es aplicable por las razones anteriores, y porque el legislador al hacer la derogatoria expresa de diferentes disposiciones no se refirió de ninguna manera a la ley 56 de 1981 lo que ratifica su vigencia para obras de esta naturaleza.

5.5. Que el Decreto 1052 de 1998 reglamentó las disposiciones sobre licencias de construcción y urbanismo a que se refieren las leyes 9ª de 1989 y 388 de 1997, y en consecuencia, no es aplicable para la obra denominada "Túnel Alterno de Usaquén".

Por lo anterior la Sala concluye que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá no estaba obligada a tramitar licencia de construcción alguna para la ejecución de las obras del túnel alternativo de Usaquén.

1.6. El recurso de apelación.

Dentro de la oportunidad legal el Municipio demandado apeló el fallo de primera instancia por las siguientes razones:

- Afirmó que se trata de un fallo extra petita porque declaró la nulidad de un acto administrativo y **ordenó el reembolso de las sumas de dinero liquidadas en otro acto que no fue objeto de la demanda.**

Explicó que la Ley 338 de 1997, modificatoria de la Ley 9 de 1989, y su Decreto Reglamentario No. 1052 de 1998, facultan al Jefe de Planeación Municipal para otorgar licencias de construcción previa verificación del pago de los derechos contenidos en el acto de liquidación, también a su cargo.

Aseguró que inicialmente el Secretario de Planeación liquidó las expensas correspondientes a la licencia de construcción del tunel alterno de Usaquén por valor de \$ 1.732.467, 90 y luego corrigió esa liquidación y estableció que el valor correcto era \$ 1.099.882.267.

Agregó que en este proceso no se demandó la nulidad de esos actos de liquidación, que se anexaron al oficio ALC 1158 de 10 de diciembre de 2001 cuya nulidad sí se impetró en este proceso.

- Consideró errada la consideración en que se fundó el fallo apelado, de acuerdo con la cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá no estaba obligada a tramitar licencia para construir el túnel alterno de Usaquén porque la Ley 56 de 1981 no la exige respecto de ese tipo de obras.

Aseguró que si bien la Ley 56/81 no exige que se tramite licencia para construir **obras públicas** de acueductos, **no toda construcción de acueducto se puede considerar una obra pública** porque el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas sólo le reconoce ese carácter a las obras “**de interés general y destinada al uso público**” y no obra en el proceso un acto proferido por autoridad competente que establezca que el Tunel Alterno de Usaquén sea una obra de interés social, **condición necesaria** para que le aplique la Ley 56 de 1981. Además, quien la construye es una empresa que no presta servicios gratuitos a la comunidad porque tiene ánimo de lucro (fs. 338 a 342 del cuaderno principal).

- Afirmó que la demanda es inepta porque: **a)** no incluyó entre sus pretensiones la de anular el convenio interadministrativo de 12 de diciembre de 2001 mediante el cual demandante y demandado pactaron la forma de pago de las expensas liquidadas por concepto de la licencia de construcción del tunel alterno de Usaquén, el cual quedaría vigente a pesar de mantener una unidad con el acto declarado nulo. **2)** la empresa demandante no agotó la vía gubernativa respecto del acto administrativo de liquidación proferido por el Secretario de Planeación.

Consideró que el a quo no podía fallar de fondo sin acumular previamente este proceso con los otros procesos que la demandante inició por separado contra la Resolución No. 1830 de 17 de abril de 2002 que expidió la licencia de construcción del proyecto túnel alternativo de Usaquén y contra la Resolución de 18 de julio de 2001 del Secretario de Gobierno de la Calera que ordenó la suspensión de la obra mencionada e impuso unas multas (fs. 9 s 11 del cuaderno No. 3).

1.7. Alegatos de conclusión.

Dentro de la oportunidad legal la parte demandada presentó alegatos en los que reiteró los hechos y razones en que fundó el recurso de apelación (fs. 21 y 22 del cuaderno No. 3).

1.8. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

El Agente del Ministerio público no rindió concepto de fondo.

Extractos

2. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a estudiar los motivos de inconformidad del apelante con el fallo de primera instancia, en el orden en que los expuso.

