

**EFFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO - Contratos de condiciones uniformes / COMPETENCIA DE LA COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - Desviación de poder**

Cabe precisar que, al concepto de “efectos retroactivos” o “efectos ex tunc”, se le ha dado una connotación diferente en cuanto la nulidad de actos administrativos se refiere, ya que, como se ha visto, no embarga la capacidad de retrotraer todo a su estado anterior, por el contrario, deja incólumes las situaciones acaecidas en vigencia del acto declarado nulo. Sumado a lo anterior, se tiene que tratándose de actos administrativos que contengan aspectos relacionados con servicios públicos domiciliarios, se debe atender lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 142 de 1994, regulación que expresamente consagra los efectos de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de este tipo precisando que su declaratoria de nulidad sólo tendrá efectos hacia el futuro. Así las cosas, se reduce el ejercicio de la voluntad contractual de las partes, por un lado el usuario no discute las cláusulas, sólo se pliega a las condiciones previamente establecidas, y por otro, la empresa fija las condiciones negociales, no bajo el derrotero de su libre y absoluta voluntad, sino bajo los parámetros establecidos por el Legislador y la regulación de las autoridades correspondientes. Seguidamente se advierte que los conflictos que se dirimieron no eran competencia de otra entidad o autoridad administrativa, obsérvese que la actuación administrativa cuestionada definió qué empresa debía prestar el servicio a 10119 usuarios en la ciudad de Bucaramanga, dirigiéndose a una materia propia de su competencia en tanto que describe la empresa que debe prestar el servicio a dichos usuarios en el territorio comprendido dentro del municipio de Bucaramanga, cumpliéndose a cabalidad la condición exigida en el numeral 73.9 de la Ley 142 de 1994. Tal y como lo señaló el Tribunal, para que se decrete la nulidad fundada en esta causal se requiere que exista prueba que demuestre que la intención del funcionario que profirió el acto administrativo, se fundó en móviles que desobedecen el interés general y los principios rectores de la función administrativa. Así las cosas, la Sala no encuentra que esa circunstancia haya sido demostrada, razón que le asiste para confirmar lo dicho por el *a quo* en atención a que la sola mención de un vicio de nulidad del acto administrativo no obsta para que proceda su anulación, ya que se desconocería la carga probatoria en cabeza de quien lo alega, así como la presunción de legalidad que cobija al acto.

**FUENTE FORMAL:** LEY 153 DE 1886 - ARTICULO 40 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 9 NUMERAL 9.2 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 38 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 128 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 83

**NOTA DE RELATORIA:** Nulidad del acto administrativo, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 8 de julio de 2010, Exp. 2002-00956, MP. María Claudia Rojas Lasso. Efectos retroactivos a la expedición del acto declarado nulo, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 21 de mayo de 2009, Exp. 2003-00119, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Contratos de condiciones uniformes, Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000, MP. José Gregoria Hernández Galindo.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION PRIMERA**

**Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00334-01**

**Actor: EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S. A. E.S.P.**

**Demandado: COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO**

**Referencia: APELACION SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación propuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 19 de agosto de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

## **I. LA DEMANDA**

### **1.- Pretensiones**

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 85 del C.C.A., la demandante pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 262 de 7 de noviembre de 2003 *“Por medio de la cual se decide la actuación administrativa iniciada mediante Resolución CRA 246 de 2003”*, y 278 de 20 de febrero de 2004 *“Por la cual se resuelven los recursos de reposición Interpuestos por el apoderado de la Empresa de Aseo de Bucaramanga EMAB S.A. E.S.P., por el Gerente de la Empresa Ciudad Capital S.A. E.S.P. y por la apoderada de la Alcaldía de Bucaramanga contra la Resolución CRA 262 de 2003”*, proferidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA en ejercicio de sus facultades legales, especialmente las conferidas en la Ley 142 de 1994 y en los Decretos 1524 de 1994 y 1905 de 2000.

Así mismo pretende que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos demandados, se ordene a la COMPAÑÍA DE ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA – CAMB S. A. E.S.P. que gire a favor de la EMPRESA DE ACUEDUCTO DE BUCARAMANGA S. A. E.S.P. los dineros que se recauden por la facturación de los usuarios que la CRA ordenó trasladar a la empresa CIUDAD CAPITAL S. A. E. S. P.

Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Nación – Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Territorial y a la CRA, que paguen a la sociedad demandante la suma de 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño moral, 240 millones de pesos por concepto de perjuicios materiales a razón de daño emergente, y el lucro cesante que se derive de las sumas dejadas de percibir por la prestación del servicio de aseo domiciliario desde el 7 de noviembre de 2003 hasta la fecha en que se dicte sentencia.

Solicita que la condena sea indexada y actualizada conforme el artículo 178 del C. C. A., y que se dé cumplimiento al fallo que la imponga dentro de los términos y condiciones del artículo 177 del mismo código, a más de la correspondiente condena en costas.

#### **b.- Hechos**

Los hechos narrados en la demanda se sintetizan así:

El servicio público domiciliario de aseo de la ciudad de Bucaramanga, venía siendo prestado desde el año 1994 por la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S. A. E.S.P. En el año 2002, comenzó a operar en dicha ciudad la sociedad CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. para la prestación del mismo servicio, iniciando campañas publicitarias que en el decir de la actora pretendían la desviación de sus afiliados.

Se relata en los hechos de la demanda que la COMPAÑÍA DE ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S. A. E.S.P. – CAMB, factura y gira el recaudo relacionado con la prestación del servicio de aseo según la sumas pagadas por los usuarios del servicio que resulten a favor de las empresas prestadoras del mismo.

Estando las dos empresas referidas prestando el servicios de aseo en la ciudad de Bucaramanga, la sociedad CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. remitió diferentes comunicaciones a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, en las que puso de presente los siguientes hechos:

Que solicitó a la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S. A. E.S.P. que celebraran un contrato para el uso del lugar de disposición final de residuos en el área de Bucaramanga.

Que la negativa de la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S. A. E.S.P. para que CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. haga uso del botadero, genera un grave problema ambiental y sanitario.

Que desde que inició a prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bucaramanga, se vio agredida por la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S. A. E.S.P. ya que esta ha impedido el ingreso de sus vehículos al relleno sanitario “El Carrasco”, ha publicado pasquines en su contra, y ha dificultado la desafiliación de usuarios que pretenden afiliarse a ella.

Como consecuencia de lo anterior, la CRA adelantó diligencias previas que concluyeron con la elaboración de un informe en el que se determinó que en razón al conflicto presentado entre las dos empresas prestadoras del servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Bucaramanga, era necesario regular lo dispuesto en los numerales 73.8 y 73.9 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

Por consiguiente, la CRA profirió la resolución 245 de 2003 *“Por la cual se regulan los numerales 73.8 y 73.9 del Artículo 73 de la Ley 142 de 1994 en relación con la solución de conflictos que surjan entre las Empresas de Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo”*, adoptando un procedimiento específico para eventos como el que se estaba presentando en la capital de Santander.

Seguidamente, la CRA expidió la Resolución No. 246 de 11 de mayo de 2003 *“Por la cual se inicia la actuación administrativa para la solución de conflictos generados por la prestación del servicio ordinario de aseo entre la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S. A. E.S.P. y CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P., y por la facturación y recaudo por parte de la COMPAÑÍA DE ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S. A. E.S.P.”*, actuación administrativa que terminó con la expedición de la Resolución No. 262 de 7 de noviembre de 2003.

