



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

–SALA DE DECISIÓN 001–

SENTENCIA No. 063

Popayán, treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez

Expediente: 19001-33-33-009-2018-00325-01

Demandante: Hermes Libio Vega Erazo

Demandado: Municipio de Popayán y otro

Medio de Control: Protección de los Derechos e Intereses Colectivos

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la Sentencia del 08 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán.

I. ANTECEDENTES

1.- LA DEMANDA, la fundamentó así:

1.1. PRETENSIONES (fol. 8 vto. - 9 c. ppal. 1):

Hermes Libio Vega Erazo, solicitó lo siguiente:

“1. Que se declare que el Municipio de Popayán, NIT. N° 891580006-4, y el operador ALCANOS DE COLOMBIA SA-ESP, NIT. N° 891101577-4, con su omisión han desconocido y violentado el Derecho Colectivo de accesos a los servicios públicos y a que su presentación sea eficiente y oportuna, consagrado en el artículo 4, literal j) de la Ley 472 de 1998, al no acceder a prestar el servicio público de gas domiciliario por redes a los habitantes del Corregimiento de Cajete.

2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se proceda a la protección del derecho e interés colectivo afectado, ordenando al Municipio de Popayán, se adelanten los trámites administrativos necesarios y se hagan las apropiaciones presupuestales a que haya lugar para que se preste el servicio público de gas domiciliario por redes a los habitantes del Corregimiento de Cajete en el término prudencial, bien sea a través de la empresa ALCANOS DE COLOMBIA SA-ESP o cualquier otro operador, con el fin de que cese dicha vulneración.

3. Que se ordene al Municipio de Popayán, elaborar un plan integral, en el término de dos meses, en el cual se prevea la ejecución de obras para ampliar la cobertura del servicio de gas domiciliario por redes hasta el Corregimiento

de Cajete, para que las comunidades que promovimos la presente Acción tengamos acceso al servicio público reclamado y a que su prestación sea eficiente y oportuna, bien a través de la empresa ALCANOS DE COLOMBIA SA-ESP o cualquier otro operador que preste el servicio.”.

1.2. Como HECHOS, alegó los siguientes: (fol. 1-4 vto. c. ppal. 1)

Que desde el 4 de julio de 2014, la comunidad del corregimiento de Cajete, a través del presidente de la Junta de Acción Comunal, solicitó a la empresa de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., como operador autorizado por el municipio de Popayán, la ampliación de la cobertura del servicio de gas domiciliario por redes en ese sector. Petición resuelta de manera negativa, pero con la aclaración de que tal solicitud se consideraría para la elaboración del programa de expansión del año siguiente.

Que el 14 de agosto de 2015, se realizó asamblea comunitaria en Cajete Centro, en la que participó un funcionario de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., quien les habló a los residentes sobre los alcances de la compañía, las especificaciones de instalación, los costos de matrícula, financiación y el procedimiento a seguir para realizar los trabajos de ampliación de la red de gas domiciliario.

Que ante el silencio de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., el 20 de febrero de 2017, radicaron una nueva petición de instalación del servicio de gas domiciliario para la comunidad de Cajete, la cual fue resuelta de manera negativa, el día 27 del mismo mes y año. Contra la mencionada decisión, los habitantes del sector interpusieron los recursos de reposición y/o en subsidio de apelación.

Que el 9 de mayo de 2017, los habitantes de Cajete recibieron oficio suscrito por el Director Territorial Suroccidente de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante el cual se les informó sobre el procedimiento para realizar la notificación personal del acto administrativo que resolvió el recurso de apelación formulado.

Que el 16 de junio de 2017, solicitaron al alcalde del municipio de Popayán, al Concejo Municipal, a la Asamblea Departamental del Cauca y a la Corporación Autónoma Regional del Cauca, ayuda para sufragar la urgente necesidad de gas domiciliario en Cajete. Sin embargo, el municipio de Popayán negó tal petición alegando la limitación del presupuesto municipal para la realización de obras, y la CRC les respondió que podían cultivar pino y eucalipto para tener buenas reservas de leña, como buena alternativa de energía.

Que en el corregimiento de Cajete sigue funcionando el relleno sanitario de Popayán y de varios municipios del departamento del Cauca, lo cual ha

generado daños ambientales y de salubridad para el sector y sus habitantes, por lo que la prestación del servicio de gas domiciliario retribuiría, de alguna manera, el riesgo asumido y evitaría los sobrecostos económicos que implica utilizar los cilindros de gas para preparar sus alimentos, y las afecciones a la salud por la utilización de leña para esta actividad.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1. ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. (fol. 72-91 c. ppal. 1).

Que no se evidencia un daño o amenaza que afecte a la comunidad o que requiera medidas urgentes de protección, ya que existen otros medios alternativos que les permiten preparar sus alimentos, tales como la energía eléctrica o el gas propano.

Que la falta del servicio del gas domiciliario no se debe a un simple capricho, sino que la respuesta negativa de la entidad está fundamentada en la seguridad de los usuarios del sistema y del correcto cumplimiento a las especificaciones técnicas y financieras que deben desarrollarse para prestar el servicio; aspectos que no corresponden a la potestad de Alcanos, sino a lo reglado por el legislador.

Que en virtud del artículo 365 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, lo cual se encuentra regulado en la Ley 142 de 1994 y demás normas complementarias. Sin embargo, la Corte Constitucional ha determinado que la negación de la prestación del servicio de gas domiciliario es válida cuando se fundamenta en aspectos técnicos, económicos o financieros, tal como lo avala la Ley 142 de 1994 y la normatividad de la Comisión de Energía y Gas.

Que la razón para no acceder a lo solicitado es el elevado costo para extender el servicio de gas domiciliario por redes en un sitio por fuera del perímetro de Popayán, y cuya inversión no puede ser recuperada, lo que generaría un desequilibrio de orden económico.

Que Alcanos de Colombia es una empresa de carácter privado, que no está obligada a asumir la ejecución de un proyecto que no le genere rentabilidad, pues, los costos corresponden a un cargo por distribución que ya fue fijado por la Comisión de Energía y Gas y que no puede ser modificado unilateralmente.

Que según el contrato de condiciones uniformes, una de las causales que permiten negar la prestación del servicio de gas domiciliario, corresponde a la falta de redes locales en el sector donde se encuentra ubicado el bien

inmueble del solicitante; situación también prevista por la CREG, quien concluye que si no están dadas las condiciones técnicas, económicas y financieras, no es posible realizar la construcción de las redes de distribución de gas natural.

Que conforme a lo indicado en la sentencia T-614 de 1995, no toda diferenciación constituye una discriminación o vulneración de los derechos de la comunidad, más cuando las viviendas de los actores están ubicadas a una distancia considerablemente alejada del caso urbano de Popayán, lo que no permite la prestación del servicio.

Que el 30 de noviembre de 2018, la empresa realizó un estudio del área técnica en el cual se constató que la inversión en la que se debía incurrir para prestar el servicio de gas domiciliario a la comunidad de Cajete, sobrepasaba los \$500.000.000, debido a la distancia en la que se encuentra y las condiciones del terreno.

Que en virtud del recurso de apelación formulado por la parte actora, la Superintendencia de Servicios confirmó la negativa de Alcanos de Colombia de expandir el servicio de gas domiciliario, con sustento en lo establecido en el artículo 3° del Contrato de Condiciones Uniformes para la prestación del servicio.

