



ALCALDÍA DE PASTO
DESPACHO

RESOLUCION No. 080 de 2013
(13 FEB 2013)

Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación presentado por un tercero interviniente en contra de la Resolución No. 438 de 13 de noviembre de 2012 y de la Resolución No. 441 de 14 de noviembre de 2012, en virtud de la cual se corrigió la primera, emitidas por la Secretaria de Planeación Municipal, y a través de las cuales se concedió una licencia de intervención de espacio público

El Alcalde Encargado de Pasto,

en uso de sus atribuciones constitucionales, artículo 315, numerales 1º, y 10º, legales, Ley 142 de 1994, artículo 26, y en especial lo previsto en el Decreto 564 de 2006, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

ANTECEDENTES

1. En lo que interesa, para los efectos, de resolver el recurso de apelación incoado, se tiene que la Secretaria de Planeación del Municipio de Pasto, mediante Resolución No. 438 de 2012, decidió

"ARTICULO PRIMERO: Conceder Licencia de Intervención de Espacio Público en la modalidad de construcción, rehabilitación, reparación, sustitución, modificación y/o ampliación de instalaciones y redes para la provisión de servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones, por el término de veinticuatro (24) meses, a ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., persona jurídica, sociedad de carácter anónimo con domicilio principal en Neiva, matriculada en la Cámara de Comercio de Neiva bajo el número de matrícula mercantil No. 00012126 – afiliado – NIT No. 0891101577 – 4, representada legalmente por el señor CARLOS ADOLFO NAVARRÓ RUIZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 17'124.637 para adelantar las siguientes obras en espacio público del área urbana del Municipio de Pasto, así:

- Rotura de andenes y vías del casco urbano de la ciudad de Pasto, de acuerdo al programa de obertura de redes de la empresa.
- Excavación y relleno para la instalación de tuberías de gasoducto y de Acometidas Domiciliaria (sic) en el caso urbano del municipio.
- Restitución de vías y andenes afectados en el proceso constructivo de acuerdo a las especificaciones técnicas de la empresa, lo cual es concreto de 2.500 PSI para andenes de



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

espesor 8 centímetros y concretos 3.000 PSI para vías en espesores de 15 centímetro (sic) o de acuerdo a las especificaciones contempladas en las actas de inicio correspondientes.

- Manejo y disposición de residuos en las escombreras autorizadas por el municipio.

PARAGRAFO: Las anteriores especificaciones se, espacializan (sic) en los planos presentados, los cuales forman parte integrante de la presente resolución".

Anotando que en tal acto administrativo se reconoció como constructor responsable de la intervención a la empresa ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., y se requirió a ésta, para que ejecute las obras, en forma tal que garantice la salubridad de las personas, así como la estabilidad de los elementos constitutivos del espacio público, el cual deberá conservarse en el estado en que se encontraba antes de la intervención o en mejores condiciones, y se le reiteró, que deberá encontrarse libre de escombros y averías, y que, en virtud de las obras por ejecutarse el constructor responsable, asumirá, bajo su responsabilidad los daños ocasionados a terceros, redes de servicios públicos domiciliarios como acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, telefonía o de gas, y se envió copia del acto, a las demás autoridades municipales, que tienen relación con el tema, con el objeto de que ejerzan el control, y se indicó que "Para todos los procedimientos ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. y ésta Secretaría tendrán en cuenta lo acordado en las instrucciones particulares de la cuenta fiduciaria suscrita según instrucciones del 23 de octubre de 2012, que reposan en la Secretaría de Hacienda Municipal y la Fiduciaria Bancolombia", ordenándose las notificaciones de rigor.

2. La anterior Resolución fue corregida por la No. 441 de 2012, en cuanto a la fuente normativa que le sirvió de sustento a su expedición, que fue el Decreto 564 de 2006, en cuya vigencia se radicó la solicitud de intervención de espacio público, y en virtud del cual se permitió la procedencia frente al acto administrativo, del recurso de apelación.
3. Sirvió de fundamento a la expedición de la licencia referida, en lo principal, la siguiente motivación:

3.1. Que, ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., radicó el día 16 de septiembre de 2009 una solicitud de licencia de intervención de espacio público en la modalidad de construcción, rehabilitación, reparación, sustitución, modificación y/o ampliación de instalaciones y redes para la provisión de servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones, en la cual especificó las obras a realizar, consistentes en rotura de andenes y vías del casco urbano de la población de acuerdo al programa de cobertura de redes de la empresa, excavación y relleno para la instalación de tuberías de gasoducto en el casco urbano del municipio, restitución de vías y andenes afectados en el proceso



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

constructivo de acuerdo a las especificaciones técnicas de la empresa, lo cual es concreto de 2.500 PSI para andenes de espesor 8 centímetros y concretos 3.000 PSI para vías en espesores de 15 centímetros.

3.2. La norma vigente en la época de radicación del proyecto es el Decreto 564 de 2006, la cual determinó que la competencia para la expedición de este tipo de licencias corresponde a la Secretaría de Planeación Municipal. En virtud de lo cual se dio trámite a la petición.

3.3. Se relacionan los antecedentes del trámite adelantado, y en especial la información a los terceros interesados. En virtud de ello presentó oposición a la licencia la Sra. Aura María Hinestrosa Díaz Del Castillo¹, para quien ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., no tenía legitimidad en su titularidad, ni su petición sustentó legal, en cuanto, su soporte técnico, dijo, no se ajusta a las exigencias de ley. Sobre este particular, en el acto administrativo impugnado, la Secretaría de Planeación Municipal, observó que el aspecto técnico cuenta con el aval de la Subsecretaria de Ordenamiento Territorial, que indicó que la solicitud era "(...) viable desde el punto de vista técnico, estructural, urbanístico y arquitectónico, en consideración a que se verifica el cumplimiento de las normas urbanísticas de construcción y estructurales de pavimentos vigentes (...)", y diferenció el proceso para los permisos y autorizaciones emanadas de la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG, del procedimiento que se adelanta para la concesión de licencia de intervención de espacio público, última a cargo de los Municipios. Se expuso que el problema tarifario debe resolverlo la CREG y que ello no incide en momento alguno con el trámite para la expedición de licencia de intervención y/u ocupación de espacio público, que se otorga en las mismas condiciones a todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, sin verificar su situación tarifaria, por estar este aspecto por fuera de su competencia. Al Municipio, se le correspondió velar por la reposición de sus vías y andenes, sin ocasionar mayores perjuicios respecto de sus habitantes, más no resolver, situaciones que se presenten entre diferentes prestadores del servicio de gas. También se resaltó la oposición presentada por la empresa Gas Natural de Nariño S.A. E.S.P., quien manifestó que no estaba aún aprobado el cargo promedio de distribución de gas natural por redes y el cargo máximo base de comercialización y que la CREG no había emitido aún, definición alguna para las empresas que lo habían solicitado, y en que, ante una petición por dicha empresa presentada, en las mismas condiciones que la de ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., a ésta le fue negada, declarándose incompetente el ente Municipal para el efecto, más no así, frente a la que actualmente nos ocupa, lo que en su decir, vulneró el derecho a la igualdad.

Sobre el particular, respondió en el acto impugnado, la Secretaría

¹ Oficios de 9 de junio y 4 de agosto de 2010.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

de Planeación Municipal, que en la petición de la opositora, se aludió a aspectos regulatorios de la materia, por lo cual se contestó bajo la falta de competencia, situación diferente a la presentada con ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., que solicitó una licencia de intervención y/u ocupación del espacio público, de donde consideró que no existe la vulneración del derecho a la igualdad alegada, máxime que la Empresa que se dice afectada con aquella decisión no presentó recursos en la vía gubernativa. Y se hizo alusión a petición de nulidad que se presentó en este trámite por la Sra. Gina Espinoza², basada en que no se llevó a efecto la citación a vecinos, pues para ello debió insertarse un aviso de publicación en un periódico de amplia circulación local o nacional, señalando las causas por las cuales no era dable la citación por correo certificado. Frente a ello, se acotó, que mediante Resolución No. 087 de 15 de junio de 2010, ya se había accedido a dicha petición de nulidad, que se decretó a partir del día 17 de septiembre de 2009, decisión que no afectó las pruebas que hasta entonces, se habían practicado, decisión que fue debidamente notificada frente al peticionario de la licencia, y demás interesados. Se dio cuenta de que se rehizo la actuación en observancia de la normatividad legal³.

3.4. Se da cuenta de los inconvenientes presentados frente a la liquidación que le fue presentada a ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., de conformidad con lo que se establece, para este tipo de intervenciones, en el Estatuto Tributario Municipal, y que frente a dicho requerimiento de cancelación, agotó la peticionaria aquellos recursos gubernativos, quedando en suspenso la actuación hasta que se verificase su cancelación efectiva. ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., presentó acción de nulidad frente a los artículos del Estatuto Tributario Municipal, en que se basó tal liquidación, y solicitó la suspensión provisional de las normas aludidas, petición que fue atendida favorablemente por la jurisdicción contencioso administrativa, quedando en firme una vez notificada la decisión de un recurso de alzada por el h. Consejo de Estado – Sección Cuarta, que data del día 11 de mayo de 2012, y con base en ello, se refiere que insistió en la expedición de la licencia requerida.

3.5. Se continuó resaltando el trámite de la licencia, el intento de protocolización de un silencio administrativo positivo por ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., que resultó finalmente desistido por éstos, al continuarse con el trámite normal de la licencia de intervención y/u ocupación de espacio público, y se da cuenta de la necesidad de actualizar la liquidación para la concesión de la licencia, frente al espacio a intervenir, en Consideración a los lineamientos derivados del auto que emitió el

² Petición de 10 de junio de 2010.

³ Publicación de aviso en la página web del Municipio de Pasto el día 29 de junio de 2010. Su fijación en lugar público de la Secretaría de Planeación Municipal, el día 30 de junio de 2010, y en el Diario La República, el día 1 de julio de 2010.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

h. Consejo de Estado, pues no todas las normas que a este respecto se encuentran en el Estatuto Tributario, fueron objeto de suspensión. En efecto, la Secretaria de Planeación Municipal, decidió: "(...) remitir el expediente a la Subsecretaria de Ordenamiento Territorial para que se actualice la liquidación del trámite en lo que corresponde a depósito, estampillas y póliza de garantía de las obras de reposición de pavimento, factores a los cuales no se refiere el auto mediante el cual se ordena la suspensión del cobro del impuesto por rotura de calzada emanado del Consejo de Estado, enviado a la empresa solicitante con oficio S.P.M. 482 del 16 de agosto de 2012", y da cuenta de que ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., ajustó la póliza de garantía expedida por Seguros Liberty S.A., mediante anexos expedidos los días 21 de agosto y 25 de octubre de 2012, y remitidos a Planeación Municipal el día 30 de octubre de 2012, garantía que se resalta se aprobó mediante Resolución No. 413 de 31 de octubre de 2012, y además se noticia mediante oficio No. 3928 de 6 de noviembre de 2012, el depósito en FIDUCUENTA F 01 0880 2000216 abierto a nombre de ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., de un valor dinerario por \$3.009.100.000.00 M/cte., en la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., acorde al valor liquidado por la Subsecretaria de Normas Urbanísticas, en cumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo II del literal LL del artículo 125 del Estatuto Tributario Municipal, norma no suspendida por el h. Consejo de Estado.

- 3.6. Se resaltó una petición de nulidad, nueva, presentada por la Sra. Aura María Hinestrosa Díaz del Castillo, por intermedio de apoderado judicial, según oficio de 8 de noviembre de 2012, y en la cual, además se solicita se niegue la licencia de intervención requerida, por cuanto:

"Teniendo en cuenta la declaratoria de nulidad efectuada dentro del trámite mediante Resolución No. 087 del 15 de junio de 2010, debió notificarse personalmente a su representada del nuevo trámite, situación que no sucedió y no ha sido saneada.

"La normatividad aplicable para tal efecto es la establecida en el Decreto 1469 de 2010, por haberse derogado el Decreto 564 de 2006.

"El Municipio mediante acuerdo 010 de 23 de marzo decidió conformar una sociedad por acciones para prestar el servicio público domiciliario de gas natural y en consecuencia la Sociedad alcanos (sic) de Colombia S.A., debía adecuarse a éste (sic) nuevo contexto jurídico.

"En el proyecto de Alcanos no se aprecia ninguna determinación de la inversión base, ni de costo de capital invertido, tampoco se aprecia la determinación de los gastos de administración, operación y mantenimiento. *x*



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

tampoco se establecen en las demandas de volumen los cálculos de cargo promedio de distribución, la aplicación de la metodología de canasta de tarifas, las unidades constructivas, la estructura del cargo promedio de distribución, la senda tarifaria para remunerar mercados nuevos, n (sic) menos el plan de cobertura y los argos (sic) de comercialización de gas por redes a usuarios regulados.

"La empresa ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., carecía de los requisitos anteriores y solo obtuvo mediante Resolución 087 de 2010 la autorización de la CREG.

