

**SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Evolución jurisprudencial /  
SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Evolución jurisprudencial  
constitucional**

Esta no es la primera vez que el Consejo de Estado se pronuncia sobre las facultades de las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios y, en especial, sobre cuáles son los límites y alcances de la delegación presidencial en la facultad de control, inspección y vigilancia que de las mismas le es, legal y constitucionalmente viable realizar, previa autorización legal, a dichas comisiones sobre las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. En forma simultánea, la jurisprudencia constitucional ha venido adelantando un profundo análisis sobre la evolución de los servicios públicos domiciliarios a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, temática de la que se ocupa profusamente en los artículos 365, 367, 369, 370 y 48 transitorio, en los que se advierte: i) una distinción entre función pública y servicios públicos ii) una mayor precisión frente a la escogencia de un 'nuevo servicio público' basado en un modelo competitivo "a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía"; iii) reserva de ley para la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, "entendidos como la especie dentro del género servicios públicos" en la que se fijará su prestación, cobertura, calidad, financiación, régimen tarifario, deberes y derechos de los usuarios, sistema de protección y participación democrática en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio; iv) la consagración de la función reguladora en cabeza del Presidente de la República como constitutiva de uno de los instrumentos más representativos y característicos de la intervención del Estado, junto con el ejercicio de las funciones de control, inspección y vigilancia, v) regulación que, con sujeción a la ley, pretende asegurar su prestación eficiente, la concreción efectiva de las libertades económicas, contribuir con la realización de los fines del Estado social de derecho y la satisfacción de las necesidades colectivas; y por último, vi) diferencia entre la competencia regulativa y la reglamentaria atribuidas en forma separada al presidente de la República.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365 /  
CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 367 / CONSTITUCION POLITICA -  
ARTICULO 369 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 370 / CONSTITUCION  
POLITICA - ARTICULO 48 TRANSITORIO

**NOTA DE RELATORIA:** Reiteración jurisprudencial, consultar sentencias de: 2 de mayo de 2007, exp. 16257; 13 de mayo de 2004, exp. AP-00020; 10 de febrero de 2005, exo, AP-00254; 26 de enero de 2006 y exp. AP-2002-01944. Igualmente, auto del 17 de febrero de 2005, exp. 27673 y sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 16257. Reiteración jurisprudencial constitucional, consultar Corte Constitucional sentencias: C-448 de 1998; C-1162 de 2000; C-242 de 2007 y C-150 de 2003

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

**REGIMEN LEGAL DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Ley 142 de 1994**

Con base en sus competencias, el legislador expidió la Ley 142 de 1994, "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", en cuyo articulado creó las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios (31, 32, 35) y se autorizó al presidente a delegar las competencias a él atribuidas por el artículo 370 constitucional a dichas comisiones (art. 68). Según lo establece el artículo 370 de la Constitución Política de 1991, "Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten (...) con la autorización legal del artículo 68 de la Ley 142, acto seguido el Presidente de la República expidió el Decreto 1524 de 1994 delegando en la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, la función de fijar las políticas generales a él atribuidas por el artículo 370 constitucional (...) existe una relación normativa que desciende desde la Constitución hacia la ley, y luego hacia el Decreto 1524, mediante autorizaciones explícitas que delegan en la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico la facultad para señalar, bajo el marco legal, las políticas generales de administración y control de eficiencia respecto al servicio público de acueducto, alcantarillado y aseo. En ejercicio de las facultades delegadas mediante el Decreto 1524, la CRA a su vez expidió la Resolución 151 de 2001 cuyo artículo 1.3.5.3. fue modificado en sus literales d) y e) y adicionado el parágrafo 2, mediante la Resolución 242 de 2003.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 370 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 68 / DECRETO 1524 DE 1994 / RESOLUCIÓN 151 DE 2001 - ARTICULO 1 / RESOLUCIÓN 151 DE 2001 - ARTICULO 3 / RESOLUCIÓN 151 DE 2001 - ARTICULO 5

**NOTA DE RELATORIA:** Consultar Consejo de Estado, Sección primera, Sala de Conjuces, sentencia del 15 de noviembre de 2011, exp. 110001-03-24-000-2003-00395-01, Conjuetz Ponente Guillermo Vargas Ayala

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

**LINEA DE INTERPRETACION - Definición, alcance, límites y diferencias entre las competencias de regulación de raigambre constitucional / LINEA DE INTERPRETACION - Reglamentación en cabeza del Presidente de la República / LINEA DE INTERPRETACION - Naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación y ejercicio de sus facultades / LINEA DE INTERPRETACION - Funciones de regulación y su delegación presidencial en las Comisiones de Regulación**

Recientemente la Sala edificó una clara línea de interpretación respecto de los siguientes asuntos: i) definición, alcance, límites y diferencias entre las competencias de regulación de raigambre constitucional (art. 370 superior) y de reglamentación en cabeza del presidente de la República (art. 189-11 constitucional); ii) naturaleza jurídica de las comisiones de regulación y ejercicio de sus facultades; y por último, iii) las funciones de regulación y su delegación presidencial en las comisiones de regulación.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189.11 /  
CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 370

**NOTA DE RELATORIA:** Línea de interpretación, consultar Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 2009, exp. 11001-03-26-000-2001-00037-01(20691); Sección Tercera, sentencia de 9 de septiembre de 2009, exp. 11001-03-26-000-2000-01922-01, exp. 19224; Sección Primera, sentencia de 30 de abril de 2009, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, exp. 11001-03-24-000-2004-00123-01; Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2008, exp. 11001-03-26-000-2001-0029-01(20409), C.P. Ramiro Saavedra Becerra. En esta última providencia se estudió la legalidad de los artículos 1.3.2.1, 1.3.2.2, 1.3.3.1, 1.3.3.2, 1.3.3.3, 1.3.4.9, 1.3.4.10, 1.3.5.1, 1.3.5.2, 1.3.5.3, 1.3.5.4, 1.3.5.5, 1.3.7.1, y 1.3.7.2 de la Resolución No. 151 del 23 de enero de 2001, expedida por la referida CRA

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

**SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Delegación y regulación. Reiteración jurisprudencial**

En aras de determinar el verdadero alcance de la facultad de regulación que la Ley 142 había otorgado a las comisiones de regulación y distinguirla de la facultad de reglamentación, la Sala determinó que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la primera se restringe únicamente a las atribuciones propias establecidas en el artículo 370 constitucional (...) o lo que es lo mismo, preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia en mercados imperfectos, y de esta forma asegurar la calidad de los prestadores de los servicios y defender los derechos de los usuarios (...) Dicha competencia de regulación de los servicios públicos domiciliarios a cargo del presidente de la República es delegable a las comisiones de regulación previa autorización legal, tal como lo hizo la Ley 142 de 1994 (artículo 68), “por cuanto dicha facultad no compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional, al punto de que requiera un ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario”, y que éstas ejercen a través de la expedición de actos administrativos de carácter general y actos administrativos de carácter particular y concreto. Mientras que la potestad reglamentaria de la ley consagrada en el art. 189, núm. 11 superior, le corresponde al presidente de la República, quien la ejerce a través de decretos con los cuales busca la cumplida ejecución de las leyes, estableciendo mecanismos y disposiciones que las hagan operativas y ejecutables, dentro de los precisos límites que ellas mismas imponen. En suma, si bien ambas competencias derivan de la Constitución, la potestad de regulación de los servicios públicos domiciliarios es delegable, por autorización constitucional, mediante la ley que así lo determine, del presidente a las comisiones de regulación en los precisos términos del artículo 370 superior, quienes actúan con sujeción a ella para expedir actos administrativos de carácter general.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189.11 /  
CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 370 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 68

**NOTA DE RELATORIA:** Consultar Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000 y C-272 de 1998. Consejo de estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado) septiembre de 1997, exp. 11857 y sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 31223

#### **POTESTAD REGLAMENTARIA DE LA LEY - Presidente de la República**

En tanto que la potestad reglamentaria reposa exclusivamente en la órbita de actuación del presidente de la República quien, como máxima autoridad administrativa, está facultado para reglamentar las leyes que así lo requieran con el fin de hacerlas ejecutables, concretas y realizables. Facultad que cristaliza una "labor de indagación" sobre los contenidos y objetivos de la ley para que mediante normas de carácter general se hagan efectivos los mandatos legales. Esta Sala ha sido enfática al establecer que a la facultad de reglamentación de las leyes por el presidente no escapa la ley de servicios públicos domiciliarios, "que puede y debe ser objeto de reglamentación por parte del Presidente".

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar Corte Constitucional, sentencia C-557 del 15 de octubre de 1992. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2008, exp. 11001-03-26-000-2001-0029-01(20409), C.P. Ramiro Saavedra Becerra

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

#### **COMISIONES DE REGULACION - Funciones**

La función de regulación a cargo de las comisiones creadas por la ley, se contrae entonces, al ejercicio de las específicas competencias que ésta les otorga en su articulado, y es distinta de la competencia de reglamentación de la ley que le corresponde ejercer al Presidente de la República de manera exclusiva; se trata entonces, de dos órbitas de acción que deben ejercerse de manera independiente pero coordinada, en la medida en que las dos se hallan sometidas a las mismas disposiciones constitucionales y legales que rigen en materia de servicios públicos domiciliarios, evitando invadir cada una, el ámbito de decisión que no les corresponde. Así mismo, es necesario tener claro que, el hecho de que el presidente de la República haya decidido delegar su función de trazar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios en las comisiones de regulación, no significa en manera alguna, ni explícita ni implícitamente, la delegación de su función general de reglamentar la ley; por lo tanto, las comisiones en sus actuaciones, deben evitar inmiscuirse o invadir este radio de competencia del primer mandatario, limitándose a ejercer, concretamente, las funciones que de manera expresa les atribuyó la ley de servicios públicos; en el evento en que para ello se encuentren frente a vacíos normativos que dificulten el cumplimiento de las mismas, deberán propender porque los mismos sean solucionados, por parte de la autoridad competente. Precisamente por lo anterior, es por lo que la ley de servicios públicos domiciliarios contempla en el artículo 73, entre las funciones de las comisiones de regulación, la de "Preparar proyectos de ley para someter a la consideración del gobierno, y recomendarle la adopción de los decretos reglamentarios que se necesiten". De

acuerdo con lo hasta aquí expuesto, se evidencia que las comisiones de regulación de servicios públicos –y entre ellas, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico- están absolutamente sometidas a la ley y a las reglamentaciones que de la misma haga el Gobierno Nacional, como cualquier otra autoridad administrativa; en consecuencia, las regulaciones que expidan, deben subordinarse a ese ordenamiento jerárquico superior, sin que puedan contrariarlo, modificarlo o complementarlo.

**FUENTE FORMAL:** LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 73

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

#### **COMISIONES DE REGULACION - Límites competenciales**

En cuanto a los límites competenciales de las comisiones de regulación, la Sala mediante la sentencia del 5 de marzo de 2008 fue clara al determinar que no le es dable a dichas comisiones reemplazar al legislador, ni tampoco suplantar al presidente de la República, pues, no cabe dentro de su marco de actuación. (...) En ese mismo pronunciamiento y en armonía con lo dicho por la Corte Constitucional, se afirmó que la delegación presidencial a las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios para fijar las políticas de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, no agota ni subsume la facultad, exclusiva del presidente, de reglamentar la ley servicios públicos cuando a bien tenga hacerlo.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2008, exp. 11001-03-26-000-2001-0029-01(20409), C.P. Ramiro Saavedra Becerra

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

#### **COMISIONES DE REGULACION - Naturaleza jurídica / COMISIONES DE REGULACION - Características**

Las comisiones de regulación son órganos administrativos, pertenecientes a la Rama Ejecutiva del poder público (artículos 38 y 48 de la Ley 489 de 1998), en tanto les han sido asignadas funciones administrativas, que gozan de independencia administrativa, técnica y patrimonial pese a no detentar la calidad de personas jurídicas, siendo tal independencia menos amplia y sólida que la autonomía de los órganos constitucionales de regulación, y su comparecencia en el proceso debe hacerse en representación de la Nación. Adicionalmente, con el fin de garantizar la imparcialidad y neutralidad que profesan estos entes, el legislador contempló que las comisiones de regulación fueran (i) órganos colegiados; (ii) dotados de un carácter técnico y especializado; (iii) con independencia patrimonial; (iv) en el que sus directivos, los comisionados, tienen

período fijo; (v) y están sometidos a un régimen de conflicto de intereses, compatibilidades e inhabilidades

**FUENTE FORMAL:** LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 69.1 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 69.2 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 69.3 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 38 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 48

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar Corte Constitucional, sentencias C-1162 de 2000 y C-150 de 2003. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de septiembre de 2009, exp. 19224

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

**COMISIONES DE REGULACION - Funciones de regulación y la delegación de funciones presidenciales / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Reglas generales de contratación**

La Sala, en la citada la sentencia del 5 de marzo de 2008 advirtió respecto al articulado de la Ley 142 que estipula las reglas generales de la contratación con la Empresas Prestadoras de Servicios Públicos domiciliarios, lo siguiente: i) el estatuto general de contratación de la administración pública contenido en la Ley 80 de 1993, es como su nombre lo indica, general, pero no agota toda la legislación en materia contractual estatal, puesto que existen áreas de la misma administración cuyo régimen contractual se sujeta a normas especiales, y uno de esos eventos es, precisamente, el de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios; ii) en esta materia, actúan no sólo empresas públicas, sino también empresas privadas y empresas mixtas, por lo cual su régimen de contratación es apenas un capítulo dentro de la normatividad que regula esta clase de servicios públicos; iii) en virtud del nuevo régimen de los servicios públicos y de la facultad de intervención del Estado en la prestación eficiente de los mismos, se vio la necesidad de implementar un régimen jurídico propio que debía ser fijado por el legislador (art. 365, C.P.), el cual en cumplimiento de esta función, expidió la Ley 142 de 1994; iv) dentro de los aspectos regulados por la Ley 142 de 1994, se hallan varias normas que se refieren específicamente a los contratos que pueden celebrar todas las empresas –oficiales, mixtas o privadas-, dedicadas a esta actividad económica y la normatividad que se les aplica a los mismos (artículo 31 -modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001-, 32, 34, 35, 36, 37 y 39) así como otras que contienen disposiciones especiales en la materia. en la segunda parte de la decisión, la Sala se refirió a aquellas materias contractuales concretas que la ley delegó a las comisiones de regulación. En concreto se refiere a aquellas consagradas en los artículos 31 y 35 de la Ley 142 como son la facultad de inclusión forzosa en algunos contratos de cláusulas exorbitantes y el deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas de contratación.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365 / LEY 80 DE 1993 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 31 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 35 / LEY 689 DE 2001 - ARTICULO 3 / LEY 689 DE 2001 - ARTICULO 31 / LEY 689 DE 2001 - ARTICULO 32 / LEY 689 DE 2001 - ARTICULO 34 / LEY 689 DE 2001 - ARTICULO 35 / LEY 689 DE 2001 - ARTICULO 36 / LEY 689 DE 2001 - ARTICULO 37 / LEY 689 DE 2001 - ARTICULO 39

