**SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Eventos - Procedencia**

La medida cautelar de suspensión provisional está prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y encuentra hoy su regulación legal en el CPACA, que en su artículo 231 establece que esta figura procede cuando: i) se haya formulado la solicitud previa del demandante, ii) la violación de las normas superiores se evidencie al confrontar el acto demandado con los preceptos invocados, o al examinar las pruebas allegadas con la solicitud de suspensión, y, iii) tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el actor acredite –al menos con prueba sumaria– el perjuicio alegado en la demanda.

**SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Requisitos**

En el presente asunto, el medio de control instaurado es el de nulidad simple. Por ende, la suspensión provisional solo tendrá vocación de prosperidad, si la violación de las disposiciones invocadas en la solicitud surgiera de un contraste directo entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas.

**COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO - Facultades - Acto administrativo - Expedición**

Pese a lo sugerente que pudiera resultar, a primera vista, el planteamiento de la demandante, no pasa por alto la Sala que la CRA sí tiene facultades dispuestas por el legislador para regular determinados aspectos que tocan la actividad contractual en la prestación de los servicios públicos de agua, alcantarillado y aseo. Es así, que la jurisprudencia de la Sección se ha referido a las facultades de la CRA para proferir actos administrativos de carácter general en materia de contratación, precisamente en la sentencia del 5 de marzo de 2008 , traída a colación por la parte demandada en su defensa del literal bajo juzgamiento. En esa oportunidad, la Sala enfatizó que en la Ley 142 de 1994 existen disposiciones que “expresamente se refieren a las facultades que ostentan las comisiones de regulación en esta materia y que permiten concluir que ellas están legalmente autorizadas para expedir ciertas disposiciones de carácter general que incumben al ámbito de la contratación que adelantan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios”. Además, aseveró que “fue voluntad del legislador, otorgarles competencia a las comisiones de regulación para proferir decisiones generales en algunos aspectos de la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que consideró necesario sujetar a sus regulaciones, para asegurar así mismo, la cumplida obtención de sus objetivos; en consecuencia, las determinaciones que en tales materias tomen las mencionadas entidades, cuentan con un soporte legal que les otorga validez”.

**SERVICIOS PÚBLICOS - Prestación - Régimen**

Este Despacho advierte que la actividad contractual para la prestación de los servicios públicos de agua, alcantarillado y aseo no se rige, por regla general, por el Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993), conforme lo expresa el artículo 31, inciso primero, de la Ley 142 de 1994. Por lo tanto, en un análisis de legalidad como el concerniente a la Sala en el sub judice, se excluiría –en principio– el parangón entre las normas de la Ley 80 de 1993 y las regulaciones contractuales que profiera la CRA.

**SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Improcedencia**

Si bien el conjunto de preceptos citados por el demandante es, en su mayoría, pertinentes para delinear la competencia regulatoria de la CRA, no resulta evidente una contradicción entre su contenido y el del precepto demandado. Se aprecia, en sentido contrario, la necesidad de ahondar en un análisis en el que se determine si la disposición acusada respeta el marco legal atinente a la contratación para la prestación de los servicios públicos de agua, alcantarillado y aseo; decisión reservada para la sentencia. Por estas razones, el Despacho negará la solicitud de suspensión provisional.

**COSA JUZGADA - Inexistencia - Procedencia - Análisis**

No sobra agregar que la mención y acogimiento de la sentencia que, según la parte demandada, tuvo efectos de cosa juzgada en el presente asunto, no significa prejuzgamiento, como lo establece el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 y lo ha precisado esta Corporación. Determinar si esa decisión obliga a estarse a lo resuelto en dicha oportunidad será objeto del pronunciamiento definitivo

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00074-00(59419)**

**Actor: BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL**

**Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO – COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO**

**Referencia: MEDIDAS CAUTELARES - MEDIO DE CONTROL DE SIMPLE NULIDAD**

El Despacho procede a resolver la medida cautelar de suspensión provisional, solicitada por la parte demandante, del literal c) del artículo 1.3.5.4 de la Resolución 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. Demanda de nulidad**