"(...)"

A lo que agregó, que no era del caso, conceder autorizaciones arbitrariamente, ya que las redes implican definición de áreas y espacios para expansión y seguridad, y esto debe coincidir con los intereses generales, y que en el caso no operó silencio administrativo positivo alguno, el que consideró improcedente en el trámite de este tipo de licencias. A ello, dio respuesta la Secretaria de Planeación Municipal en el acto impugnado, y adujo en tal oportunidad, que a la Sra. Aura María Hinestroza Díaz del Castillo, se le notificó de manera personal el acto que decretó la nulidad, y se le dio respuesta a su oposición a la concesión de la licencia, con lo cual se saneo las actuaciones surtidas con antelación, y que se ha dado aplicación al debido proceso, al derecho de contradicción, sin que sea necesario realizar una nueva notificación del reinicio de la actuación; que dada la fecha de radicación de la petición de la licencia de intervención y/u ocupación de espacio público, la norma aplicable es el Decreto 564 de 2006 y no el Decreto 1469 de 2010, ello al dar aplicación al artículo 135 de este último, que al contemplar el régimen de transición, indicó: "(...) Las solicitudes de licencias, reconocimiento de edificaciones y otras actuaciones asociadas a la licencia y prórrogas que hubieren sido radicadas en legal y debida forma antes de la publicación del presente decreto, **continuarán rigiéndose por las disposiciones vigentes al momento de su radicación** (...)" (Las negrillas se encuentran por fuera del texto); y, se indicó que los temas tarifarios no son del resorte municipal. Dado lo anterior, se desechó la nulidad, y no se accedió a la negativa de la licencia, y se resolvió en la forma indicada en inicio.

RECURSO DE APELACION

Presentado por la Sra. Aura Marina Hinestroza Díaz del Castillo, a través de apoderado, y como tercera interviniente. Solicita la revocatoria de las Resoluciones Nos. 438 y 441 de 2012, con base en los siguientes argumentos:

1. Insiste en que el procedimiento administrativo se encuentra viciado de nulidad en forma grosera, pues, no se notificó a su representada la Resolución No. 087 de 15 de junio de 2010, en virtud de la cual se



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

- 080

13 FEB 2013

decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del día siguiente a la solicitud presentada por ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., del día 16 de septiembre de 2009. Alega que la nulidad se resolvió en el acto final, lo que conlleva a pensar que no se iba a decretar, y que no es dable que se confunda la nulidad con la oposición. Basa su argumento en los artículos 140 y 146 del Código de Procedimiento Civil. Aduce, que una vez decretada la nulidad, los terceros dejaron de serlo, y pasaron a ser personas determinadas, lo que hacía imperiosa su notificación personal en los términos de los artículos 44 y 45 D. 01 de 1984 – Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que era el vigente en la época. De ello deriva, la violación al debido proceso, pues, en su decir, con la nulidad, quedó sin piso el escrito de oposición presentado, y dado ello, no se le dio la oportunidad de nuevamente interponerlo, y el que se resolvió con la concesión de la licencia, no lo era. Y considera que la nulidad impetrada es insaneable, por cuanto, así se desprende de lo previsto en el artículo 28, parágrafo del D. 564 de 2006⁴. Indica, en esta tópic, finalmente, que no es cierto que una norma indique, que no deba notificarse del reinicio de la actuación.

2. Considera, en segundo término, que al caso no es aplicable el D. 564 de 2006, con base al cual se concedió la licencia, sino el D. 1469 de 2010, pues se trata, en su decir, de normas de procedimiento, que al ser de orden público y de obligatoria observancia, son de aplicación inmediata, respecto de trámites que no estén aún pendientes por la norma anterior. En el caso, considera que cuando se decretó la nulidad de lo actuado, se originaron dos situaciones concretas: de una lado, que se reinició la actuación procesal, pues esta quedó sin efecto; y de otro lado, que para su reinicio ya había quedado sin efecto el decreto 564 de 2006 por la derogatoria expresa que de éste hizo, el decreto 1469 de 2010, por lo cual el reinicio de esta actuación debía sujetarse al segundo decreto, lo cual no ocurrió, y que ello hacía necesaria la presentación de una nueva solicitud. Se queja además, de que no era dable aplicar el régimen de transición previsto en el artículo 135 del Decreto 1469 de 2010, por cuanto la solicitud de licencia, dice, no se presentó en legal y debida forma, que es la condición para mantener el régimen anterior. Incumplimiento que deriva de requerimientos realizados a ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., por la administración municipal, para la complementación documentaria requerida; y así lo desprende del oficio de 24 de septiembre de 2009, del acta de observaciones de 5 de abril de 2010, y de 1 de agosto de la misma anualidad.
3. Derivado de lo anterior, indica que se pretermitieron requisitos establecidos en el D. 1469 de 2010, como es el establecido en el inciso segundo, literal a) del numeral 2º, del artículo 13, frente a la obligación de realizar un estudio de factibilidad técnica, ambiental y de impacto urbano de las obras propuestas, así como de su coherencia con los planes de ordenamiento territorial y los instrumentos que los desarrollan y complementan; conforme al parágrafo segundo del artículo 15, dice, debió realizarse la aprobación del proyecto urbanístico general, lo cual

⁴ Y parágrafo del artículo 34 del D. 1469 de 2010.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

tampoco se hizo; y conforme lo establece el parágrafo 1º del artículo 34 ibídem, no fue proferido un acto de trámite que se comunicara al interesado por escrito, y en el que le fueran requeridos los documentos señalados en el artículo 117, para que se presentaran en el término allí indicado.

4. Alude a la existencia de falsa motivación en los actos impugnados, y de contera, nueva violación al debido proceso; por cuanto, frente a las objeciones que en el trámite de la licencia se presentó, Planeación Municipal, para resolver formó con dos escritos uno sólo⁵, sin que ello fuera viable, pues el primero desapareció por efectos de la declaración de nulidad, y por ende, dice, su respuesta adolece de falta de congruencia. Indica que no existe en el expediente el concepto, que señale que el proyecto no vulnera el Plan de Ordenamiento Territorial, y expuso que, al tiempo en que ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., radicó su solicitud, no tenía la determinación de la estructura de costos del proyecto, la que se determina en la tarifa e incide directamente en el diseño de las obras; pues ello le fue otorgado en la Resolución No. 087 de 1º de junio de 2010 expedida por la CREG, en cuya fecha le aprobó el cargo promedio de distribución y el cargo máximo de base para la comercialización de gas natural para Pasto, que permitía establecer la estructura de costos de la tarifa y con ello, el proyecto físico para la intervención del espacio público. Este aspecto considera que no fue resuelto en la Resolución impugnada.
5. Considera que otro tema que no se resolvió, fue el derecho de la peticionaria a escoger no solo el servicio de gas que fuera más eficiente y más económico, sino al propio operador competente. Su petición final quedó resumida, así:

"Por lo brevemente expuesto, solicito al superior jerárquico decretar la nulidad no solo de la resolución objeto del reproche sino de toda la actuación por indebida notificación de mi representada y por las demás razones legales, además de pronunciarse sobre la negativa de la solicitud de licencia de Alcanos por cuando debe amoldarse a la normatividad vigente, y se considere todo (sic) los pedimentos de mi representada respecto de la posición del Municipio con la titularidad de abordar o no la iniciativa de una empresa de gas, y sobre todo respecto del planteamiento de mi representada en el sentido de que se le respete sus derechos para poder elegir conforme a la ley, conjuntamente con los demás usuarios, el tipo de gas y prestador del servicio correspondiente".

Posteriormente, complementó su escrito de impugnación, indicando que al exigirse un depósito por el parágrafo 1º del artículo 125 del Estatuto Tributario, previo a la concesión de la licencia de intervención y/u ocupación del espacio público, se busca que el Municipio de Pasto, cuente con "(...) esos recursos sin ninguna limitación para cumplir con el fin último antes expuesto, de tal manera que el medio a través del cual



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

0 - 0 8 0

13 FEB 2013

se lo realice debe tener esa posibilidad física y jurídica de disponerse directamente por parte del Municipio. - En el caso de Alcanos de Colombia, esta empresa no ofrece ningún instrumento de depósito o entrega de dinero al municipio, lo cual de suyo es una irregularidad, pero además, ofrece el dinero que esta empresa tiene invertido en una cuenta de inversión en la Cartera Abierta Fiducuenta, administrada por la Fiduciaria Bancolombia S.A., Sociedad Fiduciaria, en donde si bien ella da unas instrucciones para liberar el dinero a favor del Municipio en los eventos en que se requiera para el cumplimiento de la reparación de las vías, es claro por la naturaleza legal de los encargos fiduciarios, no es posible que ese dinero tenga una garantía libre de riesgos, por el contrario, de manera expresa en las instrucciones que el Representante Legal de Alcanos con el aval del propio Municipio se establece que acepta que "(...) la cuenta pueda ser perseguida por sus acreedores, quienes a través de los procedimientos legales pertinentes, podrán solicitar el embargo y secuestro de la cuenta de inversión de la referencia (...)" - De ningún modo se puede aceptar un depósito en esas condiciones, vale decir, en una cuenta ajena y además con riesgo aceptado por el propio propietario de la cuenta. - Ese es otro incumplimiento de la empresa alcanos que se constituye en otro motivo para que sea revocada la Resolución en reproche y se le niegue totalmente la solicitud de licencia".

De este recurso, en el trámite de segunda instancia, se corrió traslado al petionario de la licencia de intervención y/u ocupación de espacio público.

POSICION DE ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.

Considera que no le asiste razón al apoderado de la parte recurrente, al solicitar nulidad por falta de notificación personal del acto administrativo que decretó la nulidad de todo lo actuado, pues, el mismo como lo informó Planeación Municipal a la recurrente, si fue a la misma notificado, pero si no hubiere sido así, expone, tal situación se subsanó, pues, operó la notificación por conducta concluyente, cuando frente a la actuación que a partir de la nulidad se rehizo, ésta formuló nueva oposición, a la que se dio respuesta, indica, el día 23 de agosto de 2010, operando la notificación por conducta concluyente respecto de toda la actuación administrativa. Se expone que a la tercera interviniente se le ha dado las garantías debidas por la administración municipal, y expuso "(...) La recurrente conoció oportunamente la decisión tomada por Planeación Municipal de decretar la nulidad de todo lo actuado en el proceso de expedición de la licencia que nos ocupa, pues de ella la notificó personalmente esa secretaral (sic), y tuvo todas las oportunidades procesales para interponerse a dicha expedición durante todo el proceso que se retomó después de la nulidad decretada, tanto que presentó un nuevo escrito de oposición, es clarísimo que si se pretermittió notificación alguna por parte de la Administración Municipal la recurrente contó gracias a su notificación por conducta concluyente con todas las garantías procesales para oponerse "en nombre del interés general" a que se expidiese la licencia solicitada por mi representada", y en relación con la aplicación del D. 564 de 2006, dice que lo fue, porque estaba vigente al tiempo de radicación de la petición de la licencia, pues solo fue derogado el día 30 de abril de 2010, fecha en que entró a regir el D. 1469 de dicha



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

anualidad, pues dice, que lo que es determinante para la aplicación de una u otra norma, es la fecha de radicación del proyecto, sin consideración a actuaciones posteriores. Y frente a las objeciones formuladas frente a la licencia en sí, dice que es un argumento de falsa motivación que deberá ventilarse por la recurrente, es ante la jurisdicción contenciosa administrativa, y no ante la propia administración, para finalmente, decir que la decisión sobre el gas que más le beneficie a la recurrente, escapa a la decisión de la dependencia de Planeación Municipal, pues es una decisión personal suya, siendo el tema de las tarifas de competencia expresa y excluyente de la CREG – Comisión de Regulación de Energía y Gas. Puntualizó su petición,

"No hay ni por asomo fundamentos jurídicos que sustenten en debida forma esta petición toda vez que Planeación Municipal no incurrió ni en indebida notificación, ni aplicó un régimen jurídico equivocado, ni tampoco es competente para resolver asuntos de exclusiva competencia de la Comisión de Regulación de Energía y Gas "CREG". El servicio que la recurrente escoja para abastecerse de gas es una decisión personal en la cual Planeación Municipal nada tiene que ver".

Y renunció a términos. Nada dijo respecto del depósito criticado en la forma realizada por parte de la recurrente, por ser en cuenta ajena, y ser prenda de garantía de los acreedores de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P.

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

Preliminarmente a resolver los puntos de disconformidad expuestos por la recurrente frente a los actos administrativos impugnados, y ponderar los argumentos de su opositor, es importante para este Despacho, precisar sobre el tema de redes de distribución de servicios públicos, lo expuesto por el h. Consejo de Estado⁶

"(...) La competencia significa que todo funcionario público, en el desempeño de su cargo, solo puede hacer lo que le está permitido. Es la situación inversa de la capacidad propia de los particulares, en cuanto estos pueden hacer todo lo que no les este jurídicamente prohibido. Es una consecuencia, de la limitación del poder público que surgió con el Estado de derecho, es decir, del principio de legalidad, y una forma de llevar tal limitación a toda persona que ejerza dicho poder.