Que la presente acción popular es improcedente, por cuanto la parte accionante no demostró la vulneración o amenaza de derechos colectivos y el presunto perjuicio irremediable que le causa la no prestación del servicio de gas natural, pues para la preparación de sus alimentos cuentan con energía eléctrica o el gas licuado GLP como sustitutos.

Propuso como excepción la de *“AUSENCIA DE UNA SUPUESTA VULNERACIÓN O AMENAZA POR PARTE DE ALCANOS DE COLOMBIA S.A E.S.P A LOS DERECHOS COLECTIVOS SEÑALADOS EN LA DEMANDA”*.

2.2. El municipio de Popayán no presentó contestación a la demanda.

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fol. 214-226 c. ppal. 2)

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de “AUSENCIA DE UNA SUPUESTA VULNERACIÓN O AMENAZA POR PARTE DE ALCANOS DE COLOMBIA S.A E.S.P A LOS DERECHOS COLECTIVOS SEÑALADOS EN LA DEMANDA”, propuesta por Alcanos de Colombia S.A ESP.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: INSTAR a ALCANOS DE COLOMBIA S.A ESP para que, en la siguiente actualización del plan de expansión del servicio, se ponga en consideración la inclusión del corregimiento de Cajete, previa concertación y estudio de su viabilidad con el Municipio de Popayán y el Departamento del Cauca, de acuerdo a las competencias definidas en la ley 142 de 1994 y normas concordantes.

CUARTO: INSTAR a los accionantes a que con el ánimo de obtener recursos a través del presupuesto participativo del ente territorial, para la expansión del servicio de gas domiciliario, lo propongan en las asambleas realizadas por la Secretaría de Gobierno del municipio de Popayán.

QUINTO: ORDENAR al alcalde del MUNICIPIO DE POPAYÁN, que a través de la Secretaría de Gobierno, convoque a asamblea de priorización a la población del corregimiento de Cajete, con el apoyo de las JAL y/o juntas de acción comunal correspondientes, así como a los representantes de Alcanos S.A ESP, y la Defensoría del Pueblo, para que dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, socialice la necesidad manifestada por los habitantes del sector sobre la ampliación de las redes de gas domiciliario. Si de la reunión se colige la priorización de la necesidad expuesta, la autoridad local deberá adelantar los trámites administrativos establecidos en el Acuerdo 015 del 29 de julio de 2015, por el cual se reglamenta el presupuesto participativo del Municipio de Popayán, con el fin de concertar con la empresa prestadora del servicio y la comunidad, una partida para la realización de esta obra, sin perjuicio de las gestiones que se puedan adelantar ante el gobierno nacional y departamental con el mismo objetivo.

SEXTO: Sin lugar a condenar en costas, por lo expuesto.

(...).”.

Como fundamento de la anterior decisión, argumentó que estaba demostrado que la principal limitación a la prestación del servicio público domiciliario de gas natural para los habitantes del corregimiento de Cajete del municipio de Popayán, era la falta de presupuesto para realizar la expansión de la red domiciliaria, debido a la distancia en que se encuentra frente a las redes locales que permitirían su acometida a las viviendas; lo que demandaría una cuantiosa inversión de cara a los requerimientos financieros para desarrollar un proyecto de tal envergadura.

Que si bien es responsabilidad de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios el incorporar las inversiones necesarias para garantizar la prestación futura del servicio y las expansiones con el fin de cumplir con el objetivo de extender y mantener las coberturas, una inversión de esta magnitud se vería reflejada directamente en la fórmula tarifaria, lo que supondría un costo excesivo por el servicio dada la gran inversión y las dificultades tanto físicas como técnicas que tendrían que salvarse para su prestación.

Que obra un estudio de la Oficina de Riesgos de la Alcaldía Municipal de Popayán en el que se establece una amenaza media en la estabilidad del terreno por deslizamientos en un 89% de los terrenos y amenaza alta en 6% en el sector donde deberían adelantarse las obras para el proyecto, lo que generaría incrementos adicionales para su ejecución, y que si bien en concepto de la Superintendencia de Servicios Públicos, todos estos costos adicionales pueden ser asumidos por los interesados, lo cierto es que no había una manifestación expresa de los accionantes en ese sentido.

Que según las cláusulas pertinentes del contrato de prestación del servicio público de distribución o comercialización de gas combustible por red en el mercado regulado, que establece las condiciones uniformes que rigen el servicio prestado por Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., es posible negar el servicio cuando no existan redes locales en el sector en el cual se encuentra ubicado el inmueble del solicitante; o que se acompasa con lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-614 de 1995.

Frente al ente territorial explicó que presupuesto municipal atiende los principios de anualidad, programación integral y planeación del gasto, por lo que al no existir presupuesto necesario para acceder a lo requerido por los accionantes, no puede el juez constitucional intervenir en las competencias otorgadas al ente territorial y ordenar un gasto que puede afectar incluso la satisfacción de necesidades básicas o áreas prioritarias de inversión social que se financiarán con dichos recursos, las cuales han sido previamente analizadas y priorizadas; máxime en casos como el presente, en donde la expansión de los sistemas de distribución ha sido encargada principalmente a las empresas que desarrollan esta actividad, atendiendo los parámetros previstos en la ley 142 de 1994 y las Resoluciones expedidas por la CREG para el efecto.

Que a pesar de su importancia, el servicio público de gas domiciliario tiene un contenido programático y su efectividad no puede ser exigida a través de mecanismos judiciales, porque ha sido voluntad del legislador que la expansión de redes domiciliarias y la ampliación de su cobertura no solo dependa de la voluntad estatal, sino de los proyectos que se hayan trazado las empresas prestadoras del servicio sean oficiales, mixtas o privadas, conforme a la factibilidad técnica, económica y financiera, tal y como lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia T-188 de 2018, al indicar que el servicio de gas domiciliario podía ser suplido o reemplazado por energía o gas por cilindros, sin que ello trasgreda derechos de los accionantes.

4. RECURSO DE APELACIÓN (fol. 230-237 c. ppal. 2)

La parte actora solicitó la revocatoria del fallo de instancia, para que en su lugar se declare que el municipio de Popayán y el operador Alcanos de

Colombia S.A. E.S.P., han desconocido y violentado el derecho colectivo de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, ordenando, para el efecto, que el ente territorial adelante los trámites administrativos y presupuestales a que haya lugar, para que se preste el servicio público de gas domiciliario por redes a los habitantes del corregimiento de Cajete, bien sea a través de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. o de cualquier otro operador.

Que contrario a lo señalado por la primera instancia, se demostró que la empresa Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., ha adelantado obras civiles de extensión de redes de gas natural desde el corregimiento El Tablón hasta el de Piagua, del municipio de El Tambo – Cauca; lo que evidencia una desigualdad en cuanto a los derechos de los habitantes de Cajete, a quienes se les ha negado el derecho a disfrutar en igualdad de condiciones de los servicios de gas domiciliario.

