

**JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Competencia / ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Consejo de Estado. Unica Instancia / COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - Acto administrativo emanado de una autoridad del orden nacional / RESOLUCION 136 DE 19 DE JUNIO DE 2000 - Mediante la cual se dictan medias tendientes a la promoción de la competencia, se fijan procedimientos y condiciones en materia de selección de contratistas y se ejercen otras competencias en materia contractual en el sector de agua potable y saneamiento básico**

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer de la acción de nulidad incoada contra los artículos 13 a 22 de la Resolución No. 136 de 19 de junio de 2000, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, por tratarse de un acto administrativo emanado de una autoridad del orden nacional, de contenido contractual, en virtud de lo prescrito por el artículo 128 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, a cuyo tenor, “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional ...” e igualmente con fundamento en lo preceptuado por el artículo 1º del Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por el Consejo de Estado, mediante el cual se modificó el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999.

**ACTO ADMINISTRATIVO - Naturaleza jurídica y control jurisdiccional / ACTO ADMINISTRATIVO, RESOLUCION, CIRCULAR - No importa su calificación formal de la decisión que se demanda para catalogarlo como acto administrativo**

Siempre que exista una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración o de un sujeto diferente, en ejercicio de la función administrativa a él atribuida conforme a la ley, que tenga carácter decisorio, es decir, que produzca efectos jurídicos, en cuanto cree, modifique o extinga situaciones jurídicas, habrá un acto susceptible de ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que ésta se pronuncie sobre su legalidad. No importa, como se aprecia, la calificación formal de la decisión que se demanda; la misma podría denominarse “acto administrativo”, “resolución”, “circular” o de cualquier otra manera; puesto que lo determinante es que contenga los elementos referidos y de ser así, resulta procedente el juicio de legalidad que se proponga ante esta jurisdicción. Del contenido de los artículos de la Resolución 136 de 2000, que han sido enjuiciados, se evidencia la imposición de unas reglas de contratación, que deben ser cumplidas por los operadores de los servicios de acueducto y saneamiento básico cuando quiera que vayan a celebrar negocios jurídicos; la necesidad de adelantar un procedimiento de selección objetiva o de incluir cláusulas excepcionales en unos determinados contratos, es decir, que existe una manifestación de la voluntad de la administración pública que produce un efecto jurídico sobre los operadores de los servicios, en consecuencia, no existe duda sobre la naturaleza de acto administrativo que detenta la Resolución demandada, susceptible de ser controlada por vía jurisdiccional.

**DEROGATORIA DE NORMAS - No significa que desaparezcan con ellas los efectos jurídicos que la mismas tuvieron durante el tiempo de su vigencia / ACTO ADMINISTRATIVO DEROGADO O SUBROGADO - Cesación de sus efectos hacia el futuro**

Al respecto cabe destacar que con posterioridad a la expedición del acto administrativo que contiene las disposiciones demandadas, la CRA dictó la Resolución 151 de 2001, a través de la cual, pretendió unificar en un solo cuerpo normativo, lo relativo a los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo; así en el artículo 6.1.1.1 de dicha Resolución se dispuso: “La presente resolución deroga todas las resoluciones de la CRA, de carácter general expedidas con anterioridad a la misma, salvo las siguientes disposiciones: ...” La citada Resolución No. 151 hizo una relación de resoluciones que no serían objeto de derogatoria, entre las cuales no se encuentra incluida la Resolución 136 de 2000; adicionalmente, el mismo acto administrativo en la parte pertinente a la Sección 1.3.2 regulatoria del “régimen contractual de las personas prestadoras” y la Sección 1.3.3 que trata de las “cláusulas exorbitantes o excepcionales”; en términos generales, repitió las reglas contenidas en aquellas que fueron demandadas, con algunas modificaciones más de carácter formal que sustancial. De otra parte, la mayoría de las disposiciones contenidas en las 2 Secciones de la Resolución 151 de 2001, a que se ha hecho referencia, fueron modificadas por sucesivas Resoluciones expedidas por la CRA, tales como las números 242 de 2003 y 293 de 2004. En todo caso, se precisa que la eliminación de las normas del ordenamiento jurídico, como consecuencia de su derogatoria expresa o tácita, no significa que desaparezcan con ellas los efectos jurídicos que la mismas tuvieron durante el tiempo de su vigencia, razón por la cual, tales normas aún por fuera del mundo jurídico pueden estar sujetas al control jurisdiccional, con el fin de establecer si durante el período de su existencia, estuvieron ajustadas a la legalidad. En otras palabras, la circunstancia de que un acto demandado en acción de nulidad hubiere sido derogado o subrogado por otro, ocasiona como consecuencia la cesación de sus efectos hacia el futuro, lo cual no constituye obstáculo alguno para acometer el análisis de legalidad del acto administrativo de manera retrospectiva con el fin de examinar si en su expedición fueron cumplidos los requisitos y elementos esenciales y así establecer si nació o no a la vida jurídica en condiciones de validez, de tal suerte que si se llegare a demostrar la existencia de vicios en su expedición, ello conllevaría a declarar la nulidad que lo afecta desde el mismo momento del nacimiento del acto.

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

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. 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 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 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”.

### **COMISIONES DE REGULACION - Características**

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).

### **COMISIONES DE REGULACION - Naturaleza jurídica / COMISIONES DE REGULACION - Su comparecencia en el proceso no puede hacerse de manera autónoma sino en representación de la Nación**

Las Comisiones de Regulación son órganos administrativos, pertenecientes a la Rama Ejecutiva del poder público, que gozan de independencia administrativa, técnica y patrimonial pese a no detentar la calidad de personas jurídicas; en este orden, surge la inquietud de si dichos entes pueden comparecer en el proceso como independientes o autónomos. De conformidad con lo prescrito por el artículo 149 de, C. C. A. en la forma en que fue modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998, “En los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el ministro, director de departamento administrativo, superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho (...)”. Del contenido del texto normativo anteriormente transcrito y teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación como unidades administrativas especiales pertenecen al nivel central; que no tienen personería jurídica; que sus funciones son de carácter administrativo orientadas a desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo y concretamente a regular los servicios públicos domiciliarios; su comparecencia en el proceso no puede hacerse de manera autónoma como si se tratara de un ente con personería jurídica, sino que deberán comparecer en representación de la Nación.

### **COMISIONES DE REGULACION - Funciones de regulación / COMISIONES DE REGULACION - Delegación de funciones presidenciales / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Al legislador le compete definir su régimen jurídico**

El artículo 150 de la Constitución Política le fijó al Congreso la atribución de expedir las leyes y por medio de ellas la asignación de competencias para el ejercicio de diferentes funciones, entre las cuales se encuentran las relacionadas con la intervención y vigilancia de los servicios públicos. Así, el numeral 8° de la citada norma le asignó la función de expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional al ejercer las funciones de inspección y vigilancia establecidas en la Constitución; el numeral 21 le otorgó la facultad de expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 constitucional, en cuyas disposiciones se deben precisar tanto sus fines y alcances como los límites y restricciones a la libertad económica y el numeral 23° lo facultó para expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. Adicionalmente el artículo 367 constitucional defiere al legislador la labor de “fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación” así como “el régimen tarifario” que deberá fijarse teniendo en cuenta “los criterios de costos” pero también “los de solidaridad y redistribución de los ingresos. Finalmente, el artículo 370 de la Constitución Política atribuye al Presidente de la República la responsabilidad de fijar, 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”. Desde este panorama normativo resulta claro que corresponde exclusivamente al legislador definir el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios y al ejecutivo fijar las políticas del sector y expedir la regulación de dichos servicios con sometimiento a la ley, como también, ejercer funciones de control, inspección y vigilancia sobre los mismos.

### **COMISIONES DE REGULACION - Funciones de regulación**

La Carta Política atribuye al Presidente de la República la facultad de fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (art. 370), actividad que se encuentran sometida a los precisos límites establecidos por la Constitución, la Ley y los reglamentos como una manera de intervención del Estado en la prestación de dichos servicios. La función de regulación ha sido concebida por la jurisprudencia como “una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos dirigidos a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso; a permitir el flujo de actividad socio-económica respectiva. 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”. La regulación constituye una manifestación de la intervención del Estado con el fin de orientar la actividad económica hacia los fines de interés general establecidos en la Constitución Política y la ley, lo cual conlleva a establecer un marco normativo orientado a optimizar la eficiente prestación de los servicios públicos y por ende, la satisfacción de las necesidades de la comunidad, para que el prestador del servicio público se someta a dichas regulaciones y de esta manera impedir que se presenten actos de competencia desleal; situaciones de abuso de posición dominante; restricciones a la libre competencia y el surgimiento de monopolios que desfiguran el interés general que orienta la prestación de los servicios públicos. La intervención del Estado al tenor de lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley 142 de 1994 también se manifiesta mediante

la promoción y estímulo a la inversión a quienes prestan los servicios públicos; la consecución de recursos para este efecto; el control y vigilancia para que se de cumplimiento a las normas, planes y programas; el otorgamiento de subsidios a las personas de bajos ingresos y toda una serie de medidas tendientes a la satisfacción del interés público.

**NOTA DE RELATORIA:** Acerca de la función de regulación, Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003.

**COMISIONES DE REGULACION - Naturaleza jurídica de sus actos / EJERCICIO DE LA FUNCION REGULATORIA - No consiste en completar la ley, ni suplir sus vacíos. La función regulatoria debe ejercerse con sujeción a la ley y sus preceptos no pueden contravenir sus mandatos**

Desde otra perspectiva, en cuanto a la naturaleza jurídica de los actos expedidos en ejercicio de la función regulatoria, la jurisprudencia de la Sala [Sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 16257, de 5 de marzo de 2008, exp. 20409] ha hecho claridad en cuanto que ésta no consiste en “completar la ley”, o “formar una proposición jurídica completa con la ley” ni suplir los vacíos de la ley, puesto que según el marco constitucional y legal la función regulatoria debe ejercerse con sujeción a la ley y sus preceptos no pueden contravenir sus mandatos, por no tener rango legislativo. Igualmente señaló, en consonancia con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que la función reguladora es una atribución administrativa asignada por la Constitución al Presidente, que debe ejercerse con sujeción a la ley. Así, las decisiones emanadas en ejercicio de las funciones regulatorias son actos administrativos susceptibles de control jurisdiccional por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

**COMISIONES DE REGULACION - Delegación de funciones de regulación / COMISIONES DE REGULACION - Su regulación no puede invadir la órbita de competencia del legislador / COMISIONES DE REGULACION - Su regulación no puede sobrepasar el ejercicio de la potestad reglamentaria otorgada al Presidente de la República**

En cuanto a la delegación de las funciones de regulación conviene precisar que no obstante que la Carta Política atribuye al Presidente de la República la facultad de fijar las políticas generales de administración, el control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (art. 370), tales funciones, en virtud de la misma Constitución (art. 211) y de la Ley (art. 68 de la Ley 142 de 1994) podrán ser delegadas a las Comisiones de Regulación, cuyas decisiones deben obedecer a las políticas y directrices fijadas por el Presidente, y encontrarse sometidas a los límites establecidos por la Constitución, la Ley y los reglamentos; sin que por motivo alguno, la regulación emanada de las citadas Comisiones, que comprende la expedición de normas generales, pueda invadir la órbita de competencia que la Carta Política ha atribuido al legislador, ni tampoco el ejercicio de la potestad reglamentaria que el artículo 189-11 superior ha otorgado al Presidente de la República y que es de su exclusivo resorte. De conformidad con estos lineamientos jurisprudenciales [Sentencias C-272 de 1998 y C-1162 de 2000] se puede establecer que: i) el Presidente podrá delegar a las Comisiones de Regulación las funciones inherentes a la fijación de políticas de control y eficiencia en materia de servicios públicos, en tanto que no se trata de decisiones de alta política que requieran exclusivamente de la presencia del primer mandatario, ni con ello se compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional, amén de que corresponde a una función que cumple el Presidente como Jefe de la Administración; ii) Las competencias de regulación atribuidas a las Comisiones de

Regulación se materializan a través de actos administrativos, en consecuencia, no tienen rango legislativo; iii) El ejercicio de la facultad reguladora corresponde al cumplimiento de una función presidencial señalada en el primer aparte del artículo 370 constitucional, la cual se ejerce con sujeción a la ley, y requiere previa delegación del Presidente de la República en los términos señalados en el artículo 211 de la Carta Política; iv) la función reguladora atribuida a las Comisiones de Regulación de los servicios públicos no corresponde al ejercicio de la facultad reglamentaria consagrada en el artículo 189-11 de la Constitución Política.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la delegación de las funciones presidenciales a las Comisiones de Regulación, en materia de fijación de políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos, Corte Constitucional, Sentencias C-272 de 1998 y C-1162 de 2000.

### **PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Ejercicio de la potestad reglamentaria / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Competencias a él consagradas por la Constitución Política. Diferencias**

Conviene ahora precisar que la potestad reglamentaria que el artículo 189-11 de la Constitución Política, otorga al Presidente de la República como Suprema autoridad administrativa, difiere de las facultades atribuidas por el artículo 370 de la Carta Superior. La facultad reglamentaria ha sido definida por la Sala como “la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance”. El poder reglamentario no sólo es exclusivo del Presidente de la República sino que también puede encontrarse radicado en otras autoridades administrativas tema sobre el cual la jurisprudencia de la Sala ha hecho una importante distinción entre la potestad reglamentaria atribuida al Jefe de Estado y aquellas facultades reglamentarias derivadas del mandato del Constituyente o del legislador otorgadas a autoridades diferentes del Presidente. Además de lo anterior resulta de la mayor importancia destacar el sometimiento de la norma reglamentaria a la ley, toda vez que ésta no puede invadir la órbita de competencia del legislador, modificando la ley o incluyendo aspectos no regulados en ella. Desde tiempos atrás, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha destacado la sumisión de los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República, a la ley, En este contexto resulta obligatorio que los reglamentos que expidan las autoridades administrativas con el fin de dar ejecución a las leyes, siempre estén sujetos a la Constitución Política y a la ley, sin que dicha potestad, radicada fundamentalmente en el presidente de la República, pueda servir de pretexto para ampliar o restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo el contenido de ellas, por cuanto ello significaría el ejercicio de funciones legislativas que son del exclusivo resorte del legislador. Quiere decir que la materia del reglamento se circunscribe a lo que de manera explícita o implícita contiene la ley, con miras a asegurar su cumplida ejecución, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que contiene, pero no puede en manera alguna ampliar o restringir su alcance u ocuparse de materias ajenas al sentido y recto entendimiento de la ley.

### **PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Ejercicio de la potestad reglamentaria**

El ejercicio de la potestad reglamentaria, en cabeza del Presidente de la República, encuentra justificación en el hecho de que es mediante ésta que se

hace aplicable o ejecutable la ley, pues no es común que los textos expedidos por el legislativo abarquen todos los elementos necesarios para la cabal aplicación de la ley, de tal suerte, que es a través del ejercicio de esta potestad, que se regulan los detalles que no previó la ley, esto obviamente como ya se dijo, dentro de los precisos límites fijados en ella. En otras palabras, la ley consagra disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto que, por regla general, no pueden ser aplicadas en forma directa e inmediata a los administrados, sino que requieren de una reglamentación por parte del ejecutivo a quien le corresponde la facultad reglamentaria, para que la ley encuentre su justo desarrollo. La Sala ha definido la potestad reglamentaria como “la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance. Igualmente ha precisado que “El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. La potestad reglamentaria concedida al Presidente de la República por el artículo 189-11 constitucional, abarca todas las materias contempladas en la ley y por supuesto lo relacionado con la reglamentación de los servicios públicos domiciliarios, facultad que es de su exclusivo resorte, razón por la cual no puede ser delegada, en términos de lo ordenado por el artículo 11 de la Ley 489 de 1998, salvo que la ley misma ley expresamente lo haya autorizado.

**NOTA DE RELATORIA:** Acerca de la potestad reglamentaria, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, exp. 24715; auto de 31 de enero de 2008, exp. 33963.

**PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultades indelegables / EXPEDICION DE REGLAMENTOS - No puede delegarse / EXPEDICION DE ACTOS DE REGULACION - Puede delegarse en las Comisiones de Regulación**

Dicha potestad no puede confundirse con las facultades otorgadas al Presidente de la República por el artículo 370 de la Constitución Política que alude a la facultad reguladora en materia de servicios públicos domiciliarios, aspecto que fue ampliamente expuesto en acápite anterior de esta providencia. En este contexto, resulta claro que corresponde al Presidente de la República, en materia de servicios públicos domiciliarios, de una parte expedir los reglamentos para desarrollar y hacer ejecutable la ley, facultad que no puede ser delegada, y de otra, expedir los actos de regulación como mecanismo de intervención de Estado, facultad que puede ser delegada en las Comisiones de Regulación por expresa disposición de la ley. Desde esta perspectiva resulta claro que las facultades otorgadas al Presidente de la República por el artículo 370 constitucional, que pueden ser delegadas a las Comisiones de Regulación, según lo ordenado por el artículo 211 superior y el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, no hacen parte de su potestad reglamentaria sino de la facultad reguladora, entendida ésta como un

mecanismo de intervención del Estado en la economía para delimitar el ejercicio de la libertad de empresa y preservar la sana y transparente competencia y de esta manera garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, dado el interés general que se encuentra comprometido con ellos.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la diferencia existente entre estas dos clases de facultades otorgadas al Presidente de la República, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 5 de marzo de 2008, exp. 20409.

### **REGLAMENTO - Reglamentación directa de la Constitución / REGLAMENTO - Reglamentación de la ley**

Conviene distinguir entre la reglamentación directa de la Constitución y la reglamentación de la ley. En cuanto a la reglamentación de la Constitución, ésta no es exclusiva del Presidente de la República, sino que puede ser también desarrollada por otros entes de naturaleza pública, siempre que se haga alusión expresa a ello en el Texto Político. En efecto, en algunos de sus artículos, la Constitución Política atribuye tanto al Presidente de la República, como a órganos autónomos, o de control, o electorales e inclusive judiciales, la posibilidad y el deber, de proferir normas de carácter general, que constituyen desarrollo directo de los mandatos constitucionales. Al respecto, conviene precisar, que cuando se producen estas manifestaciones normativas, en algunas oportunidades, éstas pueden también dar desarrollo a disposiciones de rango legal. En cuanto a la reglamentación de la ley, resulta necesario establecer que ésta se materializa a través del ejercicio de la potestad reglamentaria propia del Presidente de la República, que como ya se explicó no puede ser delegada en otros entes de naturaleza administrativa. De otra parte, el Presidente de la República, está facultado para dictar normas en desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 370, pero también podrá delegar esta función en las Comisiones de Regulación, en virtud de lo establecido en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, lo cual no puede llevar a la conclusión de que cuando una Comisión de Regulación ejerce la facultad delegada, está reglamentando directamente la Constitución o está reglamentando la ley, competencia que es exclusiva del Presidente de la República, sino que en realidad está cumpliendo una función, en virtud de la figura de la delegación, por expresa disposición de la ley.

### **PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Libertad de empresa. Límites**

En virtud de lo preceptuado por el artículo 10º de la Ley 142 referida, todas las personas tienen derecho a organizar y operar empresas con el objeto de prestar servicios públicos domiciliarios, dicha libertad de empresa está sometida a los límites impuestos por la Constitución Política y la ley, ello como expresión del mandato contenido en el artículo 365 constitucional. El artículo 22 de la citada ley establece que “las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta ley, según la naturaleza de sus actividades. El artículo 25 de la Ley en cita establece que “Quienes presten servicios públicos requieren contratos de concesión, con las autoridades competentes según la ley, para usar las aguas; para usar el espectro electromagnético en la prestación de servicios públicos requerirán licencia o contrato de concesión. Lo anterior sin perjuicio de los permisos ambientales, sanitarios y municipales que podrán exigir los municipios y otras autoridades públicas para la prestación de estos servicios públicos, de

conformidad con lo dispuesto por los artículos 25 y 26 de la Ley 142 de 1994. Y el artículo 40 de la misma Ley 142, que regula las áreas de servicio exclusivo a que alude el artículo 14 de la Resolución acusada, consagra que para la prestación de servicios públicos de acueducto, alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, en áreas de servicio exclusivo, las entidades territoriales están facultadas para celebrar contratos de concesión, mediante el procedimiento de la invitación pública, en los cuales “podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos, pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado.”.

### **PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Contratos de concesión. Celebración**

En otras palabras, cuando se trata de prestación de servicios públicos correspondientes a acueducto, alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica en áreas de servicio exclusivo, las entidades territoriales deberán celebrar contratos de concesión mediante el procedimiento de la invitación pública. Armonizando estos textos legales se advierte que para la prestación de servicios públicos por parte de las empresas dedicadas a esta actividad, no se requerirá, en todos los casos, de la celebración de contratos de concesión, puesto que tal exigencia está directamente vinculada con la naturaleza de las actividades que desarrollen estas empresas, como expresamente lo señala la ley, concretamente se requerirá de la celebración de tales contratos cuando la prestación de los servicios conlleven el uso de aguas o del espectro electromagnético o cuando se trate de servicios prestados en áreas de servicio exclusivo.

### **CONTRATOS CELEBRADOS POR EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Inclusión de cláusulas exorbitantes / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Competencia**

Se advierte que esta disposición [artículo 16 de la Resolución 136 de 2000] es un desarrollo de lo consagrado en el inciso 2º del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, según el cual, las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos tipos de contratos celebrados por empresas de servicios públicos. Cuando dichas cláusulas sean de forzosa estipulación todo lo pertinente a ellas se regirá por la Ley 80 de 1993 y los actos que materialicen estas decisiones serán de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Lo anterior constituye una excepción a la regla general prevista en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 y el inciso primero del artículo 31 de la misma ley, que prevé el imperio del régimen de derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios, por cuanto la ley ha determinado expresamente que “todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la ley 80 de 1993”. No obstante la anterior disposición, habrá de tenerse en cuenta que en los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios públicos, no aplican las reglas contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en lo relativo a la estipulación obligatoria o facultativa o la prohibición de incluir cláusulas excepcionales, de acuerdo con el tipo de contrato celebrado, lo cual no resulta pertinente para los contratos de prestación de servicios públicos; en su lugar, la ley 142 de 1994, en su artículo 31 ha dispuesto que tales cláusulas excepcionales podrán ser obligatorias cuando las Comisiones de Regulación así lo dispongan y después de expedida la Ley 689 de 2001, también se estableció para aquellos casos en que previa solicitud del prestador del servicio público, la Comisión de Regulación respectiva lo autorizara. Quiere decir que la Ley faculta a

las Comisiones de Regulación, en virtud de su función reguladora, para determinar en cuáles de los contratos que celebren las entidades prestadoras de servicios públicos deberán ser pactadas cláusulas excepcionales.

**CONTRATOS CELEBRADOS POR EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS -  
Inclusión obligatoria de cláusulas exorbitantes / REGIMEN - Disposiciones  
contenidas en el Estatuto General de la Contratación Estatal**

Examinado el artículo 17 de la Ley 136 de 2000, cuya legalidad se cuestiona, sencillamente se aprecia que la Comisión de Regulación tan solo está desarrollando el contenido de la ley al establecer aquellos contratos en los cuales resulta imperativo pactar cláusulas excepcionales de conformidad con lo ordenado por la ley. Los contratos en los cuales la Comisión Reguladora dispuso que se pactaran, forzosamente, cláusulas excepcionales, son los siguientes: a) Los celebrados para la prestación de servicios públicos en áreas de servicio exclusivo (ASEs), que deben adjudicarse mediante el procedimiento de la licitación pública. Aunque el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, no define la tipología contractual que debe caracterizar el negocio jurídico celebrado entre la entidad territorial y el prestador exclusivo del servicio, se trata de un contrato de concesión y por lo tanto, de un típico contrato estatal. Estos contratos constituyen una de las excepciones a la regla general de que el régimen jurídico que gobierna los contratos celebrados por las empresas que prestan servicios públicos es el de derecho privado; en consecuencia, resultan aplicables las disposiciones contenidas en el Estatuto General de la Contratación Estatal (Ley 80 de 1993), es decir, que por mandamiento legal los contratos de concesión forzosamente deben contener cláusulas excepcionales. b) Los celebrados con fundamento en la Resolución 01 de 1995, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Examinada la Resolución 01 de 1995, también expedida por la CRA, se observa que en el artículo primero en su primer inciso dispone lo siguiente: En virtud de la facultad de regulación de que se encuentra investida, la Comisión de Regulación de Aguas y Saneamiento Básico dispuso la obligatoriedad de incluir cláusulas excepcionales en unos determinados tipos de contratos siempre y cuando se cumpliera con la condición de que en caso de darse el incumplimiento del objeto contractual, de tal situación se derivaría directa y necesariamente, la interrupción del servicio público. c) Contratos en los cuales la entidad prestadora del servicio público lo ha solicitado y la Comisión de Regulación haya impartido su autorización de manera expresa y previa a la celebración del contrato.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

Bogotá, D.C, nueve (9) de septiembre de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2000-01922-01(19224)**

**Actor: JAIME ALBERTO SARRIA LUNA**

**Demandado: MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD**

Procede la Sala a decidir la acción pública de nulidad incoada por el ciudadano Jaime Alberto Sarria Luna contra los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21 y 22 de la Resolución No. 136 de 19 de junio de 2000, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -en adelante CRA-, Unidad Administrativa Especial, del Orden Central, adscrita al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

## **I. ANTECEDENTES.**

### **1. Hechos.**

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en ejercicio de las facultades otorgadas mediante la Ley 142 de 1994 y los Decretos 1524 y 1738 del mismo año, expidió la Resolución No. 136 de 19 de junio de 2000, *“por la cual se dictan medidas tendientes a la promoción de la competencia, se fijan procedimientos y condiciones en materia de selección de contratistas y se ejercen otras competencias en materia contractual en el sector de agua potable y saneamiento básico.”*

“En los capítulos III y IV, (artículos 13 a 22) de la parte resolutive de la resolución acusada, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, asumiendo la potestad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que es exclusiva del 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).

### **2. Las normas que se invocan como violadas y el concepto de la violación.**

El actor invocó como normas violadas el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 370 ibídem; también el Parágrafo del artículo 69 de la Ley 142 de 1994; adicionalmente, en la

sustentación del concepto de violación, mencionó como violadas otras disposiciones contenidas la Ley 80 de 1993, a las que se hará alusión más adelante.

El actor cuestionó la facultad reglamentaria de las Comisiones de Regulación que considera sólo es propia del ejecutivo, aunque señaló que no se excluye la posibilidad de la delegación de funciones presidenciales y advirtió que en criterio de la Corte Constitucional, las funciones de regulación que ejercen las Comisiones de Regulación no pueden ser un instrumento normativo para completar la ley o para llenar los espacios que ella puede haber dejado y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la *“inaceptable y perniciosa”* posibilidad de entregar la facultad legislativa al Presidente de la República, y más grave aún, a sus delegatarios.

Concluyó afirmando que las atribuciones de las Comisiones de Regulación, ni son legislativas ni se equiparan a la ley, tampoco se encaminan a cubrir vacíos, ni sustituyen la propia ley, ni mucho menos la potestad reglamentaria, exclusiva del Presidente de la República.

A continuación el actor<sup>1</sup> señaló aspectos más específicos que atañen a una confrontación de los artículos demandados de la Resolución 136 de 2000, con algunas disposiciones de jerarquía superior contenidas en las leyes 80 de 1993 y 142 de 1994, cuestionamiento que se sintetiza de la siguiente manera:

- 1) La Resolución demandada reglamenta de manera directa la Constitución Política y la Ley contraviniendo, de esta manera, la exclusividad, que en esta materia le es propia al Presidente de la República. Argumentó que el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 370 superior, consagra que es el Presidente de la República quien ejerce la potestad reglamentaria y en consecuencia, mediante la resolución expedida por una Comisión de Regulación no es posible reglamentar directamente la Constitución Política ni la ley. Si bien es cierto, que las funciones presidenciales se pueden delegar, deberá ser el legislador, aquel que establezca expresamente cuándo resulta procedente tal delegación, de

---

<sup>1</sup> Folios 8 a 12.

conformidad con lo preceptuado por el artículo 211 constitucional y en el presente caso, esto no se ha hecho.

- 2) La Resolución demandada, en los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21 y 22, que han sido acusados de nulidad, reglamentó las leyes 80 de 1993 y 142 de 1994, pues a través de las mencionadas disposiciones se establecieron reglas generales en materia de contratación; el señalamiento de las hipótesis en que se pueden incluir cláusulas excepcionales en los contratos; los procedimientos de selección objetiva de los contratistas; lo relativo al registro de proponentes y a los criterios de selección, entre otros, materias que son disciplinadas de manera clara por la ley y en consecuencia, no pueden ser desarrollados a través de una Resolución expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA-; de donde se deduce que dicha Comisión ejerció una potestad reglamentaria de la cual carece, por corresponde de manera exclusiva y excluyente al Presidente de la República.

### **3. El Trámite del Proceso.**

Mediante auto de 12 de julio de 2001<sup>2</sup>, se admitió la demanda, se ordenó su notificación personal al Ministro de Desarrollo Económico, al Representante de la CRA y al Agente del Ministerio Público; igualmente, se negó la suspensión provisional solicitada por el actor en escrito separado<sup>3</sup> de la demanda, con los siguientes argumentos: *i)* no se evidencia manifiesta u ostensible contradicción entre las normas acusadas y las disposiciones superiores invocadas que surja de la simple comparación entre los dos textos normativos; *ii)* la CRA no se abrogó competencias propias del Presidente de la República sino que éste se las delegó; *iii)* tampoco la CRA sustituyó al legislador ni se apartó de las delegaciones otorgadas por el Gobierno para fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios máxime que las disposiciones demandadas se fundamentaron en los decretos expedidos por el Presidente de la República; *iv)* la CRA, en los artículos 13 a 22 de la Resolución No. 136 de 200, no reglamentó las Leyes 80 de 1993 y 142 de 1994.

---

<sup>2</sup> folios 41 a 64.

<sup>3</sup> folios 31 a 38.

Por auto de 8 de abril de 2002<sup>4</sup>, se reconoció personería jurídica al representante judicial del Ministerio de Desarrollo Económico, mas no al de la CRA, en razón a que no acreditó que el Director Ejecutivo de la CRA se encontraba facultado para otorgar poderes, en nombre de esta unidad; el ente regulador en oficio de 23 de abril de 2002 manifestó<sup>5</sup>, que si bien esta entidad no detentaba personería jurídica, dada su “*independencia administrativa, técnica y patrimonial*” de conformidad con lo establecido en la Ley 142 de 1994, podía hacer valer sus derechos en los procesos judiciales; agregó, que dicha situación había sido reconocida por el Consejo de Estado, así como por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y para ello, citó un conjunto de providencias judiciales.

