Señora Juez
FEDRA MORERA GIRALDO
JUEZ 18 ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL DE SANTIAGO DE CALI

Radicado No.	**76001-33-33-018-2021-00078-00**
Asunto:	**RECURSO DE REPOSICIÓN contra el auto interlocutorio No. 199 de fecha 25 de mayo de 2021, a través del cual se negó la solicitud de medida cautelar**
Proceso:	**ACCIÓN POPULAR**
Demandantes:	**URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P.**
Demandados:	**YUMBO LIMPIO S.A.S. E.S.P** **MUNICIPIO DE YUMBO (VALLE)**
Vinculado:	**EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**

Respetada señora Juez, reciba un cordial saludo.

ALAIN BOSSUET NIÑO RIAÑO, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., actuando como apoderado de la accionante URBASER COLOMBIA S.A. E.S.P., (en adelante URBASER antes SERVIGENERALES) según poder que reposa en el expediente, me permito presentar ante su Honorable Despacho **RECURSO DE REPOSICIÓN** contra la decisión contenida en el auto Interlocutorio No. 199 del 25 de mayo de 2021, por el cual se negó la medida cautelar solicitada por la parte actora dentro de la acción popular de la referencia, el cual fue notificado el 27 de mayo de 2021.

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

A continuación se esgrimen cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el recurso de reposición, haciendo referencia precisa y concreta a las pruebas que obran en el expediente y que demuestran el **daño actual sobre el derecho de elección de los usuarios, el derecho colectivo a la libre competencia y el derecho colectivo a la moralidad administrativa**, solicitando gentil y

respetuosamente al Despacho que al desatar la impugnación se aborde por separado cada asunto invocado en este escrito.

1. Cumplimiento de los requisitos exigidos por el legislador para que sea decretada la medida cautelar en estos casos

El artículo 231 del CPACA prevé los requisitos que se deben cumplir para decretar medidas cautelares, así:

> ***"ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES.*** *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.*
>
> ***En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurran los siguientes requisitos****:*
>
> ***1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.***
>
> ***2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.***
>
> ***3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.***
>
> ***4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:***
>
> ***a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o***
>
> ***b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios****".* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De acuerdo con el artículo 231 del CPACA se procede a continuación a demostrar que la medida cautelar solicitada cumple con todos los requisitos necesarios para decretarla.

A. La demanda está razonablemente fundada en derecho

La demanda de acción popular que contiene a su vez la solicitud de medida cautelar, está sustentada con suficiencia, claridad y pertinencia conforme se sintetiza a continuación:

a) Se solicitó al juez constitucional proteger tres derechos colectivos que están siendo transgredidos, esto es: **(i)** derecho colectivo de los usuarios – consumidores, dentro de los cuales sobresale el **DERECHO DE ELECCIÓN** del prestador; **(ii)** derecho colectivo a la libre competencia; y, **(iii)** derecho colectivo a la moralidad pública, todos los cuales han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado como derechos colectivos que merecen de protección.

b) Así mismo, se explicaron con suficiencia las normas que rigen la relación entre las empresas de servicios públicos y los usuarios -consumidores en el régimen de libre competencia y, en concreto, la importancia del derecho de elección del prestador por parte de los usuarios, la necesidad de un vínculo jurídico contractual fruto de dicha elección, la imposibilidad de presumir el vínculo jurídico y los requisitos para una eventual cesión de dicho vínculo.

c) Se presentó el contexto fáctico dentro del cual se dio inicio al régimen de libre competencia en el municipio de Yumbo, que obliga a todos los prestadores, incluido YUMBO LIMPIO, a suscribir un nuevo CCU con cada usuario – consumidor, el cual debe ser fruto del ejercicio del derecho a la libre elección de este último.

d) Se demostró que YUMBO LIMPIO le factura y cobra el servicio de aseo a **15.521 usuarios-consumidores**, **con los cuales NO tiene vínculo jurídico alguno**.

e) Igualmente, se probó que YUMBO LIMPIO no cuenta con soportes jurídicos que demuestren que los 15.521 usuarios – consumidor lo eligieron como su prestador. El único argumento que ha dado YUMBO LIMPIO en relación con esos usuarios es que el Municipio le habría entregado o cedido los contratos CCU que existieron durante la ASE; sin embargo, está probado que **el mismo Municipio desmintió dicho argumento al descorrer el traslado de la medida cautelar y afirmar que todas las empresas**

debieron suscribir nuevos contratos CCU con los usuarios que le eligieran y que, adicionalmente, ratificó el dicho de mi mandante acerca de que el CCU vigente durante la ASE feneció desde el 13 de diciembre de 2019 por lo que no podía hablarse de una cesión del mismo.

f) Se argumentó con claridad y suficiencia el daño que actualmente se presenta y que requiere de protección constitucional inmediata, en cuanto 15.521 usuarios-consumidores se están viendo obligados a pagarle la factura a una empresa que no tiene soporte jurídico contractual alguno con ellos para hacer dicho cobro y, correlativamente, YUMBO LIMPIO está obligándolos a efectuar dicho pago a partir de la violación de los derechos colectivos al no respetarles la elección que hicieron de otro prestador, para lo cual se aportaron cientos de pruebas que serán mencionadas de manera independiente más adelante en este escrito.

g) La medida cautelar solicitada sólo pretende que a partir de su decreto y mientras se adelanta el proceso judicial, cualquier factura que presente YUMBO LIMPIO a los usuarios – consumidores tenga los soportes que demuestren que tiene un CCU celebrado con ellos porque la eligieron libremente como su prestadora del servicio de aseo. Por ello, no debe haber inconveniente alguno en decretarla, toda vez que lo que se solicita como medida cautelar no es nada diferente al funcionamiento normal previsto por el legislador en materia de servicios públicos, evitando con ello que se sigan transgrediendo los derechos colectivos mencionados hasta que se emita sentencia, pues no se pide ninguna medida con efectos retroactivos.

h) En este orden de ideas, la argumentación jurídica presentada en la solicitud de la medida cautelar corresponde, sin duda alguna, a la denominada *"apariencia de buen derecho"* al cumplir con un estándar de probabilidad mucho más que suficiente, dado que YUMBO LIMPIO está facturándole a los usuarios – consumidores sin contar con un soporte jurídico contractual para con ellos, esto es el CCU de que tratan los artículos 128, 129 y 134 de la Ley 142 de 1994, violando con ello normas que son consideradas por el legislador y la jurisprudencia como derechos colectivos.

Adicionalmente y de la manera más respetuosa, se solicita a su Señoría tener en cuenta que YUMBO LIMPIO al descorrer el traslado de la medida cautelar, **NO aportó ni una sola prueba que demuestre que tiene celebrados con los usuarios – consumidores el vínculo jurídico consistente en un contrato de servicios públicos o de condiciones uniformes (CCU) a que se refieren los citados artículos 128, 129 y**

134 de la Ley 142 de 1994.
Por el contrario, el MUNICIPIO DE YUMBO confirmó que todas las empresas debían suscribir **nuevos contratos de servicios públicos o de condiciones uniformes CCU** con los usuarios - consumidores que libremente ejercieran su derecho de elección a partir del momento en que empezó a regir la libre competencia en el municipio de Yumbo e, incluso, el Ente Territorial reconoció expresamente que los CCU que rigieron durante la ASE fenecieron en la finalización de la misma, tal como quedó probado por nuestra parte en la demanda presentada.

En este caso NO se está frente a una difícil discusión de interpretación legal o de aplicabilidad o no de unas normas, sino una clara violación de las disposiciones más básicas del consumidor y de la libre competencia en materia de servicios públicos, como lo es ***"celebrar"*** un contrato de servicios públicos o condiciones uniformes (CCU) entre el prestador y el usuario, según lo establecen los artículos 128, 129 y 134 de la Ley 142 de 1994, por lo que dicha evidente falencia aunada a otras que aparecen probadas en la demanda, arrojan el cumplimiento del requisito de *"apariencia de buen derecho"*, para que se decrete la medida cautelar.

B. En la demanda con solicitud de medida cautelar está demostrada la titularidad del derecho

En la acción popular que contiene la solicitud de medida cautelar se probó la titularidad de los derechos colectivos invocados como transgredidos, pues se demostró que URBASER (antes Servigenerales) participa en el mercado del Municipio de Yumbo y que incluso hubo 15.521 usuarios – consumidores que la eligieron como su prestadora.