Que como se determinó en el dictamen pericial, sí que resulta viable dotar a la comunidad de Cajete y sus zonas pobladas aledañas, del servicio de gas natural domiciliario por medio de redes, a pesar de lo cual Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., dejó por fuera a la citada comunidad *“del programa de expansión de redes al no presentar alternativas tales como el montaje de una planta gasificadora y a partir de ahí, realizar la distribución, pues con las medidas estimadas de red, el sistema puede ser viable en dicha localidad”*.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. (fol. 14-26 c. segunda instancia), reiteró lo argumentado de la contestación a la demanda e hizo énfasis en que no ha existido ni existe la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegada por la parte actora.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (fol. 28A-37 *ib.*)

La representante del Ministerio Público Delegada ante esta Corporación presentó concepto solicitando la confirmación del fallo de instancia toda vez que *“no se demostró por la parte accionante, la afectación, peligro, amenaza o vulneración del derecho colectivo alegado como violado, en los términos en que lo exige el artículo 2º de la Ley 472 de 1998, según el cual “las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”. Lo anterior sin perjuicio de las decisiones adoptadas respecto de las acciones a seguir dentro del marco de sus competencias, tanto de las Entidades demandadas como de la parte accionante, tendientes a la búsqueda de*

soluciones para concretar las peticiones planteadas por la comunidad en relación con el servicio público requerido”.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. LA COMPETENCIA

El Tribunal es competente para conocer de la presente acción popular, según lo establecido por la Ley 472 de 1998, en su artículo 16, en segunda instancia, en concordancia con lo señalado en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2. LA PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN

Las acciones populares consagradas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política y reglamentado por la Ley 472 de 1998, tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando estos resulten amenazados por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares. Cabe señalar que tales derechos e intereses colectivos, no son únicamente los enunciados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, sino también los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados internacionales celebrados por Colombia, e incluso otros que pueda estructurarse.

Ahora bien, aunque este mecanismo de defensa judicial busca la protección de los derechos e intereses colectivos, no quiere decir que pueda ejercerse para lograr la reparación, bien sea individual o plural, del daño que ocasione la acción u omisión de las autoridades o de los particulares, por cuanto para ello el Constituyente y el legislador han previsto otro tipo de acciones, como las acciones de grupo del artículo 88 constitucional, desarrolladas en la Ley 472 de 1998 y el medio de control reparación directa del artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada, b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) la relación de causalidad entre, la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses; dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.

Respecto de las facultades del juez en la acción popular, ha dicho el H. Consejo de Estado¹:

¹ Consejo de Estado- Acción Popular- Radicación No. 85001-23-31-000-2011-00047-01(AP), providencia del 05 de abril de 2013.

“(...) Desde este redimensionamiento del orden jurídico, la supremacía de las normas constitucionales exige, antes que la evocación de un enunciado formal de prevalencia de los derechos colectivos, su plena eficacia material. Y a ese objetivo debe orientarse imperiosamente la actividad de las autoridades, incluyendo la tarea del juez de la acción popular, pues un entendimiento distinto conduciría al desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado social, para el efecto la participación en la protección de los derechos colectivos con la eficacia que su trascendencia exige.

Desde antaño se conoce que un derecho se garantiza si está dotado de mecanismos de protección eficaces, de manera que no es dable sostener que la Carta Política garantiza los derechos colectivos si las autoridades encargadas de su protección no cumplen los deberes que les son exigibles y si el juez no corrige eficazmente las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible.

Quiere decir, entonces que, en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998, sino que su deber tiene que ver con la adopción de las medidas que sean necesarias para restablecer la cosas al estado precedente a la vulneración del derecho o del interés colectivo, de ser ello posible, como lo demandan los mandatos superiores bajo análisis. (...)”

Así mismo, la acción popular también puede ser preventiva, ya que el inciso 2° del artículo 88 de la Ley 472 de 1998, establece que aquella busca evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

En efecto, el Consejo de Estado reiteró que:²

“... conforme a los artículos 1.º, 2.º, 4.º y 9.º de la citada Ley 472, se infiere que la acción popular se caracteriza porque: i) está dirigida a obtener la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva definidos como tales en la Constitución Política, en las leyes y en los tratados celebrados por Colombia; ii) su objetivo es evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos y restituir las cosas a su estado anterior, cuando ello fuere posible; iii) es una acción pública, esto es, como mecanismo propio de la democracia participativa, puede ser ejercida por “toda persona” y, además, para afianzar pedagógicamente un sistema de control social, se señalan expresamente como titulares de esta acción las organizaciones no gubernamentales, las entidades públicas de control, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los personeros y los servidores públicos; iv) es una acción autónoma y principal; v) no tiene carácter sancionatorio respecto de aquel contra quien se dirijan las pretensiones y, eventualmente, recaiga la sentencia

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de agosto de 2019, radicación: 88001-23-33-000-2015-00011-01(AP), C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

estimatoria; y, finalmente, vi) no ha sido instituida como mecanismo de control judicial de las leyes, en consecuencia, cuando con fundamento en la eventual violación o amenaza a un derecho o interés colectivo se pretenda impugnar una ley o que se imparta una orden al Legislador, habrá de acudir a las acciones pertinentes”

De esta manera, la lesión o puesta en peligro de los derechos colectivos debe estar debidamente probada (artículo 30 de la Ley 472 de 1998), para lo cual el actor popular acreditará la existencia de i) una acción u omisión de la parte demandada; ii) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y iii) la relación o nexo de causalidad entre la acción u omisión y la afectación de los derechos e intereses.

3. DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS INVOCADOS

En reiterada jurisprudencia el H. Consejo de Estado ha manifestado que los derechos colectivos son aquellos mediante los cuales aparecen comprometidos los intereses de la comunidad y cuyo radio de acción va más allá de la esfera de lo individual o de los derechos subjetivos previamente definidos por la ley, diferenciando los derechos colectivos con los individuales comunes a un grupo de personas determinadas o determinables.

Por tanto, los derechos colectivos a pesar de pertenecer a todos los miembros de una comunidad ninguno puede apropiarse de ellos con exclusión de los demás; en tanto que en relación con los derechos individuales, cada uno de los sujetos que pertenecen al grupo puede obtener la satisfacción de su derecho de forma individual y en momento diferente o puede ejercerlo con exclusión de los demás y sólo por razones de orden práctico pueden reclamar conjuntamente la indemnización cuando han sufrido un daño por una causa común, sin perjuicio de las acciones individuales que cada uno pueda iniciar³.

3.1. EL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y A QUE SU PRESTACIÓN SEA EFICIENTE Y OPORTUNA

Este derecho colectivo busca la protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos, en cuanto a su calidad, precio y cobertura. Frente a esos derechos, al Estado le corresponde su regulación y control con miras a que dichos elementos se cumplan en debida forma.

Acerca del contenido y alcances de este derecho, el H. Consejo de Estado consideró⁴:

³ Consejo de Estado. Sentencia de 10 de mayo de 2007, C.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBON, radicación número: 76001-23-31-000-2003-01856-01(AP).

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación 25000-23-25-000-2003-00254-01(AP) de fecha 10 de febrero de 2005. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

“EL DERECHO COLECTIVO AL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y QUE SU PRESTACIÓN SEA EFICIENTE no se está frente al desarrollo de una función administrativa en los términos del artículo 209 Constitucional, sino de una actividad económica intervenida por el Estado, cuya prestación debida se relaciona directamente con la consecución de sus fines (art. 2 C. N.). El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción “francesa” de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares.

Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de Agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación. De acuerdo con tal disposición se destaca, jurídicamente, que los servicios públicos “son inherentes a la finalidad social del Estado”, pues contribuyen al bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de la población (arts. 2 y 366 ibídem.) y es por ello que su prestación comporta la concreción material de la cláusula Estado Social de Derecho (art. 1 ibídem); así lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, como mecanismo auxiliar en la administración de Justicia (art. 230). De manera que los derechos colectivos que se involucran en la prestación de los servicios públicos no aluden a la función pública propia del Estado, sino a una actividad económica que por implicar el tráfico de servicios inherentes a la finalidad social del Estado, que la doctrina colombiana, con base en expresión foránea, llama “bienes meritorios”, exige la intervención del mismo a través de los instrumentos tradicionales de policía administrativa: regulación y control (inc. 2 art. 365 C. N). En otras palabras, el bien jurídico colectivo por proteger no refiere a la función administrativa, sino a los derechos propios de los consumidores y usuarios particularmente en lo relativo a la calidad del servicio y a su precio. (...).”

Así las cosas, la protección de este derecho, consagrado en el artículo 4° literal j) de Ley 472 de 1998, pretende que se garantice la noción de servicio público, por cuanto es la materialización de éste con miras al bienestar social de todos los ciudadanos; bienestar al cual todos tienen derecho, sin distinciones de ningún tipo. De este modo, la noción de servicio público se constituye en la más clara indicación del Estado Social de Derecho.

3.2. DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Conforme lo señala la Carta Política, i) los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado, siendo deber de este asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, para lo cual se someterán al régimen jurídico que fije la ley (art. 365⁵); ii) es la Ley la que fija

⁵ ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

las competencias, responsabilidades, cobertura, calidad, financiación y, en general, lo relativo a la prestación de los servicios públicos domiciliarios (art. 367⁶); y iii) por lo mismo, corresponde al Presidente de la República señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer, a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten (art. 370⁷).

Sobre el alcance del artículo 365 *ib.*, la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007, explicó que el constituyente “*quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para estos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos*”.

El 311 de la Carta Política señaló, respecto de la competencia de los municipios para la prestación de los servicios públicos, que “*como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes*”.

Con base en lo anterior, se expidió la Ley 142 de 1994, con la que se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios. En su artículo 2°, reguló que la intervención del Estado en los servicios públicos procedería,

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

⁶ ARTICULO 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

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

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

⁷ ARTICULO 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

entre otros eventos, para garantizar la i) “*calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios*”; ii) “*Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios*”; iii) “*Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico*”; vi) “*Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan*”; y, v) la “*Prestación eficiente*”.⁸

Y en el artículo 5° *ib.*, se aclaró que la prestación de los servicios públicos es competencia de los municipios, al punto que cuando el servicio sea suministrado por una empresa privada, corresponde al ente territorial asegurar que su prestación sea eficiente. Expresamente señaló:

“Artículo 5o. Competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos. Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:

5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente.

(...)

5.6. Apoyar con inversiones y demás instrumentos descritos en esta Ley a las empresas de servicios públicos promovidas por los departamentos y la Nación para realizar las actividades de su competencia. (...).”

Frente a la responsabilidad de los municipios en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios los numerales 1 y 9 del artículo 8° de la Ley 388 de 18 de julio de 1997⁹, señalan:

“Artículo 8º.- Acción urbanística. La función pública del ordenamiento del territorio local se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas y a las

⁸ “(...) Artículo 2o. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.

2.3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.

2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.

2.5. Prestación eficiente”.

⁹ Modificado por el artículo 6 de la Ley 1551⁹ de 6 de julio de 2012 “*Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones*”, el cual actualizó y adicionó las funciones de los municipios.

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:

(...)

1. Localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos.

(...)

9. 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.

(...)"

Finalmente, el artículo 76¹⁰ de la Ley 715 de 2001¹¹, aclara que corresponde a los municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial realizar directamente o a través de terceros en materia de servicios públicos, además de las competencias establecidas en otras normas vigentes, la construcción, ampliación, rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos.

4. CASO CONCRETO. LO PROBADO

Conforme a los elementos de juicio allegados al proceso, se tiene que:

- El 4 de julio de 2014 (según se observa en el oficio 18386 emitido por Alcanos SA ESP, obrante a folio 12 y ss. c. ppal. 1) y el 20 de febrero de 2017 (fol. 17 *ib.*), los habitantes del corregimiento de Cajete solicitaron a Alcanos de Colombia SA ESP, que se adelantaran los trámites respectivos para llevar a cabo la expansión del servicio de gas domiciliario por redes hasta ese sector.

- Con oficio 18386 del 24 de julio de 2014 (fol. 12-14), Alcanos de Colombia SA ESP, explicó que Cajete no se encontraba en el plan de expansión para el año 2014, pero que la compañía consideraría dicha solicitud para la elaboración del programa de expansión del próximo año. Además, que se

¹⁰ "Artículo 76. Competencias del Municipio en otros sectores. Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:

76.1. Servicios Públicos.

Realizar directamente o a través de terceros en materia de servicios públicos además de las competencias establecidas en otras normas vigentes la construcción, ampliación rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos. (...)"

¹¹ "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".

estaba “ejecutando un plan de inversiones para la extensión de la cobertura del servicio público de gas domiciliario a todas las zonas de influencia de forma organizada y técnica para garantizar de esta manera el servicio y la calidad del mismo; ajustándose a la programación y cronogramas de trabajo de acuerdo a los diseños de construcción inicialmente propuestos y aprobados; para el goce del servicio público se requiere de la disposición de recursos y la planificación financiera para la inversión, lo que hace que llevar el servicio a una población sea un objetivo propuesto por la empresa a corto o largo plazo. Lo anterior con el propósito de aumentar progresivamente la cobertura del servicio en diferentes zonas, pero para ello, la compañía está sujeta a las posibilidades técnicas y el plan de inversiones o expansión que implica la disposición de recursos y la planificación de la inversión.”.

- Mediante oficio del 27 de febrero de 2017 (fol. 18-19 c. ppal. 1), Alcanos de Colombia S.A ESP reiteró su negativa argumentando que Cajete no estaba incluido en el plan de expansión para la actualidad, y que de momento no se cumplía con la factibilidad económica y financiera, que permitiera minimizar los costos de expansión del servicio.

- Contra el anterior pronunciamiento presentaron los recursos de reposición y en subsidio apelación (fol. 20 *ib.*). Por ello, mediante oficio del 24 de marzo de 2017 (fol. 21-22 c. ppal. 1), Alcanos SA ESP, reiteró que dicha ampliación no se encontraba incluida en el Plan de Expansión de la compañía; que no existía viabilidad financiera para ejecutar dicha ampliación de red, toda vez que la inversión superaba los límites establecidos por la compañía; y que el sector requería de permisos de intervención del espacio público por parte de Planeación Municipal, intervención franja vial por INVIAS y permiso ambiental de la CRC.