Con posterioridad a esta actuación, se sucedieron varias sustituciones de poder para la representación judicial por parte de la CRA, algunas de ellas con irregularidades, pero finalmente, la Sala, por auto de 3 de diciembre de 2002<sup>6</sup> reconoció personería al representante del ente regulador.

#### **4. Contestación de la demanda.**

##### **4.1 Por parte de la CRA.**

La CRA a través de apoderado judicial y dentro de la oportunidad que para el efecto establece la ley contestó la demanda<sup>7</sup>; en su escrito solicitó denegar la pretensión formulada, argumentando que el artículo 370 de la Constitución Política, le atribuyó al Presidente la República la función de trazar las políticas generales de administración, control y eficiencia de los servicios públicos, con sujeción a la ley, y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

Precisó que bajo este marco constitucional, el legislador expidió la Ley 142 de 1994 contentiva del Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, en cuyo artículo 68 estableció que el Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de la eficiencia de estos servicios y de los demás a que se refiere la misma ley a través de las Comisiones de Regulación de los servicios públicos, si es que el Presidente decidía delegarlas a dichas

---

<sup>4</sup> Folios 105 y 106.

<sup>5</sup> Folios 107 a 109.

<sup>6</sup> Folios 137 a 138.

<sup>7</sup> Folios 67 a 79.

comisiones, situación que en efecto ocurrió, con la expedición del Decreto 1524 de 1994. Agregó que en virtud del citado decreto, la CRA tiene las mismas competencias que la Constitución Política le otorgó al Presidente de la República en el artículo 370, con sujeción a la Ley 142 de 1994.

Destacó que la demanda desconocía la diferencia existente entre la facultad de regulación y la de reglamentación, distinción que había sido ampliamente dirimida por la Corte Constitucional en sentencia C-1162 de 2000; luego concluyó que según la citada sentencia, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, al expedir el acto acusado, no hizo nada diferente que ejercer la delegación otorgada por el Presidente de la República y que, por lo tanto, se descartaba que hubiera reglamentado las Leyes 80 de 1993 y 142 de 1994 y mucho menos, modificado el artículo 14 de la primera norma citada, puesto que la Ley 142 de 1994, norma especial y posterior, prevalente en materia de servicios públicos domiciliarios, contiene regulaciones expresas en relación con las cláusulas excepcionales.

Agregó que la Ley 689 de 2001, vigente a partir del 28 de octubre de 2001 modificó el artículo 31 y el Parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, *“en lo referente al régimen de contratación de los prestadores de servicios públicos y en consecuencia, la regulación habría decaído y no existiría actualmente, objeto de pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda, por sustracción de materia.”* Consideró que esta modificación había variado el régimen de contratación de los prestadores de servicios públicos, pero que al momento de expedirse las normas acusadas aún se encontraba vigente, el régimen anterior.

Finalmente sostuvo que la Comisión de Regulación con la expedición de los artículos demandados, obró en cumplimiento de las funciones asignadas por la Ley 142 de 1994 y de la delegación presidencial otorgada por los Decretos 1524 y 1738 de 1994 y, por lo tanto, se ajusta en un todo a las normas superiores.

#### **4.2 Por parte del Ministerio de Desarrollo Económico.**

El Ministerio de Desarrollo Económico, también contestó la demanda, dentro del término de fijación en lista<sup>8</sup>; en su escrito se opuso a la declaratoria de nulidad

---

<sup>8</sup> Folios 84 a 90.

solicitada por el actor con fundamento en similares argumentos a los expuestos por la CRA.

## **5. Alegatos de conclusión.**

### **5.1. Por parte de la CRA.**

En la oportunidad para alegar de conclusión, la CRA por intermedio de apoderada hizo uso de este derecho, en escrito en el cual reiteró los argumentos contenidos en la contestación de la demanda.

### **5.2. Por parte del Ministerio de Desarrollo Económico.**

Con la expedición de la Ley 790 de 2002, las funciones del Ministerio de Desarrollo Económico relacionadas con el uso de agua potable y saneamiento básico, se radicaron en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y los organismos adscritos y vinculados que tuvieran funciones relacionadas pasaron a formar parte del nuevo Ministerio, el cual, asumió su condición de parte procesal<sup>9</sup>, y presentó el correspondiente alegato de conclusión, escrito en el cual manifestó lo siguiente: *“me permito reiterar todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación de la Acción de Nulidad de la referencia, para que sean tenidos en cuenta al momento de dictar sentencia y con fundamento en ellos y en las pruebas aportadas, sean denegadas las pretensiones de la demanda.”*<sup>10</sup>

## **II- CONSIDERACIONES**

Antes de proceder al análisis de los cargos formulados, precisa la Sala que en sesión realizada el 17 de julio de 2008, no se acogió la ponencia presentada por el Consejero Enrique Gil Botero, razón por la cual se ordenó pasar el asunto al Magistrado que le seguía en lista y compartía la decisión mayoritaria con el fin de presentar un nuevo proyecto. (fl. 254)

### **1. Competencia de la Sala.**

---

<sup>9</sup> La cual fue reconocida por la Sala en auto de 15 de enero de 2004, folio 253.

<sup>10</sup> Folio 246.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer de la acción de nulidad incoada contra los artículos 13 a 22 de la Resolución No. 136 de 19 de junio de 2000, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, por tratarse de un acto administrativo emanado de una autoridad del orden nacional, de contenido contractual, en virtud de lo prescrito por el artículo 128 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, a cuyo tenor, *“El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional ...”* e igualmente con fundamento en lo preceptuado por el artículo 1º del Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por el Consejo de Estado, mediante el cual se modificó el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, que reza: “

*“Artículo 1º. Distribución de los negocios entre Secciones. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:  
(...)”*

Sección Tercera:

*1. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y de petroleros.*

**2. Asunto de fondo.**

Se controvierte la legalidad de los artículos 13 a 19, 21 y 22 de la Resolución No. 136 de 19 de junio de 2000 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, mediante la cual se *“dictan medias tendientes a la promoción de la competencia, se fijan procedimientos y condiciones en materia de selección de contratistas y se ejercen otras competencias en materia contractual en el sector de agua potable y saneamiento básico”*, porque en criterio del demandante, la citada Comisión invadió la órbita de competencia del Presidente de la República en cuanto se refiere a la facultad reglamentaria que le es indelegable.

Para abordar el tema se seguirá el siguiente orden: 1) El acto acusado su naturaleza jurídica y control jurisdiccional; 2) La sustracción de materia alegada por la parte demandada; 3) La naturaleza jurídica de las Comisiones de

Regulación; 4) Las funciones de regulación, la delegación de funciones presidenciales en las Comisiones de Regulación; 5) El examen de los cargos formulados por el actor.

## **2.1. El acto acusado su naturaleza jurídica y control jurisdiccional.**

La controversia versa sobre la legalidad de los artículos: 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21 y 22 de la Resolución 136 de 19 de junio de 2000. El contenido de tales disposiciones, así como la totalidad de las consideraciones se transcribirán a continuación<sup>11</sup>:

### **“RESOLUCION CRA 136 DE 2000 (Junio 19)**

*Diario Oficial No. 44.070, del 06 de julio de 2000*

#### **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO**

*Por la cual se dictan medidas tendientes a la promoción de la competencia, se fijan procedimientos y condiciones en materia de selección de contratistas y se ejercen otras competencias en materia contractual en el sector de agua potable y saneamiento básico.*

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

*en ejercicio de sus atribuciones legales, en especial las consagradas en los artículos 68, 73 y 74 de la ley 142 de 1994, y los Decretos 1524 y 1738 del mismo año, y*

#### **CONSIDERANDO:**

*1. Que la prestación de los servicios de acueducto y saneamiento básico en su condición de servicios públicos esenciales se constituyen en actividades sometidas a la intervención del Estado a través del Presidente de la República quien, de conformidad con la ley, ha delegado esa función en la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.*

*2. Que es función de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico regular los monopolios en la prestación de los servicios, cuando la competencia no sea de hecho posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia 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.*

---

<sup>11</sup> Copia auténtica de la Resolución demandada obra en el expediente: Folios 15 a 30 del cuaderno único.

3. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 2o. de la Ley 142 que hace parte de los principios generales de la misma, entre los fines de la intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios se encuentran, los de obtener su prestación eficiente en condiciones de libre competencia, donde no se permita la utilización abusiva de la posición dominante, se puedan obtener economías de escala comprobables y se establezcan mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.

4. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 365 de la Constitución Política y 15 de la Ley 142 de 1994, están autorizados para la prestación de servicios públicos domiciliarios las empresas de servicios públicos, las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; las entidades autorizadas para la prestación de servicios en municipios menores, en zonas rurales o en zonas urbanas específicas; las empresas industriales y comerciales del Estado que resultaron de la aplicación del artículo 17 de la Ley 142 y los municipios como prestador de último recurso en los términos del artículo 367 de la Constitución Nacional y todos ellos están sometidos a la regulación, control y vigilancia a cargo del Estado.

5. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley 142, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico puede fijar reglas que obliguen a los prestadores de servicios sometidos a su regulación a someterse a procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes para la escogencia de contratistas, con el fin de evitar abusos de la posición dominante, que se trasladen a los usuarios costos ineficientes asociados a la prestación del servicio y para garantizar competitividad en la prestación de los mismos.

6. Que la sujeción a las reglas del derecho común aplicable a los prestadores de servicios públicos no implica que ellos están excepcionados de cumplir los fines del Estado o que dejen de estar sujetos al cumplimiento de los fines y principios que la Constitución impone a la función pública administrativa.

7. Que la Comisión posee diversas competencias asociadas a la regulación de la gestión contractual que realicen las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, independientemente de la naturaleza o nivel administrativo al que pertenezca la entidad prestadora, en especial la de establecer por vía general o a solicitud de los interesados cuáles contratos tienen cláusulas excepcionales que les hacen aplicables las reglas del derecho público.

8. Que de conformidad con lo establecido en los artículos 45 y 73 de la Ley 142 de 1994, es competencia de la Comisión fijar las normas que posibiliten regular y promover el balance de los sistemas de control sobre la gestión empresarial de los prestadores de servicios públicos haciendo coincidir los intereses empresariales con los de la eficiente prestación de los servicios.

9. Que en el ejercicio de la atribución de balanceamiento en los controles y dentro de los límites de la ley, la Comisión puede precisar la forma como debe balancearse el control de la gestión contractual en las entidades prestadoras de servicios de agua potable y saneamiento básico.

10. Que entre los instrumentos de intervención del Estado en los servicios públicos prevista en el artículo 3o. de la Ley 142, se prevé la promoción y apoyo a los prestadores de servicios y la posibilidad de otorgar estímulos a la inversión de los particulares en servicios públicos.

11. Que además del otorgamiento de subsidios dirigidos a atender los consumos básicos de los usuarios que pertenecen a los estratos más bajos de la población, las entidades oficiales pueden contribuir a través de aportes y participaciones en las empresas prestadoras de servirlos públicos.

12. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 39 numerales 39.2, 39.3, 39.4 y 39.5 de la Ley 142, las entidades territoriales y las entidades oficiales prestadoras de los servicios de agua potable y saneamiento básico pueden celebrar contratos tendientes a garantizar la más eficiente prestación de los servicios, los cuales deben someterse a las reglas del derecho común, pero a su vez en ellos deben cumplirse los principios constitucionales propios de la función administrativa.

13. Que el alcance de las competencias regulatorias de las Comisiones está definido en el numeral 14.18 del artículo 14 de la Ley 142 así: "14.18. - Regulación de los servicios públicos domiciliarios. La facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos".

14. Que como función específica de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico el literal a) del numeral 74.2, de la Ley 142 establece:

"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".

15. Que para cumplir lo previsto en el artículo 31 del Decreto-ley 266 de 2000, la CRA publicó el presente proyecto de resolución en el Diario Oficial número 43.999 del día miércoles 10 de mayo de 2000.

16. Que la mencionada publicación reunió los requisitos que para el efecto exige el artículo 32 ibídem.

17. Que se recibieron observaciones de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y Actividades Complementarias e Inherentes -Andesco-, de la Asociación Colombiana de Ingeniería Sanitaria y Ambiental -Acodal-, de la Organización de Ingeniería Internacional S. A. -Odinsa-, de la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla-Triple A S. A. ESP y de la Empresa Integral S. A, las cuales fueron consideradas en cada una de sus partes para evaluar su utilidad en relación con el tema, y que dicho análisis se encuentra desarrollado en la exposición de motivos, la cual forma parte integrante de la presente resolución,

**RESUELVE:**

### **CAPITULO III.**

#### **REGLAS APLICABLES A LOS CONTRATOS**

**ARTICULO 13. REGLA GENERAL EN MATERIA DE CONTRATACION.** De conformidad con lo establecido en los artículos 30, 31, 32 y 39 de la Ley 142 de 1994, los actos y contratos que celebren las entidades prestadoras de servicios públicos se someten en cuanto a su formación, cláusulas y demás aspectos legales al régimen del derecho privado, salvo las excepciones previstas en la misma ley.

**ARTICULO 14. REGLA GENERAL EN MATERIA DE AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS.** De conformidad con lo establecido en los artículos 10 y 22 de la Ley 142 de 1994, no se requerirá de contratos de concesión para la prestación de los servicios públicos domiciliarios regulados por la presente resolución, con excepción de los casos en los cuales se establezcan áreas de servicio exclusivo en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

En todo caso, las entidades prestadoras de los servicios de agua potable y saneamiento básico deben someterse a lo establecido en la Ley 142, en especial en sus artículos 25 y 26, a los reglamentos que expida el Gobierno, a la regulación que expida la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y a los acuerdos que, dentro de su competencia, expidan los concejos municipales.

**ARTICULO 15. REGLA GENERAL APLICABLE A TODOS LOS CONTRATOS EN LOS CUALES LAS ENTIDADES TERRITORIALES O PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS TRANSFIEREN A TERCEROS LA PRESTACIÓN TOTAL O PARCIAL DE LOS SERVICIOS.** En el caso de que en virtud de un contrato o convenio, cualquiera sea su naturaleza o denominación, se transfiera la posibilidad a una entidad oficial, mixta o privada de prestar uno o varios servicios o actividades complementarias de los mismos y por lo tanto, estén facultados para cobrar tarifas al público, en el mismo contrato deberán incluirse las formulas tarifarias correspondientes, además su composición por segmentos, su modificación e indexación, que deberán atenerse en un todo a lo establecido en el parágrafo 1o. del artículo 87 de la Ley 142; también se incluirá en el contrato, la sujeción por parte de la entidad 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 indicarán 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 entidad prestadora del servicio y los mecanismos de que se dispondrá para garantizar la permanencia en la prestación de los servicios a los usuarios.

**ARTICULO 16. ESTABILIDAD REGULATORIA.** Los actos y contratos que celebren las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a que se refiere la presente resolución, se regirán por las normas regulatorias vigentes al momento de su celebración.

Por lo anterior, las tarifas y las fórmulas tarifarias sólo podrán ser modificadas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de la neutralidad o abusos con los usuarios del sistema, también podrá intervenir la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico cuando las entidades incurran en prácticas restrictivas de la competencia.

De conformidad con lo establecido en el párrafo 1o. del artículo 87 de la Ley 142, las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico cada cinco años, lo cual sólo podrá hacerse mediante resolución motivada, de contenido particular y concreto.

El proponente al presentar su propuesta en materia de tarifas debe someterse a los límites establecidos en la ley y, una vez suscrito el contrato, la fórmula deberá ser puesta en conocimiento de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En estos casos, la tarifa que se cobre al usuario final no debe ser superior a la que hubiera cobrado un prestador de servicios públicos sometido a la aplicación de la regulación genérica de la CRA.

**ARTICULO 17. CONTRATOS EN LOS CUALES DEBEN PACTARSE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES.** Todas las entidades prestadoras de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico o de las actividades complementarias de los mismos a que se refiere esta resolución, deberán pactar las cláusulas exorbitantes o excepcionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes contratos:

a) En los contratos que conforme a la ley deban adjudicarse por el sistema de licitación, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994;

b) En los casos previstos en la Resolución 01 de 1995 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico;

c) En los contratos en los cuales, por solicitud de la entidad prestadora, lo haya autorizado la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en forma expresa y previa a su celebración.

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 en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

**ARTICULO 18. FONDOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DE INGRESOS.** En los pliegos o términos de referencia que se elaboren en los procedimientos a través de los cuales se pretenda entregar a un tercero la gestión total o parcial de los servicios objeto de esta regulación, podrán incorporarse las proyecciones sobre los valores que el prestador de los servicios recibiría de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos que están obligados a crear los municipios, de conformidad con lo establecido en el artículo 89 de la Ley 142 y en el Decreto Reglamentario 565 de 1996.

**CAPITULO IV.  
PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN OBJETIVA DE LOS  
CONTRATISTAS**

**ARTICULO 19. CONTRATOS QUE DEBEN CELEBRARSE POR MEDIO DE LICITACIÓN PÚBLICA.** Sólo se someten al procedimiento de licitación previsto en la Ley 80 de 1993 aquellos contratos que celebren las entidades territoriales que incluyan cláusulas por medio de las cuales se crea un área de servicio exclusivo, o los que tengan por objeto modificar algunas de las cláusulas de los contratos que hayan creado tales áreas, en el sentido de modificar el concesionario, las tarifas, el área, su tamaño, el programa de inversiones o el término de duración de la misma.

**ARTICULO 21. CONTRATOS SOMETIDOS A PROCEDIMIENTOS QUE ESTIMULAN LA CONCURRENCIA DE OFERENTES.** De conformidad con lo establecido en la Ley 142, las entidades territoriales y las entidades prestadoras de servicios y actividades a que se refiere la presente resolución, deben someterse a procedimientos que garanticen la concurrencia de oferentes en los siguientes casos:

- a) Los contratos previstos en los numerales 5.1, 5.2, 5.3, 5.4 y 5.6 del artículo 5o. de la Resolución 03 de 1995, salvo las excepciones previstas en el artículo 6o. de la misma disposición;
- b) Al realizar la convocatoria a que hace referencia el artículo 6o. de la Ley 142;
- c) Los contratos en los cuales las entidades oficiales transfieren la propiedad o el uso y goce de los bienes que destinan especialmente a prestar los servicios públicos, concesiones, arrendamiento o similares, en virtud de los cuales se transfiere la posibilidad para que el contratista preste total o parcialmente el servicio a usuarios finales a los que puede cobrar tarifas. En este caso el procedimiento de selección de la entidad prestadora es el previsto en el artículo siguiente;
- d) En los demás casos que se requiera de conformidad con norma expresa de la presente resolución.

**ARTICULO 22. 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.** Con el fin de garantizar selección objetiva del contratista y la concurrencia de oferentes, cuando las entidades territoriales y en general las entidades oficiales celebren contratos cuyo objeto sea transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a la prestación de los servicios

*públicos, tales como concesiones y similares, y estos contratos se celebren con terceros que presten total o parcialmente los servicios y puedan cobrar tarifas a los usuarios finales de los mismos, dichas entidades deben someterse a las siguientes reglas:*

*1. Planeación. Para poder iniciar el proceso de selección del contratista, la entidad deberá disponer de la información básica que le permita la elaboración de unos formatos para la solicitud de propuestas o términos de referencia completos en los cuales se incluya información sobre la red, los bienes asociados a la prestación del servicio, número de usuarios actuales y potenciales y las actuales condiciones administrativas y financieras de la entidad que está prestando el servicio.*

*2. Publicidad. Todas las actuaciones dentro del procedimiento son públicas y por lo tanto, los interesados tienen acceso en condiciones de igualdad a la información de que disponga la entidad, en especial a los estudios y análisis en que se ha basado la entidad para la formulación de los pliegos o términos de referencia. Sólo podrá alegarse reserva documental en aquellos casos en los cuales así expresamente lo determine la ley.*

*3. Convocatoria. Antes de iniciarse el procedimiento a través del cual se espera garantizar la selección objetiva del contratista, la entidad prestadora hará al menos una publicación en diarios de amplia circulación y difusión nacional.*

*4. Transparencia. Antes de la iniciación del proceso, la entidad dejará a disposición de los interesados la información básica que tomará en cuenta en el proceso, incluyendo un cronograma razonable de las diferentes etapas del mismo y celebrará el menos una audiencia en la cual informará a los interesados el alcance y condiciones especiales del contrato que pretende celebrar,*

*5. Registro de proponentes. Para la celebración de los contratos, las entidades proponentes no requieren estar inscritas en el registro de proponentes a que hace referencia el artículo 22 de la Ley 80; no obstante, la entidad podrá preparar un instrumento público de requisitos técnicos, económicos y administrativos mínimos que publicará con antelación al procedimiento contractual, el cual se incluirá como factor clasificatorio en el proceso de selección del contratista. En caso de no existir el registro, en los pliegos de condiciones se deberán establecer requisitos mínimos de carácter técnico, económico y administrativo que deben cumplir los proponentes.*

*6. Criterios objetivos de selección. En todos los casos aquí previstos, la entidad contratante deberá incluir en los formatos para la solicitud de propuestas, pliego de condiciones o términos de referencia, los criterios claros, precisos, cuantificables y objetivos que tomará en cuenta al calificar, clasificar o seleccionar al contratista y entre los cuales debe incluir los siguientes:*

*a) Requisitos mínimos de calidad, continuidad, cobertura y sujeción a tarifas y fórmulas tarifarias que hacen parte esencial y necesaria de la propuesta básica;*

- b) *Experiencia previa de los funcionarios que directamente ejecutarían el contrato;*
- c) *Estructura administrativa;*
- d) *Capacidad financiera;*
- e) *Las tarifas, su actualización y las fórmulas tarifarias;*
- f) *La disponibilidad para financiar expansiones obligatorias;*
- g) *Otros aspectos determinantes en la adjudicación, de acuerdo con los estudios previos que se hayan realizado.*

*7. Sujeción a tarifas e indicadores. En todos los procesos de contratación en los cuales se establezca que el prestador de servicios puede cobrar tarifas reguladas a sus usuarios, éstas, las fórmulas tarifarias e indicadores de calidad, continuidad y cobertura deben ser parte de la oferta y estarán incluidas como parte integrante del contrato que se celebre.*

*8. Sujeción a la regulación. A pesar de que existe libertad contractual, en el contrato se dejará expresa constancia de que el prestador de los servicios se somete a las normas regulatorias de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.*

*9. Control. La responsabilidad directa del control de la ejecución del contrato estará a cargo de la entidad contratante, la cual debe indicar expresamente en el contrato el sistema de interventoría que se aplicará sobre el mismo. La auditoría externa que, de conformidad con la ley, contrate la entidad prestadora del servicio, verificará el control sobre la gestión contractual e informará a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el resultado de su actividad.*

*10. Economía. En los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos.*

*11. Competencia. En los pliegos se garantizará que no se incurra en prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas de la competencia por parte de los posibles oferentes.*

**PARÁGRAFO.** *En los casos previstos en el presente artículo, los pliegos de condiciones, términos de referencia o formatos para la solicitud de propuestas (FSP), deberán incluir el borrador del contrato y las metas de cubrimiento y, en general, del servicio esperado por la entidad contratante, para lo cual se deberán tener en cuenta los indicadores a que hace referencia el artículo 52 de la Ley 142”.*

Resulta pertinente examinar, si el acto acusado -Resolución No. 136 de 2000-, es susceptible de ser controlado por vía jurisdiccional, es decir, si éste puede ser tenido como un verdadero acto administrativo, toda vez que a la luz de lo

preceptuado por el artículo 84 del C.C.A.,<sup>12</sup> la acción de nulidad solamente procede frente a actos administrativos.

Para el efecto resulta útil e ilustrativo partir del concepto de acto administrativo, el cual ha sido desarrollado tanto por la doctrina como la jurisprudencia dictada por el Consejo de Estado. Así se ha entendido como acto administrativo *“toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del Estado o simples particulares tendiente a la producción de efectos jurídicos. Es decir, con la capacidad suficiente para alterar el mundo jurídico. Si la manifestación de voluntad no decide, no es un acto administrativo”*<sup>13</sup>

También se ha sostenido que *“...El acto en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. Es una decisión que produce efectos jurídicos. La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia y se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control se requiere que el objeto sobre el cual actúa, constituya en materia de manifestación intencional, la voluntad de una decisión...Así, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana es un manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención,... en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho”*<sup>14</sup>

Siguiendo estos lineamientos de la jurisprudencia de la Corporación, resulta claro que siempre que exista una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración o de un sujeto diferente, en ejercicio de la función administrativa a él atribuida conforme a la ley, que tenga carácter decisorio, es decir, que produzca

---

<sup>12</sup> En efecto, prescribe el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: *“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos...”* Más adelante señala la misma disposición que ésta acción puede también interponerse contra *“circulares de servicio”* y contra *“actos de certificación y registro”*; la jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado, sin embargo, que en estos casos, estas manifestaciones deben producir también efectos jurídicos frente a terceros, es decir, deben detentar los elementos propios de los actos administrativos. Sobre este punto pueden consultarse las siguientes providencias de esta Corporación: Sección cuarta, Sentencia de enero 22 de 1988, Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque; Sección Primera. Sentencia de 14 de octubre de 1.999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

<sup>13</sup> SANTOFIMIO, Jaime Orlando, El acto administrativo, Universidad Externado de Colombia, 1994, pág. 59.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 22 de enero de 1987; M.P. Hernán Guillermo Aldana Duque, Exp. 549.

efectos jurídicos, en cuanto cree, modifique o extinga situaciones jurídicas, habrá un acto susceptible de ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que ésta se pronuncie sobre su legalidad.

No importa, como se aprecia, la calificación formal de la decisión que se demanda; la misma podría denominarse “acto administrativo”, “resolución”, “circular” o de cualquier otra manera; puesto que lo determinante es que contenga los elementos referidos y de ser así, resulta procedente el juicio de legalidad que se proponga ante esta jurisdicción.

Del contenido de los artículos de la Resolución 136 de 2000, que han sido enjuiciados, se evidencia la imposición de unas reglas de contratación, que deben ser cumplidas por los operadores de los servicios de acueducto y saneamiento básico cuando quiera que vayan a celebrar negocios jurídicos; la necesidad de adelantar un procedimiento de selección objetiva o de incluir cláusulas excepcionales en unos determinados contratos, es decir, que existe una manifestación de la voluntad de la administración pública que produce un efecto jurídico sobre los operadores de los servicios, en consecuencia, no existe duda sobre la naturaleza de acto administrativo que detenta la Resolución demandada, susceptible de ser controlada por vía jurisdiccional.

## **2.2 La sustracción de materia alegada por la entidad pública demandada.**

En la contestación de la demanda, la CRA sostuvo que con la entrada en vigencia de la Ley 689 de 2001, a partir del 28 de octubre del citado año, cuyos artículos 3º y 4º modificaron el artículo 31 y el Parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994 en lo referente al régimen de contratación de los prestadores de servicios públicos, la regulación contenida en la Resolución 136 habría decaído y no habría lugar a pronunciamiento alguno frente a las pretensiones formuladas por sustracción de materia.<sup>15</sup>

La Sala procederá a examinar la supuesta existencia de “*sustracción de materia*”, alegada por la parte demandada.

---

<sup>15</sup> Ver folio 75.

Al respecto cabe destacar que con posterioridad a la expedición del acto administrativo que contiene las disposiciones demandadas, la CRA dictó la Resolución 151 de 2001, a través de la cual, pretendió unificar en un solo cuerpo normativo, lo relativo a los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo; así en el artículo 6.1.1.1 de dicha Resolución se dispuso: “La presente resolución *deroga todas las resoluciones de la CRA, de carácter general expedidas con anterioridad a la misma*, salvo las siguientes disposiciones: ...”

La citada Resolución No. 151 hizo una relación de resoluciones que no serían objeto de derogatoria, entre las cuales no se encuentra incluida la Resolución 136 de 2000; adicionalmente, el mismo acto administrativo en la parte pertinente a la Sección 1.3.2 regulatoria del “*régimen contractual de las personas prestadoras*” y la Sección 1.3.3 que trata de las “*cláusulas exorbitantes o excepcionales*”; en términos generales, repitió las reglas contenidas en aquellas que fueron demandadas, con algunas modificaciones más de carácter formal que sustancial<sup>16</sup>. De otra parte, la mayoría de las disposiciones contenidas en las 2 Secciones de la Resolución 151 de 2001, a que se ha hecho referencia, fueron modificadas por sucesivas Resoluciones expedidas por la CRA, tales como las números 242 de 2003 y 293 de 2004.

En todo caso, se precisa que la eliminación de las normas del ordenamiento jurídico, como consecuencia de su derogatoria expresa o tácita, no significa que desaparezcan con ellas los efectos jurídicos que la mismas tuvieron durante el tiempo de su vigencia, razón por la cual, tales normas aún por fuera del mundo jurídico pueden estar sujetas al control jurisdiccional, con el fin de establecer si durante el período de su existencia, estuvieron ajustadas a la legalidad.

En otras palabras, la circunstancia de que un acto demandado en acción de nulidad hubiere sido derogado o subrogado por otro, ocasiona como consecuencia la cesación de sus efectos hacia el futuro, lo cual no constituye obstáculo alguno para acometer el análisis de legalidad del acto administrativo de manera retrospectiva con el fin de examinar si en su expedición fueron cumplidos los

---

<sup>16</sup> Se observa que el artículo 1.3.2.1 de la Resolución 151 de 2001 es idéntico al artículo 13 de la Resolución 136 de 2000; que el artículo 1.3.4.10 de la Resolución 151 de 2001, es idéntico al texto normativo del artículo 15 de la Resolución 136 de 2000; que el artículo 1.3.3.1, lo es parcialmente, en relación con el artículo 17 respectivamente; se verifica de la confrontación entre los artículos 1.3.2.2 de la Ley 151 y el artículo 19 de la Ley 136 de 2000, que son idénticos en su contenido; De otra parte el artículo 1.3.5.2 de la Resolución 151 de 2001, es de similar contenido respecto del artículo 21 de la Resolución No. 136 de 2000. Finalmente el artículo 1.3.5.5 de la Resolución 151 de 2001 es idéntico al texto del artículo 22 de la Resolución No. 136 de 2000.

requisitos y elementos esenciales y así establecer si nació o no a la vida jurídica en condiciones de validez, de tal suerte que si se llegare a demostrar la existencia de vicios en su expedición, ello conllevaría a declarar la nulidad que lo afecta desde el mismo momento del nacimiento del acto.

