

DICTAMEN PERICIAL - Objeción por error grave

El error grave al cual se refiere el artículo 238.4 del Código de Procedimiento Civil es aquel derivado de una observación equivocada del objeto del dictamen, lo cual ocurre cuando se estudian materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia; o cuando se altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, es decir, cuando el perito rinde su dictamen a partir de una percepción evidentemente equivocada del mismo. Ahora, de la norma procesal se infiere claramente que el presupuesto necesario para la formulación de la objeción por error grave es que éste haya sido determinante en las conclusiones del dictamen.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 238 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 5 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 29 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 44

NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar: sentencias del 31 de octubre de 2007, exp. 25177, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 25 de agosto de 2011, exp. 14461, C.P. Danilo Rojas Betancourth y del 28 de septiembre de 2011, exp. 15476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 8 de septiembre de 1993, exp. 3446.

DICTAMEN PERICIAL - No prospera objeción por error grave / REGLAMENTO TECNICO DE INSTALACIONES ELECTRICAS - Vigencia / FACULTADES DEL JUEZ EN LA APRECIACION DEL DICTAMEN PERICIAL - Puede tener en cuenta las observaciones técnicas realizadas por el perito, pero separarse de sus conclusiones si el análisis del marco normativo así lo determina / PERITO - Funciones / REDES DE ENERGIA ELECTRICA Y DE TELEFONOS - Instalación en la fachada de las casas

La Sala considera que, a pesar de la imprecisión del perito respecto a la vigencia del Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas-RETIE, el objeto del dictamen no fue cambiado o desnaturalizado y, en consecuencia, la objeción formulada por EMCALI no está llamada a prosperar. En efecto, aunque en dicho dictamen se afirmó que la norma con base en la cual se rendía –el RETIE- regía en Colombia desde el 4 de octubre de 2002, le asiste razón a la entidad objetante cuando señala que, en realidad, no estaba vigente al momento de rendir la experticia -1 de abril de 2004-, pues la resolución del Ministerio de Minas y Energía que lo adoptó, esto es, la No. 180398 de 2004, solo fue expedida el 7 de abril de 2004. No obstante y dado que, por una parte, dicho error no implica que las observaciones factuales realizadas carezcan de pertinencia para efectos de este proceso y que, por otra, en ningún momento la labor del perito desplaza la del juez y, en consecuencia, las apreciaciones y conclusiones de aquel en torno a la aplicación de normas jurídicas están sujetas a un estudio y valoración críticos por parte del juzgador quien, en todo caso, puede tener en cuenta las observaciones técnicas hechas por el experto, pero separarse de sus conclusiones si el análisis del marco normativo así lo determina, la Sala estima que el mencionado error no implica, por sí mismo, un cambio en las cualidades propias del objeto analizado ni, menos aún, su desnaturalización. Sobre el particular vale la pena anotar que, aunque en los términos utilizados por el actor popular al momento de solicitar la prueba de inspección judicial, sustituida por el a quo por el dictamen pericial, esta tenía por objeto verificar la vulneración presente de los derechos colectivos enunciados, al permanecer el cableado en las paredes de las fachadas de nuestras viviendas, lo cierto es que, en el marco de su labor, al experto sólo le correspondía poner de presente las circunstancias fácticas que, según su conocimiento calificado, podían dar lugar a la vulneración de dichos derechos, pero no concluir sobre la misma, toda vez que esta tarea implica un análisis normativo que le compete de manera exclusiva al juez. Así pues, no podría afirmarse válidamente que el objeto del dictamen era verificar dicha vulneración y que, al fundarse en una norma que no había empezado a regir, el perito incurrió en un error grave; en realidad, el objeto

de la experticia era la verificación del estado del cableado presente en las fachadas de las casas señaladas por el actor popular y su posible incidencia en la vulneración de derechos colectivos como aquel a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, correspondiendo al fallador determinar si, de acuerdo con la información aportada por el perito, se configuraba o no dicha vulneración.

NOTA DE RELATORIA: En relación con las funciones del perito y la distinción respecto de las facultades del juez, ver, sentencia del 17 de mayo de 2007, exp. 25000-23-26-000-2003-01042-01(AP), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

REDES DE ENERGIA ELECTRICA Y DE TELEFONOS - Instalación en la fachada de las casas / RIESGO DE ELECTROCUCION - Instalación de redes de energía eléctrica en la fachada de las viviendas

Está suficientemente probado en el expediente que: i) tal como afirmó el actor popular en su demanda, los cables de energía eléctrica estaban adosados a las fachadas de las casas ubicadas en la calle 15bN entre avenidas 9aN y 10N; ii) dichos cables habían sido instalados desde hacía varios años, sin que se les hubiera hecho mantenimiento, iii) los mismos comenzaban a presentar problemas de aislamiento generador de riesgos eléctricos por la cercanía con las viviendas, iv) la instalación de nuevos postes habría podido generar obstrucción al espacio público, y v) la misma demandada reconoció que había lugar a cambiar la red eléctrica para ajustarla a las nuevas normas técnicas, hizo múltiples propuestas en dicho sentido y, finalmente, adelantó los trámites para llevarlo a cabo, la Sala considera que corresponde confirmar el amparo a los derechos colectivos mencionados, concedido por el *a quo*. No obstante, comoquiera que éste se formuló en la parte motiva del fallo y no en la resolutive, se modificará la sentencia para hacer explícito este punto.

JUEZ DE LA ACCION POPULAR - Potestades para garantizar los derechos colectivos vulnerados o amenazados / PROTECCION DE LOS DERECHOS COLECTIVOS VULNERADOS - Se satisface con las órdenes que el juez considera pertinentes y congruentes con la protección concedida, además de que su realización resulte viable y eficaz / RED ELECTRICA SUBTERRANEA - Dificultades financieras y técnicas

Una vez se encuentra acreditada la vulneración o amenaza de un derecho colectivo, corresponde al juez popular adoptar, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, las órdenes de hacer o de no hacer indispensables para garantizar el derecho amparado, definiendo de manera precisa la conducta a cumplir, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño y, en fin, exigir la realización de las actuaciones necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. Lo anterior no implica que deba accederse automáticamente a lo solicitado por el accionante sino que le corresponde, consciente como debe ser de las implicaciones de sus fallos, ponderar con detenimiento las diferentes alternativas y optar por aquellas que, cumpliendo plenamente con la finalidad para la cual se prescriben, esto es, garantizar el cese de la amenaza o vulneración del derecho colectivo, resulten más viables. Así pues, las órdenes proferidas por el juez de la acción popular deben justificarse tanto en su capacidad para garantizar la protección de los derechos colectivos efectivamente amparados, esto es, en cuanto a su pertinencia y congruencia con la protección concedida, sino además en relación con la viabilidad de su realización y de su eficacia. Es precisamente dicho análisis el que extraña la Sala en la sentencia del *a quo* pues, por una parte, la orden proferida comprende una situación respecto de la cual no se acreditó la amenaza o vulneración de un derecho colectivo –red telefónica- y, por otra, a pesar de la insistencia de EMCALI EICE E.S.P sobre las dificultades financieras y técnicas ligadas a la construcción de una red eléctrica subterránea y sobre su disponibilidad para cambiar la existente, aunque atendiendo especificaciones

distintas a las solicitadas por el actor popular, el asunto no fue estudiado. En efecto, es necesario precisar que las amenazas y vulneraciones de derechos colectivos efectivamente probados en el expediente provienen de los riesgos ligados a la modalidad de instalación eléctrica en el sector habitado por el actor popular, razón por la que, en principio, la protección de dichos derechos implicaría adoptar medidas que se limitaran a la red eléctrica. Sin embargo, en la medida en que está probado que la instalación telefónica tiene la misma configuración que la eléctrica –está demostrado que ambas estaban adosadas a las fachadas de las casas- y que las dos están a cargo de la misma empresa, no tendría sentido que fueran tratadas de manera distinta y, en consecuencia, las órdenes que se profieran en relación con la red eléctrica pueden extenderse a la telefónica.

PRINCIPIO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD PREVENTIVA - Aplicación en el derecho a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles / PRINCIPIOS DE PRECAUCION Y PREVENCION - Aplicación / DERECHOS COLECTIVOS DE ACCESO A LA PRESTACION EFICIENTE Y OPORTUNA DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS, Y A LA SEGURIDAD Y PREVENCION DE DESASTRES PREVISIBLES TECNICAMENTE - Protección / COMITE DE VERIFICACION - Determinará si las redes aéreas instaladas en el curso del proceso satisfacen la protección de los derechos colectivos vulnerados / REDES SUBTERRANEAS PARA LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS DE ENERGIA ELECTRICA Y DE TELEFONO - Será construida si las redes aéreas no cumplen con los requisitos para proteger los derechos colectivos vulnerados

Pone de presente la Sala que, en tanto la acción popular apunta a la protección de la comunidad afectada por la amenaza o vulneración y los derechos cuya defensa se pretende son de contenido y titularidad difusos, lo procedente con el amparo tiene que ver con medidas orientadas a prevenir eficazmente que los riesgos, a los que la prestadora de los servicios públicos mantiene sometida a la comunidad, se materialicen causándoles daños. De ahí que, a juicio de la Sala, no resulta posible limitar el análisis de las medidas a los criterios que tradicionalmente tienden a la reparación del daño, a estudiar los costos económicos o las condiciones competitivas de la prestación del servicio, a las normas técnicas establecidas para que rijan en condiciones generales, invocados por la demandada, pues, si bien estos pueden explicar por qué durante largos años se ha mantenido a la comunidad en peligro inminente de un desastre, al punto de que a pesar del conocimiento de esas circunstancias a la prestadora solo le mereció su atención una vez iniciada la presente acción, no consideran i) las circunstancias particulares o especiales de tiempo, modo y lugar que generan el riesgo para la comunidad afectada; ii) la responsabilidad eminentemente preventiva que le es exigible a quienes generan los riesgos, y iii) razones elementales de justicia que demandan que las medidas de prevención o de reducción de los accidentes o daños se rijan principalmente por la eficacia de las garantías constitucionales y no prioritariamente por el criterio de optimización de costos. En ese orden, no cabe duda de que en tratándose de medidas orientadas a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles, el principio general debe ser el de la responsabilidad preventiva, sin perjuicio de las medidas de reparación y compensación a que haya lugar. Y como lo enfatiza la doctrina, [I]a aplicación de este principio [prevención] es clara e inequívoca: siempre que se produce una amenaza inminente de daño, hay que adoptar medidas preventivas, y siempre que se produce un daño, hay que adoptar medidas reparadoras. Por otra parte, cuando existe incertidumbre sobre la causación del daño, el ordenamiento prescribe que si existe la posibilidad de daños graves o irreversibles a las vidas, a los bienes y derechos de las personas, a las instituciones y a los ecosistemas como resultado de la materialización del riesgo en desastre, las autoridades y los particulares aplicarán el principio de precaución en virtud del cual la falta de certeza científica absoluta no será óbice para adoptar medidas encaminadas a prevenir, mitigar la situación de riesgo, al tenor de las disposiciones del artículo 3