- Mediante Resolución No. SSPD 201735000219955 del 28 de abril de 2017 (fol. 94-97 c. ppal. 1), la Superintendencia de Servicios Públicos resolvió el recurso de apelación señalado y, con base en el artículo 28 de la Ley 142 de 1994, que define el contrato de servicios públicos como un contrato uniforme; en la Resolución CREG 067 de 1995, y el Contrato de Condiciones Uniformes de Alcanos de Colombia SA ESP, confirmó la decisión de Alcanos de Colombia SA ESP, señalando:

"En razón a lo anterior y en virtud de que en los planes de expansión de la prestadora no se encuentra contemplado el lugar donde solicita el usuario la prestación del servicio, considera este despacho ajustada a derecho la decisión de la prestadora en el sentido de que informa a la usuaria la razón por la cual no se ha podido hacer efectiva la instalación garantizando su derecho de petición debido proceso.”.

- El 22 de junio de 2017 (fol. 27 c. ppal. 1), los actores, solicitaron al municipio de Popayán la asignación de recursos para la expansión del servicio de gas

domiciliario por tubería, y que una vez fueran adjudicados, se celebrara el convenio con la Empresa Alcanos de Colombia S.A. E.S.P.

Tal petición que fue resuelta de manera desfavorable con el oficio del 17 de julio de 2017 (fol. 29 c. ppal. 1), donde se indicó que el presupuesto disponible para la ejecución de obras es limitado; razón por la cual se les invitó a contactar a las juntas comunales de las veredas correspondientes, con el fin de proponer la obra en las asambleas que se realizan para ello y obtener así los recursos a través del presupuesto participativo.

- Con Oficio 100.53 de fecha 5 de julio de 2017 (fol. 30 *ib.*), la Corporación Autónoma Regional del Cauca CRC, se pronunció indicando que dentro de sus funciones no tenía la competencia de aprobar y adjuntar recursos económicos para la ampliación de las redes.

- Según consta en los anexos a la contestación a la demanda presentada por Alcanos de Colombia SA ESP, la inversión requerida para lograr la expansión del servicio de gas domiciliario por redes al Corregimiento de Cajete, asciende a \$538.716.783. (folio 92 p. ppal).

- La Oficina Asesora de Gestión del Riesgo de Desastres, señaló que la estabilidad del terreno de Cajete presenta una amenaza por deslizamiento media en un 89%, alta en 6% y baja de 5% (fol. 72-75 c. pbas.); y frente a la amenaza media explicó:

“Esta zona se caracteriza por una moderada susceptibilidad ante la ocurrencia de movimientos en masa. En estas áreas es probable que se generen movimientos en masa con magnitudes iguales o mayores de 2.500 m², detonados por eventos de lluvias críticas, al menos una vez, en un periodo de recurrencia promedio de 10 años, y por sismos recurrentes pueden detonar movimientos en masa de magnitud menor a 2500 m².

En general, las coberturas del suelo asociadas con los movimientos en masa son los pastos enmalezados, los pastos degradado, los bosques de pino y de eucalipto, las áreas agrícolas y los bosques riparios o de galería (en las márgenes de los drenajes, que en general, corresponden a las zonas de alta pendiente).”

- Dictamen Pericial rendido por Vilma Duymovic García (fol. 85-100 c. pbas.), donde con base en la visita realizada el 12 de junio de 2019, al Corregimiento de Cajete con algunos miembros de la comunidad, consideró:

“1. De acuerdo con la visita realizada al sector y analizando el terreno considera que técnicamente es posible llevar a cabo el proyecto, el sector no presenta fuertes pendientes, zonas inestables, macizos rocosos que puedan impedir la instalación de las redes.

2. *En cuanto al componente económico y financiero la empresa Alcanos de Colombia S.A E.S.P. manifiesta que no es posible dado que el costo del proyecto sería de \$538.716.783,00 a 30 de noviembre de 2018, por medio de redes, con este costo según la empresa no recupera la inversión y cuenta con 379 predios que cumplen con los requisitos. La empresa requiere que sean alrededor de 500 usuarios. Hay en el sector usuarios potenciales que una vez se legalice su situación podrían acceder al servicio de gas domiciliario.*

3. *La empresa Alcanos de Colombia S.A E.S.P. deja a la comunidad por fuera del programa de expansión de redes al sector de Cajete y veredas aledañas, además no presenta alternativas, como montar una planta gasificadora y a partir de esta realizar la distribución.*

4. *Proponer una subestación gasificadora en el sector y considerar si los costos financieros y económicos se reducen.*

(...)

12. *Se recomienda a la comunidad de cajete gestionar ante ESAP (Escuela de Administración Pública) en el programa de formulación de proyectos buscar apoyo para formular el Proyecto de suministro de gas natural por redes y de esta forma buscar recursos y mediante programas de apoyo cooperación y cofinanciación vincular el dicho proyecto.*

13. *El sector presenta crecimiento en la población con nuevas parcelaciones como lo son La Asociación Villa Nancy y La Lajita, además de las zonas de recreo y descanso que ofrece el sector.”*

- En el presente asunto, Myriam Saldaña de Vega (CD obrante a folio 188 c. ppal. 1), rindió interrogatorio donde adujo que es la dueña del Estadero Compay ubicado en la vereda Alto Cajete; que era necesario y urgente para el corregimiento tener gas domiciliario, porque actualmente se debe utilizar leña y/o cilindros de gas que surten frecuentemente dos empresas en el corregimiento, situación que perjudica a sus habitantes y en especial a los establecimientos de comercio, por el alto costo que generan los mismos.

- María Amparo Prado (fol. 188 *ib.*), refirió, en síntesis, que vive en la ciudad de Popayán y recibe el servicio de gas domiciliario por parte de Alcanos de Colombia S.A ESP, lo cual es considerablemente más económico en relación con el gas por cilindros.

5. RESOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

5.1.- El *A quo* negó las pretensiones de la demanda argumentando que si bien la prestación del servicio de gas por redes domiciliarias mejora la calidad de vida y el bienestar general de sus habitantes, lo cierto es que este servicio tiene un contenido programático y su efectividad no puede ser exigida a través de mecanismos judiciales, ya que ha sido dispuesto por la Ley que la expansión de redes domiciliarias y la ampliación de su cobertura no solo depende de la voluntad estatal, sino de los proyectos planteados por las

empresas prestadoras del servicio, sean oficiales, mixtas o privadas, conforme a la factibilidad técnica, económica y financiera; que la falta de prestación de este servicio a través de redes domiciliarias no afecta la vida o salubridad pública, máxime cuando puede ser suplido con otros tipos de energías; y que la parte actora no acreditó la existencia de un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio del derecho colectivo alegado.

5.2. A su turno, la parte actora recurrente reiteró que con la omisión de las entidades demandadas se ha desconocido y violentado el derecho colectivo de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, por lo que debía ordenarse al ente territorial que se adelanten los trámites administrativos y se hagan las apropiaciones presupuéstales a que haya lugar para que se preste el servicio público de gas domiciliario por redes a los habitantes del corregimiento de Cajete, bien sea a través de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. o de cualquier otro operador. Además, que se encuentran en una situación de desigualdad, ya que Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. ha hecho inversiones en otros lugares, sin tener en cuenta a dicha comunidad, lo que ha generado que su nivel de vida no se atempere a los estándares normales de dignidad.

5.3. Tal y como se explicó en el acápite 3.3 *ut supra*, se tiene que el Estado es el responsable de la prestación de los servicios públicos, ya sea en forma directa o indirecta a través de comunidades organizadas o los particulares.