Así lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado, como se deduce del siguiente pronunciamiento:

*“Esta Corporación ha precisado que, no obstante haber perdido su vigencia el acto demandado, es imperativo el estudio de fondo del mismo, en atención a los efectos que pudo producir durante el tiempo en que rigió. Así lo ha expresado en varios de sus fallos: “De otra parte, en cuanto al tema de la sustracción de materia la Sala Plena del Consejo de Estado prohibió durante mucho tiempo la aplicación de la teoría de la sustracción de materia, tratándose de actos que han sido derogados o sustituidos por otros, o que han dejado de regir, o, que produjeron todos sus efectos. Se consideró que en tales eventos resultaría inútil e inocho un pronunciamiento de mérito, por cuanto al haber desaparecido el acto de la vida jurídica, surgía la sustracción de materia y por consiguiente, la sentencia adolecería de falta de objeto práctico. Sin embargo, dicha tesis tuvo algunas variantes, en el sentido de considerar que, dado que el acto administrativo pudo haber producido efectos durante su vigencia, es menester un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad. Este último criterio ha sido mayoritario a partir de la Sentencia de Sala Plena del 14 de enero de 1.991, CONSEJO DE ESTADO, Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla. A partir del fallo de 1.991 antes citado, la jurisprudencia de esta Corporación ha optado por el fallo de mérito cuando quiera que el acto administrativo examinado haya desaparecido del universo jurídico por derogatoria”. (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente 3531, febrero 16 de 2001. C.P. Olga Inés Navarrete)”<sup>17</sup>.*

También la Sala Plena del Consejo de Estado, se refirió en términos similares en la providencia que se transcribe a continuación:

*“Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en*

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 14 de febrero de 2002. Expediente No. 7010, Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete.

*sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia. .”<sup>18</sup>*

De conformidad con los anteriores lineamientos jurisprudenciales, el acto general que por vía de la acción de nulidad se demanda, continúa percibiéndose como generador de efectos durante la época de su vigencia, aunque actualmente haya desaparecido de la vida jurídica, circunstancia que determina el rechazo de la alegada sustracción de materia propuesta por la parte demandada y, en consecuencia, la Sala abordará el estudio de fondo del asunto, con el fin de establecer la presunta contrariedad de la Resolución demandada con las normas de superior jerarquía que el actor aduce como vulneradas.

### **2.3 Naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación y comparecencia en el proceso.**

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>19</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 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

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 14 de enero de 1991. Expediente No. S-157, Consejero ponente: Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

<sup>19</sup> 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.*

38 de la Ley 489 de 1998<sup>20</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

---

<sup>20</sup> 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”*.

legislador o el Presidente de la República a través de la figura de la delegación (artículo 48 de la Ley 489 de 1998).

Sobre la naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación, la Corte Constitucional, de conformidad con lo prescrito por los artículos 370, 150-7 y 211 constitucionales, hizo las siguientes precisiones:

*“Al respecto, cabe recordar que según lo dispuesto en el artículo 150, numeral 7, de la Constitución, se reconoce al Congreso la facultad de determinar la estructura de la Administración Nacional, y en desarrollo de esa misma función también se encuentra habilitado para fijar las características de los órganos creados, esto es, para establecer, como en este caso, la independencia administrativa, técnica y patrimonial de ciertas agencias estatales, con o sin personería jurídica -que en este proceso corresponden a las denominadas unidades administrativas especiales-, para modificar sus características y aún para suprimirlas. Como la Constitución no consagra una enunciación taxativa de los tipos de órganos que pueden ser instituidos en desarrollo de dicha norma, tiene el Congreso la potestad de formular nuevas modalidades de órganos y de renovarlas, con miras a garantizar la eficiencia de la acción estatal y del servicio público.*

*De igual forma es importante recordar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, las comisiones en referencia hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional (artículos 38 y 48 de la Ley 489 de 1998), e integran la Administración Pública, en tanto les han sido asignadas funciones administrativas -como se verá más adelante- (artículo 39 **ibidem**) y por eso, respecto de aquéllas el Presidente actúa como suprema autoridad administrativa (artículo 189 C.P.).”*<sup>21</sup>(Subrayado fuera del texto.)

En este contexto las Comisiones de Regulación son órganos administrativos, pertenecientes a la Rama Ejecutiva del poder público, que gozan de independencia administrativa, técnica y patrimonial pese a no detentar la calidad de personas jurídicas; en este orden, surge la inquietud de si dichos entes pueden comparecer en el proceso como independientes o autónomos.

De conformidad con lo prescrito por el artículo 149 de, C. C. A. en la forma en que fue modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998, “*En los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el ministro, director de departamento administrativo, superintendente, Registrador Nacional del Estado*

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000.

*Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho (...)*”.

Del contenido del texto normativo anteriormente transcrito y teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación como unidades administrativas especiales pertenecen al nivel central; que no tienen personería jurídica; que sus funciones son de carácter administrativo orientadas a desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo y concretamente a regular los servicios públicos domiciliarios; su comparecencia en el proceso no puede hacerse de manera autónoma como si se tratara de un ente con personería jurídica, sino que deberán comparecer en representación de la Nación.

## **2.4 Las funciones de regulación, la delegación de funciones presidenciales en las Comisiones de Regulación.**

### **2.4.1 Fundamento constitucional y legal.**

Para arribar al tema de las funciones que corresponden a las Comisiones de Regulación, resulta indispensable examinar los mandatos contenidos en la Constitución Política en materia de intervención, vigilancia y control de los servicios públicos.

El artículo 150 de la Constitución Política le fijó al Congreso la atribución de expedir las leyes y por medio de ellas la asignación de competencias para el ejercicio de diferentes funciones, entre las cuales se encuentran las relacionadas con la intervención y vigilancia de los servicios públicos. Así, el numeral 8º de la citada norma le asignó la función de expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional al ejercer las funciones de inspección y vigilancia establecidas en la Constitución; el numeral 21 le otorgó la facultad de expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 constitucional, en cuyas disposiciones se deben precisar tanto sus fines y alcances como los límites y restricciones a la libertad económica y el numeral 23º lo facultó para expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

El artículo 334 superior al establecer la intervención del Estado en la economía consagró lo siguiente: *“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en (...) los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.”*

En armonía con lo anterior, el artículo 365 de la Constitución Política, en relación con los servicios públicos, dispuso: *“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, siendo deber suyo asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”* Igualmente estableció que *“los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares”* pero independientemente de quien los preste, *“el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”*

Adicionalmente el artículo 367 constitucional defiere al legislador la labor de *“fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación”* así como *“el régimen tarifario”* que deberá fijarse teniendo en cuenta *“los criterios de costos”* pero también *“los de solidaridad y redistribución de los ingresos.*

Finalmente, el artículo 370 de la Constitución Política atribuye al Presidente de la República la responsabilidad de fijar, 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”.*

De otra parte el artículo 211 constitucional otorga al legislador la facultad de señalar *“las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine”*

Descendiendo a la ley que regula el régimen de los servicios públicos domiciliarios, -Ley 142 de 1994-, se advierte que el artículo 68, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 370 constitucional antes referido, consagró

igualmente, como función presidencial la de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, pero también, en virtud de lo establecido por el artículo 211 superior, autorizó al presidente para delegar estas funciones en las Comisiones de Regulación de los servicios públicos según se advierte en el siguiente texto normativo:

**“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.”*

Según la norma transcrita el señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios por parte de las Comisiones de Regulación, se sujeta a que el Presidente de la República decida delegar la función.

De otra parte, el Parágrafo del artículo 69<sup>22</sup> de la Ley de servicios públicos domiciliarios otorgó a las Comisiones de Regulación, la facultad de regular el servicio público respectivo; el artículo 73 señaló las funciones y facultades generales en relación con la regulación de 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 y, el artículo 74 estableció las funciones especiales de cada una de las Comisiones de Regulación que fueron creadas por la ley en comento, entre ellas, las que corresponden a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> "ARTÍCULO 69. ORGANIZACIÓN Y NATURALEZA. Créanse como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, las siguientes comisiones de regulación:  
(...)

**PARÁGRAFO.** *Cada comisión será competente para regular el servicio público respectivo.*"  
Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible según sentencia C-1162 de 2000.

<sup>23</sup> El artículo 74.2 consagró las siguientes funciones a cargo de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Desde este panorama normativo resulta claro que corresponde exclusivamente al legislador definir el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios y al ejecutivo fijar las políticas del sector y expedir la regulación de dichos servicios con sometimiento a la ley, como también, ejercer funciones de control, inspección y vigilancia sobre los mismos.

#### **2.4.2 Funciones de Regulación y su delegación a las Comisiones reguladoras.**

##### **Funciones de regulación.**

La Carta Política atribuye al Presidente de la República la facultad de fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (art. 370), actividad que se encuentran sometida a los precisos límites establecidos por la Constitución, la Ley y los reglamentos como una manera de intervención del Estado en la prestación de dichos servicios.

El artículo 14.18 de la Ley 142 de 1994, define la regulación de los servicios públicos domiciliarios como *“La facultad de dictar normas de carácter general [o particular en los términos de la Constitución y de esta ley], para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos.”*

La función de regulación ha sido concebida por la jurisprudencia como *“una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos dirigidos a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso; a permitir el flujo de actividad socio-económica respectiva. La función de*

---

*“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”.*

*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>24</sup>*

La regulación constituye una manifestación de la intervención del Estado con el fin de orientar la actividad económica hacia los fines de interés general establecidos en la Constitución Política y la ley, lo cual conlleva a establecer un marco normativo orientado a optimizar la eficiente prestación de los servicios públicos y por ende, la satisfacción de las necesidades de la comunidad, para que el prestador del servicio público se someta a dichas regulaciones y de esta manera impedir que se presenten actos de competencia desleal; situaciones de abuso de posición dominante; restricciones a la libre competencia y el surgimiento de monopolios que desfiguran el interés general que orienta la prestación de los servicios públicos.

La intervención del Estado al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 142 de 1994 también se manifiesta mediante la promoción y estímulo a la inversión a quienes prestan los servicios públicos; la consecución de recursos para este efecto; el control y vigilancia para que se de cumplimiento a las normas, planes y programas; el otorgamiento de subsidios a las personas de bajos ingresos y toda una serie de medidas tendientes a la satisfacción del interés público.

Desde otra perspectiva, en cuanto a la naturaleza jurídica de los actos expedidos en ejercicio de la función regulatoria, la jurisprudencia de la Sala<sup>25</sup> ha hecho claridad en cuanto que ésta no consiste en “*completar la ley*”, o “*formar una proposición jurídica completa con la ley*” ni suplir los vacíos de la ley, puesto que según el marco constitucional y legal la función regulatoria debe ejercerse con sujeción a la ley y sus preceptos no pueden contravenir sus mandatos, por no tener rango legislativo. Igualmente señaló, en consonancia con los

---

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007, Exp. 16257, reiterada por la sentencia 5 de marzo de 2008, Exp. 20409.

pronunciamientos de la Corte Constitucional<sup>26</sup>, que la función reguladora es una atribución administrativa asignada por la Constitución al Presidente, que debe ejercerse con sujeción a la ley. Así, las decisiones emanadas en ejercicio de las funciones regulatorias son actos administrativos susceptibles de control jurisdiccional por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La Corte Constitucional se refirió a las funciones de regulación de las comisiones, al decidir la demanda de constitucionalidad contra los artículos 69, 128 y 129 de la Ley 142 de 1994, advirtiendo que no se trata de funciones legislativas ni reglamentarias, cuyo ejercicio es exclusivo del Presidente de la República. En el siguiente sentido se pronunció:

*“Y también debe advertirse que ni de la autorización legal al Presidente para delegar ni del hecho mismo de que delegue puede desprenderse una aptitud o capacidad normativa de las comisiones que pueda equipararse a la ley o competir con ella ni tampoco la atribución de reglamentar las leyes en materia de servicios públicos, la que es exclusiva del Presidente de la República en los términos del artículo 189, numeral 11, de la Constitución, y por tanto indelegable. Así, pues, los actos de regulación de las comisiones están en un todo sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área; además es claro que, al estar las comisiones adscritas a los Ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía y Comunicaciones, de conformidad con la norma que se estudia, cada una de ellas está subordinada a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro, toda vez que, al tenor del artículo 208 de la Carta, a los ministros corresponde ser jefes de la administración en sus respectivas dependencias. Lo anterior sin perjuicio de repetir que el Presidente de la República, según el artículo 189 constitucional, es suprema autoridad administrativa.*

*No sobra señalar que las demás funciones a las que se refiere el artículo 370 superior, esto es la inspección, el control y la vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, las ejerce el Presidente, según expresa disposición constitucional, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos (Ver Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-599 del 11 de noviembre de 1996. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz).*

*En otro aspecto del análisis, si bien el citado artículo 370 de la Carta dispone que el Presidente de la República ha de señalar, con arreglo a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, el texto del artículo 14-18 de la Ley 142 de 1994 a primera vista da la impresión de rebasar aquella norma constitucional, al establecer que la facultad reguladora implica la capacidad de dictar, no sólo normas de carácter general, sino también*

---

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997.

de naturaleza particular. Sin embargo, la Corte considera que, interpretada y aplicada conforme a los preceptos constitucionales y buscado su efecto útil, dicha previsión no contraría el Ordenamiento Superior, en tanto la atribución que consagra corresponde en realidad 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 sujeten a sus mandatos.

En todo caso, se estima pertinente dejar en claro que los actos expedidos por las comisiones de regulación -ya sean de carácter general o particular- deben sujetarse a todas las formalidades previstas para tal efecto en el Código Contencioso Administrativo, y sobre ellos pueden ejercerse los pertinentes controles de carácter administrativo y judicial. <sup>27</sup>

### **La delegación de funciones de regulación.**

En cuanto a la delegación de las funciones de regulación conviene precisar que no obstante que la Carta Política atribuye al Presidente de la República la facultad de fijar las políticas generales de administración, el control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (art. 370), tales funciones, en virtud de la misma Constitución (art. 211) y de la Ley (art. 68 de la Ley 142 de 1994) podrán ser delegadas a las Comisiones de Regulación, cuyas decisiones deben obedecer a las políticas y directrices fijadas por el Presidente, y encontrarse sometidas a los límites establecidos por la Constitución, la Ley y los reglamentos; sin que por motivo alguno, la regulación emanada de las citadas Comisiones, que comprende la expedición de normas generales, pueda invadir la órbita de competencia que la Carta Política ha atribuido al legislador, ni tampoco el ejercicio de la potestad reglamentaria que el artículo 189-11 superior ha otorgado al Presidente de la República y que es de su exclusivo resorte<sup>28</sup>.

Sobre la delegación de las funciones presidenciales a las Comisiones de Regulación, en materia de fijación de políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos, la Corte Constitucional<sup>29</sup> al decidir la

---

<sup>27</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 1162 DE 2000.

<sup>28</sup> La Ley 489 de 1998 precisa aquellas funciones que no son susceptibles de ser delegadas, así el artículo 11 prescribe: "ARTICULO 11. FUNCIONES QUE NO SE PUEDEN DELEGAR. Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.
2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.
3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación."

<sup>29</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-272 de 1998.

demanda incoada contra el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, determinó que sí era procedente tal delegación, según se observa en el siguiente pronunciamiento:

***“La posibilidad de delegar las funciones presidenciales del artículo 370 de la Constitución en las comisiones de regulación.***

*14- Conforme a lo anterior, es claro que la norma acusada se refiere a una función presidencial, como es la de fijar, de conformidad con la ley, políticas de administración y eficiencia de los servicios domiciliarios (CP art. 370). Por ende, el último problema que debe estudiar la Corte es si esa función es susceptible de delegación, como lo señalan algunos intervinientes y el Ministerio Público, o por el contrario es exclusiva del Presidente, y por ende indelegable, como lo sostienen la actora y uno de los intervinientes, por considerar que se trata de una función que ejerce como jefe de gobierno y de Estado, y no como suprema autoridad administrativa, puesto que a través de ellas se cumplen aspectos fundamentales de la política gubernamental.(...)*

*15- El Presidente de la República desempeña, además de las funciones de jefe de Estado, las de jefe de gobierno y las de suprema autoridad administrativa (artículo 189 C.P.) Ahora bien, la Constitución derogada confería una gran importancia a la distinción entre estas funciones ya que reservaba la delegación presidencial a las facultades que el Presidente ejercía como suprema autoridad administrativa, siendo por lo tanto contraria a ese ordenamiento constitucional cualquier delegación de sus funciones como jefe de Estado o jefe de Gobierno. En efecto, el artículo 135 de esa Carta explícitamente señalaba que los “ministros y los jefes de departamentos administrativos, como jefes superiores de la administración, y los gobernadores, como agentes del gobierno, pueden ejercer bajo su propia responsabilidad, determinadas funciones de las que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, según lo disponga el Presidente”.*

*En ese orden de ideas, si bien la Constitución del 86 impuso límites en esa materia, la Constitución de 1991 amplió significativamente el espectro de funciones susceptibles de delegación presidencial pues otorgó a la ley la potestad de definir las funciones susceptibles de delegación, tal como se desprende del artículo 211 de la Carta vigente. En efecto, esa norma establece claramente que “la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine.” Nótese que esa disposición no distingue entre las distintas funciones presidenciales, lo cual no puede ser considerado una inadvertencia del Constituyente, debido a la especificidad de la anterior regulación constitucional en este campo. Hubo pues una clara intención de ampliar la posibilidad de delegar las funciones presidenciales, no sólo por cuanto ésta ya no sólo puede recaer en ciertos agentes del gobierno, como en la anterior Carta, sino además porque puede cubrir las funciones que el primer mandatario ejerce como jefe de Estado y jefe de Gobierno.*

16- En síntesis, la Carta no define de manera expresa cuáles funciones de las incluidas en el artículo 189 de la Carta pueden ser delegadas o no sino que defiere a la ley la precisión de las atribuciones presidenciales delegables. Por ende, se debe entender que el principio general es que la ley puede autorizar la delegación de cualquier función presidencial, sin que esa posibilidad esté restringida a aquellas que el primer mandatario ejecuta como suprema autoridad administrativa, razón por la cual esta Corte ha explícitamente reconocido que también son susceptibles de delegación las funciones en su calidad de jefe de gobierno<sup>30</sup>. Es entonces claro que la mayor parte de las funciones presidenciales pueden ser delegadas, como efectivamente lo ha manifestado esta Corte en varias oportunidades; sin embargo, esta misma Corporación ha considerado que excepcionalmente es improcedente la delegación, cuando se trata de una atribución que compromete a tal punto la integralidad del Estado y la investidura presidencial, que se requiere una actuación directa del Presidente como garantía de unidad nacional. Así, en anterior oportunidad esta Corporación señaló:

“ No obstante, con respecto a la firma de los acuerdos contemplada en el literal b) de la misma norma, debe hacerse una distinción que para la Corte es determinante: al paso que los acuerdos intermedios o instrumentales que se haga menester celebrar a lo largo del proceso de paz con miras a su culminación pueden ser suscritos por los representantes del Gobierno sin que ello signifique vulneración de la Carta Política, el acto de firma de los acuerdos definitivos, mediante el cual se plasman con carácter vinculante los pactos que constituyan resultado final de los diálogos, está reservado de manera exclusiva al Presidente de la República en su calidad de Jefe del Estado. Dada la índole del compromiso que se contrae y sus repercusiones para el futuro de la colectividad, el contenido del acuerdo de paz no puede quedar en manos de personas distintas a aquellas que tienen a su cargo la conducción del orden público (artículo 189, numeral 4 C.N.). Se trata de decisiones de alta política reservadas, por tanto, al fuero presidencial y que, dada su naturaleza, no son delegables. La figura prevista en el artículo 211 de la Carta no sería aplicable a ellas, en especial si se recuerda que, por mandato de la propia norma, la delegación exime de responsabilidad al delegante, mientras que el ejercicio de las atribuciones de los estados de excepción compromete al Presidente de la República (artículo 214-5 C.N.), precisamente por su gravedad y trascendencia.<sup>31</sup>”

17- Como vemos no todas las funciones del Presidente pueden ser delegadas, en razón a la materia, la finalidad, las normas constitucionales involucradas y a los fundamentos mismos del Estado de Derecho. Sin embargo, en la medida en que la regla general es la delegación y la Constitución confiere una amplia libertad al Legislador en esta materia (CP art. 211), debe entenderse que la ley puede facultar la delegación de cualquier función presidencial, salvo que existan razones imperiosas que muestren que en un caso específico se

---

<sup>30</sup> Ver sentencia C-315 de 1995.

<sup>31</sup> Sentencia C-241 de 1993.

afecta a tal punto el fuero presidencial, que la figura prevista en el artículo 211 superior no es aplicable.

18- Conforme a lo anterior, es claro que la función constitucional atribuida al Presidente por la norma acusada es delegable, porque no compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional, al punto de que requiera un ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario. Esto es tan claro que la propia Asamblea Constituyente consideró viable atribuir esa facultad a un órgano autónomo, lo cual muestra que la posibilidad de delegación es compatible con la regulación general de los servicios públicos prevista en la Carta. En efecto, los antecedentes del debate en la Asamblea, así como el estudio de las propias normas constitucionales, conduce a dos conclusiones fundamentales en este campo:

- Que fue voluntad del Constituyente dejarle a la ley la definición del régimen general de los servicios públicos, buscando asegurar un esquema de eficiencia y de calidad en la prestación de estos servicios que garantizara los fines de la Carta, incluyendo sin duda alguna, lo relativo a las políticas de administración y eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

- Que el constituyente preveía una delegación o desconcentración de tales funciones atribuidas al presidente, según el amplio espectro que determinase la ley, sea que recayera esa función en la Superintendencia como era en principio su decisión, o en los organismos “especializados” que describen los informes ponencias de la Asamblea Constituyente, porque esa posición es la que se desprende de las diferentes exposiciones y porque ni expresamente en la Constitución ni en los debates o proyectos de la Asamblea, se tuvo en cuenta la voluntad contraria de que fuera solo el Presidente quien pudiera señalar dichas políticas, sin posibilidad alguna de delegación.

19- Esta delegabilidad es todavía más clara si se tiene en cuenta que una interpretación sistemática de la Carta permite concluir que la potestad del artículo 370 la ejerce el Presidente como jefe de la administración, por lo cual sería incluso delegable en el anterior ordenamiento constitucional.

En efecto, incluso en el debate constituyente fue claro que se colocaba en cabeza del Presidente la formulación de esas políticas, pero en los términos de la ley, en la medida en que se entendía que actuaba como jefe de la Administración, y no como jefe de Estado o de gobierno<sup>32</sup>. La fijación de políticas de control y eficiencia de los servicios públicos es entonces una función típicamente administrativa que cumple el Presidente en calidad de suprema autoridad administrativa, para la concreción de políticas de desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, por lo que la delegación de esta atribución no sólo resulta pertinente en razón de la naturaleza de la función, sino que, a la luz de la Carta de 1991, es una opción totalmente razonable, mas aún cuando precisamente en materias como los servicios públicos el Constituyente

---

<sup>32</sup> Ver comentario del Constituyente. Guillermo Perry. Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la Constitución. Transcripciones Asamblea Nacional Constituyente. Antecedentes del los artículos 365 a 370 de la Constitución

*pretendió fortalecer los principios de eficacia y celeridad de la administración.*

Y en sentencia C-1162 de 2000, la Corte Constitucional sobre la misma materia precisó:

*“Así las cosas, se tiene que la regulación a cargo de las citadas comisiones hace referencia al cumplimiento de una función presidencial señalada en el primer aparte del artículo 370 constitucional, la cual se ejerce con sujeción a la ley, y requiere previa delegación del Presidente de la República en los términos señalados en el artículo 211 de la Carta Política.*

*Esta disposición constitucional deja en manos del legislador la competencia para indicar cuáles funciones presidenciales pueden ser delegadas, y no hace el mandato superior una enunciación taxativa de los funcionarios y organismos en los que puede recaer la delegación. Por eso alude, de modo genérico, a "las agencias del Estado que la misma ley determine".*

*Para la Corte resulta indudable que el precepto del artículo 211 de la Carta no excluye la posibilidad de delegación de funciones presidenciales en materia de servicios públicos, ni tampoco la que puede tener lugar en cabeza de unidades administrativas especiales.*

*De allí resulta que, como ya lo estableció la Corporación, autorizar, como lo hizo el legislador, que el Presidente delegue las ya mencionadas funciones de señalar, de conformidad con la ley, las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos, no se opone a la preceptiva fundamental.*

*Pero, claro está, la delegación correspondiente tiene que concretarse en actos presidenciales y debe someterse a lo previsto en particular por el artículo 211 de la Carta Política y en general a los principios y disposiciones de ésta.*

*En otros términos, la norma legal -que fue declarada exequible por esta Corte mediante la citada sentencia- se limitó a autorizar la delegación, pero las comisiones de regulación no pueden fundarse simplemente en la autorización legal sino que, para operar en concreto, requieren de la efectiva delegación por parte del Presidente. La delegación exime de responsabilidad al delegante; ésta corresponderá exclusivamente a la respectiva comisión; sus actos o resoluciones podrán siempre ser reformados o revocados por el Presidente de la República, quien entonces reasumirá la responsabilidad consiguiente.*

*Es importante resaltar que contra los actos y decisiones de las comisiones caben los recursos previstos en la ley para los actos administrativos” (Subrayado no es del original)*

De conformidad con estos lineamientos jurisprudenciales se puede establecer que:

i) el Presidente podrá delegar a las Comisiones de Regulación las funciones

inherentes a la fijación de políticas de control y eficiencia en materia de servicios públicos, en tanto que no se trata de decisiones de alta política que requieran exclusivamente de la presencia del primer mandatario, ni con ello se compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional, amén de que corresponde a una función que cumple el Presidente como Jefe de la Administración; ii) Las competencias de regulación atribuidas a las Comisiones de Regulación se materializan a través de actos administrativos, en consecuencia, no tienen rango legislativo; iii) El ejercicio de la facultad reguladora corresponde al cumplimiento de una función presidencial señalada en el primer aparte del artículo 370 constitucional, la cual se ejerce con sujeción a la ley, y requiere previa delegación del Presidente de la República en los términos señalados en el artículo 211 de la Carta Política; iv) la función reguladora atribuida a las Comisiones de Regulación de los servicios públicos no corresponde al ejercicio de la facultad reglamentaria consagrada en el artículo 189-11 de la Constitución Política.

#### **2.4.3 La potestad reglamentaria otorgada al Presidente de la República por el artículo 189-11 de la Constitución Política y las competencias consagradas al ejecutivo por el artículo 370 superior.**

Conviene ahora precisar que la potestad reglamentaria<sup>33</sup> que el artículo 189-11 de la Constitución Política, otorga al Presidente de la República como Suprema autoridad administrativa, difiere de las facultades atribuidas por el artículo 370 de la Carta Superior.

La facultad reglamentaria ha sido definida por la Sala como *“la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores*

---

<sup>33</sup> Eduardo García de Enterría ha definido la potestad reglamentaria como *“el poder en virtud del cual la Administración dicta reglamentos; es quizá, su potestad más intensa y grave, puesto que implica participar en la formación del ordenamiento. De este modo la Administración no es sólo un sujeto de derecho sometido como los demás a un ordenamiento que le viene impuesto, sino que tiene la capacidad de formar en cierta medida su propio ordenamiento y aún el de los demás...”* (Curso de Derecho Administrativo I, Duodécima edición, Ed. Thomson civitas; Madrid 2004, pág. 182)

*necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance”.*<sup>34</sup>

El poder reglamentario no sólo es exclusivo del Presidente de la República sino que también puede encontrarse radicado en otras autoridades administrativas<sup>35</sup> tema sobre el cual la jurisprudencia de la Sala ha hecho una importante distinción entre la potestad reglamentaria atribuida al Jefe de Estado y aquellas facultades reglamentarias derivadas del mandato del Constituyente o del legislador otorgadas a autoridades diferentes del Presidente. Al respecto señaló:

*“Dentro del género poder reglamentario, surgen dos figuras diferenciables en su concepción y alcance: la potestad reglamentaria y la facultad reglamentaria. La **potestad reglamentaria** derivada del mandato constitucional que implica el poder esencial y de función propia y exclusiva del Presidente de la República, para dictar reglamentos o para desarrollar la ley, que deviene expresamente de la Carta Política. Y la **facultad reglamentaria** derivada del mandato del Constituyente o del legislador, por el cual determina a cargo y en forma excepcional alguna competencia reglamentaria en cabeza de otras entidades, ya no del Presidente de la República, tal como acontece con los Ministerios o las entidades territoriales, entre otros.”*<sup>36</sup>

Además de lo anterior resulta de la mayor importancia destacar el sometimiento de la norma reglamentaria a la ley, toda vez que ésta no puede invadir la órbita de competencia del legislador, modificando la ley o incluyendo aspectos no regulados en ella.

Desde tiempos atrás, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha destacado la sumisión de los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República, a la ley, manifestación que se encuentra contenida en los apartes que a continuación se transcriben:

*“La potestad reglamentaria del Jefe de Estado, en esta hipótesis, es limitada... No puede dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, no solo la ley que completa, sino cualquiera otra ley, ya que una disposición de una ley formal no puede ser modificada sino por una ley formal, y el reglamento, aun cuando es un acto legislativo material, es también desde el punto de vista formal, un acto en forma de decreto.*

---

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, Exp. 24715.

<sup>35</sup> Ejemplo de ello son las facultades que el artículo 257-3 de la Constitución Política, otorga al Consejo Superior de la Judicatura y las consagradas en el artículo 371 constitucional para el Banco de la República.

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de agosto de 2005, Exp. 13753.