de la Ley 1523 de 2012, [p]or la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones. Siendo así, en aplicación de los principios de precaución y prevención que rigen la materia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia y la complementará en el sentido de disponer que no habrá lugar a construcción de las redes subterráneas solamente cuando el comité conformado para efectos de verificación de la sentencia determine, sin lugar a dudas, que las nuevas redes que EMCALI construyó durante el trámite de este proceso para sustituir aquellas que originaron la presente acción, i) en su diseño y construcción se sujetan a la valoración de los riesgos que debió preceder, de conformidad con el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas expedido por el Ministerio de Minas y Energía; ii) cumplen las normas técnicas vigentes en la materia, especialmente las dispuestas por el citado reglamento y por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, atendiendo a las condiciones particulares del espacio en el que fueron construidas y en el que habita la comunidad afectada, y iii) que bajo condiciones normales de operación, teniendo en cuenta las reglas del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional expedido por el ente regulador y las condiciones particulares del espacio público, no se prevé la posibilidad de daños graves o irreversibles a la vida, los bienes y derechos de las personas, las instituciones y los ecosistemas, como resultado de la materialización del riesgo. En esos términos, para garantizar plenamente los derechos colectivos de acceso a la prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos domiciliarios, y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, que les asisten a los habitantes del sector correspondiente a la calle 15BN entre las avenidas 9 AN y 10N del barrio Granada de Cali, el municipio deberá permitir el uso del espacio público y EMCALI E.I.CE ESP deberá construir las redes subterráneas para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y de teléfono, sin perjuicio de que, de comprobarse a través del comité de verificación que las redes aéreas construidas por la demandada durante el trámite de este proceso cumplen los criterios ya señalados, se entienda que con la sustitución de las redes ya efectuada es suficiente para amparar los derechos cuya vulneración se acreditó en este proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 1523 DE 2012 - ARTICULO 3 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 34

COMITE DE VERIFICACION - Verificación del cumplimiento de la sentencia

La Sala someterá la verificación del cumplimiento de la sentencia a un Comité integrado, además de las autoridades señaladas en la primera instancia, por el actor popular, principal interesado en el mismo, y por un magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Dicho Comité deberá verificar que el municipio otorgue oportunamente el permiso para la utilización del espacio público y que EMCALI E.I.CE ESP diseñe y construya una red subterránea, con sujeción a las normas vigentes, en especial el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas expedidas por el Ministerio de Minas y Energía y las disposiciones regulatorias expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, sin perjuicio de que, si a juicio del comité de verificación no existen dudas de que las redes construidas por EMCALI EICE durante el trámite de este proceso para sustituir las redes de la comunidad afectada, cumplen los criterios expuestos en esta providencia, se entienda que las medidas adoptadas por la prestadora del servicio garantizan eficazmente los derechos colectivos amparados. Asimismo, el comité verificará que las redes subterráneas se construyan dentro del término previsto, con sujeción a las normas señaladas. Así las cosas, EMCALI E.I.C.E ESP suministrará toda la información relativa al estudio y valoración de riesgos que precedieron a la construcción de las nuevas redes, de que trata el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas expedido por el Ministerio de Minas y Energía, al diseño y construcción de las redes y suministrará los medios que sean requeridos para que, en un término máximo de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de esta

sentencia, el Comité verifique el cumplimiento de los criterios señalados en los numerales 14.4.1 a 14.4.3 de esta providencia. De no poderse llevar a cabo la verificación por hechos ajenos al Comité o en caso de que a este le asistan dudas sobre el cumplimiento de los criterios objeto de verificación y ante la mera posibilidad de daños graves o irreversibles a la vida, los bienes y demás derechos de las personas, como resultado de la materialización del riesgo, EMCALI E.I.C.E ESP deberá construir las redes subterráneas aquí señaladas. A estos efectos, la empresa deberá presentar la solicitud de permiso de uso del espacio público dentro de los ocho días calendario, siguientes a la fecha en que el comité concluya sobre la verificación y construir las redes en un término máximo de tres meses, contado a partir del otorgamiento del permiso. El municipio de Cali, por su parte, deberá otorgar el permiso de que trata el artículo 26 de la Ley 142 de 1994, dentro del término máximo de un mes siguiente a la presentación de la solicitud, en consideración al carácter preventivo de las medidas aquí adoptadas.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 34

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 76001-23-31-000-2003-00002-01(AP)

Actor: ANDRES FELIPE RAMIREZ GALLEGO

Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI - EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE E.S.P - SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE E.S.P, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 6 de agosto de 2004, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones del accionante. Esta providencia será modificada.

SÍNTESIS DEL CASO

Las redes de energía eléctrica y de teléfonos se encontraban adosadas a las fachadas de las viviendas ubicadas en la calle 15bN entre avenidas 9aN y 10N del barrio Granada de la ciudad de Cali. En la sentencia de primera instancia se ordenó a las Empresas Públicas Municipales de CALI que, en un término de tres meses, realizara el diseño y construcción subterránea de las redes. Durante el trámite de la segunda instancia, la entidad demandada cambió el sistema de

redes, pero no lo hizo subterráneo.

I. Lo que se demanda

1. El 14 de enero de 2003, el señor Andrés Felipe Ramírez Gallego, a nombre propio y en ejercicio de la acción popular, presentó demanda en contra del municipio de Santiago de Cali, las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE E.S.P y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por la violación de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, el goce del espacio público, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes (f. 10-20 c. 1).

1.1. A título de pretensiones solicitó que: i) se ordene a las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE E.S.P *“la construcción en forma técnica y subterránea de los tendidos del cableado de la calle 15BN entre Avenidas 9ªN y 10ªN del barrio Granada”*; y ii) se ordene a los demandados *“a restablecer el espacio privado y a pagar de quienes se adhieran a esta acción y a mí, los daños y perjuicios producto de la utilización de nuestras fachadas y los que genere el retiro del cableado”*. También pidió que se reconociera a su favor el incentivo.

1.2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE E.S.P instaló desde hace más de cincuenta años el cableado de la red local tanto de energía como de teléfono, en las paredes de las fachadas de las casa ubicadas en la calle 15BN entre avenidas 9ªN y 10ªN en el barrio Granada de la ciudad de Santiago de Cali.

II. Trámite procesal

2. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el municipio de Santiago de Cali y las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE E.S.P presentaron escritos de **contestación de la demanda**.

2.1. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios manifestó que, a la fecha de la notificación de la demanda, esta última no tenía conocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por el actor, pero que, en todo caso, de acuerdo con la normativa vigente en la materia, la necesidad de implementar el cableado subterráneo no era un requerimiento técnico de obligatorio cumplimiento y, en

consecuencia, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, no podía exigir a las prestadoras de servicios públicos las obras solicitadas por el actor. Concluyó que no es posible considerar que haya afectado los derechos colectivos señalados y que, en lo que concierne la planeación municipal y el manejo del espacio público, las competentes son las autoridades municipales (f. 30-39 y 107-112 c.1).

2.2. El municipio de Santiago de Cali propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación a su cargo por estimar que está claro que lo relacionado con la red local tanto de energía como de teléfono está a cargo de las Empresas Municipales de Cali, entidad que cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera. Sobre el fondo del asunto se opuso a las pretensiones con fundamento en que:

2.2.1. No es entidad prestadora de servicios públicos y, por lo tanto, no puede endilgársele la violación de derechos colectivos causada por ellos.

2.2.2. No hay lugar a reconocer un incentivo al actor por cuanto no existe un menoscabo patrimonial para la ciudad.

2.2.3. A pesar de que, según el actor, la situación denunciada ha perdurado por varios años, no hay prueba alguna que acredite que se hayan adelantado los trámites administrativos necesarios para poner de presente la situación, de manera tal que la entidad encargada del asunto, esto es, EMCALI, no ha tenido la oportunidad de explicar las acciones tendientes a modernizar su red local. Además, dada su permanencia en el tiempo, no puede afirmarse que existe daño contingente, peligro o amenaza, condiciones necesarias para que proceda la acción popular instaurada (f. 40-86 c.1).

2.3. Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE E.S.P se opuso a las pretensiones por considerarlas desajustadas en la medida en que, como lo reconoce el mismo actor, dichas redes fueron construidas hace más de cincuenta años, según los requerimientos técnicos exigidos en la época, y los propietarios han aceptado su ubicación, pues solo hasta noviembre de 2002 elevaron un derecho de petición manifestando inconformidad al respecto, solicitud a la cual se respondió de manera positiva, de allí que empezaran a adelantarse los trámites necesarios para el cambio de las redes y que el comienzo de la obra estuviera programado "*en un tiempo aproximado de un mes, a partir de la fecha*" -12 de febrero de 2003-. Según la demandada, esta obra cumplirá con todas las normas técnicas contempladas en la resolución CRE 070 de 1998, expedida por la

Comisión de Regulación de Energía y Gas. También señaló que no ha vulnerado la moralidad administrativa, por cuanto ha actuado de manera diligente a la hora de responder a la petición elevada por una de las habitantes del sector y adelantar los trámites administrativos necesarios para solucionar el problema. Así pues, no puede afirmarse que ha incumplido su deber (f. 87-104 c.1).

3. El 12 de marzo de 2003 se llevó a cabo la **audiencia especial de pacto de cumplimiento**, la cual se declaró fallida por cuanto el actor popular no acogió la propuesta de EMCALI¹, consistente en cambiar la red pero no hacerla subterránea, ni esta última la contrapropuesta según la cual, si la obra solicitada se adelantaba dentro de los tres meses siguientes, el actor renunciaría a las pretensiones indemnizatorias. Los demás demandados no ofrecieron fórmula de arreglo alguna (f. 284-288 c.1).