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2008, exp. 11001-03-26-000-2001-0029-01(20409), C.P. Ramiro Saavedra Becerra

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

**EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Reglas concretas de contratación delegadas a las Comisiones de Regulación**

La Sala estimó que justamente en la materia contractual delegada a la CRA, el artículo 1.3.2.2. de la Resolución 131 que establece cuáles contratos deben celebrarse por licitación pública, tenía su soporte legal en lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley 142 de 1994, al otorgarle competencia para hacer este tipo de determinación. Lo mismo predicó de lo dispuesto por el artículo 1.3.3.1. de la misma resolución, respecto a la potestad de la CRA para consagrar los contratos en los cuales deben pactarse cláusulas excepcionales, facultad que expresamente le fue otorgada, por el inciso 2º del artículo 31 de la ley en comento, y del artículo 1.3.3.3., en el cual se reitera que la comisión autorizará la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos, distintos de aquellos en los que tal inclusión es obligatoria, siempre y cuando se advierta que el incumplimiento del objeto del contrato pueda traer como consecuencia necesaria y directa la suspensión en la prestación de un servicio público domiciliario, o la alteración de los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la ley. Finalmente, en el artículo 1.3.4.9. la entidad demandada estableció una serie de contratos que las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios a las que se les aplica la resolución, pueden celebrar para efectos de la gestión de tales servicios (...) Por lo tanto, juzgó que las cuatro anteriores disposiciones no vulneraban el ordenamiento jurídico aducido por el demandante, por ser acordes con la Constitución y la ley. Ahora bien, respecto del artículo 1.3.3.2., la Sala sostuvo que la CRA carecía de competencia para exigir a las empresas de servicios públicos la conservación de cierta información o documentos, al tratarse de una función directamente encomendada a la Superintendencia de Servicios Públicos, por lo cual declaró nulo todo el artículo. En torno al artículo 1.3.4.10 dijo que al exigir requisitos de contratación que no contempla el ordenamiento jurídico superior, rebasó sus propias competencias, por lo que tales apartes también fueron anulados. Con esta misma orientación se abordó el estudio del artículo 1.3.5.1. que contenía los Procedimientos regulados que estimulan la concurrencia de oferentes para la gestión de servicios públicos y que para la Sala dicho contenido normativo era propio del ejercicio de la función reglamentaria de competencia exclusiva del presidente de la República.

**FUENTE FORMAL:** RESOLUCION 151 DE 2001 - ARTICULO 1.3.3.1 / RESOLUCION 151 DE 2001 - ARTICULO 1.3.1.3 / RESOLUCION 151 DE 2001 - ARTICULO 1.3.3.3 / RESOLUCION 151 DE 2001 - ARTICULO 1.3.3.2 / RESOLUCION 151 DE 2001 - ARTICULO 1.3.4.10 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 31 / Ley 142 de 1994 - ARTICULO 35 /

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO

1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

**COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - Expedición de la resolución 242 de 2003 modificatoria del artículo 1.3.5.3 de la Resolución 151 de 2001 / EXPEDICION DE LA RESOLUCIÓN 242 DE 2003 MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 1.3.5.3 DE LA RESOLUCIÓN 151 DE 2001 - No vulnera los artículo 31, 35 y 68 de la Ley 142 de 1994 ni el artículo 370 de la Constitución Política**

Los artículos considerados vulnerados, son los que consagran atribuciones, por mandato legal, a las Comisiones de Regulación que le permiten a la CRA gozar de facultades contractuales concretas. En este sentido cabría señalar que las competencias para determinar la creación de las comisiones de regulación, su perfil funcional, objetivos, estructura orgánica y su grado de independencia recae directamente en el legislador (núm. 7° del art. 150 y 367 C.P.) quien dentro del amplio margen de libertad de configuración de la ley, reconocida así por la Corte Constitucional, goza de una amplia discrecionalidad para dotar de mayores o menores facultades a dichos entes sin que dicha facultad legislativa se vea restringida por la autorización que expresamente haga al Presidente para delegar algunas de sus funciones administrativas en tales comisiones (art. 211 C.P.). (...) el contenido del artículo 31 especifica el régimen de contratación que rige a las Comisiones de Regulación y autoriza a tales entidades al uso forzoso de cláusulas exorbitantes (...) La Ley 142 persigue desarrollar los artículos constitucionales que establecen la intervención genérica del Estado en los servicios públicos dispuestos en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política (art. 2 de la Ley 142) y que consagra facultades compartidas tanto por el legislador como por el Presidente de la República con sujeción a la ley, sin perjuicio de la competencia de inspección y vigilancia en la prestación de los servicios públicos consagrada en el artículo 189-22 en cabeza del presidente. Con esta orientación resulta claro que cuando la CRA mediante las resoluciones 151 y 224 hace uso de las competencias atribuidas por voluntad del legislador a las Comisiones de Regulación, dentro de las cuales se hallan las fijadas en los artículos 31 y 35, y declaradas exequibles por la Corte Constitucional al juzgarlas conformes a la norma suprema, no es argumentativa ni fácticamente posible que desconozca la fuente normativa que le entrega facultades y obligaciones, cuando expresamente la obedece y cumple. Por ende, no procede el cargo de vulneración de los artículos 31, 35 y 68 de la Ley 142 así como tampoco por vulneración del artículo 370 constitucional por extralimitación de la CRA en sus precisos límites competenciales al incluir cláusulas exorbitantes en ciertos contratos y la celebración de licitaciones públicas u otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 111 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150.7 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189.22 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 334 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 336 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 367 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 370 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 2 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 31 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 35 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 68

**NOTA DE RELATORIA:** En cuanto al amplio margen de libertad de configuración de la ley, concedida al legislador y la confluencia de competencias entre las ramas



del poder público legislativa y ejecutiva, en el ámbito de la regulación, consultar Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003. Sobre alcance y finalidad regulativa del Presidente respecto a los servicios públicos domiciliarios, consultar Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000. En relación con la constitucionalidad de los artículos 31 y 35 de la Ley 442 de 1994, ver Corte Constitucional, sentencias C-066 de 1997 y C-066 de 1997

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

**LITERALES D Y E DEL ARTICULO 1.3.5.3 DE LA RESOLUCION 151 DE 2001 MODIFICADOS POR LA RESOLUCION 224 DE 2003 - No desconocen los artículos 31, 35, 73 y 74.2 de la Ley 142 de 1994**

Los artículos 31 y 35 de la Ley 142, guardan concordancia con el 73 y 74.2 de la Ley 142, en tanto que en el 73 se entrega a las comisiones de regulación la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos en dos supuestos: i) cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, ii) en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad, para lo cual se especifican una serie de facultades dirigidas al desempeño de esta función. A su vez el artículo 74 se refiere a las funciones especiales de las comisiones de regulación como son la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible (74.1), de la Comisión de Regulación de Agua Potable y saneamiento Básico (74.2) y la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones (74.3), y dentro de las que corresponden con la CRA se consagra la promoción de la competencia “entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico”. (...) tampoco se observa un desconocimiento de estos preceptos por parte de los literales d) y e) del artículo 1.3.5.3. de la Resolución 151, modificados por la Resolución 224 en tanto que los mismos redundan en las competencias y facultades ya reconocidas en los artículos 31 y 35 a las Comisiones de Regulación, en general y a la CRA en particular, por parte del legislador, para determinar aquellos contratos que requieran cláusulas exorbitantes y el deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas mediante licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.

**FUENTE FORMAL:** LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 31 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 35 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 68 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 73 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 74.1 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 74.2 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 74.3

**NOTA DE RELATORIA:** Consultar Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2008, exp. 11001-03-26-000-2001-0029-01(20409), C.P. Ramiro Saavedra Becerra

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

**COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO  
- No se extralimitó en sus facultades regulativas / COMISION DE  
REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - No modificó  
los artículos 31, 35, 73 y 74.2 de la Ley 142 de 1994**

Respecto al problema jurídico formulado en la demanda y que estima que la CRA se extralimitó en sus facultades regulativas al establecer en los literales d) y e) del artículo 1.3.5.3 de las Resoluciones 151 de 1991 y 242 de 1993 los contratos que deben celebrarse por medio de procedimientos regulados que estimulan concurrencia de oferentes, considera la Sala que de conformidad con su jurisprudencia, la CRA actuó conforme a las facultades a ella delegadas, con autorización legal y constitucional, por lo que a dicha entidad le compete determinar cuáles contratos deben celebrarse por medio de dicho mecanismo. Por ende, la CRA no modificó los artículos 31, 35, 73 y 74.2 de la Ley 142, sino que, por el contrario, una lectura atenta de la misma letra de tales normas arroja como resultado que son ellas las que entregan, por mandato legislativo, tales facultades a la CRA.

**FUENTE FORMAL:** LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 31 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 35 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 73 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 74.2

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

**COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO  
- No modificó el régimen jurídico aplicable a los contratistas en tanto se  
encuentra consagrado en la ley**

Respecto al cargo sobre la modificación del régimen de derecho privado que impera en las Comisiones de Regulación, hay que anotar que en el artículo 32 de la Ley 142 se consagra que los actos de todas las empresas de servicios públicos se rigen por el derecho privado, salvo lo que disponga la Constitución o la presente ley, lo que implica que el artículo anterior, 31, al señalar que cuando las Comisiones implementen la inclusión forzosa de cláusulas exorbitantes y que en este asunto se rigen por la ley de contratación pública, se ésta configurando una nítida excepción al régimen imperante del derecho privado para hacer uso de la Ley 80 de 1993, habilitando a su vez que los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. (...) El cargo por modificación del régimen jurídico a aplicar por parte de la CRA no procede en la medida que es la misma Ley 142 la que autoriza en forma excepcional, los casos en los que las comisiones de regulación se rigen por el derecho contractual público, justamente para garantizar que ante el uso de herramientas reservadas a este ámbito del derecho, como es la implementación de cláusulas exorbitantes, la licitación pública y la concurrencia de oferentes, se cuente con los derechos de defensa y debido proceso que rodean a estos mecanismos.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 31 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 32

**NOTA DE RELATORIA:** Respecto a la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, consultar Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1997

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

**DECLARACION DE NULIDAD ARTICULADO IMPUGNADO - Basta con que solo uno de los cargos alegados prospere. Principio de economía procesal / NULIDAD DEL PARAGRAFO 2 DEL ARTICULO 1.3.5.3 DE LA RESOLUCION 151 DE 2001 ADICIONADO POR EL ARTICULO 3 DE LA RESOLUCION 242 DE 2003 - Declaratoria de nulidad. Procedencia**

Para declarar la nulidad del artículo impugnado, en virtud del principio de economía procesal y la naturaleza jurídica que entraña la acción de nulidad en tanto mecanismo de control abstracto de legalidad, basta con que uno sólo de los cargos alegados contra el acto impugnado consiga inferir la vulneración a la legalidad para proceder a su anulación. (...) el párrafo segundo del artículo 1.3.5.3 de la Resolución sometida a estudio, hace una remisión directa al artículo 1.3.5.5. en el sentido de que los contratos estipulados en los literales c), d) y e) deben sujetarse a lo establecido en su articulado. Dicho artículo también había sido previamente estudiado por la Sala en la sentencia de marzo 5 de 2008, tantas veces citada (supra nota 11). En aquella ocasión, fue declarado nulo (...) Así las cosas, si bien el cargo formulado por el actor no procede, en todo caso el párrafo 2º hace una remisión a una norma ya declarada nula por este tribunal y que jurídicamente era inaplicable en tanto desbordaba la competencia de la CRA al fijar reglas contractuales que no le atañe señalar, pues son del resorte exclusivo del legislador. Por ende, el párrafo anotado ha sido vaciado de contenido y debido a que la remisión es una forma de brindar coherencia a la legislación existente, pues con su uso se articulan las normas vigentes que regulan una materia, sin que con ello se derive una posible corrección de los vicios legales contenidos en las normas referidas, la eventual pervivencia en la legalidad del párrafo 2º podría inducir al error a los operadores jurídicos, por lo cual en virtud del principio de la seguridad jurídica, será declarado nulo. (...) se acreditó en el plenario la ilegalidad aducida en la demanda respecto del párrafo 2º del artículo 1.3.5.3. de la Resolución 151 de 2001, adicionado por el artículo 3º de la Resolución 242 de 2003, ambos actos expedidos por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico –CRA- por vulneración de la Ley 142 de 1994, por lo que se declarará nulo. Dicha decisión deberá ser incluida en la página web de la CRA en las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia.