*El reglamento, además completa la ley, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que la ley contiene, pero no puede dictar ninguna disposición nueva. El reglamento tiene por objeto y por razón de ser, asegurar la aplicación de la ley que él completa. Se haya pues, en rigor, contenido en la ley a que se refiere. Desarrolla los principios formulados por la ley, pero no puede en manera alguna ampliar o restringir el alcance de la ley.”<sup>37</sup>*

La Sala también se refirió al mismo tema, reiterando la anterior postura, según se advierte del contenido del siguiente pronunciamiento:

*“El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. El poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario y, al contrario, si ella sólo regula aspectos o reglas generales para su aplicación, más amplio será el campo de desarrollo del reglamento, acorde con las exigencias requeridas para su cumplimiento.”<sup>38</sup>*

La doctrina extranjera también ha tratado el tema de la supremacía de la ley sobre el reglamento, así lo ha ilustrado en el siguiente sentido:

*“La situación de supraordenación o superioridad jerárquica de la ley sobre el reglamento puede ser descrita mediante cuatro aspectos.*

*a) La ley ostenta, en primer lugar, una situación de primacía formal respecto del reglamento. Con esta fórmula quiere aludirse a la diversa función relativa que una y otro ostentan en la economía*

---

<sup>37</sup> Consejo de Estado, sentencia de 31 de enero de 1939 y de 18 de octubre de 1996. En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 24 de mayo de 1973, Sección cuarta, Exp. 2226; de 28 de mayo de 1985, Sección Tercera, Exp. 2896, de 29 de mayo de 1985, Sección Primera, Exp. 4371; de 26 de marzo de 1998, Exp. 11153, y concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de 9 de julio de 1996, Rad. 854 (referencia citada por Rodríguez, Rodríguez Libardo en su obra Derecho Administrativo, Décimo Cuarta Edición, Editorial Temis, 2005, Bogotá, pág. 347)

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, Exp. 24715.

*general del sistema normativo y, en particular, a la superioridad posicional de la ley derivada de su centralidad (...) Además de las consecuencias que de ello se derivan a efectos de la reserva de ley, (...)este modo de operar revela una nítida directriz constitucional en orden a la ocupación por la ley de la disciplina esencial de cada uno de los sectores del sistema normativo; una directriz, pues, en orden a la legislación de un sistema profundamente reglamentarizado.*

- b) La ley ostenta, en segundo lugar, una posición de primacía material o de contenido respecto del reglamento, consistente en la invulnerabilidad de sus preceptos frente a las determinaciones reglamentarias. Dicho desde otra perspectiva, equivale a la prohibición dirigida a los titulares de la potestad reglamentaria de dictar reglamentos de contenido o sentido contrario a las leyes, prohibición sancionada con la invalidez de los reglamentos que desconozcan esta interdicción.*
- c) La tercera manifestación de la superioridad jerárquica de la ley se traduce en su posición de primacía objetiva o de ámbito (...)*
- d) Por último, la ley se halla en posición de primacía directiva respecto del reglamento, en el sentido de que ostenta plena potestad de disposición o determinación vinculante respecto del contenido del reglamento y los términos formales de su vigencia. (...)<sup>39</sup>*

En este contexto resulta obligatorio que los reglamentos que expidan las autoridades administrativas con el fin de dar ejecución a las leyes, siempre estén sujetos a la Constitución Política y a la ley, sin que dicha potestad, radicada fundamentalmente en el presidente de la República, pueda servir de pretexto para ampliar o restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo el contenido de ellas, por cuanto ello significaría el ejercicio de funciones legislativas que son del exclusivo resorte del legislador.

Quiere decir que la materia del reglamento se circunscribe a lo que de manera explícita o implícita contiene la ley, con miras a asegurar su cumplida ejecución, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que contiene, pero no puede en manera alguna ampliar o restringir su alcance u ocuparse de materias ajenas al sentido y recto entendimiento de la ley.<sup>40</sup>

El ejercicio de la potestad reglamentaria, en cabeza del Presidente de la República, encuentra justificación en el hecho de que es mediante ésta que se

---

<sup>39</sup> SANTAMARÍA, Pastor Juan Alfonso, Principios de derecho Administrativo, Vol. I, Tercera edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, pág. 322 a 324.

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 31 de enero de 2008, Exp. 33963.

hace aplicable o ejecutable la ley, pues no es común que los textos expedidos por el legislativo abarquen todos los elementos necesarios para la cabal aplicación de la ley, de tal suerte, que es a través del ejercicio de esta potestad, que se regulan los detalles que no previó la ley, esto obviamente como ya se dijo, dentro de los precisos límites fijados en ella.

En otras palabras, la ley consagra disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto que, por regla general, no pueden ser aplicadas en forma directa e inmediata a los administrados, sino que requieren de una reglamentación por parte del ejecutivo a quien le corresponde la facultad reglamentaria, para que la ley encuentre su justo desarrollo.

La Sala<sup>41</sup> ha definido la potestad reglamentaria como *“la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance.*

Igualmente ha precisado que *“El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política.*<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera; sentencia de 3 de septiembre de 2007, Exp. 24715.

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera; en la misma sentencia de 3 de septiembre de 2007, Exp. 24715.

La potestad reglamentaria concedida al Presidente de la República por el artículo 189-11 constitucional, abarca todas las materias contempladas en la ley y por supuesto lo relacionado con la reglamentación de los servicios públicos domiciliarios, facultad que es de su exclusivo resorte, razón por la cual no puede ser delegada, en términos de lo ordenado por el artículo 11 de la Ley 489 de 1998, salvo que la ley misma expresamente lo haya autorizado.

Dicha potestad no puede confundirse con las facultades otorgadas al Presidente de la República por el artículo 370 de la Constitución Política que alude a la facultad reguladora en materia de servicios públicos domiciliarios, aspecto que fue ampliamente expuesto en acápite anterior de esta providencia.

En este contexto, resulta claro que corresponde al Presidente de la República, en materia de servicios públicos domiciliarios, de una parte expedir los reglamentos para desarrollar y hacer ejecutable la ley, facultad que no puede ser delegada, y de otra, expedir los actos de regulación como mecanismo de intervención de Estado, facultad que puede ser delegada en las Comisiones de Regulación por expresa disposición de la ley.

La jurisprudencia de la Sala<sup>43</sup> ha sido enfática en establecer la diferencia existente entre estas dos clases de funciones atribuidas al Presidente de la República, pronunciamiento que hoy reitera y a continuación se transcribe:

“La Sala considera 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

---

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 5 de marzo de 2008, Exp. 20409

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 dicho funcionario quien ejerza las funciones que se atribuyen en la ley a las comisiones.

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 para ello.

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” (numeral 73.1) (Se resalta).

Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia C-1162, anteriormente referida, también estableció la diferencia existente entre estas dos clases de facultades otorgadas al Presidente de la República; en los siguientes términos:

“Por otra parte, como se ha advertido, la regulación tampoco se asimila a una función reglamentaria propia del Presidente de la República, y ello por cuanto esta facultad encuentra su fundamento en un texto diferente (artículo 189, numeral 11, C.P.). En efecto, esta última disposición constitucional define la potestad reglamentaria como la facultad presidencial para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, mientras que el artículo 370 se refiere a la fijación de políticas generales, con arreglo a ley, en dos materias muy precisas: administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

*Cabe entonces preguntarse: ¿cuál es la naturaleza de la regulación si no es ejercicio de función legislativa, ni tampoco de la potestad reglamentaria?*

*(...)*

*Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros.*

*La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquélla tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios.*

*Al tenor de los criterios precedentes, la Corte sólo encuentra una interpretación de los artículos 14-18 y 69 de la citada Ley, que resulta acorde con el Ordenamiento Superior y, en consecuencia, declarará constitucionales esas normas, pero bajo el entendido de que la facultad reguladora asignada a las comisiones se debe ejercer sólo respecto de las materias expresamente señaladas en el primer aparte del artículo 370 de la Carta -y siempre que se dé la previa delegación por parte del Presidente de la República (artículos 211 C.P. y 68 de la Ley 142 de 1994), facultad que esta Corporación encontró acorde con la Constitución (Cfr. sentencias C-272 de 1998. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero y C-444 de 1998. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara)-, es decir para "señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios".*

*Repite la Corte que no se trata de funciones legislativas o de atribuciones de creación de normatividad paralela a la ley, o encaminada a cubrir sus vacíos, ni tampoco de una sustitución de la propia ley ni de la potestad reglamentaria, exclusiva del Presidente de la República. Solamente sobre la base de estos criterios se declara la exequibilidad de las indicadas normas, pues bajo cualquier otro entendido son inconstitucionales.* (Subrayado no es del texto)

Desde esta perspectiva resulta claro que las facultades otorgadas al Presidente de la República por el artículo 370 constitucional, que pueden ser delegadas a las Comisiones de Regulación, según lo ordenado por el artículo 211 superior y el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, no hacen parte de su potestad reglamentaria

sino de la facultad reguladora, entendida ésta como un mecanismo de intervención del Estado en la economía para delimitar el ejercicio de la libertad de empresa y preservar la sana y transparente competencia y de esta manera garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, dado el interés general que se encuentra comprometido con ellos.

## **5 El análisis de los cargos formulados por el actor.**

Antes de proceder al análisis de los cargos formulados contra la Resolución No. 136 de 2000, expedida por la Comisión de Regulación, se advierte que algunos de los artículos que fueron demandados en el presente proceso, se reprodujeron en forma idéntica en la Resolución No. 151 de 23 de enero de 2001, a la cual se hizo referencia anteriormente, acto administrativo que recopiló el contenido de varias de las Resoluciones que habían sido expedidas por la misma Comisión de Regulación y a su vez derogó otras, con excepción de aquellas que fueron determinadas expresamente en el citado acto administrativo. Entre las Resoluciones derogadas se encuentra la No. 136 de 2000, cuya nulidad se demanda en este proceso, lo cual no obsta para que la Sala adelante el control jurisdiccional, en razón a los efectos que pudo producir el citado acto administrativo durante su corta existencia.

De otra parte, cabe destacar que la Resolución No. 151 de 23 de enero de 2001, fue demandada en acción de nulidad, ante esta Corporación, por el mismo actor, quien formuló idénticos cargos, referidos a que la Comisión de Regulación se atribuyó una facultad reglamentaria de la cual carece, por corresponder exclusivamente al Presidente de la República y de esta manera, reglamentó la ley general de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994) y la ley general de contratación administrativa (Ley 80 de 1993). El Proceso fue decidido mediante sentencia proferida por la Sección Tercera, el 5 de marzo de 2008, Expediente No. 20409.

Como quiera que el texto de varios de los artículos de la Resolución No. 136 de 2000, materia de la litis, tienen idéntico contenido al de algunos de los artículos consagrados en la Resolución No. 151 de 2001, cuya nulidad fue demandada, habiéndose obtenido un pronunciamiento de fondo en sentencia de 5 de marzo de 2008, Expediente No. 20409, la Sala se remitirá a la argumentación y decisión contenida en dicha providencia, por tratarse de idéntica materia.

Entre las disposiciones que hoy son objeto de la demanda de nulidad por los mismos cargos que entonces fueran formulados y respecto de las cuales ya hubo un pronunciamiento en la sentencia referida, se encuentran las siguientes:

- El artículo 1.3.2.1 de la Resolución 151 de 2001, cuyo texto es idéntico al del artículo 13 de la Resolución 136 de 2000, demandada en este proceso: No fue anulado.

- El artículo 1.3.4.10 de la Resolución 151 de 2001 cuyo texto es idéntico al del artículo 15 de la Resolución 136 de 2000, materia de esta controversia: Fue declarado nulo 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”.*

- El artículo 1.3.2.2 de la Resolución 151 de 2001 cuyo texto es idéntico al contenido en el artículo 19 de la Resolución 136 de 2000: No fue anulado.

- El artículo 1.3.5.2, de la Resolución 151 de 2001, texto es de igual contenido al del artículo 21 de la Resolución 136 de 2000: No fue anulado.

- El artículo 1.3.5.5 de la Resolución 151 de 2001, texto de igual contenido al del artículo 22 de la Resolución 136 de 2000 que es objeto de la litis que se decide en esta providencia: fue anulado en su integridad.

También se precisa que la demanda de nulidad de los artículos 14, 16, 17 y 18 de la Resolución No 136 de 2000, impugnados en este proceso, corresponden a cargos nuevos que no fueron materia de demanda cuando se impugnó la Resolución 151 de 2001.

Hechas estas observaciones se procede a adelantar el análisis correspondiente.

Manifiesta el demandante que la Resolución No. 136 de 2000 -artículos 13 al 19, 21 y 22, expedida por la Comisión de Regulación, reglamentó de manera directa la Constitución Política y la Ley, contraviniendo la exclusividad, que en esta materia, le es propia al Presidente de la República; acusación que se concreta en que dicha Comisión asumiendo competencias que son exclusivas del Presidente de la República, referidas a su potestad reglamentaria, procedió a reglamentar las Leyes 80 de 1993 y 142 de 1994, en las siguientes materias: estableció reglas generales en materia de contratación; determinó los contratos en los cuales debían pactarse cláusulas excepcionales; fijó el procedimiento de selección de los contratistas; señaló los contratos que deben celebrarse por el procedimiento de licitación pública; estableció el procedimiento que deben observar los oferentes; señaló reglas para el registro de proponentes y determinó los criterios de selección objetiva y de esta manera violó el artículo 189-11 constitucional.

En el sub lite se cuestiona la eventual violación del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, con la expedición de la Resolución que ha sido demandada, en cuanto que ésta, presuntamente, había reglamentado de manera directa la Constitución Política y la Ley, situación esta que sólo le estaba permitida al Presidente de la República.

Al respecto, conviene distinguir entre la reglamentación directa de la Constitución y la reglamentación de la ley. En cuanto a la reglamentación de la Constitución, ésta no es exclusiva del Presidente de la República, sino que puede ser también desarrollada por otros entes de naturaleza pública, siempre que se haga alusión expresa a ello en el Texto Político.

En efecto, en algunos de sus artículos, la Constitución Política atribuye tanto al Presidente de la República<sup>44</sup>, como a órganos autónomos<sup>45</sup>, o de control<sup>46</sup>, o

---

<sup>44</sup> A título de ejemplo puede referirse el mandato contenido en el artículo 370 constitucional, que ofrece particular importancia para el caso objeto de análisis: "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..."

<sup>45</sup> Se utiliza aquí la expresión de "órganos autónomos" de conformidad con lo entendido por la Corte Constitucional en relación con órganos de creación constitucional que detentan funciones reguladoras (C-150 de 2003 Cit.). A título de ejemplo, puede mencionarse la atribución hecha por la Constitución Política al Banco de la República y a su Junta Directiva en los artículos 371 y 372 constitucionales.

<sup>46</sup> Como por ejemplo la atribución hecha al Contralor General de la República a través del artículo 268, numeral 1 constitucional que establece. "1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse."

electorales<sup>47</sup> e inclusive judiciales<sup>48</sup>, la posibilidad y el deber, de proferir normas de carácter general, que constituyen desarrollo directo de los mandatos constitucionales<sup>49</sup>. Al respecto, conviene precisar, que cuando se producen estas manifestaciones normativas, en algunas oportunidades, éstas pueden también dar desarrollo a disposiciones de rango legal<sup>50</sup>.

En cuanto a la reglamentación de la ley, resulta necesario establecer que ésta se materializa a través del ejercicio de la potestad reglamentaria propia del Presidente de la República<sup>51</sup>, que como ya se explicó no puede ser delegada en otros entes de naturaleza administrativa.

De otra parte, el Presidente de la República, está facultado para dictar normas en desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 370, pero también podrá delegar esta función en las Comisiones de Regulación, en virtud de lo establecido en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, lo cual no puede llevar a la conclusión de que cuando una Comisión de Regulación ejerce la facultad delegada, está reglamentando directamente la Constitución o está reglamentando la ley, competencia que es exclusiva del Presidente de la República, sino que en realidad está cumpliendo una función, en virtud de la figura de la delegación, por expresa disposición de la ley.

Hechas estas precisiones se procede a despachar los cargos de ilegalidad formulados contra cada uno de los artículos de la Resolución No. 136 de 2000.

#### ARTÍCULO 13 DE LA RESOLUCIÓN 136 DE 2000 CUYO TEXTO ES IDÉNTICO AL DEL ARTÍCULO 1.3.2.1 DE LA RESOLUCIÓN 151 DE 2001.

---

<sup>47</sup> Se le atribuye de manera expresa en el numeral 9 del artículo 265 constitucional al Consejo Nacional Electoral, la facultad de "reglamentar" la participación de los partidos políticos.

<sup>48</sup> Como la función atribuida al Consejo Superior de la Judicatura en el numeral 3 del artículo 257 constitucional que dice: "3. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador.

<sup>49</sup> Algún sector de la doctrina nacional, califica a estas manifestaciones normativas como "Reglamentos Autónomos". Cfr. LIBARDO RODRÍGUEZ. *Los reglamentos autónomos*. En: IV foro Iberoamericano de derecho administrativo. Memorias. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. p.p. 933 a 963.

<sup>50</sup> En el caso referido del Banco de la República, en su condición de órgano autónomo, por ejemplo, se hace expresa alusión del deber de sujetar sus decisiones a la ley.

<sup>51</sup> Artículo 189, numeral 11 constitucional.

El texto es del siguiente tenor literal:

***“Artículo 13. Regla general en materia de contratación.***

*De conformidad con lo establecido en los artículos 30, 31, 32 y 39 de la Ley 142 de 1994, los actos y contratos que celebren las entidades prestadoras de servicios públicos se someten en cuanto a su formación, cláusulas y demás aspectos legales al régimen de derecho privado, salvo las excepciones previstas en la misma ley”*

Encuentra la Sala que el artículo 13 de la Resolución No. 136 de 2000 que ha sido impugnada mediante la acción de nulidad en este proceso, contiene el mismo texto del artículo 1.3.2.1 de la Resolución 151 de 2001, disposición que también fue demandada en acción de nulidad, proceso que culminó con la decisión contenida en sentencia de 5 de marzo de 2008, por ende, la Sala se remitirá a los argumentos expuestos y a la decisión contenida en la sentencia dictada en dicha oportunidad.

En la parte considerativa de la providencia de 5 de marzo de 2008, se lee:

*“Volviendo al presente caso, al examinar las distintas disposiciones acusadas, contenidas en el acto administrativo objeto de la demanda de nulidad, Resolución No. 151 de 2001, se advierte:*

***1) El artículo 1.3.2.1., en el que se dispone que los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos se someten al régimen del derecho privado salvo las excepciones previstas en la misma ley, lo único que hace es reiterar lo dispuesto por la Ley 142 de 1994, en las normas previamente relacionadas en esta sentencia.”***

Y en la parte resolutive se denegó la pretensión de nulidad del citado artículo.

**ARTÍCULO 14 DE LA RESOLUCIÓN 136 DE 2000.**

La norma acusada dispone lo siguiente:

***“Artículo 14. Regla general en materia de autorización para la prestación de servicios.***

*De conformidad con lo establecido en los artículos 10 y 22 de la Ley 142 de 1994, no se requerirá de contratos de concesión para la prestación de los servicios públicos domiciliarios regulados por la presente resolución, con excepción de los casos en los cuales se establezcan áreas de servicio exclusivo en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994.*

*En todo caso, las entidades prestadoras de los servicios de agua potable y saneamiento básico deben someterse a lo establecido en la Ley 142, en especial en sus artículos 25 y 26, a los reglamentos que expida el Gobierno, a la regulación que expida la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y a los acuerdos que, dentro de su competencia, expidan los concejos municipales.”*

Efectuado el cotejo entre la resolución acusada y las disposiciones contenidas en los artículos 10, 22, 25, 26 y 40 de la Ley 142 de 1994, a las cuales se refiere el artículo de la norma acusada y que le sirven de fundamento, no se advierte discrepancia respecto de los citados textos legales.

En virtud de lo preceptuado por el artículo 10º de la Ley 142 referida, todas las personas tienen derecho a organizar y operar empresas con el objeto de prestar servicios públicos domiciliarios, dicha libertad de empresa está sometida a los límites impuestos por la Constitución Política y la ley, ello como expresión del mandato contenido en el artículo 365 constitucional.

El artículo 22 de la citada ley establece que *“las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta ley, según la naturaleza de sus actividades.”*

El artículo 25 de la Ley en cita establece que *“Quienes presten servicios públicos **requieren contratos de concesión**, con las autoridades competentes según la ley, **para usar las aguas; para usar el espectro electromagnético** en la prestación de servicios públicos requerirán licencia o contrato de concesión”*

Lo anterior sin perjuicio de los permisos ambientales, sanitarios y municipales que podrán exigir los municipios y otras autoridades públicas para la prestación de estos servicios públicos, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 25 y 26 de la Ley 142 de 1994.

Y el artículo 40 de la misma Ley 142, que regula las áreas de servicio exclusivo a que alude el artículo 14 de la Resolución acusada, consagra que para la prestación de servicios públicos de acueducto, alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución

domiciliaria de energía eléctrica, en áreas de servicio exclusivo, las entidades territoriales están facultadas para celebrar contratos de concesión, mediante el procedimiento de la invitación pública, en los cuales “*podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos, pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado.*”. En otras palabras, cuando se trata de prestación de servicios públicos correspondientes a acueducto, alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica en áreas de servicio exclusivo, las entidades territoriales deberán celebrar contratos de concesión mediante el procedimiento de la invitación pública.

Armonizando estos textos legales se advierte que para la prestación de servicios públicos por parte de las empresas dedicadas a esta actividad, no se requerirá, en todos los casos, de la celebración de contratos de concesión, puesto que tal exigencia está directamente vinculada con la naturaleza de las actividades que desarrollen estas empresas, como expresamente lo señala la ley, concretamente se requerirá de la celebración de tales contratos cuando la prestación de los servicios conlleven el uso de aguas o del espectro electromagnético o cuando se trate de servicios prestados en áreas de servicio exclusivo.

En este orden de ideas la resolución acusada no establece nada distinto, a lo prescrito por la ley, en cuanto ordena que las entidades prestadoras de los servicios de agua potable y saneamiento básico, deberán someterse a lo establecido por la ley 142 de 1994, pero en especial a los artículos 25 y 26, como también a los reglamentos que expida el Gobierno, a las regulaciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y a los Acuerdos que expidan los Concejos Municipales, es decir, que dicho artículo no contraría en manera alguna las disposiciones legales o Constitucionales. En tales condiciones no hay lugar a ilegalidad en el acto que ha sido acusado.

ARTÍCULO 15 DE LA RESOLUCIÓN 136 DE 2000, CUYO TEXTO ES IGUAL AL DEL ARTÍCULO 1.3.4.10 DE LA RESOLUCIÓN 151 DE 2001.

La norma es del siguiente contenido:

***“Artículo 15. Regla general aplicable a todos los contratos en los cuales las entidades territoriales o prestadoras de servicios***

***públicos transfieren a terceros la prestación total o parcial de los servicios.***

*En el caso de que en virtud de un contrato o convenio, cualquiera sea su naturaleza o denominación, se transfiera la posibilidad a una entidad oficial, mixta o privada de prestar uno o varios servicios o actividades complementarias de los mismos y por lo tanto, estén facultados para cobrar tarifas al público, en el mismo contrato deberán incluirse las fórmulas tarifarias correspondientes, además su composición por segmentos, su modificación e indexación, que deberán atenerse en un todo a lo establecido en el parágrafo 1o. del artículo 87 de la Ley 142; también se incluirá en el contrato, la sujeción por parte de la entidad 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 indicarán 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 entidad prestadora del servicio y los mecanismos de que se dispondrá para garantizar la permanencia en la prestación de los servicios a los usuarios”.*

Advierte la Sala que el texto del artículo 15 de la Resolución No. 136 de 2000, materia de la litis, es idéntico al texto normativo del numeral 1.3.4.10 de la Resolución No. 151 de 2001, que también fue demandado en nulidad, habiéndose decidido por la Sala en sentencia de 5 de marzo de 2008, Exp. 20409, razón por la cual la Sala acoge en un todo los fundamentos expuestos y la decisión contenida en la sentencia aludida, en la parte pertinente, por tratarse de la misma materia; argumentos que a continuación se transcriben:

En la parte considerativa de la providencia de 5 de marzo de 2008, la Sala sostuvo:

**“6) Artículo 1.3.4.10.:** *Esta norma, contiene una “Regla General aplicable a todos los contratos en los cuales las entidades territoriales o prestadoras de servicios públicos transfieren a terceros la prestación total o parcial de los servicios”, disponiendo el deber de incluir en los contratos: a) las fórmulas tarifarias correspondientes, su composición, modificación, etc., conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 87 de la Ley 142/94; b) la sujeción del prestador del servicio, a los programas, criterios, características, indicadores y modelos a los cuales debe someterse para prestar el servicio; c) las sanciones por incumplimiento de tales programas, criterios, etc., y d) los mecanismos de que se dispondrá para garantizar la permanencia en la prestación del servicio a los usuarios.*

*Al respecto, se observa que el Título VI de la Ley 142 de 1994, contiene el Régimen Tarifario de las Empresas de Servicios Públicos, normas que contemplan algunas facultades de las comisiones de regulación,*

como la contenida en el numeral 87.8, conforme al cual dichas entidades serán quienes definan las características de calidad y grado de cobertura del servicio que es a lo que corresponde el carácter integral que debe tener toda tarifa; además, el parágrafo 1 de esta norma, refiriéndose a los contratos que se hagan mediante invitación pública con personas privadas, para la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios, en los cuales la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos, dispone que "...las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente...", deben ajustarse a los criterios establecidos en la misma ley, y que ...deberán ser parte integral del contrato y la Comisión podrá modificarlas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema..."; conforme a lo expuesto, resulta evidente que al establecer la **Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico** en el acto acusado, la inclusión de las tarifas y sus variaciones en los contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, no está disponiendo nada distinto a lo que ya había ordenado la ley.

No sucede lo mismo con las otras disposiciones que, según este artículo de la Resolución acusada, deben ser incluidas en los contratos, puesto que en parte alguna la ley establece tal obligación; y al ordenarlo la Comisión demandada, está rebasando sus propias competencias, exigiendo requisitos de contratación que no contempla el ordenamiento jurídico superior; es necesario recordar, que conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994, por regla general a los contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos se les aplican las normas del derecho privado, ámbito dentro del cual impera el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, conforme al cual éstos son libres de decidir si contratan o no, qué tipo de contrato celebran y qué cláusulas incluyen en sus negocios jurídicos, siempre y cuando no contravengan con ello normas de derecho público de la Nación ni atenten contra el orden público o las buenas costumbres.

Por ello, las excepciones a la aplicación de este régimen de derecho privado a los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, están expresamente consagradas en la ley, pues como ya se vio, es la misma Ley de Servicios Públicos Domiciliarios - 142 de 1994- la que establece de manera concreta y específica, unas serie de disposiciones especiales, relativas a la contratación de esta clase de entidades, dentro de las cuales se encuentra precisamente y a título de ejemplo, la autorización expresa a las comisiones de regulación, para establecer en qué contratos es obligatoria la inclusión de las cláusulas excepcionales.

Sin embargo, dentro de esas disposiciones relativas a los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, no se halla ninguna que autorice a las comisiones, para establecer como cláusulas obligatorias de los mismos, las relativas 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.*

**En consecuencia, tales apartes del artículo 1.3.4.10. de la Resolución demandada, serán anulados.”**

Y en la parte resolutive decidió declarar nulo el artículo demandado, en algunos de sus apartes, según de advierte en el siguiente pronunciamiento:

**“PRIMERO: DECLÁRASE** la nulidad del (...) **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”,*

#### ARTÍCULO 16 DE LA RESOLUCIÓN 136 DE 2000.

La norma acusada ordena:

**“Estabilidad regulatoria.**

*Los actos y contratos que celebren las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a que se refiere la presente resolución, se regirán por las normas regulatorias vigentes al momento de su celebración.*

*Por lo anterior, las tarifas y las fórmulas tarifarias sólo podrán ser modificadas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de la neutralidad o abusos con los usuarios del sistema, también podrá intervenir la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico cuando las entidades incurran en prácticas restrictivas de la competencia.*

*De conformidad con lo establecido en el párrafo 1o. del artículo 87 de la Ley 142, las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico cada cinco años, lo cual sólo podrá hacerse mediante resolución motivada, de contenido particular y concreto.*

*El proponente al presentar su propuesta en materia de tarifas debe someterse a los límites establecidos en la ley y, una vez suscrito el contrato, la fórmula deberá ser puesta en conocimiento de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.*

*En estos casos, la tarifa que se cobre al usuario final no debe ser superior a la que hubiera cobrado un prestador de servicios públicos sometido a la aplicación de la regulación genérica de la CRA”.*

El primer inciso de la Resolución que ha sido transcrita expresa la estabilidad jurídica tanto en los actos como en los contratos que celebren las entidades prestadoras del servicio, los cuales estarán regidos por las normas regulatorias vigentes al momento de la expedición del acto, en el primer caso y de la celebración del contrato en el segundo.

Con base en lo anterior, el inciso segundo determina que las reglas sobre tarifas que se fijen en virtud de la actividad regulatoria, al momento de la celebración del contrato o de la expedición del acto, tienen carácter vinculante en las relaciones prestador-usuario, razón por la cual, en principio, la Comisión de Regulación no podrá modificarlas, sin embargo establece algunos eventos en los cuales estará facultada para introducir modificaciones, estos son: el abuso de la posición dominante, violación del principio de neutralidad o abusos con los usuarios del sistema y también intervendrá la Comisión cuando las entidades incurran en prácticas restrictivas de competencia.

Por su parte el inciso tercero, establece otra hipótesis que permite a la Comisión Reguladora revisar las tarifas y fórmulas tarifarias, en función del simple transcurso del tiempo, sin que se requiera de un hecho material, previendo un término de 5 años para tal efecto; revisión que deberá materializarse mediante acto administrativo motivado.

Así, se observa que el texto acusado, repite de manera idéntica lo previsto en la parte final del Parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 2000, en relación con la modificación de las tarifas y fórmulas tarifarias, en las distintas hipótesis que fueron planteadas, sin que se evidencie que tal regulación vulnere normas superiores del ordenamiento jurídico;

La disposición demandada extiende los efectos de esta intervención tarifaria a toda situación contractual, y no solo a contratos celebrados con empresas privadas previo el procedimiento de invitación pública, para lo cual la Comisión de Regulación tiene competencia, en virtud de lo establecido por el Parágrafo segundo del artículo 87 de la Ley 142 de 2000, tal como se analizó al despachar el

cargo anterior, razón por la cual no se vislumbra ilegalidad alguna en el artículo 16 de la resolución acusada.

En cuanto a los dos últimos incisos, se advierte que guardan conformidad con el ordenamiento jurídico, al establecer unos instrumentos de seguimiento por parte de la entidad reguladora y la de control, en relación con su propuesta tarifaria, a más de garantizar el cumplimiento de las reglas generales en materia de tarifas.