"(...)

"Con apoyo en la jurisprudencia de esta corporación, la doctrina ha señalado como características de la competencia, las siguientes: i) **Origen objetivo**, en razón de que a todo funcionario u organismo la competencia le viene dada por el ordenamiento jurídico, de modo tal que siempre tiene un origen externo a la voluntad de sus titulares, a quienes no les está permitido auto asignársela; ii) **Es taxativa**, toda vez que aparece señalada de manera expresa y precisa, tanto en su objeto

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 18 de julio de 2012. Rad.: 25000 – 2324 – 000 – 2007 – 00345 – 01. Consejero Ponente (E): Dr. Marco Antonio Velilla Moreno.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

- 080

13 FEB 2013

como en las circunstancias que la determina, respecto de quienes ejercen funciones públicas; iii) **Es irrenunciable**, por cuanto los funcionarios no pueden declinar la atribución correspondiente: así como implica un derecho a su favor, en tanto aptitud para actuar sobre un asunto, también conlleva un deber de proceder, de hacer uso de la misma; iv) **Es inenajenable**, pues el titular de la competencia no puede disponer de su radicación o asignación, no le es permitido transferir su titularidad mediante actos suyos; v) **Es improrrogable**, esto es, que la competencia no debe ejercerse por fuera de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, etc., que prevé la Constitución, la ley y el reglamento; y vi) **Es indelegable**, pues, en principio, toda competencia debe ser ejercida de manera directa por el funcionario o el órgano al que le ha sido asignada por la Constitución, por la ley o el reglamento, pudiendo solo transferir el ejercicio de la misma cuando cualquiera de estas fuentes normativas le dan expresa autorización y bajo las circunstancias que al efecto le sean señaladas en las disposiciones respectivas.

"De otro lado, es sabido que la validez del acto administrativo también depende de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante el mismo se haya tomado. Es decir, que correspondan a los supuestos de hecho y derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto administrativo de que se trate, y que se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra.

"Se trata de un requisito material, en cuanto depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo o causa del mismo, con la realidad jurídica o fáctica del caso.

"(...)

"(...) el artículo 26 de la ley 142 de 1994 prevé que "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" y que "los municipios deben permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de empresas de servicios públicos, o a la provisión de los mismos bienes y servicios que estas proporcionan, en la parte subterránea de las vías, puentes, ejidos, andenes y otros bienes de uso público" (Las negrillas y las subrayas se encuentran por fuera del texto de origen).

"(...)

"En este orden de ideas, entonces, debe precisarse que si bien el alcalde municipal, como autoridad estatal, tiene el deber de proteger el espacio público de acuerdo con los mencionados mandatos constitucionales y legales, es claro que, en cumplimiento de dicha obligación, no puede arrogarse el ejercicio de funciones que no le han sido asignadas expresamente por el ordenamiento jurídico, menos aún



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

180

13 FEB 2013

cuando ellas, como se examinará seguidamente, han sido atribuidas a otras autoridades del municipio.

"Ciertamente, el tema del espacio público en este asunto se encuentra enmarcado en el ámbito de la función pública de urbanismo y de ordenamiento territorial, cuyo régimen se encuentra contenido, principalmente, en la ley 388 de 1997 y en los decretos 879 de 1998 y 1504 de 1998, normativa en la que es preciso destacar lo siguiente:

"a) La ley 388 de 1997 "Por la cual se modifica la ley 9ª de 1989 y la ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones" concibe al ordenamiento territorial en su conjunto como una función pública que busca, entre otros fines, posibilitar el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios; atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible; y propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural; y comprende un conjunto de acciones político – administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que le compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales (arts. 3º y 5º).

"La función pública del ordenamiento del territorio municipal o distrital se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. **Son acciones urbanísticas, entre otras: clasificar el territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana; localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios,** la disposición y tratamiento de residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos, y los equipamientos de servicios de interés público y social; determinar espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas; y dirigir y realizar la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes (art. 8 ibíd.).

"Para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal, la ley 388 de 1997 prevé un instrumento básico denominado plan de ordenamiento territorial, el cual consiste en un conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones, y



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

- 080

13 FEB 2013

normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo. (...)

"Entre el plan de desarrollo municipal y el plan de ordenamiento territorial debe existir una armonía, según lo prevé el artículo 21 de la ley 388 de 1997 (...)

"El proyecto de plan de ordenamiento territorial, para cuya consolidación se prevé una etapa de participación democrática y de concertación institucional (L. 388/97, art. 24), lo debe presentar el Alcalde a consideración del **concejo municipal o distrital, corporación administrativa esta a quien legalmente le corresponde adoptarlo mediante acuerdo municipal**. No obstante, si transcurridos sesenta (60) días desde la presentación del proyecto de plan de ordenamiento territorial, el concejo municipal o distrital no ha adoptado decisión alguna, el alcalde puede adoptarlo mediante decreto (arts. 25 y 26 ibídem).

"(...)

"Así mismo debe destacarse que en el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998 – modificado por el artículo 1º del Decreto 769 de 1999 – se dispuso que cuando **para la provisión de servicios públicos se utilice el espacio aéreo o el subsuelo de inmuebles o áreas pertenecientes al espacio público el municipio o distrito titular de los mismos podrá establecer mecanismos para la expedición del permiso o licencia de ocupación y utilización del espacio público y para el cobro de tarifas, los que serán expedidos por la oficina de planeación municipal o distrital o la autoridad municipal o distrital que cumpla sus funciones, agregando que tales autorizaciones deben obedecer a un estudio de factibilidad técnica y ambiental y del impacto urbano de la construcción propuesta, así como de la coherencia de las obras con los planes de ordenamiento territorial y los instrumentos que lo desarrollen.**

"De la anterior normativa se advierte claramente que el espacio público es uno de los principales elementos estructurantes del ordenamiento territorial de los municipios y del plan de ordenamiento territorial, instrumento básico que la ley prevé para desarrollar dicho proceso de ordenamiento, **en el cual también ocupa papel importante y relacionado directamente con el espacio público el tema de la infraestructura de los servicios públicos domiciliarios.**

"(...) Al alcalde municipal, como antes se dijo, le corresponde en esta materia una competencia subordinada, ejercida en desarrollo o ejecución de lo dispuesto en los actos locales expedidos por el Concejo Municipal, esto es, el plan de desarrollo municipal y el plan de ordenamiento territorial. (...)

Finalmente, merece consideración aparte la conclusión del a quo en
torno a que



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

- 0 8 0

13 FEB 2013

"... es apenas lógico que quien invada el espacio público, tenga la carga de tomar todas las medidas necesarias para desocuparlo, por lo que si las empresas están prestando un servicio usando unas redes que invaden el espacio público, tienen que asumir las cargas para subterranizarlas..."

"Con esa conclusión, como lo advierte el apelante, se desconoce por el juez de primera instancia **QUE LA UTILIZACION DEL ESPACIO PUBLICO POR PARTE DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS ES UN DERECHO Y UNA PRERROGATIVA QUE LA LEY LE RECONOCE A AQUELLAS COMO PRESTADORAS DE TALES SERVICIOS (L. 142/94, art. 33), DE MODO TAL QUE ES INADMISIBLE ENTENDER QUE DICHA UTILIZACION CONSTITUYA UNA "INVASION"**.

"La utilización del espacio público para la finalidad mencionada es un asunto autorizado por la ley bajo unas precisas condiciones (L. 142/94, art. 26 y D. 1504/98, art. 20)" (Las negritas, las subrayas y las mayúsculas se encuentran fuera de texto).

Bajo el marco anteriormente dispuesto, es el caso, estudiar el recurso de alzada propuesto.

El Decreto 564 de 2006⁷, vigente al tiempo de la radicación de la licencia de intervención y/u ocupación de espacio público por Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., reguló lo relativo a la concesión de este tipo de licencias, pues en el artículo 2º, estableció como una clase de ellas la relativa a la intervención y ocupación del espacio público. Y en el artículo 3º ibídem se estableció que "La expedición de licencias de intervención y ocupación del espacio público de que trata el numeral 5 del artículo anterior será competencia exclusiva de las Oficinas de Planeación municipal o distrital o de la dependencia que haga sus veces, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 del Decreto 1504 de 1998 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya", y se define esta licencia como la autorización previa para ocupar o para intervenir bienes de uso público incluidos en el espacio público, de conformidad con las normas urbanísticas que han sido adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, en los instrumentos que lo desarrollen y complementen, y acorde con la normatividad que se encuentre vigente (Art. 11), y una de sus modalidades, es.

"**Artículo 12.** Modalidades de la licencia de intervención y ocupación del espacio público. Son modalidades de la licencia de intervención y ocupación del espacio público las siguientes:

"(...)

"2. **Licencia de intervención del espacio público.** Por medio de esta licencia se autoriza la intervención del espacio público para:

"a) La construcción, reparación, sustitución, modificación y/o ampliación de instalaciones y redes para la provisión de servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones;

⁷ Derogado por el artículo 138 del Decreto 1469 de 2010, excepto los artículos 122 a 131.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

"Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 26 de la ley 142 de 1994 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, las autorizaciones deben obedecer a un estudio de factibilidad técnica, ambiental, y de impacto urbano de las obras propuestas, así como de la coherencia de las obras con los Planes de Ordenamiento Territorial y los instrumentos que lo desarrollen.

"Se exceptúa de la obligación de solicitar la licencia de que trata este literal, la realización de obras que deban adelantarse como consecuencia e averías, accidentes o emergencias cuando la demora en su reparación pudiera ocasionar daños en bienes o personas.

"Quien efectúe los trabajos en tales condiciones deberá dejar el lugar en el estado en que se hallaba antes de que sucedieran las situaciones de avería, accidente o emergencia, y de los trabajos se rendirá un informe a la entidad competente para que realice la inspección correspondiente. El incumplimiento de esta disposición dará lugar a la imposición de las sanciones establecidas en la ley".

Esta licencia no genera derechos sobre el espacio público, y por ende puede revocarse⁸.

Ahora bien, el estudio, trámite y expedición de licencias urbanísticas procederá previa solicitud de quienes puedan ser titulares de las mismas, una vez, dice el artículo 14 del Decreto citado, hayan sido radicadas en el legal y debida forma⁹, y de no estar completa la solicitud, dispone el artículo 15, se devolverá al interesado la documentación para que se complemente, pero si éste insiste, se radicará dejando constancia del hecho. Y en el párrafo de dicha disposición se indicó que "(...)Si durante el término que transcurre entre la solicitud de una licencia y la expedición de la misma, se produce un cambio en las normas urbanísticas que afecten el proyecto sometido a consideración del curador o de la entidad encargada de estudiar, tramitar y expedir licencias, el titular tendrá derecho a que la licencia se le conceda con base en la norma urbanística vigente al momento de la solicitud de radicación de licencia, siempre que la misma haya sido presentada en legal y debida forma", en los términos atrás explicados. Y el titular de esta licencia, son las personas naturales o jurídicas, sean públicas o privadas y los consorcios o uniones temporales que precisen ocupar o intervenir el espacio público¹⁰.

Entre los artículos 18¹¹ y 23 del Decreto 564 de 2006, se estableció los documentos necesarios para el trámite de las licencias de urbanización, en sus modalidades de construcción, parcelación, y subdivisión, y es en el último de estos artículos, que se hace referencia a los documentos que son requeridos

⁸ **Artículo 13.** Derechos sobre el espacio público. Las licencias de intervención y ocupación del espacio público sólo confiere a sus titulares el derecho sobre la ocupación o intervención sobre bienes de uso público. A partir de la expedición de la licencia, la autoridad competente podrá revocarla unilateralmente por motivo de interés general, previa intervención del titular.

⁹ Modificado por el artículo 3° del Decreto Nacional 1272 de 2009. Se entenderá que una solicitud está radicada en legal y debida forma si a la fecha de radicación se allega la totalidad de los documentos exigidos en el presente decreto, aún cuando estén sujetos a posteriores correcciones.

¹⁰ Art. 17. D. 564/06.

¹¹ Modificado por el Art. 4° del Decreto Nacional 1272 de 2009.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

- 080

13 FEB 2013

para la licencia de intervención y ocupación de espacio público, en los términos que siguen:

"Artículo 23. Documentos adicionales para la solicitud de licencias de intervención y ocupación del espacio público: Cuando se trate de licencia de intervención y ocupación del espacio público, además de los requisitos establecidos en los numerales 3 y 4 del artículo 18 del presente decreto¹², se deberán aportar los siguientes documentos con la solicitud:

"1. Plano de localización del proyecto en la escala que determine la autoridad municipal o distrital competente.

"2. Descripción del proyecto, indicando las características generales, los elementos urbanos a intervenir en el espacio público, la escala y cobertura.