**NOTA DE RELATORIA:** Consultar Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2008, exp. 11001-03-26-000-2001-0029-01(20409), C.P. Ramiro Saavedra Becerra

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

**DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Noción. Definición. Concepto / DEROGACION IMPLICITA - Noción. Definición. Concepto / DECAIMIENTO**

**DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Debe impugnarse su ilegalidad / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - No se impugnó su ilegalidad. Ausencia de configuración / DECRETO 1524 DE 1994 - Examen sobre su invalidez. Improcedencia / DECRETO 1524 DE 1994 - Pérdida de fuerza ejecutoria. No se configuró**

La pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo se encuentra establecida en el artículo 66 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), artículo que señala las causales que lo producen y que en su numeral 2º expresamente consigna: "cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho". Este evento ha sido conocido en la doctrina como decaimiento, y se define como un fenómeno de derogación implícita aplicable a los actos administrativos dictados en ejecución de una ley y cuya validez se sustenta en la que se predique de la norma que le da sostén. De modo que cuando una ley es declarada inconstitucional o es derogada, los actos administrativos expedidos para desarrollarla, implementarla o con fundamento en esta (secundum legem), dejan de tener fuerza obligatoria y pierden vigencia de facto. Sobre el fenómeno del decaimiento el Consejo de Estado ha afirmado que en el derecho colombiano no existe una acción autónoma que lo declare o que exprese por esa vía la pérdida de su fuerza ejecutoria, pues, el decaimiento de un acto administrativo es un fenómeno que genera la pérdida de fuerza ejecutoria, y por lo tanto, su declaración conforma una excepción, alegable cuando la administración pretende hacerlo efectivo en ejercicio del privilegio de la ejecución de oficio. No obstante, la Sala considera que sí es procedente un examen sobre la validez de los fundamentos normativos del acto cuando dentro de los cargos de ilegalidad planteados en la demanda el decaimiento se expone sobre algunos de los actos directamente cuestionados en su legalidad, situación que no se ha dado en este caso pues el actor no impugnó la legalidad del Decreto 1524 de 1994, sino de los literales d) y e), así como el parágrafo 2º del artículo 1.3.5.3. de la Resolución n.º 151 de 2001, modificados por la Resolución 242 de 2003 expedidas por la CRA, razón por la cual no procederá el estudio sobre la pérdida de fundamento normativo del Decreto 1524 afirmado por el actor.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 66 del Decreto 01 de 1984

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre derogación implícita, consultar Corte Constitucional, sentencia C-1119 de 2004. En relación con el decaimiento del acto administrativo alegable cuando la administración pretende hacerlo efectivo en ejercicio del privilegio de la ejecución de oficio, consultar Consejo de Estado, Sección Tercera, auto junio 28 de 1996, C.P. Carlos Betancur Jaramillo

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

**DEROGACION - Noción. Definición. Concepto / DECRETO 1524 DE 1994 - Entrada en vigencia del artículo 10 de la Ley 489 de 1998 / LEY GENERAL PREVALENTE - Prohibición de derogación tácita con la expedición de leyes posteriores / DECRETO 1524 DE 1994 - Tácita derogación. No se configuró**

Respecto al cargo de la supuesta derogatoria del Decreto 1524 a raíz de la entrada en vigencia del artículo 10 de la Ley 489 de 1998, la Sala recuerda que la derogatoria consiste en la pérdida de efectos jurídicos que genera una ley al

determinar la pérdida de vigencia de otra anterior y que puede producirse de manera expresa o tácita, cuando una norma jurídica posterior resulta incompatible con una anterior, o cuando se produce una nueva regulación integral de la materia. No obstante, el artículo 13 de la Ley 489 de 1998 reconoce las particularidades de la Ley 142 en la que según su artículo 186 esta ley es general pero prevalente y criterio hermenéutico sobre otras leyes posteriores especiales que se refieran a la materia, por lo cual está prohibida su derogatoria tácita, y consecuente con ello, lejos de derogarla en virtud de su entrada en vigencia, por el contrario la hace pervivir y concordar con la nueva legislación (...) En consecuencia los supuestos normativos que dan viabilidad al D. 1524 continúan vigentes y no se observa que se haya producido una tácita derogación con la Ley 489 de 1998.

**FUENTE FORMAL:** LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 10 / LEY 142 DE 1994 - ARITUCULO 186

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre fenómeno de insubsistencia de las disposiciones legales, consultar sentencia del 13 de agosto de 2008, exp. 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP). En relación con la prohibición de la derogación tácita de una ley general y prevalente con la expedición de una normatividad posterior, ver sentencia de 18 de Julio de 2007, rad. 25000-23-26-000-1999-00155-01(29745)

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

**VIA DE HECHO ADMINISTRATIVA - Noción. Definición. Concepto / VIA DE HECHO ADMINISTRATIVA - Requisitos para su configuración / VIA DE HECHO ADMINISTRATIVA - Causal de anulación en el marco de una acción de nulidad / VIA DE HECHO ADMINISTRATIVA - Falla del servicio, siempre y cuando se satisfagan los demás elementos requeridos para la procedibilidad de una acción de reparación directa**

La vía de hecho administrativa “se configura y caracteriza por dos elementos especiales: por una parte, cuando la administración ha pretendido ejercitar un derecho que la ley no le otorga; por otra, cuando la administración obra sin observar el procedimiento que se le ha impuesto”. También se ha sostenido que “las vías de hecho son operaciones materiales, totalmente extrañas a las que por la ley le están permitidas a la administración, y a través de ellas se amenaza ora la propiedad privada, ora las libertades públicas”. En este sentido, que la administración haya incurrido en una vía de hecho, por desconocimiento sustancial o procesal de la ley, puede alegarse i) como causal de nulidad en el marco de una acción de nulidad o ii) como falla del servicio, siempre y cuando se satisfagan los demás elementos requeridos para la procedibilidad de una acción de reparación directa. En el caso de la primera esta sólo procede contra actos administrativos, es decir, declaraciones unilaterales de la voluntad, que provienen de las autoridades públicas cuando ejercen la función administrativa, de control o electoral, o de los particulares cuando ejercen esas mismas funciones, y que producen efectos jurídicos. Por ello, cuando se invoca una vía de hecho como causal de nulidad debe precisarse en forma concreta en qué clase de vicio incurrió la administración para apartarse del mandato legal. El actor sostuvo que la CRA había dado una interpretación distinta a la que se predica de la legalidad de la Ley 142 para derivar una competencia que no le corresponde en la adición de algunos

literales del artículo 1.3.5.3 de la Resolución 151, lo que redundaría en la falta de competencia y extralimitación en el ejercicio de las funciones de la CRA, aspectos ya estudiados previamente en esta providencia como cargos autónomos y que concluyó con la decisión de declarar la legalidad del acto. En suma, el argumento expuesto por el actor como vía de hecho, no constituye un cargo autónomo en tanto la Sala analizó en esta misma providencia tales asuntos, falta de competencia y extralimitación de las funciones en cabeza de la CRA, y con ello ya evacuó los cuestionamientos que por este aspecto fueron reparados por el actor.

**NOTA DE RELATORIA:** En relación con los elementos de configuración de una vía de hecho administrativa, consultar Sentencia de octubre 28 de 1976, A.C.E., año LI, tomo XCI, núm. 451-452, pág. 635, citada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Antonio José de Irisarri Restrepo, 16 de noviembre de 1989, sin radicación. Sobre noción de vía de hecho administrativa, consultar Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 2 de noviembre de 2004, expediente 11001-03-15-000-2004-0270-01(IJ). En cuanto a la vía de hecho administrativa como causal de nulidad en el marco de una acción de nulidad y su procedencia, consultar Sección Tercera, sentencia de 7 de marzo de 2011, exp. 37044B

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 LITERALES E Y D (No anulado) / RESOLUCION 151 DE 2001 (23 de enero) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - ARTICULO 1.3.5.3 PARAGRAFO 2 (Anulado)

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012)

**Radicado numero: 11001-03-26-000-2003-00060-01(25693)**

**Actor: MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

**Demandada: NACION-MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD**

Procede la Sección Tercera del Consejo de Estado a decidir en única instancia la demanda instaurada por el ciudadano Mauricio Fajardo Gómez, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. en la que impugna los literales d) y e), así como el párrafo 2º del artículo 1.3.5.3 de la

Resolución n.º 151 del 23 de enero de 2001, modificados por la Resolución 242 de 2003, ambas expedidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

## **ANTECEDENTES**

### **I. El acto acusado**

1. El actor solicitó declarar la nulidad parcial del siguiente artículo de la Resolución No. 151 de 2001, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, cuyo fragmento impugnado es subrayado:

### **RESOLUCION CRA 151 DE 2001**

**(enero 23)**

**Regulación integral de los servicios públicos de Acueducto,  
Alcantarillado y Aseo**

**LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y  
SANEAMIENTO BÁSICO,**

**en ejercicio de sus facultades legales y en especial las contenidas  
en los artículos 68, 73 y 74 de la Ley 142 de 1994, y los Decretos  
1524 de 1994, 2474 de 1999 y 1905 de 2000,**

#### **CONSIDERANDO:**

**Artículo 1.3.5.3 Contratos que deben celebrarse por medio de procedimientos regulados que estimulan concurrencia de oferentes.** Se someterán a los procedimientos regulados de que trata esta resolución, para estimular la concurrencia de oferentes:

- a) Los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo para la administración profesional de acciones, a los que se refiere el numeral 39.2 del artículo 39 de la Ley 142 de 1994;
- b) Los que celebren las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo con quienes sean sus competidoras;
- c) Los que celebre una persona prestadora de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo que tiene posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad consiste en distribuir bienes provistos por terceros, con un tercero en cuyo capital tenga una participación superior al veinticinco por ciento (25%);

d) Todos los que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo para plazos superiores a cinco años;

e) Modificado por el art. 2, Resolución CRA 242 de 2003. Los que celebren las entidades territoriales y/o las empresas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo, con el objeto de asociarse con otras personas para la creación o transformación de personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y/o aseo, con el fin de que la empresa constituida o transformada asuma total o parcialmente la prestación del servicio respectivo y/o administre los bienes destinados de forma directa y exclusiva a la prestación del mismo y/o los ingresos recaudados vía tarifas; y/o los que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo con el objeto de transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes destinados de forma directa y exclusiva a prestar los servicios públicos, concesiones o similares y puedan cobrar tarifas a los usuarios finales, así como los que tengan por objeto transferir, a cualquier título, la administración de los bienes destinados a la prestación del servicio y/o de los ingresos recaudados vía tarifas".<sup>1</sup>

**Parágrafo.** La emisión de acciones por parte de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo y su suscripción, se regirá por las normas que regulan la oferta pública de valores, cuando se requiera inscripción en el Registro Nacional de Valores. Cuando no se requiera de tal registro, la emisión y suscripción de acciones se regirá por las normas de derecho privado y por las disposiciones especiales contenidas en la Ley 142 de 1994.

**Parágrafo 2.** Adicionado por el art. 3, Resolución CRA 242 de 2003. Con el fin de garantizar la selección objetiva del contratista y la concurrencia de oferentes, los contratos a que se refieren los literales c), d) y e) del presente artículo, deberán someterse, en lo pertinente, a las reglas establecidas en el artículo 1.3.5.5 de la Sección 1.3.5 del Capítulo 3 del Título Primero de la Resolución 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

## II. La demanda

2. En su escrito de demanda del 12 de septiembre de 2003, el actor solicita la declaratoria de nulidad (parcial) del artículo 1.3.5.3 de la Resolución 151 del 23 de enero de 2001, modificado a su vez por el artículo 3 de la Resolución 242 expedida por la referida CRA<sup>2</sup>, por considerar que vulneran los artículos 84, 12, e

---

<sup>1</sup> El texto anterior del literal e) rezaba "Los que celebren las entidades territoriales con el objeto de asociarse con otras personas para la creación o transformación de personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo".

<sup>2</sup> Para efectos de esta decisión, la Sala al referirse a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico usará sus siglas CRA.



inciso final del artículo 150 constitucional; los artículos 32 y 68 de la Ley 142 de 1994 y el Decreto 1524 de 1994.

3. El accionante da cuenta de la expedición, por parte de la CRA, de la Resolución 151 del 23 de enero de 2001, por medio de la cual adoptó la *“Regulación integral de los servicios públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo”*, en la que introdujo disposiciones relacionadas con contratos, normas aplicables y procedimientos para su celebración en materia de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, que fue modificada por la 242 de 2003, integrando una misma unidad normativa en el artículo 1.3.5.3 (parcial) impugnado, y que fueron expedidas en ejercicio de las funciones que les confiere la Ley 142 de 1994 y los Decretos 1524 de 1994, 2474 de 1999 y 1905 de 2000.

4. Con la reforma del artículo 1.3.5.1 (parcial), esgrime el actor, la CRA se atribuyó una facultad reglamentaria de la que carece y que le corresponde exclusivamente al Presidente de la República, reglamentó la ley general de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994) y la ley general de contratación administrativa (Ley 80 de 1993) al exigir que para contratar con las Empresas de Servicios Públicos -en adelante ESP's-, independientemente de su naturaleza jurídica, se apliquen previamente *“procedimientos regulados que estimulan concurrencia de oferentes”*.

5. El demandante adujo como vulnerados los artículos 1, 2, 4, 6, 84, 121, 150 inciso final, 209, 228, 229, 237, 238, 333, 365, 366, 367, 370 de la Constitución; los artículos 82, 84, 128-1, 136-1, 149, el numeral 11 del artículo 189 y el 370 de la Constitución Política; el numeral 18 del artículo 14 en concordancia con el párrafo del artículo 69 de la Ley 142 de 1994. En cuanto al concepto de la violación, el demandante construyó los siguientes tres cargos principales:

5.1. Violación de las normas legales, las básicas del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios por extralimitación de la CRA en la delegación que el Presidente de la República realizó, sin perjuicio de sus propias competencias, a favor de las Comisiones de Regulación.

5.1. 1. Sostuvo que si bien al legislador le compete, conforme a lo dispuesto por el artículo 211 de la C.P., indicar cuáles funciones presidenciales pueden ser

delegadas y las agencias estatales a favor de las cuales puede hacerse tal delegación, esa autorización legal y la delegación que efectivamente haga el Presidente, debe ser precisa, concretando *“las facultades y funciones materia de competencia”*.

5.1.2. Expresó que el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 condicionó la atribución de las facultades legales otorgadas en el cuerpo de la ley de servicios públicos a las respectivas Comisiones de Regulación, a que el presidente las delegara; en caso contrario, esto es, si no mediare la respectiva delegación presidencial, deberá entenderse que continúan bajo el resorte del primer mandatario (f. 37-38, c. ppl.).

5.1.3. En el caso específico de la CRA, agrega el actor, el presidente les delegó *“algunas de sus funciones presidenciales”* mediante el artículo 1º del Decreto 1524 de 1994, básicamente las que le corresponden por atribución constitucional en el artículo 370 superior y expresamente señaladas en el artículo 68 y disposiciones concordantes de la Ley 142 de 1994. Dichas funciones son explícita y precisamente las de *“señalar las políticas generales de administración y control y eficiencia de los servicios públicos domiciliarios”*. Más no les corresponde, en su opinión, las otras delegaciones que pretendieron realizarse a través del mismo artículo 1º del Decreto 1524 de 1994 en forma *“vaga, ambigua, amplia y confusa”* usando la expresión *“las funciones del Presidente de la República a las que se refieren...las disposiciones concordantes de la Ley 142 de 1994”*; y sostiene, en caso de haber tenido alguna validez, ya no son aplicables en virtud del fenómeno del decaimiento que se efectuó sobre el fragmento de la norma con la expedición del artículo 10 de la Ley 489 de 1998 que reclama precisión y concreción en la delegación. Justamente de la que carece la expresión *“las disposiciones concordantes”* antes anotada.

5.1.4. Cabe aclarar que en el subcargo esgrimido en torno a la violación del artículo 1º del D. 1524 de 1994 el accionante reincide en que las únicas competencias que el presidente delegó en la CRA son aquellas estipuladas en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, mientras que en las resoluciones 151 de 2001 y 242 de 2003 la CRA *“manifestó su decisión de ejercer las funciones y facultades consagradas en los artículos 35, 73, 74 y 74.2 de la Ley 142 de 1994, ninguna de las cuales fue objeto de la delegación realizada mediante el referido Decreto 1524 de 1994”*, por lo cual en su concepto las resoluciones acusadas también

desconocen los específicos límites competenciales determinados a las Comisiones de Regulación en el decreto citado (f. 74, c. ppl.).