C. Se aportaron los soportes probatorios que permiten efectuar un juicio de ponderación y concluir que es más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla

Teniendo en cuenta que el Auto Interlocutorio No. 199 del 25 de mayo de 2021, señala en diferentes oportunidades que no se aportaron determinadas pruebas, resulta necesario seguir el mismo orden de las afirmaciones efectuadas en el auto, para demostrar respetuosamente que sí se cuenta con el soporte jurídico y probatorio necesario para acceder a la medida cautelar:

a) Si bien, como dice su Señoría en el párrafo tercero de la página 5 del Auto Interlocutorio No.199, la licitación pública no es objeto de controversia a través de la acción popular de la referencia, sucede que contrario a lo afirmado en el Auto, **SÍ se aportaron y obran en el expediente los documentos relacionados con esa licitación pública en donde se demuestra que el Municipio no cedió a**

Yumbo Limpio los contratos CCU que rigieron durante la ASE y que, en ese orden de ideas, YUMBO LIMPIO, como cualquier prestador, debió celebrar nuevos CCU con cada usuario - consumidor al entrar a competir dentro del nuevo esquema de libre competencia.

En relación con este asunto se aportaron con la demanda que contiene la medida cautelar, las siguientes pruebas:

- **Prueba 6.1.5** *"Copia del Contrato No. 696 del 20 de septiembre de 2011 "CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN INTEGRAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASEO EN EL ASE DEL* ***MUNICIPIO DE YUMBO****", finalizado el 13 de diciembre de 2019".*

- **Prueba 6.1.6** *"Copia del Contrato de servicios públicos domiciliarios de condiciones uniformes (CCU) vigente para la época de la ASE, entre* ***SERVIGENERALES (hoy en día - URBASER)*** *y los usuarios del servicio de aseo en el* ***MUNICIPIO DE YUMBO*** *y* ***que terminó el 13 de diciembre de 2019****"*

- **Prueba 6.1.7.** *"Copia del Pliego de condiciones Licitación Pública LP-SG-001 de 2019 por la cual el* ***MUNICIPIO DE YUMBO*** *seleccionó socios para* ***YUMBO LIMPIO"****.*

- **Prueba 6.1.8** *"Copia de la respuesta a las observaciones presentadas durante la Licitación Pública LP-SG-001 de 2019 a la que se refiere el numeral anterior".*

- **Prueba 6.1.9 "***Copia de la Resolución No. 375 de julio 19 de 2019 "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADJUDICA EL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA No. LP-SG-001-2019" de búsqueda de socios para* ***YUMBO LIMPIO"****.*

- **Prueba 6.1.10** *"Copia del comunicado del 17 de septiembre de 2019, a través del cual el* ***MUNICIPIO DE YUMBO*** *informó a todos los usuarios sobre la constitución de la empresa* ***YUMBO LIMPIO".***

Las pruebas aportadas y citadas anteriormente demuestran que el Municipio aseveró de manera expresa y tajante durante el proceso licitatorio que al dar inicio al régimen de libre competencia no cedería los contratos CCU a la empresa que constituiría el municipio para entrar a competir (es decir, YUMBO LIMPIO).

Las pruebas aportadas y citadas anteriormente demuestran también que la fecha de terminación de los contratos CCU suscritos durante la ASE,

coincide con la fecha de finalización del contrato de concesión suscrito durante la ASE, esto es, el 13 de diciembre de 2019 con lo cual queda demostrado que jurídicamente los contratos CCU que existieron durante la ASE fenecieron y no podían en consecuencia ser cedidos a YUMBO LIMPIO, como lo vie argumentando tal empresa.

Las pruebas aportadas y citadas demuestran además que una vez llegada la fecha de inicio del régimen de libre competencia, las empresas que quisieran prestar el servicio en el Municipio de Yumbo debían celebrar nuevos contratos CCU como resultado de la libre elección de los usuarios, que fue precisamente lo que hizo URBASER para poder entrar de nuevo en ese mercado, pues así lo prueban 15.521 contratos que sea acreditaron al proceso desde su inicio y que no han sido desmentidos por YUMBO LIMPIO mediante prueba en contrario

En efecto, ninguna de las pruebas fue tachada o fue objeto de contradicción por parte de los accionados; por el contrario, el Municipio de Yumbo al *"descorrer el traslado de la contestación de la medida cautelar",* bajo el título denominado **"*FRENTE A LAS MEDIDAS CAUTELARES*"** efectuó la siguiente afirmación que nos permitimos transcribir:

> *"Así mismo también se informó a EMCALI que la empresa SERVIGENERALES, ahora URBASER, así como cualquier otra empresa, era libre de prestar en el Municipio el servicio de aseo para lo cual podrían vincular a los usuarios mediante la suscripción* ***de nuevos CCU*** *de conformidad con los esquemas de libre competencia conocidos por ellos".* (Subrayado negrilla y aumento de letra fuera de texto).

Es decir que, precisamente, lo que probó mi mandante en su calidad de accionante es lo reconocido por propio Municipio que señaló que la libre competencia en el Municipio de Yumbo requería ***"de nuevos CCU"*** suscritos por cada uno de los competidores en el mercado.

En ese orden de ideas, precisamente el Municipio le da la razón a URBASER pues esta demandada ratifica que la empresa **YUMBO LIMPIO** debía entrar a competir suscribiendo nuevos CCU derivados de la libre elección de los usuarios.

Incluso el Municipio, a través de su apoderado, hizo también otra afirmación bajo el mismo título denominado **"*FRENTE A LAS MEDIDAS CAUTELARES*"**, que una vez más da la razón a los argumentos efectuados por URBASER, la cual nos permitimos transcribir:

> *"Además de lo anterior, el municipio dejó claro en el trámite de liquidación bilateral del contrato de concesión, materializado en el acta suscrita el día 28 de Enero de 2021, que* ***el Contrato de Condiciones Uniformes vigente durante el esquema de Áreas de Servicio Exclusivo, expiró al finalizar divo*** **(sic)** ***contrato*** *con lo cual se garantizó la libre competencia al terminar el vínculo contractual emanado de la concesión".* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Nótese honorable señora Juez, que el mismo Municipio reconoció que los CCU's que existieron en vigencia de la ASE expiraron y, en ese orden de ideas, **los argumentos que le ha dado YUMBO LIMPIO a los usuarios-consumidores para negarse a reconocer su libre elección del prestador, carecen de soporte alguno**, máxime cuando dicha empresa no aportó al contestar la solicitud de medida cautelar ningún documento que pruebe lo contrario y ni siquiera dio un argumento que permita sustentar en este momento una tesis probablemente distinta.

b) En el párrafo cuarto de la página 5 del Auto Interlocutorio No. 199, la señora Juez manifiesta lo siguiente:

> *"Si bien afirma que, se está vulnerando la libre competencia, en la prestación del servicio de aseo por parte de los accionados, al no permitir elegir a los usuarios otro operador distinto a la sociedad Yumbo Limpio S.A.S., además de exigírseles la desvinculación, pese a que no existe contrato de condiciones uniformes suscrito entre los usuarios y Yumbo Limpio, lo* ***cual dicho sea de paso aduce que, le fueron entregados a la sociedad accionada por el municipio de Yumbo a través de una cesión de contrato, no se evidencia prueba alguna que dé fe de ello****, (…)"* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Al respecto se tiene que el derecho colectivo violado conforme la acción popular y la solicitud de medida cautelar, no se limita al de la libre competencia, sino también **al derecho colectivo de elección que tienen los usuarios y al derecho a la moralidad administrativa**, los cuales son derechos colectivos independientes.

Este asunto es de la mayor trascendencia pues, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el derecho de los usuarios a elegir su prestador es un derecho colectivo autónomo susceptible de ser también protegido; pero más allá de ello, es importante ahora pronunciarnos sobre la afirmación efectuada por su Señoría al echar de menos en las pruebas la cesión de los contratos CCU.