Por lo anteriormente expuesto, resulta claro que el artículo 16 de la Resolución 136 de 2000, se atempera en un todo al ordenamiento jurídico, en tanto que la Comisión de Regulación, no excedió su facultad reguladora, en consecuencia, el cargo de ilegalidad formulado en su contra, carece de fundamento.

#### ARTÍCULO 17 DE LA RESOLUCIÓN 136 DE 2000.

La norma acusada prescribe:

***“Contratos en los cuales deben pactarse cláusulas excepcionales.***

*Todas las entidades prestadoras de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico o de las actividades complementarias de los mismos a que se refiere esta resolución, deberán pactar las cláusulas exorbitantes o excepcionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes contratos:*

*a) En los contratos que conforme a la ley deban adjudicarse por el sistema de licitación, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994;*

*b) En los casos previstos en la Resolución 01 de 1995 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico;*

*c) En los contratos en los cuales, por solicitud de la entidad prestadora, lo haya autorizado la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en forma expresa y previa a su celebración.*

*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 en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”.*

La Sala procederá a analizar el cargo formulado contra el artículo precedente en atención a que su texto aunque coincide en algunas de las partes con el contenido en el artículo 1.3.3.1 de la Resolución No. 151 de 2001, que fue demandado y decidido el cargo, sin embargo, presenta importantes diferencias en dos de sus literales, circunstancia que amerita su examen.

Se advierte que esta disposición es un desarrollo de lo consagrado en el inciso 2º del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, según el cual, las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos tipos de contratos celebrados por empresas de servicios públicos. Cuando dichas cláusulas sean de forzosa estipulación todo lo pertinente a ellas se regirá por la Ley 80 de 1993 y los actos que materialicen estas decisiones serán de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Lo anterior constituye una excepción a la regla general prevista en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 y el inciso primero del artículo 31 de la misma ley<sup>52</sup>, que prevé el imperio del régimen de derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios, por cuanto la ley ha determinado expresamente que *“todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la ley 80 de 1993”*.

No obstante la anterior disposición, habrá de tenerse en cuenta que en los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios públicos, no aplican las reglas contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en lo relativo a la estipulación obligatoria o facultativa o la prohibición de incluir cláusulas excepcionales, de acuerdo con el tipo de contrato celebrado, lo cual no resulta pertinente para los contratos de prestación de servicios públicos; en su lugar, la ley 142 de 1994, en su artículo 31 ha dispuesto que tales cláusulas excepcionales podrán ser obligatorias cuando las Comisiones de Regulación así lo dispongan y después de expedida la Ley 689 de 2001, también se estableció para aquellos casos en que previa solicitud del prestador del servicio público, la Comisión de Regulación respectiva lo autorizara.

Quiere decir que la Ley faculta a las Comisiones de Regulación, en virtud de su función reguladora, para determinar en cuáles de los contratos que celebren las

---

<sup>52</sup> En el texto original del artículo 31, antes de la modificación introducida por el artículo tercero de la Ley 689 de 2001 se lee: *“Concordancia con el Estatuto de Contratación Pública. 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 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley.”*

A su vez el Parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ordena *“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, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.”*

entidades prestadoras de servicios públicos deberán ser pactadas cláusulas excepcionales.

Examinado el artículo 17 de la Ley 136 de 2000, cuya legalidad se cuestiona, sencillamente se aprecia que la Comisión de Regulación tan solo está desarrollando el contenido de la ley al establecer aquellos contratos en los cuales resulta imperativo pactar cláusulas excepcionales de conformidad con lo ordenado por la ley.

Los contratos en los cuales la Comisión Reguladora dispuso que se pactaran, forzosamente, cláusulas excepcionales, son los siguientes:

- a) Los celebrados para la prestación de servicios públicos en áreas de servicio exclusivo (ASEs), que deben adjudicarse mediante el procedimiento de la licitación pública.

Aunque el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, no define la tipología contractual que debe caracterizar el negocio jurídico celebrado entre la entidad territorial y el prestador exclusivo del servicio, se trata de un contrato de concesión<sup>53</sup> y por lo tanto, de un típico contrato estatal. Estos contratos constituyen una de las excepciones a la regla general de que el régimen jurídico que gobierna los contratos celebrados por las empresas que prestan servicios públicos es el de derecho privado; en consecuencia, resultan aplicables las disposiciones contenidas en el Estatuto General de la Contratación Estatal (Ley 80 de 1993), es decir, que por mandamiento legal los contratos de concesión forzosamente deben contener cláusulas excepcionales.

En este orden de ideas, el artículo 17 ordinal a) de la resolución acusada constituye una reiteración de lo dispuesto por la ley que obedece a las facultades de regulación de que están investidas la Comisiones en tanto que se da claridad sobre un tema que tiene desarrollo legal y por ende, la disposición se encuentra ajustada a derecho.

- b) Los celebrados con fundamento en la Resolución 01 de 1995, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

---

<sup>53</sup> Conclusión esta que se confirma de la lectura del artículo 9 de la Ley 632 de 2000, relativo a este mismo tema pero en relación con el servicio público domiciliario de aseo.

Examinada la Resolución 01 de 1995, también expedida por la CRA, se observa que en el artículo primero en su primer inciso dispone lo siguiente:

*“Las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo deben incluir cláusulas exorbitantes en los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de Acueducto, Alcantarillado y Aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades (sic) por las autoridades competentes según la ley”.*

En virtud de la facultad de regulación de que se encuentra investida, la Comisión de Regulación de Aguas y Saneamiento Básico dispuso la obligatoriedad de incluir cláusulas excepcionales en unos determinados tipos de contratos siempre y cuando se cumpliera con la condición de que en caso de darse el incumplimiento del objeto contractual, de tal situación se derivaría directa y necesariamente, la interrupción del servicio público. Esta norma en manera alguna lesiona el ordenamiento jurídico superior, en cuanto que la Ley 142 otorga competencia a las Comisiones de Regulación para determinar en cuáles contratos y en qué casos procede establecer de manera obligatoria, cláusulas excepcionales.

- c) Contratos en los cuales la entidad prestadora del servicio público lo ha solicitado y la Comisión de Regulación haya impartido su autorización de manera expresa y previa a la celebración del contrato.

Si se examina el contenido del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y se efectúa el respectivo cotejo con el ordinal c) del artículo 17 de la resolución acusada, se evidencia la existencia de una hipótesis idéntica en los dos textos normativos, referida a la incorporación en los contratos de cláusulas excepcionales, previa autorización hecha por la Comisión de Regulación, a solicitud del prestador del servicio, con lo cual sencillamente se repite lo preceptuado por la ley y, por lo tanto, tal regulación se encuentra atemperada a derecho.

En el inciso final de la disposición demandada, se reproduce nuevamente el contenido del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, haciendo alusión al régimen excepcional y de derecho público, aplicable a los contratos, cuando quiera que en ellos se incluyan cláusulas excepcionales, así como el control jurisdiccional de los actos, por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, considera la Sala que la Comisión de Regulación al expedir la Resolución acusada, en la parte pertinente, no excedió su facultad reguladora y por ende, la misma se encuentra ajustada a la ley.

#### ARTÍCULO 18 DE LA RESOLUCIÓN 136 DE 2000.

El texto demandado dice lo siguiente:

***“Fondos de solidaridad y redistribucion de ingresos.***

*En los pliegos o términos de referencia que se elaboren en los procedimientos a través de los cuales se pretenda entregar a un tercero la gestión total o parcial de los servicios objeto de esta regulación, podrán incorporarse las proyecciones sobre los valores que el prestador de los servicios recibiría de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos que están obligados a crear los municipios, de conformidad con lo establecido en el artículo 89 de la Ley 142 y en el Decreto Reglamentario 565 de 1996”.*

La norma dispone -para aquellos eventos en los cuales para la prestación de los servicios públicos se requiera de la celebración de un contrato, previo el agotamiento del procedimiento de licitación pública o concurso público que como resulta obvio, conlleva la elaboración de pliegos de condiciones o términos de referencia-, la posibilidad de incluir en dichos documentos contractuales, *“las proyecciones sobre los valores que el prestador de los servicios recibiría de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos que están obligados a crear los municipios.*

La disposición cuestionada, consagra la potestad, mas no la obligatoriedad, de incluir información sobre los valores que de acuerdo con la estructuración del proyecto, le puedan corresponder al prestador de los servicios por concepto de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos.

Para establecer si la Comisión de Regulación excedió su facultad reguladora resulta pertinente consultar los dictados de la Ley 80 de 1993, en la parte pertinente a aquellos aspectos que deben contener los pliegos de condiciones o términos de referencia cuando la escogencia del contratista se efectúa mediante el procedimiento de licitación pública, norma que resulta aplicable cuando la contratación de la prestación de los servicios públicos está precedida del

procedimiento de licitación o concurso públicos, tal como lo dispone el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

Así, el artículo 24-5 establece que los pliegos de condiciones o términos de referencia, deben contener: “b)... reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso; c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato; (...)e) Se definirán reglas que no induzcan en error a los proponente y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad. (...)”.

Por su parte el artículo 30 de la misma Ley 80 en relación con la elaboración a los pliegos de condiciones o términos de referencia dispone que en ellos se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, clara y completas.

En la norma acusada la Comisión de Regulación no hizo nada diferente a establecer la posibilidad de incluir en los pliegos de condiciones o términos de referencia una información atinente a los valores que los prestadores de servicios, dentro de las proyecciones efectuadas, recibirían de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos creados por los municipios. Esta información resulta de la mayor importancia para la elaboración de la propuesta por parte del oferente o participante en la licitación o concurso, que de no ser conocida seguramente dificultaría un ofrecimiento en condiciones reales y objetivas.

Con tal regulación tan solo se está dando aplicación a lo ordenado por la ley de contratación pública de dar a conocer al oferente toda la información de que dispone la entidad contratante y de esta manera honrar el principio de transparencia y selección objetiva, con el fin de que la propuesta que se elabore también pueda contener reglas claras, equitativas, objetivas y completas y evite la declaratoria de desierta de la licitación o reclamaciones futuras cuando el contrato

ya se encuentre en ejecución, todo ello por no contarse con una información completa, clara y veraz sobre las condiciones de la contratación.

En este contexto resulta claro que la norma cuya nulidad se depreca, no violó norma jurídica alguna de orden superior, en cuanto que su finalidad fue dar aplicación a la ley, por lo tanto, el cargo no está llamado a prosperar.

ARTÍCULO 19 DE LA RESOLUCIÓN 136 DE 2000, CUYO TEXTO ES IDÉNTICO AL CONTENIDO EL ARTÍCULO 1.3.2.2 DE LA RESOLUCIÓN 151 DE 2001.

El artículo demandado dispone:

***“Contratos que deben celebrarse por medio de licitación pública.***

*Sólo se someten al procedimiento de licitación previsto en la Ley 80 de 1993 aquellos contratos que celebren las entidades territoriales que incluyan cláusulas por medio de las cuales se crea un área de servicio exclusivo, o los que tengan por objeto modificar algunas de las cláusulas de los contratos que hayan creado tales áreas, en el sentido de modificar el concesionario, las tarifas, el área, su tamaño, el programa de inversiones o el término de duración de la misma”.*

Como quiera que el texto del artículo 19 de la Resolución No. 136 de 2000, coincide en un todo con el texto del artículo 1.3.2.2 de la Resolución también expedida por la CRA, identificada con el número 151 de 2001, norma que hizo parte del examen de legalidad que culminó con la decisión contenida en la sentencia de 5 de marzo de 2008, la Sala se remitirá a los argumentos y a la decisión allí contenida, por tratarse de la misma materia.

En la parte considerativa de la sentencia de 5 de marzo de 2008, la Sala argumentó lo siguiente:

*“2) El artículo 1.3.2.2., que establece qué contratos deben celebrarse por licitación pública, encuentra su soporte legal en lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley 142 de 1994, que, como ya se vio, le otorga competencia para hacer este tipo de determinación.”*

En parte resolutive denegó la pretensión encaminada a obtener la declaratoria de nulidad del referido artículo.

ARTÍCULO 21 DE LA RESOLUCIÓN 136 DE 2000, CUYO TEXTO ES DE IGUAL CONTENIDO AL DEL ARTÍCULO 1.3.5.2 DE LA RESOLUCIÓN 151 DE 2001.

El texto demandado establece lo siguiente:

***“Contratos sometidos a procedimientos que estimulan la concurrencia de oferentes.***

*De conformidad con lo establecido en la Ley 142, las entidades territoriales y las entidades prestadoras de servicios y actividades a que se refiere la presente resolución, deben someterse a procedimientos que garanticen la concurrencia de oferentes en los siguientes casos:*

*a) Los contratos previstos en los numerales 5.1, 5.2, 5.3, 5.4 y 5.6 del artículo 5o. de la Resolución 03 de 1995, salvo las excepciones previstas en el artículo 6o. de la misma disposición;*

*b) Al realizar la convocatoria a que hace referencia el artículo 6o. de la Ley 142;*

*c) Los contratos en los cuales las entidades oficiales transfieren la propiedad o el uso y goce de los bienes que destinan especialmente a prestar los servicios públicos, concesiones, arrendamiento o similares, en virtud de los cuales se transfiere la posibilidad para que el contratista preste total o parcialmente el servicio a usuarios finales a los que puede cobrar tarifas. En este caso el procedimiento de selección de la entidad prestadora es el previsto en el artículo siguiente;*

*d) En los demás casos que se requiera de conformidad con norma expresa de la presente resolución.”*

Se observa que el artículo 21 de la Resolución No. 136 de 2000, impugnada en este proceso por presuntos vicios de ilegalidad, contiene el mismo texto del artículo 1.3.5.2 de la Resolución No. 151 de 2001, también impugnada ante esta Corporación en acción de nulidad y decidida por sentencia de 5 de marzo de 2008 dictada por la Sección Tercera, razón por la cual la Sala remite a lo expuesto en esa oportunidad tanto en la parte considerativa como en la resolutive por tratarse de materia idéntica.

En la sentencia de 5 de marzo de 2008, la Sala resolvió denegar la pretensión formulada contra este artículo con fundamento en las siguientes razones:

***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.”

ARTÍCULO 22 DE LA RESOLUCIÓN 136 DE 2000, CUYO TEXTO TIENE EL MISMO CONTENIDO DEL ARTÍCULO 1.3.5.5 DE LA RESOLUCIÓN 151 DE 2001.

El texto de la resolución impugnada es del siguiente tenor literal:

**“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.**

Con el fin de garantizar selección objetiva del contratista y la concurrencia de oferentes, cuando las entidades territoriales y en general las entidades oficiales celebren contratos cuyo objeto sea transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a la prestación de los servicios públicos, tales como concesiones y similares, y estos contratos se celebren con terceros que presten total o parcialmente los servicios y puedan cobrar tarifas a los usuarios finales de los mismos, dichas entidades deben someterse a las siguientes reglas:

1. *Planeación.* Para poder iniciar el proceso de selección del contratista, la entidad deberá disponer de la información básica que le permita la elaboración de unos formatos para la solicitud de propuestas o términos de referencia completos en los cuales se incluya información sobre la red, los bienes asociados a la prestación del servicio, número de usuarios actuales y potenciales y las actuales condiciones administrativas y financieras de la entidad que está prestando el servicio.

2. *Publicidad.* Todas las actuaciones dentro del procedimiento son públicas y por lo tanto, los interesados tienen acceso en condiciones de igualdad a la información de que disponga la entidad, en especial a los

*estudios y análisis en que se ha basado la entidad para la formulación de los pliegos o términos de referencia. Sólo podrá alegarse reserva documental en aquellos casos en los cuales así expresamente lo determine la ley.*

*3. Convocatoria. Antes de iniciarse el procedimiento a través del cual se espera garantizar la selección objetiva del contratista, la entidad prestadora hará al menos una publicación en diarios de amplia circulación y difusión nacional.*

*4. Transparencia. Antes de la iniciación del proceso, la entidad dejará a disposición de los interesados la información básica que tomará en cuenta en el proceso, incluyendo un cronograma razonable de las diferentes etapas del mismo y celebrará el menos una audiencia en la cual informará a los interesados el alcance y condiciones especiales del contrato que pretende celebrar,*

*5. Registro de proponentes. Para la celebración de los contratos, las entidades proponentes no requieren estar inscritas en el registro de proponentes a que hace referencia el artículo 22 de la Ley 80; no obstante, la entidad podrá preparar un instrumento público de requisitos técnicos, económicos y administrativos mínimos que publicará con antelación al procedimiento contractual, el cual se incluirá como factor clasificatorio en el proceso de selección del contratista. En caso de no existir el registro, en los pliegos de condiciones se deberán establecer requisitos mínimos de carácter técnico, económico y administrativo que deben cumplir los proponentes.*

*6. Criterios objetivos de selección. En todos los casos aquí previstos, la entidad contratante deberá incluir en los formatos para la solicitud de propuestas, pliego de condiciones o términos de referencia, los criterios claros, precisos, cuantificables y objetivos que tomará en cuenta al calificar, clasificar o seleccionar al contratista y entre los cuales debe incluir los siguientes:*

- a) Requisitos mínimos de calidad, continuidad, cobertura y sujeción a tarifas y fórmulas tarifarias que hacen parte esencial y necesaria de la propuesta básica;*
- b) Experiencia previa de los funcionarios que directamente ejecutarían el contrato;*
- c) Estructura administrativa;*
- d) Capacidad financiera;*
- e) Las tarifas, su actualización y las fórmulas tarifarias;*
- f) La disponibilidad para financiar expansiones obligatorias;*
- g) Otros aspectos determinantes en la adjudicación, de acuerdo con los estudios previos que se hayan realizado.*

*7. Sujeción a tarifas e indicadores. En todos los procesos de contratación en los cuales se establezca que el prestador de servicios puede cobrar tarifas reguladas a sus usuarios, éstas, las fórmulas tarifarias e indicadores de calidad, continuidad y cobertura deben ser parte de la oferta y estarán incluidas como parte integrante del contrato que se celebre.*

8. *Sujeción a la regulación. A pesar de que existe libertad contractual, en el contrato se dejará expresa constancia de que el prestador de los servicios se somete a las normas regulatorias de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.*

9. *Control. La responsabilidad directa del control de la ejecución del contrato estará a cargo de la entidad contratante, la cual debe indicar expresamente en el contrato el sistema de interventoría que se aplicará sobre el mismo. La auditoría externa que, de conformidad con la ley, contrate la entidad prestadora del servicio, verificará el control sobre la gestión contractual e informará a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el resultado de su actividad.*

10. *Economía. En los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos.*

11. *Competencia. En los pliegos se garantizará que no se incurra en prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas de la competencia por parte de los posibles oferentes.*

**PARÁGRAFO.** *En los casos previstos en el presente artículo, los pliegos de condiciones, términos de referencia o formatos para la solicitud de propuestas (FSP), deberán incluir el borrador del contrato y las metas de cubrimiento y, en general, del servicio esperado por la entidad contratante, para lo cual se deberán tener en cuenta los indicadores a que hace referencia el artículo 52 de la Ley 142”.*

El contenido del artículo 22 de la Resolución No. 136 de 2000, que ha sido demandado en este proceso, en acción de nulidad, tiene el mismo texto normativo del artículo 1.3.5.5 de la Resolución No. 151 de 2001, norma que también fue demandada por presuntos vicios de ilegalidad y sobre la cual la Sala se pronunció en sentencia de 5 de marzo de 2008, en consecuencia, para despachar este cargo de remite lo expuesto y decidido en dicha providencia.

En la parte considerativa de la sentencia de 5 de marzo de 2008, la Sala expuso las siguientes razones que dieron lugar a la nulidad del artículo 1.3.5.5:

**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:**

**1. Planeación.** Para poder iniciar el proceso de selección del contratista, la entidad deberá disponer de la información básica que le permita la elaboración de unos formatos para la solicitud de propuestas o términos de referencia completos en los cuales se incluya información sobre la red, los bienes asociados a la prestación del servicio, número de usuarios actuales y potenciales y las actuales condiciones administrativas y financieras de la persona que está prestando el servicio.

**2. Publicidad.** Todas las actuaciones dentro del procedimiento son públicas y por lo tanto, los interesados tienen acceso en condiciones de igualdad a la información de que disponga la entidad, en especial a los estudios y análisis en que se ha basado la entidad para la formulación de los pliegos o términos de referencia. Sólo podrá alegarse reserva documental en aquellos casos en los cuales así expresamente lo determine la Ley.

**3. Convocatoria.** Antes de iniciarse el procedimiento a través del cual se espera garantizar la selección objetiva del contratista, la persona prestadora hará al menos una publicación en diarios de amplia circulación y difusión nacional.

**4. Transparencia.** Antes de la iniciación del proceso, la entidad dejará a disposición de los interesados la información básica que tomará en cuenta en el proceso, incluyendo un cronograma razonable de las diferentes etapas del mismo y celebrará al menos una audiencia en la cual informará a los interesados el alcance y condiciones especiales del contrato que pretende celebrar.

**5. Registro de Proponentes.** Para la celebración de los contratos, las entidades proponentes no requieren estar inscritas en el registro de proponentes a que hace referencia el Artículo 22 de la Ley 80 de 1993; no obstante, la entidad podrá preparar un instrumento público de requisitos técnicos, económicos y administrativos mínimos que publicará con antelación al procedimiento contractual, el cual se incluirá como factor clasificatorio en el proceso de selección del contratista. En caso de no existir el registro, en los pliegos de condiciones se deberán establecer requisitos mínimos de carácter técnico, económico y administrativo que deben cumplir los proponentes.

**6. Criterios Objetivos de selección.** En todos los casos aquí previstos, la entidad contratante deberá incluir en los formatos para la solicitud de propuestas, pliego de condiciones o términos de referencia, los criterios claros, precisos, cuantificables y objetivos que tomará en cuenta al calificar, clasificar o seleccionar al contratista y entre los cuales debe incluir los siguientes:

- a. *Requisitos mínimos de calidad, continuidad, cobertura y sujeción a tarifas y fórmulas tarifarias que hacen parte esencial y necesaria de la propuesta básica.*
- b. *Experiencia previa de los funcionarios que directamente ejecutarían el contrato.*
- c. *Estructura administrativa.*
- d. *Capacidad financiera.*
- e. *Las tarifas, su actualización y las fórmulas tarifarias.*
- f. *La disponibilidad para financiar expansiones obligatorias.*
- g. *Otros aspectos determinantes en la adjudicación, de acuerdo con los estudios previos que se hayan realizado.*

**7. Sujeción a Tarifas e Indicadores.** *En todos los procesos de contratación en los cuales se establezca que el prestador de los servicios puede cobrar tarifas reguladas a sus usuarios, éstas, las fórmulas tarifarias e indicadores de calidad, continuidad y cobertura deben ser parte de la oferta y estarán incluidas como parte integrante del contrato que se celebre.*

**8. Sujeción a la Regulación.** *A pesar de que existe libertad contractual, en el contrato se dejará expresa constancia que el prestador de los servicios se somete a las normas regulatorias de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.*

**9. Control.** *La responsabilidad directa del control de la ejecución del contrato estará a cargo de la entidad contratante, la cual debe indicar expresamente en el contrato el sistema de interventoría que se aplicará sobre el mismo. La auditoría externa que, de conformidad con la ley, contrate la persona prestadora del servicio verificará el control sobre la gestión contractual e informará a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el resultado de su actividad.*

**10. Economía.** *En los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos.*

**11. Competencia.** *En los pliegos se garantizará que no se incurra en prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas de la competencia por parte de los posibles oferentes.*

**PARÁGRAFO.** *En los casos previstos en el presente artículo, los pliegos de condiciones, términos de referencia o formato para la solicitud de propuestas (FSP), deberán incluir el borrador del contrato y las metas de cubrimiento y, en general, del servicio esperado por la entidad contratante, para lo cual deberá tener en cuenta los indicadores a que hace referencia el Artículo 52 de la Ley 142 de 1994”.*

*“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 parágrafo 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.**”*

En la parte resolutive determinó:

**“DECLARASE la nulidad del (...) 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.**”**

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

**FALLA:**

**PRIMERO. DECLÁRASE** la nulidad del artículo 15 de la Resolución 136 de 2000, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA- 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”*.

**SEGUNDO: DECLÁRASE** la nulidad del artículo 22 de la Resolución No. 136 de 2000, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico- CRA-.

**TERCERO. DENIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** Sin costas.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**ENRIQUE GIL BOTERO  
CON SALVAMENTO DE VOTO**

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

**SERGIO MUÑOZ LAVERDE  
Conjuez**

**ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ  
Conjuez**

## **SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO**

### **SECCION TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO - Competencia para conocer del caso objeto de estudio**

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional en materia contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado. En el caso objeto de análisis no existe duda de la connotación nacional de la Resolución demandada, ni de su contenido contractual; en lo que respecta a su naturaleza jurídica, vale la pena hacer algunas precisiones, para efectos de pasar a hacer consideraciones de fondo sobre las supuestas infracciones normativas invocadas por el demandante.

### **ACTO DEMANDADO - Naturaleza**

La revisión de la naturaleza de la Resolución demandada es un aspecto fundamental, toda vez que, la normatividad vigente concibe a la acción de nulidad solamente frente a actos administrativos, es decir, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la autoridad propia de las entidades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, capaces de producir efectos frente a un sujeto de derecho o a un grupo determinado o indeterminado de ellos, sin contar necesariamente con la anuencia de éste o éstos. La CRA fue creada por la ley 142 de 1994 como una unidad administrativa especial, es decir como una típica entidad administrativa y como tal, detenta dentro de sus funciones la posibilidad de adoptar decisiones de manera unilateral, capaces de producir efectos frente a terceros, principalmente, frente a los operadores de los servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias que regula. Del contenido de los artículos demandados de la Resolución 136 de 2000, se deriva, de manera indiscutible, la imposición de unas reglas de contratación, que deben ser cumplidas por los operadores de los servicios de acueducto y saneamiento básico cuando quiera que vayan a celebrar negocios jurídicos; la necesidad de adelantar un procedimiento de selección objetiva o de incluir cláusulas excepcionales en unos determinados contratos, son, sin duda, situaciones que evidencian el efecto directo en los operadores, de tal manifestación de la voluntad de la administración pública. Como consecuencia de ello, no caben dudas sobre la naturaleza de acto administrativo de la Resolución demandada.

### **NO VIGENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO - Incidencia en la decisión**

Con posterioridad a la expedición del acto administrativo que contiene las disposiciones demandadas, la CRA profirió la Resolución 151 de 2001, a través de la cual, pretendió unificar en un solo cuerpo normativo, lo relativo a los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo; es esta una conducta común en la experiencia reguladora de los servicios públicos en Colombia. En la lista de Resoluciones no derogadas, no se incluyó a la Resolución 136 de 2000, lo cual significa que ésta perdió vigencia. En efecto, se estableció en la Sección 1.3.2 el “régimen contractual de las personas prestadoras” y la Sección 1.3.3 trata de las “cláusulas exorbitantes o excepcionales”; en términos generales allí se contienen las mismas reglas incluidas en las disposiciones demandadas, con algunos cambios mas

formales que sustanciales y ciertas adiciones. Por su parte, la mayoría de las disposiciones contenidas en las 2 Secciones apenas aludidas de la Resolución 151 de 2001, fueron modificadas por las sucesivas Resoluciones de la CRA: 242 de 2003 y 293 de 2004. Como se observa, los temas a los que se alude en las disposiciones demandadas han sido objeto de frecuentes cambios, lo cual no es de extrañar, si se atiende la dinámica propia de las normas regulatorias. En efecto, una de las características principales de la regulación, es la sucesión en el tiempo de normas a gran velocidad, habida cuenta de los análisis económicos y sociales que muchas veces motivan su producción y los retos que se afrontan en sectores con amplio movimiento de mercados.

**ACTO DEROGADO - Objeto de demanda de nulidad. Su derogación no impide que el juez de lo contencioso administrativo se pronuncie / DECISIONES SOBRE LA LEGALIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO - No pueden extenderse a otros de similar o idéntico contenido**

Con base en estas consideraciones, surgen dos inquietudes lógicas: (1) ¿Resulta pertinente conocer y decidir un proceso de nulidad contra un acto administrativo derogado?; y (2) ¿Las decisiones sobre la legalidad de un acto administrativo pueden extenderse a otros de similar o idéntico contenido? En relación con el primer interrogante presentado, vale la pena advertir que esta Corporación ya se lo ha planteado con anterioridad y lo ha resuelto de manera afirmativa. En efecto, se ha sostenido que el hecho de que el objeto del juicio de legalidad que se asume con ocasión de una acción de nulidad, haya sido derogado o modificado, no impide que el juez de lo contencioso administrativo se pronuncie sobre el mismo, dados los efectos en el tiempo de las decisiones de nulidad, así como la función orientadora e instructora de la jurisprudencia nacional, máxime si se trata de uno de sus órganos de cierre. En lo que respecta, al segundo de los interrogantes presentado, la respuesta no puede ser sino negativa. Constituiría una grave afectación a la seguridad jurídica, el hecho de que con ocasión de la demanda de nulidad contra un determinado acto administrativo o parte de su contenido, se produjera una decisión que extendiera sus efectos a otros actos administrativos cuyo cuestionamiento de legalidad no se ha sometido al juez de lo contencioso administrativo; las administraciones públicas al momento de producir actos administrativos tendrán un referente importante en ésta, máxime si se trata del órgano judicial de cierre, que les servirá para ajustar sus decisiones administrativas, de mejor manera, al ordenamiento jurídico superior. La dinámica propia de este tipo de normas, que implica la producción muchas veces sucesiva de decisiones sobre un mismo aspecto, así como la tendencia de organización regulatoria que se manifiesta en no pocas oportunidades a través de Resoluciones únicas o integrales de los servicios públicos disciplinados, verbigracia la mencionada Resolución 151 de 2001 de la CRA, traen como consecuencia, el deber de una atención mayor a los juicios de constitucionalidad y legalidad de las normas regulatorias, que deben ser atendidos, al momento de producir decisiones posteriores, de modo que, no se incurra en vicios que han sido advertidos por el juez de lo contencioso administrativo en su condición de juez de constitucionalidad y legalidad.