4. Mediante auto de 24 de marzo de 2004 (f. 400 c.1), el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca aceptó la **coadyuvancia** del señor Ramiro Rivera Cerezo al actor popular (f. 397 c.1).

5. Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas², el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca profirió **sentencia de primera instancia** el 6 de agosto de 2004 (f. 425-446 c. ppl.), en la que resolvió:

Primero. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada-municipio Santiago de Cali.

Segundo. Ordénase a las Empresas Municipales de Cali-EMCALI EICE, que en un término de tres meses contados a partir de la notificación de esta providencia, realice el diseño y construcción subterránea de las redes de energía y teléfono en la calle 15 BN entre avenida 9ª N y avenida 10ª N del barrio Granada de Cali.

Tercero. Exonérase al municipio Santiago de Cali y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de todo cargo, por lo expuesto en la parte motiva.

Cuarto. Se conforme un comité integrado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios representada a través de su Dirección Territorial para el Suroeste Colombiano, la dependencia que el municipio de Cali para el efecto designe y la dirección de energía y teléfonos de EMCALI EICE E.S.P y demás departamentos que la

¹ Dicha "propuesta técnica al sistema de distribución en la red de baja tensión tipo abierta, la cual consiste en un sistema trifásico a 220 voltios adosada en la fachada de los inmuebles", era la siguiente: "red trenzada antifraude a 1000 voltios con accesorios SICAME y SIMEL, tecnología francesa, este tipo de distribución es nueva que EMCALI está implementando y adaptando a la ciudad de Cali, con asesoría de una compañía francesa que va a donar toda la tecnología y requerimientos necesarios para que sea conocido en nuestro medio, cumpliendo con las normas de seguridad y construcción de redes eléctricas" (f. 272 c.1).

² El a quo las decretó mediante providencia de 17 de marzo de 2003, f. 291-293 c.1.

empresa requiera, para que esta última diseñe un nuevo proyecto de construcción de redes que implique que la instalación del cableado respectivo sea subterránea y se adecue a los usos del suelo y a las normas técnicas que le señala la resolución 070 de 1998 de la CREG y para que se verifique el cumplimiento por parte de EMCALI EICE E.S.P. de la reconexión de las redes de teléfono y energía bajo las normas legales vigentes.

Quinto. Concédese un incentivo total de diez (10) salarios mínimos mensuales, para el señor Andrés Felipe Ramírez Gallego, suma de dinero que deberá pagar las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE E.S.P.

Sexto. Se remite copia de la demanda, del auto admisorio, y del fallo definitivo al Defensor del Pueblo de Santiago de Cali, para que dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 80 de la Ley 472 de 1998.

Séptimo. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

5.1. Fundó su decisión en que si bien es cierto EMCALI EICE E.S.P es la entidad encargada de prestar los servicios públicos domiciliarios, de conformidad con las normas que la regulan, también lo es que, de conformidad con la Ley 136 de 1994, le corresponde al municipio solucionar las necesidades insatisfechas en materia de servicios públicos domiciliarios y coordinar con las otras autoridades municipales el ejercicio de sus competencias, como sería aquella relacionada con garantizar el adecuado manejo del servicio público. Además, según el artículo 313 de la Constitución Política, es función de los concejos municipales reglamentar los usos del suelo, de suerte que no es aceptable la afirmación tajante del municipio según la cual no está legitimado en la causa por pasiva.

5.2. Consideró que, de acuerdo con el dictamen pericial decretado en el marco del proceso, los cables instalados en las fachadas de las viviendas violan las restricciones de distancia de seguridad y, de acogerse la propuesta de las Empresas Municipales de Cali, los postes instalados impedirían el acceso vehicular sobre la calzada de la calle. Así pues y dados el objeto social y las funciones legales de EMCALI EICE E.S.P., le corresponde reinstalar, cumpliendo las normas técnicas vigentes –Ley 142 de 1994 y resolución 070 de 1998 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas- y asumiendo los costos, las redes de energía y teléfono materia de litigio.

5.3. Respecto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios estimó que no puede ejercer sus competencias de inspección, control y vigilancia que a condición de que los usuarios de servicios públicos manifiesten quejas o reclamos, lo que no es el caso en el *sub examine*, razón por la cual no puede declararse como responsable de la situación. No obstante, a partir de la ejecutoria del fallo y dado que ya tiene conocimiento de las irregularidades presentadas, sí es su deber

velar porque EMCALI ejecute la orden impartida. Dicho seguimiento también le incumbe al municipio de Cali en la medida en que debe verificar el cumplimiento de las normas técnicas para la prestación de servicios públicos, así como aquellas concernientes el uso de suelos.

5.4. Concluyó que estaban demostradas: i) la amenaza a los derechos colectivos al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público de los habitantes de la calle indicada, por cuanto esta última es estrecha y está cruzada de manera indiscriminada por cables de energía y teléfonos, de manera tal que si se ubicaran postes se impediría el paso vehicular y peatonal; ii) la vulneración del derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente por cuanto, como lo admite EMCALI, instaló desde hace más de cincuenta años redes de energía y teléfonos que violan la resolución 070 de 1998 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas; y iii) la violación del derecho a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollo urbano que respeten las disposiciones jurídicas y que hagan prevalecer la calidad de vida de los habitantes, ya que las mencionadas redes eléctricas y telefónicas atentan contra la de los moradores de la calle indicada.

5.5. En relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, consideró que si bien está acreditado que EMCALI EICE E.S.P. no ha cumplido sus obligaciones por cuanto no ha hecho cesar la situación relatada, *“es claro que la consecuencia necesaria y demostrada por el actor recae en la vulneración del derecho al uso y goce del espacio público y no de la moralidad administrativa”* y, en lo concerniente al derecho al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, estimó que no se encuentra probada su vulneración, pues pese a los defectos de la instalación de redes, los servicios se prestan normalmente.

5.6. Por último, en lo relacionado con el incentivo solicitado por el actor popular, determinó que, *“en vista de que las vulneraciones declaradas no se traducen a la fecha en un daño patrimonial probado por el actor popular”*, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, se le concede un monto equivalente a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6. Contra la sentencia de primera instancia, Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE E.S.P. interpuso y sustentó (f. 453-457 c. ppl.) oportunamente **recurso de apelación** con el propósito de que se *“cambie la sentencia y acceder en su pronunciamiento a la aceptación de la ejecución del proyecto propuesto por EMCALI EICE E.S.P. (...) como también se exonere a mi representada en el*

reconocimiento económico realizado en el fallo al demandante". Fundó su recurso en las siguientes razones:

6.1. Tanto la Ley 142 como la resolución 108 de julio de 1997 expedida por la CREG y el contrato de condiciones uniformes de EMCALI EICE E.S.P., estipulan que las conexiones o acometidas de los servicios públicos son de propiedad de quienes las hayan pagado, prohíben a las empresas prestadoras de servicios públicos que exoneren del pago de los servicios prestados a los suscriptores o usuarios y obligan a que se cobren las revisiones, instalaciones y, en general, cualquier servicio que se pueda contratar con la empresa. Así pues, al ordenar que EMCALI realice la conexión de las redes, asumiendo todos los costos, la sentencia de primera instancia obliga a que la empresa realice una práctica de competencia desleal ante las demás empresas del sector.

6.2. El cumplimiento de la sentencia de primera instancia implicaría realizar una inversión económica importante que, en las condiciones de dicha empresa pública, no es posible sufragar por falta de presupuesto. Además, los costos que deberán asumir los usuarios con la obra ordenada son también onerosos, pues se requieren múltiples modificaciones de las acometidas.

6.3. Para efectos de evitar los sobrecostos que un cableado subterráneo puede generar, ya ha diseñado un proyecto que soluciona el problema, cumple con los requerimientos técnicos y, además, sería asumido completamente por EMCALI. Dicho proyecto consiste en:

...retirar las redes eléctricas abiertas en las fachadas de los inmuebles y hacer una reubicación utilizando el cable preensamblado, autosoportado en conductores (...), aislado en PVC, retardante a la llama a 1000 voltios y 90 grados centígrados, reduciendo disposición geométrica de cinco conductores (cables) en uno solo con ello garantizamos la seguridad de las personas y de sus bienes, además preservando ostensiblemente el ambiente del lugar.

6.4. Como se afirma en la misma sentencia apelada, el actor popular no probó el daño patrimonial causado y, además, tampoco demostró la cuantía que pudiera definir el porcentaje que debía pagársele, razón por la cual el incentivo reconocido debe reconsiderarse.

7. Las partes y el Ministerio Público se abstuvieron de presentar **alegatos de conclusión** en segunda instancia (f. 470 c. ppl.).

8. Estando el proceso para fallo, el 10 de febrero de 2005 la Sala decretó, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 169 del Código Contencioso

Administrativo, las siguientes **pruebas de oficio** (f. 471-473 c.ppl.):

8.1. Practicar un dictamen pericial por parte de un ingeniero eléctrico que tendría por objeto determinar: i) los riesgos originados por la instalación de redes de energía y teléfono sobre la fachada de las casas ubicadas en la calle 15bN entre avenidas 9ªN y 10ªN ubicadas en el barrio Granada de Cali; ii) si dichos riesgos se superan instalando *“una red trenzada antifraude a 1000 voltios con accesorios SICAME y SIMEL, tecnología francesa”*, propuesta por EMCALI en la visita técnica previa a la audiencia de pacto de cumplimiento; iii) si la propuesta realizada por EMCALI en su recurso de apelación permite superar los riesgos *“y de ser así, precisar cuál de las dos propuestas de EMCALI resulta más segura e idónea en este caso”*; y iv) si ninguna de las propuestas resulta segura e idónea, establecer las medidas que deben tomarse para garantizar la seguridad de los habitantes de las casas indicadas. Esta prueba se decretó por cuanto, pese a existir otro dictamen pericial en el proceso, este resultaba insuficiente para proferir la decisión. Para su práctica se comisionó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

8.2. Oficiar a Empresas Municipales de Cali EMCALI para que allegara las normas vigentes alusivas a las *“distancias mínimas de seguridad exigidas para las redes de energía eléctrica (...) pues, de acuerdo con la Resolución 180398 de 7 de abril de 2004, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, el RETIE no ha entrado en vigencia”*.