Resulta necesario aclarar al Despacho que **NO es URBASER en su calidad de accionante quien ha afirmado que hubo una cesión de los contratos CCU de parte del Municipio a YUMBO LIMPIO. No, lo que se ha dicho y se encuentra debidamente expuesto en la demanda es que YUMBO LIMPIO vulnera el derecho de elección de los usuarios, bajo el argumento, según ella de que los contratos CCU le fueron entregados por el Ente Territorial como un aporte a esa sociedad, como si hubiese ocurrido una cesión de esos CCU cuando todas las pruebas demuestran que ello NUNCA ocurrió.**

Por lo tanto la afirmación que se hace en el auto impugnado acerca de que "***no se evidencia prueba alguna que dé fe de ello"***, refiriéndose a la cesión, precisamente está dándole la razón a URBASER respecto de que YUMBO LIMPIO no logra probar que haya habido una cesión del CCU para con ella, ni tampoco el vínculo jurídico contractual que supuestamente dice tener con los usuarios – consumidores a partir del 14 de diciembre de 2019.

De la manera más atenta, solicitamos a la señora juez analizar una vez más todos los argumentos presentados junto con las pruebas aportadas, pues precisamente lo que se está demostrado con el acervo aportado es que el Municipio no le cedió los contratos CCU a YUMBO LIMPIO y que, en ese orden de ideas, dicho prestador como cualquier otro debía celebrar nuevos CCU derivados de la libre elección de cada prestador, como también plenamente ha quedado demostrado no solo con las ya mencionadas pruebas 6.1.5., 6.1.6., 6.1.7., 6.1.8., 6.1.9. y 6.1.10, al igual que con las propias manifestaciones efectuadas por el Municipio al responder la medida cautelar.

Por lo tanto, de la manera más respetuosa, rogamos a la señora Juez, no sólo entrar a analizar en concreto cada prueba aportada, sino también ver especialmente los videos anexos, uno de los cuales corresponde a entrevista efectuada al director jurídico y comercial de YUMBO LIMPIO, en la que precisamente se plantea toda esta controversia.

c) El párrafo cuarto y el párrafo quinto de la página 5 del Auto Interlocutorio No. 199 señala que no existe prueba relativa al ***"daño inminente"***, motivo que lleva al Despacho negar la medida. En tal sentido, se efectúan algunas afirmaciones en relación con el concepto de daño en el derecho colectivo, para luego concluir:

> *"(…)* ***no se evidencia prueba alguna que dé fe de ello****, o* ***que los usuarios se encuentren en peligro inminente al no garantizárseles por parte del ente territorial el servicio público de aseo, manifestar únicamente que se cedieron los usuarios sin su expreso consentimiento al nuevo operador Yumbo Limpio, no indica per se que se***

tenga que acceder a la medida solicitada, pues es necesario que para su procedencia la premisa de evitar un daño inminente o hacer cesar el que se hubiere causado.

Siendo ello así, del escrito contentivo de la solicitud ***no se logró determinar la existencia de un daño inminente que requiera de la adopción de medidas urgentes****, mientras se resuelve la presente acción popular,* ***ni se demuestra el daño alegado que, a su juicio, consiste en que se cedieron los usuarios a Yumbo Limpio S.A.S.,*** *por parte del municipio de Yumbo sin su consentimiento expreso, a partir del 14 de diciembre de 2019, en el marco del régimen de libre competencia,* ***tampoco se pruebó que la prestación del servicio público de aseo haya desmejorado o empeorado a partir de que asumió el nuevo operador, pues no se aportó prueba en tal sentido****".* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Previo a entrar a citar todas las pruebas que fueron aportadas y **que demuestran el daño inminente**, resulta necesario efectuar dos precisiones en relación con el daño y los derechos colectivos que se solicitan proteger a través de la medida cautelar:

- **La medida cautelar pretende proteger a los usuarios – consumidores que ejercieron su derecho colectivo de elección del prestador del servicio de aseo**

Dice el Auto Interlocutorio No. 199 que no se probó que los usuarios se encuentren en peligro "*al no garantizárseles por parte del ente territorial el servicio público de aseo*" e, incluso, dice más adelante la misma providencia que "*tampoco se pruebó* (sic) *que la prestación del servicio público de aseo haya desmejorado o empeorado a partir de que asumió el nuevo operador".*

Según estas afirmaciones, el daño a los usuarios, para éste caso concreto, requería demostrar la afectación en la garantía de prestación del servicio o su prestación ineficiente.

Sin embargo, debemos ser enfáticos de manera respetuosa en que la acción popular de la referencia NO cuestiona la garantía en la prestación del servicio, ni mucho menos la eficiencia del servicio de aseo en el Municipio de Yumbo, **sino la afectación del derecho colectivo a la libre elección que efectuaron los usuarios - consumidores y las consecuencias que ello genera también en el derecho colectivo a la libre competencia.**

En otras palabras, si bien la prestación del servicio público y su

prestación eficiente son derechos colectivos, ellos **NO SON LO QUE SE ESTÁN AQUÍ PIDIENDO PROTEGER, SI NO QUE SE PIDIÓ FUE EL AMPARO RESPECTO DEL DERECHO DE ELECCIÓN DE LOS USUARIOS -CONSUMIDORES CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 9.2. DE LA LEY 142 DE 1994.**

Es muy importante que el Honorable Despacho tenga en cuenta que el derecho colectivo de elección de los usuarios – consumidores consagrado en el **artículo 9 de la Ley 142 de 1994** no solamente ha sido reconocido en la jurisprudencia del Consejo de Estado como un derecho colectivo, sino que incluso, dicha jurisprudencia ha reiterado su ***"enorme importancia"*** y ha dicho que se trata de un "***derecho que merece especial protección y tutela***" como derecho colectivo.

Al respecto me remito respetuosamente a las sentencias cuyos apartes ya fueron transcritos en la demanda de acción popular y que corresponden a la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en la que actuó como Consejero Ponente el Honorable Magistrado Alier Eduardo Hernández Enríquez de fecha 19 de abril de 2007, así como a la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que actuó como Consejera Ponente la Honorable Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, de fecha 19 de junio de dos mil ocho 2008.

Dichas sentencias señalan de manera expresa la importancia del **DERECHO COLECTIVO DE ELECCIÓN** que tienen los usuarios – consumidores de los servicios públicos y hacen énfasis en su especial protección y tutela, por lo que no es de recibo que se haya hecho mención a que se niega la medida también porque supuestamente "***tampoco se pruebó (sic) que la prestación del servicio público de aseo haya desmejorado o empeorado a partir de que asumió el nuevo operador, pues no se aportó prueba en tal sentido***", ya que los derechos al acceso al servicio público o a su calidad no son los derechos que se han pedio proteger.

- **El daño inminente está en que los 15.521 usuarios – consumidores que eligieron a URBASER como su prestador, se están viendo obligados a pagar una factura de YUMBO LIMPIO sin tener vínculo jurídico alguno con ella, en desmedro de su derecho colectivo de libre elección del prestador del servicio público**

El daño inminente consiste en que los **15.521 usuarios – consumidores que eligieron a URBASER como su prestadora y que es quien viene prestándoles el servicio, están siendo obligados a pagarle a YUMBO LIMPIO una factura a pesar de que no tienen una relación jurídica con ella.**

En otras palabras, el daño inminente consiste en que los 15.521 usuarios – consumidores **se vieron obligados y aun lo siguen estando a pagar la factura del servicio de aseo a una empresa que no eligieron**.

El citado daño inminente implica correlativamente que YUMBO LIMPIO se está lucrando indebidamente a costa de la violación del derecho colectivo de libre elección de los usuarios – consumidores, pues está probado en el expediente que eligieron a otra empresa como su prestador del servicio, estando todo ello documentado debidamente, caso por caso de los 15.521, en la presentación de la demanda.

Resulta necesario llamar la atención respetuosamente al Despacho en el sentido de que la no concesión de la medida cautelar le está permitiendo que YUMBO LIMPIO que mientras se decide el asunto en la sentencia, esa empresa les cobre y siga recibiendo como hasta ahora el pago de los 15.521 usuarios – consumidores que **NO LA ELIGIERON** como su prestadora del servicio.

El daño inminente está demostrado también en el hecho de que YUMBO LIMPIO viene percibiendo y continúa percibido a la fecha el pago de la factura del servicio de aseo, a pesar de que no cuenta con soporte documental alguno que pruebe que los usuarios -consumidores la eligieron como su prestador, ni mucho menos que haya demostrado que puede hacer dicho cobro de la factura mensualmente por haber celebrado nuevos CCU´s como lo determinó el Municipio, y que está plenamente probado que YUMBO LIMPIO no hizo tal gestión.