Posteriormente, la CRA expidió la Resolución No. 262 de 2003, *Por medio de la cual se decide la actuación administrativa iniciada mediante Resolución CRA 246 de 2003*”. Dicho acto fue objeto de recursos de reposición, y estos fueron resueltos mediante la Resolución No. 278 de 2004 en la que se decidió confirmar la decisión impugnada.

#### **c.- Normas violadas y concepto de la violación**

La demandante considera que con la expedición de los actos acusados se desconocieron los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 13, 21, 25, 29, 58, 83, 113, 121, 122, 123 numerales 1, 7, 8, 21 y 23 del artículo 150, numeral 11 del artículo 189 y artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

También los artículos 1, 2, numerales 3.1, 3.3, 3.4 y 3.9 del artículo 3, los párrafos de los artículos 9 y 11, los artículos 13, 14.13, 14.18, 14.19, 14.24, 22, 25, 30, 32, 58, 59, 68, 69; numerales 73.1 a 73.21 del artículo 73 y los artículos 105.3, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 131, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158 y 159, todos de la Ley 142 de 1994.

Los artículos 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 25, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 56 a 65 y 164 del C. C. A.; y los artículos 6, 37 numerales 1 y 2, 44, 63, 64, 65, 67, 115, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 187 y 201 a 208 del Código de Procedimiento Civil. Al concretar los cargos, la demandante señaló los siguientes:

**Primer cargo: Violación de normas superiores.**

Para la accionante, los actos administrativos demandados desconocen el artículo 29 de la Constitución en tanto que los hechos que originaron la apertura de la actuación administrativa acaecieron con anterioridad a la expedición de la Resolución No. 245 de 2003, circunstancia que desconoció la Administración para dictar los actos administrativos demandados.

En ese orden, la demandante estima que la Resolución No. 245 de 2003 transgrede los artículos 73 y 106 a 112 de la Ley 142 de 1994, en la medida que usurpó competencias propias del Legislador y desconoció el procedimiento dado por la Ley de servicios públicos domiciliarios para adelantar actuaciones administrativas de ese tipo, nulidad que se proyecta a los actos acusados en tanto que dicha Resolución sirvió como fundamento legal para expedir aquellos.

Sumado a lo anterior, la Comisión incurrió en distintos errores procedimentales, el primero de ellos consiste en la omisión de solicitar el respectivo poder a los abogados que apoderaron a CIUDAD CAPITAL S. A. E. S.P., quienes intervinieron en las diligencias de inspección y declaración de terceros. Del mismo modo, se predicen anomalías en la visita de campo practicada en el procedimiento administrativo, ya que no se valoraron adecuadamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron, así como tampoco se levantó el acta correspondiente que diera fe de lo ocurrido en las mismas.

Agrega que la CRA aceptó como medios probatorios supuestas solicitudes de desafiliación de usuarios sin tener en cuenta que estas equivalen a una manifestación de la voluntad libre de vicios. De igual manera, sostiene que no se podía tener como solicitudes de desafiliación aquellas presentadas por CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. sin que estas contaran con la previa autorización de los usuarios para dichos efectos, esto es, poder especial, amplio y suficiente.

La CRA también desconoció que la elaboración de los formatos únicos de desafiliación elaborados por CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. constituyen la prueba de un acto de competencia desleal que debe ponerse en conocimiento de la autoridad competente, siendo la Superintendencia de Servicios Públicos.

En cuanto el número de usuarios a los cuales la empresa CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. les estaba prestando el servicio, advierte que no existió ningún elemento probatorio para concluir, tal y como lo hizo la autoridad demandada, que eran un total de 10119 usuarios. Por el contrario, el informe técnico realizado dentro de la investigación arrojó que esa empresa no contaba con soportes de estimación de ingresos proyectada, lo que conllevaba inevitablemente a que no se pudiera establecer el número de usuarios a los que prestaba el servicio público.

**Segundo cargo: Falta de competencia.**

En el decir de la actora, los hechos dados a conocer por la empresa CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. que originaron la actuación administrativa que concluyó con expedición de los actos demandados, constituyen conductas propias de competencia desleal, en ese sentido, la capacidad para conocer de esos hechos se encuentra radicada en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y no en la CRA.

**Tercer cargo: Falsa motivación.**

Considera la demandante, que el acervo probatorio obrante en el proceso administrativo, comparado con la decisión final tomada por la Administración, llevan a la conclusión de que los actos demandados se encuentran falsamente motivados, más aún si en ellos se sostiene que la empresa CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. prestaba sus servicios a 10119 usuarios, cuando no existe ningún medio de prueba que conduzca a hacer una afirmación de ese tipo.

**Cuarto cargo: Desviación de poder.**

La CRA incumplió lo dispuesto en el numeral 73.8 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 en tanto que, con la expedición de los actos administrativos demandados, no favoreció a los usuarios tal y como ordena la norma. Por el contrario, la decisión

administrativa que se cuestiona benefició a CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. perjudicando a los usuarios dados los costos que debieron asumir en tiempo y desplazamientos para hacer las desafiliaciones y afiliaciones de una empresa a otra.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.**

En síntesis, arguyó que la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico se ajustó a la Constitución y a la Ley para dictar los actos administrativos objeto de la demanda, en tanto que estos fueron el producto del correcto ejercicio de las facultades legales de esa entidad.

### **La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA.**

Para la Comisión resulta improcedente controvertir la Resolución No. 245 de 2003, en tanto que ese acto no fue propiamente demandado por la actora y se trata de un acto de naturaleza jurídica distinta por ser de contenido general y abstracto.

Expresa que el método para determinar el número de usuarios que habían solicitado la desvinculación de la empresa demandante, consistió en clasificar las solicitudes de acuerdo con la fecha en que habían sido radicadas, llegando a la conclusión que de 12478 solicitudes presentadas, 10246 se radicaron con anterioridad al 17 de marzo de 2003, y 127 no cumplían los requisitos mínimos para identificar al usuario, fundamento probatorio suficiente para determinar que eran 10119 solicitudes de desafiliación válidas presentadas a la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S. A. E.S.P.

En cuanto las supuestas actuaciones constitutivas de competencia desleal, se dice que no fueron tenidas en cuenta para proferir los actos acusados, ya que mediante Resolución No. 278 de 2004, la CRA dio traslado de estas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para lo de su competencia.

Respecto la falsa motivación por incongruencia entre la parte motiva y la resolutive de los actos acusados, la demandada señaló que el actor no precisó a qué apartes

de las motivaciones se refería, por lo que no está probado dicho cargo. Del mismo modo señala que la actora no argumentó suficientemente la incompetencia de la CRA para ordenar a la EMPRESA DE ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S. A. E.S.P. para facturar a nombre de CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. la prestación del servicio de aseo a un número determinado de usuarios, razones que permiten concluir que la presunción de legalidad de los actos no fue desvirtuada.

#### **El Municipio de Bucaramanga.**

La entidad Territorial manifestó querer coadyuvar en el proceso solicitando que se acceda a las pretensiones de la demanda. Para el Municipio los hechos acaecidos y que fueron el fundamento de los actos acusados ocurrieron antes de la expedición de la Resolución No. 245 de 2003, razón para que no se aplicara el procedimiento establecida en esta sino el general del C. C. A.

La Entidad Territorial estima que la CRA omitió comprobar la ocurrencia de los requisitos necesarios para la desafiliación de usuarios y trasladarlos a CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P., en tanto que no se constató que estos se encontraran a paz y salvo, ni que las solicitudes fueran presentadas con dos meses de antelación conforme lo estableció la Superintendencia de Servicios Públicos mediante Resolución No. 1075 de 2004.