El 23 de agosto de 2013 **Bogotá Distrito Capital** (en adelante, Bogotá D.C.) presentó demanda (f. 43 – 56, c. 1) en ejercicio del medio de control de **nulidad**, previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), con el fin de que se declare la nulidad del aparte final del literal c) del artículo 1.3.5.4 de la Resolución 151 de 2001 proferida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (en adelante, CRA), que prevé:

*ARTÍCULO 1.3.5.4 EXCEPCIONES AL DEBER DE USAR LICITACIÓN PÚBLICA O PROCEDIMIENTOS REGULADOS QUE ESTIMULEN LA CONCURRENCIA DE OFERENTES. No será obligatorio utilizar licitación pública o los otros procedimientos regulados en los siguientes casos:*

*(…) c. Por razón de las circunstancias en las que ha de celebrarse el contrato. Si hay urgencia manifiesta; pero los contratos en que se invoque esta causal no pueden celebrarse a plazos superiores a seis (6) meses.* (El Despacho resalta el aparte demandado).

**1.2. Solicitud de Suspensión Provisional**

Invocando los artículos 230 y 231 del CPACA, la actora pidió que esta Corporación suspenda los efectos del precepto demandado, porque se vulneraron *“los numerales 8, 21 y 23 del artículo 150, 365, 367, 370 de la Carta Política, el artículo 68 de la Ley 142 1994* (sic)*, artículos 42, y 43 de la Ley 80 de 1993”*

El demandante considera que, a partir de la confrontación de la norma demandada con las anteriormente mencionadas, se deduce que la CRA excedió su competencia, toda vez que esta autoridad no puede *“disponer, interpretar o llenar vacíos respecto a los cuales la ley ha guardado silencio o no ha regulado en su totalidad”*. En particular, adujo que la definición de los procedimientos de selección en materia contractual, sus excepciones y sus limitaciones –entre ellas, las temporales– es del resorte exclusivo del legislador.

**1.3. Oposición de la parte demandada a la medida cautelar solicitada**

**1.3.1. CRA**

Luego de surtirse el traslado de la demanda y de la solicitud de medida cautelar, la CRA (f. 20-28, c. 3) controvirtió la petición de la demandante. Sostuvo que: **(i)** la solicitud no reunía las exigencias mínimas argumentativas en las que se evidencien los motivos aducidos para la suspensión**, (ii)** tanto la Constitución (artículo 370) como la Ley 142 de 1994 soportan su competencia para regular la concurrencia de oferentes en la contratación de prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo; y que **(iii)** esta Corporación, en sentencia del 5 de marzo de 2008[[1]](#footnote-1), decidió un proceso de simple nulidad adelantado contra la Resolución 151 de 2001, con sustento en idénticos señalamientos, por lo que se configura la cosa juzgada.

**1.3.2. Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio**

El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (en adelante, Minvivienda) se opuso a la prosperidad de la medida cautelar (f. 92-100, c. 3), reiterando lo manifestado por la CRA.

**II. CONSIDERACIONES**

**2.1. Competencia**

El Despacho es competente para decidir sobre la petición de suspensión provisional de la resolución demandada en virtud de los artículos 229 y 230 del CPACA, que atribuyen este tipo de pronunciamientos al Juez o al Magistrado Ponente.

**2.2. Generalidades sobre** **la suspensión provisional de actos administrativos[[2]](#footnote-2)**

La medida cautelar de suspensión provisional está prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y encuentra hoy su regulación legal en el CPACA, que en su artículo 231 establece que esta figura procede cuando: i) se haya formulado la solicitud previa del demandante, ii) la violación de las normas superiores se evidencie al confrontar el acto demandado con los preceptos invocados, o al examinar las pruebas allegadas con la solicitud de suspensión, y, iii) tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el actor acredite –al menos con prueba sumaria– el perjuicio alegado en la demanda[[3]](#footnote-3).

En el presente asunto, el medio de control instaurado es el de nulidad simple. Por ende, la suspensión provisional solo tendrá vocación de prosperidad, si la violación de las disposiciones invocadas en la solicitud surgiera de un contraste directo entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas.