2.1. El apelante sostiene que el quo dictó un fallo extra petita porque además de declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio ALC-1158 de 10 de diciembre de 2001 suscrito por el Alcalde del Municipio de la Calera, ordenó el reembolso de las sumas de dinero liquidadas en otro acto que no fue objeto de la demanda.

Esta acusación no tiene vocación de prosperidad, en primer lugar, porque es evidente que la decisión anulatoria proferida por el a quo recayó sobre la liquidación de las expensas por concepto de la licencia de construcción del Túnel Alternativo de Usaquén a que se refiere el Oficio No. ALC 1158 de 10 de diciembre de 2001, cuya nulidad sí fue impetrada en la demanda (ver folio 9 a

34 del cuaderno principal), a la cual se acompañó, además, copia auténtica de dicho acto (fs. 131 a 133 ibídem).

Y la suma de dinero que se ordenó devolver es la resultante de la liquidación de expensas a que se refirió el acto acusado.

2.2. El apelante aduce que el acto administrativo de liquidación de expensas por la expedición de licencia de construcción no está contenido en el oficio Oficio ALC-1158 de 10 de diciembre de 2001 sino en un documento anexo al mismo que obra a folio 133.

Al examinar el oficio mencionado se advierte que mediante el mismo el Alcalde Municipal de La Calera se dirige al Secretario General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá para entregarle la liquidación oficial de las expensas que dicha empresa debe pagar por concepto de la licencia de construcción del Túnel Alterno de Usaquén, efectuada por el jefe de Planeación Municipal; explica el fundamento normativo local de dicha liquidación y anuncia que la anexa al oficio descrito.

A juicio de la Sala es claro que la liquidación "anexa" al oficio hace parte de él y que cuando el demandante solicitó su nulidad demandó igualmente la de la liquidación anexa. Así mismo, la declaración de nulidad de dicho oficio comprende la liquidación anexa.

2.3. Para la Sala no es de recibo el argumento del apelante según el cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá no sólo debió demandar la nulidad del Oficio ALC 1158 de 10 de diciembre de 2001 que estableció de manera definitiva que las expensas que debían pagarse por concepto de licencia de construcción del Túnel Alterno de Usaquén ascendían a \$ 1.099.882.267., sino también una liquidación efectuada inicialmente por valor de \$ 1.732.467, 90, que se anexó al Oficio ALC 1158 de 2001 acusado.

Lo anterior, porque es evidente que la primera liquidación no es un acto administrativo que liquidara en forma definitiva las expensas sino una propuesta que el Jefe de Planeación presentó a la empresa con el oficio No. PLA -901-01

de 31 de octubre de 2001 (fs. 120 y 121 del cuaderno principal), donde le indicaba que consideraba inviable excluir de las expensas lo correspondiente al área inundada y le sugiere que acuerde con la Alcaldía una exención parcial sobre dicha área. (fs. 125 y 126).

En el expediente obra prueba de que la empresa insistió en que la liquidación excluyera algunas áreas y se calculara con un valor inferior (fs. 123 y 124) y que la administración accedió a ello mediante el acto acusado, el cual tiene el carácter de un acto administrativo definitivo.

2.4. En cuanto al argumento expuesto en el recurso, según el cual la demanda es inepta porque el actor no agotó la vía gubernativa, se advierte que en el oficio demandado, contentivo de la liquidación oficial de las expensas que debía pagar la demandante por concepto de licencia de construcción de Tunel Alterno de Usaquén, **no se concedió recurso alguno.**

De allí que la demandante no estuviera obligada a interponerlos y pudiera demandar directamente su nulidad como lo autoriza el artículo 135 del C. C. A., de acuerdo con el cual *"si las autoridades administrativas no hubieran dado la oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos"*.

2.5. El apelante consideró errada la apreciación del a quo en virtud de la cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá estaba exonerada de tramitar licencia para construir el túnel alternativo de Usaquén. En su opinión, la construcción de dicha obra sí requería de licencia porque está a cargo de una empresa que cobra por sus servicios y tiene ánimo de lucro y además, no se allegó al proceso acto alguno que la declare de interés social.

Para precisar este punto es necesario determinar la naturaleza de la obra que la empresa demandante pretendía ejecutar.

- Conviene anotar al respecto que se trata de un túnel que hace parte del sistema de acueducto que sirve de agua potable a la ciudad de Bogotá y al Municipio de La Calera.