**DECISIONES SOBRE LA LEGALIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO - No pueden extenderse a otros de similar o idéntico contenido / DECISIONES SOBRE LA LEGALIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO - Deberán ser observadas por las entidades al momento de producir posteriores actos administrativos sobre esas materias**

En este orden de ideas, se concluye, que si bien los efectos de las decisiones judiciales que se adopten con ocasión de una acción de nulidad interpuesta contra un acto administrativo de carácter regulatorio, no pueden extenderse a otros actos de la misma naturaleza, con contenido similar e inclusive idéntico; sí deben ser observados por las entidades administrativas que cumplen estas funciones, y deben ocasionar en ellas precisos comportamientos dentro del ámbito de sus competencias, tales como, revocatorias directas, derogaciones o modificaciones expresas a través de actos administrativos sucesivos; no hacerlo, podría constituir violación a principios que orientan la función administrativa tales como: la buena fe, la prevalencia del interés general, la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad y la imparcialidad, entre otros. La decisión que se adoptará en esta sentencia, no tendrá entonces efectos sino en relación con la Resolución 136 de 2000, pero deberá ser observada por la CRA, al momento de producir posteriores actos administrativos sobre estas materias, así como para ejercer la función administrativa que le es propia, de la mejor manera, en relación con los actos administrativos presentes, relativos a estos temas.

### **COMISIONES DE REGULACION - Representación judicial**

Uno de los aspectos que fue objeto de discusión durante el trámite de este proceso, como se dijo, fue la capacidad de la CRA de ser representada en el mismo; si bien, a través de auto de 3 de diciembre de 2002 la Consejera de Estado, ponente en aquél entonces, reconoció “personería adjetiva” al representante judicial de la CRA, esta Sala considera oportuno, efectuar algunas consideraciones y precisiones sobre este asunto. La CRA, al igual que las otras dos comisiones reguladoras de los servicios públicos domiciliarios, fue creada por la Ley 142 de 1994 como una unidad administrativa especial, adscrita antes al Ministerio de Desarrollo Económico, hoy al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial. Todas las Unidades Administrativas Especiales, hacen parte de la “Estructura y organización de la administración pública”, solo que en virtud de lo establecido en el artículo 38 de la ley 489 de 1998, hay unas que pertenecen al orden central y por ende, no detentan personería jurídica, y otras que, hacen parte del “sector descentralizado por servicios” y como consecuencia de ello tienen personería jurídica. Las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios, y dentro de ellas la CRA, hacen parte del primer grupo, es decir, son unidades administrativas especiales, sin personería jurídica, adscritas a sus respectivos ministerios. Como consecuencia de ello, las Comisiones de Regulación deben entenderse como “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”, de conformidad con lo establecido para este tipo de Unidades Administrativas Especiales en el artículo 67 de la Ley 489 de 1998. Pese lo anterior, al interior de la misma Ley 489 de 1998, se establece en el artículo 48 “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”.

### **COMISIONES DE REGULACION - Características**

Como se observa, si bien las Comisiones de Regulación son Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica, en virtud de lo establecido en la ley, detentan unas características particulares, que las distinguen de las otras: 1)

Se someten a las reglas que les impongan sus normas de creación (artículo 48 de la Ley 489 de 1998) lo cual pareciera significar cierta distancia en relación con las reglas generales. 2) Detentan “independencia administrativa, técnica y patrimonial” (artículo 69 de la Ley 142 de 1994 en concordancia con el artículo 48 de la Ley 489 de 1998). 3) 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). La especificidad de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios, principalmente en lo relativo a su independencia, ha sido analizada por la Corte Constitucional, en atención principal a lo establecido en los artículos 370, 150 numeral 7 y 211 constitucionales; en efecto, si bien esta Corporación ha distinguido entre entidades reguladoras de creación constitucional y legal, ha sostenido que las segundas, obedecen a mandatos específicos de la Carta Política de los que se deriva, al menos en parte, su independencia.

### **COMISIONES DE REGULACION - Representación judicial. Debe efectuarse directamente**

Esta Sala considera, que en atención a las peculiaridades de “independencia” apenas aludidas, que detentan las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios, se debe derivar su capacidad de ser representadas judicialmente, pues de lo contrario, los conocimientos técnicos que son propios de su naturaleza, se escaparían de la consideración y análisis que en los singulares casos debe hacer el juez de lo contencioso administrativo. En efecto, la Constitución Política ha previsto, por una parte, que le corresponde al Presidente de la República trazar las políticas generales de administración, control y eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (artículo 370 constitucional), así como ha señalado también, que la regulación de los servicios públicos le corresponde al Estado (artículo 365 constitucional); y en desarrollo de ello, la ley ha creado las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios, a las cuales, al igual que cualquier otra entidad administrativa, el legislador puede atribuirle funciones, a más de aquellas que les puede delegar el Presidente de la República en virtud de la competencia constitucional, sobre el tema (artículo 370 constitucional) sobre las materias señaladas específicamente aquí. Como se observa, el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios sobre el punto, se estructura de manera coherente, para permitir a órganos administrativos “independientes” desarrollar las funciones de regulación. El conocimiento técnico que estos deben detentar, es en buena medida el sustento y legitimidad de sus actuaciones. Es justamente esta técnica la que debe estar al alcance del conocimiento del juez de lo contencioso administrativo, cuando quiera que se cuestione la legalidad o inconstitucionalidad de una norma regulatoria en materia de servicios públicos domiciliarios; por ende, la participación de las Comisiones de regulación en los procesos de Nulidad que se promuevan contra sus actos, debe ser obligatoria, pese a no detentar ellas una personería jurídica.

### **RESOLUCION DEMANDADA - Reglamenta de manera directa la Constitución Política y la Ley / RESOLUCIÓN DEMANDADA - Contraviene la exclusividad que le es propia al Presidente de la República / POTESTAD REGLAMENTARIA - Ejercicio**

La actividad de “reglamentar” o la concreción de ésta, el “reglamento”, no han tenido en la experiencia legislativa, jurisprudencial y doctrinal colombiana, un tratamiento inequívoco. En efecto, desde una perspectiva material, en algunos casos se hace referencia al desarrollo normativo que se le da a la ley, y en otros, la reflexión se extiende al desarrollo normativo de la Constitución Política, por

medios distintos a los legislativos; por otra parte, desde una perspectiva formal o subjetiva, en algunos casos se circunscribe a la capacidad (única) del Presidente de la República de ejercer la potestad reglamentaria, mientras que en otros, su consideración se extiende a manifestaciones normativas de contenido general e infra-legal, producidas por distintos entes públicos, que encuentran sustento, o en la Carta Política o en la Ley. Esta Sala, considera que en muchas oportunidades, estas diferencias de pensamiento, obedecen más a apreciaciones nominales y formales, que a interpretaciones constitucionales e inclusive legales. En efecto, del panorama presentado se pueden deducir dos inquietudes, que deben ser resueltas, antes que con prejuicios nominales y en atención a consideraciones doctrinarias precisas, razonando sobre la formulación constitucional del tema: ¿Es viable desarrollar la Constitución Política, de manera directa, a través de instrumentos normativos de contenido general distintos a la ley? y ¿Le es viable desarrollar la ley, a entidades públicas, distintas al Presidente de la República, a través de instrumentos normativos infralegales y de contenido general?

### **CONSTITUCION POLITICA - Desarrollo directo de sus mandatos / DESARROLLO LEGAL - A través del ejercicio de la potestad reglamentaria**

Para resolver la primera de las inquietudes, basta hacer una lectura rápida de la Constitución Política, para concluir que se debe responder de manera afirmativa. En efecto, en no pocas oportunidades, el Texto Político atribuye al Presidente de la República, a órganos autónomos, de control, electorales e inclusive judiciales, la posibilidad y el deber, de proferir normas de carácter general, que constituyen desarrollo directo de los mandatos constitucionales. Al respecto, vale la pena aclarar, que cuando se producen estas manifestaciones normativas, en algunas oportunidades, éstas pueden también dar desarrollo a disposiciones de rango legal. La segunda de las inquietudes, en cambio, ofrece un poco más de dificultad, pues conduce de manera inequívoca a cuestionamientos sobre si la única manera de desarrollar la ley, por medio de instrumentos normativos de contenido general, es a través del ejercicio de la potestad reglamentaria propia del Presidente de la República, o si por el contrario, esto puede hacerse con ocasión del ejercicio de otro tipo de funciones o por entes de distinta naturaleza. Al respecto, vale la pena señalar, en primer lugar, que de antaño, se ha reconocido por nuestra legislación la oportunidad y posibilidad de producir actos administrativos de contenido general, junto a aquellos de alcance particular; y el soporte normativo, para la producción de aquellos, ha sido sin duda alguna, la disposición legal. Es la Ley por excelencia, el instrumento idóneo, en un Estado de Derecho, para establecer las funciones y competencias de los entes administrativos, y de ésta, se pueden deducir, atribuciones para la producción de actos administrativos de contenido particular o general.

### **DESARROLLO LEGAL - A través del ejercicio de la potestad reglamentaria / DELEGACION - Transferencia del ejercicio de funciones**

En segundo lugar, se ha reconocido en el ordenamiento jurídico colombiano, la procedencia de instrumentos jurídicos como la delegación, a través de la cual una entidad pública (delegante) transfiere el ejercicio de algunas funciones a otra (delegataria) para que ésta las ejerza bajo su propia responsabilidad. En lo que respecta a la posibilidad del Presidente de la República de delegar sus funciones constitucionales de producción normativa, y en particular aquella ya referida de la potestad reglamentaria, el constituyente y el legislador han obrado de manera celosa, limitando la posibilidad de ello, más no por esto negándola. Como se observa, entonces, la segunda inquietud planteada, debe ser también resuelta de manera afirmativa, pues por una parte, la ley le puede atribuir a las

administraciones públicas la facultad de proferir decisiones administrativas de carácter general (y estas no son otra cosa que el desarrollo de la ley a través de instrumentos normativos de contenido general); y por la otra, aunque excepcionalmente, el Presidente de la República, puede delegar su potestad de reglamentar la ley o el ejercicio de funciones normativas conferidas de manera directa por el texto político.

## **REGULACION - Ejercicio / REGLAMENTO - Ejercicio**

En este contexto de aclaración y precisión conceptual, así como de demostración de oportunidad constitucional y legal para una u otra modalidad de “reglamento”, pasa la Sala a analizar lo relativo a la posibilidad de las Comisiones de Regulación de producción de normas de contenido general, para con base en ello, proceder a analizar de manera específica este cargo presentado por el actor. Con este propósito, resulta fundamental, la distinción entre “reglamento” y “regulación”; en efecto, la función de las Comisiones de Regulación de los servicios públicos domiciliarios es por antonomasia la de “regular” estos servicios; y esta actividad, no puede confundirse, con los instrumentos normativos a través de los cuales ésta se manifiesta. En efecto, puede perfectamente concretarse la regulación, a través de un acto administrativo de carácter particular o de uno de carácter general, o “reglamento” en los términos arriba indicados. La regulación no es pues una norma propiamente dicha, aunque se exprese normalmente a través de ella; sino que es parte de la “función pública” moderna, que expresa la particular preocupación estatal por la orientación de un sector económico especial, en un mercado en el cual se desenvuelve y por los actores de ese círculo económico. La regulación, entonces, constituye una tarea especial a cargo del Estado, que demanda la realización de múltiples actividades, y la adopción de decisiones y políticas que bien pueden expresarse (1) en actividades materiales puras y simples, (2) en actos administrativos generales e, incluso, (3) en actos administrativos particulares, todos ellos aplicables a determinados operadores de los servicios públicos. En idéntico sentido, señala Juan Carlos Cassagne que “La regulación económica constituye una de las funciones esenciales del Estado Subsidiario que se configura, básicamente –en su función normativa-, como una típica emanación del poder de policía. Mediante ella se comprime el ámbito de la libertad económica a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas, con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos (y demás actividades privadas de interés público que capta el derecho administrativo) con los intereses de la comunidad (entre los que se ubica la protección de los usuarios). En esta medida, la regulación es una actividad administrativa a cargo del Estado, que puede servirse de diversas fuentes para expresarse; pero, incluso, en algunos casos concretos puede no servirse de ninguna de ellas, pues no todo lo que es regulación tiene que estar contenido en una norma.

## **CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS PRESTADORES DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Inclusión de cláusulas excepcionales**

La inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos celebrados por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, no debe desarrollarse según las reglas contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, según las cuales, existen unos tipos de contratos, donde no se pueden incluir, otros donde se puede, y otros en los que deben incluirse (y se entienden incluidas). La ley 142 de 1994 (artículo 31) ha previsto en cambio, que tales cláusulas se pueden incluir (1) cuando la Comisión Reguladora respectiva así lo establezca; o (2) cuando previa solicitud del prestador del servicio público domiciliario, la Comisión de Regulación

respectiva lo autorice. Se verifica aquí, un típico caso de deslegalización, o fenómeno a través del cual funciones propias del legislador, se transfieren a una entidad administrativa, para que ésta las desarrolle a través de reglamentos o de actos administrativos de contenido particular. Una lógica técnica en estricto sentido, y de mercado, hay detrás de esta prescripción normativa; la ley ha entendido que para la determinación de si se pueden o no incluir cláusulas excepcionales en materia de servicios públicos domiciliarios, se deben hacer unas valoraciones relativas al impacto económico de las mismas, así como en materia de técnica del respectivo servicio, que están fuera del alcance del legislador y son propias de la naturaleza de las Comisiones de Regulación, y por ende, deben ser éstas las encargadas de imponer o autorizar su inclusión.

## **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

Bogotá, D.C, nueve (9) de septiembre de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2000-01922-01(19224)**

**Actor: JAIME ALBERTO SARRIA LUNA**

**Demandado: MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL**

**M**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD**

#### **SALVAMENTO DE VOTO**

Con el acostumbrado respeto frente a las decisiones de la Sala, en esta ocasión salvo mi voto en relación con la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2009, en el proceso de la referencia.

Debo precisar que inicialmente me había correspondido conocer del asunto, pero el proyecto que puse a consideración de la Sala fue derrotado, de manera que por esta razón el proceso pasó al Despacho que seguía en turno. En este orden de ideas, en su momento propuse -citando literalmente el proyecto, lo cual ratifico luego del debate final de este proceso-, que:

## **“I. CONSIDERACIONES**

“La decisión de fondo... estará precedida: del análisis sobre la competencia de esta Sección (punto 1); de la revisión de la naturaleza de la Resolución demandada, para efectos de constatar la procedencia de la acción de nulidad (punto 2); de una explicación previa de los alcances de la decisión que se adoptará, en atención a la no vigencia del acto demandado (punto 3); del análisis sobre la capacidad jurídica de la CRA para su representación judicial, habida cuenta que ésta fue una situación cuestionada dentro del proceso (punto 4); y del análisis de los dos cargos presentados por el actor, de conformidad con la sistematización que le dio esta Sala (punto 5), con base en las consideraciones antes presentadas.

### **1. La competencia de esta Sección, para conocer del caso objeto de estudio**

“La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional en materia contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado.

“En el caso objeto de análisis no existe duda de la connotación nacional de la Resolución demandada, ni de su contenido contractual; en lo que respecta a su naturaleza jurídica, vale la pena hacer algunas precisiones, para efectos de pasar a hacer consideraciones de fondo sobre las supuestas infracciones normativas invocadas por el demandante.

### **2. La naturaleza de acto administrativo de la Resolución 136 de 19 de junio de 2000 proferida por la CRA**

“La revisión de la naturaleza de la Resolución demandada es un aspecto fundamental, toda vez que, la normatividad vigente concibe a la acción de nulidad

solamente frente a actos administrativos<sup>54</sup>, es decir, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la autoridad propia de las entidades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, capaces de producir efectos frente a un sujeto de derecho o a un grupo determinado o indeterminado de ellos, sin contar necesariamente con la anuencia de éste o éstos.

“La CRA fue creada por la ley 142 de 1994<sup>55</sup> como una unidad administrativa especial, es decir como una típica entidad administrativa<sup>56</sup> y como tal, detenta dentro de sus funciones<sup>57</sup> la posibilidad de adoptar decisiones de manera unilateral, capaces de producir efectos frente a terceros, principalmente, frente a los operadores de los servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias que regula<sup>58</sup>.

“Del contenido de los artículos demandados de la Resolución 136 de 2000, se deriva, de manera indiscutible, la imposición de unas reglas de contratación, que deben ser cumplidas por los operadores de los servicios de acueducto y saneamiento básico cuando quiera que vayan a celebrar negocios jurídicos; la necesidad de adelantar un procedimiento de selección objetiva o de incluir cláusulas excepcionales en unos determinados contratos, son, sin duda, situaciones que evidencian el efecto directo en los operadores, de tal manifestación de la voluntad de la administración pública. Como consecuencia de

---

<sup>54</sup> En efecto, prescribe el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos...” Más adelante señala la misma disposición que ésta acción puede también interponerse contra “circulares de servicio” y contra “actos de certificación y registro”; la jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado, sin embargo, que en estos casos, estas manifestaciones deben producir también efectos jurídicos frente a terceros, es decir deben detentar los elementos propios de los actos administrativos. Sobre este punto pueden consultarse las siguientes providencias de esta Corporación: Sección cuarta, Sentencia de enero 22 de 1988, Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque; Sección Primera. Sentencia de 14 de octubre de 1.999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

<sup>55</sup> Se establece en el artículo 69 de la Ley 142 de 1994: “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”.

<sup>56</sup> Se establece en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998: “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>57</sup> Artículos 73 y 74.2 de la Ley 142 de 1994.

<sup>58</sup> Sobre la naturaleza de esas decisiones y su ubicación en el esquema formal de fuentes del derecho se hará alusión más adelante.

ello, no caben dudas sobre la naturaleza de acto administrativo de la Resolución demandada.

### **3. La no vigencia del acto administrativo cuyas disposiciones se demandan y su incidencia en la decisión que se adoptará en esta sentencia**

“Con posterioridad a la expedición del acto administrativo que contiene las disposiciones demandadas, la CRA profirió la Resolución 151 de 2001, a través de la cual, pretendió unificar en un solo cuerpo normativo, lo relativo a los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo; es esta una conducta común en la experiencia reguladora de los servicios públicos en Colombia.

“En el artículo 6.1.1.1 de dicha Resolución se estableció:

“La presente resolución deroga todas las resoluciones de la CRA, de carácter general expedidas con anterioridad a la misma, salvo las siguientes disposiciones: ...”

“En la lista de Resoluciones no derogadas, no se incluyó a la Resolución 136 de 2000, lo cual significa que ésta perdió vigencia. En efecto, se estableció en la Sección 1.3.2 el “régimen contractual de las personas prestadoras” y la Sección 1.3.3 trata de las “cláusulas exorbitantes o excepcionales” ; en términos generales allí se contienen las mismas reglas incluidas en las disposiciones demandadas, con algunos cambios mas formales que sustanciales y ciertas adiciones<sup>59</sup>.

“Por su parte, la mayoría de las disposiciones contenidas en las 2 Secciones apenas aludidas de la Resolución 151 de 2001, fueron modificadas por las sucesivas Resoluciones de la CRA: 242 de 2003 y 293 de 2004.

“Como se observa, los temas a los que se alude en las disposiciones demandadas han sido objeto de frecuentes cambios, lo cual no es de extrañar, si se atiende la dinámica propia de las normas regulatorias. En efecto, una de las características principales de la regulación, es la sucesión en el tiempo de normas a gran

---

<sup>59</sup> Por ejemplo: el artículo 1.3.2.1 de la Resolución 151 de 2001 es idéntico al artículo 13 de la Resolución 136 de 2000 y el 1.3.3.1, lo es parcialmente, en relación con el artículo 17 respectivamente, situación similar se verifica de la confrontación de los artículos 1.3.2.2 y 19.

velocidad, habida cuenta de los análisis económicos y sociales que muchas veces motivan su producción y los retos que se afrontan en sectores con amplio movimiento de mercados<sup>60</sup>.

“Con base en estas consideraciones, surgen dos inquietudes lógicas: (1) ¿Resulta pertinente conocer y decidir un proceso de nulidad contra un acto administrativo derogado?; y (2) ¿Las decisiones sobre la legalidad de un acto administrativo pueden extenderse a otros de similar o idéntico contenido?

“En relación con el primer interrogante presentado, vale la pena advertir que esta Corporación ya se lo ha planteado con anterioridad y lo ha resuelto de manera afirmativa. En efecto, se ha sostenido que el hecho de que el objeto del juicio de legalidad que se asume con ocasión de una acción de nulidad, haya sido derogado o modificado, no impide que el juez de lo contencioso administrativo se pronuncie sobre el mismo, dados los efectos en el tiempo de las decisiones de nulidad, así como la función orientadora e instructora de la jurisprudencia nacional, máxime si se trata de uno de sus órganos de cierre.

“En un pronunciamiento de la Sección Primera de esta Corporación se sostuvo:

“Esta Corporación ha precisado que, no obstante haber perdido su vigencia el acto demandado, es imperativo el estudio de fondo del mismo, en atención a los efectos que pudo producir durante el tiempo en que rigió. Así lo ha expresado en varios de sus fallos: “De otra parte, en cuanto al tema de la sustracción de materia la Sala Plena del Consejo de Estado prohijó durante mucho tiempo la aplicación de la teoría de la sustracción de materia, tratándose de actos que han sido derogados o sustituidos por otros, o que han dejado de regir, o, que produjeron todos sus efectos. Se consideró que en tales eventos

---

<sup>60</sup> En este sentido, ha señalado JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA: “Todo regulador actúa sobre fuerzas superiores a él, estabilizándolas y haciéndolas actuar útil y armónicamente. El termostato de una caldera de calefacción hace que podamos obtener calor en condiciones controladas. Pues bien, la regulación económica actúa sobre la poderosísima fuerza del interés privado para mantenerlo dentro de ciertos límites en ciertos sectores estratégicos.” “Lo mismo que los reguladores físicos abren o cierran válvulas e inician o finalizan procesos, la regulación sectorial utiliza derechos y deberes, incentivos y limitaciones, para obtener una dinámica determinada en los protagonistas del sector. Es importante destacar que esta dinámica ha de ser sostenible en el tiempo, que es el equivalente social de la estabilidad que aportan los reguladores físicos a los procesos que se aplican.”. *El nuevo modelo de regulación para la competencia*. En: Privatización y liberalización de servicios. GASPAR ARIÑO ORTIZ (Compilador). Madrid, Universidad Autónoma, Boletín oficial del Estado - Ministerio de la Presidencia, 1999. p. 127. En sentido similar: ÉLIE COHEN. *Régimes économiques et regulation du service public*. En: Le service public en devenir. Paris, Harmattan, 2000. p.p 219 – 242.

resultaría inútil e inocho un pronunciamiento de mérito, por cuanto al haber desaparecido el acto de la vida jurídica, surgía la sustracción de materia y por consiguiente, la sentencia adolecería de falta de objeto práctico. Sin embargo, dicha tesis tuvo algunas variantes, en el sentido de considerar que, dado que el acto administrativo pudo haber producido efectos durante su vigencia, es menester un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad. Este último criterio ha sido mayoritario a partir de la Sentencia de Sala Plena del 14 de enero de 1.991, CONSEJO DE ESTADO, Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla. A partir del fallo de 1.991 antes citado, la jurisprudencia de esta Corporación ha optado por el fallo de mérito cuando quiera que el acto administrativo examinado haya desaparecido del universo jurídico por derogatoria”. (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente 3531. febrero 16 de 2001. C.P. Olga Inés Navarrete)”<sup>61</sup>.

“Por su parte, en la providencia referida de Sala Plena se señaló:

“Aun a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que se hubiesen expedido durante su vigencia.”<sup>62</sup>

“En lo que respecta, al segundo de los interrogantes presentado, la respuesta no puede ser sino negativa. Constituiría una grave afectación a la seguridad jurídica, el hecho de que con ocasión de la demanda de nulidad contra un determinado acto administrativo o parte de su contenido, se produjera una decisión que

---

<sup>61</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Primera. Sentencia de 14 de febrero de 2002. Expediente No. 7010, Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete.

<sup>62</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala plena de lo contencioso administrativo. Sentencia de 14 de enero de 1991. Expediente No. S-157 , Consejero ponente: Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

extendiera sus efectos a otros actos administrativos cuyo cuestionamiento de legalidad no se ha sometido al juez de lo contencioso administrativo.

“Sin embargo, una de las finalidades de los juicios de legalidad sobre actos administrativos derogados o modificados, distinta a la antes referida, es sin duda alguna, la capacidad orientadora de la jurisprudencia<sup>63</sup>; las administraciones públicas al momento de producir actos administrativos tendrán un referente importante en ésta, máxime si se trata del órgano judicial de cierre, que les servirá para ajustar sus decisiones administrativas, de mejor manera, al ordenamiento jurídico superior.

“Esta consideración general en relación con el juicio de legalidad de todos los actos administrativos, adquiere una particular relevancia en relación con aquellos de contenido regulatorio, como el que en esta oportunidad se analiza. En efecto, la dinámica propia de este tipo de normas, que implica la producción muchas veces sucesiva de decisiones sobre un mismo aspecto, así como la tendencia de organización regulatoria que se manifiesta en no pocas oportunidades a través de Resoluciones únicas o integrales de los servicios públicos disciplinados, verbigracia la mencionada Resolución 151 de 2001 de la CRA, traen como consecuencia, el deber de una atención mayor a los juicios de constitucionalidad y legalidad de las normas regulatorias, que deben ser atendidos, al momento de producir decisiones posteriores, de modo que, no se incurra en vicios que han sido advertidos por el juez de lo contencioso administrativo en su condición de juez de constitucionalidad y legalidad.

“Si al anterior razonamiento se le agrega la consideración práctica, del tiempo que demanda en la actualidad un proceso de nulidad en única o doble instancia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se refuerza la importancia de la juiciosa atención que deben hacer los entes reguladores de las decisiones sobre la constitucionalidad y legalidad de las normas que estos producen a través de sus actos administrativos. De no ser así, muchas de las decisiones adoptadas, en desarrollo de la función reguladora, estarían desprovistas de un control efectivo de legalidad, toda vez que en la práctica, su confrontación judicial con el ordenamiento jurídico, en muchos casos, no se podría desarrollar, por no encontrarse éstas vigentes al momento de deber adoptarse la respectiva sentencia definitiva.

---

<sup>63</sup> Artículo 230 de la Constitución política.

“En este orden de ideas, se concluye, que si bien los efectos de las decisiones judiciales que se adopten con ocasión de una acción de nulidad interpuesta contra un acto administrativo de carácter regulatorio, no pueden extenderse a otros actos de la misma naturaleza, con contenido similar e inclusive idéntico; sí deben ser observados por las entidades administrativas que cumplen estas funciones, y deben ocasionar en ellas precisos comportamientos dentro del ámbito de sus competencias, tales como, revocatorias directas, derogaciones o modificaciones expresas a través de actos administrativos sucesivos; no hacerlo, podría constituir violación a principios que orientan la función administrativa tales como: la buena fe, la prevalencia del interés general, la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad y la imparcialidad, entre otros<sup>64</sup>.

“La decisión que se adoptará en esta sentencia, no tendrá entonces efectos sino en relación con la Resolución 136 de 2000, pero deberá ser observada por la CRA, al momento de producir posteriores actos administrativos sobre estas materias, así como para ejercer la función administrativa que le es propia, de la mejor manera, en relación con los actos administrativos presentes, relativos a estos temas.

#### **4. La representación judicial de la CRA**

“Uno de los aspectos que fue objeto de discusión durante el trámite de este proceso, como se dijo, fue la capacidad de la CRA de ser representada en el mismo; si bien, a través de auto de 3 de diciembre de 2002<sup>65</sup> la Consejera de Estado, ponente en aquél entonces, reconoció “personería adjetiva” al representante judicial de la CRA, esta Sala considera oportuno, efectuar algunas consideraciones y precisiones sobre este asunto.

“La CRA, al igual que las otras dos comisiones reguladoras de los servicios públicos domiciliarios, fue creada por la Ley 142 de 1994 como una unidad administrativa especial, adscrita antes al Ministerio de Desarrollo Económico, hoy al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial.

---

<sup>64</sup> Artículo 209 constitucional y 3 de la Ley 489 de 1998.

<sup>65</sup> Folios 137 y 138.

“Todas las Unidades Administrativas Especiales, hacen parte de la “Estructura y organización de la administración pública”<sup>66</sup>, solo que en virtud de lo establecido en el artículo 38 de la ley 489 de 1998, hay unas que pertenecen al orden central y por ende, no detentan personería jurídica, y otras que, hacen parte del “sector descentralizado por servicios” y como consecuencia de ello tienen personería jurídica. Las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios, y dentro de ellas la CRA, hacen parte del primer grupo, es decir, son unidades administrativas especiales, sin personería jurídica, adscritas a sus respectivos ministerios.

“Como consecuencia de ello, las Comisiones de Regulación deben entenderse como “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”, de conformidad con lo establecido para este tipo de Unidades Administrativas Especiales en el artículo 67 de la Ley 489 de 1998.

“Pese lo anterior, al interior de la misma Ley 489 de 1998, se establece en el artículo 48 “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, si bien las Comisiones de Regulación son Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica, en virtud de lo establecido en la ley, detentan unas características particulares, que las distinguen de las otras:

- 1) Se someten a las reglas que les impongan sus normas de creación (artículo 48 de la Ley 489 de 1998) lo cual pareciera significar cierta distancia en relación con las reglas generales.
- 2) Detentan “independencia administrativa, técnica y patrimonial” (artículo 69 de la Ley 142 de 1994 en concordancia con el artículo 48 de la Ley 489 de 1998).

---

<sup>66</sup> Capítulo X de la Ley 489 de 1998, a través de la cual, se dictan normas, entre otras “sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional”.

3) 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).