De tal manera que sí está debidamente probado el daño que están sufriendo los usuarios – consumidores actualmente, por lo que se requiere sin duda alguna la intervención de la justicia para dictar una orden cautelar transitoria, mientras se decide el litigio, por lo que se solicita amablemente revocar la decisión y ordenar la protección transitoria del derecho a la libre elección que hicieron los 15.521 usuarios – consumidores que optaron por hacer uso del artículo 9.2 de la Ley 142 de 1994 al finalizar la ASE, máxime si en términos generales sólo se requiere ordenar que de aquí en adelante y mientras se decide la acción popular, las empresas que compiten en el mercado del Municipio de Yumbo, incluido por supuesto YUMBO LIMPIO, **sólo facturen aquello que sea fruto del derecho de elección del usuario** tal como lo prevé el legislador, pues negarla implica que esa empresa continúe generando el daño transgrediendo los derechos colectivos de 15.521 usuarios – consumidores que se ven obligados a pagar por un servicio que le está prestando otro operador de aseo distinto del que eligieron.

Para tales fines, se solicita de la manera más gentil a la señora Juez, tener en cuenta cada una de las pruebas que se aportaron y **que demuestran la ocurrencia del daño inminente que debe cesar**, en relación con los derechos colectivos que se solicita proteger, conforme se demuestra a continuación:

- **Prueba 6.1.11** *"Copia de comunicación efectuada vía correo electrónico por parte del señor Hugo Alejandro Muñoz Bonilla, del 30 de enero de 2020"*:

En esta prueba que obra en el expediente, el usuario informa que **YUMBO LIMPIO** no le quiere reconocer la relación contractual que tiene con el prestador que libremente eligió; además, allí afirma el usuario que nunca ha tenido una relación contractual con **YUMBO LIMPIO**.

A pesar de su extensión, se transcribe lo señalado por el usuario, pues sus palabras dejan en evidencia **el daño inminente y grave que se está produciendo** y que debe ser objeto de protección inmediata:

> *"(…)* ***todo documento que he llevado es calificado de Apócrifo o No válido por parte de Yumbo Limpio SAS ESP por tanto insisten en que yo soy su cliente y que no me pueden dar cuenta final de cobra (sic) para posteriormente poderme supuestamente retirar de dicha empresa****.*
>
> *En el día de ayer 29 recibí la respuesta a un derecho de petición que instauré a la empresa Yumbo Limpio, basado en dos peticiones concretas.*
>
> *1. Solicite copia del contrato legalmente firmado con mi persona y el representante legal de dicha empresa, petición que no fue cumplida por la empresa de manera correcta, toda vez que me dieron copia de un documento llamado CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES, el cual carece de mi firma legal y de la firma del representante legal de la empresa, por tanto obedece simplemente a páginas de papel con contenido legal insignificante para mí, toda vez que* ***NO tiene efectividad contractual aceptada voluntariamente y de manera expresa de mi parte****.*
>
> *2. Solicité cuenta de cobro oficial del dinero que según ellos adeudo por sus supuestos servicios prestados, a lo cual se negaron entregarme porque yo he cumplido con el requisito de entregar una certificación debidamente expedida y dirigida a ellos por Servigenerales.*

En este momento me encuentro en un limbo jurídico, el cual comienza a afectarme emocionalmente, ahora me pregunto:

¿Soy o no soy cliente de servigenerales? ¿son ustedes legales en Yumbo? ***¿Fui obligado a ser cliente de Yumbo limpio? ¿Fui vendido como animal sintiente carente de voluntad?***

*¿****Dónde queda mi libertad real como ciudadano de escoger mi prestador de servicio****?*

Ellos indican que solo me darán el estado de cuenta cuando ellos acepten mi desvinculación… *¿****y entonces eso significa que no basta mi voluntad expresa de no querer tener relaciones comerciales de ningún tipo con la empresa Yumbo Limpio SAS ESP****?*

Por lo anterior solicito a ustedes, bajo la amabilidad que les ha caracterizado para con migo (sic), me expidan una CERTIFICACIÓN dirigida al representante legal de Yumbo Limpio donde claramente se le indique que yo tengo contrato con ustedes (indicar fecha) para mi recolección de basuras ***y además que es cierto que la empresa no ha dejado de prestarme sus servicios desde el 14 de diciembre****.*

(…) En espera de poder contar prontamente con su apoyo, a fin de liberarme de este tormento psicológico en que se esta (sic) convirtiendo esta situación, ***con una empresa a la que nunca le he solicitado servicio alguno y menos firmado contrato;*** *me suscribo de ustedes, (…)"* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Según la prueba transcrita que fue aportada con la demanda, **YUMBO LIMPIO** viene cobrando una factura del servicio a usuarios – consumidores que no la eligieron como su prestador y, en ese orden de ideas, se transgrede el derecho colectivo de elección de los usuarios – consumidores, ocasionando con ello un daño grave e inminente que sólo puede cesar con una orden judicial que impida que dicha empresa facture sin tener la prueba de haber sido la elegida por los usuarios.

- **Prueba 6.1.12** que trata del *"Derecho de petición elevado por el señor Jhan Carlo Pérez Ramírez, identificada por* ***YUMBO LIMPIO*** *denominado "Derecho de Petición – Estado de cuenta No. 281278241 cobro de servicio no prestado"* en la que el usuario – consumidor se queja de que le cobran el servicio sin tener una vinculación con tal empresa.

- **Prueba 6.1.16** que consiste en una "*Copia impresa de la denuncia pública efectuada en Facebook en la que se menciona que* ***YUMBO LIMPIO*** *pasa a recoger la basura sin tener un vínculo contractual con los suscriptores y/o usuarios, junto con la correspondiente fotografía".* Aquí queda demostrado el impacto social que está causando en los usuarios – consumidores el actuar de YUMBO LIMPIO.

- **Prueba 6.1.17 "***Copia de PQR No. 263 elevada por el señor Jerónimo Mallorquín Serrano a la empresa* ***YUMBO LIMPIO*** *a través de la cual solicita estado de cuenta por "SERVICIO NO PRESTADO", dado que no suscribió contrato con ellos".*

- **Prueba 6.1.18** "*Copia de citación a la ciudadanía hecha a través de redes sociales para que participen en sesión ordinaria del Concejo Municipal de Yumbo, en el que se trataría el descontento de los usuarios en virtud de la problemática planteada por el cobro efectuado por* ***YUMBO LIMPIO"****.* Nuevamente aparece el impacto social que viene implicando no proteger el derecho de elección del prestador que tienen los usuarios – consumidores.

- **Prueba 6.1.19 "***Copia de Noticia del periódico "Q'HUBO" del día 13 de febrero de 2020, titulado "Servicio de aseo siembra discordia en Yumbo".* Esta prueba al igual que la prueba 6.1.21 demuestran que la vulneración del derecho a la libre elección de los usuarios – consumidores ha trascendido lo meramente cotidiano para dar paso a verdaderas noticias locales de impacto relevante, pues allí aparecen las inconformidades de la ciudadanía.

- **Prueba 6.1.20 "***Copia de la fotografía en la que se ve una bolsa de basura con el siguiente mensaje: "PARA: SERVIGENERALES (hoy en día - URBASER) Gracias por sus servicios.* ***Yumbo limpio NO se la lleve****" (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

- **Prueba 6.1.21** "*Copia de noticia periodística titulada "****Facturación del servicio de aseo desata polémica****".*

- **Prueba 6.1.22** *"Copia de la expresión pública efectuada por concejal Fernando David Murgueitio Cárdenas, del* ***MUNICIPIO DE YUMBO****, en el que queda en evidencia el descontento de la comunidad frente a facturación efectuada por* ***YUMBO LIMPIO*** *al no ser dicha empresa el prestador elegido por los usuarios".*

- **Prueba 6.1.30** *"Derecho de petición elevado a* ***YUMBO LIMPIO****, por parte del representante legal de Ciudad Limpia del 4 de febrero de*

2020, denominado "Asunto: Autenticidad en la información", en relación con las declaraciones que, según página de Facebook, hizo el Secretario General del ***MUNICIPIO DE YUMBO"****.*

- **Prueba 6.1.45** *"La totalidad de documentos que acreditan la libre elección que hicieron* ***15.521*** *usuarios - consumidores de tener a* ***SERVIGENERALES*** *(hoy* ***URBASER****) como su prestador del servicio público de aseo luego del 14 de diciembre de 20189 a la finalización de la ASE y entrada del mercado en libre competencia".*

  En relación con esta particular prueba 6.1.45, se llama respetuosamente la atención del Despacho, en cuanto a que con la demanda se aportaron **las 15.521 manifestaciones de usuarios – consumidores eligiendo un prestador diferente de YUMBO LIMPIO**.