5.1.5. Este cargo es completado con el argumento de que las resoluciones parcialmente demandadas no fueron creadas bajo invocación de las competencias especialmente consagradas en el artículo 31 de la Ley 142, *“que aunque aparecen textualmente en cabeza de las respectivas Comisiones de Regulación, únicamente pueden ser ejercidas por el Presidente de la República, según los perentorios, imperativos y claros mandatos del inciso segundo del artículo 68 de la misma Ley”* (f. 52 y 67) ni tampoco puede entenderse que se derive de la invocación del artículo 35 o del 73 de la ley estatutaria de servicios públicos, en tanto que los artículos en mención *“contempla(n) hipótesis fácticas totalmente distintas”* (f. 57) a las previstas en las parcialmente demandadas resoluciones 151 y 242 de la CRA.

5.1.6. Lo expresado le lleva a concluir que *“Es por ello que las facultades y funciones consagradas a favor de la CRA, en los artículos 35, 73 y 74.2 de la Ley 142 de 1994, todas ellas invocadas como fuente aparente de la competencia necesaria para la expedición de la demandada Resolución 242 de 2003, en cuanto corresponden a funciones y facultades que no han sido objeto de expresa, específica y formal delegación por parte del Presidente de la República –de conformidad con las exigencias de los artículos 211 constitucional, 10 de la Ley 489 de 1998 y 68 (inciso segundo) de la Ley 142 de 1994-, no pueden ser ejercidas todavía por la mencionada CRA y únicamente podrían ser ejercidas por el Presidente de la República”* (f. 40).

5.2. La CRA modificó ilegalmente el procedimiento establecido por el artículo 32 de la Ley 142 para la constitución de todas las ESP's, así como la selección del o de los socios correspondientes (arts. 27, 27-7, 19-17 de la Ley 142) las cuales se rigen en general y según la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>3</sup>, por las normas propias del derecho privado y no por las disposiciones contenidas en el estatuto de contratación estatal.

---

<sup>3</sup> El actor cita el auto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de septiembre 23 de 1997, expediente S-701-contractual; auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de agosto 12 de 1999 expediente 16.446 y el auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de enero 21 de 1999 expediente 15.620.

5.2.1. En el presente caso, según el demandante, la CRA, a través de los literales del artículo 1.3.5.1 de la Resolución 151 de 200, modificados por la Resolución 242 de 2003, alteró la naturaleza privada a cuya observancia debe sujetarse la constitución de cualquier ESP's, particularmente las del Código de Comercio y las del Código Civil, al agregar como requisito para ello, la introducción de *“procedimientos regulados que estimulan concurrencia de oferentes”* y en la obligación de someterse a las reglas para la selección de contratistas<sup>4</sup>, en su concepto, *“novedoso, ilegal, espurio, ilegítimo y abusivo requisito -ajeno por completo al derecho privado-”* (f. 49) que excede las competencias presidenciales establecidas en el artículo 370 superior, delegadas a las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios (f. 75 y ss).

5.2.2. De la mano de la sentencia de la Corte Constitucional C-1162 de 2000, profusamente citada por el actor, señaló que la exequibilidad declarada por dicha Corporación en torno a las facultades de regulación de las comisiones como la CRA, no significa que la entidad delegataria adquiera o se le transfiera una potestad normativa equiparable a la ley, ni tampoco reglamentaria de la ley, otorgada por la Constitución exclusivamente al Presidente de la República; además, la facultad reguladora otorgada por la ley a las comisiones de regulación de servicios públicos, corresponde simplemente, como lo ha sostenido la Corte Constitucional *“...al simple ejercicio de una función de intervención en concreto sobre la base de lo que la ley disponga para asegurar que quienes prestan los servicios públicos domiciliarios se sujetan a sus mandatos”*, pero no comprende la facultad de sustituir al legislador o llenar los vacíos que éste haya dejado en la ley, ni tampoco que se adquiera la facultad de reglamentarla, por lo cual considera que la CRA vulneró los artículos 84, 121 y 150 inciso final, todos constitucionales, además de incurrir en una vía de hecho en materia administrativa, cuando se *“viola de manera abierta y grosera, el ordenamiento jurídico”* (f. 86).

5.2.3. Así, la CRA en los actos administrativos impugnados, transgredió el artículo 19 de la Ley 142 que consagra las normas especiales que integran el régimen jurídico propio de las ESP's y, aún en forma más específica, el apartado 19.15 que dispone que *“las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas”*.

---

<sup>4</sup> Planeación, publicación, convocatoria, transparencia, registro de proponentes, criterios objetivos de selección, sujeción a tarifas e indicadores, sujeción a la regulación, control, economía, competencia.

5.3. Ausencia de delegación de funciones para reglamentar el art. 31 de la Ley 142 de 1994.

5.3.1. Discurre el actor que la CRA modificó ilegalmente los artículos 19.17, 27.7, 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 y el 3º de la Ley 689 de 2001 al establecer las reglas generales en materia de contratación y cambiar el régimen jurídico a aplicar a las ESP's, alterando a su vez las normas del derecho privado que regulan la constitución por sociedad de acciones y la celebración de contratos, asuntos de la órbita exclusiva del legislador y del Presidente de la República en ejercicio de su función de reglamentar la ley, llegando a comprometer la reglamentación que en forma general hizo la Ley 142 sobre los servicios públicos domiciliarios y vulnerando con ello al artículo 84 constitucional.

### III. Trámite procesal

6. Por auto del 30 de octubre de 2003, el magistrado ponente admitió la demanda sin pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, solicitada por el actor. Esta decisión fue recurrida el 14 de noviembre de 2003 por el demandante instando, mediante reposición, que se aplicara el artículo 154 del C.C.A., bajo el entendido que la solicitud de suspensión provisional debía ser resuelta por la Sala o Sección dentro del mismo auto admisorio de la demanda (f. 100).

7. Mediante auto del 9 de diciembre de 2003 el magistrado ponente declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia funcional, según lo establecido en el artículo 144 del C.P.C. El despacho determinó que no era competencia suya pronunciarse sobre la suspensión provisional, pues, la misma recaía en la Sala, quien debía en la misma providencia resolver la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional presentada (f. 104).

8. Por auto del 27 de mayo de 2004, la Sala, **admitió la demanda** y negó la suspensión provisional de las normas impugnadas al manifestar que no se observaba una violación ostensible de las normas superiores aducidas por el demandante, pues no era evidente que la CRA hubiera ejercido ilegalmente la función reglamentaria de la ley atribuida al Presidente de la República, al expedir las disposiciones impugnadas de la Resolución 151 de 2001 y 242 de 2003, ni

tampoco era posible establecer, en ese momento procesal, si el Decreto 1524 había perdido fuerza ejecutoria como lo alegaba el actor (f. 107 y ss).

9. El auto admisorio de la demanda fue notificado a la Nación-Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en la forma autorizada por el artículo 150 del CCA., y a la CRA, entidad que **contestó la demanda** y se opuso a las pretensiones (f. 131 y ss).

10. Entre los argumentos que adujo en defensa de los actos administrativos acusados, expuso que la CRA no ejerció ninguna función reglamentaria de la que no era titular ni ninguna función que no le hubiera sido delegada por el Presidente de la República; por el contrario, se limitó a ejercer las funciones que directamente le había atribuido la Ley 142 de 1994 a las comisiones reguladoras de servicios públicos, al establecer en sus artículos 32 y en especial en el 35, que ellas *“están facultadas para exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes, los contratos (incluido el de sociedad) de las empresas de servicios públicos domiciliarios (aún aquellas que no tengan posición dominante en el mercado)”* (f. 142). Además, sostuvo que el actor ha hecho una interpretación errónea de dicho artículo y que la CRA al expedir una serie de normas aplicables a sus regulados, lo que hizo fue ejercer una función directamente atribuida por el legislador, como es que ciertos contratos, incluido el de sociedad, celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios se sujetaran a procedimientos que estimulan la concurrencia de oferentes.

11. En lo atinente al decaimiento del Decreto 1524 de 1994 por la entrada en vigencia de la Ley 489 de 1998, advirtió que dicho fenómeno no se ha producido pues la aprobación de ésta ley no acarrió la pérdida de los fundamentos de hecho o derecho que le sirven de soporte al acto administrativo; así como tampoco derogó expresamente la Ley 142.

12. Por último, la CRA rechazó el argumento del actor en el que señalaba que dicha comisión había incurrido en una vía de hecho, en tanto que *“las normas jurídicas demandadas no constituyen una violación grosera y evidente del sistema jurídico”*, agregando a su intervención que la libre competencia no significa la simple desregulación absoluta de los mercados, y que imponer ciertas restricciones a la autonomía contractual no es *per se*, una medida que afecta el

funcionamiento eficiente de los mercados, lectura que no se compadece con la concepción propia de un Estado Social de Derecho.

13. Dentro del término concedido para presentar **alegatos de conclusión**, la parte actora insistió en los argumentos de la demanda; la entidad demandada reiteró los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda (f. 193 y 181).

14. El Procurador Cuarto Delegado ante esta Sección, luego de analizar los actos administrativos acusados, consideró que conforme a la jurisprudencia constitucional en la que se apoya la demanda, los mandatos constitucionales, y la delegación presidencial contenida en el Decreto 1524 de 1994 a las comisiones de regulación, no se desconoció la Ley 142 de 1993 sino que justamente se aplicó el mandato legislativo.

15. Así mismo entendió que *“a partir de esta premisa el legislador autoriza a las Comisiones de Regulación para dictar actos tendientes a preservar los postulados constitucionales de prestación eficiente del servicio público correspondiente, teniendo en cuenta que usualmente estos se constituyen como un –monopolio natural-, por tanto, su actividad debe encaminarse al señalamiento de costos mínimos para racionalizar el mercado, evitar abusos de posición dominante y garantizar la prestación del servicio público”* (f. 210).

16. De igual modo, afirmó que el Decreto 1524 tiene fundamento en las facultades previstas en los artículos 189, numerales 11, 14 y 16; 211 y 370 de la Constitución Política y los artículos 68 y 105 de la Ley 142 de 1994 y 23 de la Ley 143 de 1994 y que el fenómeno del decaimiento alegado por el actor no se había producido, al estimar que la Ley 489 de 1998 no era *“idónea(...) para generar la desaparición de los fundamentos que dieron origen al decreto mediante el cual se efectúa la delegación de funciones presidenciales a la CRA”*.

17. Por último, al abordar el análisis de las disposiciones contenidas en los literales d) y e) del artículo 1.3.5.3 de la Resolución 151, modificada por la Resolución 242 del 2003, la vista fiscal acogió los argumentos de la parte demandada en el sentido que la interpretación armónica de los artículos 32 y 35 de la Ley 142 de 1994 es la que entrega la facultad regulatoria a las comisiones de regulación para exigir procedimientos de estímulo a la concurrencia de oferentes en los contratos de las empresas, por lo que tal regulación *“no completó, ni*

*modificó la legislación aplicable, como tampoco se arrogó facultades reglamentarias que escapan a su competencia*". En el mismo sentido no consideró el Ministerio Público que la CRA haya ocasionado una vía de hecho, por lo cual solicita a esta Corporación denegar las súplicas de la demanda.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **IV. Competencia**

18. La Sala conoce en única instancia del presente asunto en aplicación de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de una demanda formulada en ejercicio de la acción de simple nulidad contra un acto administrativo expedido por una autoridad del orden nacional.

### **V. Problema jurídico**

19. Corresponde a la Sala resolver el siguiente interrogante: ¿Se extralimitó la CRA en sus facultades regulatorias al establecer en los literales d) y e), así como el 2 párrafo del artículo 1.3.5.3 de la Resolución 151 de 1991 (modificados por la Resolución 242 de 1993) los contratos que deben celebrarse por medio de procedimientos regulados que estimulan concurrencia de oferentes, y a su vez transformar el régimen jurídico aplicable para tales contratos?

### **VI. Análisis de la Sala**

20. Esta no es la primera vez que el Consejo de Estado se pronuncia sobre las facultades de las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios<sup>5</sup> y, en especial, sobre cuáles son los límites y alcances de la delegación presidencial en la facultad de control, inspección y vigilancia que de las mismas le es, legal y constitucionalmente viable realizar, previa autorización legal, a dichas comisiones sobre las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

---

<sup>5</sup> Entre otras, consultar las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo: 2 de mayo de 2007, Rad. 11001-03-26-000-1998-05354-01(16257), C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 13 de mayo de 2004, exp. AP-020; 10 de febrero de 2005, exp. AP-00254; 26 de enero de 2006, rad. AP-54001-23-31-000-2002-01944-01.



21. En forma simultánea, la jurisprudencia constitucional<sup>6</sup> ha venido adelantando un profundo análisis sobre la evolución de los servicios públicos domiciliarios a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, temática de la que se ocupa profusamente en los artículos 365, 367, 369, 370 y 48 transitorio, en los que se advierte: i) una distinción entre función pública y servicios públicos<sup>7</sup>; ii) una mayor precisión frente a la escogencia de un 'nuevo servicio público' basado en un modelo competitivo "a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía"<sup>8</sup>; iii) reserva de ley para la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, "entendidos como la especie dentro del género servicios públicos"<sup>9</sup>, en la que se fijará su prestación, cobertura, calidad, financiación, régimen tarifario, deberes y derechos de los usuarios, sistema de protección y participación democrática en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio; iv) la consagración de la función reguladora en cabeza del Presidente de la República como constitutiva de uno de los instrumentos más representativos y característicos de la intervención del Estado, junto con el ejercicio de las funciones de control, inspección y vigilancia, v) regulación que, con sujeción a la ley, pretende asegurar su prestación eficiente, la concreción efectiva de las libertades económicas, contribuir con la realización de los fines del Estado social de derecho y la satisfacción de las necesidades colectivas; y por último, vi) diferencia entre la competencia regulativa y la reglamentaria atribuidas en forma separada al presidente de la República.

22. Con base en sus competencias, el legislador expidió la Ley 142 de 1994, "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", en cuyo articulado creó las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios (31, 32, 35) y se autorizó al presidente a delegar las competencias a él atribuidas por el artículo 370 constitucional a dichas

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia C-444/98, M.P. Hernando Herrera Vergara; sentencia C-1162/00, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; sentencia C-242 -07, M.P. Alejandro Martínez Caballero; sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>7</sup> De hecho la ubicación normativa de los servicios públicos en la Constitución es armónica con ello, al ser regulados en el marco del régimen económico (Título XII) y no dentro del apartado de la Constitución dedicado a la organización del Estado (Título V a X), como sí sucede con la función pública cuyo entorno constitucional se encuentra consignado en el capítulo 2 del Título V (arts. 122 a 131 C.N.). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 17 de febrero de 2005, exp. 27673, Rad. 500012331000200300277 01, C. P. Alier E. Hernández Enríquez.