Esta obra tiene carácter supramunicipal puesto que abarca varios municipios, como consta en el concepto técnico rendido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros al Alcalde del Municipio de la Calera el 13 de noviembre de 2001, cuya copia auténtica obra a folios 373 a 376 del expediente y se consigna lo siguiente:

"El proyecto del Túnel Alterno de Usaquén (TAU) diseñado para disminuir la vulnerabilidad del suministro de agua, hace parte del Sistema de Chingaza que abastece de agua potable a la ciudad de Bogotá, D. C. Este túnel se requiere para evitar un posible racionamiento a la ciudad de Bogotá, ya que permitirá llevar a cabo la urgente rehabilitación y mantenimiento de los túneles de Santa Bárbara y Usaquén; con este último túnel actualmente se trae agua de la Planta Wiesner (Calera) al Tanque de Usaquén, desde el cual se distribuye el agua a la ciudad.

(...) El TAU es una obra importante de carácter supramunicipal y necesaria dado su objeto. El tramo visitado entre el portal de entrada y el K1 +056 suspendido desde el pasado 12 de octubre se ha construido de manera aceptable, cumpliendo los estándares internacionales comúnmente aceptado en este tipo de obras.

(...) En general, una obra de ingeniería que garantiza el suministro de agua potable a más de 6 millones de personas de la ciudad de Bogotá y a más de 30.000 personas del Municipio de La Calera, no debería trasarse (...)"

La Ley 56 de 1981, "Por la cual se dictan normas sobre obras públicas de generación eléctrica, y acueductos, sistemas de regadío y otras y se regulan las expropiaciones y servidumbres de los bienes afectados por tales obras", estableció el régimen de los derechos y compensaciones que los Municipios podían reclamar a los constructores de obras públicas de generación eléctrica, acueductos, sistemas de regadío y otras, y en los artículos 1º y 7º señaló lo siguiente:

"Artículo 1º. Las relaciones que surjan entre las entidades propietarias de las obras públicas que se construyan para generación y transmisión de energía eléctrica, acueductos, riegos y regulación de ríos y caudales y los municipios afectados por ellas, así como las compensaciones y beneficios que se originen por esas relaciones, se regirán por la presente ley.

Las que por la misma causa se generan entre esas entidades y los particulares en lo no regulado por la presente Ley, se seguirán rigiendo por las disposiciones del Código Civil y demás normas complementarias."

"Artículo 7º. Las entidades propietarias pagarán a los municipios los impuestos, tasas, gravámenes, o contribuciones de carácter municipal diferentes del impuesto predial, únicamente a partir del momento en que las obras entren en operación o funcionamiento y dentro de las siguientes limitaciones: (...)"

Parágrafo. Las entidades públicas propietarias de las obras de que aquí se trata no estarán obligadas a pagar compensaciones o beneficios adicionales a los que esta ley establece con motivo de la ejecución de dichas obras." Negrillas son de la Sala).

Las normas transcritas distinguen entre los impuestos, tasas, gravámenes, o contribuciones de carácter municipal (parágrafo del artículo 7º) y las compensaciones o beneficios que debe pagar la empresa propietaria de la obra pública con motivo de su ejecución (artículo 1º ibídem).

La Ley 9ª de 1989, "por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones", otorgó a las autoridades municipales **competencia para exigir licencias como condición para la construcción de obras** en los siguientes términos:

Artículo 63º.- Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación y reparación, demolición de edificaciones o de urbanización y parcelación para construcción de inmuebles, de terrenos en las áreas urbanas, suburbanas, y rurales de los municipios, se requiere permiso o licencia expedido por los municipios, áreas metropolitanas, del Distrito Especial de Bogotá o de la Intendencia de San Andrés y Providencia. (...)"

Esta norma fue modificada por el artículo 99 de la Ley 388 de 1997, en el sentido de que la expedición de la licencia de construcción referida también estaría a cargo de los curadores urbanos.

El Decreto 1052 de 1998 reglamentó las disposiciones referentes a **licencias de construcción y urbanismo** y dispuso que compete expedirlas a las curadurías urbanas en municipios de más de 100.000 habitantes y a las autoridades locales en municipios con población inferior, sin perjuicio de que en éstos también se crearan curadurías. En el artículo 53 **estableció el deber de pagar expensas por el trámite de dichas licencias**.