"3: Una copia en medio impreso y una copia magnética de los planos de diseño del proyecto, debidamente acotados y rotulados indicando la identificación del solicitante, la escala, el contenido del plano y la orientación norte. Los planos deben estar firmados por el profesional responsable del diseño y deben contener la siguiente información:

"a) Planta de diseño detallada de la zona a intervenir en la escala que determine la autoridad municipal o distrital competente;

"b) Cuadro de áreas;

"c) Especificaciones de diseño y construcción del espacio público;

"d) Cuadro de arborización en el evento de existir;

"e) Plano de detalles constructivos en la escala que determine la autoridad municipal o distrital competente.

"Parágrafo 1. Los municipios, los distritos, y el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina establecerán el procedimiento para la expedición de las licencias de intervención y ocupación del espacio público y sus modalidades.

"Parágrafo 2. En caso de que la solicitud de licencia sea resuelta positivamente, el interesado deberá proporcionar dos copias en medio impreso de los planos de diseño del proyecto definitivo, para su aprobación por parte de la autoridad competente.

¹² "(...) 3. Copia del documento de identidad del solicitante cuando se trate de personas naturales o certificado de existencia y representación legal, cuya fecha de expedición no sea superior a un mes, cuando se trate de personas jurídicas.

"4. Poder debidamente otorgado, cuando se trate de apoderado o mandatario.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

"Una de las copias aprobadas se entregará de manera gratuita al titular de la licencia con el acto administrativo que resuelva la solicitud.

"Parágrafo 3. La copia magnética de que trata este artículo sólo será exigible en los municipios y distritos con población superior a 30.000 habitantes en su cabecera urbana y tendrá por finalidad permitir al curador urbano o a la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias, que revise mediante la utilización de sistemas técnicos la información consignada en los planos sometidos a su consideración".

En punto al procedimiento para su expedición, a partir del artículo 24 del Decreto 564 de 2006 se regula la citación a vecinos, que deben ser los colindantes del inmueble o de los inmuebles objeto de la solicitud para que sean parte y puedan hacer valer sus derechos. Esta citación debe cumplir con unos requisitos, como son, el nombre del solicitante de la licencia, la dirección del inmueble o inmuebles objeto de la solicitud, la modalidad de la misma, el uso y las intensidades propuestas, conforme a la radicación, y se indica que la citación se hace por correo certificado conforme con la información suministrada por el solicitante de la licencia. Entendiéndose por vecinos, los propietarios, poseedores, los tenedores o residentes de predios colindantes, y que de no ser posible su citación, debe insertarse un aviso en la publicación que para tal efecto tuviere la entidad o realizarse en periódico de amplia circulación local o nacional, y en tal citación se dará cuenta, dice la norma, de las causas por las cuales no se realizó por correo certificado. Respecto de la intervención de terceros, dispuso el artículo 25 *ibidem*¹³, que toda persona interesada podrá formular objeciones a la expedición de una licencia urbanística, podrá hacerse parte en el trámite administrativo desde la fecha de radicación de la solicitud hasta antes de la expedición del acto administrativo que resuelva la solicitud. Dicho acto solo podrá ser expedido una vez haya transcurrido el término mínimo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente a la fecha de citación a vecinos colindantes o de la población cuando esta fuera necesaria. Y las objeciones y observaciones deberán presentarse por escrito, y se resuelven en el acto que decide sobre la petición de licencia. Y a partir del artículo 26 del Decreto en cita, se establece el trámite para la revisión del proyecto en sus componentes técnico, estructural, jurídico, urbanístico y arquitectónico. Y cumplida la revisión, la autoridad competente para expedir la licencia, levantará por una sola vez, si a ello hubiere lugar, un acta de observaciones y correcciones en las que se informe a quien la solicitó, sobre las actualizaciones, correcciones o aclaraciones que debe realizarse al proyecto y los documentos adicionales que se debe aportar para decidir la solicitud, para lo cual se le concederá el plazo establecido en la misma normatividad (Art. 27).

Concedida la licencia, de ella se debe notificar personalmente al interesado, como a los terceros intervinientes, y solo de no ser posible ello, por edicto. Y en el artículo 36 se da cuenta de los recursos procedentes, el de reposición ante la autoridad que la emitió, y el de apelación cuando se emitió por la Oficina de Planeación, ante el Alcalde. Este último puede interponerse directamente. Y la vigencia de la licencia de intervención y ocupación de espacio público será de veinticuatro (24) meses, contados a partir de que quede en firme el

¹³ Modificado por el artículo 2 del Decreto Nacional 4397 de 2006.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

acto administrativo que la otorgó, y para la ejecución de las obras autorizadas. Y la misma puede ser prorrogada en los términos indicados en la norma que la concedió.

Pasamos, pues, a ocuparnos de las razones de disconformidad con la licencia otorgada por parte de la recurrente, y para ello abordaremos sus reclamos en el orden propuesto por la misma en la sustentación de su impugnación, así:

1. **Nulidad por haberse omitido la notificación personal a la tercera interesada respecto de la Resolución No. 087 de 15 de junio de 2010 -**

En efecto, mediante Resolución No. 087 de 15 de junio de 2010 se resolvió "(...) decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del 17 de septiembre de 2009, día siguiente a la radicación de la solicitud de licencia de intervención de espacio público presentada por la empresa ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. y radicada bajo el No. 3401 en la Secretaría de Planeación de Pasto y en su lugar ordenar reponer todas las diligencias a partir de ese momento procesal garantizando la observancia de los principios rectores de la publicidad y debido proceso. PARAGRAFO: En todo caso las pruebas obtenidas con la observancia del debido proceso que obren dentro del expediente no quedan afectadas por la declaratoria de la presente nulidad". En la Resolución No. 438 de 31 de noviembre de 2012, página 6, se dijo que tal decisión "(...) se notificó debidamente a la Dra. Yineth Andrea Machado en su condición de apoderada de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., a Sonia Rosero, Aura María Hinestroza Días del Castillo y Gina Espinoza", con lo cual se da cuenta de que el requisito que echa de menos la recurrente, se cumplió, y de ello da noticia el expediente administrativo, razón que sería suficiente para dar respuesta a este motivo de disconformidad en la apelante. Sin embargo, considera procedente este Despacho, en torno al tema, realizar las siguientes precisiones:

- El Decreto 564 de 2006¹⁴ es norma especial en la materia, y por ende, no viene al caso, traer figuras de notificación de otros ordenamientos procesales, como al parecer lo pretende la impugnante.
- Declarada la nulidad, se ordenó reconstruir la actuación a partir del día que siguió a la radicación de la petición. Lo anterior significa que debía surtirse nuevamente el trámite de notificación a vecinos y colindantes, y de no ser ello posible por correo certificado, dando cuenta de la razón, realizarlo a través de un diario de amplia circulación local o nacional, última forma en que al rehacer esta actuación, se cumplió con el requisito en principio omitido. De esta forma, se dejó abierta la oportunidad para que los terceros interesados intervinieran en la actuación, como en efecto lo hicieron, y ello denota que en el caso, no se ha violado el debido proceso por falta de notificación personal de la providencia.

¹⁴ Vigente al tiempo de radicación de la solicitud.

1- 0 2 0

13 FEB 2013

que dio lugar a la nulidad. Es un hecho cierto, que con la citación a terceros interesados, en la forma indicada en el Decreto 564 de 2006, se garantizó la debida publicidad del trámite, y por ende, los derechos de contradicción y de defensa.

- Lo anterior es tan cierto, que la impugnante ha participado en este trámite, y nos ocupa en el recurso que se resuelve.

Las razones anteriores, justifican que no se acceda a la solicitud de nulidad impetrada por este aspecto.

2. **No resolver la petición de nulidad en un acto independiente de la decisión generó otra nulidad -**

No se comparte este argumento. Lo anterior debido a que el procedimiento de trámite de la licencia, como acto dinámico, regulado por el Decreto 564 de 2006¹⁵ no contempla un trámite de incidente para resolver este tipo de peticiones, por lo cual es dable, que estas decisiones se vayan generando a medida que transcurre la actuación. En el evento que se analiza, la petición de nulidad a la que se refiere la recurrente fue presentada por parte de su apoderado el día 8 de noviembre de 2012, cuando ya se había agotado todo el trámite para la definición del otorgamiento o no, de la licencia requerida, por lo cual no era dable darle un trámite independiente, y bien podía la administración como lo hizo, resolver está en la providencia que definiría el otorgamiento o no de la licencia, pues se estudio, previo al análisis de fondo del cumplimiento de requisitos para ésta, de forma que, de encontrar mérito para el decreto de la nulidad, por sustracción de materia, al accederse a ello, no se hubiese concedido la licencia, pero como se desechó se procedió a su estudio, y producto de ello, se concedió. Tal situación no vició el procedimiento, ni afectó el debido proceso, ni el derecho de contradicción de los terceros intervinientes, por el contrario, se ha dado respuesta a sus peticiones, y han tenido la oportunidad de impugnar, que es la razón que desató esta instancia.

La nulidad requerida por este aspecto, no se ha configurado.

3. **Luego de decretada la nulidad contenida en la Resolución No. 087 de 15 de junio de 2010 - la impugnante no era una tercera indeterminada, sino determinada, y por ello debió serle notificada personalmente la decisión, y de no ser así, se incurrió en vicio de nulidad -**

En el escrito de impugnación del acto administrativo que otorgó la licencia se insiste en la configuración de esta causal de nulidad. Empero, ella no se ha configurado, baste explicar en principio, que de la decisión de nulidad adoptada, como lo refirió en su momento, la Oficina de Planeación Municipal, a lo que da crédito este Despacho *at*

¹⁵ Norma aplicable al caso, pues en su vigencia se radicó la solicitud.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

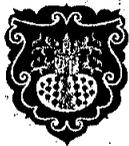
por estar noticiado en el expediente, si notificó a la recurrente. Pero, si no fuese así, tal nulidad no existe, se itera, por cuanto, cuando el artículo 46 del Código Contencioso Administrativo¹⁶ señaló que "(...) Cuando a juicio de las autoridades, las decisiones afecten en forma directa e inmediata a terceros que no hayan intervenido en la actuación, ordenarán publicar la parte resolutive, por una vez, en el Diario Oficial, o en el medio oficialmente destinado para estos efectos, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones", en modo alguno indica que se deba notificar personalmente a quienes, como terceros, intervinieron en la actuación, contrario sensu, lo que denota, fácil observar, es que en una actuación administrativa en la cual se haya adoptado una decisión que puede afectar a terceros, que no han participado en ella, es dable que por la autoridad que se ordene la publicidad de la decisión, para no afectar sus derechos, pues, para quienes si participaron en la actuación, estos están garantizados, ya que participaron de ella. Y resulta en el sub examine, que la tercera interviniente recurrente, participó en la actuación, y por ende, conoce de las decisiones en ella adoptadas, al punto en que, se ha opuesto a la licencia, solicitó nulidades, y ha impugnado de la decisión que la otorgó, por lo cual, no se configura la causal de nulidad alegada. Súmese que en el caso no resulta pertinente, en este aspecto la aplicación supletoria del Código Contencioso Administrativo, pues el Decreto 564 de 2006, que regula la materia, sólo obligó a la notificación personal al interesado y a terceros que intervinieron en la actuación de la decisión final que otorga la licencia; que no de actuaciones previas, de las cuales, estos se enteran en virtud de la citación a terceros o colindantes y/o ante la imposibilidad de ello, por la publicación de su trámite, como en efecto aquí sucedió en legal forma, una vez rehecha la actuación.

4. Imposibilidad legal de saneamiento de la nulidad por falta de notificación -

El argumento de la recurrente estriba en una premisa falsa, y es que la administración si considera que se configuró una nulidad, por no haber notificado a la tercera determinada por su intervención, de la Resolución No. 087 de 15 de junio de 2010, y que dicha ausencia de notificación se convalidó por la intervención de ésta en un oficio de oposición respecto de la licencia de 4 de agosto de 2010, que dice la recurrente, se presentó sobre hechos nuevos, pero no sobre anteriores, que constaban en su primera oposición, misma que se dejó sin efectos producto de la nulidad. Sobre lo cual considera en la sustentación de su recurso, que no es dable el saneamiento en estos trámites, por la primacía de los intereses que involucra.