8.3. Librado el despacho comisorio para la práctica del dictamen (f. 474 c. ppl.), el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca designó como perito a Reinaldo Velasco Ocampo, quien rindió su experticia el 12 de enero de 2006 (f. 23-25 c. 2).

8.4. Sin embargo, mediante auto de 8 de marzo de 2006, el magistrado ponente ordenó comisionar nuevamente al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca a fin de que requiriera al perito para que respondiera lo solicitado por la Sala, toda vez que, según se señaló en la parte motiva de dicha providencia, aquel *“no cumplió de ninguna manera con el objeto del dictamen pericial, por lo que los puntos que se pretendían esclarecer con el decreto de esta prueba, siguen aún sin resolver”* (f. 602-604 c. ppl.).

8.5. A pesar de los múltiples requerimientos realizados en el marco de dos despachos comisorios librados par tal fin (f. 38-41, 50-51 y 53 c. 2, 37-45 c. 3 y 606, 608, 610, 622, 627-628, 655-660 c. ppl.), el mencionado perito nunca se manifestó y, menos aún, cumplió lo ordenado. Por esta razón, mediante auto de 25 de junio de 2007, la magistrada comisionada en dicho Tribunal dispuso iniciar

incidente de exclusión de la lista de auxiliares de justicia del señor Reinaldo Velasco Ocampo, de conformidad con lo consagrado con el artículo 9.4 del Código de Procedimiento Civil (f. 52 c. 2).

8.6. En auto de 21 de septiembre de 2007, el magistrado ponente consideró que, al no haberse cumplido el objeto de la prueba de oficio decretada por la Sala, era procedente comisionar al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca “*con las más amplias facultades*”, para que un perito de profesión ingeniero eléctrico rindiera el dictamen requerido para poder adoptar una decisión (f. 640 c. ppl.).

8.7. La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado solicitó que se excluyera de la lista de auxiliares de la justicia al perito Reinaldo Velasco Ocampo por su “*palmaria desidia*” y que se iniciaran investigaciones disciplinarias en su contra y respecto de “*los servidores públicos del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que hayan incurrido en mora en el trámite de los despachos comisorios librados dentro del trámite de la presente acción popular*” (f. 643-644 c. ppl.). Frente a esta solicitud el magistrado ponente consideró, en auto de 28 de febrero de 2008, que la demora en el diligenciamiento de los despachos comisorios “*tuvo como causa circunstancias ajenas al Tribunal Administrativo del Valle*” pues, según consta en los informes, se debió a las dificultades ligadas a la notificación del perito. Estimó además que, en la medida en que dicho Tribunal había iniciado el incidente de exclusión de la lista de auxiliares de la justicia en contra del experto Reinaldo Velasco Ocampo, era procedente remitirle las diligencias adelantadas dentro del mismo para que continuara con su trámite (f. 673-679 c.ppl.).

8.8. Finalmente, el 15 de mayo de 2008 se posesionó ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el perito Pablo Emilio Estupiñán Vera (f. 49 c. 4), a favor de quien se fijaron como gastos de pericia la suma de \$ 350 000 que estarían a cargo del municipio de Cali y de EMCALI en proporciones iguales (f. 54-55 c.4) y cuya fracción correspondiente al municipio no fue puesta a disposición del perito sino hasta el 20 de marzo de 2009 (f. 70-71 c.4). El dictamen fue rendido el 14 de abril de 2009 (f. 5 vuelto c. 5), objetado y solicitado de aclaración por Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE E.S.P (f. 18-26 c. 5). En autos de 28 de abril y 25 de septiembre de 2009, el Tribunal fijó como honorarios del perito la suma de \$ 2 000 000 (f. 74 y 77 c. 4) y el despacho comisorio diligenciado fue devuelto a esta Corporación el 14 de octubre de 2009 (f. 692 c. ppl.). El dictamen fue aclarado por el perito mediante escrito presentado el 12 de abril de 2010 (f. 700-727 c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. Jurisdicción y competencia

9. De conformidad con los artículos 15³ y 16⁴ de la Ley 472 de 1998 y 1^o del Acuerdo número 55 de agosto 5 de 2003⁵ expedido por la Sala Plena esta Corporación, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 6 de agosto de 2004, mediante la cual resolvió la acción popular de la referencia sobre asuntos relacionados con la moralidad administrativa y otros derechos colectivos, en contra del municipio de Santiago de Cali, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y de EMCALI Empresa Industrial Comercial Estado E.S.P, entidades públicas.

9.1. Ahora, la Sala considera que, en virtud de los principios de congruencia y dispositivo que, según su criterio reiterado⁶, inspiran el ejercicio del recurso de apelación -aunque interpretados de una manera flexible en el caso de las acciones populares en donde, como se ha señalado, no se trata de resolver una *litis*, sino de garantizar la protección de un derecho colectivo y, por lo tanto, hay lugar a proferir fallos extra y ultra *petita*⁷-, debe limitarse a estudiar lo aducido por EMCALI en su recurso de apelación y, en principio, dejar de lado el examen de aspectos no planteados en este último, salvo que, dados los hechos relatados en la demanda y las pruebas obrantes en el expediente, resulte evidente la amenaza o vulneración de un derecho colectivo no vislumbrada por el *a quo* y, por consiguiente, la necesidad de brindar una protección de la que no haya sido cuestión en el recurso de apelación.

³ Según esta norma, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acciones populares originadas en “(...) *actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas*”.

⁴ De conformidad con el párrafo de esta norma: “*Hasta tanto entren en funcionamiento, los juzgados administrativos, de las acciones populares interpuestas ante la jurisdicción contencioso administrativa conocerán en primera instancia los tribunales contencioso administrativos y en segunda instancia el Consejo de Estado*”, disposición que se aplica al *sub examine* comoquiera que, para la fecha en que para la época en que entraron a operar los juzgados administrativos –agosto de 2006-, ya se estaba tramitando la segunda instancia. Sobre el particular ver la providencia de 31 de agosto de 2008 proferida por la Sección Primera de la Corporación, exp. 25000-23-25-000-2005-00335-01(AP), C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

⁵ Conforme a lo dispuesto en esta norma, corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer, por reparto, de “(...) *las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquéllas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa*”.

⁶ Ver, al respecto, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 20104, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y, de la Subsección “B”, sentencia de 26 de junio de 2012, exp. 21507, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁷ Ver, por ejemplo, Sección Tercera, sentencias de 6 de septiembre de 2001, exp. 130012331000-2000-0005-01 (AP-057), C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, 16 de mayo de 2007, exp. 250002325000-2003-01252-02 (AP), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez y 16 de octubre de 2007, exp. 41001 2331 000 2004 00351 02 (AP), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

II. Validez de los medios de prueba

10. Obran en el expediente, tres dictámenes periciales. El primero rendido ante el *a quo* por el ingeniero civil Claudio Borrero Quijano (f. 401-403 c.1) y los otros dos rendidos por orden de esta Corporación (f. 23-25 c. 2 y 1-16 c. 5). Respecto a estos últimos es de anotar que, como ya se explicó en el acápite del trámite de la instancia, el entonces magistrado ponente consideró que aquel rendido por el perito Reinaldo Velasco Ocampo no cumplió en modo alguno el objeto por el que fue ordenado, razón por la cual insistió en la práctica del segundo que, finalmente, fue rendido por el perito Pablo Emilio Estupiñán Vera.

10.1. Comoquiera que EMCALI **objetó por error grave** los dictámenes realizados por los ingenieros Borrero Quijano y Estupiñán Vera, le corresponde a la Sala resolver dichas objeciones.

10.2. El dictamen del ingeniero civil Claudio Borrero Quijano fue rendido en los siguientes términos:

Para todas las viviendas que dan frente a estrecha vía pública de solamente cuatro cincuenta (4.50) metros de ancho, es apreciable cómo se violaron las distancias horizontales y verticales de seguridad en prevención de accidentes previsibles técnicamente, restricciones señaladas claramente en el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas (RETIE), artículo 13, notas 3,4,7 (...) y artículo 14 (...), es el caso específico que nos ocupa de los vecinos de la calle 15BN entre avenidas 9AN y avenida 10AN (...).

*Los andenes peatonales son de solamente setenta (70) centímetros de ancho, imposibilitando localizar sobre ellos los postes de la red energía, de hacerse se violarían las normas del Reglamento Técnico por la corta distancia a los paramentos de las casa, las restricciones por distancia de seguridad actualmente están claramente violadas en las actuales instalaciones. De acogerse el reglamento técnico de distancias para la nueva instalación, de ser aérea los postes quedarían ubicados sobre la estrecha calzada (4.50 metros de ancho), haciendo imposible el acceso vehicular sobre la calzada de la calle 15BN (dictamen rendido ante el *a quo* el 1° de abril de 2004, f. 401-403 c. 1).*

10.2.1. EMCALI lo objetó (f. 409-411 c.1) por estimar que las normas técnicas en las cuales se fundó el perito para rendir su concepto, esto es, las contenidas en el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas, no estaban vigentes al momento de practicarse la experticia, toda vez que, según la resolución que lo adoptó, es decir, la 180398 de 7 de abril de 2004, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, dicho reglamento sólo entraba a regir a partir del 6 de octubre de 2004.

10.2.2. También señaló que los especialistas en asuntos eléctricos saben que las

“redes aisladas en baja tensión no ofrecen el mismo riesgo que las redes con conductores desnudos, por cuanto el aislamiento permite su contacto directo. Por consiguiente las distancias de seguridad para líneas vivas que recomienda el RETIE no son aplicables a este caso”. Para justificar su dicho mencionó que, en las acometidas y en la distribución de energía en las residencias, se utilizan redes aisladas, lo cual demuestra que estas últimas no implican riesgos.