En efecto, el Congreso de la República expidió la Ley 142 de 1994 *“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”* y en ella se estableció el servicio público domiciliario de gas combustible como el *“conjunto de actividades ordenadas a la distribución de gas combustible, por tubería u otro medio, desde un sitio de acopio de grandes volúmenes o desde un gasoducto central hasta la instalación de un consumidor final, incluyendo su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de comercialización desde la producción y transporte de gas por un gasoducto principal, o por otros medios, desde el sitio de generación hasta aquel en donde se conecte a una red secundaria”*¹².

De la norma transcrita se desprende que hay dos actividades reguladas por la Ley 142 ya mencionada: la primera, referida al servicio público domiciliario de distribución de gas combustible propiamente dicho, que comprende la

¹² “Ley 142 de 1998. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. (...)”
ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:(...)”
14.28. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE GAS COMBUSTIBLE (...).”

distribución del gas combustible¹³ desde un sitio de acopio de grandes volúmenes o desde un gasoducto central hasta la instalación de un consumidor final incluyendo su conexión, medición y venta; y la segunda, referida a la comercialización del gas¹⁴ desde la producción del gas, el transporte del gas desde el sitio de generación hasta el sitio en donde el gasoducto se conecte a una red secundaria.

En estas actividades intervienen los denominados agentes operacionales o agentes, que son las personas naturales o jurídicas entre las que se dan las relaciones técnicas y/o comerciales de compra, venta, suministro y/o transporte de gas natural, comenzando desde la producción y pasando por los sistemas de transporte hasta alcanzar el punto de salida de un usuario.¹⁵

Empero, con base en lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 142 de 1994, la intervención del Estado en los servicios públicos procede, entre otros eventos, para garantizar la i) *“calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios”*; ii) *“Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios”*; iii) *“Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico”*; vi) *“Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan”*; y, v) la *“Prestación eficiente”*.(Se subraya).

Si bien, la intervención estatal en el marco de la prestación de los servicios públicos comprende la ampliación permanente de la cobertura y la prestación continua o ininterrumpida de estos, lo cierto es que dicha normativa también incluye un límite a tal acción, como en el evento de que existan razones de fuerza mayor, caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.

5.4. En el presente asunto, la negativa de Alcanos de Colombia SA ESP, en adelantar la expansión de redes hasta el corregimiento de Cajete, se ha fundamentado en que tal labor i) no se encuentra contenida en el plan de expansión y ii) no resulta económicamente viable.

Al respecto, la Superintendencia de Servicios Públicos, en el Concepto Unificado No. SSPD-OJU-2009 01, afirmó que *“las empresas podrán negar las solicitudes de servicios por razones de carácter técnico y/o por no*

¹³ GAS COMBUSTIBLE: Es cualquier gas que se encuentre comprendido en cualquiera de las cuatro definiciones anteriores [gas natural, gas no asociado, gas no licuado de petróleo-GLP, gas natural comprimido GNC] independientemente de que sea finalmente utilizado o no para combustión. Es el gas al que se dirige la regulación de la CREG. <http://www.superservicios.gov.co/content/download/4720/45540/file/Glosario-Delegada-EyG-jul-14.pdf>

¹⁴ Resolución 071 de 1999 de la CREG. Artículo 1. Definiciones. COMERCIALIZACIÓN DE GAS COMBUSTIBLE: Actividad de compra, venta o suministro de gas combustible a título oneroso

¹⁵ *Ibidem*.

encontrarse dentro del programa de inversiones de la empresa, a menos que en este último evento el interesado asuma los costos que adicionalmente se causen. (Art. 3 decreto 1842 de 1991; art. 9.3 ley 142 de 1994). En todo caso debe observarse que el derecho a la prestación del servicio está condicionado al pago de las tarifas de conexión a que haya lugar y a la posibilidad técnica de la prestación del mismo. (Art. 4 decreto 1842 de 1991).”.

En el mismo sentido, mediante concepto 894 del 3 de diciembre de 2018, señaló lo siguiente:

“ (...) si bien el acceso a los servicios públicos domiciliarios es un derecho de todas las personas, este, como todos los derechos, no es absoluto, por lo que depende para su ejercicio de (i) las condiciones en las que se encuentren el usuario y el inmueble a la luz del marco normativo vigente, y (ii) de la capacidad con que cuente el prestador para acceder a la solicitud de conexión del servicio, la cual debe analizarse a la luz de la mayor o menor disponibilidad del bien a suministrar, así como de las condiciones técnicas de la red con la que se pretenda suministrarlo.

Conforme lo expuesto, si el usuario y el inmueble no se encuentran en las condiciones previstas por la ley, la regulación y el prestador, o este último carece de capacidad técnica o económica para prestar el servicio, sería justificable la negativa a contratar, la que, en todo caso, es susceptible de análisis por parte de esta Superintendencia, a la luz de lo dispuesto en los artículos 154 de la Ley 142 de 1994 y 2.3.1.2.7 del Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015.

En cuanto a si un prestador tiene capacidad para atender a nuevos usuarios, consideramos que la mayor o menor capacidad de una red para atender un nuevo usuario, es un asunto técnico y/o económico, que debe ser analizado por quien suministrará el servicio de manera cuidadosa, habida cuenta que la negativa no justificada del servicio, podría vulnerar en forma grave, los derechos a cargo de los potenciales usuarios que lo solicitan...”.

Según lo visto, el acceso al servicio público domiciliario no es un derecho absoluto, puesto que depende, primero, de las condiciones en que se encuentre el inmueble y el usuario, y segundo, de la capacidad “con que cuente el prestador para acceder a la solicitud de conexión del servicio, la cual debe analizarse a la luz de la mayor o menor disponibilidad del bien a suministrar, así como de las condiciones técnicas de la red con la que se pretenda suministrarlo”.

Tales razones, han sido avaladas también por la Corte Constitucional, la cual en la sentencia T-614 de 1995, aclaró que cuando se trate de motivos de carácter técnico y/o financiero, no puede ordenarse a una empresa de servicios públicos “la ampliación de la cobertura del servicio, porque ello desconoce los presupuestos y requisitos de naturaleza económica, técnica y de diverso orden que al presente impiden la atención a los actores”. En dicho pronunciamiento se concluyó:

"El anterior criterio es aplicable al caso sub lite. Tanto en las respuestas verbales que la empresa dice haber dado, como en la respuesta escrita, se advierte, respecto a la inquietud de los peticionarios una posición negativa, fundada en motivos técnicos y económicos. La Sala estima que el derecho de petición no implica la adopción de una decisión necesariamente favorable y que en esas condiciones, no es posible, mediante la acción de tutela disponer la ampliación de la cobertura del servicio, porque ello desconoce los presupuestos y requisitos de naturaleza económica, técnica y de diverso orden que al presente impiden la atención a los actores.

No ignora la Sala que la disposición de un servicio como el reclamado repercute positivamente en la calidad de vida, y tampoco desconoce que no es idéntica la situación de quienes disfrutan el servicio y la de quienes carecen de él, sin embargo, no toda diferenciación constituye una discriminación y en casos como el examinado, la diferencia no se apoya en criterios caprichosos o arbitrarios sino que encuentra sustento en las dificultades, de diversa índole, que la satisfacción de una solicitud de prestación de servicios públicos domiciliarios acarrea. La atención demandada, por depender de variados factores, no puede prestarse inmediatamente".