**2.3. Caso concreto: Análisis del literal c) del artículo 1.3.5.4 de la Resolución 151 de 2001 frente a las normas superiores invocadas por la actora**

2.3.1.- En primer lugar, esta Despacho nota que el precepto demandado originariamente proviene de una norma anterior[[4]](#footnote-4), compilada en un único reglamento: la Resolución 151 de 2001[[5]](#footnote-5). El antecedente, reproducido de forma idéntica por el acto parcialmente impugnado, se encontraba en el artículo 6 – literal c) de la Resolución 03 del 8 de junio de 1995 *“*[p]*or la cual se establecen reglas para estimular la concurrencia de oferentes, en la contratación para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo”*. Dicho acto, como lo informó la entonces Directora Ejecutiva de la CRA[[6]](#footnote-6), fue modificado en varias oportunidades por múltiples resoluciones de la autoridad demandada. Empero, ninguna de tales variaciones alteró el contenido del aparte acusado que continúa vigente a la fecha de esta providencia.

2.3.2.- Por otra parte, el Despacho percibe que las normas jurídicas superiores cuya vulneración acusa el demandante coinciden parcialmente con las mencionadas por la CRA en su resolución para justificar su competencia. A estas, la actora añade los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993, en los que se regula la urgencia manifiesta en los contratos regidos por dicho estatuto. Confrontado este conjunto de disposiciones con la expresión demandada, se tiene lo siguiente:

|  |  |
| --- | --- |
| **Normas superiores invocadas en la demanda** | **Norma demandada (se resalta lo demandado)** |
| - Constitución Política de Colombia – Artículos 150 numerales 8, 21 y 23; 365, 367 y 370  *“**ARTICULO 150.**Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*  *(…) 8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.*  *(…)*  *21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.*  *(…) 23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.”*  *“ARTICULO 365.**Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*  *Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”*  *“**ARTICULO 367.**La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.*  *Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.*  *La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.”*  *“**ARTICULO 370.**Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.”*  - Ley 80 de 1993 – Artículos 42 y 43:  *ARTÍCULO 42. DE LA URGENCIA MANIFIESTA. Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.*  *La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.*  *Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente.*  *ARTÍCULO 43. DEL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN DE URGENCIA. Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración. Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta.*  *Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento para garantizar la adecuada y correcta utilización de la contratación de urgencia.”*  - Ley 142 de 1994 – Artículos 68 y 73:  *“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.”*  *(…)*  *“ARTÍCULO 73. FUNCIONES Y FACULTADES GENERALES. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:*  *73.1. Preparar proyectos de ley para someter a la consideración del gobierno, y recomendarle la adopción de los decretos reglamentarios que se necesiten.*  *73.2. Someter a su regulación, a la vigilancia del Superintendente, y a las normas que esta Ley contiene en materia de tarifas, de información y de actos y contratos, a empresas determinadas que no sean de servicios públicos, pero respecto de las cuales existan pruebas de que han realizado o se preparan para realizar una de las siguientes conductas:*  *a) Competir deslealmente con las de servicios públicos;*  *b) Reducir la competencia entre empresas de servicios públicos;*  *c) Abusar de una posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que éstas ofrecen.*  *73.3. Definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos y solicitar las evaluaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones.*  *73.4. Fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio.*  *73.5. Definir en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalación y operación de equipos de las empresas de servicios públicos se someta a normas técnicas oficiales, para promover la competencia o evitar perjuicios a terceros, y pedirle al ministerio respectivo que las elabore, cuando encuentre que son necesarias.*  *73.6. Establecer la cuantía y condiciones de las garantías de seriedad que deben prestar quienes deseen celebrar contratos de aporte reembolsable.*  *73.7. Decidir los recursos que se interpongan contra sus actos, o los de otras entidades, en los casos que disponga la ley en lo que se refiere a materias de su competencia.*  *73.8. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad.*  *73.9. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, especialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio.*  *73.10. Dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia. Las comisiones podrán limitar, por vía general, la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, para evitar que se limite la posibilidad de competencia.*  *73.11. Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el artículo 88; y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre.*  *73.12. Determinar para cada bien o servicio público las unidades de medida y de tiempo que deben utilizarse al definir el consumo; y definir, con bases estadísticas y de acuerdo con parámetros técnicos medibles y verificables, apropiados para cada servicio, quiénes pueden considerarse "grandes usuarios".*  *73.13. Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda en otras que tengan el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando se encuentre que la empresa que debe escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible; o que la empresa que debe escindirse otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que sí la tiene; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia.*  *73.14. Ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que ello es indispensable para extender la cobertura y abaratar los costos para los usuarios.*  *73.15. <Numeral modificado por el artículo 98 de la Ley 1151 de 2007.> Determinar cuándo una empresa oficial, pública o un municipio que presta en forma directa los servicios no cumple los criterios e indicadores de eficiencia que determine y ordenar al municipio la entrega de la prestación de los servicios a un tercero.*  *73.16. Impedir que quienes captan o producen un bien que se distribuye por medio de empresas de servicios públicos adopten pactos contrarios a la libre competencia en perjuicio de los distribuidores; y exigir que en los contratos se especifiquen los diversos componentes que definen los precios y tarifas.*  *73.17. Dictar los estatutos de la comisión y su propio reglamento, y someterlos a aprobación del Gobierno Nacional.*  *73.18. Pedir al Superintendente que adelante las investigaciones e imponga las sanciones de su competencia, cuando tenga indicios de que alguna persona ha violado las normas de esta Ley.*  *73.19. Resolver consultas sobre el régimen de incompatibilidades e inhabilidades al que se refiere esta Ley.*  *73.20. Determinar, de acuerdo con la ley, cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas.*  *73.21. Señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario.*  *73.22. Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; así mismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de esta Ley.*  *73.23. Definir cuáles son, dentro de las tarifas existentes al entrar en vigencia esta Ley, los factores que se están aplicando para dar subsidios a los usuarios de los estratos inferiores, con el propósito de que esos mismos factores se destinen a financiar los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, y cumplir así lo dispuesto en el numeral 87.3 De esta Ley.*  *73.24. Absolver consultas sobre las materias de su competencia.*  *73.25. Establecer los mecanismos indispensables para evitar concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público.*  *73.26. Todas las demás que le asigne la ley y las facultades previstas en ella que no se hayan atribuido a una autoridad específica.*  *Salvo cuando esta Ley diga lo contrario en forma explícita, no se requiere autorización previa de las comisiones para adelantar ninguna actividad o contrato relacionado con los servicios públicos; ni el envío rutinario de información. Pero las comisiones, tendrán facultad selectiva de pedir información amplia, exacta, veraz y oportuna a quienes prestan los servicios públicos a los que esta Ley se refiere, inclusive si sus tarifas no están sometidas a regulación. Quienes no la proporcionen, estarán sujetos a todas las sanciones que contempla el artículo 81 de la presente Ley. En todo caso, las comisiones podrán imponer por sí mismas las sanciones del caso, cuando no se atiendan en forma adecuada sus solicitudes de información.”* | *ARTÍCULO 1.3.5.4 EXCEPCIONES AL DEBER DE USAR LICITACIÓN PÚBLICA O PROCEDIMIENTOS REGULADOS QUE ESTIMULEN LA CONCURRENCIA DE OFERENTES. No será obligatorio utilizar licitación pública o los otros procedimientos regulados en los siguientes casos:*  *(…) c. Por razón de las circunstancias en las que ha de celebrarse el contrato. Si hay urgencia manifiesta;* ***pero los contratos en que se invoque esta causal no pueden celebrarse a plazos superiores a seis (6) meses.*** |

A la luz del contraste entre las normas dispuestas en la anterior tabla, la demandante busca que se suspenda el acto administrativo antes de que se tome la decisión de fondo porque, en su parecer, ni la Constitución ni la Ley le confieren competencia a la CRA para limitar el uso del mecanismo de urgencia manifiesta a contratos cuyo plazo no exceda de seis (6) meses; aspecto no regulado expresamente por el legislador y, por lo tanto, a juicio del solicitante de la suspensión, vedado para la autoridad regulatoria.