  Ésta es una prueba de importancia sustancial pues demuestra que no se trata de una simple controversia entre dos empresarios, sino **la violación de derechos colectivos de 15.521 usuarios-consumidores que optaron por hacer uso del derecho contemplado en el artículo 9.2 de la Ley 142 de 1994 y no se les ha respetado a la fecha**.

- **Prueba 6.1.47** *"Audio del 12 de febrero de 2020 en el que el representante del usuario-consumidor CARVAL argumenta que* ***YUMBO LIMPIO*** *nunca le ha prestado el servicio a esa empresa, y que no tienen vínculo contractual con* ***YUMBO LIMPIO****, en el que también manifiesta que ha elevado derechos de petición pero que no entiende cómo le hacen los cobros y que incluso buscará otras alternativas, dado que es injusto que se le facture un servicio que no se presta y menos por quien no tiene vínculo jurídico con él".*

- **Prueba 6.1.48** *"Audio del 12 de febrero de 2020 en el que el representante del usuario-consumidor CARVAL dice que dicha empresa no permite la entrada a los camiones de basura de* ***YUMBO LIMPIO****, en virtud que tiene un vínculo contractual con otro operador quien en efecto le recoge los residuos y manifiesta adicionalmente, que no tienen por qué efectuar un proceso de desvinculación por la sencilla razón que nunca han estado vinculados con* ***YUMBO LIMPIO****. Este usuario CARVAL señala lo molesto que está en relación con la situación presentada al ver afectados sus derechos por parte de* ***YUMBO LIMPIO"****.*

- **Prueba 6.1.49** *"Comunicación del 14 febrero de 2020 suscrita por el usuario-consumidor CARVAL, denominada "DEVOLUCIÓN DE LA*

FACTURA No. 151492 POR LA NO PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ASEO EN LA COMPAÑÍA VALLECILLA B. Y VALLECILLA M. Y CIA SCA CARVAL DE COLOMBIA". En esta prueba aparece que el usuario-consumidor manifiesta su inconformidad con la factura presentada por ***YUMBO LIMPIO*** *señalando como motivo lo siguiente: "el motivo de esta inconformidad es que actualmente Yumbo Limpio S.A.S* ***no es el operador de aseo contratado por la compañía para este fin, por lo tanto nunca ha prestado el servicio en las instalaciones de la misma, razón por la cual mediante este oficio se realiza la devolución de esta factura la cual no será cancelada por lo manifestado anteriormente****. Es importante mencionar que el operador de aseo contratado por la compañía es Servigenerales Yumbo S.A. E.S.P. El cual a la fecha ha prestado el servicio de manera normal (…)."* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Es evidente que las pruebas enlistadas no son de poca monta para demostrar el daño que se está presentando a los derechos colectivos, pues los usuarios – consumidores no sólo se han quejado a través de derechos de petición y recursos, sino también con manifestaciones públicas, que incluso llevaron a que el mismo Concejo Municipal llevará a sesionar sobre este tema.

Ha sido de tal gravedad el daño y la molestia de la comunidad frente a la vulneración de sus derechos colectivos, que ello ha sido objeto de análisis y pronunciamiento en diarios de circulación en el Municipio de Yumbo los cuales fueron aportados también como prueba, y hasta se aportaron fotografías en las que los mismos usuarios – consumidores escriben avisos en las bolsas de basura pidiendo que no sea YUMBO LIMPIO sino URBASER quien les preste el servicio pues no eligieron a YUMBO LIMPIO como su prestador.

De tal modo que son más que suficientes las pruebas que fueron aportadas y que demuestran el daño que supuestamente echa de menos el auto interlocutorio 199 del 25 de mayo de 2021 que aquí se recurre.

Una vez más se llama la atención del Despacho de la manera más respetuosa, para analizar en detalle las pruebas citadas y reponer la decisión adoptada, máxime si lo único que se está solicitando, en términos generales, es que como medida cautelar se respete el derecho que ejercieron 15.521 usuarios – consumidores a elegir su prestador del servicio de aseo en Yumbo.

Pero por si fuera poco, se presenta a continuación otro listado de documentos que también fueron aportados junto con la solicitud de medida cautelar y que prueban que YUMBO LIMPIO está facturando a usuarios – consumidores con quienes no tiene un vínculo jurídico, e incluso las pruebas que demuestran que el facturador conjunto (esto es

EMCALI) viene aceptando esta facturación sin soportes bajo el entendido de seguir ***"instrucciones"*** dadas por el Municipio, a pesar que dicha empresa no tiene cómo demostrar la libre elección del usuario, pues con ellas se ratifica aún más el daño inminente que permite decretar las medidas solicitada:

- ✔ **Prueba 6.1.26:** "*Copia de la respuesta que la empresa facturadora del servicio de aseo en Yumbo, esto es EMCALI E.I.C.E. ESP, le dio al Señor Director Técnico de Gestión de Aseo de la Superintendencia Delegada para Acueducto Alcantarillado y Aseo de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, a través del "Consecutivo 1000244042020" del 4 de mayo de 2020".*

- ✔ **Prueba 6.1.43:** *"Copia de una factura en donde aparece que YUMBO LIMPIO es el que cobra el valor del servicio de aseo".*

- ✔ **Prueba 6.1.50:** "*Video del 12 de marzo del 2020 en el que se demuestra que no es cierto que* ***YUMBO LIMPIO*** *le esté prestando el servicio a todos a quienes les cobra, pues en efecto la persona que acompaña el vehículo de recolección de* ***YUMBO LIMPIO*** *pregunta en la entrada del usuario del usuario-consumidor CARVAL, cuál es la empresa que le presta el servicio y en atención a la respuesta continua su camino. No obstante, la factura sí le llega a CARVAL como si* ***YUMBO LIMPIO*** *le hubiera recogió los residuos a pesar de que el video claramente muestra que no lo hace".*

- ✔ **Prueba 6.1.52** que contiene la reclamación de las facturas que el usuario CARVAL se niega a pagarle a **YUMBO LIMPIO** y que en consecuencia le devuelve a esta empresa por no existir un vínculo jurídico contractual que soporte el cobro, a lo que se suma el video aludido en un acápite anterior en el que se demuestra que la accionada YUMBO LIMPIO) no le está recogiendo los residuos a este usuario.

Además de toda la amplitud de pruebas que se han enlistado y que soportan de manera más que suficiente el daño que debe ser conjurado por el juez constitucional, resulta relevante mencionar otra prueba del daño inminente aportada con la demanda **y que por su importancia merece la pena mencionar de manera independiente**.

Me refiero a lo expresado el 22 de abril de 2020 por el Doctor Armando Ojeda Castañeda, Director Técnico de Gestión de Aseo de la Superintendencia Delegada para Acueducto Alcantarillado y Aseo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante radicado No.: 20204350005321 cuando le manifestó a YUMBO LIMPIO, entre otras cosas, lo siguiente:

"(…) ***YUMBO LIMPIO admitió no haber efectuado ningún tipo de labor comercial respecto de la vinculación de los usuarios. No obstante, aduce contar con la totalidad de usuarios del municipio, toda vez que también aduce, la alcaldía cedió el catastro de usuarios a la empresa****.*

i. (…).

ii. (…).

iii. ***El prestador incurre en el presunto incumplimiento del artículo 9 de la Ley 142 de 1994, al asumir la titularidad de los usuarios del municipio de Yumbo, una vez finalizada la ASE. Dado que no presentó evidencia de vinculación de usuarios, no es claro el proceder en la facturación efectuada por el prestador y requerida ante EMCALI.***

iv. El prestador no cumplió de lleno con lo establecido en la Resolución CRA 151 de 2001, modificada por la Resolución CRA 403 de 2006, en relación a las obligaciones estipuladas en la aplicación de tarifas en el área de prestación, toda vez que no informó a esta Superintendencia sobre la aplicación de las tarifas en el municipio.

v. Existen diferencias entre la información aportada en visita frente a la manifestada por el prestador en cuanto a la cantidad disponible de vehículos, así como sobre la actividad de corte de césped.

vi. Aunque mediante los oficios SSPD 20205290157982, 20208500022832 y 20205290198632, con anterioridad a la visita, YUMBO LIMPIO había denunciado que SERVIGENERALES usó información privilegiada de la ASE, durante su vigencia, para hacer gestión comercial y vincular a usuarios, esto no se encontró probado dentro de la información documental aportada por SERVIGENERALES.