Ello no significa que la prestación del servicio público de gas domiciliario no tenga trascendencia, sino que fue la misma Ley 142 de 1994, la que priorizó la atención de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico, por encima de los servicios de energía, telefonía, y gas domiciliario. De esta manera, resulta ajustado a derecho que la cobertura en el servicio de gas domiciliario dependa de los planes y metas que a mediano y largo plazo se fijen tanto las empresas públicas como las privadas para la expansión de sus redes.

Es así como en el presente asunto, con ocasión de la negativa dada por la empresa de servicios públicos el 27 de febrero de 2017, la parte actora interpuso los recursos de reposición y apelación; el primero resuelto por Alcanos de Colombia SA ESP, y el segundo, por la Superintendencia de Servicios Públicos, quien mediante Resolución No. SSPD-20178500021955 del 28/04/2017 (fol. 94-97 c. ppal. 1), con base en el artículo 28 de la Ley 142 de 1994, que define el contrato de servicios públicos como un contrato uniforme; en la Resolución CREG 067 de 1995, y el Contrato de Condiciones Uniformes de Alcanos de Colombia SA ESP, confirmó la decisión antes mencionada, manifestando lo siguiente:

"En razón a lo anterior y en virtud de que en los planes de expansión de la prestadora no se encuentra contemplado el lugar donde solicita el usuario la prestación del servicio, considera este despacho ajustada a derecho la decisión de la prestadora en el sentido de que informa a la usuaria la razón por la cual no se ha podido hacer efectiva la instalación garantizando su derecho de petición debido proceso."

Y según el Contrato de Prestación del Servicio Público de Distribución y/o Comercialización de Gas Combustible por Red en el Mercado Regulado, de Alcanos de Colombia SA ESP (fol. 98 y ss. del c. ppal. 1), el suministro de

dicho servicio procede sólo dentro de las condiciones comerciales, técnicas y/o financieras de dicha empresa¹⁶, por lo que es posible negar la prestación del servicio en algunos eventos. Es así como en el Título II “CONDICIONES UNIFORMES”, Capítulo I “DISPOSICIONES GENERALES”, numeral 6, se consigna lo siguiente (fol. 116 *ib.*):

“6. DE LA NEGACIÓN DEL SERVICIO: ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P sólo podrá negar la solicitud de conexión en los siguientes casos
a. Por razones técnicas susceptibles de ser probadas. (...)
f. Por no existir redes locales en el sector en el cual se encuentra ubicado el inmueble del solicitante. (...)
m. Por no encontrarse el sector en los planes de expansión y programa de inversiones de ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. (...).”

Lo que se atempera a su vez con lo dispuesto en la Resolución CREG 067 de 1995¹⁷, así como en los artículos 17 de la Resolución CREG 108 de 1997¹⁸, 94 de la Resolución CREG 057 de 1996¹⁹, entre otros.

No puede obviarse que la ampliación de redes no corresponde a un trámite automático, sino que requiere de una serie de estudios que avalen, desde el punto de vista técnico, tal actividad; al punto que conforme a la regulación antes citada, se permite que la empresa no preste el servicio público por

¹⁶ “3. CONDICIONES PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO: ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. suministrará el servicio de gas combustible dentro de sus condiciones comerciales, técnicas y/o financieras, en las condiciones de continuidad y calidad establecidas por ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., por la CREG, y por las demás normas expedidas por las autoridades competentes, siempre y cuando el inmueble objeto del servicio cumpla todos los requisitos de tipo urbanístico fijados por las autoridades nacionales y municipales donde esté ubicado; las instalaciones internas cumplan con la normatividad vigente y cuenten con el certificado de conformidad o el informe de inspección con resultado correcto debidamente expedido por un organismo de inspección o certificación acreditado ante el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia (ONAC) y se cancele el respectivo cargo de conexión al servicio. (...)”.

¹⁷ Sobre las REDES DE DEISTRIBUCIÓN, en el numeral 2.5, se indicó:

“2.12. Las redes de distribución se proyectarán, ejecutarán y operarán en función del plan de expansión presentado para la definición de la fórmula tarifaria, o en la licitación de concesiones o áreas de distribución exclusivas, y deberán considerar las necesidades del momento, las previsiones deducidas del crecimiento vegetativo, y el desarrollo económico y social dentro del área cubierta por la concesión.

2.13. El distribuidor o el comercializador solo podrá negar las solicitudes de servicio por razones de carácter técnico”.

¹⁸ “Artículo 17º. *Negación del servicio. La empresa solo podrá negar la solicitud de conexión del servicio en los siguientes casos:*

a) Por razones técnicas susceptibles de ser probadas que estén expresamente previstas en el contrato. (...)”.

¹⁹ “ARTICULO 94º. OBLIGACIÓN DE LOS COMERCIALIZADORES EN RELACIÓN CON LOS PEQUEÑOS CONSUMIDORES. - Obligación de comercializar en el mercado regulado. Sin perjuicio de las excepciones previstas para las áreas de servicio exclusivo, los comercializadores de gas combustible por redes de tubería a pequeños consumidores, tendrán la obligación de atender todas las solicitudes de suministro a los consumidores residenciales y no residenciales de las áreas en donde operen, siempre y cuando existan condiciones técnicas razonables dentro de un plan de expansión de costo mínimo, de acuerdo con lo previsto en la Ley 142 de 1994, en el Código de Distribución, en los contratos de servicios públicos de condiciones uniformes y en los contratos de áreas de servicio exclusivo, cuando sea el caso. Los concesionarios, al amparo de la legislación vigente antes de la Ley 142 de 1994, están sujetos igualmente a esta regla en las áreas efectivamente atendidas”.(Se subraya)

redes, de acuerdo con el factor de capacidad, esto es, cuando de las condiciones técnicas de la red con la que se pretenda suministrarlo, no lo permitan.

En los anteriores términos, se tiene que la negativa de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., en prestar el servicio de gas domiciliario a través de redes para el corregimiento de Cajete, no corresponde a una decisión caprichosa, discriminatoria o infundada. Por el contrario, se sustenta en razones técnicas representadas en la inexistencia de redes locales, así como en el hecho de ese sector no se encuentra en los planes de expansión y programa de inversiones de la empresa.

Además, está demostrado que la Oficina Asesora de Gestión del Riesgo de Desastres, concluyó que la estabilidad del terreno de Cajete, donde deberían adelantarse las obras para el proyecto, presentaba una amenaza por deslizamiento: media en un 89%, alta en 6% y baja de 5% (fol. 72-75 c. pbas.); factor que incide en la implementación de un plan a corto plazo, y repercute en los costos finales de este.

Es de aclarar que si bien en el dictamen pericial practicado en el presente asunto, se indicó que se podía llevar a cabo el proyecto en el sector, lo cierto es que frente al componente económico y financiero, según el cual, la empresa Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. manifiesta que el costo del proyecto a 30 de noviembre de 2018, sería de \$538.716.783,00, inversión que no se recupera sino con un mínimo de 500 usuarios, solamente aclaró que se *“cuenta con 379 predios que cumplen con los requisitos. La empresa requiere que sean alrededor de 500 usuarios. Hay en el sector usuarios potenciales que una vez se legalice su situación podrían acceder al servicio de gas domiciliario”*. Aserto que no corresponde a una conclusión, ya que sólo indica que existen usuarios potenciales, sin establecer el número o la certeza de su existencia, lo que no permite desvirtuar el argumento económico planteado por la entidad y que ya fue mencionado.