“La especificidad de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios, principalmente en lo relativo a su independencia, ha sido analizada por la Corte Constitucional, en atención principal a lo establecido en los artículos 370, 150 numeral 7 y 211 constitucionales; en efecto, si bien esta Corporación ha distinguido entre entidades reguladoras de creación constitucional y legal, ha sostenido que las segundas, obedecen a mandatos específicos de la Carta Política de los que se deriva, al menos en parte, su independencia:

“Así, se puede decir que la Constitución contempla dos grandes tipos de órganos de regulación: primero, los de rango constitucional, entre los cuales se encuentra, por ejemplo, la Junta Directiva del Banco de la República como "autoridad monetaria, crediticia y cambiaria", y la Comisión Nacional de Televisión cuya junta directiva está encargada de "[l]a dirección de la política que en materia de televisión determine la ley" (art. 77 de la C.P.) entre otras funciones; y, segundo, los de creación legal a los cuales aluden expresiones abiertas como "otras entidades del orden nacional" (artículo 150, numeral 7, C.P.) y "agencias del Estado" (artículo 211 C.P.). Una de las características principales de estos órganos de regulación especializados por áreas de actividad reside en su independencia...”<sup>67</sup>

“De la revisión normativa apenas indicada, se deriva, que en relación con el problema analizado, se está frente a un órgano administrativo “independiente”<sup>68</sup> que goza de independencia administrativa, técnica y patrimonial pese a no

---

<sup>67</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-150 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Esta Corporación en una decisión anterior había ya analizado la naturaleza de las Comisiones de Regulación en los siguientes términos: “Al respecto, cabe recordar que según lo dispuesto en el artículo 150, numeral 7, de la Constitución, se reconoce al Congreso la facultad de determinar la estructura de la Administración Nacional, y en desarrollo de esa misma función también se encuentra habilitado para fijar las características de los órganos creados, esto es, para establecer, como en este caso, la independencia administrativa, técnica y patrimonial de ciertas agencias estatales, con o sin personería jurídica -que en este proceso corresponden a las denominadas unidades administrativas especiales-, para modificar sus características y aun para suprimirlas. Como la Constitución no consagra una enunciación taxativa de los tipos de órganos que pueden ser instituidos en desarrollo de dicha norma, tiene el Congreso la potestad de formular nuevas modalidades de órganos y de renovarlas, con miras a garantizar la eficiencia de la acción estatal y del servicio público”. Sentencia C-1162 de 2000. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.

<sup>68</sup> Mas no autónomo, pues estos serían al entender de la Corte Constitucional, aquellos de creación constitucional. Ibidem.

detentar personería jurídica. Se deduce de ello entonces: ¿La posibilidad, o la imposibilidad de ser representada judicialmente?

“Esta Sala considera, que en atención a las peculiaridades de “independencia” apenas aludidas, que detentan las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios, se debe derivar su capacidad de ser representadas judicialmente, pues de lo contrario, los conocimientos técnicos que son propios de su naturaleza, se escaparían de la consideración y análisis que en los singulares casos debe hacer el juez de lo contencioso administrativo.

“En efecto, la Constitución Política ha previsto, por una parte, que le corresponde al Presidente de la República trazar las políticas generales de administración, control y eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (artículo 370 constitucional), así como ha señalado también, que la regulación de los servicios públicos le corresponde al Estado (artículo 365 constitucional); y en desarrollo de ello, la ley ha creado las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios, a las cuales, al igual que cualquier otra entidad administrativa, el legislador puede atribuirle funciones<sup>69</sup>, a más de aquellas que les puede delegar el Presidente de la República en virtud de la competencia constitucional, sobre el tema (artículo 370 constitucional) sobre las materias señaladas específicamente aquí.

“Como se observa, el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios sobre el punto, se estructura de manera coherente, para permitir a órganos administrativos “independientes” desarrollar las funciones de regulación. El conocimiento técnico<sup>70</sup> que estos deben detentar, es en buena medida el sustento y legitimidad de sus actuaciones.

“Es justamente esta técnica la que debe estar al alcance del conocimiento del juez de lo contencioso administrativo, cuando quiera que se cuestione la legalidad o inconstitucionalidad de una norma regulatoria en materia de servicios públicos domiciliarios; por ende, la participación de las Comisiones de regulación en los

---

<sup>69</sup> Expresa alusión a esta situación se establece de manera expresa en el artículo 48 de la Ley 489 de 1998.

<sup>70</sup> Vale la pena anotar, que la “técnica” aludida no hace exclusiva relación a los aspectos científicos y tecnológicos relacionados con el servicio que se regule, sino también a los conocimientos de economía y en particular a los desarrollos armónicos de los mercados, así como a las implicaciones sociales propias de estos servicios. Este aspecto se desarrollará más adelante, con ocasión del análisis de los cargos presentados por el actor.

procesos de Nulidad que se promuevan contra sus actos, debe ser obligatoria, pese a no detentar ellas una personería jurídica<sup>71</sup>.

“En el caso objeto de análisis han participado dentro de su trámite tanto el Ministerio de Desarrollo Económico primero y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial después; como la CRA.

## **5. Análisis de los cargos por inconstitucionalidad e ilegalidad presentados por el actor**

“Para dar desarrollo a este acápite, se hará alusión por separado, a la sistematización, antes referida, de los cargos presentados por el actor, con la advertencia de que ambos guardan estrecha relación entre sí:

### **5.1- La Resolución demandada reglamenta de manera directa la Constitución Política y la Ley, contraviniendo de esta manera, la exclusividad, que en la materia, le es propia al Presidente de la República:**

“La actividad de “reglamentar” o la concreción de ésta, el “reglamento”, no han tenido en la experiencia legislativa, jurisprudencial y doctrinal colombiana, un tratamiento inequívoco. En efecto, desde una perspectiva material, en algunos casos se hace referencia al desarrollo normativo que se le da a la ley, y en otros, la reflexión se extiende al desarrollo normativo de la Constitución Política, por medios distintos a los legislativos; por otra parte, desde una perspectiva formal o subjetiva, en algunos casos se circunscribe a la capacidad (única) del Presidente de la República de ejercer la potestad reglamentaria, mientras que en otros, su consideración se extiende a manifestaciones normativas de contenido general e infra-legal, producidas por distintos entes públicos, que encuentran sustento, o en la Carta Política o en la Ley.

---

<sup>71</sup> Esta apreciación resulta coherente con lo establecido en el inciso segundo del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998) relativo a la “representación de las personas de derecho público”: “En los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el ministro, director de departamento administrativo, superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.” Subrayas fuera de texto.

“Esta Sala, considera que en muchas oportunidades, estas diferencias de pensamiento, obedecen más a apreciaciones nominales y formales, que a interpretaciones constitucionales e inclusive legales. En efecto, del panorama presentado se pueden deducir dos inquietudes, que deben ser resueltas, antes que con prejuicios nominales y en atención a consideraciones doctrinarias precisas, razonando sobre la formulación constitucional del tema: ¿Es viable desarrollar la Constitución Política, de manera directa, a través de instrumentos normativos de contenido general distintos a la ley? y ¿Le es viable desarrollar la ley, a entidades públicas, distintas al Presidente de la República, a través de instrumentos normativos infralegales y de contenido general?”

“Para resolver la primera de las inquietudes, basta hacer una lectura rápida de la Constitución Política, para concluir que se debe responder de manera afirmativa. En efecto, en no pocas oportunidades, el Texto Político atribuye al Presidente de la República<sup>72</sup>, a órganos autónomos<sup>73</sup>, de control<sup>74</sup>, electorales<sup>75</sup> e inclusive judiciales<sup>76</sup>, la posibilidad y el deber, de proferir normas de carácter general, que constituyen desarrollo directo de los mandatos constitucionales<sup>77</sup>. Al respecto, vale la pena aclarar, que cuando se producen estas manifestaciones normativas, en algunas oportunidades, éstas pueden también dar desarrollo a disposiciones de rango legal<sup>78</sup>.

“La segunda de las inquietudes, en cambio, ofrece un poco más de dificultad, pues conduce de manera inequívoca a cuestionamientos sobre si la única manera de desarrollar la ley, por medio de instrumentos normativos de contenido general, es

---

<sup>72</sup> A título de ejemplo puede referirse el mandato contenido en el artículo 370 constitucional, que ofrece particular importancia para el caso objeto de análisis: “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...”

<sup>73</sup> Se utiliza aquí la expresión de “órganos autónomos” de manera coherente con lo entendido por la Corte Constitucional en relación con órganos de creación constitucional que detentan funciones reguladoras (C-150 de 2003 Cit.). A título de ejemplo, puede mencionarse la atribución hecha por la Constitución Política al Banco de la República y a su Junta Directiva en los artículos 371 y 372 constitucionales.

<sup>74</sup> Como por ejemplo la atribución hecha al Contralor General de la República a través del artículo 268, numeral 1 constitucional.

<sup>75</sup> Se le atribuye de manera expresa en el numeral 9 del artículo 265 constitucional al Consejo Nacional Electoral, la facultad de “reglamentar” la participación de los partidos políticos.

<sup>76</sup> Como la función atribuida al Consejo Superior de la Judicatura en el numeral 3 del artículo 257 constitucional.

<sup>77</sup> Algún sector de la doctrina nacional, califica a estas manifestaciones normativas como “Reglamentos Autónomos”. Cfr. LIBARDO RODRÍGUEZ. *Los reglamentos autónomos*. En: IV foro Iberoamericano de derecho administrativo. Memorias. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. p.p. 933 a 963.

<sup>78</sup> En el caso referido del Bando de la República en su condición de órgano autónomo, por ejemplo, se hace expresa alusión a la sujeción de sus decisiones a la ley.

a través del ejercicio de la potestad reglamentaria propia del Presidente de la República<sup>79</sup>, o si por el contrario, esto puede hacerse con ocasión del ejercicio de otro tipo de funciones o por entes de distinta naturaleza.

“Al respecto, vale la pena señalar, en primer lugar, que de antaño, se ha reconocido por nuestra legislación la oportunidad y posibilidad de producir actos administrativos de contenido general, junto a aquellos de alcance particular<sup>80</sup>; y el soporte normativo, para la producción de aquellos, ha sido sin duda alguna, la disposición legal. Es la Ley por excelencia, el instrumento idóneo, en un Estado de Derecho, para establecer las funciones y competencias de los entes administrativos, y de ésta, se pueden deducir, atribuciones para la producción de actos administrativos de contenido particular o general.

“Vale la pena advertir, que si bien algún sector de la doctrina ha pretendido diferenciar la producción de actos administrativos de carácter general a la producción de reglamentos<sup>81</sup>, no caben dudas, en que desde una perspectiva general, la manifestación de la potestad reglamentaria en Colombia a través de decretos, ha sido reconocida, por excelencia como un típico caso de producción de actos administrativos de contenido general, lo cual implica, al menos, el reconocimiento de una especie de los actos administrativos que producen efectos en un conjunto determinado o indeterminado de miembros de la colectividad.

---

<sup>79</sup> Artículo 189, numeral 11 constitucional.

<sup>80</sup> A título de ejemplo puede mencionarse la distinción entre derecho de petición en interés particular de aquél de interés general, así como las distinciones procesales entre el cuestionamiento de legalidad de actos administrativos de contenido general y el de aquellos de contenido particular, introducidas por el Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo.

<sup>81</sup> Tendencia ésta, muy frecuente en la doctrina española, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, por ejemplo, han sostenido: “No sería correcto, pues, explicar el Reglamento como un simple acto administrativo general y hacer aplicación al mismo de toda la teoría de los actos. Antes nos opusimos a la extensión al reglamento de toda la teoría de la Ley, ahora hay que decir lo mismo de la teoría de los actos administrativos; el Reglamento no es ni una ley material ni un acto administrativo general; es sin duda, un *quid aliud* frente a esas dos instituciones más comunes y conocidas.” “La distinción más obvia entre el Reglamento y el acto es que aquél forma parte del ordenamiento jurídico, en tanto que el acto es algo “ordenado”, producido en el seno del ordenamiento y por éste previsto como simple aplicación del mismo.” *Curso de derecho administrativo*. Madrid, Civitas, 1997. p. 173. Por su parte, en la doctrina italiana, FRANCESCO CARINGELLA por ejemplo, comparte la necesidad de distinguir ambas categorías, aunque sin desconocer la connotación normativa de los actos administrativos de contenido general; agrega sin embargo, que si bien la doctrina convencional utiliza criterios materiales (políticos) y formales (nominales) para esta distinción, entendiendo por los primeros, la diferencia de impacto social que produce una y otra manifestación normativa; y por los segundos, el nombre que el ordenamiento jurídico les atribuya, la verdadera diferencia radica en que en virtud de la connotación abstracta de los reglamentos, la población sobre la cual ejercen efectos no será susceptible de ser determinada con exactitud, ni siquiera con posterioridad a la vigencia de estos. *Manuale di diritto amministrativo*. Milán, Giuffrè, 2006. p.p. 431 a 435.

“No existen razones en Colombia, para diferenciar, como acontece en otros Estados, los reglamentos de los actos administrativos de contenido general; estos, constituyen una categoría en nuestro medio, que se presenta como una de las posibles manifestaciones de la función administrativa<sup>82</sup>.

“En segundo lugar, se ha reconocido en el ordenamiento jurídico colombiano, la procedencia de instrumentos jurídicos como la delegación, a través de la cual una entidad pública (delegante) transfiere el ejercicio de algunas funciones a otra (delegataria) para que ésta las ejerza bajo su propia responsabilidad<sup>83</sup>. En lo que respecta a la posibilidad del Presidente de la República de delegar sus funciones constitucionales de producción normativa, y en particular aquella ya referida de la potestad reglamentaria, el constituyente y el legislador han obrado de manera celosa, limitando la posibilidad de ello, más no por esto negándola<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> En época reciente, ha sostenido JAIME ORLANDO SANTOFIMIO: “Desde la perspectiva del pensamiento jurídico colombiano, el reglamento no es otra cosa que una modalidad del acto administrativo de carácter general. Sin embargo, una aproximación histórica al concepto de reglamento nos permite afirmar que la determinación de su naturaleza jurídica no ha sido un asunto de fácil resolución, ni de pacífica aceptación por la doctrina. Dentro del contexto del Estado institucionalizado, sus caracteres de instrumento normativo y regulador de situaciones generales han planteado en no pocas ocasiones, su calificación como ley en sentido material. No obstante, un análisis, dentro de los criterios que profundamente estudiamos (...) nos permite concluir que en el caso colombiano no se puede hacer una aseveración de estas magnitudes.” “En Colombia, a diferencia de otros ordenamientos, el reglamento es acto administrativo de carácter general. Es más como lo advertíamos, se instituye como el principal mecanismo de proyección normativa y reguladora en cabeza de los órganos y personas con funciones administrativas. Esta característica no se desprende de la proliferación de normas de esta naturaleza, sino de la cantidad de materias que obviamente debe desarrollar la administración para cumplir tanto los mandatos constitucionales como aquellos expedidos por el legislador.” (subrayas fuera de texto). *El reglamento frente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado*. En: VI Foro iberoamericano de derecho administrativo. Cit. P. 831.

<sup>83</sup> Se establece en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998: “Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.” Y por su parte en el inciso segundo del artículo 12 de la misma ley: “La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo”.

<sup>84</sup> En efecto, se establece en el primer inciso del artículo 211 constitucional: “La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine.”. En desarrollo de este mandato, se dispuso en el artículo 11 de la Ley 489 de 1998: “Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:” “1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente previstos en la ley” (...). Como se observa, en línea de máxima, no resulta delegable la función del Presidente de la República de reglamentar la ley, ni las funciones normativas de contenido general que detenta el Presidente de la República en desarrollo directo de la Constitución política; sin embargo, si la ley lo establece de manera específica y expresa esto puede acontecer, tal y como sucede en materia de regulación de los servicios públicos domiciliarios de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con el 48 de la Ley 489 de 1998: “El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control

“Como se observa, entonces, la segunda inquietud planteada, debe ser también resuelta de manera afirmativa, pues por una parte, la ley le puede atribuir a las administraciones públicas la facultad de proferir decisiones administrativas de carácter general (y estas no son otra cosa que el desarrollo de la ley a través de instrumentos normativos de contenido general); y por la otra, aunque excepcionalmente, el Presidente de la República, puede delegar su potestad de reglamentar la ley o el ejercicio de funciones normativas conferidas de manera directa por el texto político.

“La interpretación normativa que se ha presentado para absolver ambas inquietudes, evidencia los alcances nominales de la discusión a la que antes se aludió: ¿solamente se puede llamar reglamento al acto del Presidente de la República con el que se ejerce la potestad reglamentaria? ¿Los actos de las entidades administrativas a través de los cuales se ejerce la delegación de la potestad reglamentaria u otra potestad normativa del Presidente de la República se pueden llamar reglamentos? ¿Son reglamentos los actos (distintos a la ley) que desarrollan directamente la Constitución?

“Para efectos, de encontrar una claridad al respecto, esta Sala considera oportuno señalar que, como se observa, (1) el desarrollo de la Constitución Política a través de instrumentos normativos de contenido general distintos a la ley; (2) el desarrollo de la ley por parte de órganos administrativos a través de la expedición de actos de contenido general en ejercicio de atribuciones conferidas por el mismo legislador; (3) la expedición de estos mismos actos en ejercicio de la delegación hecha por el Presidente de la República de su potestad reglamentaria; o (4) la expedición de actos de contenido general, por parte de órganos administrativos, en virtud de la delegación del Presidente de la República de funciones normativas directamente atribuidas por la Constitución Política; no constituyen invasión alguna a la potestad reglamentaria que le es propia al Presidente de la República (artículo 189 numeral 11 constitucional), sino, o su desarrollo, o el ejercicio de funciones cuyo origen está consagrado o en la Constitución Política o en la ley.

---

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.”

“En este sentido, de manera independiente a la denominación que adopten, decretos, reglamentos, resoluciones, actos , etc, podría aludirse a todas estas manifestaciones de manera única, como se ha hecho en algunos escenarios de derecho comparado e inclusive nacional, bajo el calificativo de “reglamento”<sup>85</sup>; sin con ello significar, el desconocimiento de las características y soporte normativo diverso, de una u otra modalidad.

“En este contexto de aclaración y precisión conceptual, así como de demostración de oportunidad constitucional y legal para una u otra modalidad de “reglamento”, pasa la Sala a analizar lo relativo a la posibilidad de las Comisiones de Regulación de producción de normas de contenido general, para con base en ello, proceder a analizar de manera específica este cargo presentado por el actor.

“Con este propósito, resulta fundamental, la distinción entre “reglamento” y “regulación”; en efecto, la función de las Comisiones de Regulación de los servicios públicos domiciliarios es por antonomasia la de “regular” estos servicios; y esta actividad, no puede confundirse, con los instrumentos normativos a través de los cuales ésta se manifiesta. En efecto, puede perfectamente concretarse la regulación, a través de un acto administrativo de carácter particular o de uno de carácter general, o “reglamento” en los términos arriba indicados.

“La regulación no es pues una norma propiamente dicha, aunque se exprese normalmente a través de ella; sino que es parte de la “función pública” moderna, que expresa la particular preocupación estatal por la orientación de un sector económico especial, en un mercado en el cual se desenvuelve y por los actores de ese círculo económico.

---

<sup>85</sup> A título de ejemplo puede citarse en el marco de la doctrina española la consideración de los reglamentos como: “... toda norma escrita dictada por la Administración” EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. Curso de derecho administrativo. Cit. p. 167; o en la doctrina francesa la alusión de los mismos junto con las leyes, como la comprensión de la “representación ordinaria del derecho escrito”. RENÉ CHAPUS. *Droit administratif general*. Tomo 1. París, Montchrestien, 2001. p. 65. En el derecho nacional puede referirse el trabajo de JAIME ORLANDO SANTOFIMIO, para quién “el reglamento no es otra cosa que una modalidad del acto administrativo de carácter general” ... “En Colombia, a diferencia de otros ordenamientos, el reglamento es acto administrativo de carácter general. Es más, como lo advertíamos, se instituye como el principal mecanismo de proyección normativa y reguladora en cabeza de los órganos y personas con funciones administrativas. Esta característica no se desprende de la proliferación de normas de esta naturaleza, sino de la cantidad de materias que obviamente debe desarrollar la administración para cumplir tanto los mandatos constitucionales como aquellos expedidos por el legislador.” *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 1. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 432.

“La regulación, entonces, constituye una tarea especial a cargo del Estado, que demanda la realización de múltiples actividades, y la adopción de decisiones y políticas que bien pueden expresarse (1) en actividades materiales puras y simples, (2) en actos administrativos generales e, incluso, (3) en actos administrativos particulares, todos ellos aplicables a determinados operadores de los servicios públicos<sup>86</sup>.

“En idéntico sentido, señala Juan Carlos Cassagne que “La regulación económica constituye una de las funciones esenciales del Estado Subsidiario que se configura, básicamente –en su función normativa-, como una típica emanación del poder de policía. Mediante ella se comprime el ámbito de la libertad económica a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas, con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos (y demás actividades privadas de interés público que capta el

---

<sup>86</sup> En un sentido un tanto aproximado, la Corte Constitucional señala, en la ya referida Sentencia C-150 de 2003, que la regulación puede estar contenida en diversas normas jurídicas, de manera que no tiene naturaleza normativa excluyente frente a otras del ordenamiento jurídico. Afirma, pues, que “En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. Así, el mercado económico no es un fenómeno natural sino que depende de que el Estado establezca una serie de instituciones básicas, como el derecho de propiedad, la libertad contractual y un sistema de responsabilidad contractual y extracontractual cuya efectividad obedece a que exista una administración de justicia y una policía administrativa capaces de hacer respetar tales instituciones. Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar. En este orden de ideas, el Código Civil, por ejemplo, constituye una modalidad de regulación tanto de las condiciones básicas del mercado como de la organización social.” (...)

“... dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia.”

derecho administrativo) con los intereses de la comunidad (entre los que se ubica la protección de los usuarios).

“La actividad regulatoria de la economía es, sustancialmente, actividad legislativa o reglamentaria, encontrándose sometida a todos los principios, normas y garantías constitucionales... Como la dinámica regulatoria se traduce en fuentes de naturaleza reglamentaria, a través de la técnica de la delegación o atribución de funciones a los entes reguladores, hay un cúmulo de principios generales aplicables en este ámbito que operan como límites sustanciales al ejercicio de la respectiva potestad...”<sup>87</sup>

“En esta medida, la regulación es una actividad administrativa a cargo del Estado, que puede servirse de diversas fuentes para expresarse; pero, incluso, en algunos casos concretos puede no servirse de ninguna de ellas, pues no todo lo que es regulación tiene que estar contenido en una norma. En este sentido, bien pueden existir, así sean pocas, medidas regulatorias que se agotan en puras operaciones materiales de intervención.

“Sin embargo, es claro que la regulación a veces se realiza a través de la expedición de reglamentos administrativos, es decir, de normas de carácter general, expedidas en ejercicio de función administrativa, con vocación de permanencia en el tiempo; y otras, a través de decisiones administrativas pero de carácter particular. Cuando se ejercen estos dos grupos de facultades no puede negarse que se actúa en ejercicio de la función regulatoria, de manera que de allí no puede seguirse que esta actividad sólo pueda realizarse a través de normas generales, pues este criterio desconocería que a través de decisiones particulares también se orienta un sector económico de los servicios públicos domiciliarios, regulándose el mismo<sup>88</sup>.

“En el caso objeto de análisis, se cuestiona la eventual violación al artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, por parte de las disposiciones

---

<sup>87</sup> La intervención administrativa. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994. Págs. 166 y 167.

<sup>88</sup> Incluso, la propia ley 142 de 1994 define la regulación como “14.18. REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. La facultad de dictar normas de carácter general [o particular en los términos de la Constitución y de esta ley], para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos.”

demandadas, por cuanto se consideró que estas habían reglamentado de manera directa la Constitución Política y la Ley, situación esta que solo le estaba permitida al Presidente de la República.

“Al respecto, vale la pena distinguir, conforme a lo antes señalado, entre la reglamentación directa de la Constitución y la reglamentación de la ley, que conforme al actor habría desarrollado la CRA con la expedición de Resolución 136 de 2000.

“En lo que respecta a la reglamentación de la Constitución, ya se advirtió que esta no es exclusiva del Presidente de la República, sino que puede ser también desarrollada por otros entes de naturaleza pública, siempre que se haga alusión expresa a ello en el Texto Político. Sin duda alguna, la CRA no tiene esta facultad, por cuanto fue creada por la Ley y no por la Constitución Política.

“Sin embargo, de la lectura del acto administrativo cuyas disposiciones se demandan, se evidencia que no se pretendió reglamentar la Constitución, sino desarrollar las funciones propias de la CRA, que le fueron asignadas por la ley, y delegadas por el Presidente de la República.

“En este sentido, la posibilidad que tiene el Presidente de la República, de dictar normas en desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 370, y que puede ser delegada en las Comisiones de Regulación en virtud de lo establecido en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, no puede hacer pensar, en que cuando una Comisión de Regulación, da desarrollo a ello, está reglamentando directamente la Constitución, pues lo que esta está haciendo, es cumplir una función, en virtud de la figura de la delegación.

“No resulta entonces procedente el primer supuesto de este cargo del actor, según el cual, la CRA suplantó al Presidente de la República, en el ejercicio del mandato constitucional contenido en el artículo 370 y con ello, violó la exclusividad de la potestad reglamentaria que le es propia al primer mandatario.

“En lo que respecta, al segundo de los supuestos, es decir, a la presunta indebida reglamentación de la ley, por violar la exclusividad del Presidente de la República en materia de potestad reglamentaria; vale la pena señalar, como antes se indicó, que la regla general es que el primer mandatario no puede delegar ni la potestad genérica de reglamentar la ley (artículo 189 numeral 11 constitucional), ni la de producir normas de contenido general por expreso mandato constitucional (como el contenido en el artículo 370 constitucional); sin embargo, como también se advirtió, en materia de servicios públicos domiciliarios, existe un expreso mandato legal que lo consiente, lo cual de manera lógica supone, que no puede considerarse en términos abstractos, que la CRA haya ejercido de manera indebida una función reglamentaria, que se insiste, podía legítimamente delegar el Presidente de la República.

“Como consecuencia de ello, no puede prosperar tampoco el supuesto aducido por el actor, según el cual, la CRA con la expedición del acto administrativo cuyas disposiciones se demandan, ejerció una función que no podía ser desarrollada, sino por el Presidente de la República.

**5.2- A través de los artículos considerados violatorios del ordenamiento jurídico en la demanda, se fue más allá de lo establecido para esas situaciones en la Ley 80 de 1993 y la Ley 142 de 1994:**

“Una vez aclarado, que no existió por parte de las disposiciones demandadas, una violación genérica a la potestad reglamentaria que en términos constitucionales le corresponde al Presidente de la República, pasa la Sala a analizar la legalidad de las singulares disposiciones, en confrontación con las disposiciones legales relativas a los argumentos allí contenidos, para efectos de constatar si se excedió la función reglamentaria, en atención a los referentes constitucionales y legales, antes mencionados.

“En lo que respecta al artículo 13 de la Resolución 136 de 2000, cuyo texto es:

“Regla general en materia de contratación. De conformidad con lo establecido en los artículos 30, 31, 32 y 39 de la Ley 142 de 1994, los actos y contratos que celebren las entidades prestadoras de servicios públicos se someten en

cuanto a su formación, cláusulas y demás aspectos legales al régimen de derecho privado, salvo las excepciones previstas en la misma ley”

“No encuentra esta Sala, inconformidad constitucional o legal alguna, toda vez que lo que se limita a hacer esta disposición, es a transcribir, por demás de manera impropia, lo establecido por la ley 142 de 1994. En efecto, en el artículo 32 en concordancia con el artículo 31 de ésta, se expresa, en desarrollo del mandato constitucional referido a la reserva legal sobre el régimen de los servicios públicos<sup>89</sup>, que los actos y contratos de los sujetos prestadores de los servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado.

“Vale la pena aclarar, que la disposición demandada, al igual que lo hace la Ley 142 de 1994 (artículo 32) establece que esta regla general, tiene unas excepciones que se encuentran en la misma ley<sup>90</sup>; disposición ésta que puede tener propósitos orientadores, pero que de manera alguna puede leerse de manera restrictiva, toda vez que, perfectamente otra ley ordinaria o de distinta naturaleza puede incluir excepciones adicionales, dada la categoría de ley ordinaria que detenta la Ley 142 de 1994.

“En lo que respecta al artículo 14 de la Resolución 136 de 2000, cuyo texto es:

“Regla general en materia de autorización para la prestación de servicios. De conformidad con lo establecido en los artículos 10 y 22 de la Ley 142 de 1994, no se requerirá de contratos de concesión para la prestación de los servicios públicos domiciliarios regulados por la presente resolución, con excepción de los casos en los cuales se establezcan áreas de servicio exclusivo en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

En todo caso, las entidades prestadoras de los servicios de agua potable y saneamiento básico deben someterse a lo establecido en la Ley 142, en especial en sus artículos 25 y 26, a los reglamentos que expida el Gobierno, a la regulación que expida la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y a los acuerdos que, dentro de su competencia, expidan los concejos municipales.

---

<sup>89</sup> Artículo 365.

<sup>90</sup> Sobre la sistematización de estas excepciones, puede consultarse la siguiente providencia de esta Corporación: CONSEJO DE ESTADO, Sala plena de lo contencioso administrativo. Auto de 23 de septiembre de 1997, expediente: S-701. Consejero ponente: Carlos Betancour Jaramillo.

“Esta disposición para la Sala, tampoco contraviene la Constitución Política o la ley; también aquí se hace una transcripción imprecisa de lo establecido al respecto, por la Ley 142 de 1994, en virtud de la liberalización que opera por regla general para los servicios públicos en virtud del mandato contenido en el artículo 365 constitucional.

“En efecto, salvo las restricciones propias de la ley en materia de áreas de servicio exclusivo, o de acceso a bienes de uso público necesarios para la prestación de algunos servicios públicos domiciliarios como el agua<sup>91</sup>, de conformidad con la configuración legal de los servicios de acueducto y saneamiento básico, los prestadores de estos, o quienes deseen prestarlos hacia el futuro, no necesitan habilitación alguna para ello.

“Lo anterior no obsta, para que en virtud de imperativos de orden público en general y de manera particular, ambiental, los municipios u otras autoridades públicas, exijan permisos o autorizaciones para la prestación de estos servicios, tal y como se establece en los mencionados artículos 25 y 26 de la Ley 142 de 1994.

“En lo que respecta al artículo 15 de la Resolución 136 de 2000, cuyo texto es:

“Regla general aplicable a todos los contratos en los cuales las entidades territoriales o prestadoras de servicios públicos transfieren a terceros la prestación total o parcial de los servicios. En el caso de que en virtud de un contrato o convenio, cualquiera sea su naturaleza o denominación, se transfiera la posibilidad a una entidad oficial, mixta o privada de prestar uno o varios servicios o actividades complementarias de los mismos y por lo tanto, estén facultados para cobrar tarifas al público, en el mismo contrato deberán incluirse las formulas tarifarias correspondientes, además su composición por segmentos, su modificación e indexación, que deberán atenerse en un todo a lo establecido en el parágrafo 1o. del artículo 87 de la Ley 142; también se incluirá en el contrato, la sujeción por parte de la entidad que prestará el servicio a los programas, criterios, características, indicadores y modelos a los cuales debe someterse para la prestación del servicio.

---

<sup>91</sup> Artículos 40 de la Ley 142 de 1994 y 9 de la Ley 632 de 2000, así como 39.1 de la Ley 142 de 1994 respectivamente.