Las circunstancias no son como las plantea la recurrente. El tema es sencillo, producto de la nulidad declarada en la Resolución No. 087 de 15 de junio de 2010, se rehizo lo actuado, y se aplicó la norma vigente al tiempo de la radicación de la solicitud, esto es, el Decreto 564 de 2006, *J*

¹⁶ Vigente, por tratarse de un trámite administrativo iniciado en su vigencia, de resultar aplicable.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

y en virtud de éste, se procedió a dar cumplimiento a la actuación que en un principio se incumplió, es decir, la citación de vecinos y colindantes, y como por aquellas circunstancias particulares del proyecto, se explicó la imposibilidad de ello, se cumplió con la parte pertinente de la norma, citada páginas atrás, que permite, una vez dado cuenta de ello, publicar tal citación en un diario de amplia circulación local o nacional, lo que aquí se hizo, además de la publicación en la web. En otros términos la norma especial del Decreto 564 de 2006, no contempla la figura de la notificación personal del inicio de la actuación administrativa, sino la citación de terceros colindantes y vecinos, en la forma ya indicada; y que se cumplió en este caso, razón por la cual no aflora el vicio de nulidad que se imputa. Decir, que lo que se entiende del dicho de la Oficina de Planeación, cuando aseveró que la recurrente con la actuación del 4 de agosto de 2010 convalidó lo actuado, no tiene el alcance, de sostener que se saneo una nulidad, pues solo da cuenta de que, la publicación surtió su efecto, y de que la opositora se enteró de la existencia de lo actuado, pudiendo consultarla, y en virtud de ello presentar sus apreciaciones, como lo hizo, y si fue su deseo no incurrir en dichos anteriores, ello escapa al quehacer administrativo, que tiene el deber de pronunciarse sobre la oposición presentada, luego de que se rehízo la actuación, y no de otras, pero que sea decir, no difiere en uno y otro, de todas las razones de oposición, a las cuales en primera instancia se dio respuesta, como también en esta oportunidad; así se hace.

5. La licencia se otorgó sobre una preceptiva legal no vigente -

En dos razones, basó el impugnante esta afirmación: en primer lugar, en que las normas de procedimiento por ser de orden público son de aplicación inmediata, y el recurrente le da este carácter al D. 1469 de 2010, que sustituyó al D. 564 de 2006, en tanto no estén en curso trámites regulados por la ley anterior, y para el sub examine, expuso que producto de la nulidad declarada, al reinició de la actuación debió aplicarse el D. 1469 de 2010, y no el D. 564 de 2006; y en segundo lugar, afirmó que no podía darse lugar a la transición de que trata el artículo 135 del D. 1469 de 2010, por cuanto, la solicitud de licencia radicada por Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., no lo fue en legal y debida forma, para lo cual aludió que no se presentó con la solicitud documentos perentorios que exigía el artículo 23 del D. 564 de 2006, como son: el plano de localización y la copia de los planos de diseño del proyecto, debidamente acotados y rotulados, indicando la identificación del solicitante, la escala, el contenido el plano y la orientación norte, además de la firma del profesional responsable del diseño, con información de planta detallada de diseño en la zona por intervenir en la escala determinada por la autoridad municipal, cuadro de áreas, las especificaciones de diseño y construcción del espacio público, el cuadro de arborización en el evento de existir, y el plano de detalles constructivos a escala que determine la autoridad municipal; pues en su decir, al tiempo de radicación de la solicitud, en forma escasa presentó el peticionario, los planos de diseño general de redes y del city



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

gate¹⁷. De ello considera que el régimen aplicable es el previsto en el D. 1469 de 2010.

Frente al primer argumento se debe mencionar que el D. 564 de 2006, como el D. 1469 de 2010, contienen normas sustantivas y de procedimiento, pero que en el caso no resulta aplicable lo dispuesto por la ley 153 de 1887, artículo 40¹⁸ sobre el tránsito de normas procesales, en cuanto el D. 1469 de 2010, como norma especial para la materia, consagró su propio régimen de transición en el artículo 135 al disponer que "(...) Las solicitudes de licencias, reconocimiento de edificaciones, otras actuaciones asociadas a la licencia y prórrogas que hubieren sido radicadas en legal y debida forma antes de la publicación del presente decreto, **continuarán rigiéndose por las disposiciones vigentes al momento de su radicación**" (Negritas fuera de texto), y en el caso sub examine, frente a este primer reproche, sin hesitación se tiene que la fecha de radicación de la solicitud de intervención y/u ocupación de espacio público presentada por Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., fue antes de la entrada en vigor del D. 1469 de 2010, por lo cual la normatividad que regula el caso, no es otra que la que consta en el D. 564 de 2006, y la nulidad declarada afectó el acto invalidante, es decir, la no citación a vecinos y colindantes, terceros que podrían afectarse con la decisión, que fue lo que se rehízo, sin afectarse la normatividad que regula el caso, que proviene de la fecha de radicación de la petición. Frente al segundo argumento que sostiene la aplicación de una normatividad diferente a la que compete al asunto, por cuanto, la petición no fue radicada en legal y debida forma, conforme se reseñó en la sustentación, se debe advertir que no es así. En efecto, los requisitos al tiempo de la petición exigidos, se derivan de una lectura integral de los artículos 18¹⁹, numerales 3º y 4º, y 23 del Decreto 564 de 2006, que exigían presentar para dar trámite a la solicitud de licencia de intervención y/u ocupación de espacio público, lo siguiente: * Copia del documento de identidad del solicitante si se trata de personas naturales o certificado de existencia y representación legal, cuya fecha de expedición no sea superior a un mes, si se trata de personas jurídicas; * Cuando se actúe a través de mandatario o apoderado, poder debidamente otorgado; * Plano de localización del proyecto en la escala que determine la autoridad municipal o distrital competente; * Descripción del proyecto, indicando las características generales, los elementos urbanos a intervenir en el espacio público, la escala y cobertura; y, * Una copia en medio impreso y una copia en

¹⁷ Lo anterior lo desprendió del oficio de la profesional Universitario María Patricia Guerrero D., de 24 de septiembre de 2009. Y del acta de observaciones realizada por la administración, de 5 de abril de 2010, en donde se puntualizó otros documentos que faltaban, como el plano de localización del city gate, los planos de emplazamiento de la tubería, y el plano de las especializaciones de reposición de andenes y vías, los que se allegaron por Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., en el mes de mayo de 2010, en decir de la recurrente. Y da cuenta, para sostener su aserto, de que al rehacerse la actuación, el día 1º de agosto de 2010, según acta de observaciones se especificó con más detalle los planos y requisitos, que infiere, no fueron allegados cuando se radicó la solicitud, los que se aportaron con escrito de 10 de septiembre de 2010.

¹⁸ Modificado por el art. 624 de la ley 1564 de 2012. "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

¹⁹ Modificado por el artículo 4º del Decreto Nacional 1272 de 2009.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

1- 080

13 FEB 2013

medio magnético de los planos del diseño del proyecto, debidamente acotados y rotulados indicando la identificación del solicitante, la escala, el contenido del plano y la orientación norte. Los planos deben estar firmados por el profesional responsable del diseño y deben contener la siguiente información: planta de diseño detallada de la zona a intervenir en la escala que determine la autoridad municipal o distrital competente; cuadro de áreas; especificaciones de diseño y construcción del espacio público; cuadro de arborización en el evento de existir; y plano de detalles constructivos en la escala que determine la autoridad municipal o distrital.

La administración consideró completa la petición de licencia de intervención, al punto en que en su momento la radicó, y no le dio el tratamiento de incompleta al que alude el artículo 14. Inciso segundo del D. 564 de 2006 que dispuso "En caso de que la solicitud no se encuentre completa, se devolverá la documentación para completarla. Si el peticionario insiste, se radicará dejando constancia de este hecho y advirtiéndole que deberá allanarse a cumplir dentro de los treinta días siguientes so pena de entenderse desistida la solicitud", y el artículo 11 del Código Contencioso Administrativo²⁰, que establecía que "(...) Cuando una petición no se acompaña de los documentos o informaciones necesarias, en el acto de recibo se le indicarán al peticionario los que falten; si insiste en que se radique, se le recibirá la petición dejando constancia expresa de las advertencias que le fueron hechas", norma que no riñe con lo regulado en el D. 564 de 2006, y que no da lugar a su rechazo in limine, y que se complementaba con lo dispuesto en el artículo 12 ibídem, en cuanto "(...) Si las informaciones o documentos que proporcione el interesado al iniciar una actuación administrativa no son suficientes para decidir, se le requerirá, por una sola vez, con toda precisión (...) el aporte de lo que haga falta. Este requerimiento interrumpirá los términos establecidos para que las autoridades decidan. Desde el momento en que el interesado aporte nuevos documentos o informaciones con el propósito de satisfacer el requerimiento, comenzarán otra vez a correr los términos, pero, en adelante, las autoridades no podrán pedir más complementos, y decidirán con base en aquello de que dispongan", en forma que "(...) Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud si hecho el requerimiento de completar los requisitos, los documentos o informaciones de que tratan los dos artículos anteriores, no da respuesta en un término de dos (2) meses. Acto seguido, se archivará el expediente, sin perjuicio de que el interesado presente posteriormente una nueva solicitud" (Art. 13), bajo el entendido de que el término para completar la información en este caso, no sería de dos (2) meses, sino de treinta (30) días, por disposición especial del D. 564 de 2006, so pena de entenderse desistida la solicitud.

Es decir, que Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., siempre consideró completa su petición, pues no fue requerida por la administración al tiempo de la radicación para que aportara una adicional, o dejado constancia en el acto de radicación de ser incompleta. Y ello es así, *X*

²⁰ Vigente al tiempo de la petición.



ALCALDÍA DE PASTO

DÉSPACHO

080

13 FEB 2013

porque lo que la norma califica como petición no radicada en legal y debida forma, es aquella que carece por completo de los requisitos exigidos en la normatividad, situación que no se predica en el sub examine, pues una situación diferente es el requerimiento que se le formuló producto de las observaciones realizadas en el trámite, con lo que cumplió, y que buscaban precisar la información, circunstancia no ajena al debido proceso, respecto del procedimiento administrativo de otorgamiento de la licencia que nos ocupa, pues a ello se refiere el Decreto 564 de 2006, cuando dispone que:

"Artículo 27. Acta de observaciones y correcciones²¹. Efectuada la revisión técnica, jurídica, estructural, urbanística y arquitectónica del proyecto, el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias levantará por una sola vez, si a ello hubiere lugar, un acta de observaciones y correcciones en la que se informe al solicitante sobre las actualizaciones, correcciones o aclaraciones que debe realizar al proyecto y los documentos adicionales que debe aportar para decidir sobre la solicitud.

"El solicitante contará con un plazo de treinta (30) días hábiles para dar respuesta al requerimiento. Este plazo, podrá ser ampliado a solicitud de parte, hasta por un término adicional de quince (15) días hábiles. Durante este plazo se suspenderá el término para la expedición de la licencia".

Norma que se debe concordar con el artículo 30, inciso segundo, *ibidem*, en cuanto "[...] Cuando el solicitante de la licencia no haya dado cumplimiento a los requerimientos exigidos en el acta de observaciones y correcciones a que hace referencia el artículo 27 del presente decreto dentro de los términos allí indicados, la solicitud se entenderá desistida y en consecuencia se procederá a archivar el expediente mediante acto administrativo. (...)", de donde quedan claro, varias circunstancias: Primera, que cuando se radicó la solicitud por Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., la administración no encontró que aquella estuviere incompleta, y en razón de ello no dio aplicación al artículo 14 inciso segundo del D. 564 de 2006, ni a los artículos 11, 12 y 13 del Código Contencioso Administrativo²², con las precisiones dichas, es decir no dejó constancia en el acto de radicación de que a aquella le faltare documentos de los exigidos en los numerales 3 y 4, del artículo 18, y 23 del D. 564 de 2006; y Segunda, que no se puede confundir el trámite del acta de observaciones, en donde es factible que se requiera al peticionario para que aporte "(...)actualizaciones, correcciones o aclaraciones que debe realizar al proyecto y **los documentos adicionales** que debe aportar para decidir sobre la solicitud" (Negritas por fuera de texto), con una radicación no realizada en legal y en debida forma, por tratarse de circunstancias diferentes, la segunda regulada en el Decreto que se ha analizado, y al cual dio

²¹ Modificado por el artículo 3º, Decreto Nacional 4397 de 2006.

²² Vigente para entonces, y de aplicación supletiva en actuaciones administrativa, que sobre el punto no tengan una regulación expresa, y que aquí con las precisiones dichas, resultó concordante con el D. 654 de 2006.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

- 0 8 0

13 FEB 2013

estricto cumplimiento la administración, en virtud de lo cual, se requirió al peticionario para que aportara actualizaciones, correcciones, aclaraciones y documentos adicionales o complementarios, como en efecto lo hizo, y en el término que se le señaló para el efecto, conforme a la norma. Como lo dijo en instancia, la Oficina de Planeación, la petición se radicó completa, sin perjuicio de lo requerido posteriormente en el acta de observaciones, aspecto, aquí verificado como ajustado a derecho.