10.2.3. Finalmente adujo que, dado que la calle no cumple con las características de una vía vehicular normal con su *“andén, antejardín, zona blanda, cordón y calzada”*, no es posible construir redes aéreas abiertas y convencionales y la construcción de redes subterráneas implicaría costos demasiado elevados tanto para EMCALI como para los usuarios quienes no sólo estarían en la obligación de asumir la reubicación de la acometida desde las cajas de registro hasta el equipo de medida, sino que deberían cancelar una tarifa mayor por el aumento del cargo por uso de distribución. Por estas razones concluyó que:

...para darle solución a la situación presentada, es viable retirar la red eléctrica actual de las fachadas de las viviendas reemplazándolas por una red aérea trenzada aislada que se soportaría sobre los postes de concreto existentes en la zona. En estos momentos tenemos disponibilidad de material y recursos requeridos para esta modificación. Con esta solución no se presenta ningún inconveniente desde el punto de vista técnico, económico, ni de seguridad para la comunidad.

10.3. Por su parte, en el dictamen rendido por el ingeniero eléctrico Pablo Emilio Estupiñán Vera se conceptuó:

Con los funcionarios de EMCALI pudimos certificar que el cableado eléctrico corresponde a una red de distribución eléctrica de baja tensión, pegado a las fachadas de las residencias, de donde se toman las acometidas para alimentación de las mismas, respecto a las redes telefónicas también algunas son pegadas a las fachadas y otras salen de los postes cercanos. (...)

Como pude evidenciar en las inspecciones al sitio de la controversia, los riesgos de electrocución para los residentes que originan las redes eléctricas, son muy altos ya que en algunos puntos de acometidas no están aislados y los cables debido a la antigüedad de los mismos presentan su aislamiento muy deteriorado, de igual manera la cercanía a ventanas de las residencias los hacen muy peligrosos para los usuarios, especialmente para los niños quienes no dimensionan el peligro existente.

Básicamente los riesgos de estas redes son de tipo eléctrico muy alto y más aun al estar directamente pegadas a las fachadas de las residencias y muy cercanas a las ventanas.

Las redes telefónicas aunque no presentan riesgo de electrocución aparente sí pueden generar problemas e incomodidades al ejecutar labores como limpieza o pintura de las fachadas, este tipo de problemas también lo crean las redes eléctricas al estar pegadas a las mismas.

(...)

La respuesta de EMCALI de cambiar las redes tanto eléctricas como telefónicas es válida, ellos hablan de utilizar una red eléctrica aérea, preensamblada, lo más importante es que cumpla con buenas prácticas de instalación que responda a la seguridad de los usuarios (RETIE: Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas) y a la adecuada estética para no desmejorar la fachada de los usuarios, sin embargo, es posible otra solución que sería para este caso la instalación de redes subterráneas. (...)

Unas redes que tienen más de cincuenta años recibiendo sol, agua, polución, etc., deteriorándose su aislamiento, diseñadas para un funcionamiento y carga proyectada para esas épocas máximo a 20 o 30 años; deben ser para EMCALI EICE ESP ya razones suficientes para cambiarlas, más aún si es a petición de los mismos usuarios que pagan un servicio.

El riesgo eléctrico en la actualidad es muy alto, ya que las líneas pasan muy cerca de las ventanas de las residencias, con fallas en el aislamiento, como se puede ver en el registro fotográfico, representando un grave peligro para las personas que habiten los inmuebles y se puede presentar un accidente, lo cual sería muy lamentable.

Es posible que a la fecha de análisis de este documento ya EMCALI EICE ESP haya cambiado las redes eléctricas, pues el personal técnico que me acompañó estuvo de acuerdo conmigo en las apreciaciones hechas sobre las mismas, por ello es conveniente que se solicite un reporte de interventoría si ya se realizó el cambio, además se le consulte a la comunidad si quedó satisfecha con la instalación al ser la directamente afectada (dictamen rendido el 14 de abril de 2009, f. 1-16 c. 5).

10.3.1. Al respecto la objetante señaló que, aunque no se tiene el registro exacto de la fecha en que funcionarios de EMCALI acompañaron al ingeniero Estupiñán Vera al lugar de los hechos, lo cierto es que ello debió ocurrir en septiembre u octubre de 2008, y el dictamen sólo fue rendido en abril de 2009, es decir, siete meses después, cuando ya carecía de objeto, por cuanto las redes fueron cambiadas en diciembre de 2008, según informó el departamento de control de energía.

10.3.2. Adicionalmente, argumentó que la conclusión del perito según la cual las instalaciones eléctricas deben ser subterráneas “*además de ser un absurdo, carece de fundamento técnico*” pues, por una parte, EMCALI no puede estar sujeta a las exigencias impuestas por los gustos estéticos de los usuarios y, por otra, el reglamento técnico de instalaciones eléctricas es explícito al consagrar que las distancias de seguridad allí contempladas no se aplican a los tendidos aéreos con cable aislado, ni a los conductores aislados para baja tensión.

10.3.3. Concluyó que en la medida en que “*la experticia no cumplía el objetivo, se fundamenta en materia inexistente y dilata innecesariamente el proceso*” no existe

mérito para fijar honorarios o, en todo caso, sería necesario reducir los fijados.

10.3.4. En escrito de aclaración y/o complementación del dictamen, el perito Estupiñán Vera señaló:

Efectivamente las redes eléctricas fueron cambiadas porque las que habían representaban un riesgo eléctrico muy alto para la comunidad, al no estar aisladas adecuadamente y estar pegadas directamente a las fachadas de las viviendas, como lo pude corroborar en mi visita previa a la presentación de la experticia (ver fotografías en documento presentado) y este cambio confirma el hecho de que la comunidad tiene razón en presentar esta acción popular.

Las redes telefónicas no han tenido ningún cambio visible a la fecha, ver fotografías anexas a este documento.

Al ser esta calle demasiado angosta los tendidos eléctricos y telefónicos están a la fecha pasando de manera abrupta y desordenada por el frente de las viviendas sin el adecuado apoyo, esto da la posibilidad que por su peso se descuelguen más y con el paso de un vehículo alto ocurra un accidente con graves consecuencias. Para evitar esto definitivamente en mi calidad de perito ingeniero recomiendo para este caso, la instalación subterránea de las redes tanto eléctricas como telefónicas y por supuesto todas las redes asociadas a tales como internet, televisión, etc.

El estado en que actualmente están instaladas las redes eléctricas y telefónicas no se compadece con el pedido de la comunidad, respecto al deterioro visual de sus viviendas en un sector tan exclusivo como el barrio Granada. (...)

Respecto a la fecha de presentación de la experticia sí cabe de mi parte reconocer si tiene cabida, que me pude haber demorado, yo soy un ingeniero y en mi preparación como tal, desconozco muchas actividades de carácter legal y de plazos, sin embargo, en todos los años que llevo como perito es la primera vez que se me objeta un dictamen de esta manera. (...) El dictamen fue rendido sobre lo que ví y comprobé, ahora lo que yo puedo constatar a la fecha al visitar el lugar de los hechos, es que las redes eléctricas y telefónicas siguen representando riesgo de accidente, así como de perturbación para los residentes de este sector; por tanto deben ser a mi criterio técnico instaladas subterráneas, a la mayor brevedad posible y con una interventoría adecuada que garantice el cumplimiento de todos los aspectos técnicos y de seguridad. (...).

Efectivamente se permiten hacer tendidos eléctricos aéreos aislados y apantallados según el RETIE, pero este no es el punto de discusión, lo que no es permitido a mi modo de ver como perito ingeniero es el tendido de redes eléctricas y telefónicas en las actuales condiciones como las hizo EMCALI IECE ESP, donde la posibilidad de un accidente es alta. La recomendación de usar redes subterráneas aplica en el caso específico de zonas con poco espacio, donde el tendido aéreo puede presentar múltiples factores de riesgo y contaminación visual. De esta forma la comunidad queda protegida y satisfecha (...).

....cuando visité el sitio de los hechos me dí cuenta que varios empalmes de acometidas estaban sin aislante y que el cable por el tiempo había perdido sus características de aislamiento y esto es poner

en riesgo a cualquier usuario, más aún en este caso que estaban al alcance de las ventanas de las casas, lo manifesté al ingeniero de EMCALI que nos acompañó, estando de acuerdo para hacer el cambio de las redes eléctricas, me pregunto si saber esto no es una razón de peso, que justificar su cambio y más aún que estas redes con 50 años de uso, ya tenían tiempo suficiente de vida útil (...).

Para mí la experticia y la visita al lugar de los hechos cumplió con el objetivo de hacer que los ingenieros de EMCALI se dieran cuenta que la comunidad tiene razón, prueba de ello es que efectivamente cambiaron las redes eléctricas, lo que pasa es que siguen presentando riesgo e incomodidad para los usuarios, lo que no cambiaron fueron las redes telefónicas, por tal motivo una vez vistos los cambios me ratifico en la necesidad de llevar tanto los cableados eléctricos como los telefónicos subterráneamente, esto de igual manera debe motivar que todas las redes asociadas a estas instalaciones sean subterráneas por ejemplo internet, televisión, etc. (escrito presentado el 12 de abril de 2010, f. 700-727 c. ppl.).

10.4. Según la jurisprudencia decantada de la Corporación, el error grave al cual se refiere el artículo 238.4 del Código de Procedimiento Civil⁸ es aquel derivado de una observación equivocada del objeto del dictamen, lo cual ocurre cuando se estudian materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia; o cuando se altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, es decir, cuando el perito rinde su dictamen a partir de una percepción evidentemente equivocada del mismo. Ahora, de la norma procesal se infiere claramente que el presupuesto necesario para la formulación de la objeción por error grave es que éste haya sido determinante en las conclusiones del dictamen. Como lo ha explicado esta Sección⁹:

...constituye presupuesto imprescindible de la objeción al dictamen pericial la existencia objetiva de un yerro fáctico de tal magnitud que "(...) si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)"¹⁰, al punto de alterar de manera esencial, fundamental o determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar en forma grotesca una falsa creencia que resulta significativa y relevante en las conclusiones a las cuales arriban los expertos. Esas críticas o divergencias con los estudios, análisis, experimentos y conclusiones de

⁸ Según el cual las partes podrán objetar el dictamen "por error grave que haya sido determinante en las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas". Esta norma es aplicable en virtud de lo dispuesto en los artículos 5, 29 y 44 de la Ley 472 de 1998 "por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política...", que prescriben, respectivamente: i) que los principios generales del Código de Procedimiento Civil son aplicables cuando no se contrapongan a la naturaleza de las acciones por ella reguladas, en este caso, a la acción popular, ii) que para estas acciones son procedentes los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil, y iii) que en los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 25177, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. De la Subsección ver, por ejemplo, sentencias de 25 de agosto de 2011, exp. 14461, C.P. Danilo Rojas Betancourth y de 28 de septiembre de 2011, exp. 15476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰ [16] Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, auto 25 de septiembre de 1939.

la pericia o la diversidad de criterios u opiniones a propósito de su contenido, son aspectos que han de ser considerados por el juzgador en su función de valoración del dictamen pericial —y de los restantes medios de convicción— y será el juez, por tanto, quien determine si los eventuales yerros o imprecisiones resultan trascendentes respecto del fondo de la decisión. En relación con este extremo, la jurisprudencia de Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado: “... si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...” (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil “... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ...” (G. J. tomo LXXXV, pág. 604)»¹¹”.