<sup>8</sup> Sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 16.257. Actor: Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia C-242 -07, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

comisiones (art. 68). Según lo establece el artículo 370 de la Constitución Política de 1991, “Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten (subrayas ajenas al texto).

23. Por su parte, concretamente el artículo 68 de la Ley 142 reza:

*Artículo 68. Delegación de funciones presidenciales a las Comisiones. El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta Ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta Ley.*

*Las normas de esta Ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones<sup>10</sup> (subrayas ajenas al texto).*

24. Justamente con la autorización legal del artículo 68 de la Ley 142, acto seguido el Presidente de la República expidió el Decreto 1524 de 1994 delegando en la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, la función de fijar las políticas generales a él atribuidas por el artículo 370 constitucional:

*Artículo 1°. Delégase (sic) las funciones del Presidente de la República, a las que se refieren el artículo 68, ~~y las disposiciones concordantes~~<sup>11</sup>, de la Ley 142 de 1994, "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", en la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, que crea esa Ley, para que las ejerzan en la forma allí prevista, en relación con cada uno de los servicios públicos respectivos.*

25. Como se puede observar, existe una relación normativa que desciende desde la Constitución hacia la ley, y luego hacia el Decreto 1524, mediante

---

<sup>10</sup> El fragmento subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-272/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>11</sup> La expresión tachada “y las disposiciones concordantes” contenida en el artículo 1º del Decreto presidencial nº 1524 de 1994, fue recientemente declarada nula por esta Corporación en la providencia de la Sección primera, Sala de Conjuces, Conjuez Ponente: Guillermo Vargas Ayala, exp. 11001032400020030039501, actor: Mauricio Fajardo.

autorizaciones explícitas que delegan en la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico la facultad para señalar, bajo el marco legal, las políticas generales de administración y control de eficiencia respecto al servicio público de acueducto, alcantarillado y aseo.

26. En ejercicio de las facultades delegadas mediante el Decreto 1524, la CRA a su vez expidió la Resolución 151 de 2001 cuyo artículo 1.3.5.3. fue modificado en sus literales d) y e) y adicionado el párrafo 2, mediante la Resolución 242 de 2003.

27. Identificado el acto administrativo contra el cual se dirige la demanda y establecidos los fundamentos normativos que le sirven de sustento, se impone ahora precisar cuáles son los términos de la controversia.

### **Aspectos generales**

28. Recientemente la Sala<sup>12</sup> edificó una clara línea de interpretación respecto de los siguientes asuntos: i) definición, alcance, límites y diferencias entre las competencias de regulación de raigambre constitucional (art. 370 superior) y de reglamentación en cabeza del presidente de la República (art. 189-11 constitucional); ii) naturaleza jurídica de las comisiones de regulación y ejercicio de sus facultades; y por último, iii) las funciones de regulación y su delegación presidencial en las comisiones de regulación. A continuación se analiza cada uno de estos aspectos:

#### **i) Delegación y regulación. Reiteración de jurisprudencia**

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, sentencia de 11 de noviembre de 2009, rad. 11001-03-26-000-2001-00037-01(20691); Sección Tercera, sentencia de 9 de septiembre de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, referencia 11001-03-26-000-2000-01922-01, exp. 19224, actor: Jaime Alberto Sarria Luna; Sección Primera, sentencia de 30 de abril de 2009, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, radicación 11001-03-24-000-2004-00123-01; y por último, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, sentencia de 5 de marzo de 2008, rad. 11001-03-26-000-2001-0029-01, exp. 20.409, actor: Jaime Alberto Sarria Luna, demandada: Nación-Ministerio de Desarrollo Económico-Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. En esta última providencia se estudió la legalidad de los artículos 1.3.2.1, 1.3.2.2, 1.3.3.1, 1.3.3.2, 1.3.3.3, 1.3.4.9, 1.3.4.10, 1.3.5.1, 1.3.5.2, 1.3.5.3, 1.3.5.4, 1.3.5.5, 1.3.7.1, y 1.3.7.2 de la Resolución No. 151 del 23 de enero de 2001, expedida por la referida CRA, por ello, las referencias que en el transcurso de la sentencia se hagan hacia esta nota se refieren concretamente a ésta cita jurisprudencial.

29. En aras de determinar el verdadero alcance de la facultad de regulación que la Ley 142 había otorgado a las comisiones de regulación y distinguirla de la facultad de reglamentación, la Sala determinó que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la primera se restringe únicamente a las atribuciones propias establecidas en el artículo 370 constitucional, es decir *“al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado”*<sup>13</sup>, o lo que es lo mismo, preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia en mercados imperfectos, y de esta forma asegurar la calidad de los prestadores de los servicios y defender los derechos de los usuarios:

*(...) La formulación de políticas generales de administración, que no puede confundirse con el poder reglamentario que el Presidente ejerce como función propia en los términos del no. 11 del art 189 de la Carta, ni con el que desarrolla cuando el Congreso le concede facultades extraordinarias, le compete, exclusivamente, al mencionado funcionario, con sujeción a la ley. Es así una competencia compartida con el legislador.*

*Dichas políticas corresponden o están ligadas al programa de gobierno que se comprometió a desarrollar aquél al tomar posesión de su cargo. Son así, en el fondo, el desarrollo de la concepción política que lo llevó al poder*<sup>14</sup>.

30. Dicha competencia de regulación de los servicios públicos domiciliarios a cargo del presidente de la República es delegable a las comisiones de regulación previa autorización legal, tal como lo hizo la Ley 142 de 1994 (artículo 68), *“por cuanto dicha facultad no compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional, al punto de que requiera un ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario”*<sup>15</sup>, y

---

<sup>13</sup> la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada, entre otras, de las siguientes normas de la Ley 142 de 1994: El artículo 14, num. 18, y el inciso 1º y los tres numerales del artículo 69, aclarando que estas normas se entendían exequibles *“en los términos de esta sentencia”*; en cuanto al parágrafo del artículo 69, lo declaró exequible sólo en los términos de la providencia *“...y bajo cualquiera otra interpretación dicho precepto se declara INEXEQUIBLE”*. Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre de 1997, exp. 11.857, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, sentencia C-272 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta sentencia la Corte consideró que el presidente de la República bien podía delegar sus funciones si era autorizado para ello por el legislador, en los términos establecidos del artículo 211 de la Constitución Política; y de otro lado, observó que el legislador les atribuyó directamente a las comisiones de regulación otras funciones que no corresponden al desarrollo del artículo 370 de la Carta, para lo cual aquel estaba autorizado también.

que éstas ejercen a través de la expedición de actos administrativos de carácter general y actos administrativos de carácter particular y concreto.

31. Mientras que la potestad reglamentaria de la ley consagrada en el art. 189, núm. 11 superior, le corresponde al presidente de la República<sup>16</sup>, quien la ejerce a través de decretos con los cuales busca la cumplida ejecución de las leyes, estableciendo mecanismos y disposiciones que las hagan operativas y ejecutables, dentro de los precisos límites que ellas mismas imponen.

32. En suma, si bien ambas competencias derivan de la Constitución, la potestad de regulación de los servicios públicos domiciliarios es delegable, por autorización constitucional, mediante la ley que así lo determine, del presidente a las comisiones de regulación en los precisos términos del artículo 370 superior, quienes actúan con sujeción a ella para expedir actos administrativos de carácter general.

33. En tanto que la potestad reglamentaria reposa exclusivamente en la órbita de actuación del presidente de la República quien, como máxima autoridad administrativa, está facultado para reglamentar las leyes que así lo requieran con el fin de hacerlas ejecutables, concretas y realizables. Facultad que cristaliza una *“labor de indagación”*<sup>17</sup> sobre los contenidos y objetivos de la ley para que mediante normas de carácter general se hagan efectivos los mandatos legales. Esta Sala ha sido enfática al establecer que a la facultad de reglamentación de las leyes por el presidente no escapa la ley de servicios públicos domiciliarios, *“que puede y debe ser objeto de reglamentación por parte del Presidente”*<sup>18</sup>.

34. La función de regulación a cargo de las comisiones creadas por la ley, se contrae entonces, al ejercicio de las específicas competencias que ésta les otorga en su articulado, y es distinta de la competencia de reglamentación de la ley que le corresponde ejercer al Presidente de la República de manera exclusiva; se trata entonces, de dos órbitas de acción que deben ejercerse de manera independiente pero coordinada, en la medida en que las dos se hallan sometidas a las mismas

---

<sup>16</sup> Sin perjuicio de que otras autoridades administrativas tengan esa potestad, como lo ha señalado esta Corporación en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 14 de abril de 2010, rad. 11001-03-26-000-2005-00044-00(31223), actor: Asociación de Operadores de Televisión y Satelital de Colombia.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia C-557 del 15 de octubre de 1992.

<sup>18</sup> Ver supra nota 11.

disposiciones constitucionales y legales que rigen en materia de servicios públicos domiciliarios, evitando invadir cada una, el ámbito de decisión que no les corresponde.

35. Así mismo, es necesario tener claro que, el hecho de que el presidente de la República haya decidido delegar su función de trazar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios en las comisiones de regulación, no significa en manera alguna, ni explícita ni implícitamente, la delegación de su función general de reglamentar la ley; por lo tanto, las comisiones en sus actuaciones, deben evitar inmiscuirse o invadir este radio de competencia del primer mandatario, limitándose a ejercer, concretamente, las funciones que de manera expresa les atribuyó la ley de servicios públicos; en el evento en que para ello se encuentren frente a vacíos normativos que dificulten el cumplimiento de las mismas, deberán propender porque los mismos sean solucionados, por parte de la autoridad competente.

36. Precisamente por lo anterior, es por lo que la ley de servicios públicos domiciliarios contempla en el artículo 73, entre las funciones de las comisiones de regulación, la de *“Preparar proyectos de ley para someter a la consideración del gobierno, y recomendarle la adopción de los decretos reglamentarios que se necesiten”* (núm. 73.1).

37. De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, se evidencia que las comisiones de regulación de servicios públicos –y entre ellas, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico- están absolutamente sometidas a la ley y a las reglamentaciones que de la misma haga el Gobierno Nacional, como cualquier otra autoridad administrativa; en consecuencia, las regulaciones que expidan, deben subordinarse a ese ordenamiento jerárquico superior, sin que puedan contrariarlo, modificarlo o complementarlo.

38. Ahora bien, en cuanto a los límites competenciales de las comisiones de regulación, la Sala mediante la sentencia del 5 de marzo de 2008 fue clara al determinar que no le es dable a dichas comisiones reemplazar al legislador, ni tampoco suplantar al presidente de la República, pues, no cabe dentro de su marco de actuación

*(...) legislar, ni sus decisiones están al mismo nivel de la ley, ni su finalidad es completarla o llenar vacíos en la misma; y si bien tales entidades están autorizadas para expedir actos administrativos de carácter general, tal facultad hace parte de la función de policía administrativa que el Estado se reserva en materia de servicios públicos, y debe ejercerse dentro del preciso marco constitucional y legal existente, con miras a cumplir con la finalidad impuesta por la ley para el ejercicio de tal función, cual es la de "...someter las conductas de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos", señalando las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios –cuando tal función le haya sido delegada por el Presidente- y cumpliendo con la función de regular los monopolios en la prestación de estos servicios, cuando la competencia no sea, de hecho, posible, y en los demás casos, promoviéndola entre quienes los presten, "...para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad" (arts. 14, núm. 14.18; 68 y 73, Ley 142/94)<sup>19</sup>.*

39. En ese mismo pronunciamiento y en armonía con lo dicho por la Corte Constitucional<sup>20</sup>, se afirmó que la delegación presidencial a las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios para fijar las políticas de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, no agota ni subsume la facultad, exclusiva del presidente, de reglamentar la ley servicios públicos cuando a bien tenga hacerlo. Expresamente la Sala consideró:

*(...) que no pueden confundirse de ninguna manera estas dos funciones constitucionales atribuidas al Presidente de la República, las cuales se ejercen de manera coetánea frente a los servicios públicos domiciliarios, coexisten, no se superponen ni interfieren entre sí ni se excluyen; por una parte, el Presidente, directamente, reglamenta la ley de servicios públicos, es decir, expide los decretos necesarios para hacerla ejecutable, para darles contenido a las figuras creadas por la ley, para implementar los mecanismos que permitan su aplicación a casos concretos.*

*Por otra parte, también el Presidente, directamente o a través de las comisiones de regulación, cuando decida delegar esta función –como de hecho lo hizo, mediante la expedición del Decreto 1524 de 1994-, tiene la potestad de fijar las políticas que deben regir en materia de servicios públicos, en cuanto a la administración de los mismos y el control de su eficiencia, cumpliendo para ello, con las funciones específicas establecidas en la ley de servicios públicos -142 de 1994-, la cual, en el inciso 2º de su artículo 68, establece que las normas en ella contenidas que se refieran a las comisiones de regulación, se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función constitucional a él asignada en el artículo 370 de la Constitución Política, porque en caso contrario, será*

---

<sup>19</sup> Ver supra nota 11.

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000.

dicho funcionario quien ejerza las funciones que se atribuyen en la ley a las comisiones<sup>21</sup>.

## ii) Naturaleza jurídica de las comisiones de Regulación. Reiteración de jurisprudencia

40. Las comisiones de regulación son órganos administrativos, pertenecientes a la Rama Ejecutiva del poder público (artículos 38 y 48 de la Ley 489 de 1998), en tanto les han sido asignadas funciones administrativas<sup>22</sup>, que gozan de independencia administrativa, técnica y patrimonial pese a no detentar la calidad de personas jurídicas, siendo tal independencia menos amplia y sólida que la autonomía de los órganos constitucionales de regulación, y su comparecencia en el proceso debe hacerse en representación de la Nación.

41. Adicionalmente, con el fin de garantizar la imparcialidad y neutralidad que profesan estos entes, el legislador contempló que las comisiones de regulación fueran (i) órganos colegiados; (ii) dotados de un carácter técnico y especializado; (iii) con independencia patrimonial; (iv) en el que sus directivos, los comisionados, tienen período fijo; (v) y están sometidos a un régimen de conflicto de intereses, compatibilidades e inhabilidades<sup>23</sup>. En la jurisprudencia de la Sala<sup>24</sup>, se ha dicho respecto a las Comisiones de Regulación:

*El Legislador en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 150-7 constitucional, que lo faculta jurídicamente para determinar la estructura de la Administración Nacional, mediante la creación, supresión o fusión de entidades, creó las Comisiones de Regulación como Unidades Administrativas Especiales con funciones específicas consistentes en regular la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así lo establece el artículo 69 de la Ley 142 de 1994<sup>25</sup>.*

*La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA-, creada como unidad administrativa especial según la referida ley, se encuentra adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico, (hoy*

---

<sup>21</sup> Ver supra nota 11.