5.5. Por otra parte, destaca la Sala que si bien la prestación del servicio público de gas domiciliario repercute en la calidad de vida y bienestar de los usuarios, lo cierto es que en el presente asunto no se demostró, de manera evidente, la afectación del derecho colectivo cuya protección se solicita.

En primer lugar, este servicio público tiene un contenido programático (Corte Constitucional sentencia T-207 de 1995) y, en principio, su efectividad no puede ser exigida a través de mecanismos judiciales porque ha sido voluntad del legislador que la expansión de redes domiciliarias y la ampliación de su cobertura no solo dependa de la voluntad estatal, sino de los proyectos trazados por las empresas prestadoras del servicio, cualquiera sea su

naturaleza -oficiales, mixtas o privadas- y conforme a la factibilidad técnica, económica y financiera.

Como lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia T-614 de 1995, a pesar de que el servicio de gas domiciliario repercute positivamente en la calidad de vida de quien lo disfruta, el hecho de que no se preste por razones técnicas, inherentes a su naturaleza misma del servicio, no evidencia *per se* la vulneración de derechos, ya que, *“no toda diferenciación constituye una discriminación y en casos como el examinado, la diferencia no se apoya en criterios caprichosos o arbitrarios sino que encuentra sustento en las dificultades, de diversa índole, que la satisfacción de una solicitud de prestación de servicios públicos domiciliarios acarrea”*.

Incluso, en la sentencia T-188 de 2018, donde estudió una acción de tutela interpuesta por el agente oficioso de una persona de la tercera edad, quien solicitaba la activación de los servicios públicos de agua, energía y gas domiciliario, que le fueron suspendidos por la falta de pago; precisó que *“la falta de suministro de gas natural no pone en riesgo la integridad del hogar (...), en la medida que a través del servicio de energía eléctrica o de la adquisición de pipetas de gas, se puede suplir el suministro de este servicio.”*

En el interrogatorio rendido por Myriam Saldaña de Vega, dueña del Estadero Compay, ubicado en la vereda Alto Cajete (CD obrante a folio 188 c. ppal. 1), adujo que era necesario y urgente para el corregimiento tener gas domiciliario, porque actualmente debían utilizar leña y/o cilindros de gas que surten frecuentemente dos empresas en el corregimiento; situación que perjudica a sus habitantes y en especial a los establecimientos de comercio, por el alto costo que generan los mismos.

De ello se desprende que la vulneración de derechos alegada se fundamenta en el costo que tiene el servicio de gas propano por cilindros, y no propiamente de la falta de este servicio; lo que, en consonancia con lo planteado por la Corte, permite concluir que los habitantes de dicho corregimiento sí pueden hacer uso de otros medios para suplir sus necesidades, al punto que hay dos empresas que frecuentemente hacen el reparto de este elemento; hecho que no permite evidenciar la vulneración de los derechos colectivos alegados.

En otras palabras, el servicio de gas domiciliario puede ser reemplazado por energía o gas por cilindros, sin que ello trasgreda derechos de los accionantes; máxime cuando en el presente asunto, la negación del servicio no se debe a criterios caprichosos o arbitrarios, sino a un sustento de carácter técnico y financiero, que reconoce el sistema jurídico.

5.6. Lo anterior no es óbice para que, tal y como lo dispuso la *a quo*, y teniendo en cuenta la actuación permanente de los ciudadanos del corregimiento de Cajete, que han buscado ante la empresa y el municipio la ampliación de las redes y del servicio hasta ese lugar, se inste a i) Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., para que en la siguiente actualización del plan de expansión del servicio, se coloque en consideración la inclusión en este, del corregimiento de Cajete, previa concertación y estudio de su viabilidad con el Municipio de Popayán y el Departamento del Cauca, de acuerdo con las competencias definidas en la ley 142 de 1994 y normas concordantes; ii) a los accionantes para que propongan la expansión del servicio de gas domiciliario, en las asambleas realizadas por la Secretaría de Gobierno del municipio de Popayán para el efecto; y iii) al municipio de Popayán para que, que a través de la Secretaría de Gobierno, convoque a una asamblea de priorización a la población del corregimiento de Cajete, con el apoyo de las JAL y/o juntas de acción comunal correspondientes, así como a los representantes de Alcanos S.A ESP, con el fin socializar la necesidad manifestada por los habitantes del sector, sobre la ampliación de las redes de gas domiciliario. Y que si de la reunión se colige la priorización de la necesidad expuesta, la autoridad local deberá adelantar los trámites administrativos establecidos en el Acuerdo 015 del 29 de julio de 2015, por el cual se reglamenta el presupuesto participativo del Municipio de Popayán, con el fin de concertar con la empresa prestadora del servicio y la comunidad, una partida para la realización de esta obra, sin perjuicio de las gestiones que se puedan adelantar ante el gobierno nacional y departamental con el mismo objetivo.

5.7. Por último, si bien la Sala coincide con los argumentos planteados por la *a quo*, considera pertinente modificar el numeral QUINTO del fallo apelado, bajo el entendido de que, como no se encontró vulneración de los derechos alegados, no puede proferirse una orden imperativa sino instar al ente territorial a que adelante las labores correspondientes de acuerdo con sus competencias.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, el cual quedará así:

“QUINTO: INSTAR al alcalde del MUNICIPIO DE POPAYÁN, para que a través de la Secretaría de Gobierno, convoque a asamblea de priorización a la población del corregimiento de Cajete, con el apoyo de las JAL y/o juntas de acción comunal correspondientes, así como a los representantes de Alcanos S.A ESP, y la Defensoría del Pueblo, para que dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, socialice la necesidad manifestada por los habitantes del sector sobre la ampliación de las redes de gas domiciliario. Si de la reunión se colige la priorización de la necesidad expuesta, la autoridad local deberá adelantar los trámites administrativos establecidos en el Acuerdo 015 del 29 de julio de 2015, por el cual se reglamenta el presupuesto participativo del Municipio de Popayán, con el fin de concertar con la empresa prestadora del servicio y la comunidad, una partida para la realización de esta obra, sin perjuicio de las gestiones que se puedan adelantar ante el gobierno nacional y departamental con el mismo objetivo.”

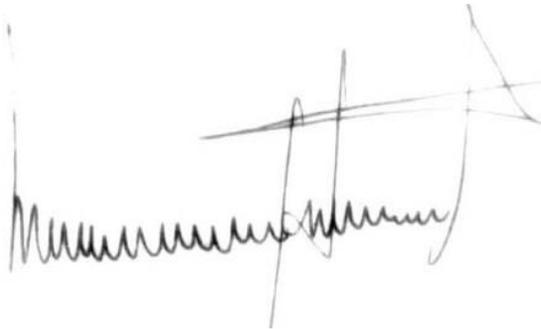
SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado.

TERCERO. - En firme esta providencia, DEVOLVER el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala en sesión de la fecha.

Los Magistrados,



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