Así mismo, en estos contratos se indicarán 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 entidad prestadora del servicio y los mecanismos de que se dispondrá para garantizar la permanencia en la prestación de los servicios a los usuarios”.

“Esta disposición llama la atención por su falta de claridad; en efecto del título de ella, así como del contenido del primer inciso, se deriva, que se establecen unas reglas para unos específicos contratos: aquellos, en que sin importar su denominación, celebren “las entidades territoriales o prestadoras de servicios públicos” para transferir “a terceros la prestación total o parcial de los servicios”<sup>92</sup>.

“La primera perplejidad que se observa, es la relativa a ¿qué tipo de contratos se refiere la disposición?, toda vez que como antes se recordó, para la prestación de los servicios regulados por la CRA, la regla general es la inexistencia de títulos habilitantes, lo cual implica, que de ninguna manera la disposición cuestionada, puede dar lugar a la creación de unos negocios jurídicos para con ellos habilitar la prestación de los servicios regulados, pues de ser así, esta disposición debería declararse nula.

“Descartado este propósito de la disposición cuestionada, debería entenderse ésta, como la relativa a las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que celebren los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, para que terceros desarrollen una respectiva gestión. En este caso, la hipótesis contractual allí contenida, no contravendría, la liberalización de estos servicios públicos domiciliarios, que como se dijo antes, se esgrime desde el ámbito constitucional y legal.

“En este último entendido, vale la pena anotar que la disposición demandada hace relación a la necesaria inclusión de unas reglas tarifarias, dentro del contenido contractual, las cuales se deben ceñir a unas orientaciones precisas prescritas en

---

<sup>92</sup> Vale la pena advertir, que a la fecha de producción de esta norma reglamentaria producida en ejercicio de la función reguladora, no estaba vigente la Ley 689 de 2001 y por ende, no se conocía la hipótesis contractual contenida en el artículo 3 de ésta, que adicionó el artículo 31 de la Ley 142 de 1994: “Parágrafo: Los contratos que celebren las entidades territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, ser 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”

la ley. Este deber, sin embargo, encuentra sustento en el mencionado párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, en el cual se establecen unas condiciones precisas:

“Cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley. Tanto estas como aquellas deberán ser parte integral del contrato y la Comisión podrá modificarlas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema. Intervendrá asimismo, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 de esta Ley. Con todo las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando esta Ley así lo disponga.”

“Como se aprecia, a partir de una simple lectura de la primera parte de la disposición demandada, ninguna de estas condiciones se replicaron en ella, y por el contrario ésta se excedió: (1) se hizo una alusión genérica a contratos a través de los cuales se entrega la prestación del servicio a un tercero y no a las actividades de gestión contenidas en la disposición legal aludida; (2) se hizo obligatoria la inclusión de unas reglas tarifarias, cuando la ley lo que establece es que estas se pueden incluir o no<sup>93</sup>; y (3) se señaló que el objeto contractual, podía ser cumplido por “entidades” públicas, privadas o mixtas, cuando la ley solo hizo referencia a empresas privadas.

“Sin duda alguna, la CRA excedió la Ley con la expedición de esta disposición, toda vez que su capacidad reglamentaria, antes señalada, implica el sometimiento de los actos administrativos, que expida en ejercicio de su función regulatoria, al ordenamiento jurídico superior y por ende al artículo de la ley aludido. En lo que respecta entonces, a esta disposición, tiene razón el demandante, al señalar que

---

<sup>93</sup> Obviamente según la prescripción legal, en caso de que no se incluyan en los contratos estas reglas, se aplicarán aquellas generales en materia de tarifas del respectivo servicio.

se suplió a la ley en ejercicio de la función reglamentaria de la CRA y por ende, en esta sentencia se declarará la nulidad de este artículo<sup>94</sup>.

“En lo que respecta al artículo 16 de la Resolución 136 de 2000, cuyo texto es:

“Estabilidad regulatoria. Los actos y contratos que celebren las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a que se refiere la presente resolución, se regirán por las normas regulatorias vigentes al momento de su celebración.

Por lo anterior, las tarifas y las fórmulas tarifarias sólo podrán ser modificadas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de la neutralidad o abusos con los usuarios del sistema, también podrá intervenir la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico cuando las entidades incurran en prácticas restrictivas de la competencia.

De conformidad con lo establecido en el párrafo 1o. del artículo 87 de la Ley 142, las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico cada cinco años, lo cual sólo podrá hacerse mediante resolución motivada, de contenido particular y concreto.

El proponente al presentar su propuesta en materia de tarifas debe someterse a los límites establecidos en la ley y, una vez suscrito el contrato, la fórmula deberá ser puesta en conocimiento de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En estos casos, la tarifa que se cobre al usuario final no debe ser superior a la que hubiera cobrado un prestador de servicios públicos sometido a la aplicación de la regulación genérica de la CRA”.

“Esta disposición, hace relación a un importante tema de la regulación, cual es el de su carácter vinculante en relación con contratos celebrados antes de su producción. De manera indiscutible, las reglas sobre tarifas que se produzcan en virtud de la actividad regulatoria, vinculan a las relaciones prestador - usuario desde el momento mismo de su expedición y en caso de que aquél preste el

---

<sup>94</sup> No encuentra la Sala razones para revisar los otros apartes de esta disposición, toda vez que el exceso del reglamento en consideración a la ley, se produjo, como se advirtió, en relación con la hipótesis de hecho contenida en la disposición: la celebración de unos precisos contratos.

servicio en desarrollo de un contrato<sup>95</sup>, estas, en línea de máxima, deberán surtir efectos en éste, que deben preverse en el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

“En el primer inciso de la disposición pese a la extraña redacción de “celebración de actos” se alude al derecho vigente e imperativo al momento de celebrar contratos, lo cual es una máxima normal en el derecho de los negocios jurídicos.

“En lo que respecta al segundo y tercer inciso de la disposición demandada, se evidencia una contradicción entre los mismos, que en buena medida obedece a la difícil redacción sobre este punto, del Parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994. En efecto, en el segundo inciso se hace mención a unos supuestos que justifican la intervención del Estado a través de la regulación, en cualquier momento; mientras que en el tercero, se menciona el término de 5 años para la revisión de la regulación tarifaria.

“La disposición demandada se limitó a transcribir la disposición legal, es decir, se prevén dos posibilidades de afectación a los contratos por modificaciones regulatorias: (1) aquella que se puede dar siempre que se verifiquen “abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, (y) abuso con los usuarios del sistema”, y otra que (2) a más de ser potestativa, permite mayor discrecionalidad del ente regulador, toda vez que no supone ningún evento de carácter material, sino el transcurso de 5 años desde la última intervención regulatoria en materia tarifaria.

“Se debe, sin embargo, advertir, que estas dos hipótesis de cambios tarifarios por vía regulatoria, están contenidas en una precisa disposición legal (parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994) que no hace referencia a cualquier tipo de contrato, sino a aquellos que se celebren “mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios”.

“La disposición demandada extiende los efectos de esta intervención tarifaria a cualquier situación contractual, lo cual de manera indiscutible constituye, de manera similar a lo argumentado en relación con el análisis de la disposición

---

<sup>95</sup> Como por ejemplo en el caso de un área de servicio exclusivo (artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y 9 de la Ley 632 de 2000).

anterior, un exceso en la función reglamentaria de la CRA, toda vez que le extendió los efectos a una medida que en términos legales obedecía a una situación precisa, a todos los contratos e inclusive actos (se entendería que unilaterales) que tuvieran relación o sufrieran la incidencia de cambios tarifarios introducidos a partir del ejercicio de la función regulatoria<sup>96</sup>.

“En lo que respecta en cambio, a los últimos dos incisos, estos estarían conformes al ordenamiento jurídico, siempre que se estuviera haciendo referencia a la hipótesis contenida en el párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, pues se estaría reglamentando esta disposición, al establecer unos instrumentos de seguimiento por parte de la entidad reguladora y la de control, en relación con su propuesta tarifaria, a más de garantizar el cumplimiento de las reglas generales en materia de tarifas, es decir aquellas provenientes de la regulación y no de disposición contractual.

“Con base en lo antes señalado, en relación con esta disposición, en esta sentencia se declarará la conformidad del ordenamiento jurídico de los incisos 1, 4 y 5 de este artículo demandado, con la comprensión de que los dos últimos hacen alusión exclusiva a la hipótesis contenida en el párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994; y se declarará la nulidad de los incisos dos y tres, por verificar que en ellos se excedió la función reglamentaria, extendiendo efectos a la ley no previstos por ella misma.

“En lo que respecta al artículo 17 de la Resolución 136 de 2000, cuyo texto es:

“Contratos en los cuales deben pactarse cláusulas excepcionales. Todas las entidades prestadoras de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico o de las actividades complementarias de los mismos a que se refiere esta resolución, deberán pactar las cláusulas exorbitantes o excepcionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes contratos:

- a) En los contratos que conforme a la ley deban adjudicarse por el sistema de licitación, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994;
- b) En los casos previstos en la Resolución 01 de 1995 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico;

---

<sup>96</sup> No significa lo anterior, que las Comisiones de Regulación no puedan revisar sus fórmulas tarifarias en todo momento, en virtud de sus funciones generales y en especial, las contenidas en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

c) En los contratos en los cuales, por solicitud de la entidad prestadora, lo haya autorizado la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en forma expresa y previa a su celebración.

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 en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”.

“La Sala observa que esta disposición constituye desarrollo directo de lo contemplado en el segundo inciso del artículo 31 de la Ley 142 de 1994. En efecto, en el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, como se anotó antes, se estableció una regla general, según la cual, los prestadores de los servicios públicos domiciliarios en la producción de sus actos y celebración de contratos, están sometidos al derecho privado (artículo 32 en concordancia con el primer inciso del artículo 31 reformado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001).

“Una de las excepciones a esta regla, la constituye justamente la hipótesis en la cual se verifique la existencia de cláusulas excepcionales en los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos, por cuanto la ley ha prescrito de manera expresa que “todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la ley 80 de 1993”.

“La inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos celebrados por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, no debe desarrollarse según las reglas contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, según las cuales, existen unos tipos de contratos, donde no se pueden incluir, otros donde se puede, y otros en los que deben incluirse (y se entienden incluidas)<sup>97</sup>.

“La ley 142 de 1994 (artículo 31) ha previsto en cambio, que tales cláusulas se pueden incluir (1) cuando la Comisión Reguladora respectiva así lo establezca; o (2) cuando previa solicitud del prestador del servicio público domiciliario, la Comisión de Regulación respectiva lo autorice. Se verifica aquí, un típico caso de deslegalización, o fenómeno a través del cual funciones propias del legislador, se

---

<sup>97</sup> Esta afirmación de ninguna manera significa, que en caso de que se incluyan las cláusulas excepcionales, con base en el cumplimiento de las normas a las que se hará referencia en seguida, según se indicó, resulte aplicable lo pertinente de la Ley 80 de 1993.

transfieren a una entidad administrativa, para que ésta las desarrolle a través de reglamentos o de actos administrativos de contenido particular.

“Una lógica técnica en estricto sentido, y de mercado, hay detrás de esta prescripción normativa; la ley ha entendido que para la determinación de si se pueden o no incluir cláusulas excepcionales en materia de servicios públicos domiciliarios, se deben hacer unas valoraciones relativas al impacto económico de las mismas, así como en materia de técnica del respectivo servicio, que están fuera del alcance del legislador y son propias de la naturaleza de las Comisiones de Regulación, y por ende, deben ser éstas las encargadas de imponer o autorizar su inclusión<sup>98</sup>.

“El artículo cuya legalidad se cuestiona, dio, sin duda alguna, desarrollo a esta disposición. En el primer inciso, se enuncia que se dará avance al supuesto del artículo 31, según el cual la Comisión de Regulación, en este caso la CRA, puede establecer los casos en los cuales se deberán pactar cláusulas excepcionales; esto resulta lógico, toda vez que esta disposición está contenida en un acto administrativo de contenido general (o reglamento en los términos antes señalados) y del otro supuesto para la inclusión de cláusulas excepcionales contenido en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 (autorización, previa solicitud del prestador) se derivaría la producción de actos administrativos de contenido particular.

“La primera hipótesis en que estas cláusulas se deben incluir (literal a), es la relativa a los contratos que se celebren para implementar las áreas de servicio exclusivo (ASEs); Si bien el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 no hace alusión a la tipología contractual que debe caracterizar el negocio jurídico celebrado entre la entidad territorial y el prestador exclusivo del servicio, pareciera derivarse, que se trata de un contrato de concesión<sup>99</sup> y como consecuencia de ello, de un típico contrato estatal.

---

<sup>98</sup> La doctrina, principalmente la europea, ha subrayado la importancia de la técnica para impulsar normas con estrictos referentes jurídicos; es común encontrar alusiones a fenómenos de “regulación jurídica” junto a aquella de naturaleza eminentemente “económica”. PIERRE BAUBY. *Dérégulation et re-régulation: Les transformations du service public de l'électricité*. En: *Le service public en devenir*. París, Harmattan, 2000. p. 202. En este mismo sentido: COMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN (présidé par JEAN BERGOUGNOUX) *Services publics en réseau: perspectives de concurrence et nouvelles régulations*. París, La documentation française, 2000. p.p. 205-208.

<sup>99</sup> Conclusión esta que se confirma de la lectura del artículo 9 de la Ley 632 de 2000, relativo a este mismo tema pero en relación con el servicio público domiciliario de aseo.

“En esta medida los contratos para la implementación de ASEs constituyen una de las excepciones a la regla general mencionada, según la cual, el régimen jurídico de los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado. Como consecuencia de esto, no existirían dudas en la aplicación de las reglas contenidas en el Estatuto General de la Contratación Estatal (Ley 80 de 1993) y por consiguiente de su artículo 14, es decir, por mandato legal estos contratos deberían contener cláusulas excepcionales.

“Se observa entonces, que lo que se hace con este preciso literal de la disposición demandada, es replicar la ley, lo cual es perfectamente viable por vía de reglamento. En este caso, se da entonces claridad sobre un tema que tiene desarrollo legal y por ende, esta remisión es ajustada al ordenamiento jurídico.

“En lo que respecta a la segunda hipótesis contenida en la disposición demandada (literal b), en ésta se hace una remisión a una Resolución anterior de la misma CRA (la 01 de 1995) donde se estableció en su primer inciso:

“Las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo deben incluir cláusulas exorbitantes en los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de Acueducto, Alcantarillado y Aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades (sic) por las autoridades competentes según la ley”.

“En este caso, se observa el ejercicio de la discrecionalidad técnica propia de las Comisiones de Regulación, que se deriva de la deslegalización aludida contenida en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994. La CRA en desarrollo del mandato legal y con base en su conocimiento técnico, consideró que en estos tipos de contratos, siempre que se cumpla la condición allí contenida, se deberán incorporar cláusulas excepcionales.

“Finalmente, se consagra, en la disposición demandada (literal c) una hipótesis que por su incorporación carece de técnica, pues hace alusión al supuesto contenido en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 ya referido, según el cual, las cláusulas excepcionales, se pueden incorporar con ocasión de la autorización que

de la Comisión de Regulación, previa solicitud del prestador del servicio. Se presenta acá, una clara reproducción de la ley, que de manera alguna puede entonces, considerarse contraria al ordenamiento jurídico.

“En el inciso final de la disposición demandada, se reproduce nuevamente el contenido del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, haciendo alusión al régimen excepcional y de derecho público cuando quiera que se incluyan estas cláusulas, así como al conocimiento en estos casos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

“Vale la pena subrayar que, en este aspecto, la ley (artículo 31 de la Ley 142 de 1994) contiene una imprecisión técnica, toda vez que señala que se aplicará el derecho público y conocerá la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando la inclusión de las cláusulas sea “forzosa”, lo cual pareciera hacer pensar, *contrario sensu*, que cuando se incluyan cláusulas con ocasión de la solicitud del prestador y la autorización de la Comisión de Regulación, se aplicaría la regla general (derecho privado).

“Una interpretación en tal sentido, sería absurda, pues en términos prácticos, de manera independiente al sustento legal que se tuviera, se estaría en frente, en ambos casos, de contratos con cláusulas excepcionales. Considera por tanto esta Sala, que debe darse interpretación a este aparte del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, en el entendido de que en cualquier caso en el que se incluyan cláusulas excepcionales en los contratos celebrados por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, de conformidad con las reglas contenidas en el artículo legal referido, se aplicará el Estatuto de la Contratación Estatal (en lo relativo a tales cláusulas) y en caso de presentarse controversias frente a ellas, éstas serán de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

“En virtud de lo referido, esta Sala considera que no se excedió la función reglamentaria con la expedición de esta disposición cuestionada y por ende la considera ajustada al ordenamiento jurídico.

“En lo que respecta al artículo 18 de la Resolución 136 de 2000, cuyo texto es:

“Fondos de solidaridad y redistribucion de ingresos. En los pliegos o términos de referencia que se elaboren en los procedimientos a través de los cuales se

pretenda entregar a un tercero la gestión total o parcial de los servicios objeto de esta regulación, podrán incorporarse las proyecciones sobre los valores que el prestador de los servicios recibiría de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos que están obligados a crear los municipios, de conformidad con lo establecido en el artículo 89 de la Ley 142 y en el Decreto Reglamentario 565 de 1996”.

“Se debe advertir, que la hipótesis contenida en esta disposición no es clara, pues no se sabe, si se hace referencia a la situación prevista por el párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 o a otro tipo de contratos<sup>100</sup>; como consecuencia de ello, se hacen extensivas muchas de las reflexiones presentadas con ocasión de los artículos 15 y 16 de la Resolución 136 de 2000.

“De manera indiferente a lo anterior, se hace referencia a “pliegos o términos de referencia”, es decir, a instrumentos propios de los mecanismos de selección objetiva consagrados en el Estatuto general de Contratación Estatal; como se dijo antes, la regla general del régimen aplicable a los contratos estatales es el derecho privado y solo excepcionalmente y por ministerio de la ley se debe aplicar el de derecho público.

“Se estarían introduciendo, a través de esta disposición entonces, unas reglas de derecho público en materia de selección objetiva, no previstas por la ley, y como consecuencia se estaría excediendo lo previsto en ella. Vale la pena agregar, que aunque se entendiera que los contratos aquí referidos, son aquellos que se celebren en desarrollo del párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, aún así se estaría excediendo la ley, por cuanto en esta prescripción legal, se hace alusión a una “invitación pública” que de manera alguna constituye una excepción a la regla general aludida de la aplicación del derecho privado.

“Se concluye entonces, que pese a la falta de claridad de este artículo, en él se hace alusión a unas reglas propias del derecho público, que no pueden imponerse por vía reglamentaria a los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, y por ende esta Sala declarará su nulidad.

---

<sup>100</sup> Máxime, como se dijo antes, en atención a que la fecha de la expedición de la Resolución 136 de 2000, no se había proferido la Ley 689 de 2001 que, entre otros, introdujo una adición al artículo 31 de la Ley 142 de 1994 (el párrafo) a través de la cual se establece una modalidad de contratos, entre las entidades territoriales y las empresas de servicios públicos para que estas asuman la prestación total o parcial del servicio.

“En lo que respecta al artículo 19 de la Resolución 136 de 2000, cuyo texto es:

“Contratos que deben celebrarse por medio de licitación pública. Sólo se someten al procedimiento de licitación previsto en la Ley 80 de 1993 aquellos contratos que celebren las entidades territoriales que incluyan cláusulas por medio de las cuales se crea un área de servicio exclusivo, o los que tengan por objeto modificar algunas de las cláusulas de los contratos que hayan creado tales áreas, en el sentido de modificar el concesionario, las tarifas, el área, su tamaño, el programa de inversiones o el término de duración de la misma”.

“Se hace extensivo a esta disposición, lo expuesto con ocasión del análisis del artículo 17 de la Resolución 136 de 2000, en relación con los contratos celebrados para la implementación de ASEs. Allí se señaló, que se deriva de la ley, que estos contratos son de concesión y como consecuencia de ello, son típicos contratos estatales.

“Se dijo también, que los contratos de concesión de ASEs, constituyen una excepción al régimen general de derecho privado que orienta las actuaciones de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios. Como consecuencia de ello, se deben aplicar las reglas del Estatuto General de la Contratación Estatal y dentro de ellas las relativas a los procedimientos de selección objetiva.

“En esta medida, le resulta viable a la CRA, establecer que para la celebración de este tipo de contratos se deben adelantar procedimientos de selección objetiva, por cuanto con ello, solo está reproduciendo y ordenando la configuración legal de este tema. Por consiguiente, esta disposición es conforme al ordenamiento jurídico superior.

“En lo que respecta al artículo 21 de la Resolución 136 de 2000, cuyo texto es:

“Contratos sometidos a procedimientos que estimulan la concurrencia de oferentes. De conformidad con lo establecido en la Ley 142, las entidades territoriales y las entidades prestadoras de servicios y actividades a que se refiere la presente resolución, deben someterse a procedimientos que garanticen la concurrencia de oferentes en los siguientes casos:

- a) Los contratos previstos en los numerales 5.1, 5.2, 5.3, 5.4 y 5.6 del artículo 5o. de la Resolución 03 de 1995, salvo las excepciones previstas en el artículo 6o. de la misma disposición;
- b) Al realizar la convocatoria a que hace referencia el artículo 6o. de la Ley 142;
- c) Los contratos en los cuales las entidades oficiales transfieren la propiedad o el uso y goce de los bienes que destinan especialmente a prestar los servicios públicos, concesiones, arrendamiento o similares, en virtud de los cuales se transfiere la posibilidad para que el contratista preste total o parcialmente el servicio a usuarios finales a los que puede cobrar tarifas. En este caso el procedimiento de selección de la entidad prestadora es el previsto en el artículo siguiente;
- d) En los demás casos que se requiera de conformidad con norma expresa de la presente resolución.

“Se debe señalar que se establece en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994 lo siguiente:

“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 la 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.”

“Se aprecia, que la disposición transcrita contiene dos hipótesis; la primera, según la cual, en unos precisos contratos (para la adquisición de bienes o servicios necesarios para la prestación del servicio), siempre que se cumpla una precisa condición económica (que el prestador detente posición dominante en el mercado) y empresarial (que la actividad principal del prestador sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros), se deberán adelantar procedimientos “que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones”.

“La segunda hipótesis en cambio, hace relación a la posibilidad que tienen las Comisiones de Regulación de exigir que algunos contratos ( a más del anterior) se celebren previo desarrollo de una licitación pública o de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.

“Esta facultad de la CRA (y de las otras Comisiones de Regulación) implica de nuevo, una amplia discrecionalidad técnica, pues esta entidad administrativa, en virtud del conocimiento técnico que detenta, debe por un lado, analizar especiales condiciones técnicas y de mercado, para determinar qué tipos de contratos deben seguir unas reglas que aseguren tal concurrencia, y por el otro debe determinar éstas, es decir, establecer los procedimientos que se deben adelantar para garantizar ello.

“En caso de que la CRA establezca algún tipo de procedimiento al respecto o la oportunidad de la celebración de una licitación pública, esto de ninguna manera cambia el régimen jurídico de derecho privado que caracteriza, como se dijo por regla general, a los contratos celebrados por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios.

“La CRA puede en desarrollo de esta disposición legal, inventarse procedimientos, copiarlos de experiencias empresariales, de legislación comparada o nacional, todo ello en virtud de la discrecionalidad técnica que detenta en esta materia, pero de manera alguna, ello significa, un cambio de régimen jurídico, el cual como se dijo en virtud de lo establecido en el artículo 365 constitucional, corresponde establecerlo al legislador, y este se insiste, optó por la procedencia del derecho privado (por regla general).

“Hecha esta reflexión inicial, en torno a la disposición legal que sirve de sustento al artículo demandado, se debe advertir que lo que hizo la CRA en este caso, fue dar desarrollo a la discrecionalidad técnica aludida que se deriva de la Ley y como consecuencia, señalar algunos casos en lo cuales, se deben adelantar procedimientos que garanticen la concurrencia de oferentes.

“Este comportamiento con base en lo expuesto es perfectamente ajustado al ordenamiento jurídico.

“Finalmente, en lo que respecta al artículo 22 de la Resolución 136 de 2000, cuyo texto es:

“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. Con el fin de garantizar selección objetiva del contratista y la concurrencia de oferentes, cuando las entidades territoriales y en general las entidades oficiales celebren contratos cuyo objeto sea transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a la prestación de los servicios públicos, tales como concesiones y similares, y estos contratos se celebren con terceros que presten total o parcialmente los servicios y puedan cobrar tarifas a los usuarios finales de los mismos, dichas entidades deben someterse a las siguientes reglas:

1. Planeación. Para poder iniciar el proceso de selección del contratista, la entidad deberá disponer de la información básica que le permita la elaboración de unos formatos para la solicitud de propuestas o términos de referencia completos en los cuales se incluya información sobre la red, los bienes asociados a la prestación del servicio, número de usuarios actuales y potenciales y las actuales condiciones administrativas y financieras de la entidad que está prestando el servicio.

2. Publicidad. Todas las actuaciones dentro del procedimiento son públicas y por lo tanto, los interesados tienen acceso en condiciones de igualdad a la información de que disponga la entidad, en especial a los estudios y análisis en que se ha basado la entidad para la formulación de los pliegos o términos de referencia. Sólo podrá alegarse reserva documental en aquellos casos en los cuales así expresamente lo determine la ley.

3. Convocatoria. Antes de iniciarse el procedimiento a través del cual se espera garantizar la selección objetiva del contratista, la entidad prestadora hará al menos una publicación en diarios de amplia circulación y difusión nacional.

4. Transparencia. Antes de la iniciación del proceso, la entidad dejará a disposición de los interesados la información básica que tomará en cuenta en el proceso, incluyendo un cronograma razonable de las diferentes etapas del mismo y celebrará el menos una audiencia en la cual informará a los interesados el alcance y condiciones especiales del contrato que pretende celebrar,

5. Registro de proponentes. Para la celebración de los contratos, las entidades proponentes no requieren estar inscritas en el registro de proponentes a que hace referencia el artículo 22 de la Ley 80; no obstante, la entidad podrá preparar un instrumento público de requisitos técnicos, económicos y administrativos mínimos que publicará con antelación al procedimiento contractual, el cual se incluirá como factor clasificatorio en el proceso de selección del contratista. En caso de no existir el registro, en los pliegos de condiciones se deberán establecer requisitos mínimos de carácter técnico, económico y administrativo que deben cumplir los proponentes.

6. Criterios objetivos de selección. En todos los casos aquí previstos, la entidad contratante deberá incluir en los formatos para la solicitud de propuestas, pliego de condiciones o términos de referencia, los criterios claros, precisos, cuantificables y objetivos que tomará en cuenta al calificar, clasificar o seleccionar al contratista y entre los cuales debe incluir los siguientes:

- a) Requisitos mínimos de calidad, continuidad, cobertura y sujeción a tarifas y fórmulas tarifarias que hacen parte esencial y necesaria de la propuesta básica;
- b) Experiencia previa de los funcionarios que directamente ejecutarían el contrato;
- c) Estructura administrativa;
- d) Capacidad financiera;
- e) Las tarifas, su actualización y las fórmulas tarifarias;
- f) La disponibilidad para financiar expansiones obligatorias;
- g) Otros aspectos determinantes en la adjudicación, de acuerdo con los estudios previos que se hayan realizado.

7. Sujeción a tarifas e indicadores. En todos los procesos de contratación en los cuales se establezca que el prestador de servicios puede cobrar tarifas reguladas a sus usuarios, éstas, las fórmulas tarifarias e indicadores de calidad, continuidad y cobertura deben ser parte de la oferta y estarán incluidas como parte integrante del contrato que se celebre.

8. Sujeción a la regulación. A pesar de que existe libertad contractual, en el contrato se dejará expresa constancia de que el prestador de los servicios se somete a las normas regulatorias de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

9. Control. La responsabilidad directa del control de la ejecución del contrato estará a cargo de la entidad contratante, la cual debe indicar expresamente en el contrato el sistema de interventoría que se aplicará sobre el mismo. La auditoría externa que, de conformidad con la ley, contrate la entidad prestadora del servicio, verificará el control sobre la gestión contractual e informará a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el resultado de su actividad.

10. Economía. En los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos.

11. Competencia. En los pliegos se garantizará que no se incurra en prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas de la competencia por parte de los posibles oferentes.

**PARAGRAFO.** En los casos previstos en el presente artículo, los pliegos de condiciones, términos de referencia o formatos para la solicitud de propuestas (FSP), deberán incluir el borrador del contrato y las metas de cubrimiento y, en general, del servicio esperado por la entidad contratante, para lo cual se deberán tener en cuenta los indicadores a que hace referencia el artículo 52 de la Ley 142”.

“Si bien, como antes se anotó, el artículo 35 de la Ley 142 de 1994 habilita a las Comisiones de Regulación y por consiguiente a la CRA a “exigir” que algunos contratos se celebren “previa licitación pública” o “por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes” y en virtud de lo último, puede ésta configurar ciertos “procedimientos” en cumplimiento de la ley, sin con ello crear una excepción a la regla general de derecho privado que se aplica a los contratos de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios; se debe anotar que con el artículo demandado apenas transcrito, no se está

configurando un “procedimiento” especial, sino implementando reglas de derecho público, propias de la contratación estatal.

“La CRA no puede interferir en la configuración del régimen jurídico de los servicios públicos, toda vez, que este es un tema reservado por la Constitución Política a la ley (artículo 365); y ésta en desarrollo de ello, estableció una regla general, según la cual los actos y contratos de las empresas de servicios públicos se rigen por el derecho privado, que solo puede encontrar excepciones, según se dijo antes, en la misma ley (142 de 1994) u otra de la misma naturaleza (ley ordinaria).

“Por consiguiente, esta disposición contraría abiertamente la Constitución Política y la ley en las disposiciones apenas señaladas y se declarará nula.”

En estos términos, mi proyecto de sentencia sugería, lo cual debió adoptarse por la mayoría, que se declarara la nulidad de los artículos 15, 18 y 22 así como los incisos 2 y 3 del artículo 16 de la Resolución 136 de 19 de junio de 2000, proferida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), por las razones expuestas en la parte motiva.

Así mismo, propuse que se declarara la validez de los incisos 4 y 5 del artículo 16 de la Resolución 136 de 19 de junio de 2000, en el entendido de que estos hacen relación exclusiva a la hipótesis contenida en el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

En estos términos dejo sustentado mi salvamento de voto.

Atentamente,

**ENRIQUE GIL BOTERO**