10.4.1. Bajo estos parámetros la Sala considera que, a pesar de la imprecisión del perito Claudio Borrero Quijano respecto a la vigencia del Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas-RETIE (10.4.1.1.), el objeto del dictamen no fue cambiado o desnaturalizado (10.4.1.2.) y, en consecuencia, la objeción formulada por EMCALI no está llamada a prosperar (10.4.1.3. y 10.4.1.4.).

10.4.1.1. En efecto, aunque en dicho dictamen se afirmó que la norma con base en la cual se rendía –el RETIE- regía en Colombia desde el 4 de octubre de 2002 (f. 401 c.1), le asiste razón a la entidad objetante cuando señala que, en realidad, no estaba vigente al momento de rendir la experticia -1º de abril de 2004-, pues la resolución del Ministerio de Minas y Energía que lo adoptó, esto es, la n.º 180398 de 2004, solo fue expedida el 7 de abril de 2004. No obstante y dado que, por una parte, dicho error no implica que las observaciones factuales realizadas carezcan de pertinencia para efectos de este proceso y que, por otra, en ningún momento la labor del perito desplaza la del juez y, en consecuencia, las apreciaciones y conclusiones de aquel en torno a la aplicación de normas jurídicas están sujetas a

¹¹ [17] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446.

un estudio y valoración críticos por parte del juzgador quien, en todo caso, puede tener en cuenta las observaciones técnicas hechas por el experto, pero separarse de sus conclusiones si el análisis del marco normativo así lo determina, la Sala estima que el mencionado error no implica, por sí mismo, un cambio en las cualidades propias del objeto analizado ni, menos aún, su desnaturalización.

10.4.1.2. Sobre el particular vale la pena anotar que, aunque en los términos utilizados por el actor popular al momento de solicitar la prueba de inspección judicial (f. 18 c.1), sustituida por el *a quo* por el dictamen pericial (f. 291 c.1), esta tenía por objeto “*verificar la vulneración presente de los derechos colectivos enunciados, al permanecer el cableado en las paredes de las fachadas de nuestras viviendas*”, lo cierto es que, en el marco de su labor, al experto sólo le correspondía poner de presente las circunstancias fácticas que, según su conocimiento calificado, podían dar lugar a la vulneración de dichos derechos, pero no concluir sobre la misma, toda vez que esta tarea implica un análisis normativo que le compete de manera exclusiva al juez¹². Así pues, no podría afirmarse válidamente que el objeto del dictamen era verificar dicha vulneración y que, al fundarse en una norma que no había empezado a regir, el perito incurrió en un error grave; en realidad, el objeto de la experticia era la verificación del estado del cableado presente en las fachadas de las casas señaladas por el actor popular y su posible incidencia en la vulneración de derechos colectivos como aquel a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, correspondiendo al fallador determinar si, de acuerdo con la información aportada por el perito, se configuraba o no dicha vulneración.

10.4.1.3. Ahora, siendo ese el objeto del dictamen pericial, no hay lugar a estudiar los demás argumentos en los que EMCALI funda su objeción, estos son: i) que las distancias de seguridad para líneas vivas recomendadas por el RETIE no se aplican a las redes aisladas en baja tensión como las del caso bajo análisis; y ii) que existe una solución más económica que la construcción de redes subterráneas para resolver el problema. Lo anterior por cuanto, en lo que tiene que ver con el primer punto, no se trata de una discusión fáctica sobre el tipo de redes eléctricas materia de experticia, sino sobre la pertinencia de aplicar un supuesto normativo, análisis que excede aquel sobre el error de un dictamen

¹² Ver, al respecto, Sección Tercera, sentencia de 17 de mayo de 2007, exp. 25000-23-26-000-2003-01042-01(AP), C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Allí se afirmó: “*cabe precisar que el perito no puede suplir al juez de instancia en su función de administrar justicia, es decir, no puede en su experticio pronunciarse respecto del fondo del asunto puesto que el objeto de la prueba es verificar algunos hechos que interesan al proceso y no establecer si las pretensiones solicitadas en la demanda deben prosperar o no, habida consideración al hecho de que no puede conceptuar si una situación presenta los requisitos legales productores de un determinado efecto jurídico, dado que su función se circunscribe a la determinación de elementos de hecho correspondiéndole la valoración jurídica al juez*”.

pericial; y, en relación con el segundo punto, por cuanto dicha afirmación no se compadece del objeto de la experticia que, tal como se expuso, era verificar el estado del cableado y lo que ello podía implicar para los derechos colectivos de los habitantes y no determinar cuál era la mejor solución o la menos costosa.

10.4.1.4. En estos términos, independientemente de la vigencia del RETIE y en la medida en que no se comprobó que las observaciones fácticas del perito hayan cambiado o desnaturalizado el objeto examinado –el estado del cableado o los riesgos que este podía implicar-, la objeción por error grave formulada por EMCALI no está llamada a prosperar.

10.4.2. A propósito del segundo dictamen objetado, esto es, el del ingeniero eléctrico Pablo Emilio Estupiñán Vera, la Sala considera que si bien es cierto que, como él mismo lo reconoce, rindió la experticia varios meses después de realizar la visita y, por ende, del término fijado, el artículo 164.5 del Código de Procedimiento Civil¹³ permite su valoración, máxime cuando la demora es atribuible al municipio de Cali, quien sólo canceló los gastos de pericia ordenados el 20 de marzo de 2009, no puede concluirse que, como lo afirma EMCALI, haya carecido de objeto y, por lo tanto, adolezca de error grave. Lo anterior por cuanto, al responder el cuestionario formulado por la Sala, el dictamen dio cuenta de la situación fáctica que se presentaba antes de los supuestos trabajos realizados, momento para el cual no hay pruebas de que el perito haya cambiado o desnaturalizado el objeto de la pericia. El hecho de que, con posterioridad a la visita del experto, EMCALI haya cambiado la red eléctrica no desvirtúa lo constatado con anterioridad aunque, sin duda, constituye un elemento que debe tenerse en cuenta al momento de proferir el fallo.

10.4.2.1. Respecto de los argumentos de EMCALI según los cuales, al señalar que la instalación de las redes eléctricas debe ser un modelo tanto técnico como estético, al gusto de los usuarios, el dictamen no sólo es absurdo sino que carece de fundamento técnico, la Sala considera que, efectivamente, se trata de apreciaciones subjetivas que, en lo que concierne el carácter estético, escapan al objeto del dictamen, tal como fue determinado en el auto de mejor proveer de 10 de febrero de 2005 y, en lo que tiene que ver con lo técnico, no aportan ningún elemento de juicio relevante en esa materia. No obstante, dichas afirmaciones son accesorias en relación a las respuestas dadas al cuestionario formulado por la Sala y, por lo tanto, no son suficientes para considerar que estas últimas adolecen de error grave.

¹³ Norma según la cual *“Los peritos podrán por una sola vez, pedir prórroga del término para rendir el dictamen. El que se rinda fuera de término valdrá siempre que no se hubiere proferido el auto que reemplace al perito”*.

III. Hechos probados

11. Con base en las pruebas recaudadas en el proceso contencioso administrativo, valoradas en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

11.1. En respuesta al derecho de petición elevado por el actor popular, el 2 de octubre de 2002, EMCALI señaló:

a. La red que pasa al frente de su casa de nomenclatura n.º 9An-09, es una red telefónica aérea, la red que pasa al otro lado de su acera es una red secundaria aérea que entre fase y neutro tiene 110 voltios y entre fase y fase 220 voltios.

b. El cable del neutro es un cable en cobre desnudo n.º 4, el calibre de las fases es un cable en cobre aislado n.º 4/0.

c. Debido a que esta red tiene varios años de instalación no existe registro de dónde fueron fabricadas y cuándo fueron instaladas.

d. La vida útil de un cable depende de las condiciones de carga y de medio ambiente del sector, en este caso, la red a pesar de tener bastante tiempo de instalación conserva todavía su aislamiento (vida mínima 20 años).

e. No se le ha realizado mantenimiento debido a lo expuesto en el numeral d (original de la respuesta al derecho de petición, f. 7 c.1).

11.2. El 12 de diciembre de 2002, el Departamento de Ingeniería y Proyectos de la Gerencia de Energía de EMCALI realizó el presupuesto de obra del “proyecto de reforma de redes en B.T. barrio Granada”. En la descripción del alcance de este último se señala que el número de usuarios es de 28 y que la longitud de línea de baja tensión es 200 (original de presupuesto de obra aportado por la demandada, f. 90 c.1).

11.3. Mediante memorando de 11 de febrero de 2003, el gerente de energía de EMCALI manifestó a la secretaria general de dicha entidad:

Una vez revisada y analizada la solicitud de reubicación de redes de energía de baja tensión localizadas en la calle 15B Norte entre av. 9ª y 10 norte del barrio Granada, y con el fin de solucionar el inconveniente se procederá a realizar el retiro de las redes que se encuentran sobre las fachadas de las viviendas y se construirán una nuevas con cable preensamblado de acuerdo con la nueva norma técnica sin ningún costo para los usuarios. Esta obra se estará realizando en un tiempo aproximado de un mes a partir de la fecha. Se deberá solicitar la reubicación de la línea telefónica a la gerencia de telecomunicaciones de EMCALI, así mismo informar a la comunidad sobre la necesidad de reubicación o el retiro de red de televisión por cable a su propietario.

Teniendo en cuenta los altos costos de ejecución de redes subterráneas y la carencia de estos materiales y a la urgencia manifiesta de los peticionarios se ejecutará la solución con red secundaria aérea nueva (original del memorando aportado con la contestación de la demanda de EMCALI, f. 88 c.1).