Desde esta perspectiva, atendiendo las situaciones fácticas evidenciadas en el Municipio de Yumbo ante la culminación de las Áreas de Servicio Exclusivo y considerando las conclusiones expuestas por la Oficina Asesora Jurídica, esta Superintendencia se permite recalcar que aun cuando se había establecido la exclusividad en favor de un prestador y su obligación de devolver el catastro de usuarios al municipio una vez culminara

el término previsto para la ASE, ***no puede asumirse que la totalidad de los suscriptores del municipio pudieron ser entregados por el ente territorial a su representada, por ser la empresa constituida en desarrollo de la licitación celebrada en***
septiembre de 2019 por el municipio.

Al respecto, se destaca que el objetivo del proceso licitatorio fue la "selección de el o los socios estratégicos que conformarán con el municipio de Yumbo una empresa prestadora del servicio público domiciliario de aseo (…)" ***en tal sentido, es inadmisible que se concluya que per se, que la sociedad constituida es la persona legitimada para la prestación del servicio en el Municipio de Yumbo.***

Lo anterior toda vez que los usuarios del municipio de Yumbo no son propiedad de la empresa constituida a partir de la adjudicación de la licitación, en tanto el artículo 9 de la Ley 142 de 1994 prevé el derecho a la libre elección del prestador*. **En este punto es de advertir que los contratos de condiciones uniformes de los usuarios no pertenecían al municipio, al finalizar la ASE, no podían adjudicarse en su totalidad a uno u otro prestador****, **debía mediar la voluntad de los usuarios, respecto de su decisión de vincularse con una u otra empresa****, **de lo cual corresponde a cada una de las empresas prestadoras contar con los soportes que acrediten la labor comercial realizada y que cuentan con la manifestación de los usuarios de vincularse a la misma****.*

En consecuencia, ***no puede asumirse que aún bajo el marco de libre competencia en el municipio, los usuarios fueron cedidos o entregados por el municipio al prestador beneficiario de la licitación adjudicada en septiembre de 2019 – YUMBO LIMPIO****, en tanto el artículo 9 de la Ley 142 de 1994 prevé el derecho a la libre elección del prestador, sino que las empresas interesadas en prestar el servicio en el municipio debieron adelantar las gestiones comerciales correspondientes para vincular los usuarios a su catastro.*

Por lo anterior, teniendo en cuenta que las empresas SERVIGENERALES y ECOLIMPIA adelantaron la gestión comercial respecto de un porcentaje de usuarios del municipio, tendiente a obtener su manifestación de voluntad de vinculación con dichas empresas, ***esta Superintendencialo conmina a***

que de MANERA INMEDIATA, se abstenga de continuar solicitando ante EMCALI, la facturación de aquellos usuarios, respecto de los cuales no cuente con soportes de que hubieran manifestado su voluntad de vincularse con YUMBO LIMPIO, en tanto esto acredita la vinculación de su empresa con cada usuario, y se tiene conocimiento que las referidas empresas, cuentan con vinculación comercial vigente con algunos de los usuarios incluidos en su catastro de usuarios.

(…).

Como quiera que YUMBO LIMPIO admitió no haber efectuado ningún tipo de labor comercial respecto de la vinculación de los usuarios, ni tener CCUs firmados por los usuarios o solicitudes de prestación del servicio, efectivas a partir del 14 de diciembre de 2019; lo cual se verificó en la documentación allegada por la empresa, no se encuentra probada la manifestación de la voluntad de los usuarios de contar con YUMBO LIMPIO como prestador del servicio público de aseo en el municipio". (Algunas subrayas y negrilla fuera del texto y otras son propias del documento).

Nótese señora Juez que conforme los apartes de la prueba transcrita aportada, la situación resulta de tal gravedad que **la misma Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios conminó a YUMBO LIMPIO para que se abstuviera de continuar solicitando ante EMCALI E.I.C.E. ESP la facturación de los suscriptores y/o usuarios sobre los cuales no tenga el soporte probatorio que demuestre la libre elección del usuario.**

Es importante resaltar, que la misma Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha señalado de manera tajante que "***no puede asumirse que aún bajo el marco de libre competencia en el municipio, los usuarios fueron cedidos o entregados por el municipio al prestador beneficiario de la licitación adjudicada en septiembre de 2019 – YUMBO LIMPIO"*** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Por lo tanto, está probada la inminencia del daño y la necesaria intervención del juez constitucional para cesar el daño a los derechos colectivos, y de esa forma evitar que YUMBO LIMPIO siga percibiendo de los usuarios – consumidores un pago, a pesar de que no la eligieron como su prestadora.

No hay justificación alguna para que no se de valor alguno a la decisión adoptada por 15.521 usuarios– consumidores de tener un prestador diferente de YUMBO LIMPIO, cuando el legislador en al artículo 9.2 de la Ley 142 de 1994 protege el derecho de elección y cuando, incluso, se le dio el valor de derecho colectivo.

Es importante mencionar que YUMBO LIMPIO solo se limitó a oponerse a la medida cautelar, pero no aportó prueba alguna o argumento que desvirtuara que no tiene o no cuenta con el soporte que demuestre un vínculo jurídico con los usuarios – consumidores. Por el contrario **URBASER** presentó con la demanda y la solicitud de la medida cautelar una sin número de pruebas que demuestran el daño que vienen sufriendo los usuarios – consumidores, al igual que también aportó las cada una de las pruebas en las que consta que **15.521** usuarios – consumidores la escogieron como su prestadora del servicio público de aseo en el **MUNICIPIO DE YUMBO** (Valle).

Así mismo, YUMBO LIMPIO no aportó ninguna prueba ni demostró, así hubiera sido al menos sumariamente, que esos **15.521** usuarios – consumidores le hayan otorgado su consentimiento o que tengan un contrato de servicios públicos o de condiciones uniformes (CCU) con ella, y si en todo caso les ha cobrado y sigue actualmente cobrándoles por el servicio de aseo sin contar con un vínculo contractual con ellos, desconociendo su derecho colectivo de elección, pues está plenamente demostrado que eligieron a otra empresa.

Finalmente, teniendo en cuenta todo el soporte probatorio aportado con la solicitud de medida cautelar es fácil concluir que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, tal como se explica en detalle a continuación.

D. **Es menos gravoso para el interés público conceder la medida cautelar que negarla**

Es preciso indicar que se evidencia desde ya una vulneración de los derechos colectivos de los usuarios -consumidores, la libre competencia y la moralidad administrativa, en cuanto está probado que 15.521 usuarios – consumidores no eligieron a YUMBO LIMPIO como su prestador y sin embargo tal empresa les factura el servicio.

El argumento que ha presentado YUMBO LIMPIO a los usuarios – consumidores para facturarles el servicio sin que la hayan elegido, es que el municipio de Yumbo supuestamente le **entregó** los CCU al finalizar la ASE, pero lo cierto es que el citado Ente Territorial al descorrer el traslado de la medida cautelar desmiente que ello sea cierto, por lo que **resulta más que evidente que cualquier juicio de ponderación que se efectúe**

lleve a concluir al operador jurídico que será más gravoso para el interés público negar la medida que concederla, pues la negativa de la medida hace que los usuarios – consumidores tengan que seguir siendo obligados por YUMBO LIMPIO a pagarle la factura a pesar de no haberla elegido como su prestador y de no demostrar que cuenta con el soporte probatorio que demuestre el vínculo jurídico que tiene con cada usuario, como lo obligan los artículos 128, 129 y 134 de la Ley 142 de 1994.

Todo el conjunto de pruebas aportado permite concluir sin lugar a dudas, que es menos dañino conceder la medida que negarla, pues dado que están probadas en el expediente las manifestaciones de voluntad de los 15.521 usuarios – consumidores que decidieron escoger a una empresa distinta de YUMBO LIMPIO como su prestadora del servicio público de aseo, se torna menos gravoso conceder la cautela para respetarles dicho derecho que negarla y sujetar a los consumidores a que, mientras se emite sentencia, los usuarios– consumidores tengan que estar con un prestador como **YUMBO LIMPIO** con quién no tienen celebrado ningún contrato de servicios públicos o de condiciones uniformes (CCU), y tampoco dieron su consentimiento para estar con ella, por lo que en el juicio de ponderación **resulta más lesivo negar la medida que concederla**.