Adicionalmente señaló que la entidad demandada omitió comprobar que los 10119 usuarios hubiesen manifestado su libre y espontánea voluntad para ser trasladados a la empresa CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P., en ese sentido advierte que las solicitudes de desafiliación de dichos usuarios se encontraban viciadas y, como prueba de ello, trae a colación la sanción impuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos dictada mediante Resolución No. 2321 de 2004, en la que se estableció que CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. indujo en error a varios de sus usuarios al informarles que la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S. A. E. S.P. se iba a cerrar, y haciéndoles firmar un documento bajo la creencia de que era una encuesta, cuando en realidad era un derecho de petición.

Asegura que los actos administrativos demandados desconocieron el mismo concepto técnico realizado por la entidad demandada, en el que se dijo que los datos de producción tomados a partir de la facturación revelaban que CIUDAD

CAPITAL S. A. E.S.P. tendría una flota insuficiente para atender 10119 usuarios.

Finalmente, la entidad territorial consideró que la demandada no era competente para ordenar a la Empresa de Acueducto el registro de 10119 usuarios a nombre de la empresa CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P., así como tampoco lo era para ordenar a esa misma empresa pagar los dineros que se derivaban de la prestación del servicio.

### III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia fechada el 19 de agosto de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, declaró no probados los cargos de la demanda por las razones que se sintetizan así:

#### **Primer cargo:**

Para el Tribunal, el procedimiento adecuado para adelantar la actuación administrativa se encontraba dado por la Resolución No. 245 de 22 de abril de 2003. Si bien los hechos que dieron origen a la actuación administrativa acaecieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Resolución 245 de 2003, esta era aplicable en razón a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que estipula que las normas concernientes a la ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores, esto es, son de inmediato cumplimiento.

En cuanto la ilegalidad reputada por la actora de la Resolución No. 245 de 2003, el *a quo* estima que ella fue declarada nula por esta Sección dentro del expediente 2004-00123, decisión que no tiene la virtualidad de viciar los actos demandados en tanto que la misma tiene efectos hacia el futuro tal y como se desprende del artículo 38 de la Ley 142 de 1994.

Tampoco se encontró en esa instancia violación alguna del debido proceso, en razón a que la actuación se ajustó a lo contemplado en la Resolución 245 de 2003 en lo referido a la práctica de las pruebas, especialmente si se tiene en cuenta que el artículo 109 de la Ley 142 de 1994, no exige ninguna ritualidad específica para éstas, sumado a que no se probó que los apoderados de las partes que intervinieron en sede administrativa hayan sido suplantados o ejercieran su

mandato sin tener la potestad correspondiente para ello.

En lo atinente a las presuntas irregularidades que se desprenden de la visita de campo, se estimó que ella no fue tomada en cuenta como prueba para tomar la decisión administrativa acusada, ya que la CRA determinó que la misma era inconducente para determinar el total de usuarios pertenecientes a las sociedades prestadoras del servicio de aseo en la ciudad de Bucaramanga.

En lo concerniente a los formatos uniformes elaborados por CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. para que los usuarios se desafiliasen de la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S. A. E.S.P., el Tribunal consideró que ellos invocaban el uso del derecho de petición del usuario en el que se expresaba su voluntad para prescindir del servicio de aseo prestado por la demandante, voluntad que se presume libre de todo vicio en tanto que no se probó que ella fuera producto de constreñimiento o engaño alguno.

En este último punto, se precisó que si bien dentro de la actuación administrativa se solicitaron 118 testimonios para corroborar los presuntos vicios en las declaraciones de voluntad de los afiliados, de ellos sólo fue posible practicar 16, y 4 señalaron que existieron presiones y engaños para solicitar la desafiliación, sin que se les diera la suficiente fuerza probatoria al considerar que carecían de la solidez suficiente para demostrar el menoscabo a la libre voluntad de los afiliados.

Frente a los supuestos hechos de competencia desleal esgrimidos por la actora, el Tribunal de instancia consideró que los mismos fueron resueltos mediante las Resoluciones Nos. 1075 de 12 de abril de 2004; 2943 de 21 de abril de 2004, 2321 de 28 de julio de 2004 y 3405 de 28 de diciembre de 2004, proferidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, actos administrativos que no fueron demandados.

En relación con los aspectos tenidos en cuenta por la CRA para determinar el número de usuarios de cada empresa, se dijo que ello obedeció a las visitas de inspección realizadas a cada una de ellas, en las que se pudo constatar las solicitudes de vinculación de los usuarios, encontrándose suficiente fundamento para dictar la decisión que se cuestiona en el presente caso.

**Segundo cargo:**

Señaló el *a quo* que si bien las distintas comunicaciones que sirvieron a la CRA como insumo para iniciar la actuación administrativa se referían a presuntos actos de competencia desleal, también se remitieron comunicaciones tendientes a exponer dificultades con el trámite de afiliación y desafiliación de usuarios. En ese sentido, se estima en la sentencia impugnada que esa circunstancia ameritaba el pronunciamiento de la Comisión puesto que el numeral 73.9 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, la obliga a resolver los conflictos que surjan acerca de quién debe servir usuarios específicos.

Así mismo, la CRA se abstuvo de estudiar los aspectos relacionados con competencia desleal tal y como lo indicó mediante auto de pruebas No 002 de 26 de junio de 2003, remitiendo dichos asuntos a la autoridad administrativa correspondiente.

**Tercer cargo:**

Lo resuelve señalando que los hechos que sirvieron como fundamento a las decisiones administrativas demandadas no son contrarios a la realidad, tanto así, que se pudo establecer en las visitas realizadas a las empresas en sede administrativa la cantidad de solicitudes de afiliaciones y desafiliaciones de usuarios para determinar qué número de estos debían servir cada empresa.

**Cuarto cargo:**

Frente a este cargo el Tribunal consideró que la sociedad demandante no probó que los funcionarios que expidieron los actos acusados hubiesen actuado con un fin diferente al señalado por la Ley, razón suficiente para desestimar la desviación de poder alegada por la actora.

#### **IV. EL RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la sociedad actora interpuso y sustentó de manera oportuna el recurso de apelación que ahora se decide, exponiendo los argumentos que se resumen a continuación así:

**Primer cargo:**

Señala el apelante que si bien el Tribunal no podía pronunciarse sobre la legalidad de la Resolución No 245 de 2003 porque esta fue anulada por el Consejo de Estado, si debió referirse a la irregularidad consistente en la aplicación de ese acto como sustento normativo del procedimiento administrativo que se siguió para proferir los actos que se demandan, más aun cuando, en su sentir, se desconoció el procedimiento consagrado en el Capítulo II Título VII, artículos 106 y siguientes de la Ley 142 de 1994, así como en la primera parte del C. C. A.

En consecuencia, se debió decretar la nulidad de la actuación administrativa acusada en tanto que el acto que sirvió de fundamento procesal fue declarado nulo, sin que sea aceptable la interpretación hecha por el *a quo* del artículo 38 de la Ley 142 de 1994, ya que este se dirige a regular los efectos de los fallos de nulidad de actos administrativos y contratos expedidos por empresas de servicios públicos, y no por Comisiones de Regulación.