11.4. En dictamen rendido el 14 de abril de 2009, el perito Pablo Emilio Estupiñán Vera señaló que: i) el cableado instalado en las fachadas de las casas correspondía a una red de distribución eléctrica de baja tensión, ii) en algunas partes el aislamiento presentaba deterioro, iii) los problemas de aislamiento generan altos riesgos eléctricos por la cercanía a las viviendas, iv) las redes telefónicas no presentan riesgos de electrocución; y v) la propuesta de EMCALI de reemplazar la red eléctrica por una preensamblada es válida como solución siempre y cuando se cumplan buenas prácticas de instalación (supra párr. 10.3, f. 1-5 c.5).

11.5. En memorando de 14 de mayo de 2009, dirigido a la jefe del departamento de proyectos y radicado en la secretaria general de EMCALI, la jefe del departamento de proyectos-GUENE de EMCALI manifestó:

Atendiendo su solicitud enviada en el día de hoy, respecto del peritaje rendido por el ingeniero Pablo Emilio Estupiñán Vera, dentro de la acción popular del asunto, me permito hacer las siguientes observaciones única y exclusivamente en cuanto a las redes de energía existentes, de acuerdo con la visita realizada al sector comprendido entre la calle 15BN y las avenidas 9AN y 10N:

- 1. Las redes de energía están cableadas en red preensamblada y soportadas en postes, según información del departamento de control de energía, ingeniero Adolfo Aponte, ellas fueron cambiadas en el mes de diciembre de 2008.*
- 2. Las redes de energía así construidas no representan riesgo para los habitantes del sector ya que ellas se encuentran aisladas y con neutro puesto a tierra sólidamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del RETIE-Distancias de seguridad.*
- 3. Es importante resaltar que en el sector existen muchas redes de operadores de televisión por cable, que no fueron mencionadas en el dictamen pericial (documento anexo a la objeción al dictamen pericial rendido por Pablo Emilio Estupiñán Vera, f. 21 c. 5).*

11.6. En escrito de aclaración de su dictamen, el experto Estupiñán Vera dejó claro que EMCALI cambió la red eléctrica aunque puso de presentes otros riesgos (supra párr. 10.3.4, escrito presentado el 12 de abril de 2010, f. 700-727 c. ppl.).

11.7. La calle en cuestión es estrecha y, en consecuencia, la instalación de nuevos postes impediría el tráfico vehicular (dictamen rendido por el ingeniero civil Claudio Borrero Quijano ante el *a quo* el 1º de abril de 2004, f. 401-403 c. 1).

IV. Problema jurídico

12. Corresponde a la Sala establecer si, tal como lo solicitó EMCALI EICE E.S.P., hay lugar a modificar la orden impartida por el *a quo* con el fin de garantizar la protección de los derechos colectivos cuya amenaza o vulneración encontró demostradas en el proceso. Para ello debe determinarse si dicha orden, es decir, el diseño y construcción subterránea de las redes de energía y teléfono es la única manera de garantizar la protección de dichos derechos o si, como lo afirma la apelante, existían otros mecanismos. También debe la Sala determinar si hay lugar a revocar el incentivo reconocido por el *a quo* o no.

V. Análisis de la Sala

13. En la medida en que la entidad apelante no sólo no controvertió la existencia de la amenaza al derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público y de la vulneración de aquellos a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, y a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollo urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida; sino que está suficientemente probado en el expediente que: i) tal como afirmó el actor popular en su demanda, los cables de energía eléctrica estaban adosados a las fachadas de las casas ubicadas en la calle 15bN entre avenidas 9aN y 10N (supra párr. 11.1, 11.3 y 11.4); ii) dichos cables habían sido instalados desde hacía varios años, sin que se les hubiera hecho mantenimiento (supra párr. 11.1), iii) los mismos comenzaban a presentar problemas de aislamiento generador de riesgos eléctricos por la cercanía con las viviendas (supra párr. 11.4), iv) la instalación de nuevos postes habría podido generar obstrucción al espacio público (supra párr. 11.7), y v) la misma demandada reconoció que había lugar a cambiar la red eléctrica para ajustarla a las nuevas normas técnicas (supra párr. 11.3), hizo múltiples propuestas en dicho sentido (supra párr. 2.3, 3, 6.3, 10.2, 10.3.1) y, finalmente, adelantó los trámites para llevarlo a cabo (supra párr. 11.3, 11.5 y 11.6), la Sala considera que corresponde confirmar el amparo a los derechos colectivos mencionados, concedido por el *a quo*. No obstante, comoquiera que éste se formuló en la parte motiva del fallo y no en la resolutive, se modificará la sentencia para hacer explícito este punto.

14. Ahora bien, la Sala recuerda que una vez se encuentra acreditada la vulneración o amenaza de un derecho colectivo, corresponde al juez popular adoptar, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, las órdenes de hacer o de no hacer indispensables para garantizar el derecho amparado,

definiendo de manera precisa la conducta a cumplir, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño y, en fin, exigir la realización de las actuaciones necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible.

14.1. Lo anterior no implica que deba accederse automáticamente a lo solicitado por el accionante sino que le corresponde, consciente como debe ser de las implicaciones de sus fallos, ponderar con detenimiento las diferentes alternativas y optar por aquellas que, cumpliendo plenamente con la finalidad para la cual se prescriben, esto es, garantizar el cese de la amenaza o vulneración del derecho colectivo, resulten más viables.

14.2. Así pues, las órdenes proferidas por el juez de la acción popular deben justificarse tanto en su capacidad para garantizar la protección de los derechos colectivos efectivamente amparados, esto es, en cuanto a su pertinencia y congruencia con la protección concedida, sino además en relación con la viabilidad de su realización y de su eficacia. Es precisamente dicho análisis el que extraña la Sala en la sentencia del *a quo* pues, por una parte, la orden proferida comprende una situación respecto de la cual no se acreditó la amenaza o vulneración de un derecho colectivo –red telefónica- (14.3) y, por otra, a pesar de la insistencia de EMCALI EICE E.S.P sobre las dificultades financieras y técnicas ligadas a la construcción de una red eléctrica subterránea y sobre su disponibilidad para cambiar la existente, aunque atendiendo especificaciones distintas a las solicitadas por el actor popular, el asunto no fue estudiado (14.4).

14.3. En efecto, es necesario precisar que las amenazas y vulneraciones de derechos colectivos efectivamente probados en el expediente provienen de los riesgos ligados a la modalidad de instalación eléctrica en el sector habitado por el actor popular, razón por la que, en principio, la protección de dichos derechos implicaría adoptar medidas que se limitaran a la red eléctrica. Sin embargo, en la medida en que está probado que la instalación telefónica tiene la misma configuración que la eléctrica –está demostrado que ambas estaban adosadas a las fachadas de las casas- y que las dos están a cargo de la misma empresa, no tendría sentido que fueran tratadas de manera distinta y, en consecuencia, las órdenes que se profieran en relación con la red eléctrica pueden extenderse a la telefónica.

14.3.1. Como lo señaló el experto en el dictamen pericial rendido el 14 de abril de 2009, las redes telefónicas no presentaban riesgo de electrocución y aunque agregó que “*sí pueden generar problemas e incomodidades al ejecutar labores*

como limpieza o pintura de las fachadas” –supra párr. 10.3 y 11.4-, no se probó que esto constituyera amenaza o violación de derecho colectivo alguno.

14.3.2. Esto tampoco se demostró con el escrito de aclaración/complementación de dicho dictamen pues, aunque allí se afirma

que: “[a]l ser esta calle demasiado angosta los tendidos eléctricos y telefónicos están a la fecha pasando de manera abrupta y desordenada por el frente de las viviendas sin el adecuado apoyo, esto da la posibilidad que por su peso se descuelguen más y con el paso de un vehículo alto ocurra un accidente con graves consecuencias” –supra párr. 10.3.4-, dicha conclusión carece del respaldo técnico necesario para que pueda considerarse como una experticia rigurosa y no como una mera impresión subjetiva.

14.4. En relación con la orden consistente en que se *“realice el diseño y construcción subterránea de las redes de energía y de teléfono en la calle 15BN entre avenida 9 AN y avenida 10N del barrio Granada de Cali”*, la Sala considera que las pruebas de orden técnico obrantes en el expediente, si bien no permiten concluir que sea la única opción para sustituir las redes que amenazan los derechos de la comunidad afectada, no descartan la adopción de esa medida en aras de garantizar eficazmente el acceso a la prestación de los servicios públicos en condiciones eficientes, la seguridad y prevención de desastres, si se considera que la vulneración de los mismos, acreditada en el *sub judice* pone en peligro la vida, los bienes y demás intereses de la comunidad afectada.

14.4.1. En efecto, pone de presente la Sala que, en tanto la acción popular apunta a la protección de la comunidad afectada por la amenaza o vulneración y los derechos cuya defensa se pretende son de contenido y titularidad difusos, lo procedente con el amparo tiene que ver con medidas orientadas a prevenir eficazmente que los riesgos, a los que la prestadora de los servicios públicos mantiene sometida a la comunidad, se materialicen causándoles daños. De ahí que, a juicio de la Sala, no resulta posible limitar el análisis de las medidas a los criterios que tradicionalmente tienden a la reparación del daño, a estudiar los costos económicos o las condiciones competitivas de la prestación del servicio, a las normas técnicas establecidas para que rijan en condiciones generales, invocados por la demandada, pues, si bien estos pueden explicar por qué durante largos años se ha mantenido a la comunidad en peligro inminente de un desastre, al punto de que a pesar del conocimiento de esas circunstancias a la prestadora solo le mereció su atención una vez iniciada la presente acción, no consideran i) las circunstancias particulares o especiales de tiempo, modo y lugar que generan

el riesgo para la comunidad afectada; ii) la responsabilidad eminentemente preventiva que le es exigible a quienes generan los riesgos, y iii) razones elementales de justicia que demandan que las medidas de prevención o de reducción de los accidentes o daños se rijan principalmente por la eficacia de las garantías constitucionales y no prioritariamente por el criterio de optimización de costos.