Es así como en las pruebas aparecen fotografías, videos, documentos, entrevistas de radio, texto de redes sociales, documentos emanados de distintas autoridades tales como la Superservicios, etc., en los que no solo se demuestra que URBASER está prestando el servicio, sino que además aparecen las súplicas de una multiplicidad de usuarios – consumidores que claman por que se les respete el derecho que ejercieron a escoger su prestador del servicio de aseo una vez finalizada la ASE.

No existe una sola prueba dentro del expediente que permita deducir que existe un mejor derecho a favor de YUMBO LIMPIO que merezca su protección en desmedro del derecho de elección de los usuarios– consumidores; por el contrario, está probado que YUMBO LIMPIO no cuenta con soporte jurídico alguno que le permita cobrar a los usuarios – consumidores por una empresa que no fue elegida por ellos.

Es importante que el Honorable Despacho tenga en cuenta que en ese **JUICIO DE PONDERACIÓN NO EXISTE EL MÁS MÍNIMO RIESGO DE QUE LA PRESTACIÒN DEL SERVICIO DE ASEO SUFRA TRAUMATISMO ALGUNO, PUES EN LAS PRUEBAS APORTADAS Y EN LA PRÀCTICA TAMBIÉN ES UN HECHO NOTORIO QUE URBASER ESTÁ OPERANDO DICHO SERVICIO EN EL MUNICIPIO Y ATENDIENDO A LOS 15.521 USUARIOS QUE LA ESCOGIERON COMO SU PRESTADOR, POR LO QUE EN ESTE PUNTO NO HABRÀ QUE TEMER EMITIR LA ORDEN CAUTELAR DE RESPETO DE LA LIBRE ELECCIÓN QUE HICIERON ESTOS CONSUMIDORES**.

Adicionalmente están también los documentos que demuestran que URBASER (antes SERVIGENERALES) sí está prestando el servicio en el Municipio, como por ejemplo lo es la aprobación por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) del contrato de servicios públicos domiciliarios o de condiciones uniformes (CCU) a regir a partir del 14 de diciembre de 2019 en que empezó el esquema de libre competencia en ese territorio, todo lo cual permite concluir que una orden cautelar como la solicitada de que se respete la elección que hicieron los usuarios - consumidores de su prestador del servicio no causará traumatismo alguno en la prestación del servicio y sí por el contrario impedirá que YUMBO LIMPO los mantenga atados como lo ha hecho hasta la fecha, obligándolos incluso a pagar la factura sin ser a quien eligieron como su empresa prestadora.

En otras palabras, con la medida cautelar no se corre ningún riesgo en la prestación del servicio y, por el contrario, negarla resulta más gravoso pues se mantendría la vulneración de los derechos colectivos y se estaría validando que los usuarios se vean obligados a pagarle una factura a la empresa con quien no tienen vínculo jurídico alguno.

E. **De no adoptarse la medida cautelar, los efectos de la sentencia serán nugatorios**

De negarse la medida cautelar la sentencia será nugatoria, pues finalmente el fallo de la acción popular reconocerá que en efecto se requiere de la libre elección de los usuarios – consumidores para poder prestarles el servicio en un esquema en libre competencia.

La sentencia reiterará lo que prevé claramente el legislador en relación con los derechos colectivos, pero habrán transcurrido años en los que YUMBO LIMPIO cobró a los usuarios una factura sin contar con el soporte que pruebe la relación jurídica con esos usuarios – consumidores.

La sentencia será nugatoria, pues los 15.521 usuarios habrán pagado durante años una factura a la empresa con la que no tenían vínculo alguno.

Cuando sea fallada la acción popular ya YUMBO LIMPIO, con su actuación, habrá cobrado durante años,15.521 facturas, multiplicadas mes a mes, año tras año, a quienes no tenían la obligación de pagarla, y seguramente habrá logrado deshacerse de sus competidores en el mercado, a costa de la libre competencia y de los derechos de los usuarios – consumidores que se supone deberían ser protegidos constitucionalmente cuando se presenten casos tan flagrantes de violación a los derechos colectivos, como éste.

F. **La violación de los derechos colectivos persiste en el tiempo**

Con razón se ha dicho que para que prospere la protección de derechos colectivos por vía de la acción popular, la vulneración de los mismos debe ser actual y no pretérita, pero aclarando que el Consejo de Estado ha determinado que una cosa es que haya cesado la vulneración o amenaza del derecho colectivo **y otra muy distinta que se haya originado de tiempo atrás y que sus efectos persistan en el tiempo, caso en el cual ello debe ser motivo de protección constitucional.**

En este sentido resulta importante lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 13 de febrero de 2018, en donde se hizo un análisis de la naturaleza de las acciones populares y sus principales elementos definitorios, habiéndose señalado allí que:

> *"Es actual, no pretérita. Ello significa que habrá carencia de objeto si ha cesado la vulneración o amenaza del derecho colectivo. Por el contrario,* ***procederá este mecanismo de protección - aunque el hecho generador sea anterior y se haya consumado-, si la violación, amenaza o puesta en peligro del derecho o interés colectivo, persiste, sea actual o inminente****, (…)"*[1] (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas y para el caso que nos ocupa, está probado en el expediente que **YUMBO LIMPIO continúa a la fecha desconociéndoles a 15.521 usuarios - consumidores el derecho que ejercieron de haber elegido, escogido u optado a otra empresa como su prestador del servicio de aseo, a lo que se suma una vulneración adicional consistente en que además les factura y obliga a pagar sin haberla escogido como su prestadora, máxime si no ha logrado probar que tenga un vínculo jurídico con ella, pues habiendo tenido la oportunidad de demostrarlo al descorrer la medida cautelar, guardó total silencio sobre las pruebas aportadas y se abstuvo de contradecir y demostrar al menos sumariamente cómo fue la forma en que adquirió los usuarios -consumidores, cuestión que no hizo porque evidentemente no cuenta con las pruebas para ello**.

Por el contrario, la parte demandante que represento acató el postulado jurídico acerca de que al actor incumbe probar los hechos en que funda

---

[1] Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU) Actor: Antonio José Rengifo. Demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Dirección General Marítima Portuaria de Colombia (Dimar) y Otros.

sus peticiones y, en el caso concreto, no solo hay más de 50 pruebas que demuestran la vulneración de YUMBO LIMPIO del derecho de los consumidores a haber escogido su prestador del servicio de aseo a partir del 14 de diciembre de 2019, sino que se portaron las pruebas que demuestran que al menos 15.521 usuarios- consumidores escogieron a URBASER (antes SERVIGENERALES) como su prestadora, **sin que ese derecho a la fecha se les esté respetando**.

II. DEBER JUDICIAL DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE TODAS LAS PRUEBAS APORTADAS

Según el Maestro de derecho procesal Hernando Devis Echandía[2], la valoración o apreciación de la prueba es la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido; agrega que cada medio de prueba es susceptible de valoración individual y de ahí que cuando se habla de valoración o apreciación de la prueba, comprende su estudio crítico de conjunto, *"tanto de los varios medios aportados por una parte para tratar de demostrar su alegaciones de hecho, como de los que la otra adujo para desvirtuarlas u oponer otros hechos y los que el juez decretó oficiosamente".*

Por su parte la Corte Constitucional entre muchas otras en la Sentencia C-202 de 2005, con Ponencia del Honorable Magistrado Dr. Jaime Araujo Renteria, señaló que, de acuerdo con la doctrina jurídica procesal, en materia de apreciación de las pruebas, es decir, de la actividad intelectual del juzgador para determinar su valor de convicción sobre la certeza, o ausencia de ésta y de las afirmaciones de las partes en el proceso, existen tres (3) sistemas, que son:

(i) El sistema *de íntima convicción* o *de conciencia* o *de libre convicción,* en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos.

(ii) El sistema de la *tarifa legal* o *prueba tasada*, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él. Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

[2] Hernando Devis Hechandía, página 287, *"Teoría General de la Prueba Judicial".*

(iii) El sistema de la ***sana crítica* o *persuasión racional***, en el cual el juzgador **debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia**.