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, sentencia de 9 de septiembre de 2009, rad. 11001-03-26-000-2000-01922-01(19224).

<sup>25</sup> [19] El artículo 69 de la Ley 142 de 1994 dispone: "Créanse como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, las siguientes comisiones de regulación://69.1 Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico" (...)//69.2. Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.// 69.3. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones.



Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial), con autonomía administrativa, técnica y patrimonial, la cual forma parte de la rama ejecutiva del poder público según los dictados del artículo 38 de la Ley 489 de 1998<sup>26</sup> y cuyas funciones se encuentran establecidas en los artículos 73 y 74.2 de la Ley 142 de 1994.

De conformidad con lo establecido en el citado artículo 38 de la ley 489 de 1998, las unidades administrativas especiales pueden tener personería jurídica o carecer de ella según que pertenezcan al nivel central o al descentralizado por servicios. Así, las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios, y dentro de ellas la CRA, hacen parte de las unidades administrativas especiales del primer grupo, es decir, las del nivel central, sin personería jurídica, adscritas a sus respectivos ministerios.

Por su parte el artículo 67 de la misma Ley 489 de 1998 en cuanto a la organización y funcionamiento de las Unidades Administrativas Especiales, establece que éstos son “organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo”.

Y el artículo 48 de la Ley 489 citada, en relación con las comisiones de regulación dispuso: “Las comisiones que cree la ley para la regulación de los servicios públicos domiciliarios, mediante la asignación de la propia ley o en virtud de delegación por parte del Presidente de la República, para promover y garantizar la competencia entre quienes los presten, se sujetarán en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento a lo dispuesto en los correspondientes actos de creación”.

Como se observa, las Comisiones de Regulación de los servicios públicos domiciliarios, en virtud de lo establecido por la ley, son Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica, que detentan ciertas características particulares a saber: i) Se encuentran sometidas a las reglas que les impongan sus normas de creación (artículo 48 de la Ley 489 de 1998); ii) Gozan de independencia administrativa, técnica y patrimonial aún sin tener personería jurídica (artículo 69 de la Ley 142 de 1994 en concordancia con el artículo 48 de la Ley 489 de 1998) y iii) Ejercen su función de regulación a través de las competencias que les asigne el legislador o el Presidente de la República a través de la figura de la delegación (artículo 48 de la Ley 489 de 1998).

### **iii) Las funciones de regulación y la delegación de funciones presidenciales en las Comisiones de Regulación**

42. La Sala, en la citada la sentencia del 5 de marzo de 2008<sup>27</sup> advirtió respecto al articulado de la Ley 142 que estipula las reglas generales de la contratación con la Empresas Prestadoras de Servicios Públicos domiciliarios, lo siguiente: i) el

<sup>26</sup> [20] El artículo 38 de la Ley 489 de 1998, prevé: “La rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, estará integrada por los siguientes organismos y entidades 1. Del sector central (...) e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica”.

<sup>27</sup> Ver supra nota 11.

estatuto general de contratación de la administración pública contenido en la Ley 80 de 1993, es como su nombre lo indica, general, pero no agota toda la legislación en materia contractual estatal, puesto que existen áreas de la misma administración cuyo régimen contractual se sujeta a normas especiales, y uno de esos eventos es, precisamente, el de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios; ii) en esta materia, actúan no sólo empresas públicas, sino también empresas privadas y empresas mixtas, por lo cual su régimen de contratación es apenas un capítulo dentro de la normatividad que regula esta clase de servicios públicos; iii) en virtud del nuevo régimen de los servicios públicos y de la facultad de intervención del Estado en la prestación eficiente de los mismos, se vio la necesidad de implementar un régimen jurídico propio que debía ser fijado por el legislador (art. 365, C.P.), el cual en cumplimiento de esta función, expidió la Ley 142 de 1994; iv) dentro de los aspectos regulados por la Ley 142 de 1994, se hallan varias normas que se refieren específicamente a los contratos que pueden celebrar todas las empresas –oficiales, mixtas o privadas-, dedicadas a esta actividad económica y la normatividad que se les aplica a los mismos (artículo 31 -modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001-<sup>28</sup>, 32, 34, 35, 36, 37 y 39) así como otras que contienen disposiciones especiales en la materia.

43. Luego, en la segunda parte de la decisión, la Sala se refirió a aquellas materias contractuales concretas que la ley delegó a las comisiones de regulación. En concreto se refiere a aquellas consagradas en los artículos 31 y 35 de la Ley 142 como son la facultad de inclusión forzosa en algunos contratos de cláusulas exorbitantes y el deber de buscar entre el público las mejores condiciones

---

<sup>28</sup> Aunque la Ley 689 es posterior al acto acusado, se observa que la disposición que modificó mediante este artículo tenía el mismo sentido, aunque su redacción era otra: “Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa”. Por su parte, el artículo 32 de la Ley 80, dispone: “PARAGRAFO 1o. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, **no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto** y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades” (la Sala resalta); es decir que en realidad, mediante este parágrafo lo que se dispuso fue la no aplicación de la Ley 80/93 a los contratos allí enunciados; por lo tanto, la remisión de la Ley 142 de 1994 a esta norma, significa que a los contratos de las entidades estatales que prestan servicios públicos domiciliarios, tampoco les son aplicables las normas de la Ley 80/93.

objetivas de contratación. Dada la pertinencia de la *ratio decidendi* de esta sentencia con miras a la resolución del presente caso, la Sala transcribe *in extenso* dicho fragmento:

## **5.2. Facultades de las comisiones de regulación:**

*Aparte de las anteriores disposiciones, concernientes al régimen de contratación de las empresas de servicios públicos, se observa que en la Ley 142 de 1994 existen además, otras que expresamente se refieren a las facultades que ostentan las comisiones de regulación en esta materia y que permiten concluir que ellas están legalmente autorizadas para expedir ciertas disposiciones de carácter general que incumben al ámbito de la contratación que adelantan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.*

*Es así como, conforme al inciso 2º del artículo 31:*

*“Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos, de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo”.*

*Por otra parte, el artículo 35, que se refiere al deber de las empresas de servicios públicos de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas de contratación para adquirir los bienes y servicios cuya distribución sea su actividad principal, establece:*

*“En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes”.*

*El párrafo del artículo 40, que se refiere a las áreas de servicio exclusivo, dispone:*

*“La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos”.*

*Por otro lado, el artículo 73, les atribuye a las comisiones de regulación, entre otras funciones y facultades, la de:*

*“73.10. Dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia. Las comisiones podrán limitar, por vía general, la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, para evitar que se limite la posibilidad de competencia”.*

*Conforme a las anteriores disposiciones, resulta evidente que fue voluntad del legislador, otorgarles competencia a las comisiones de regulación para proferir decisiones generales en algunos aspectos de la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que consideró necesario sujetar a sus regulaciones, para asegurar así mismo, la cumplida obtención de sus objetivos; en consecuencia, las determinaciones que en tales materias tomen las mencionadas entidades, cuentan con un soporte legal que les otorga validez* (subrayas fuera del texto).

44. Como se observa, la Sala estimó que justamente en la materia contractual delegada a la CRA, el artículo 1.3.2.2. de la Resolución 131 que establece cuáles contratos deben celebrarse por licitación pública, tenía su soporte legal en lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley 142 de 1994, al otorgarle competencia para hacer este tipo de determinación. Lo mismo predicó de lo dispuesto por el artículo 1.3.3.1. de la misma resolución, respecto a la potestad de la CRA para consagrar los contratos en los cuales deben pactarse cláusulas excepcionales, facultad que expresamente le fue otorgada, por el inciso 2º del artículo 31 de la ley en comento, y del artículo 1.3.3.3., en el cual se reitera que la comisión autorizará la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos, distintos de aquellos en los que tal inclusión es obligatoria, siempre y cuando se advierta que el incumplimiento del objeto del contrato pueda traer como consecuencia necesaria y directa la suspensión en la prestación de un servicio público domiciliario, o la alteración de los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la ley. Finalmente, en el artículo 1.3.4.9. la entidad demandada estableció una serie de contratos que las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios a las que se les aplica la resolución, pueden celebrar para efectos de la gestión de tales servicios:

*Advierte la Sala sin embargo que, de un lado, los contratos allí enunciados, hacen parte de los que la misma Ley 142 de 1994 menciona expresamente en sus artículos 31, 39 y 40; y de otro lado, que el artículo acusado al enunciar esos negocios jurídicos, alude a los contratos que los prestadores de servicios públicos, “...en ejercicio de la autonomía de la voluntad...”, pueden celebrar, “...entre otros...”; lo que significa que*

*en manera alguna está restringiendo la posibilidad de celebrar los contratos que tales personas consideren necesarios para la cumplida prestación de los servicios a su cargo, como tampoco fue la intención del legislador; y La Comisión, simplemente se limitó a hacer una enunciación, **no taxativa**, de los distintos negocios jurídicos más frecuentes y propios de esta clase de actividad, teniendo en cuenta para ello, los enunciados por la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios; es decir que la entidad demandada, en esta disposición, no añadió nada a lo que ya había dispuesto la ley, ni reglamentó sus normas (negrillas en el texto).*

45. Por lo tanto, juzgó que las cuatro anteriores disposiciones no vulneraban el ordenamiento jurídico aducido por el demandante, por ser acordes con la Constitución y la ley<sup>29</sup>.

46. Ahora bien, respecto del artículo 1.3.3.2., la Sala sostuvo que la CRA carecía de competencia para exigir a las empresas de servicios públicos la conservación de cierta información o documentos, al tratarse de una función directamente encomendada a la Superintendencia de Servicios Públicos, por lo cual declaró nulo todo el artículo. En torno al artículo 1.3.4.10 dijo que al exigir requisitos de contratación que no contempla el ordenamiento jurídico superior, rebasó sus propias competencias<sup>30</sup>, por lo que tales apartes también fueron anulados. Con esta misma orientación se abordó el estudio del artículo 1.3.5.1. que contenía los *Procedimientos regulados que estimulan la concurrencia de oferentes para la gestión de servicios públicos* y que para la Sala dicho contenido normativo era propio del ejercicio de la función reglamentaria de competencia exclusiva del presidente de la República.

#### **Análisis de los cargos concretos**

47. A continuación, y con base en los precedentes vinculantes ya estudiados, la Sala entrará a resolver el problema jurídico planteado (párrafo 19) disipando los cargos de la demanda. Antes de ello es necesario aclarar que para declarar la nulidad del artículo impugnado, en virtud del principio de economía procesal y la naturaleza jurídica que entraña la acción de nulidad en tanto mecanismo de

---

<sup>29</sup> La Sala también encontró acordes con el ordenamiento jurídico los artículos 1.3.7.1 y 1.3.7.2. atinentes a la "Áreas de Servicio Exclusivo" por ser de competencia de la CRA.

<sup>30</sup> Como las que se refieren a la sujeción del prestador del servicio a los programas, criterios, características, indicadores y modelos a los cuales debe someterse para prestar el servicio, las sanciones a que está sujeto por incumplimiento de tales programas, criterios, etc., y los mecanismos de que se dispondrá para garantizar la permanencia en la prestación del servicio a los usuarios; estipulaciones que, por otra parte, no son elementos esenciales de tales contratos y por lo tanto, no es legalmente obligatoria su inclusión. Todos ellos establecidos en el artículo 1.3.4.10. de la Resolución 151.

control abstracto de legalidad, basta con que uno sólo de los cargos alegados contra el acto impugnado consiga inferir la vulneración a la legalidad para proceder a su anulación.

**i) El legislador entregó directamente a las comisiones de regulación las facultades que le permiten a la CRA determinar los contratos que deben someterse a la aplicación de procedimientos regulados que estimulan la concurrencia de oferentes**

48. Considera el actor que la CRA se extralimitó en el ejercicio de sus funciones al modificar el artículo 1.3.5.3. con la Resolución 242 (arts. 2 y 3) enervando los postulados establecidos en la Ley 142 y reformándola en cuanto a la aplicación de procedimientos regulados que estimulan la concurrencia de oferentes en los supuestos contractuales en los que las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos –ESP’s-, de acueducto, alcantarillado y/o aseo, i) se constituyan con la participación de entidades territoriales; o ii) con la participación de otras Empresas Prestadoras de Servicios Públicos ESP’s-, de acueducto, alcantarillado y/o aseo; iii) celebren contratos con plazos superiores a 5 años; iv) cuando el objeto contractual sea transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes destinados de forma directa y exclusiva a prestar los servicios públicos, concesiones o similares y puedan cobrar tarifas a los usuarios finales y por último, v) cuando el objeto de dichos contratos sea transferir, a cualquier título, la administración de los bienes destinados a la prestación del servicio y/o de los ingresos recaudados vía tarifas.

49. Aduce el actor, en el primer cargo, que la única facultad expresamente delegada a las Comisiones de Regulación y que cuenta con respaldo constitucional<sup>31</sup>, es la competencia atribuida a dicha entidad mediante el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, es decir única y exclusivamente aquellas que expresamente hayan sido delegadas por el Presidente y que corresponden a las a él atribuidas por el artículo 370 constitucional, en tratándose de las que se circunscriben en “*señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios*”. Desde este enfoque, la resolución impugnada entraña una vulneración de los artículos 31, 32, 35, 73, 74.2, del mismo 68 citado de la Ley 142 porque desborda esa restricción competencial limitada de este último artículo.