Pese a lo sugerente que pudiera resultar, a primera vista, el planteamiento de la demandante, no pasa por alto la Sala que la CRA sí tiene facultades dispuestas por el legislador para regular determinados aspectos que tocan la actividad contractual en la prestación de los servicios públicos de agua, alcantarillado y aseo. Es así, que la jurisprudencia de la Sección se ha referido a las facultades de la CRA para proferir actos administrativos de carácter general en materia de contratación, precisamente en la sentencia del 5 de marzo de 2008[[7]](#footnote-7), traída a colación por la parte demandada en su defensa del literal bajo juzgamiento. En esa oportunidad, la Sala enfatizó que en la Ley 142 de 1994 existen disposiciones que *“expresamente se refieren a las facultades que ostentan las comisiones de regulación en esta materia y que permiten concluir que ellas están legalmente autorizadas para expedir ciertas disposiciones de carácter general que incumben al ámbito de la contratación que adelantan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios”*. Además, aseveró que *“fue voluntad del legislador, otorgarles competencia a las comisiones de regulación para proferir decisiones generales en algunos aspectos de la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que consideró necesario sujetar a sus regulaciones, para asegurar así mismo, la cumplida obtención de sus objetivos; en consecuencia, las determinaciones que en tales materias tomen las mencionadas entidades, cuentan con un soporte legal que les otorga validez”.*

Entre otras normas, en la referida providencia, la Sala aludió al artículo 35 de la mencionada Ley cuyo texto indica:

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

2.3.3.- Además, este Despacho advierte que la actividad contractual para la prestación de los servicios públicos de agua, alcantarillado y aseo no se rige, por regla general, por el Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993), conforme lo expresa el artículo 31, inciso primero, de la Ley 142 de 1994[[8]](#footnote-8). Por lo tanto, en un análisis de legalidad como el concerniente a la Sala en el *sub judice*, se excluiría –en principio– el parangón entre las normas de la Ley 80 de 1993 y las regulaciones contractuales que profiera la CRA.

2.3.4.- Así pues, si bien el conjunto de preceptos citados por el demandante son, en su mayoría, pertinentes para delinear la competencia regulatoria de la CRA, no resulta evidente una contradicción entre su contenido y el del precepto demandado. Se aprecia, en sentido contrario, la necesidad de ahondar en un análisis en el que se determine si la disposición acusada respeta el marco legal atinente a la contratación para la prestación de los servicios públicos de agua, alcantarillado y aseo; decisión reservada para la sentencia. Por estas razones, el Despacho negará la solicitud de suspensión provisional.

2.3.5.- No sobra agregar que la mención y acogimiento de la sentencia que, según la parte demandada, tuvo efectos de cosa juzgada en el presente asunto, no significa prejuzgamiento, como lo establece el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 y lo ha precisado esta Corporación[[9]](#footnote-9). Determinar si esa decisión obliga a estarse a lo resuelto en dicha oportunidad será objeto del pronunciamiento definitivo.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

**RESUELVE**

**NEGAR** la suspensión provisional del literal c) del artículo 1.3.5.4 de la Resolución 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Magistrado**

SM/3C+2 trasl + 1 CD

REV-GB

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Bogotá, D.C., veintinueve de (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00074-00 (59419)**

**Actor: BOGOTÁ D.C.**

**Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO – COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO**

**Medio de control: NULIDAD SIMPLE**

**Referencia: AVOCA CONOCIMIENTO Y RECONOCE PERSONERÍA**

La Sección Primera del Consejo de Estado, con auto del cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017)[[10]](#footnote-10) y antes de decidir sobre la medida cautelar de suspensión provisional del literal c) del artículo 1.3.5.4 de la Resolución No. 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, remitió por competencia el expediente de la referencia.

Como fundamento de su decisión, dicha Sección indicó que *“el aparte acusado hace referencia a que los contratos que se celebren por virtud de la causal de urgencia manifiesta no deben superar el término de 6 meses”,* asunto que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo No. 55 del cinco (5) de agosto de dos mil tres (2003), es de competencia de la Sección Tercera de esta Corporación.