Ante la duda de si los Municipios podían exigir las licencias de construcción reglamentadas por la Ley 9 de 1989 frente a las obras mencionadas por la Ley 56 de 1981, que regula de manera especial la construcción de obras públicas, el Ministerio de Gobierno elevó una consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que ésta absolvió el 23 de junio de 1992.

La Sala mencionada conceptuó que "la construcción por entidades públicas de la obras a las que se refiere la ley 56 de 1981 no requiere de las licencias a que se refiere el artículo 63 de la ley 9ª de 1989 y, por tanto, no corresponde a la entidad propietaria obtenerlas ni a los alcaldes concederlas por razón de la obra proyectada". Para sustentar su criterio expuso los siguientes argumentos:

"No ofrece duda la naturaleza de la actividad cuyo ejercicio requiere de licencia, cuando la describe la norma para efectos de sancionar la omisión de su obtención o la inobservancia de sus términos y condiciones. Y por eso ateniéndose a tal descripción, resulta claro que la construcción, urbanización y parcelación adelantadas sin permiso o licencia; destinación o uso de inmuebles distintos del fin previsto en la licencia de construcción y ocupación o cerramiento sin autorización de bienes de uso público, corresponden exclusivamente a contravenciones de la ley 9 de 1989, sin aplicación extensiva posible cuando se trata del ejercicio de actividades distintas de las previstas por tal ley, no subordinado, por tanto, a otorgamiento previo de licencia, en los términos de la misma.

"Es el caso de las obras públicas de generación eléctrica y acueductos, sistemas de regadío y otras a que se refiere la Ley 56 de 1981, y cuyos planes, proyectos y ejecución se declaran de utilidad pública e interés social, así como las zonas a ellas afectadas (artículo 16 ibídem).

Este criterio fue reiterado expresamente por la Corte Constitucional en la sentencia de revisión de tutela T-860 de 10 de octubre de 2002, relacionada con la licencia de construcción para el túnel alterno de Usaquén, donde concluyó que esa obra **"NO REQUERÍA** de la licencia de construcción que le fue exigida y que generó la imposición de multas y la medida correctiva de suspensión de obra por parte de la Alcaldía Municipal de La Calera."

En este fallo la Corte Constitucional complementó el concepto del Consejo de Estado con las siguientes observaciones acerca de la Ley 388 de 1997 que había modificado las Leyes 9ª de 1989 y 3ª de 1991:

"...c) Ahora bien: la Ley 388 de 1997, por la cual se modificaron las Leyes 9ª de 1989 y 3ª de 1991 y si dictaron otras disposiciones, en su artículo 99 prescribe:

"Licencias. Se introducen las siguientes modificaciones y adiciones a las normas contenidas en la Ley 9ª de 1989 y en el Decreto 2150 de 1995 en materia de licencias urbanísticas:

*"1. Para adelantar obras de construcción, ampliación o modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación de terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, **se requiere licencia expedida por los municipios**, los distritos especiales, el distrito capital, el departamento especial de San Andrés y Providencia o los curadores urbanos, según el caso. (subraya y negrilla fuera de texto).*

(...)

"2. Dichas licencias se otorgarán con sujeción al **Plan de Ordenamiento Territorial**, planes parciales y a las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan y de acuerdo con lo dispuesto en la ley 99 de 1993 y en su reglamento, no se requerirá licencia o plan de manejo ambiental, cuando el plan haya sido expedido de conformidad con lo dispuesto en esta ley."

El artículo 138 de la Ley en cita, consagra que las disposiciones allí contenidas rigen a partir de su publicación y, a renglón seguido, señala expresamente las normas que deroga, sustituye, modifica o adiciona de la Ley 9ª de 1989, de las Leyes 2ª y 3ª de 1991, del Decreto 1333 de 1986, de la Ley 136 de 1994 y del Decreto-ley 2150 de 1995, observándose que **en manera alguna se refiera a la Ley 56 de 1981.**

Con base en todo lo anteriormente reseñado, esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional concluye que la obra denominada "Túnel Alterno de Usaquén" adelantada por la empresa accionante, **NO REQUERÍA** de la licencia de construcción que le fue exigida y que generó la imposición de multas y la medida correctiva de suspensión de obra por parte de la Alcaldía Municipal de La Calera.