---

<sup>31</sup> En virtud de la sentencia C-1162 de 2000 de la Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

50. Empero, justamente los artículos considerados vulnerados, son los que consagran atribuciones, por mandato legal, a las Comisiones de Regulación que le permiten a la CRA gozar de facultades contractuales concretas. En este sentido cabría señalar que las competencias para determinar la creación de las comisiones de regulación, su perfil funcional, objetivos, estructura orgánica y su grado de independencia recae directamente en el legislador (núm. 7° del art. 150 y 367 C.P.) quien dentro del amplio margen de libertad de configuración de la ley, reconocida así por la Corte Constitucional<sup>32</sup>, goza de una amplia discrecionalidad para dotar de mayores o menores facultades a dichos entes sin que dicha facultad legislativa se vea restringida por la autorización que expresamente haga al Presidente para delegar algunas de sus funciones administrativas en tales comisiones (art. 211 C.P.). Sobre esta confluencia de competencias entre las ramas del poder público legislativa y ejecutiva en el ámbito de la regulación la Corte Constitucional ha explicado:

*La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades<sup>33</sup>.*

51. En efecto, el contenido del artículo 31 especifica el régimen de contratación que rige a las Comisiones de Regulación y autoriza a tales entidades al uso forzoso de cláusulas exorbitantes, para lo cual establece:

**ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

*Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por*

---

<sup>32</sup> Al respecto la Corte dijo: “En suma, el legislador dispone de un amplio margen de configuración respecto del tipo de órganos que puede crear para regular la prestación de los servicios, de las funciones que les puede adscribir o de las que puede autorizar que les sean delegadas, de las características institucionales que les otorgará y, por lo tanto, del ámbito de independencia que les desee conferir”. Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>33</sup> Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

*parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.*

*PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.*

Por su parte el artículo 35 consagra:

*ARTÍCULO 35. DEBER DE BUSCAR ENTRE EL PÚBLICO LAS MEJORES CONDICIONES OBJETIVAS. Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.*

52. Aunque la mera lectura de los artículos citados contradice el argumento del actor, en tanto ellos mismos son la fuente de las atribuciones de las cuales está haciendo uso la CRA, éste trae a colación la supuesta interpretación que sobre estas facultades ha adelantado la Corte Constitucional, para lo cual cita la sentencia C-1162 del 2000<sup>34</sup> en la que se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 69, 128 y 129 de la Ley 142 de 1994. Si bien es cierto que en dicha providencia la Corte se pronunció respecto del alcance y finalidad de la facultad regulativa del Presidente en lo atinente a los servicios públicos domiciliarios, también lo es que en esa decisión dicha Corporación no se ocupó en concreto de la constitucionalidad de los artículos 31 y 35, como

---

<sup>34</sup> M.P. José Gregorio Hernández Galindo.



efectivamente lo hizo mediante la providencia C-066 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz<sup>35</sup>.

53. En la mencionada sentencia la Corte se refirió en los siguientes términos respecto a las facultades consagradas en los artículos 31 y 35 de la Ley 142:

*Asímismo, lo relativo a la posibilidad de que las Comisiones de Regulación, de acuerdo con los artículos 31 y 35 de la ley 142 de 1994, determinen de manera general la inclusión facultativa u obligatoria de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos y la celebración de licitaciones públicas u otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes, cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios requieran bienes o servicios provistos por terceros. Dice el actor que tales disposiciones son inconstitucionales, pues "el legislador de la ley 142 de 1994 le creó al Presidente de la República, para que la ejerciera a través de las Comisiones de Regulación, una COMPETENCIA para, so pretexto de ejercer "el control, la inspección y vigilancia" de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, REGLAMENTAR la GESTION CONTRACTUAL en dichas entidades. Sin embargo, ni expresa ni tácitamente dicha COMPETENCIA encuentra asidero en el artículo 370 de la Constitución Política".*

*En verdad, tal competencia no la dispone expresamente el artículo 370 Superior, pero en parte alguna la Constitución prohíbe que las Comisiones de Regulación dicten normas de carácter general que, no obstante no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo por el actor reclamado. Así, teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación derivaron esa competencia directamente de la ley y ésta fue facultada por los artículos 365 y 367 de la Constitución para organizar lo relativo a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular, lo cual incluye, desde luego, la posibilidad de desarrollar dentro del marco legal lo referente a los contratos de manera independiente de la ley 80 de 1993, como tantas veces se ha sostenido en este pronunciamiento, no es admisible el cargo imputado por el actor, en razón a que no existe el traslado de competencias del legislador al Presidente de la República, sino que se trata, se repite, de una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de Regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y en la ley (subrayas fuera de texto).*

54. Se observa que la Corte entendió que las facultades entregadas por mandato legal a las Comisiones de Regulación para la inclusión facultativa u obligatoria de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos y la celebración de licitaciones públicas u otros procedimientos que estimulen la concurrencia de

---

<sup>35</sup> En esa oportunidad estudió la constitucionalidad de los artículos 24 (parcial), 27 (parcial), 30, 31, 32 (parcial), 35 (parcial), 37, 38 (parcial) y 39 (parcial) de la ley 142 de 1994, posteriormente mediante sentencia C-150-03 de 25 de febrero de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional declaró estarse a lo resuelto a la citada sentencia C-066-97.

oferentes, cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios requieran bienes o servicios provistos por terceros, poseían raigambre constitucional que se origina en los artículos 365, 366 y 367, a través de la cláusula general de competencia del principal órgano de representación política (art. 150.23 C.P.) y no como lo asevera el actor por delegación del artículo 370 constitucional.

55. La Ley 142 persigue desarrollar los artículos constitucionales que establecen la intervención genérica del Estado en los servicios públicos dispuestos en los artículos 334, [336](#), y [365](#) a [370](#) de la Constitución Política (art. 2 de la Ley 142) y que consagra facultades compartidas tanto por el legislador como por el Presidente de la República con sujeción a la ley, sin perjuicio de la competencia de inspección y vigilancia en la prestación de los servicios públicos consagrada en el artículo 189-22 en cabeza del presidente. Con esta orientación resulta claro que cuando la CRA mediante las resoluciones 151 y 224 hace uso de las competencias atribuidas por voluntad del legislador a las Comisiones de Regulación, dentro de las cuales se hallan las fijadas en los artículos 31 y 35, y declaradas exequibles por la Corte Constitucional al juzgarlas conformes a la norma suprema, no es argumentativa ni fácticamente posible que desconozca la fuente normativa que le entrega facultades y obligaciones, cuando expresamente la obedece y cumple. Por ende, no procede el cargo de vulneración de los artículos 31, 35 y 68 de la Ley 142 así como tampoco por vulneración del artículo 370 constitucional por extralimitación de la CRA en sus precisos límites competenciales al incluir cláusulas exorbitantes en ciertos contratos y la celebración de licitaciones públicas u otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.

56. Los artículos 31 y 35 de la Ley 142, guardan concordancia con el 73 y 74.2 de la Ley 142, en tanto que en el 73 se entrega a las comisiones de regulación la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos en dos supuestos: i) cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, ii) en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad, para lo cual se especifican una serie de facultades dirigidas al desempeño de esta función. A su vez el artículo 74 se refiere a las funciones especiales de las comisiones de regulación como son la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible (74.1), de la Comisión de Regulación

de Agua Potable y saneamiento Básico (74.2) y la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones (74.3), y dentro de las que corresponden con la CRA se consagra la promoción de la competencia “entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico”. En concreto en el 74.2. se señala:

*74.2. De la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico:*

*a. Promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.*

*b. Establecer, por vía general, en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalaciones y operación de equipos destinados a la prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo se sometan a normas técnicas y adoptar las medidas necesarias para que se apliquen las normas técnicas sobre calidad de agua potable que establezca el Ministerio de Salud, en tal forma que se fortalezcan los mecanismos de control de calidad de agua potable por parte de las entidades competentes.*

57. Así tampoco se observa un desconocimiento de estos preceptos por parte de los literales d) y e) del artículo 1.3.5.3. de la Resolución 151, modificados por la Resolución 224 en tanto que los mismos redundan en las competencias y facultades ya reconocidas en los artículos 31 y 35 a las Comisiones de Regulación, en general y a la CRA en particular, por parte del legislador, para determinar aquellos contratos que requieran cláusulas exorbitantes y el deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas mediante licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.

58. Recuerda esta Sala que un cargo similar al presentado por el actor fue previamente valorado por esta Corporación al estudiar la demanda de nulidad contra el artículo 1.3.5.3. de la Resolución 151, antes de su modificación por la Resolución 224 de 2003, mediante la sentencia del 5 de marzo de 2008<sup>36</sup> con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra.

---

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2008, referencia 11001-03-26-000-2001-0029-01, exp. 20.409, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

59. Si bien para la fecha de expedición de la sentencia, los literales d) y e) habían sido modificados y el párrafo 2 adicionado al artículo 1.3.5.3. de la Resolución 151, lo cierto es que aunque en esa ocasión la Sala no se pronunció sobre tales modificaciones, los cargos de aquella demanda y los que ahora nos ocupan conservan una identidad que si bien no consigue configurar una cosa juzgada propiamente dicha, por tratarse de un contenido normativo distinto, han construido, junto con otro par de decisiones, un precedente vinculante para esta Corporación que será nuevamente reiterado.

60. Con relación a los artículos 1.3.5.2 y 1.3.5.3. de la Resolución 151, en la sentencia hilo conductor de este pronunciamiento<sup>37</sup>, específicamente la Sala señaló:

**8) Artículo 1.3.5.2. Contratos sometidos a procedimientos que estimulan la concurrencia de oferentes:**

*En este artículo, la Comisión demandada estableció los casos en los cuales las entidades territoriales y las personas prestadoras de servicios y actividades a que se refiere la resolución 151, deben someterse a procedimientos que garanticen la concurrencia de oferentes.*

*Con relación a esta disposición, se observa que el artículo 35 de la Ley 142 de 1994, tal y como ya se dijo, dispone que las comisiones de regulación pueden, frente a las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros y en los casos de otros contratos, exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes, por lo cual, mediante un acto administrativo general como el demandado, perfectamente pueden imponer esta clase de obligación.*

*En consecuencia, no prospera el cargo contra este artículo.*

**9) Artículo 1.3.5.3. Contratos que deben celebrarse por medio de procedimientos regulados que estimulan concurrencia de oferentes:**

*En este artículo demandado de la Resolución 151 de 2001, la **Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico**, establece que los contratos de las entidades allí enunciadas, se someterán a los procedimientos regulados **de que trata esta resolución**, disposición que a juicio de la Sala, resulta ilegal, toda vez que, tal y como ya se estableció, el organismo demandado no tenía competencia para establecer cómo deben ser los procedimientos de selección que estimulen la concurrencia de oferentes, distintos de la licitación pública, a los que se refiere la Ley 142 de 1994, puesto que tal desarrollo de la norma legal es propio de la potestad reglamentaria del Presidente de la*

---

<sup>37</sup> Sentencia de 5 de marzo de 2008, supra nota 11.

*República y no hace parte de las facultades y competencias atribuidas a las distintas comisiones de regulación; y si la entidad no tenía competencia para establecer tales procedimientos, pues tampoco la tenía para sujetar a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios al cumplimiento de los impuestos por ella en la Resolución 151/01, razón por la cual, **se declarará la nulidad parcial del artículo acusado, en cuanto a la frase “de que trata esta resolución”** (negritas en el texto).*

61. Por último, entendió la Sala que el artículo 1.3.5.4. que consagraba las “excepciones al deber de usar licitación pública o procedimientos regulados que estimulen la concurrencia de oferentes” era apenas la manifestación de la potestad legal de las comisiones de regulación de determinar la obligatoriedad, o no, a cargo de dichas empresas, de adelantar procesos licitatorios o procedimientos regulados para la selección de sus contratistas, contemplada en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994, y que así como les permite determinar en qué eventos deben tales entidades realizar los mencionados procedimientos de selección, pueden también establecer aquellos casos en los que consideren que ello no es necesario, que fue precisamente lo que hizo la CRA en la disposición acusada, por lo que no prosperaron los cargos contra este artículo. En consecuencia en la parte resolutive de la sentencia se estableció:

**PRIMERO: DECLÁRASE** la nulidad del **artículo 1.3.3.2., el artículo 1.3.4.10** en las siguientes disposiciones: “...también se incluirá en el contrato, la sujeción por parte de la persona que prestará el servicio a los programas, criterios, características, indicadores y modelos a los cuales debe someterse para la prestación del servicio. Así mismo, en estos contratos se indicará en forma expresa las sanciones que por incumplimiento de los criterios, características, indicadores y modelos o por la no ejecución de los programas, se pueden imponer a la persona prestadora del servicio y los mecanismos de que se dispondrá para garantizar la permanencia en la prestación de los servicios a los usuarios”, y el **artículo 1.3.5.1, la frase “de que trata esta resolución”, del artículo 1.3.5.3 y el artículo 1.3.5.5,** de la Resolución No. 151 de 2001 expedida por la **Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA.**

**SEGUNDO: DENIÉGANSE** las demás súplicas de la demanda.

62. Así las cosas, respecto al problema jurídico formulado en la demanda y que estima que la CRA se extralimitó en sus facultades regulativas al establecer en los literales d) y e) del artículo 1.3.5.3 de las Resoluciones 151 de 1991 y 242 de 1993 los contratos que deben celebrarse por medio de procedimientos regulados que estimulan concurrencia de oferentes, considera la Sala que de conformidad con su

jurisprudencia, la CRA actuó conforme a las facultades a ella delegadas, con autorización legal y constitucional, por lo que a dicha entidad le compete determinar cuáles contratos deben celebrarse por medio de dicho mecanismo.

63. Por ende, la CRA no modificó los artículos 31, 35, 73 y 74.2 de la Ley 142, sino que, por el contrario, una lectura atenta de la misma letra de tales normas arroja como resultado que son ellas las que entregan, por mandato legislativo, tales facultades a la CRA.

**ii) La CRA no modificó el régimen jurídico aplicable a los contratistas en tanto se encuentra consagrado en la ley**

64. El segundo cargo considera que la CRA alteró el régimen jurídico del derecho privado aplicable a las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios EPS's, estipulado en los artículos 19.7<sup>38</sup>, 27.7<sup>39</sup> de la Ley 142, con la adición del párrafo segundo del artículo 1.3.5.1. de la Resolución 151 de 2001 a través del artículo 3º de la Resolución 242 de 2001 haciéndolas someterse al régimen establecido en la Ley 80, en los siguientes términos:

**Parágrafo 2.** Adicionado por el art. 3, Resolución CRA 242 de 2003. Con el fin de garantizar la selección objetiva del contratista y la concurrencia de oferentes, los contratos a que se refieren los literales c), d) y e) del presente artículo, deberán someterse, en lo pertinente, a las reglas establecidas en el artículo 1.3.5.5 de la Sección 1.3.5 del Capítulo 3 del Título Primero de la Resolución 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

65. Respecto al cargo sobre la modificación del régimen de derecho privado que impera en las Comisiones de Regulación, hay que anotar que en el artículo 32 de la Ley 142 se consagra que los actos de todas las empresas de servicios públicos se

---

<sup>38</sup> "ARTÍCULO 19. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:// 19.7. El avalúo de los aportes en especie que reciban las empresas no requiere aprobación de autoridad administrativa alguna; podrá hacerse por la asamblea preliminar de accionistas fundadores, con el voto de las dos terceras partes de los socios, o por la Junta Directiva, según dispongan los estatutos. En todo caso los avalúos estarán sujetos a control posterior de la autoridad competente".