Por si lo anterior no fuera suficiente para rechazar la acusación, téngase en consideración el principio según el cual, a nadie es válido venir contra sus propios actos, según el cual,

"(...) La actuación en estos términos se revela contraria al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución, que irradia todas las relaciones jurídicas, principio que ha encontrado desarrollo doctrinario en el derecho procesal de la teoría de los "propios actos", cimentada en el aforismo "adversus factum suum quis venire non potest", que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea "venire contra factum proprium non valet". Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio es inadmisibles y no puede en juicio prosperar. En suma, la regla "venire contra factum proprium non valet" tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre estos y el Estado. La buena fe está consagrada como canon constitucional en el artículo 83 de la C.P. Esta doctrina tiene los siguientes presupuestos de aplicación, tal y como lo expone el profesor Diez Picazo: "1. Que una persona haya observado dentro de determinada situación jurídica, una cierta conducta, jurídicamente relevante y eficaz. 2. Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo u otra facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión. 3. Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior. 4. Que entre ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior exista una perfecta identidad de sujetos". Aunque en la doctrina mayoritaria se afirma que los actos que no pueden contradecirse son los que crean, modifican o extinguen derechos, en la jurisprudencia extranjera y concretamente, en la del Tribunal Supremo Español, se ha considerado que va contra sus propios actos quien asume durante un trámite o instancia superior una conducta contraria a la que venía sosteniendo, así por ejemplo, se ha considerado que



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

va contra los propios actos, por ejemplo, "Quien después de aceptar sin recurso la decisión, mandando sustanciar unos autos por los trámites de un juicio de mayor cuantía, alega que debió tramitarse por un procedimiento diverso" o quien combate en casación lo que no combatió en la instancia"²³.

Lo cual, sin dubitación aplica al caso sub examine, bajo dos aristas, de un lado porque no sería lícito que la administración municipal de Pasto en la hora de ahora, sustente que la petición que en su momento consideró completa, no lo es, y con base en ello, luego de dar trámite a la petición de licencia, durante años, precise derruirla en contravía de su propia conducta anterior, lo cual refulge ética y jurídicamente inaceptable; y de otro lado, porque no es válido para ahondar en razones, el argumento del impugnante, que es nuevo, y no ventilado en instancia, como quien se queja en casación, de lo que no refuto en instancia, según la cita jurisprudencial traída.

Así las cosas, por las razones expuestas, se rechaza, el planteamiento de la recurrente.

6. Vulneración del procedimiento en el trámite de solicitud de licencia-

Basa el recurrente esta denuncia en dos reproches, de una parte en que luego de que se declaró la nulidad de lo actuado, en la tantas veces mencionada Resolución No. 087 de 15 de junio de 2010, la administración tomó por válidos "(...) varios documentos que habían sido declarados sin efecto, no solo provenientes de la administración, sino de la solicitante y de algunos terceros (...)", lo que a su juicio conllevó a un error en el juicio de valor respecto de todo el trámite administrativo; y de otra parte, en que el régimen legal aplicable al trámite era el previsto en el D. 1469 de 2010, para lo cual se reafirma en lo expuesto sobre el particular, y de ello aduce que se inobservaron los requisitos de éste, como son: la realización de un estudio de factibilidad técnica, ambiental y de impacto urbano de las obras propuestas, así como de su coherencia con los planes de ordenamiento territorial y los instrumentos que los desarrollan y complementan; la aprobación del proyecto urbano en general, y el requerimiento de los documentos de que trata el artículo 117 ibídem.

A estos dos reproches que propone el cargo, se responde: primero, la recurrente no da cuenta con claridad y precisión de cuáles documentos quedaron sin validez al declararse la nulidad de lo actuado en la Resolución No. 087 de 15 de junio de 2010, y que pese a ello, en su decir, fueron valorados por la administración, y cuál fue el error que se reflejó en la decisión final, producto del supuesto falso raciocinio de dicho material, como tampoco indica, cuál hubiere sido la decisión de no haberse valorado, es decir, de haberse excluido del trámite de licencia. Así las cosas, se trata de una reflexión subjetiva, carente de apoyo probatorio, que quedó en el campo de la mera

²³ Consejo de Estado. Sala Especial Transitoria de Decisión 4B. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Veinticinco (25) de abril de 2006. Radicación No. 11001 - 03 - 15 - 000 - 2004 - 00782 - 01 (S).



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

especulación, y que conlleva a no tenerla por acreditada. En cuanto a lo segundo, ya ha sido suficientemente explicado en acápite anteriores que la norma que gobierna el trámite de esta licencia no es el D. 1469 de 2010, sino el D. 564 de 2006, por ende la argumentación de la recurrente enfocada a dar por demostrado el no cumplimiento de requisitos exigidos en la normatividad que cita, cae de su peso. Sin embargo, quiere dejar anotado la administración que la licencia que se concedió por la Oficina de Planeación, tiene factibilidad técnica, ambiental y de impacto urbano, y acomodo con el Plan de Desarrollo Municipal y el Plan de Ordenamiento del Territorio – POT – de la ciudad de Pasto, pues, así se conceptuó por la Subsecretaría de Ordenamiento Territorial y fue verificado por la dependencia de Planeación Municipal, de forma que se consideró viable el proyecto en general, y se cumplió con los requerimientos del acta de observaciones. Por estas razones, tampoco en este aspecto le asiste razón a la recurrente²⁴.

7. El acto impugnado adolece de falsa y/o indebida motivación - vulneración del debido proceso -

En su desarrollo dice la recurrente, que la Oficina de Planeación Municipal al tiempo de resolver sus objeciones al otorgamiento de la licencia, no resolvió integralmente aquellas, pues tomó parcialmente apartes de la formulada el día 9 de junio de 2010, la que quedó sin efecto producto de la nulidad contenida en la Resolución No. 087 de 15 de junio de 2010, y otros apartes de la formulada el día 4 de agosto de 2010, y para sostener lo dicho, indicó que la administración expuso que la petición de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., no viola el plan de ordenamiento territorial – POT – del Municipio de Pasto, quejándose de que, revisado el expediente, no se encontró concepto alguno que expresa lo expuesto, de donde deriva la falsa motivación del acto. Y afirma que la Oficina de Planeación al resolver su objeción se confundió, pues, su representada no manifestó como oposición una competencia municipal para la determinación de la tarifa, sino, al contrario "(...) que la determinación de la estructura de costos del proyecto que se determina en la tarifa incide directamente en el diseño de las obras, por cuya razón físicamente la peticionaria no contaba con todos los requisitos como de hecho no los tuvo, al momento de radicar la licencia en el mes de septiembre de 2009, hecho que de demostraba con la expedición de la Resolución 087 de 1º de junio de 2010 expedida por la CREG, en cuya fecha apenas se aprobó el cargo promedio de distribución y el cargo máximo base de comercialización de gas natural para Pasto, que permitía establecer la estructura de costos de la tarifa y consecuentemente del proyecto físico para la intervención del espacio público", de donde deriva que se respondió con argumentos falsos fácticos y de derecho, a sus objeciones.

²⁴ Anótese además, que el artículo 117 del D. 1469 de 2010, inaplicable al caso sub examine, como ya se ha explicado, regula el tema de cancelación de impuestos, gravámenes, tasas, participaciones y contribuciones que se causen por trámites ante los curadores urbanos, que no es el supuesto de la licencia de intervención y/u ocupación de espacio público que se tramita directamente ante la administración municipal.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

- 080

13 FEB 2013

Ya en acápites anteriores del presente escrito, se indicó que los requisitos para el trámite de la solicitud de licencia de intervención y/u ocupación de espacio público, entre otras, para el tendido de redes de empresas de servicios públicos domiciliarios²⁵, en vigencia del Decreto 564 de 2006, son los previstos en los numerales 3º y 4º del artículo 18, y los del artículo 23 ibídem, sin que en ninguno de ellos se mencione el requisito al que se alude por la impugnante, consistente en la determinación de la estructura de costos del proyecto que se determina en la tarifa, al deducir de ello, la recurrente, que ello incide en el diseño de las obras, pues, como se citó ab initio de las consideraciones para resolver en la cita jurisprudencial del h. Consejo de Estado, "(...) La competencia significa que todo funcionario público, en el desempeño de su cargo, sólo puede hacer lo que le está permitido (...)" (Negritas y subrayas fuera de texto), de donde no era dable, como lo pretende la recurrente, que se le requiriera al tiempo de la radicación de la solicitud de licencia a la peticionaria, Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., como documentos de su petición, el requisito que se echa de menos en la alzada, pues no está aquel determinado dentro de las competencias que le habilitó el legislador y desarrollo el ejecutivo, a las autoridades municipales, en el trámite de las licencias de intervención y/u ocupación de espacio público, razón para considerar que no era determinante para su concesión²⁶.

8. No respuesta de todas las objeciones formuladas por la recurrente y su apoderado -

Consideró que la Oficina de Planeación Municipal, dejó de darle respuesta a todas las objeciones que se presentaron en el trámite de la licencia, más al desarrollar su denuncia, sólo se refiere al interés de la recurrente a escoger no sólo el servicio de gas más eficiente y económico, sino a quien es el operador más competente, y retoma su discusión sobre el hecho de que Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., al tiempo de radicación de la solicitud no tenía aprobada su estructura tarifaria, la que sólo se generó el día 1º de junio de 2010, resaltando que tiene claridad en que el aspecto tarifario es competencia de la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG -, pero que ello tiene una marcada incidencia en el desarrollo del proyecto, pues sin ello, en su decir, no podía confeccionarse los planos para adjuntar a la solicitud de licencia de intervención, lo que toca en competencia de la administración municipal.

Frente a lo primero, debe anotarse que tanto ha respetado el derecho de la tercera recurrente a que la prestación del servicio domiciliario de gas sea oportuna y eficiente, además de económica, que ha permitido su intervención sin limitación alguna en esta actuación, dándole la oportunidad de formular oposiciones, nulidades, recursos, y todas las

²⁵ Según la habilitación legal que les confiere el artículo 26 de la ley 142 de 1994.

²⁶ De considerar la recurrente que la no determinación de la tarifa, constituía una irregularidad, respecto de la operación en la ciudad de Pasto, de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., debió dirigirse ante la autoridad que tiene competencia en la materia de inspección y vigilancia, que es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y si quería intervenir, como tercero, en la determinación de la tarifa, debió dirigirse a la CREG.



gestiones que considerase necesarias, y a cada una de ellas ha dado debida respuesta, en las diferentes oportunidades procedimentales. Lo que sucede es que, ello no puede confundirse con la exigencia de requisitos no contemplados en el Decreto 564 de 2006, con base en el cual se tramita esta solicitud, y exigidos para el trámite de este tipo de licencias, esto es, iterase, los aludidos en los numerales 3° y 4° del artículo 18, y 23 ibídem, pues cumplidos éstos, como en el caso lo fueron, sin más condicionamientos opera para el peticionario el derecho a la licencia, pues en términos de la jurisprudencia citada, y proveniente del h. Consejo de Estado, "(...) la utilización del espacio público por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios es un derecho y una prerrogativa que la ley les reconoce a aquellas como prestadoras de servicios (L. 142/94, art. 33), de modo tal que es inadmisibles entender que dicha utilización constituya una "invasión".-

La utilización del espacio público para la finalidad mencionada es un asunto autorizado por la ley (...)" (Las negritas y las subrayas se encuentran fuera de texto), y será en consecuencia en el libre mercado, en donde la recurrente encuentre la empresa que mejores condiciones le brinde a su circunstancia en particular, dentro de las regulaciones propias de tal actividad. Y sobre el segundo aspecto, razones de economía procesal, nos llevan a referirnos a la respuesta dada a la denuncia que contiene el cargo anterior, por tratarse en efecto, de un mismo planteamiento.

Para finalizar anotar que el hecho de que el Municipio de Pasto haya sido autorizado en preférita oportunidad para invitar a particulares a la conformación de una empresa para la prestación de este servicio público domiciliario, con naturaleza mixta, no implica per se, que pueda atribuirse un monopolio en su favor para negarse al trámite de licencias de esta estirpe, respecto de requerimientos de empresas de servicios públicos domiciliarias. Y es del caso precisar que las facultades dadas, fenecieron, sin que el propósito contenido en el acuerdo de autorizaciones, dado, se haya logrado cristalizar.

La administración municipal no ha actuado ciegamente en el otorgamiento de este tipo de licencias, pues ha sido respetuosa de su ámbito de competencia, así como el de otras autoridades, y al verificar el cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento vela por el interés general, y la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios respecto del ámbito de su jurisdicción.