En efecto. Podría afirmarse que la autoridad municipal accionada no procedió de una manera manifiesta y absolutamente arbitraria, si se toma en cuenta que apoyó su actuación en lo dispuesto por el Acuerdo 043 de 2000 (Plan de Ordenamiento Territorial del municipio), en armonía con las disposiciones vigentes en materia urbanística y de policía (Ley 388 de 1997, modificatoria de la Ley 9 de 1989, y los Decretos 1889 de 1986 y 1052 de 1998).

Empero, la censura a esa actuación de la Alcaldía Municipal accionada se origina en que no advirtió que, dada la naturaleza de la obra en cuestión -la construcción de un túnel cuyos fines, importancia y carácter supramunicipal explicó con suficiencia el Director Ejecutivo de la Sociedad Colombiana de Ingenieros en concepto antes transcrito- esas normas legales y reglamentarias que invocó no eran aplicables al caso, puesto que la situación debía estudiarse y resolverse a la luz de la **Ley 56 de 1981**, en tanto la misma, cuya vigencia no se cuestiona la Alcaldía Municipal accionada, regula de manera general lo relacionado **con obras públicas de acueductos**, entre otras, y en ninguna de sus disposiciones señala que sea obligación de la propietaria de una obra de tal naturaleza, obtener licencia de construcción para iniciarla y ejecutarla.

El asunto no se reduce, entonces, a que uno o más conceptos que haya emitido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sobre tales materias, tenga la virtualidad de obligar inexorablemente a las autoridades o a los particulares, a actuar conforme a lo que allí se consideró y se concluyó, tal y como lo plantea el señor Alcalde Municipal de La Calera, pues ni la Constitución ni la ley le otorgan esos alcances a los mencionados conceptos, sino que, lo que debe observarse es que se aplique en toda su dimensión y alcance, la ley o norma que corresponde y regula el caso concreto que ha suscitado el conflicto, para resolverlo en derecho.

Así, advierte la Sala que si la Ley 388 de 1997, derogó, sustituyó, modificó y adicionó de la Ley 9ª de 1989, pero en modo alguno hizo lo propio con la Ley 56 de 1981, ésta es la normatividad aplicable en el caso de la obra que inició y adelanta la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá -ESP-, como quiera que se trata de una obra de la clase y naturaleza de las que menciona dicha ley, de manera que, si en ella no se consagra que la entidad propietaria[9] de una obra tenga la obligación de obtener licencia de construcción por parte del ente territorial, no le estaba permitido a la Alcaldía

Municipal de La Calera hacer tal exigencia y, al proceder en contrario, vulneró el derecho fundamental al debido proceso y el derecho a la propiedad, en la medida en que, al invocar y aplicar disposiciones legales que no podían regular el caso, puso a la empresa propietaria ante la imposibilidad de disponer, usar y gozar, legal y materialmente del bien de su propiedad”.

Las consideraciones expuestas permiten concluir que de acuerdo con las previsiones del artículo 7 de la Ley 56 de 1981 los municipios sí pueden cobrar a quienes construyen obras de acueducto los impuestos, las tasas, gravámenes, o contribuciones de carácter municipal en los términos allí previstos, pero **no pueden cobrarles expensas por el trámite de licencias de construcción** porque las normas que establecieron éstas (Leyes 9ª de 1989 y 388 de 1997 y sus decretos reglamentarios) **no se aplican respecto de las obras señaladas en la Ley 56 de 1981**, entre ellas las cuales se cuentan los acueductos, por la razones anotadas.

- El argumento del apelante según el cual la construcción del Tunel Alterno de Usaquén sí requería del otorgamiento de licencia por parte del Municipio porque está a cargo de una empresa que cobra por sus servicios y tiene ánimo de lucro carece de toda base normativa y además, pretende establecer condiciones para la aplicación de las normas jurídicas que sirvieron de fundamento a la decisión que ellas no contienen.