Para el apelante, tampoco era aplicable el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 porque antes de la entrada en vigencia de la Resolución No. 245 de 2003, existían actuaciones y diligencias administrativas iniciadas que debieron ser tramitadas por el artículo 106 y siguientes de la Ley 142 de 1994, al respecto advierte que el mismo artículo 40 dispone que los términos que empiecen a correr y las actuaciones y diligencias iniciadas deben tramitarse por la Ley vigente al momento de su iniciación.

Insiste en que la CRA no exigió los correspondientes poderes a quienes actuaron en la práctica de las diligencias de inspección y en las declaraciones de terceros, configurándose una indebida representación. Así mismo, considera desafortunada la lectura del Tribunal en el sentido de inobservar que los derechos de petición hayan sido tramitados por la empresa CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. cuando esta misma aceptó que la empresa demandante se negaba a dar trámite a sus solicitudes de desafiliación según los radicados CRA 478 y CRA 480 de 14 de febrero de 2003.

En este mismo sentido, arguye que no se observaron las pruebas reinantes a folios 554 a 708 del expediente, en las que se vislumbra el sentir de los usuarios que denuncian el engaño a que fueron sometidos por CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. para que se desafiliaran de la empresa actora, así como también se omitió atender la contundente prueba allegada oportunamente al proceso, que da cuenta de la sanción que por dichos engaños le fue impuesta a la mencionada empresa en la Resolución No 003405 de 28 de diciembre de 2004 proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En consecuencia, precisa que no es el uso de formatos uniformes de desvinculación de usuarios el sustento de la irregularidad, sino los engaños que llevaron a estos a suscribir dichas solicitudes, a más de ser presentados por la empresa interesada en la desvinculación sin contar con un poder especial para ello, ni con la facultad legal para hacerlo.

**Segundo cargo:**

Los hechos constitutivos de la actuación que se señala como nula, son indicativos de competencia desleal y no son competencia de la CRA, tanto así que por esos mismos hechos y las mismas pruebas, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sancionó a la empresa CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P., sanción proferida mediante acto No 003405 de 28 de diciembre de 2004.

**Tercer cargo:**

Los supuestos fácticos y jurídicos invocados por la CRA no obedecen a la realidad, por ello los actos demandados se encuentran falsamente motivados, se probó dentro del proceso que la empresa CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. no tenía 10119 afiliados, no sólo porque estos nunca manifestaron su voluntad de afiliación, a ello se suma que esa empresa no tenía la capacidad técnica ni financiera para atender ese número de usuarios, situación que se acredita con los

informes de los mismos funcionarios de la CRA y el experto obrante en el cuaderno 3 anexo.

**Cuarto cargo:**

La actuación administrativa acusada se produjo con el fin de minimizar costos a los usuarios en la provisión del servicio, es decir, busca beneficiar al usuario del servicio de aseo por ser ese el objeto de la intervención de la Comisión conforme lo establece el numeral 73.9 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, no obstante, la entidad demandada no produjo el acto demandado a fin de cumplir con el objetivo establecido por el Legislador, sino para favorecer a la empresa CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P., configurándose una desviación de poder que hace nula la actuación.

**V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Empresa de Aseo de Bucaramanga S. A. E. S. P.**

El apoderado de la actora presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

**El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial**

Presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en la contestación de la demanda.

**La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.**

Señaló que la CRA brindó todas las garantías procesales a los afectados con los actos administrativos demandados, sumado a que la actora no demostró la violación del debido proceso, sin que esta se pueda predicar de la aplicación de un

acto que fue declarado nulo posteriormente por la jurisdicción contenciosa administrativa.

Argumentó que el apelante interpreta equivocadamente el artículo 38 de la Ley 142 de 1994, dado que la Ley no distingue si el acto es proferido por una empresa de servicios públicos o por una autoridad administrativa, de manera que donde la Ley no distingue no le es viable al intérprete hacerlo.

La CRA era competente para conocer y decidir el asunto resuelto mediante la Resolución No. 262 de 2003, ya que se trataba de dirimir un conflicto surgido entre dos empresas de servicios públicos domiciliarios, dicho conflicto se circunscribía a cual de las empresas debía servir a usuarios específicos o en qué regiones se debe prestar el servicio, por lo que, frente a los demás conflictos que no eran competencia de dicha entidad, se compulsaron copias a las autoridades correspondientes.

Así mismo, se refiere que la CRA tuvo en cuenta el contrato de condiciones uniformes celebrado entre la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S. A. E.S.P. y los usuarios, así como las solicitudes de desvinculación de estos conforme sus manifestaciones de voluntad.

Finalmente solicita confirmar la sentencia apelada y tener en cuenta las objeciones realizadas al dictamen pericial practicado dentro del proceso, así como la consideración referida a que las personas jurídicas no pueden sufrir daño moral.

#### **VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador Primero Delegado ante esta Corporación no rindió concepto en este proceso.

#### **VII. LA DECISION**

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **- Los Aspectos a estudiar.**

Según se desprende del recurso presentado por la parte demandante, le corresponde a la Sala establecer si la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurre en las inconsistencias que denuncia el recurrente.

Así las cosas, los problemas jurídicos que se desprenden de los distintos cargos planteados por el actor, y que se aprecian como las razones de su descontento con la decisión del Tribunal, son del siguiente tenor:

- i) ¿Los efectos de la nulidad de la Resolución No 295 de 2003, decretada por esta Sección, conducen a la necesaria nulidad de las Resoluciones 262 de 2003 y 278 de 2004?
- ii) ¿El procedimiento administrativo aplicado por la CRA para proferir los actos acusados, estaba dado por la Resolución No. 295 de 2003?
- iii) ¿El procedimiento administrativo aplicado por la CRA se encuentra viciado por una indebida representación de las empresas afectadas con la decisión administrativa?
- iv) ¿La autonomía de la voluntad de los usuarios del servicio de aseo prestado en la ciudad de Bucaramanga, se vulneró por parte de la empresa CIUDAD CAPITAL S. A. E. S.P. y en consecuencia, los actos administrativos demandados padecen de falsa motivación?
- v) ¿La CRA profirió los actos administrativos demandados sin tender competencia para ello dado que se trataban de asuntos de competencia desleal propios de otra autoridad administrativa?

vi) ¿Los actos administrativos demandados fueron expedidos con desviación de poder al perseguir fines distintos a los señalados por la Ley 142 de 1994?

**.- Los actos administrativos demandados.**

La demanda se presentó contra las Resoluciones Nos. 262 de 7 de noviembre de 2003 y 278 de 20 de febrero de 2004, mediante las cuales se decidió la actuación administrativa iniciada mediante Resolución CRA 246 de 2003 y se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S. A. E.S.P., por la empresa CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P., y por la Alcaldía de Bucaramanga, proferidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA en ejercicio de las facultades establecidas en los numerales 73.6, 73.8, 73.9, del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, y de los Decretos 1542 de 1994 y 1905 de 2000.

**.- Estudio de los cargos.**

**Los efectos de la declaratoria de nulidad.**

Como se anunciaba anteriormente, el primer tópico que le corresponde resolver a la Sala se concreta en determinar si la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 245 de 2003 afecta la validez de las Resoluciones 262 de 2003 y 278 de 2004.