Así las cosas, el Despacho **AVOCA** conocimiento del presente asunto, de conformidad con lo previsto en el artículo 138[[11]](#footnote-11) del Código General del Proceso (CGP), aplicable por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

Por otra parte, esta judicatura **RECONOCE** personería al abogado José Edison García García, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.411.804 de Bogotá y portador de la tarjeta profesional No. 38.797 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. Lo anterior, en atención al memorial visible a folios 167-172 del cuaderno principal, que cumple con los requisitos previstos en el artículo 74 del Código General del Proceso (CGP)[[12]](#footnote-12).

Finalmente, frente al poder conferido por el Ministerio en cita al abogado Germán Malagón Suárez[[13]](#footnote-13), así como su respectiva renuncia[[14]](#footnote-14), el Despacho resuelve no darle trámite a estos. Lo anterior, en virtud del poder otorgado a José Edison García García, a quien se le está reconociendo personería en el presente auto.

**Notifíquese y cúmplase,**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Magistrado

**JorgeM/CFIV/3C+2T**

1. Consejo de Estado – Sección Tercera. Rad. 11001-03-26-000-2001-00029-01(20409) [↑](#footnote-ref-1)
2. Reitera el auto de la Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado del 17 de julio de 2018. Rad. 11001-03-26-000-2016-00113-00(57532). [↑](#footnote-ref-2)
3. *“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. La Resolución 151 del 23 de enero de 2001, expedida por la CRA con sustento en los artículos 68, 73 y 74 de la Ley 142 de 1994 y los Decretos 1524 de 1994, 2474 de 1999 y 1905 de 2000, dentro de sus motivaciones expresó como propósitos: (i) *“unificar la normatividad vigente sobre los servicios públicos domiciliarios”* y (ii) “*facilitar la búsqueda de las disposiciones dentro del cuerpo normativo”,* al *“integrar las resoluciones de carácter general expedidas por la CRA para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo”*. [↑](#footnote-ref-4)
5. El artículo 1.3.5.4 hace parte del Capítulo 3 denominado *“NORMAS COMUNES A TODOS LOS SERVICIOS”*, Sección 1.3.5. *“PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA”,* de la Resolución 151 de 2001. [↑](#footnote-ref-5)
6. Mediante oficio Rad. CRA nº 20132110046081 del 12 de agosto de 2013 (f. 13-14, c.1), [↑](#footnote-ref-6)
7. Supra. Cita nº 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. *“Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa”*. [↑](#footnote-ref-8)
9. “(…) *pese a que la nueva regulación le permite al Juez realizar un análisis de la sustentación de la medida y estudiar las pruebas pertinentes, la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo que obliga al Juzgador a ser en extremo cauteloso al momento de resolver la solicitud de suspensión provisional*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 3 de diciembre de 2012, Exp. 11001-03-24-000-2012-00290-00. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 152 y 153 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-10)
11. “*Artículo 138. Efectos de la declaración de falta de jurisdicción o competencia y de la nulidad declarada. Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará.*

    *La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.*

    *El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse”.* [↑](#footnote-ref-11)
12. *“Artículo 74. Poderes: Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados. El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas. Los poderes podrán extenderse en el exterior, ante cónsul colombiano o el funcionario que la ley local autorice para ello; en ese último caso, su autenticación se hará en la forma establecida en el artículo 251.Cuando quien otorga el poder fuere una sociedad, si el cónsul que lo autentica o ante quien se otorga hace constar que tuvo a la vista las pruebas de la existencia de aquella y que quien lo confiere es su representante, se tendrán por establecidas estas circunstancias. De la misma manera se procederá cuando quien confiera el poder sea apoderado de una persona. Se podrá conferir poder especial por mensaje de datos con firma digital. Los poderes podrán ser aceptados expresamente o por su ejercicio”.* [↑](#footnote-ref-12)
13. Memorial visible a folio 163 del C.ppal, radicado el veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018). [↑](#footnote-ref-13)
14. Memorial visible a folio 165 *ibídem,* radicado el siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019). [↑](#footnote-ref-14)