9. Incumplimiento de lo previsto en el párrafo II del artículo 125 – Estatuto Tributario del Municipio de Pasto –

En escrito complementario a su impugnación, dijo la recurrente que según lo previsto en el artículo 125, párrafo II del Estatuto Tributario Municipal, en tratándose de ampliación de redes de servicios públicos domiciliarios ejecutados por parte de entidades diferentes al Municipio, éstas deben depositar para garantizar la reposición de las vías afectadas con las obras, el equivalente a un 30% del valor estimado de reposición del pavimento, y que el saldo debe garantizarse mediante póliza de una Compañía de Seguros que legalmente se encuentre



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

establecida en el país o mediante la constitución de una garantía bancaria, a juicio del Municipio, de donde derivó en su interpretación, que el objeto del depósito es que la entidad territorial pueda contar con estos recursos, sin limitación alguna, para que se cumpla la finalidad expuesta, por lo cual el medio que lo materialice debe tener dicha posibilidad física y jurídica. Para el caso sub examine señala que Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., no ofreció instrumento alguno de depósito al Municipio de Pasto, lo que de suyo es una irregularidad, pero que más aún, ofreció en garantía el dinero que dicha compañía tiene invertido en un portafolio de inversión en la cartera abierta Fiducuenta, la cual es administrada por la Fiduciaria Bancolombia S.A., Sociedad Fiduciaria, en donde, dice, si bien ella da unas instrucciones para liberar el dinero a favor del Municipio en los eventos en que se requiera para el cumplimiento de la reparación de vías, es claro, expone, que por la naturaleza legal de los encargos fiduciaros, no es posible que tal dinero tenga una garantía libre de riesgos, y que ello es tan así, que en las instrucciones dadas por parte del Representante Legal de Alcanos de Colombia S.A., con el aval del Municipio de Pasto, se acepta que la cuenta pueda ser perseguida por acreedores del primero, quienes pueden pedir el embargo y secuestro de la cuenta de inversión mencionada. Indica que de manera alguna se puede aceptar un depósito en dichas condiciones, esto es, en cuenta ajena y con el riesgo descrito aceptado por el propietario de la cuenta. De allí deriva incumplimiento de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., que imposibilita la concesión de la licencia, y daría lugar a la revocatoria de la concedida por la Oficina de Planeación Municipal.

Sobre este particular se tiene que el artículo 125, parágrafo II del Estatuto Tributario del Municipio de Pasto, dispone

"**PARAGRAFO II:** A manera excepcional el municipio permitirá que una entidad diferente a las Municipales realice estos trabajos cuando se trate de proyectos de ampliación de redes de servicios públicos domiciliario, en el cual deberá efectuarse un depósito en dinero equivalente al 30% del valor de la obra de reposición de pavimento y el saldo deberá garantizarse mediante una póliza de una Compañía de Seguros legalmente establecida en el país o mediante la constitución de una garantía bancaria, a juicio del Municipio"²⁷.

La finalidad de la medida es garantizar la reparación y/o el reparcho de la vía objeto de la apertura, previa liquidación por parte de Planeación Municipal, por metro lineal, con la inclusión de todos los costos que demande la ejecución de la obra, y tal depósito, así como la garantía bancaria o póliza correspondiente, **constituyen un requisito para que pueda darse inicio a los trabajos correspondientes**. En el trámite administrativo que aquí nos convoca se observa que Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., con miras al cumplimiento de este requisito emitió unas instrucciones a la Fiduciaria Bancolombia S.A.²⁸, bloqueando dicha

²⁷ Decreto No. 154 de 2010. Contiene una compilación del Estatuto Tributario del Municipio de Pasto.

²⁸ Entidad en la cual ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., tiene un Fondo Común Ordinario (Cartera Colectiva) - No. de Fiducuenta F01 0880 2000216.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

0 2 0

13 FEB 2013

Fiducuenta para cumplir con las condiciones indicadas en las instrucciones referidas, como de ello da cuenta la correspondiente administradora fiduciaria.

La carta de instrucciones data del día 29 de octubre de 2012 y es suscrita por el Gerente y Representante Legal de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., y en sus apartes pertinentes, se dispuso: "Entre tanto, la presente autorización permanezca vigente, la única persona que podrá solicitar cualquier tipo de operaciones con cargo a los recursos invertidos será FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA conforme a las expresas instrucciones impartidas con el presente documento y hasta concurrencia (sic) de los recursos invertidos, motivo por el cual en mi condición de titular de la cuenta de inversión no podré solicitar redención o retiro alguno de los recursos invertidos en la mencionada cuenta de inversión, ni recibir los recursos derivados de tales servicios. -La presente autorización podrá ser modificada única y exclusivamente con la previa y expresa autorización del titular de la cuenta de inversión y del MUNICIPIO DE PASTO (...)", y más adelante se aclara que dicho negocio no constituye prenda, garantía fiduciaria, ni negocio fiduciario de administración, fuente de pago o similares, y que "(...) la cuenta de inversión **puede ser perseguida por mis acreedores quienes a través de los procedimientos legales pertinentes podrán solicitar el embargo y secuestro de la cuenta de inversión de la referencia, y de los depósitos invertidos en la misma, caso en el cual, de conformidad con las disposiciones legales, Fiduciaria Bancolombia S.A., como administradora de la Cartera Colectiva deberá cumplir con las órdenes judiciales que sobre el particular sean impartidas**" (Las negrillas son fuera de texto), y más adelante se define el objeto de la instrucción, que no es otro, sino garantizar al Municipio de Pasto, que Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., tiene disponibilidad de recursos equivalente a un treinta por ciento (30%), por el valor de las obras de reposición, de que trata la licencia de intervención y/u ocupación de espacio público, y en un equivalente a la suma de \$3.008'905.831.00 M/cte., de conformidad con liquidación que al efecto adelantó la Secretaria de Aplicación de Normas Urbanísticas de Planeación Municipal, y se da cuenta de la forma pactada de liberación de los recursos. Y estipulo, la carta de instrucciones, finalmente que "(...) el MUNICIPIO DE PASTO tiene la facultad de requerir los recursos remanentes mediante carta unilateral soportada en acto administrativo ejecutoriado de declaración de incumplimiento del acuerdo sin que se requiera autorización por parte de ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. Lo anterior conforme a lo previsto en el numeral séptimo del acuerdo firmado por ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. con la Secretaria de Planeación Municipal de Pasto (...)", anotando que también se suscribe tal carta, por parte del Secretario de Hacienda del Municipio de Pasto, y aunado a ello, existen instrucciones particulares de cada relación comercial, esto es de las partes, que indica lo siguiente: * Que es fiduciario - ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.; * Que es fideicomisario - el Municipio de Pasto, en el acto representado por el Secretario de Planeación Municipal²⁹; * Se relatan antecedentes del negocio; * Se

²⁹ La competencia se deriva, según dice el acto, del Decreto 564 de 2006.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

- 080

13 FEB 2013

relata que se está constituyendo una cuenta fiduciaria en garantía; * Y que la carta de instrucciones de la cuenta de inversión FIDUCUENTA, sería suscrita por el Secretario de Hacienda Municipal, en ejercicio de sus funciones administrativas, como el custodio de los recursos del Municipio, y que las liberaciones de los recursos de ésta, y los desembolsos pactados, se harían por el Secretario de Hacienda Municipal, una vez estén cumplidas las condiciones acordadas en la carta de instrucciones y el instructivo aludido. La carta de condiciones se encuentra suscrita por el Representante Legal de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., y el Secretario de Planeación Municipal.

A juicio de este Despacho, la figura que autorizó la Secretaria de Planeación Municipal, y con base en la cual se otorgó la licencia de intervención y/u ocupación de espacio público no cumple con el requerimiento al que alude el Estatuto Tributario del Municipio de Pasto, por cuando, en éste se estableció la figura del depósito, y como con aquel lo pretendido es garantizar que se realice la reposición del pavimento, producto de las obras a realizar, no cabe duda, que no constituye un pago para liberar una obligación, sino que es una forma más de garantizar un cumplimiento, y por ende, esta figura se regula por el contrato al que alude el artículo 1173 del Código de Comercio, según el cual, "(...) Cuando se deposite una suma de dinero en garantía del cumplimiento de una obligación, el depositario sólo estará obligado a hacer la restitución en cuanto al exceso del depósito sobre lo que el deudor deba pagar en razón del crédito garantizado", y a esta figura se refirió la Superintendencia Financiera, según el concepto No. 2010034628 002 de 6 de julio de 2010, al decir que "El depósito de dinero en garantía cumple la función de proteger el pago de la obligación debida al depositario y constituye una modalidad de garantía pues se trata de un mecanismo que asegura el pago o cumplimiento de una obligación principal, a la cual accede. Este tipo de depósitos **no constituye una operación exclusiva de las entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia y, en consecuencia, puede ser celebrado por cualquier persona natural o jurídica con capacidad jurídica que requiera caucionar el pago de una obligación**" (Las negrillas y cursivas por fuera del texto de origen), de donde surge claro que se trata de una figura, en donde, del depositante entrega a otra, llamada depositario, una suma de dinero con el fin de que la conserve como garantía de una obligación (de dar, hacer o no hacer), de la cual es acreedor. Para la Superintendencia "(...) este tipo de depósito constituye una modalidad de garantía, y en consecuencia, se trata de un mecanismo que asegura el pago o el cumplimiento de una obligación principal, a la cual accede", y al tener un sustrato real, no configura una captación de dinero del público, reprimida legalmente. Dicho lo anterior, como se observa que finalmente, la figura del depósito a la que alude el artículo 125, parágrafo II del Estatuto Tributario del Municipio de Pasto, constituye una garantía, es del caso analizar, si figuras que implican el depósito de dinero, pero que difieren de ésta, cumplen el propósito del genérico depósito al que se refiere la norma, y al efecto, se encuentra que deberá analizarse cada caso en concreto, descartándose el cumplimiento bajo la figura que se empleó en el caso sub examine por



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

- 0 8 0

13 FEB 2013

Planeación Municipal, por cuanto, se trató de unas instrucciones dadas para el manejo de un encargo fiduciario³⁰ que tiene constituido Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., en una cartera colectiva que es administrada por una sociedad fiduciaria, Fiducolombia, lo cual no constituye un patrimonio autónomo, y por ende no se evita que los bienes constituyan prenda general de los acreedores, que es precisamente, una de las finalidades que se pretende conseguir con la figura del depósito, además, claro está, de la disponibilidad inmediata de recursos, en caso de incumplimiento del beneficiario de la licencia de intervención y/u ocupación de espacio público³¹.

³⁰ Que ni siquiera alcanzó a constituir un encargo fiduciario en garantía, de administración y fuente de pago.

³¹ Lo anterior no desconoce la viabilidad de otras figuras, *verbi gratia*, la fiducia en garantía, en donde, se ofrece un respaldo idóneo y suficiente para el cumplimiento de las obligaciones garantizadas. En esta figura es la sociedad fiduciaria, la que deberá expedir el certificado de garantía en el que conste: El nombre de la entidad pública beneficiaria de la garantía; la duración del contrato de fiducia; el valor de la garantía; la vigencia de la garantía; valor de los bienes y derechos fideicomitidos que conste en el último de los estados financieros del fideicomiso y descripción de los mismos; el procedimiento a surtir en caso de hacerse la garantía exigible; los riesgos garantizados; la prelación que tiene la entidad beneficiaria para el pago; los mecanismos por los cuales la fiduciaria contará con los recursos para hacer efectiva la garantía, los cuales no podrán afectar la suficiencia de esta, y demás propios de la figura. Es de anotar que entre los bienes que se pueden aceptar como garantía en la fiducia mercantil frente a la conformación del patrimonio autónomo se encuentran los valores que las normas del sector financiero autorizan para conformar carteras colectivas del mercado financiero o la participación individual del fideicomitente en estas mismas carteras. Y la misma se debe aprobar por la entidad pública, una vez acreditada la constitución de la misma, con copia del contrato correspondiente y con el certificado de garantía expedido por la sociedad fiduciaria. El beneficiario viene a ser la entidad pública ante la cual el constituyente tiene una obligación; es obligación estipular que por el fiduciario se realizará todo lo necesario para la conservación de los bienes fideicomitidos o adoptar todas las medidas necesarias para que quien los tenga garantice dicha conservación; en el contrato se debe estipular la obligación del fiduciario de efectuar periódicamente valoraciones de los bienes que vienen a constituir el patrimonio autónomo a precios de mercado o técnica y suficientemente atendiendo el valor de realización de los mismos, con el objeto de velar por la idoneidad de la garantía. Adicionalmente, deberá incluirse la obligación para la fiduciario de avisar a la entidad beneficiaria dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que conoció que los bienes no resultan suficientes para el pago de las obligaciones garantizadas por la disminución de su precio en términos de valor de mercado, con el fin de que se proceda a su reposición o ampliación, según el caso; en el contrato de fiducia debe quedar pactada la obligación a cargo de quien es el constituyente de reemplazar o aumentar, previo requerimiento del fiduciario los bienes cuyo valor se haya disminuido por aplicación de las normas de valoración a precios de mercado, o entregar otros adicionales de las especies y características indicadas; en el contrato de fiducia se debe señalar con claridad el proceso y/o la actuación a surtir en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, y en todo caso, cuando éste exista se pondrá en conocimiento de la Sociedad Fiduciaria el acto administrativo en firme y esta estará a cargo de adelantar los trámites del caso para hacer efectiva la garantía. A la fiduciaria no le será admitido discutir la responsabilidad del constituyente; en el contrato de fiducia se deberán establecer claramente las obligaciones del fiduciario, que incluyan el procedimiento para la realización de los bienes transferidos en garantía, el aviso para su renovación o reemplazo por pérdida o deterioro de su valor de mercado cuando sea del caso, así como, la rendición de cuentas e informes periódicos sobre su gestión; en el contrato de fiducia se debe estipular la rendición de cuentas a cargo del fiduciario de acuerdo con las reglas legales y reglamentarias relacionadas con la obligación de rendición de cuentas radicada en cabeza del fiduciario a favor no solo del fideicomitente sino de la entidad beneficiaria; en el contrato fiduciario de garantía se debe estipular que en la fecha de cumplimiento de la obligación que se garantiza mediante la fiducia, también se podrá solicitar la liquidación del contrato de fiducia mercantil; y en el contrato de fiducia en garantía se pactará que la dación en pago de los bienes fideicomitidos solo procede cuando la entidad estatal así lo autorice, siempre y cuando hubiere transcurrido más de un (1) año sin que se pueda realizar el bien. En ese evento se entenderá que la entidad lo recibe por el valor del cincuenta por ciento (50%) del avalúo actualizado efectuado para ese fin, siempre y cuando ese monto cubra como mínimo el valor del perjuicio reclamado. Lo anterior se tomó del decreto reglamentario 734 de 2002, que si bien regula las garantías en la contratación estatal, nada obsta para su aplicación al *sub examine* en lo que resulte compatible. Debe ser anotado que en esta figura, según concepto No. 2008085725 - 002 de 20 de