Para dilucidar este aspecto, pertinente es señalar que la Resolución No 245 de 2003 *"Por la cual se regulan los numerales 73.8 y 73.9 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 en relación con la solución de los conflictos que surjan entre las empresas de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo"*, proferida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, fue declarada nula por esta Sección mediante fallo de 30 de abril de 2009, providencia que se dictó dentro del expediente No. 2004-00123, con ponencia del doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

También se observa que las resoluciones acusadas, la 262 y 278 expedidas por la CRA en ejercicio de las facultades establecidas en los numerales 73.6, 73.8, 73.9, del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, y de los Decretos 1542 de 1994 y 1905 de 2000, fueron proferidas el 7 de noviembre de 2003 y el 20 de febrero de 2004 respectivamente, de lo que se colige sin esfuerzos que nacieron a la vida jurídica estando vigente la Resolución No. 245 de 2003.

Pues bien, lo presupuestado por el actor dados estos hechos incontrovertibles, es que la nulidad dictada por esta Corporación en abril del 2009 respecto la Resolución No. 245 de 2003, hace que los actos administrativos que se expidieron con fundamento en ella devinieran nulos, bajo la premisa de que la declaratoria de nulidad surge efectos hacia el pasado, irradiando todas las actuaciones nacidas con anterioridad a esa declaración judicial.

Por otra parte, el fallo cuestionado acepta la tesis esbozada por el actor, pero encuentra una excepción a ella contemplada en el artículo 38 de la Ley 142 de 1994, que dispone que la nulidad de un acto administrativo relacionado con servicios públicos tendrá efectos hacia el futuro.<sup>1</sup>

Se plantea entonces un problema que ha sido resuelto de tiempo atrás por esta Corporación, y que dirime las controversias relacionadas con los efectos de la declaración de nulidad de actos administrativos, solución que se inclina por sostener que los efectos son hacia el pasado, para lo cual puede verse:

“la nulidad del acto administrativo afecta su validez desde el momento de su expedición y, por ende, surte efectos ex tunc”<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> Ley 142 de 1994. Artículo 38. La anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos sólo producirá efectos hacia el futuro. Si al declararse la nulidad se ordena el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, ello se hará en dinero si es necesario, para no perjudicar la prestación del servicio al público ni los actos o contratos celebrados de buena fe.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Exp. No 2002-00956. Fallo de 8 de julio de 2010. C. P. María Claudia Rojas Lasso.

Visto así, podría pensarse que todas las actuaciones surgidas a la vida jurídica con fundamento en el acto anulado se contagian de sus defectos, y como consecuencia lógica perecen ante la inminente invalidez de su fuente.

No obstante, la Jurisprudencia del Consejo de Estado no ha compartido ese argumento, por el contrario, si bien ha sostenido que los efectos de la declaratoria de nulidad son “*ex tunc*”, advierte que las situaciones jurídicas consolidadas no pueden verse afectadas por esta, dicho argumento se ha consagrado en los siguientes términos:

“Precisamente, allí radica la diferencia de la inexecutable de la ley con la nulidad de los actos administrativos, pues ésta, por regla general, sí tiene efectos *ex tunc*, es decir, retrotrae la situación jurídica a la anterior a la expedición del acto anulado, debiéndose tener como si éste no hubiera existido, pero dejando a salvo de ese efecto retroactivo las situaciones consolidadas”<sup>3</sup>

Cabe precisar que, al concepto de “efectos retroactivos” o “efectos *ex tunc*”, se le ha dado una connotación diferente en cuanto la nulidad de actos administrativos se refiere, ya que, como se ha visto, no embarga la capacidad de retrotraer todo a su estado anterior, por el contrario, deja incólumes las situaciones acaecidas en vigencia del acto declarado nulo.

La firmeza de esas situaciones consolidadas busca la seguridad jurídica de los asociados teniendo en cuenta que ellas se encuentran soportadas en sí mismas, de esta forma, se sostiene que no existe interdependencia respecto el acto declarado nulo, por lo que su validez no depende de la validez de aquel.

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Exp. No. 2003-00119. Fallo de 21 de mayo de 2009. C. P. Rafael E. Ostau de Lafont P.

Sumado a lo anterior, se tiene que tratándose de actos administrativos que contengan aspectos relacionados con servicios públicos domiciliarios, se debe atender lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 142 de 1994, regulación que expresamente consagra los efectos de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de este tipo precisando que su declaratoria de nulidad sólo tendrá efectos hacia el futuro.

La Resolución No. 245 de 2003 contenía aspectos no solo relacionados sino propios de los servicios públicos, dado que reglamentaba los numerales 8 y 9 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, razón por la que la declaratoria de su nulidad tiene efectos "*ex nunc*".

En conclusión, aún si se aceptara que el artículo 38 de la Ley 142 de 1994 no era aplicable para determinar los efectos de la nulidad de la Resolución No. 245 de 2003, dicha circunstancia no haría nulas las Resoluciones No. 262 de 2003 y 278 de 2004, ya que a través de ellas se consolidaron situaciones jurídicas que se tornan intangibles en cuanto el fallo de nulidad proferido por esta Sección en el año 2009.

Conforme lo expuesto, no queda otro camino que declarar infundados los motivos de inconformidad de la apelante en lo que este punto específico se refiere.

**- El procedimiento administrativo aplicable.**

El siguiente aspecto que convoca la atención de esta segunda instancia, consiste en el procedimiento administrativo que se ha debido emplear para proferir las Resoluciones Nos. 262 de 2003 y 278 de 2004.

La Administración optó por aplicar el procedimiento dado en la Resolución 245 de 2003 expedida por la CRA y que reglamentó los numerales 73.8 y 73.9 de la Ley 142 de 1993.

Según el recurrente, el procedimiento consagrado en ese acto administrativo no era aplicable en la medida que ya se habían adelantado unas diligencias previas, en ese sentido manifestó en el recurso:

“Así las cosas, resulta errada la interpretación que del Art. 40 de la Ley 153 de 1887 hace el Tribunal a quo, porque antes de la vigencia de la Resolución 245 de 2003, habían actuaciones y diligencias ya iniciadas como se relacionan en los numerales 3, 4, y 5 de los hechos de la demanda, que debieron tramitarse por la ritualidad vigente que no era otra que la del Capítulo II del Título VII, Art. 106 y ss (sic) de la Ley 142 de 1994 o de la parte general del C. C. A., de conformidad con lo establecido en el Art. 40 citado: “...*Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas, se regirán por la Ley vigente al tiempo de su iniciación*”. Es decir, a la CRA no le era dado expedir un procedimiento ilegal, arbitrario y restrictivo para aplicarlo retroactivamente a controversias presentadas con anterioridad a la vigencia de dicho procedimiento espurio que culminó con los actos demandados” (folio 966 del cuaderno 2 principal).

Efectivamente, el artículo 40 de la Ley 153 de 1886<sup>4</sup> dispone que las normas de contenido procesal rigen de forma inmediata, regla general que encuentra una excepción en ese mismo artículo cuando la actuación o diligencia se hubiere iniciado, evento este en el que se aplicará la norma procesal vigente para ese momento.

Extrapolando la regla a los terrenos del procedimiento administrativo, se tiene que la norma que lo regule entrará a regir de manera inmediata a menos que la actuación administrativa se haya iniciado. En el presente asunto, la apelante refiere que existían actuaciones y diligencias previas anteriores que obligaban a

---

<sup>4</sup> “Las leyes concernientes á la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar á regir. Pero los términos que hubieren empezado á correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

continuar aplicando el procedimiento aplicable para la fecha en que estas fueron adelantadas, es decir, el contemplado por los artículos 106 y siguientes de la Ley 142 de 1994.