Este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la **expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas**, con fundamento en las citadas reglas.

Según la Corte en la citada sentencia, el último de los sistemas mencionados es el consagrado en los códigos modernos de procedimiento, en las varias ramas del Derecho, entre ellos el original sistema procesal civil colombiano, que disponía en su artículo 187 lo siguiente, y que continuó vigente en el artículo 176 del nuevo Código General del Proceso:

> *"**Artículo 176. Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.*
>
> ***El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba**". (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Esta disposición debe ser observada por el Juez de conocimiento de la acción popular al momento de hacer el análisis probatorio, por cuanto, según el artículo 29 de la Ley 472 de 1998, son procedentes los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de lo que respecto de ellos se disponga en la presente ley, por lo que la valoración de las mismas debe hacerse bajo las reglas del mismo ordenamiento procesal.

Acerca de las características de este sistema la Corte Constitucional ha señalado:

> *"De conformidad con lo establecido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas **deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica**, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, **debiendo el juez exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada una de ellas**.*
>
> *Es decir, que dicha norma consagra, como sistema de valoración de la prueba en materia civil, el de la sana crítica:*
>
> *(…).*

> ***El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción****. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también* ***sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento***[3]*"*.[4] (Subrayado y fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, se solicita respetuosamente a su Señoría que al momento de expedir la decisión que resuelva el recurso de reposición, aplique plenamente el artículo 176 del Código General del Proceso, **pronunciándose sobre la totalidad de las pruebas allegadas con la solicitud de medida cautelar incorporada en la demanda, exponiendo razonadamente el mérito que le asigne a cada una de ellas**, a fin de dar cabal cumplimiento al principio de la sana crítica.

En el caso concreto, el Auto Interlocutorio No. 199 del 25 de mayo de 2021, que decidió negar la solicitud de medida cautelar dice echar de menos las pruebas sin explicar por qué no sirven las múltiples pruebas aportadas y que aquí nuevamente se ha explicado una a una detenidamente para demostrar la procedencia de la media cautelar solicitada.

Por lo anterior, se señala con el mayor de los respetos, que en el auto impugnado no se observa ni explica por qué las pruebas aportadas juiciosamente por el accionante no son tenidas en cuenta para probar los elementos de procedencia de la medida cautelar, pues al amparo del artículo 176 del Código General del Proceso las pruebas deben ser apreciadas con las reglas de la sana crítica, aplicando la regla allí contenida que obliga a exponer siempre ***"razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba****"*. (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

Un muestreo de línea jurisprudencial respalda lo anterior, pues se considera que de no hacerse el estudio de la totalidad del acervo probatorio se incurre en ***defecto fáctico por omisión de valoración de pruebas***, tal como pasa a reseñarse:

En la Sentencia C-1270 de 2000 la Corte Constitucional indicó que *"cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en*

[3] Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962.

[4] Sentencia C-622 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz, Salvamento Parcial de Voto de Eduardo Cifuentes Muñoz.

materia probatoria. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) ***el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso****". (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).*

En otra ocasión, esta vez en la Sentencia T-973 de 2004, la Corte consideró que la facultad y la libertad de valoración de las pruebas por parte de los jueces, según la sana crítica, no constituye elemento suficiente ni válido si llega a desconocer la justicia material, por lo que señaló que el respeto al debido proceso supone: *"(1º) Que en la aplicación del sistema probatorio de libre apreciación no se incurra, (i) ni en exceso ritual manifiesto, (ii)* ***ni en una falta de valoración de las pruebas desconociendo la obligación legal y constitucional de apreciarlas en su conjunto, verbi gracia, (a) ignorando la existencia de alguna, (b) omitiendo su valoración*** *o (c) no dando por probado un hecho o circunstancia que del material probatorio emerge clara y objetivamente. (2º) Que en el desarrollo de la sana crítica el juez se sujete a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, por ejemplo, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas."* (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

Por su parte la Sentencia T-1065 de 2006 señaló que *"Existe* ***defecto fáctico por no valoración del acervo probatorio, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque 'no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva****, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente. 'Hay lugar al defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio cuando o bien 'el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su*

arbitrio el asunto jurídico debatido (…).” (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

En Sentencia T-513 de 2011 la Corte ratificó que *“La jurisprudencia ha reconocido y defendido, a partir del principio constitucional de autonomía e independencia judicial, el amplio margen que tienen los jueces al momento de efectuar el análisis de las pruebas aportadas al proceso conforme a las reglas de la sana crítica; no obstante, la Corte ha advertido que tal poder comporta un límite, ya que no puede ser ejercido de manera arbitraria, en tanto puede lesionar derechos fundamentales. En suma, esto implica en dos eventos extremos:* ***evitar pasar por alto la valoración de ciertas pruebas (anomalía esta que tiene una estrecha relación con la ausencia de sustento argumentativo de la providencia judicial)*** *o derivar efectos inexistentes o irracionales de las herramientas recaudadas legítimamente en el proceso.* ***El defecto fáctico ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como aquel que surge o se presenta por omisión en el decreto y la práctica de las pruebas; el no análisis del acervo probatorio y el desconocimiento de las reglas de la sana crítica****; por último, la Corte también lo ha llegado a derivar de problemas intrínsecos relacionados con los soportes probatorios”*. (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

En armonía con lo anterior la Sentencia SU-192 de 2012 indica que *“Si bien el juzgador goza de un amplio margen para valorar el material probatorio en el cual ha de fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica […], dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria; su actividad evaluativa probatoria implica, necesariamente, la adopción de criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez;* ***racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas****; y rigurosos, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas*”. (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

Este criterio se ha mantenido en el tiempo y es así como en la Sentencia T-261 de 2013, se indicó que *“Sobre la base de que la autonomía y la discrecionalidad del juez no lo eximen de resolver el asunto sometido a su consideración a partir de la valoración ponderada de las pruebas obrantes en el expediente,* ***la Corte Constitucional ha considerado***

que se estructura un defecto fáctico en los siguientes eventos*: i) cuando el juez deniega, sin justificación, la práctica de una prueba; ii)* ***cuando deja de valorar una existente*** *y iii) cuando la valora de manera caprichosa o arbitraria".* (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

Finalmente se trae a colación la Sentencia T-104 de 2014 en la que el Alto Tribunal Constitucional señaló: *"(ii) No valoración del material probatorio allegado al proceso judicial. Esta hipótesis tiene lugar, cuando la autoridad judicial* ***a pesar de que en el respectivo proceso existen elementos probatorios, "omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva****, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.*

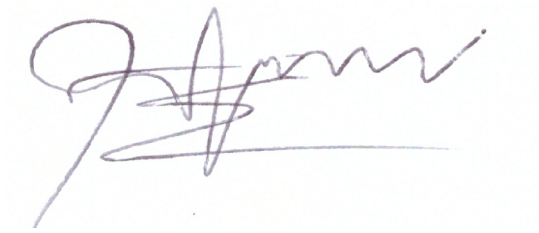
Se tiene entonces, que el juez en la actividad de valoración probatoria cuenta con un alto grado de discrecionalidad y libertad en el convencimiento, situación que hace recaer sobre él, de manera correlativa, una responsabilidad de evaluar con racionalidad y objetividad el material probatorio, en otras palabras, "(…), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. ***No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente****".* (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

Por lo anterior, se solicita de la manera más respetuosa a su Señoría, pronunciarse sobre las pruebas que obran en el expediente para poder conocer los motivos por los cuales los más de 50 documentos aportados y las 15.521 pruebas que demuestran la libre elección del prestador que hicieron esos usuarios – consumidores, no son suficientes en el presente caso para demostrar el cumplimiento de cada uno de los requisitos para librar la medida cautelar solicitada, al igual que se desea respetuosamente conocer cuál fue el valor probatorio que se le dio a cada una de ellas y los motivos por los cuales las mismas no habrían demostrado el daño inminente y actual y la necesidad de conjurarlo.

III. SOLICITUD

Se solicita respetuosamente revocar el auto interlocutorio No. 199 de 25 de mayo de 2021 y, en su lugar, decretar la medida cautelar solicitada dado que se cumple con todos los requisitos legales y jurisprudenciales para concederla.

De Usted, atentamente,



_____

ALAIN BOSSUET NIÑO RIAÑO
C.C. No. 7´161.977 de Tunja
T.P. No. 78.609 del C. S. de J.