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

080

13 FEB 2013

Empero, lo anterior no conlleva a la revocatoria de la licencia otorgada a Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., por la Secretaría de Planeación Municipal, por cuanto, la exigencia del Estatuto Tributario antes aludida, debe estar satisfecha para dar inicio a las obras, y es evidente que el solo otorgamiento de ésta, no lo permite. En efecto, de conformidad con el Decreto 564 de 2006, artículo 23, parágrafo 2º "En caso de que la solicitud de licencia sea resuelta positivamente, el interesado deberá proporcionar dos copias en medio impreso de los planos de diseño del proyecto definitivo, para su aprobación por parte de la autoridad competente. Una de las copias aprobadas se entregará de manera gratuita al titular de la licencia con el acto administrativo que resuelva la solicitud"³², es decir, que ex post a la obtención de la licencia se requiere que el titular de ésta, en el caso, presente ante la Oficina de

enero de 2009, emitido por la Superintendencia Financiera, "(...) Independientemente de la finalidad del negocio fiduciario mercantil, **aquellos acreedores cuyas acreencias sean anteriores a la constitución del patrimonio autónomo podrían perseguir los bienes fideicomitidos impugnando el negocio fiduciario si hubiere sido celebrado en fraude de terceros.** (...) Sobre el particular este Despacho considera preciso recordar que de conformidad con lo establecido en el artículo 1226 del Código de Comercio, "la fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud de la cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario (...)". Por su parte, el artículo 1233 del mismo código establece que los bienes fideicomitidos "(...) **forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo**". En este sentido, al celebrarse el contrato de fiducia mercantil, la propiedad de los bienes objeto del contrato debe ser transferida a la fiduciaria, quien constituye con ellos un patrimonio autónomo independiente del suyo propio y del patrimonio del fideicomitente, el cual es administrado por la fiduciaria y se destina exclusivamente al cumplimiento de la finalidad señalada por el constituyente. En concordancia con lo anterior, los artículos 1227 y 1238 del Código de Comercio disponen, en su orden, que "**Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y solo garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida**", y que "**Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes. El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados**". "(...) Dicha pretensión, en tanto se endereza a procurar la reconstitución del patrimonio del deudor – fideicomitente debe seguir los trámites propios de un proceso ordinario, independientemente del título que documenta la respectiva obligación y de que éste preste o no, mérito ejecutivo (...) los acreedores del fideicomitente anteriores a la celebración del contrato de fiducia mercantil tienen el **carácter de terceros en relación con el patrimonio autónomo, máxime si se atiende al hecho de que frente a tales acreedores el patrimonio autónomo no ostenta la calidad de deudor.** (...) le corresponde a los acreedores – siguiendo los lineamientos generales de la carga de la prueba – demostrar los elementos de los cuales deriva su legitimación en la causa para actuar, vale decir, la preexistencia de una obligación teniendo en cuenta al efecto los términos en que fue pactada y el título que la documenta" y "(...) acreditar que el contrato de fiducia mercantil celebrado por el deudor propició o aumentó su estado de insolvencia y, por ende, le produjo un perjuicio consistente en la imposibilidad de hacer efectivos sus derechos. (...)". (Las negrillas y las subrayas por fuera de texto. Significando que los bienes fideicomitidos solo pueden embargarse, previo el adelanto de las acciones paulianas y revocatorias, con lo cual se garantiza adecuadamente la figura del depósito de que trata el Estatuto Tributario Municipal, pero se itera, cada caso deberá ser analizado por el competente, en concreto. Otra figura, verbi gratia, podría ser el endoso en garantía o en prenda, regulada por el artículo 659 del Código de Comercio, y utilizando la analogía propuesta, en el D.R. /734 de 2002, en donde se indica que estos títulos valores deben recibirse hasta por el setenta por ciento (70%) de su valor, dado que se trata de figuras que garantizan a la entidad pública la disponibilidad inmediata de recursos, en el último evento al tiempo de su redención, según los términos pactados en su aceptación, sin descartar otras figuras, en que se garantiza lo indicado en forma antecedente.

³² "Parágrafo 3. La copia magnética de que trata este artículo solo será exigible en los municipios y distritos con población superior a los 30.000 habitantes en su cabecera urbana y tendrá por finalidad permitir al curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias, que revise mediante la utilización de sistemas técnicos la información consignada en los planos sometidos a su consideración".



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

- 080

13 FEB 2013

Planeación Municipal dos copias en medio impreso de los planos de diseño del proyecto definitivo y además de su aprobación por ésta, entregándosele de manera gratuita una copia de las aprobadas con el acto administrativo que resuelve la solicitud³³, y acorde con el artículo 11 ibídem, en este tipo de licencia, además de la normatividad contenida en el mismo, debe tenerse en consideración las normas adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, y aquellos instrumentos que lo desarrollen y demás normatividad vigente³⁴. Así las cosas, es del caso al resolver como en efecto se hará, modificar la Resolución No. 438 de 13 de noviembre de 2012, corregida por la Resolución No. 441 de 14 de noviembre de 2012, en el sentido de indicar que la licencia otorgada, para el inicio de las obras, quedará condicionada a que por el peticionario, Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., se dé cumplimiento al parágrafo II del artículo 125 del Estatuto Tributario Municipal, en los términos indicados en la parte considerativa del presente acto administrativo, y al parágrafo 2º del artículo 23 del D. 564 de 2006, respectivamente. Para efectos de garantizar el cumplimiento de lo previsto en el Estatuto Tributario, se delegará dicha atribución en el Secretario de Hacienda Municipal, quien a tal efecto podrá actuar como ordenador del gasto del Municipio de Pasto, y hasta por las sumas que en las figuras que garanticen el depósito se acepten por su dependencia.

Que mediante Decreto No. 60 del 13 de febrero de 2013, se encargó al Doctor Gustavo Núñez Secretario de Gobierno con las funciones de alcalde de Pasto.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Modificar la Resolución No. 438 de 13 de noviembre de 2012, corregida por la Resolución No. 441, de 14 de noviembre de 2012, la cual quedará así:

Conceder Licencia de Intervención de Espacio Público en la modalidad de construcción, rehabilitación, reparación, sustitución, modificación y/o ampliación de instalaciones y redes para la provisión de servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones, por el término de veinticuatro (24) meses, a favor de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., persona jurídica, constituida como sociedad anónima con domicilio principal en la ciudad de Neiva y con matrícula mercantil de la Cámara de Comercio de la misma ciudad, bajo el número 00012126 - afiliado - NIT No. 0891101577 - 4, representada legalmente por el Sr. Carlos Adolfo Navarro Ruíz, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17'124.637, Empresa que se reconoce como constructor responsable, para que adelante las siguientes obras en el espacio público del área urbana del Municipio de Pasto, así: *A*

³³ Que es un acto administrativo diferente del que concedió la licencia, posterior a éste, y que no admite recursos de terceros, pues el trámite en que se les dio la oportunidad a los interesados, culminó.

³⁴ Para el caso, el parágrafo II del artículo 125 del Estatuto Tributario Municipal.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

13 FEB 2013

080

- Rotura de andenes y vías del casco urbano de la ciudad de Pasto, de acuerdo al programa de cobertura de redes de la empresa.
- Excavación y relleno para la instalación de tuberías del gasoducto y de acometidas domiciliarias en el casco urbano del municipio.
- Restitución de vías y andenes afectados en el proceso constructivo de acuerdo a las especificaciones técnicas de la empresa, cual es concreto de 2.500 PSI para andenes de espesor 8 centímetros y concretos 3.000 PSI para vías en espesores de 15 centímetros o de acuerdo con las especificaciones contempladas en las actas de inicio correspondientes.
- Manejo y disposición de residuos en las escombreras autorizadas por el municipio.

PARAGRAFO PRIMERO: El titular de la licencia, Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., deberá presentar, como requisito previo para la iniciación de las obras, los planos de que trata el parágrafo 2º, del artículo 23 del Decreto 564 de 2006. Las anteriores especificaciones se especializan en estos, y una vez aprobados formarán parte de la presente Resolución.

PARAGRAFO SEGUNDO: El titular de la licencia, Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., antes de la iniciación de las obras, y como requisito previo para su ejecución, deberá presentar ante la Secretaria de Hacienda del Municipio de Pasto, dependencia que en este acto se delega para el efecto, el cumplimiento del requisito consagrado en el parágrafo II del artículo 125 del Estatuto Tributario del Municipio de Pasto, y éste deberá encontrarse aprobado por ésta, sin lo cual no es dable suscribir el acta de inicio de las obras.

ARTICULO SEGUNDO: Delegar en el Secretario de Hacienda del Municipio de Pasto, la facultad de aprobar el cumplimiento del requisito previsto en el parágrafo II del artículo 125 del Estatuto Tributario del Municipio de Pasto, para lo cual, hasta el monto que allí se dispone, tendrá facultades como ordenador del gasto.

ARTICULO TERCERO: El solicitante está en la obligación de ejecutar las obras, en forma tal que garantice la salubridad de las personas, como la estabilidad de los elementos que constituyen el espacio público, el cual deberá conservarse en el estado en que se hallaba antes de la intervención, o en mejores condiciones, reiterando que deberá encontrarse libre de escombros y averías.

ARTICULO CUARTO: En virtud de las obras por ejecutarse, el constructor responsable, asumirá bajo su responsabilidad los daños ocasionados a terceros, y redes de servicios públicos domiciliarios como acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, telefonía o gas.



ALCALDÍA DE PASTO

DESPACHO

O R O

13 FEB 2013

ARTICULO QUINTO: Copia del presente acto administrativo se enviará a la Secretaria de Gestión Ambiental del Municipio de Pasto, la Dirección de Espacio Público, UAE AVANTE SETP, Secretaria de Tránsito y Transporte Municipal, EMPOPASTO S.A. E.S.P., para su conocimiento, como a la Secretaria de Infraestructura y Valorización, para que se realice los controles e inspecciones correspondientes, de acuerdo a las actas de inicio de obras de intervención y/u ocupación de espacio público, que conjuntamente suscribirá con la Secretaria de Planeación Municipal y Alcanos de Colombia S.A. E.S.P.

ARTICULO SEXTO: El titular de la licencia, Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., deberá coordinar la ejecución de las obras con las Secretarias de Infraestructura y Valorización, Gestión Ambiental, la Dirección de Espacio Público, UAE AVANTE SETP, y EMPOPASTO S.A. E.S.P., a través de la Secretaria de Planeación Municipal, la que ejercerá en nombre del Municipio de Pasto, la coordinación administrativa.

ARTICULO SEPTIMO: El presente acto administrativo se publicará en lugar visible del Despacho del Alcalde, en la Secretaria de Planeación Municipal, y en la página WEB de la Alcaldía Municipal de Pasto, para su conocimiento por los terceros interesados y por la comunidad en general.

ARTICULO OCTAVO: Las notificaciones de lo aquí resuelto se realizarán a través de la Oficina Jurídica del Despacho del Alcalde, tanto al solicitante, Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., como a los terceros intervinientes.

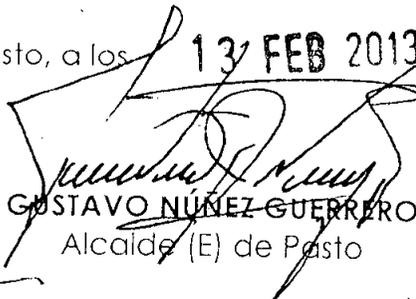
ARTICULO NOVENO: Regrésese el expediente a la Secretaria de Planeación Municipal para lo de su cargo.

ARTICULO DECIMO: Contra el presente acto administrativo no procede ningún recurso, quedando en consecuencia, agotada la vía gubernativa, y abierta la posibilidad para que se acuda, de considerarse, al contencioso administrativo para juzgar su legalidad.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en San Juan de Pasto, a los

13 FEB 2013


GUSTAVO NÚÑEZ GUERRERO
Alcalde (E) de Pasto


Revisó: Cástulo F. Cisneros Trujillo - Jefe Oficina Jurídica Despacho