No obstante lo anterior, para la Sala es claro que esas diligencias a las que se refiere la demandante no son propiamente la actuación administrativa que se demanda, es decir, si bien la actora afirma que la Administración adelantó diferentes diligencias con anterioridad a la expedición de los actos demandados, lo cierto es que esas diligencias no se pueden tener como la actuación en sí misma considerada, ergo no puede decirse que la misma ya había iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Resolución No 245 de 2003.

La actora refiere en el recurso que las actuaciones previamente adelantadas son aquellas de que dan cuenta los hechos 3, 4 y 5 de la demanda, hechos que se refieren en su orden a las diferentes denuncias que hiciera ante la CRA la empresa CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P., y al informe sin fecha que expidiera la Comisión como consecuencia de esas denuncias, concluyendo entre otras cosas que se debía expedir una reglamentación que permitiera desarrollar o ejercer las potestades consagradas en los numerales 8 y 9 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

Estas actuaciones no pueden tenerse como el inicio de la actuación, a folios 44 a 47 del cuaderno 3 de anexos, se tiene la Resolución No 246 de 2003 de 21 de mayo de 2003, *“Por la cual se inicia la actuación administrativa para la solución de los conflictos generados por la prestación del servicio ordinario de aseo entre la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA EMAB E.S.P. y CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P., y por la facturación y recaudo por parte de la COMPAÑÍA DE ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P.”*, acto administrativo que constituye formal y materialmente el inicio de la actuación administrativa que concluyó con los actos administrativos demandados, de manera que es mediante este que se concretan los fines y objetivos de la actuación, así como las partes involucradas en ellas y el procedimiento a seguir.

Se deduce entonces que fue mediante la Resolución No. 246 de 21 de mayo de 2003 que se dio inicio a la actuación, mientras que el procedimiento adoptado para dichos efectos fue dado por la Resolución No. 245 de 22 de abril de 2003, publicada en el diario oficial No. 45187 de fecha 14 de mayo del mismo año, por lo que era ese el procedimiento aplicable a la actuación y no el consagrado en los artículos 106 de la Ley 142 de 1994 como lo afirma la apelante.

Sumado a ello, se tiene que la Resolución No. 246 de 2003 informó en su parte considerativa que la actuación administrativa se adelantaría conforme la Resolución CRA 245 de 22 de abril de 2003, lo que supone que los afectados o involucrados en ella conocieron *ab initio* las reglas procesales que se seguirían, manifestación esta que converge con la protección del debido proceso que se alega vulnerado.

Con todo, para la Sala la actuación administrativa se adelantó conforme el procedimiento establecido legalmente para la época de los hechos en que se siguió la actuación de la Comisión, y en ese sentido no encuentra probado el cargo propuesto por la actora.

#### **-:. Indebida Representación.**

El recurso de alzada se muestra inconforme con la sentencia del Tribunal ya que omite reconocer que la Administración practicó determinadas pruebas sin que se les exigiera el correspondiente poder a quienes actuaron en la práctica de las mismas, señala el apelante:

“Está probado en el expediente, que la CRA no exigió a quienes actuaron en la práctica de las diligencias de inspecciones y declaración de terceros en representación de la empresa CIUDAD CAPITAL S.A. E.S.P. practicadas del 7 al 11 de julio de 2003, que demostraran la calidad de abogados; tampoco les exigió la presentación del poder para actuar en representación de la mencionada empresa, el que debió ser otorgado por su Representante Legal, con lo que se dio una indebida representación en la práctica de dichas pruebas, en razón de que se debió dar aplicación estricta al C.C.A. y al C.P.C., pero, omitiendo su deber, la demandada deliberadamente incurrió en errores de procedimiento que viciaron dichas pruebas por desacato a las reglas del debido proceso.”

Sobre este preciso cargo el fallo recurrido estimó:

“Así las cosas, en lo que respecta a la alegada indebida representación de la empresa actora y de Ciudad Capital S.A. en la práctica de las diligencias

de inspección y declaración de terceros, se tiene que para la práctica de las pruebas en la actuación administrativa no se exige ninguna ritualidad especial, y como quiera que, no obra prueba en el expediente de que dichas sociedades hayan manifestado, en sede administrativa, que las personas que asistieron en nombre de ellas a las diligencias no fueran los legítimos representantes de la misma o que hubiere sido negada, la Sala estima que no le asiste razón a la parte demandante en este cargo de nulidad.”

En cuanto las inspecciones realizadas en sede administrativa, se observa a folio 80 del cuaderno de anexos No. 10, que a la diligencia administrativa adelantada el 7 de julio de 2003 asistieron por parte de la sociedad CIUDAD CAPITAL S.A. E.S.P. los señores WOLFANG GUIO DÍAS en su calidad de Subgerente de Mercadeo, JAVIER ALEXANDER QUINTERO PINZÓN como Jefe de Control Interno y GIORGY MERCHAN HERRERA en Calidad de Gerente.

Del mismo modo, en la inspección practicada a las instalaciones de la EMPRESA CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. el 8 de julio de 2003 (Folios 91 a 99 cuadernos de anexos No. 10) se hicieron presentes por parte de esta empresa los señores GIORGY ALBERTO MERCHAN HERRERA en calidad de Gerente General, JAVIER QUINTERO PINZÓN en calidad de miembro de la oficina de Control Interno, LUIS ALBERTO GALÁN Director Jurídico, AYDA LUZ CRISTANCHO como Secretaria de Gerencia, CAROLINA VILLAMIZAR por parte de la Oficina de Extensión a la Comunidad y AMANDA SANDOVAL GARCÍA, Auxiliar Administrativo.

Igualmente en la inspección realizada el 10 de julio de 2008 vista a folio 164 del cuaderno de anexos No 1, se tiene el acta que fue suscrita por LUIS ALBERTO GALÁN como director jurídico de la mencionada empresa.

Las pruebas documentales seleccionadas desdicen el dicho de la actora, en tanto que muestran que en las diligencias administrativas la empresa CIUDAD CAPITAL fue representada por diferentes funcionarios que fueron identificados con nombre y número de cédula, así como con su cargo en dicha empresa, procedimiento que no anula la práctica de las pruebas recaudas en la medida que se garantizó las

comparecencia de las partes involucradas para ejercer el derecho de contradicción correspondiente, así como se verificó que estas no fueran suplantadas.

Tanto se verificó la identificación de las partes intervinientes en estas diligencias, que en el acta de 8 de julio de 2003 se dejó la salvedad de que la señora AYDA LUZ CRISTANCHO no presentó su documento de identificación, mientras que los demás intervinientes en la diligencia expusieron sus cédulas de ciudadanía, hecho que comprueba que la Administración exigió la identificación de las partes, aunado a que en lo atinente a CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P., se hizo presente el Gerente General en calidad de Representante Legal.

Llama la atención de la Sala, que a pesar que la actora estuvo representada en todas las diligencias que señala irregulares haya guardado silencio en ellas sin advertir las presuntas anomalías por representación indebida que ahora enrostra en sede judicial, la sana crítica indica que, cuando las partes que hacen parte de una controversia, así esta sea administrativa, advierten un irregularidad, la ponen de presente para que así quede anotado en el acta correspondiente a fin de proponer las alegaciones a que haya lugar, más aun tratándose de la práctica de una prueba que puede determinar la decisión administrativa.

Precisamente, el deber de lealtad de las partes exige que entre estas se genere un grado suficiente de confianza soportado en el principio de buena fe enarbolado en el artículo 83 de la Constitución Política, que indica que tanto los particulares como las autoridades en sus actuaciones se ciñan a él.