<sup>39</sup> "ARTÍCULO 27. REGLAS ESPECIALES SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS. La Nación, las entidades territoriales, y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos, están sometidas a las siguientes reglas especiales:// 27.7. Los aportes efectuados por la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo a las empresas de servicios públicos, se regirán en un todo por las normas del derecho privado".

rigen por el derecho privado, *salvo* lo que disponga la Constitución o *la presente ley*, lo que implica que el artículo anterior, 31, al señalar que cuando las Comisiones implementen la inclusión forzosa de cláusulas exorbitantes y que en este asunto se rigen por la ley de contratación pública, se ésta configurando una nítida excepción al régimen imperante del derecho privado para hacer uso de la Ley 80 de 1993, habilitando a su vez que los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Expresamente el artículo 32 en mención reza:

*ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.*

*La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce<sup>40</sup>.*

66. El cargo por modificación del régimen jurídico a aplicar por parte de la CRA no procede en la medida que es la misma Ley 142 la que autoriza en forma excepcional, los casos en los que las comisiones de regulación se rigen por el derecho contractual público, justamente para garantizar que ante el uso de herramientas reservadas a este ámbito del derecho, como es la implementación de cláusulas exorbitantes, la licitación pública y la concurrencia de oferentes, se cuente con los derechos de defensa y debido proceso que rodean a estos mecanismos.

67. No obstante y como puede observarse, el párrafo segundo del artículo 1.3.5.3 de la Resolución sometida a estudio, hace una remisión directa al artículo 1.3.5.5. en el sentido de que los contratos estipulados en los literales c), d) y e) deben sujetarse a lo establecido en su articulado. Dicho artículo también había sido previamente estudiado por la Sala en la sentencia de marzo 5 de 2008, tantas veces citada (*supra* nota 11). En aquella ocasión, fue declarado nulo con los siguientes argumentos:

---

<sup>40</sup> Declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-066 de 1997 del 11 de febrero de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

**11) El Artículo 1.3.5.5, que dispone: Selección de los contratistas en los contratos que celebran las entidades territoriales y en general las entidades oficiales cuyo objeto sea transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos, concesiones o similares:** En esta norma y con el fin de garantizar la selección objetiva del contratista y la concurrencia de oferentes, la entidad demandada estableció unas reglas a las que deben someterse las entidades estatales que celebren contratos cuyo objeto sea el allí mencionado (...).

Con relación a esta disposición acusada, observa la Sala que mediante ella, la **Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico** desbordó el marco de sus competencias, toda vez que es el legislador el llamado a establecer las normas de contratación aplicables a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, conforme a lo dispuesto por el artículo 365 de la Constitución Política, que le defiere la función de fijar el régimen jurídico al que estarán sometidos los servicios públicos; en desarrollo de esta competencia, la Ley 142 de 1994 dispuso en su artículo 32 y en el párrafo del artículo 39, que los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos, se rigen por las normas del derecho privado, salvo las excepciones estipuladas por la ley; y según lo establecido en el artículo 31, los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios, no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación, salvo las excepciones contempladas expresamente en la misma ley.

Por otra parte, ya se vio cómo esta ley de servicios públicos, también estableció de forma expresa aquellos eventos en los cuales se permite a las comisiones de regulación tomar decisiones en materia contractual, expidiendo actos administrativos generales contentivos de regulaciones en esos específicos aspectos en los que puede intervenir por autorización legal, como es el caso, por ejemplo, de la facultad que tienen de establecer en cuáles contratos será obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales o cuáles requieren del trámite previo de una licitación pública; sin embargo, en parte alguna de la ley, se las autoriza para imponer requisitos y exigencias que deban cumplir las empresas prestadoras de servicios públicos antes y durante los procesos de selección de sus contratistas, en la forma en que lo hizo la entidad demandada en el artículo en estudio, en el cual, les creó obligaciones y deberes que no están contemplados en la ley.

Ahora bien, se reitera en este punto que, cuando las comisiones de regulación adviertan la necesidad de reglamentación de la ley en aspectos que por su generalidad o falta de claridad impiden o dificultan su efectiva aplicación, deberán acudir a la autoridad competente, para que sea ella quien efectúe tal reglamentación, pero no pueden ellas, directamente, arrogarse tal facultad.

En consecuencia, **prosperan los cargos contra la norma en estudio y así se declarará.**



68. Así las cosas, si bien el cargo formulado por el actor no procede, en todo caso el párrafo 2º hace una remisión a una norma ya declarada nula por este tribunal y que jurídicamente era inaplicable en tanto desbordaba la competencia de la CRA al fijar reglas contractuales que no le atañe señalar, pues son del resorte exclusivo del legislador. Por ende, el párrafo anotado ha sido vaciado de contenido y debido a que la remisión es una forma de brindar coherencia a la legislación existente, pues con su uso se articulan las normas vigentes que regulan una materia, sin que con ello se derive una posible corrección de los vicios legales contenidos en las normas referidas, la eventual pervivencia en la legalidad del párrafo 2º podría inducir al error a los operadores jurídicos, por lo cual en virtud del principio de la seguridad jurídica, será declarado nulo.

### **iii) Ausencia de configuración del fenómeno del decaimiento**

68. El actor solicitó a este tribunal que se pronunciara, en virtud del proceso de nulidad, sobre el posible decaimiento del Decreto 1524 de 1994 al haber sido derogados sus supuestos normativos con la entrada en vigencia de la Ley 489 de 1998, concretamente con el artículo 10, petición sobre la cual la Sala hace las siguientes precisiones:

69. La pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo se encuentra establecida en el artículo 66 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), artículo que señala las causales que lo producen y que en su numeral 2º expresamente consigna: “*cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho*”. Este evento ha sido conocido en la doctrina como decaimiento, y se define como un fenómeno de *derogación implícita*<sup>41</sup> aplicable a los actos administrativos dictados en ejecución de una ley y cuya validez se sustenta en la que se predique de la norma que le da sostén. De modo que cuando una ley es declarada inconstitucional o es derogada, los actos administrativos expedidos para desarrollarla, implementarla o con fundamento en esta (*secundum legem*), dejan de tener fuerza obligatoria y pierden vigencia de facto.

70. Sobre el fenómeno del decaimiento el Consejo de Estado ha afirmado que en el derecho colombiano no existe una acción autónoma que lo declare o que exprese por esa vía la pérdida de su fuerza ejecutoria, pues, el decaimiento de un

---

<sup>41</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1119/04, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

acto administrativo es un fenómeno que genera la pérdida de fuerza ejecutoria, y por lo tanto, su declaración conforma una excepción, alegable cuando la administración pretende hacerlo efectivo en ejercicio del privilegio de la ejecución de oficio<sup>42</sup>. No obstante, la Sala considera que sí es procedente un examen sobre la validez de los fundamentos normativos del acto cuando dentro de los cargos de ilegalidad planteados en la demanda el decaimiento se expone sobre algunos de los actos directamente cuestionados en su legalidad, situación que no se ha dado en este caso pues el actor no impugnó la legalidad del Decreto 1524 de 1994, sino de los literales d) y e), así como el párrafo 2º del artículo 1.3.5.3. de la Resolución n.º 151 de 2001, modificados por la Resolución 242 de 2003 expedidas por la CRA, razón por la cual no procederá el estudio sobre la pérdida de fundamento normativo del Decreto 1524 afirmado por el actor.

71. Respecto al cargo de la supuesta derogatoria del Decreto 1524 a raíz de la entrada en vigencia del artículo 10 de la Ley 489 de 1998<sup>43</sup>, la Sala recuerda que la derogatoria consiste en la pérdida de efectos jurídicos que genera una ley al determinar la pérdida de vigencia de otra anterior y que puede producirse de manera expresa o tácita, cuando una norma jurídica posterior resulta incompatible con una anterior, o cuando se produce una nueva regulación integral de la materia<sup>44</sup>. No obstante, el artículo 13 de la Ley 489 de 1998 reconoce las particularidades de la Ley 142 en la que según su artículo 186 esta ley es general pero prevalente y criterio hermenéutico sobre otras leyes posteriores especiales

---

<sup>42</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto junio 28 de 1996, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>43</sup> *ARTICULO 10. REQUISITOS DE LA DELEGACION. En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.// El Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.*

<sup>44</sup> El artículo 3º de la Ley 153 de 1887, que se ocupa del fenómeno de la insubsistencia de las disposiciones legales, contempla los mencionados supuestos de la derogatoria, a la que se viene haciendo referencia, estos son: (i) por declaración expresa del legislador; (ii) por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores; o (iii) por existir una nueva ley que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería. De la misma manera lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que “[l]a derogación puede ser expresa, tácita y orgánica; es de la primera especie, cuando la nueva ley suprime formalmente la anterior por citar esa situación de manera explícita; es de la segunda, cuando la norma posterior contiene normas incompatibles con las de la antigua; y es de la tercera, cuando una nueva regula íntegramente la materia a que la anterior se refería”. (Consejo de Estado, Sentencia del 13 de agosto de 2008, Proceso 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP), (M.P. Ruth Stella Correa Palacio).

que se refieran a la materia, por lo cual está prohibida su derogatoria tácita<sup>45</sup>, y consecuente con ello, lejos de derogarla en virtud de su entrada en vigencia, por el contrario la hace pervivir y concordar con la nueva legislación de la siguiente manera:

*ARTICULO 13. DELEGACION DEL EJERCICIO DE FUNCIONES PRESIDENCIALES. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en otras disposiciones especiales, el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado el ejercicio de las funciones a que se refieren los numerales 13, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27 y 28 del artículo 189 de la Constitución Política.*

72. En consecuencia los supuestos normativos que dan viabilidad al D. 1524 continúan vigentes y no se observa que se haya producido una tácita derogación con la Ley 489 de 1998.

73. Por último, el actor señaló que además de los cargos ya analizados, la CRA incurrió en una ostensible y manifiesta vulneración del orden jurídico al expedir los artículos impugnados –vía de hecho administrativa- alegando dos de los presupuestos considerados por la Corte Constitucional<sup>46</sup> como constitutivos de este vicio, porque “a) –Dan a la norma en la que se basan un sentido o entendimiento contrario a aquel que permitió que la disposición permaneciera en el ordenamiento jurídico y b).-Desconocen las reglas sobre competencia” (f. 87, c.ppal). Así mismo volvió a insistir en que la CRA desconoció la interpretación que sobre los artículos 69 y 14.18 de la Ley 142, hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-1162 de 2000 cuando declaró en forma condicionada su constitucionalidad.

74. Ha sido criterio de la Sala considerar que la vía de hecho administrativa “se configura y caracteriza por dos elementos especiales: por una parte, cuando la administración ha pretendido ejercitar un derecho que la ley no le otorga; por otra, cuando la administración obra sin observar el procedimiento que se le ha impuesto”<sup>47</sup>. También se ha sostenido que “las vías de hecho son operaciones

---

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 18 de Julio de 2007, rad. 25000-23-26-000-1999-00155-01(29745), actor: Inversiones Iberoamericanas Colombia Ltda Iberocol Ltda.

<sup>46</sup> Se cita la sentencia T-842 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>47</sup> Sentencia de octubre 28 de 1976, A.C.E., año LI, tomo XCI, núm. 451-452, pág. 635, citada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

*materiales, totalmente extrañas a las que por la ley le están permitidas a la administración, y a través de ellas se amenaza ora la propiedad privada, ora las libertades públicas*<sup>48</sup>.

75. En este sentido, que la administración haya incurrido en una vía de hecho, por desconocimiento sustancial o procesal de la ley, puede alegarse i) como causal de nulidad en el marco de una acción de nulidad o ii) como falla del servicio, siempre y cuando se satisfagan los demás elementos requeridos para la procedibilidad de una acción de reparación directa. En el caso de la primera esta sólo procede contra actos administrativos, es decir, declaraciones unilaterales de la voluntad, que provienen de las autoridades públicas cuando ejercen la función administrativa, de control o electoral, o de los particulares cuando ejercen esas mismas funciones, y que producen efectos jurídicos<sup>49</sup>. Por ello, cuando se invoca una vía de hecho como causal de nulidad debe precisarse en forma concreta en qué clase de vicio incurrió la administración para apartarse del mandato legal.

74. El actor sostuvo que la CRA había dado una interpretación distinta a la que se predica de la legalidad de la Ley 142 para derivar una competencia que no le corresponde en la adición de algunos literales del artículo 1.3.5.3 de la Resolución 151, lo que redundaba en la falta de competencia y extralimitación en el ejercicio de las funciones de la CRA, aspectos ya estudiados previamente en esta providencia como cargos autónomos y que concluyó con la decisión de declarar la legalidad del acto. En suma, el argumento expuesto por el actor como vía de hecho, no constituye un cargo autónomo en tanto la Sala analizó en esta misma providencia tales asuntos, falta de competencia y extralimitación de las funciones en cabeza de la CRA, y con ello ya evacuó los cuestionamientos que por este aspecto fueron reparados por el actor.

## **VI. Conclusiones**

75. A juicio de la Sala, las anteriores consideraciones conducen a concluir que se acreditó en el plenario la ilegalidad aducida en la demanda respecto del

---

C.P. Antonio José de Irisarri Restrepo, 16 de noviembre de 1989, sin rad. actor: Funeraria Medellín Ltda, demandado: Municipio de Medellín.

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, 2 de noviembre de 2004, rad. 11001-03-15-000-2004-0270-01(IJ), actor: Pro Niños Pobres, demandado: Alcaldía Local De La Candelaria.

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, 7 de marzo de 2011, rad. 11001-03-26-000-2009-00070-00(37044)B, actor: Edgar Pinzón Gaona, demandado: Gobierno Nacional, ref. acción de nulidad.

parágrafo 2º del artículo 1.3.5.3. de la Resolución 151 de 2001, adicionado por el artículo 3º de la Resolución 242 de 2003, ambos actos expedidos por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico –CRA- por vulneración de la Ley 142 de 1994, por lo que se declarará nulo. Dicha decisión deberá ser incluida en la página web de la CRA en las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia.

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

### **F A L L A**

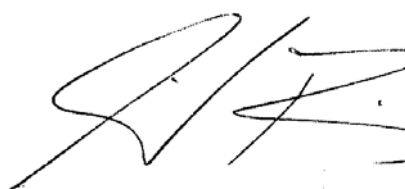
**PRIMERO: DECLÁRASE** la nulidad del parágrafo 2º del artículo 1.3.5.3 de la Resolución No. 151 de 2001, adicionado por el artículo 3º de la Resolución 242 de 2003, expedidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA.

**DENIÉGANSE** las demás súplicas de la demanda.

**SEGUNDO: ORDÉNESE** a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico –CRA- incluir en su página web el contenido de esta providencia en la Resolución 151 de 2001, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación.

**TERCERO:** Sin costas.

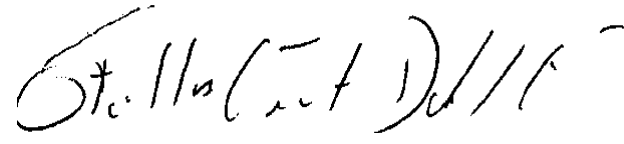
**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Presidente de la Sala



**RUTH STELLA CORREA PALACIO**



**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**