En efecto, los artículos 1 y 7 de la Ley 56 de 1981 no establecen como condición para su aplicación que el servicio de acueducto, al cual están destinadas las obras, deba ser gratuito, ni que las empresas que las construyen carezcan de ánimo de lucro. Simple y llanamente establecen que las entidades propietarias de obras públicas destinadas a la prestación del servicio de acueducto, entre otras, *“están obligadas a pagar a los municipios “los impuestos, tasas, gravámenes, o contribuciones de carácter municipal diferentes del impuesto predial, únicamente a partir del momento en que las obras entren en operación o funcionamiento.”*

Finalmente, no es cierto que no exista acto que declare de utilidad pública e interés social la construcción de la obra mencionada pues la misma Ley 56 de 1981 comentada estableció en su artículo 16: **“Declárase de utilidad pública e interés social los planes, proyectos y ejecución de obras para la**

generación, transmisión, distribución de energía eléctrica, acueductos, riego, regulación de ríos y caudales, así como las zonas a ellos afectadas.

Por lo expuesto se mantiene incólume el fundamento de la sentencia apelada.

2.6. Finalmente, el apelante insiste en que la demanda es inepta porque no incluyó entre sus pretensiones la de anular el convenio interadministrativo de 12 de diciembre de 2001 mediante el cual demandante y demandado pactaron la forma de pago de las expensas liquidadas por concepto de la licencia de construcción del Túnel Alterno de Usaquén, contrato que a juicio del apelante quedaría vigente por mantener una unidad con el acto declarado nulo. Agregó que el a quo no podía fallar de fondo sin acumular previamente este proceso con los que la demandante inició por separado contra la Resolución No. 1830 de 17 de abril de 2002 que expidió la licencia de construcción de la obra mencionada y contra la Resolución de 18 de julio de 2001 del Secretario de Gobierno de la Calera que ordenó su suspensión e impuso unas multas.

El argumento según el cual también se debió pedir la nulidad del convenio interadministrativo, no es de recibo porque este convenio necesariamente deja de tener valor jurídico como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que le sirvió de sustento.

Por otra parte, la tesis de que el a quo no podía decidir la nulidad del acto liquidación de expensas por concepto de licencia de construcción fue expuesto por el Municipio demandado como una excepción de pleito pendiente que Tribunal desvirtuó demostrando que si bien adelanta un proceso radicado en con el número 2001-1245, en él se enjuicia legalidad de la Resolución de 18 de julio de 2001 del Municipio de la Calera que multó al contratista y a la empresa de servicios públicos y suspendió la ejecución de las obras comentadas hasta cuando se acreditara la licencia de construcción, mientras que en este proceso se ventila un asunto diferente, cual es la validez de la liquidación de las expensas por la licencia de construcción del Túnel Alterno de Usaquén. El apelante tenía la carga de desvirtuar ese argumento y no lo hizo.

Finalmente, en el recurso en estudio no se sustentó la afirmación según la cual

el demandante debió demandar la liquidación de las expensas por concepto de licencia de construcción al tiempo con el acto que concede ésta.

Como el apelante no desvirtuó el fundamento fáctico y normativo de la sentencia apelada, la Sala habrá de confirmarla.

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

FALLA:

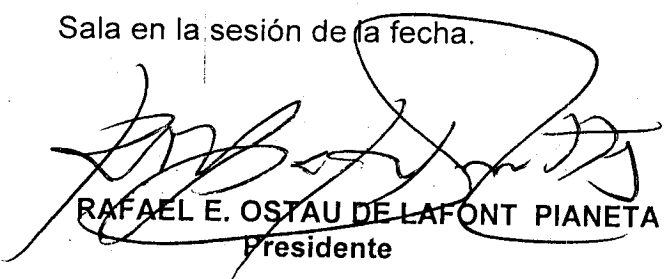
PRIMERO. Se reconoce al doctor Antonio José Pinillos Abozaglo como apoderado judicial de la parte demandada en los términos del poder conferido por el Alcalde del Municipio de la Calera, obrante a folio 8 del cuaderno No. 3.

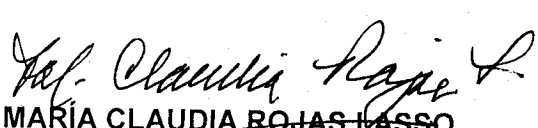
SEGUNDO: Confírmase la sentencia apelada.

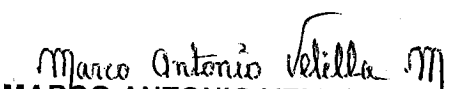
TERCERO. Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.


RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente


MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO


MARCO ANTONIO VELILLA MORENO