Lo mismo se predica de los testimonios a que se refiere la apelante, además, porque se limita a decir que no se solicitó el poder correspondiente en la declaración de terceros, cuando en el expediente se encuentran varias de ellas a folios 3 a 73<sup>5</sup> de la cuales en varias no asistió ningún representante de la sociedad CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. y en las otras, se ve la asistencia de diferentes miembros de esa sociedad que ya habían sido reconocidos como tales en las inspecciones mencionadas anteriormente.

---

<sup>5</sup> Cuaderno No. 10 de anexos

En definitiva, la representación no fue ficticia ni ilegal, y dado que los funcionarios de la empresa CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. ya habían sido reconocidos dentro del procedimiento administrativo, su participación fue permitida en las demás diligencias. Conforme lo expuesto, el cargo planteado por el actor está llamado a la denegación y en él también se le dará la razón al fallo impugnado.

**- Los supuestos vicios en las solicitudes de desafiliación.**

Para la actora la decisión del Tribunal pasa por alto material probatorio que demuestra que las solicitudes de desafiliación de los usuarios fueron producto de la manipulación de la empresa CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P., las pruebas a las que se refiere son las denuncias de los usuarios que manifiestan el supuesto engaño y la sanción impuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos por incurrir en dichas conductas.

Por su parte el *a quo* consideró que los derechos de petición solicitando la desafiliación de los usuarios obrantes a folios 48 a 140 del cuaderno 14 de anexos reflejan el ejercicio de la libre voluntad, del mismo modo considera que la valoración dada por la CRA a los testimonios de 4 usuarios que manifestaron ser engañados para desafiliarse fue acertada en la medida que estos no dieron muestras suficientes de la veracidad de su dicho.

Se plantea entonces una problemática que en apariencia involucra el ejercicio de la voluntad de los usuarios del servicio público de aseo, por lo que resulta pertinente precisar el alcance que tiene el ejercicio de esta en el contexto de la prestación de servicios públicos domiciliarios a través de la celebración de los denominados contratos de condiciones uniformes.

Este contrato se encuentra regulado en el Título VIII de la Ley 142 de 1994, es así como el artículo 128 de esa norma señala que el contrato de servicios públicos es un contrato uniforme y consensual mediante el cual una empresa se compromete

a prestar un servicio de ese tipo a cambio de recibir una suma de dinero, de acuerdo a las condiciones previamente definidas por ella.<sup>6</sup>

En ese marco, se tiene que la voluntad de estipulación del usuario de las cláusulas contractuales que rigen la relación E. S. P. – Usuario, se limita a plegarse a las condiciones que previamente ha definido la empresa, limitación acorde con los fines del contrato cuyo contenido se enmarca dentro de los mandatos legales fijados para él, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional al disponer:

“Cabe aclarar que este tipo de contratos por adhesión, también llamados "de cláusulas uniformes", no excluye, según lo determina la propia ley, el carácter consensual de los mismos, pues sí existe voluntad del usuario, sólo que ésta se pliega a las estipulaciones previamente definidas en el contrato por la empresa prestadora.

También vale la pena aclarar que el contrato de prestación de servicios públicos no queda plenamente librado a la absoluta autonomía de la voluntad, puesto que, aun si se trata de personas privadas, por involucrar intereses superiores por los cuales ha de velar el Estado, se encuentra sometido a la intervención de éste, a través de la ley, en todo lo relativo a la determinación de los derechos y deberes de los usuarios, el régimen de su protección y su forma de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que asumen esa función.”<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Ley 142 de 1994. Artículo 128. Contrato de servicios públicos. Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados.

Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicios públicos aún cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios.

Los contratos entre quienes presten el servicio de larga distancia nacional e internacional y sus usuarios se someterán a las reglas del contrato de servicios públicos que contiene esta Ley. Las comisiones de regulación podrán señalar, por vía general, los casos en los que el suscriptor podrá liberarse temporal o definitivamente de sus obligaciones contractuales, y no será parte del contrato a partir del momento en que acredite ante la empresa, en la forma en que lo determinen las comisiones, que entre él y quienes efectivamente consumen el servicio existe actuación de policía o proceso judicial relacionado con la tenencia, la posesión material o la propiedad del inmueble. En estos casos se facilitará la celebración del contrato con los consumidores.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 1162 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Así las cosas, se reduce el ejercicio de la voluntad contractual de las partes, por un lado el usuario no discute las cláusulas, sólo se pliega a las condiciones previamente establecidas, y por otro, la empresa fija las condiciones negociales, no bajo el derrotero de su libre y absoluta voluntad, sino bajo los parámetros establecidos por el Legislador y la regulación de las autoridades correspondientes.

Cosa distinta es la planteada por la actora, en efecto, la posibilidad para solicitar la cesación en la prestación del servicio público se circunscribe a la libertad de escogencia que tiene el usuario como manifestación de sus derechos a la luz del numeral 9.2 del artículo 9 de la Ley 142 de 1994,<sup>8</sup> que efectivamente constituye una manifestación de la autonomía de la libertad que se concreta en la posibilidad de elegir con quien contratar. Lo dicho permite afirmar que los señalamientos hechos por la actora no están dirigidos a cuestionar la autonomía de configuración contractual de los usuarios, se dirigen a controvertir la decisión de estos de desafiliarse de la empresa bajo el criterio de que dicha decisión no estuvo ajena a los apremios de su competidora, es decir, que su derecho a escoger libremente la empresa que le va a prestar el servicio fue menoscabado.

Ciertamente, a folios 48 a 140 del cuaderno No. 14 de anexos, se tienen 92 derechos de petición de personas que se dicen usuarios de la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P. en los que comunican a esta la finalización en la prestación del servicio en razón a que el mismo será prestado por la empresa CIUDAD CAPITAL S.A. E.S.P.; peticiones que sin duda se inscriben en formatos idénticos con espacios en blanco, que fueron llenados por los distintos usuarios según sus datos personales.

Lo que no ofrece certeza, es la afirmación de que la decisión libre de los usuarios haya sido invadida por la empresa CIUDAD CAPITAL S.A. E.S.P., dado que no existe prueba fehaciente que conduzca a ello, el recurso acude sin especificar a

---

<sup>8</sup> Derecho de los usuarios. Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor, siempre que no contradigan esta ley, a: (...) 9.2 La libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención utilización.

las pruebas obrantes en el cuaderno 3 de pruebas en los folios 554 a 708 como medios que llevan a demostrar su argumento, cuando dicho cuaderno solo tiene 499 folios, y los demás medios de prueba existentes en el acervo no dan razón de lo dicho.

Es más, de los testimonios practicados en sede administrativa observados en los folios 3 a 42 del cuaderno de anexos No 10, y de conformidad con lo considerado por la CRA en la Resolución No 262 de 7 de noviembre de 2002, se pudo establecer que el análisis de los mismos se ajustó a las reglas de la sana crítica y de valoración de la prueba, para lo cual es menester traer a colación el análisis de la CRA en el que se dijo:

“Todo lo anterior permite concluir que, en contra de lo afirmado por el Señor Apoderado (sic) de la EMAB, ninguno de los testimonios recepcionados (sic) permite siquiera inferir que los usuarios fueron engañados por CIUDAD CAPITAL con el fin de lograr la vinculación a esta empresa y, por el contrario, se constató que funcionarios de la EMAB solicitaron a los usuarios el diligenciamiento de las quejas dirigidas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Territorial Oriente, las cuales, se hacían llegar por intermedio de la EMAB al organismo de control.” (Folio 82 cuaderno principal.)