14.4.2. En ese orden, no cabe duda de que en tratándose de medidas orientadas a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles, el principio general debe ser el de la responsabilidad preventiva¹⁴, sin perjuicio de las medidas de reparación y compensación a que haya lugar. Y como lo enfatiza la doctrina, “[l]a aplicación de este principio [prevención] es clara e inequívoca: siempre que se produce una amenaza inminente de daño, hay que adoptar medidas preventivas, y siempre que se produce un daño, hay que adoptar medidas reparatoras”¹⁵. Por otra parte, cuando existe incertidumbre sobre la causación del daño, el ordenamiento prescribe que si existe “la posibilidad de daños graves o irreversibles a las vidas, a los bienes y derechos de las personas, a las instituciones y a los ecosistemas como resultado de la materialización del riesgo en desastre, las autoridades y los particulares aplicarán el principio de precaución en virtud del cual la falta de certeza científica absoluta no será óbice para adoptar medidas encaminadas a prevenir, mitigar la situación de riesgo”, al tenor de las disposiciones del artículo 3º de la Ley 1523 de 2012, “[p]or la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”.

14.4.3. Siendo así, en aplicación de los principios de precaución y prevención que rigen la materia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia y la complementará en el sentido de disponer que no habrá lugar a construcción de las redes subterráneas solamente cuando el comité conformado para efectos de verificación de la sentencia determine, sin lugar a dudas, que las nuevas redes que EMCALI construyó durante el trámite de este proceso para sustituir aquellas que originaron la presente acción, i) en su diseño y construcción se sujetan a la valoración de los riesgos que debió preceder, de conformidad con el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas expedido por el Ministerio de Minas y Energía; ii) cumplen las normas técnicas vigentes en la materia, especialmente las dispuestas por el citado reglamento y por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, atendiendo a las condiciones particulares del espacio en el que fueron

¹⁴ Cfr., “Función de la responsabilidad por daños. Función reparatoria-compensatoria y función preventivo-punitiva”, en Fernando Reglero Campos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo 1-Parte General, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 55 y ss.

¹⁵ Cfr., José Esteve Pardo, *Ley de Responsabilidad Medioambiental-Comentario sistemático*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 98.

construidas y en el que habita la comunidad afectada, y iii) que bajo condiciones normales de operación, teniendo en cuenta las reglas del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional¹⁶ expedido por el ente regulador y las condiciones particulares del espacio público, no se prevé la posibilidad de daños graves o irreversibles a la vida, los bienes y derechos de las personas, las instituciones y los ecosistemas, como resultado de la materialización del riesgo.

14.4.4. En esos términos, para garantizar plenamente los derechos colectivos de acceso a la prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos domiciliarios, y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, que les asisten a los habitantes del sector correspondiente a la calle 15BN entre las avenidas 9 AN y 10N del barrio Granada de Cali, el municipio deberá permitir el uso del espacio público y EMCALI E.I.CE ESP deberá construir las redes subterráneas para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y de teléfono, sin perjuicio de que, de comprobarse a través del comité de verificación que las redes aéreas construidas por la demandada durante el trámite de este proceso cumplen los criterios ya señalados (supra 14.4.1 a 14.4.3), se entienda que con la sustitución de las redes ya efectuada es suficiente para amparar los derechos cuya vulneración se acreditó en este proceso.

14.4.5. Ahora bien, tal como lo hizo el Tribunal, lo prescribe el artículo 34 de la Ley 472 de 1998¹⁷ y se ha venido señalando, la Sala someterá la verificación del cumplimiento de la sentencia a un Comité integrado, además de las autoridades señaladas en la primera instancia, por el actor popular, principal interesado en el mismo, y por un magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Dicho Comité deberá verificar que el municipio otorgue oportunamente el permiso para la utilización del espacio público y que EMCALI E.I.CE ESP diseñe y construya una red subterránea, con sujeción a las normas vigentes, en especial el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas expedidas por el Ministerio de Minas y Energía y las disposiciones regulatorias expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, sin perjuicio de que, si a juicio del comité de verificación no existen dudas de que las redes construidas por EMCALI EICE durante el trámite de este proceso para sustituir las redes de la comunidad afectada, cumplen los criterios

¹⁶ Esto es, el “conjunto de principios, criterios y procedimientos establecidos para realizar el planeamiento, la coordinación y la ejecución de la operación del sistema interconectado nacional (...)”, definido este último como –se destaca– “el sistema compuesto por los siguientes elementos conectados entre sí: las plantas y equipos de generación, la red de interconexión, las redes regionales e interregionales de transmisión, **las redes de distribución, y las cargas eléctricas de los usuarios**”, al tenor de las disposiciones del artículo 11 de la Ley 143 de 1994.

¹⁷ Norma según la cual el juez “podrá conformar un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo”

expuestos en esta providencia (supra 14.4.1 a 14.4.5), se entienda que las medidas adoptadas por la prestadora del servicio garantizan eficazmente los derechos colectivos amparados¹⁸. Asimismo, el comité verificará que las redes subterráneas se construyan dentro del término previsto, con sujeción a las normas señaladas.

14.4.6. Así las cosas, EMCALI E.I.C.E ESP suministrará toda la información relativa al estudio y valoración de riesgos que precedieron a la construcción de las nuevas redes, de que trata el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas expedido por el Ministerio de Minas y Energía, al diseño y construcción de las redes y suministrará los medios que sean requeridos para que, en un término máximo de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, el Comité verifique el cumplimiento de los criterios señalados en los numerales 14.4.1 a 14.4.3 de esta providencia. De no poderse llevar a cabo la verificación por hechos ajenos al Comité o en caso de que a este le asistan dudas sobre el cumplimiento de los criterios objeto de verificación y ante la mera posibilidad de daños graves o irreversibles a la vida, los bienes y demás derechos de las personas, como resultado de la materialización del riesgo, EMCALI E.I.C.E ESP deberá construir las redes subterráneas aquí señaladas. A estos efectos, la empresa deberá presentar la solicitud de permiso de uso del espacio público dentro de los ocho días calendario, siguientes a la fecha en que el comité concluya sobre la verificación y construir las redes en un término máximo de tres meses, contado a partir del otorgamiento del permiso. El municipio de Cali, por su parte, deberá otorgar el permiso de que trata el artículo 26 de la Ley 142 de 1994, dentro del término máximo de un mes siguiente a la presentación de la solicitud, en consideración al carácter preventivo de las medidas aquí adoptadas.

15. En lo que concierne al **incentivo** concedido al actor popular en primera instancia y objeto de impugnación por la entidad apelante, la Sala considera que, en virtud de lo decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación de 3 de septiembre de 2013¹⁹, no es posible reconocerlo por haber sido derogado por la Ley 1425 de 2010 “*Por medio de la cual se*

¹⁸ Por cuanto, según los documentos aportados por EMCALI –supra párr. 11.5- y lo constatado por el perito Estupiñán Vera –supra párr. 11.6-, dicha entidad sí habría cambiado la red eléctrica.

¹⁹ Exp. 17001-33-31-001-2009-01566-01(IJ), C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Es de anotar que el ponente de la presente sentencia salvó el voto en dicha decisión por no estar de acuerdo, entre otros aspectos, con el objeto de la unificación, esto es, “*la derogatoria del incentivo económico en el marco de las acciones populares a partir de la promulgación, en diciembre de 2010, de la Ley 1425, así como en torno a la improcedencia de su reconocimiento, incluso en aquellos procesos promovidos con anterioridad a la expedición dicha Ley 1425*” (resaltado del original).

derogan artículos de la Ley 472 de 1998 Acciones Populares y [de] Grupo” y, en consecuencia, se revocará el otorgado por el a quo y, en su lugar, se denegará.

16. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

MODIFICAR la sentencia de 6 de agosto de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la cual quedará así:

PRIMERO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la parte demandada-municipio Santiago de Cali.

SEGUNDO. ACCEDER a la protección de los derechos colectivos señalados en la parte motiva de la providencia.

TERCERO. ORDENAR a las Empresas Municipales de Cali-EMCALI EICE ESP que, para garantizar los derechos colectivos de acceso a la prestación eficiente y oportuna de los servicios, la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, que les asisten a los habitantes del sector correspondiente a la calle 15BN entre las avenidas 9 AN y 10N del barrio Granada de Cali, construya las redes subterráneas para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y de teléfono, sin perjuicio de que, de comprobarse a través del comité de verificación que las redes aéreas construidas por la demandada durante el trámite de este proceso cumplen los criterios señalados en esta providencia (supra 14.4.1 a 14.4.6), se entienda que con la sustitución de las redes ya efectuada es suficiente para amparar los derechos cuya vulneración se acreditó en este proceso.

La empresa deberá suministrar al comité de verificación toda la información y los medios que sean requeridos para que, en un término máximo de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, se lleve a cabo la verificación sobre la red construida por EMCALI E.I.C.E ESP durante el trámite de este proceso para sustituir las redes de los usuarios afectados, según lo señalado en la parte motiva.

De no poderse llevar a cabo la verificación por hechos ajenos al Comité o en caso de que a este le asistan dudas sobre el cumplimiento de los criterios objeto de verificación y ante la mera posibilidad de daños graves o irreversibles a la vida, los bienes y demás derechos de las personas, como resultado de la materialización del riesgo, EMCALI E.I.C.E ESP deberá presentar la solicitud de permiso de uso del espacio público dentro de los ocho (8) días calendario, siguientes a la fecha en que concluya el plazo señalado para la verificación por parte del Comité y construir las redes en un término máximo de tres meses contado desde el otorgamiento del permiso.

El municipio de Cali, por su parte, deberá otorgar el permiso para el uso del espacio público, dentro del término máximo de un mes siguiente a la presentación de la solicitud, en consideración al carácter preventivo de las medidas aquí adoptadas.

CUARTO. CONFORMAR un Comité integrado por el actor, un magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios representada a través de su Dirección Territorial para el Suroeste Colombiano, la dependencia que el municipio de Cali para el efecto designe y la dirección de energía y teléfonos de EMCALI EICE E.S.P y demás departamentos que la empresa requiera, para que verifique el cumplimiento de la sentencia, en los términos expuestos en la parte motiva.

QUINTO. EXONERAR al municipio Santiago de Cali y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de todo cargo, por lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO. REMITIR copia de la demanda, del auto admisorio y del fallo definitivo al Defensor del Pueblo de Santiago de Cali, para que dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 80 de la Ley 472 de 1998.

SÉPTIMO. DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Sala

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

RAMIRO PAZOS GUERRERO