Para la Sala, la valoración de las pruebas testimoniales se ajustó a los cánones exigidos para ello y se acompasan de la realidad procesal que arroja el expediente administrativo; debe recordarse que el objeto de la prueba son los hechos, y que los testimonios practicados no probaron el hecho concerniente al presunto constreñimiento de la libertad de elección de los usuarios.

La valoración de la prueba que resulte desfavorable para una parte no conduce a la nulidad del acto administrativo, siempre que dicha valoración sea consecuente con la sana crítica, la valoración en conjunto y las reglas de la experiencia. Esta consideración ya ha sido expuesta por esta Sección al señalar:

“Para la Sala es claro que el acto administrativo acusado realizó el análisis que estimó pertinente de las pruebas aportadas al proceso administrativo y de su valoración conjunta concluyó que no se demostró la legal introducción de mercancías importadas, lo cual dio lugar a la infracción del régimen cambiario, en los términos antes vistos. Por lo tanto, se repite, no es cierto que la DIAN haya dejado de valorar las pruebas, sino que la apreciación de las mismas no fue favorable al actor, lo cual no implica per se la ilegalidad de la decisión que se pretende anular, razón adicional para confirmar el fallo impugnado.”<sup>9</sup>

De lo dicho se colige que la demandante no probó que el derecho a la libre escogencia de los usuarios se viera menoscabado y menos aún que el material probatorio analizado por la CRA dentro del expediente administrativo se alejara del contenido y alcance que los medios de prueba podían arrojar.

En cuanto la prueba relacionada con la Resolución No 003405 de 28 de diciembre de 2004 proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a la empresa CIUDAD CAPITAL S.A. E.S.P., es evidente que la CRA no podía tenerla en cuenta para proferir sus actos administrativos, puesto que esta fue impuesta 10 meses después de que se produjera la Resolución No. 278 de 20 de febrero de 2004, es decir, la sanción que según el actor no tuvo en cuenta la Administración para tomar la proferir el acto acusado, no había nacido a la vida jurídica cuando este se expidió.

**- Falta de competencia.**

El artículo 73 numeral 7.9 de la Ley 142 de 1994 dispone:

“Funciones y facultades generales. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, 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 abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrá las siguientes funciones y facultades especiales:

---

<sup>9</sup> Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Exp. 2002-03238. Fallo de 2 de julio de 2009. C. P. Martha Sofía Sanz Tobón.

(...)

73.9 Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, especialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio.”

Para que la CRA ejerza la competencia que se desprende de la precitada norma se requiere: (1) Que se inicie a petición de parte. (2) Que se trate de resolver conflictos que no sean competencia de otras autoridades. (3) Que los conflictos se refieran acerca de cuál empresa debe prestar el servicio, o en qué regiones se debe prestar.

Establecidas las condiciones para desplegar la competencia que se desprende del numeral 73.9 *eiusdem*, se tiene que la CRA era competente para proferir los actos administrativos en tanto que se dan todos los presupuestos señalados para ello.

En efecto, se tienen como hechos probados dentro del proceso los referidos en la demanda en los numerales 3, 4 y 5 en lo atinente a que CIUDAD CAPITAL S. A. E.S.P. remitió a la CRA sendos oficios denunciando algunas conductas que impedían que prestara adecuadamente el servicio de aseo en la ciudad de Bucaramanga, denuncias que originaron el pronunciamiento de la CRA mediante informe sin fecha que se tituló “Conflicto entre las empresas de servicios públicos de Aseo: EMAB S. A. y CIUDAD CAPITAL S. A., en el Municipio de Bucaramanga”.

Posteriormente, la CRA profirió la Resolución No. 246 de 2003 *“Por la cual se inicia una actuación administrativa para la solución de los conflictos generados por la prestación del servicio ordinario de aseo entre la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA EMAB E.S.P y ciudad capital S. S. E.S.P.,(...)”*, resolución que reconoce tener como origen las múltiples peticiones y reclamaciones presentadas por dichas empresas para que esa autoridad interviniera.

En ese orden, se determina con facilidad que la actuación se inició a petición de parte en tanto que se tiene probado que fueron las quejas y reclamaciones hechas

por las partes involucradas en ella, las que dieron origen a la intervención de la Comisión.

Seguidamente se advierte que los conflictos que se dirimieron no eran competencia de otra entidad o autoridad administrativa, obsérvese que la actuación administrativa cuestionada definió qué empresa debía prestar el servicio a 10119 usuarios en la ciudad de Bucaramanga, dirigiéndose a una materia propia de su competencia en tanto que describe la empresa que debe prestar el servicio a dichos usuarios en el territorio comprendido dentro del municipio de Bucaramanga, cumpliéndose a cabalidad la condición exigida en el numeral 73.9 de la Ley 142 de 1994.

En cuanto los aspectos relacionados con competencia desleal, el alegato se contradice insalvablemente con otro expuesto en el recurso, no se entiende cómo puede señalarse al mismo tiempo que la Administración desborda su competencia por tratar esos aspectos, y que se desconoció probatoriamente la sanción que por dichas prácticas le impuso a la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S. A. E.S.P. otra autoridad, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

De la afirmación del recurrente se demuestra que fue otra autoridad la que se encargó de conocer las conductas relacionadas con competencia desleal, quedando desvirtuado el argumento de la falta de competencia de la entidad demandada para conocer y pronunciarse sobre esos precisos aspectos.

Sumado a ello, que por sí solo demerita el argumento de la apelante, la Sala encuentra que el fallo recurrido es acertado en tanto muestra que el auto de pruebas No 002, dictado dentro de la actuación administrativa, precisa que los temas relacionados a prácticas restrictivas de la competencia son competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al tenor de lo estipulado en el artículo 79.32 de la Ley 142 de 1994, decisión que, aunada a la que se tomó en la Resolución No. 262 de 7 de noviembre de 2003, concerniente en remitir a esa entidad tales asuntos para lo de su competencia, demuestran el apego a las atribuciones propias de la entidad demandada.

**-. Desviación de poder.**

De conformidad con la máxima "*onus probandi incumbit actori*", recogida en el ordenamiento jurídico en el artículo 177 del C. P. C.<sup>10</sup>, corresponde al actor probar que los actos administrativos demandados se dictaron con fines distintos a los señalados por la Ley, es decir, que fueron proferidos con desviación de poder.

Tal y como lo señaló el Tribunal, para que se decrete la nulidad fundada en esta causal se requiere que exista prueba que demuestre que la intención del funcionario que profirió el acto administrativo, se fundó en móviles que desobedecen el interés general y los principios rectores de la función administrativa.

Así las cosas, la Sala no encuentra que esa circunstancia haya sido demostrada, razón que le asiste para confirmar lo dicho por el *a quo* en atención a que la sola mención de un vicio de nulidad del acto administrativo no obsta para que proceda su anulación, ya que se desconocería la carga probatoria en cabeza de quien lo alega, así como la presunción de legalidad que cobija al acto.

---

<sup>10</sup> Artículo 177. Carga de la Prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

- Primero.- CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia de 19 de agosto de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B.
- Segundo.-** Reconocer como apoderado de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento – CRA, a la abogada **Maryluz Muñoz de la Victoria**.
- Tercero.-** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del veintidós (22) de noviembre de 2012.

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ  
ROJAS LASSO**

Presidenta

**MARÍA CLAUDIA**

**GUILLERMO VARGAS AYALA  
VELILLA MORENO**

**MARCO ANTONIO**